RAMO: DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO.

UNIDAD I

DERECHO DE FAMILIA.

CLASE 01

1. LA FAMILIA.

La familia se ha conceptualizado, históricamente, como un grupo de personas entre las cuales existen relaciones de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) o de matrimonio a las que la ley le entrega un determinado efecto jurídico.

De acuerdo a la definición doctrinaria anteriormente señalada y en lo que respecta a los efectos jurídicos del parentesco familiar, se pueden señalar los siguientes ejemplos:

a) El impedimento legal para contraer nupcias (matrimonio) y que tiene que ver con el parentesco, lo cual se explicará más adelante.

b) El llamamiento a aceptar o repudiar una sucesión intestada.

c) El nombramiento de un tutor o curador.

En el ordenamiento jurídico chileno no hay un concepto único y genérico de qué se debe entender por familia, sin embargo, el inciso 3° del artículo 815 del Código Civil entrega alguna idea al referirse al tema de los derechos de habitación y uso, el cual señala lo siguiente:

"La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución".

La Constitución de la República de Chile, en el artículo primero dispone que *la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"*. Complementando más adelante que *"es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta (…)".*

La familia en relación a las personas jurídicas.

Es importantísimo señalar que la familia (como institución) no es una persona jurídica. Doctrinariamente existen postulados dispares en atención a esta idea, ya que existen muchos autores con opiniones disímiles, entre los cuales se pueden nombrar las siguientes:

a) Por una parte están aquellos que, tomando como sostén la realidad de que la persona moral tiende a entrelazarse con la idea de los sujetos derechos, señalan que la familia se erige como una persona moral absolutamente desconocida.

Esta idea se sustenta en el hecho de que existen muchos conjuntos de derechos subjetivos que no son parte, estrictamente hablando, de ninguna persona física que es miembro de una familia, sino que pertenecen a esta vista como un todo. Ejemplos de este postulado se pueden encontrar como los siguientes:

- El nombre patronímico o también llamado apellido y que identifica a una persona con la familia a la cual pertenece.
- El conjunto de cosas que son los recuerdos dejados por una familia.
- El sepulcro familiar.
- Los subsidios familiares entregados por el Estado, etcétera.

En este sentido, es insoslayable traer a colación el hecho que, por ejemplo, en Francia desde el año 1942 se han discutido al menos dos mociones legislativas que tuvieron como fin dar a la familia el estatus de persona moral.

b) Por otro lado existe la postura de que todos los derechos y obligaciones de familia constituyen la única institución familiar del Estado.

Siguiendo esta idea, se desarrolló el concepto de que la familia no es una unidad estructurada en base a una disposición legal unificadora de conceptos, ya que esta se conforma por un número relativo de sujetos unidos por ciertas relaciones a las que el ordenamiento jurídico les atribuye un determinado efecto, por ende, no habría representación jurídica y patrimonio familiar de dicha unidad.

c) Las legislaciones actuales se desarrollan considerando a la persona desde un punto de vista individual y no desde su posición en cierta familia. A esta no se imponen derechos ni obligaciones, ya que estos están dirigidos a guiar la conducta de los sujetos individualmente apreciados.

A pesar de todo lo dicho y de la evolución que ha tomado el derecho civil en esta materia, no se puede camuflar que la familia es mucho más que el conjunto de relaciones de personas vinculadas entre sí, y por este motivo no puede ser legislada por disposiciones que miren tan sólo el interés individual ni por el principio de autonomía de la voluntad.

1.1. El derecho de familia.

La familia es el antecedente inmediato del derecho que la rige, es decir, primero existe la familia y luego el derecho de familia, no existiría el segundo sin la primera. La legislación

del ramo tiene como interés supremo el bien colectivo de la sociedad, por eso es que la familia ha llegado a incluirse en la Constitución Política de la República.

El derecho de familia, y tomando en cuenta la materia de su contenido, generalmente dicta disposiciones de orden público, es decir, básicamente irrenunciables, ya que su composición mira el interés de la sociedad.

Definición del derecho de familia.

Para esta unidad, se tomará como único concepto del derecho de familia el siguiente: Conjunto de disposiciones legales que reglamentan las relaciones patrimoniales y personales de las personas que forman parte de una familia y la manera en cómo éstas y aquellas se relacionan con el resto de la sociedad.

Características del derecho de familia.

Este tipo de normativa contiene ciertas particularidades que lo identifican específicamente como tal, entre las cuales se pueden encontrar las que a seguir se nombran:

a) Es una rama del derecho de contenido predominantemente ético.

Esta característica revela el por qué existen normas de familia que no conllevan ningún tipo de sanción o pena y en caso de haberla, esta se encuentra atenuada. Se trata por tanto de obligaciones sin fuerza coercitiva, ya que el derecho en estudio no puede por sí solo acarrear el cumplimiento forzado de sus preceptos por la vía judicial, ya que se cree mejor para los intereses de la sociedad que este poder quede entregado a la moral o a la ética de cada individuo o simplemente a la costumbre del lugar en la cual se pretende aplicar.

Ejemplos de esta característica son las siguientes:

- El artículo 222 del Código Civil chileno establece que *"Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres"*.

- El artículo 133 del mismo cuerpo legal dispone que *"Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común"*.

En ambos ejemplos, no se puede forzar el cumplimiento de la obligación, porque a diario se ve que los hijos le faltan el respeto y no obedecen a sus padres; así como también a uno de los cónyuges no le puede forzar a vivir en el mismo hogar de su marido o mujer si así no lo desea. Por estos motivos, se dice que las normas del derecho de familia quedan entregadas al sentido moral y ético de cada persona que forma parte de una familia.

b) Este tipo de derecho es una rama que se basa en "estados".

Dicho término se refiere al “estado” de pariente, hijo, padre, madre, cónyuge, entre otros. Estos estados son innatos al se humano por existir y se imponen -tomando la calidad de absolutos- a todas las personas.

Del conjunto de estados pueden nacer vínculos apreciables en dinero, a los cuales se les denomina precisamente “derechos familiares patrimoniales”. Estos nacen, como se señaló, de los estados de una persona al interior de una familia, por lo tanto, son inherentes a ellos.

Los derechos familiares patrimoniales acarrean la consecuencia que una relación económica, al generarse al interior de una familia adquiera características propias y especiales. Ejemplos de estas particularidades son los siguientes:

- Un padre tiene el derecho de usufructo legal sobre los bienes que son de propiedad de sus hijos, dicho derecho tiene un tratamiento especial y no se rige por las normas comunes de todo usufructo.

- El alimentario (persona a quien se le deben los alimentos) posee un crédito o derecho personal en contra de su alimentante (sujeto que está obligado por ley a dar alimentos) para que este cumpla con la respectiva pensión alimenticia. Este derecho personal se diferencia sustancialmente del resto de los créditos, y se regula por disposiciones especiales.

- La obligación que recae sobre los curadores o tutores de rendir cuenta de su gestión, la cual es diferente a aquella que -por ejemplo- debe hacer un mandatario en el desarrollo del cometido para el cual fue contratado.

c) Las normas de familia miran el interés colectivo de la sociedad más que el de las personas individualmente consideradas.

El interés personal de los sujetos se remplaza por aquel de carácter superior y que es el inherente de la familia. Es este interés el que debe ser tutelado por el Estado.

d) Por lo general, este tipo de disposiciones legales entran en vigor desde el momento que se celebra el acto que les da origen y se rigen por el ordenamiento jurídico vigente en ese instante, sin embargo, sus consecuencias y efectos legales se sujetan a las leyes vigentes en el tiempo en que estos se suscitan.

e) La gran mayoría de los actos de familia son solemnes. Es decir, deben cumplir con cada una de las formalidades que la ley les impone para que surtan efectos jurídicos, todo lo cual se graficará en el desarrollo de esta unidad.

Consecuencias que emanan de las características del derecho de familia.

a) Las disposiciones son de orden público.

Esto quiere decir que solo el ordenamiento jurídico es capaz de regular la eficacia, extensión, contenido y efectos de las relaciones familiares, por ende, en este sentido la voluntad de las partes no tendrá la menor injerencia, ya que esta sólo es importante al momento de dar inicio a una relación de familia, siendo la ley la que luego reglamenta su contenido. El clásico ejemplo es el matrimonio, ya que si no existe el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes no existirá esta relación de familia, pero una vez que este se ha manifestado es el ordenamiento jurídico el que dispone sus efectos.

b) El principio de autonomía de la voluntad que señala que se puede contratar respecto de cualquier objeto o acto sin ir en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres -fundamento del derecho privado- queda reducido a su mínima expresión.

Un ejemplo esto es el que dispone que cualquier acuerdo entre las partes y que vaya en contra de las normas que regulan los bienes familiares será sancionado con la nulidad absoluta.

c) No existe, en ciertos casos, una igualdad entre las partes que componen las relaciones de familia. En este sentido, existen una serie de vínculos de dependencia y de mutua necesidad, a los cuales se les llama “derechos de potestad”. Estas relaciones especiales develan el porqué de instituciones tan fundamentales como las que a continuación se señalan:

- La patria potestad o la autoridad paterna.
- El derecho que asiste al marido casado en sociedad conyugal para administrar tanto los bienes del matrimonio como los propios de la mujer, a pesar de que este es totalmente capaz desde que comenzó a regir la ley número 18.802 en el año 1989.

El resto de los derechos y obligaciones que forman parte del derecho de familia son recíprocos, como por ejemplo:

- El deber de socorro.
- El deber de ayuda mutua.
- Los derechos sucesorios.
- El derecho y el deber de vivir en el hogar común, entre otros.

d) Los derechos que componen la rama del derecho en estudio son por esencia imprescriptibles, irrenunciables, intransmisible (no se puede disponer de ellos una vez que su titular muere) e inalienables (no pueden ser objeto de enajenación por un acto entre vivos).

CLASE 02

Nociones principales que revisten el derecho de familia en la legislación nacional.

El Código Civil chileno es la norma que agrupa gran parte de los derechos y obligaciones derivados del derecho de familia; al momento en que este entró en vigencia (1° de Enero de 1857) dicho cuerpo legal tomó como base ciertos principios rectores, los cuales se nombran a continuación:

a) Matrimonio religioso e indisoluble.

El compendio legislativo antes nombrado no cambio para nada la idea de que el matrimonio religioso celebrado de manera válida era el único que valía para la legislación nacional, y desde ese punto de vista, la iglesia era la única entidad competente en cualquier tema relacionado con esta temática, es decir, la ley chilena entregaba a dicha institución la regulación de los impedimentos, solemnidades y jurisdicción para conocer los diferentes casos de nulidad matrimonial.

A pesar de lo dicho, el legislador chileno no dejó en el olvido el matrimonio de las personas que no profesaban el catolicismo, ya que a este le dio una normativa especial. Este tipo de vínculo matrimonial también debía llevarse a cabo ante un sacerdote católico pero que, en este caso, realizaba la función de ministro de fe, además, se requería la concurrencia de 2 testigos hábiles. En esta clase de celebración no debía darse estricto cumplimiento a ningún requisito o solemnidad establecido para el matrimonio católico.

El legislador nacional mostró en este sentido una mirada pragmática a la hora de dictar leyes que rigieran esta materia, ya que no secularizó el matrimonio (como lo había realizado Francia 50 años antes), ya que dio cabal respeto a la realidad que existía en Chile en esos años, ya que este era un país mayormente católico.

La completa “secularización del matrimonio” se produce en el año 1884, fecha en la cual se dictó la Ley de Matrimonio Civil. Sin embargo, en los años anteriores ya se había avanzado notablemente en este tema. El mayor punto de relevancia en este sentido, se produce con la Nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, ya que esta dispuso que “los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley (…)”.

Ahora bien, en lo que se refiere al matrimonio “indisoluble”, este se mantuvo inalterable hasta la dictación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, ya que en dicha norma se dispuso por primera vez en la historia de Chile el divorcio vincular, es decir, una vez que las partes se divorcian se disuelve todo vínculo matrimonial que los pudo haber unido, lo que antes no ocurría.

b) Incapacidad de la cónyuge casada en sociedad conyugal.

En el primer Código Civil chileno, la mujer que contraía matrimonio era considerada incapaz relativa. El motivo con el cual se justificaba esta norma era que dicha incapacidad de la cónyuge era indispensable para lograr y conservar la unidad del régimen matrimonial en el país. Es decir, la mujer no era considerada relativamente incapaz por el hecho de casarse ni por pertenecer a su género, sino que simplemente porque se encontraba vinculada a su cónyuge a través de la sociedad conyugal.

La norma que disponía lo antes dicho, era el artículo 1447 de dicho cuerpo normativo, el cual disponía que los relativamente incapaces eran los disipadores en interdicción de administrar lo suyo, los menores adultos y, por supuesto, la mujer casada en sociedad conyugal.

La institución antes dicha mantuvo su vigencia hasta el momento en que comenzó a regir la ley 18.802 en el año 1989 la cual introducía modificaciones al Código Civil.

c) La administración de la sociedad conyugal era privativa, concentrada y unitaria del marido.

Al igual que como cuando entró en vigencia el Código Civil en Chile hoy en día esta institución tiene pleno vigor, sin embargo, se ha visto atenuado con diversas disposiciones legales, como por ejemplo:

- Decreto Ley 328 y la Ley 5.521; ambas disposiciones establecieron el “patrimonio reservado” de la mujer casada, sacando de la esfera de administración del marido todos los bienes que la mujer haya adquirido por su propia industria.

- Ley 10.271 del año 1952; esta dispuso grandes límites a la labor administrativa de los bienes que pertenecieran a la sociedad conyugal, como por ejemplo, obligando al marido a conseguir la autorización de su cónyuge para vender o constituir gravámenes sobre los inmuebles sociales o arrendarlos por un período de tiempo superior a 5 años (bienes raíces urbanos) u 8 años (inmuebles rústicos).

d) Patria potestad excluyente y con facultades absolutas del padre de familia.

Antes de entrar en materia, hay que determinar qué se entiende por patria potestad, la cual se define como *"el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados".* Artículo 243 del Código Civil.

La realidad mundial hacia el año 1857 era que la patria potestad se extendiera tanto a los bienes como a la persona de los hijos de la familia, sin embargo, el legislador chileno se apartó de esta tendencia civilista e incorporó dentro de esta institución solamente los bienes del menor. La mujer no tenía ningún tipo de participación en este sentido, lo que venía a confirmar la influencia romana y posteriormente española de ver a la patria potestad como un derecho y deber que exclusiva del hombre o cónyuge.

Con el paso de las décadas, específicamente con el Decreto Ley 328 del año 1925 y la Ley 5.521 de 1934 se pretendió variar esta realidad legal, ya que en dichas normas se permitía que la patria potestad fuera ejercida por la madre en caso de que faltara el padre legítimo del o los hijos.

Luego, y con la ley 18.802 de 1989 se concedió el derecho a que la mujer que consiguiera el cuidado personal de un hijo legítimo -legítimo es una terminología obsoleta, pero vigente en esos años- a través de una sentencia judicial pudiera solicitar a la vez la patria potestad de este.

Esta ampliación de facultades para la mujer en cuanto a la patria potestad tuvo su cima con la entrada en vigencia en 1999 de la Ley 19.585 que modificó el Código Civil, disponiendo que *"la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del registro civil (…)"*.

e) Filiación matrimonial promovida y cautelada.

El primer Código Civil inclinó la balanza en favorecer ampliamente este tipo de filiación; ejemplos de este hecho eran los siguientes:

- Antes no se permitía investigar la filiación no matrimonial de una persona con el fin de determinar quiénes eras sus padres, esto en contraposición a algunos códigos civiles extranjeros inspiradores del chileno y que sí brindaban este derecho.

- Los hijos "legítimos" excluían a los hijos "naturales" en la sucesión intestada. O sea, en caso que hubieran hijos legítimos sólo ellos tenía derecho a heredar los bienes de sus padres, sin embargo, esta situación podía ser cambiada por el padre o madre pero sólo a través de un testamento, en virtud del cual este podía disponer de sus bienes en favor de un hijo natural en desmedro de uno legítimo.

Un conjunto de normas jurídicas fueron cambiando esa realidad legislativa, dentro de las cuales se pueden nombrar las siguientes:

- Ley 5.750 del año 1935; esta dispuso que se podía investigar la filiación de un hijo ilegítimo, con el fin de saber quién era su padre, madre o ambos, siempre y cuando tuviese como objetivo solicitar pensión alimenticia.

- Ley 10.271 de 1952; esta norma ayudó a mejorar sustancialmente la realidad del hijo llamado "natural", ya que desde ese año se admitió -por ejemplo- el reconocimiento forzado; además, se mejoró la participación de ese tipo de hijos en la sucesión intestada de su padre o madre, sin embargo en proporción menor (50%) de lo que le correspondía a los hijos legítimos; por otro lado, los hijos naturales pasaron a ser beneficiarios -en caso de que lo dispusiera el causante- de la cuarta de mejoras.

- Ley 19.585 que entró en vigencia el año 1999; esta ley dio fin a cualquier tipo de discriminación entre todo tipo de hijos, porque ellos tienen los mismos derechos y obligaciones, ya sea que sean fruto de una filiación matrimonial o no matrimonial.

1.2. El parentesco.

Este se encuentra definido de la siguiente manera:

La relación de familia que existente entre dos sujetos.

En la legislación nacional hay dos tipos de parentescos, los cuales son:

a) Natural o por consanguinidad.

Es aquel que se fundamenta en la relación de consanguinidad entre dos personas en el evento que una es descendiente de la otra o ambas de un tronco o antepasado común.

El artículo 28 del Código Civil lo define al señalar que el parentesco natural *"es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados"*.

b) Parentesco legal o por afinidad.

Se trata del que se presenta entre un sujeto que está o ha estado casado y los parientes naturales de su cónyuge. Es decir, la relación que tiene una persona con, por ejemplo, sus cuñados, suegro, suegra, etcétera.

De la definición antes mencionada, se puede inferir que este tipo de relación se mantiene a pesar de la muerte de uno de los cónyuges.

Sin lugar a equivocaciones se puede señalar que el parentesco por consanguinidad es el más relevante, ya que aquel considerado por afinidad no brinda derechos, porque el ordenamiento jurídico lo establece como un tipo de impedimento para contraer nupcias y como una clase de inhabilidad en ciertas situaciones. Así es dable decir que un caso en que el parentesco por afinidad se erige como un impedimento para contraer matrimonio lo entrega el artículo sexto de la Ley número 19.947 sobre Matrimonio Civil al disponer que *"No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o* por afinidad, *ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado".*

Ahora bien, los artículos 412 y 1061 del Código Civil ejemplifican el caso en que el parentesco por afinidad es un tipo de inhabilidad, ya que la primera norma señala que *"Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o* afines *hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio"*. Mientras que el artículo 1061 de dicho cuerpo legal dispone que *"No vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano* (notario público) *que autorizare el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de dicho escribano o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos,* cuñados, *empleados o asalariados del mismo"*.

La última norma citada se refiere a una inhabilidad legal al referirse a los "cuñados" del notario público que autoriza el testamento.

La línea y el grado de parentesco.

En este tema hay dos conceptos que se encuentran definidos de distinta forma, ya que forman dos instituciones paralelas, las cuales son:

a) La línea de parentesco.

Se trata de la serie de parientes que descienden unos de otros o de un tronco común.

La primera clase se llama "línea recta", mientras que cuando se desciende de un tronco común se le denomina "línea colateral, oblicua o transversal".

Ejemplos de línea recta es la que se presenta en el caso del hijo, el padre y el abuelo; todos ellos están este tipo de línea de parentesco, ya que el hijo desciende del padre y este a su vez del abuelo.

El ejemplo más claro de línea colateral es la que se da entre los hermanos, porque estos tienen como tronco común a sus padres. En la misma situación se encuentra el sobrino respecto de su tío.

b) El grado de parentesco.

Simplemente es la distancia que hay entre dos parientes.

El grado es de suma importancia, ya que mientras más cercano sea este, mayores derechos entrega.

CLASE 03

1.3. Forma de computar el parentesco.

Hay que distinguir de qué tipo de parentesco se habla para ver la forma de computarlo, de la forma que se señala a continuación:

a) Parentesco natural por línea recta.

Este debe contarse por la cantidad de generaciones, es decir, el hijo con su padre están en primer grado y el nieto con su abuelo se encontrarán en segundo grado.

b) Parentesco natural por línea colateral.

La forma de computar este tipo de parentesco entre dos personas es subiendo y contando cuántos grados hay hasta el tronco común para luego bajar a la persona con la cual se desea determinar el parentesco por línea colateral.

Por ejemplo:

Los hermanos siempre están en segundo grado de parentesco en línea oblicua. De esta forma -por ejemplo- Juan es hermano de Andrea, ambos tienen como padres a Alberto y Fernanda; para determinar qué grado de parentesco tiene Juan con su hermana se debe contar el grado que este tiene con sus padres (un grado) y luego el que estos tienen con Andrea (un grado), pues bien, si se suman los dos grados dará el resultado de que Juan y Andrea son parientes en segundo grado en línea colateral.

Del ejemplo dado se puede desprender que el parentesco en línea colateral más cercano siempre será el que existe entre dos hermanos, es decir el segundo grado, ya que nunca habrán familiares colaterales de primer grado.

c) Parentesco por afinidad.

En cuanto a este tipo se debe aplicar la misma formula para su cómputo.

En esta dirección, el artículo 31 inciso segundo del Código Civil es claro, ya que señala lo siguiente:

"La línea y el grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su mujer".

Por ejemplo:

- Ana está casada con Felipe, este último se encuentra en primer grado de parentesco por afinidad con sus suegros.

- En el mismo matrimonio, Felipe está en segundo grado de parentesco por afinidad con los hermanos de Ana, es decir, con sus cuñados.

- En el evento que Ana se haya casado y divorciado anteriormente y de dicho vínculo hubiese nacido un hijo de filiación matrimonial llamado Rodrigo, Felipe se encontrará en primer grado de afinidad con ese niño, ya que se trata de una persona que no es su hijo, sino que del marido que Ana tuvo antes.

1.4. Los esponsales.

Se trata de la promesa de matrimonio mutuamente aceptada.

Según esa definición, los esposos no son las personas que contraen matrimonio, sino aquellos que se prometen hacerlo, lo que se daría en el caso de los novios.

Se trata de un contrato celebrado entre dos personas, que en la mayoría de los casos no es escrito, puede serlo, como ocurre con las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, pero ese es un tema que se estudiará más adelante.

Efectos del contrato de esponsales.

Se tiende a señalar que el ordenamiento jurídico nacional no le entrega ningún tipo de efecto civil a los esponsales, pero las obligaciones que de él nacen sí pueden ser consideradas como obligaciones naturales, las cuales se conceptualizan como *"aquellas que*

no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas".

Por el tipo de obligación que genera este contrato no se puede forzar a los esposos a casarse una vez que lo han suscrito, así como tampoco se puede solicitar una indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento por parte de alguno de los eventuales cónyuges.

La legislación chilena no brinda la facultad de solicitar el cumplimiento de este tipo de promesa por la vía judicial, ya que el legislador considera este acto jurídico como uno de aquellos de efectos exclusivamente privados, en el cual su cumplimiento queda entregado cien por ciento a la conciencia y al honor de los esposos.

Es importante señalar que en este tipo de contrato es posible determinar sanciones de carácter patrimonial en mérito de una cláusula penal, lo que podría configurar un castigo pecuniario, sin embargo, en derecho -y como dice ese viejo adagio- "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", por lo cual esa pena no se puede perseguir entablando una acción ante el tribunal civil competente ya que esta es un elemento accidental del contrato de esponsales y este, por esencia, no entrega la legitimidad necesaria para pedir el cumplimiento forzado de la obligación.

A pesar de lo señalado, no se puede decir que este acto jurídico no produce efectos civiles, porque genera obligaciones naturales, las cuales ya fueron definidas.

Problema que se genera en cuanto a los efectos generadas por el contrato de esponsales.

El artículo 98 del Código Civil señala lo siguiente:

"Los esponsales o desposorio, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios".

Por otro lado, el artículo 99 del mismo cuerpo legislativo dispone que:

"Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución".

La última parte destacada del artículo 99 confiere a las obligaciones nacidas del contrato de esponsales la categoría de “naturales”. Sin embargo, lo que va en clara confrontación con lo señalado con la parte final del artículo 98 del Código Civil.

Se podría pensar -lo que en efecto ocurre- que el legislador ha caído en una contradicción que generaría un problema a la hora de determinar los efectos del desposorio, ya que cabrían una pregunta lógica: ¿El contrato de esponsales genera obligaciones o no?

La mayor parte de la doctrina nacional tiende a señalar que el derecho de retención consagrado en el inciso segundo del artículo 99 no constituiría una obligación natural, ya que es el propio artículo 98 el que dispone que el desposorio no produce obligación alguna ante la ley civil.

La solución a esta dicotomía ha ido siendo entregada paulatinamente por la jurisprudencia de los tribunales de justicia chilenos en el sentido que estos han señalado que la retención de la multa es más bien una sanción legal al esposo que no haya cumplido lo prometido.

Particularidades del contrato de esponsales.

Existen ciertos efectos particulares que se producen a causa de la celebración de este tipo de acto jurídico, los cuales se estudian a continuación.

a) Las donaciones por causa de matrimonio.

En el evento que el matrimonio no se realice, se puede reclamar su restitución por la persona que hizo la donación a través de una acción civil, ya que en este caso en particular la celebración del matrimonio constituye un elemento esencial de la donación.

b) El contrato de desposorio se puede admitir como una circunstancia agravante del delito de seducción. Este término es utilizado por el Código Civil, pero en realidad se está refiriendo al ilícito de estupro.

c) Como ya se señaló, el presupuesto fundante de la promesa de matrimonio, o contrato de esponsales, es que nadie puede ser obligado por este medio -y por ninguno- a contraer dicho vínculo con otra persona.

CLASE 04

2. EL MATRIMONIO.

Este se encuentra definido claramente en el artículo 102 del Código Civil chileno, el cual dispone lo siguiente:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

De la definición antes mencionadas, se pueden extraer los elementos de todo matrimonio:

a) Es un tipo de contrato.

Este elemento ha sido por años una temática de mucha controversia entre los especialistas, sin embargo, se han podido lograr unificar posturas respecto de tres grandes tesis, las cuales se señalan a seguir:

- El matrimonio es un simple contrato.

Este ha sido el postulado de mayor preponderancia desde el siglo XVII hasta el XIX. La doctrina invocaba el hecho que esta institución jurídica era la consecuencia final de un acuerdo de voluntades prestadas libremente por aquellas personas que se prometían matrimonio, llamados esponsales o esposos.

El matrimonio visto como un contrato es la tesis que se ha impuesto con mayor validez dentro de las legislaciones italiana y francesa, aduciendo que se trataría de un acto jurídico con particularidades muy específicas y propias, es decir, un acuerdo sui generis, pero que al final siempre será un contrato porque el supuesto que da forma a la relación entre las partes es el consentimiento de ambos contrayentes.

Las principales críticas a esta postura se asientan sobre la base de que las normas que regulan el matrimonio impedirían cualquier modificación una vez que este se ha celebrado, ya que es el legislador es quien dispone y regula sus efectos una vez que las partes lograron un acuerdo de voluntades, no siéndoles permitido a estas tener ningún tipo de injerencia respecto de la materia en estudio, lo que iría en contra del principio de autonomía de la voluntad y erigiéndose esta como la característica opuesta que identifica al resto de los contratos, en los cuales las partes pueden modificar y hacer mutar sus efectos de la forma que mejor les plazca.

- El matrimonio es un acto del Estado.

Los que sostienen esta postura señalan que es el mismísimo Estado el que, por intermedio de un Oficial del Registro Civil e Identificación, une a los esposos en virtud de un matrimonio.

Según esta tesis, la voluntad de los contrayentes solamente constituye un requisito fáctico indispensable para que sea el Estado el que pueda declarar casados a los cónyuges.

- El matrimonio como institución.

El fin principal de esta idea es reforzar el concepto de que todo matrimonio es y debe ser *"indisoluble"*.

Quienes apoyan el matrimonio como institución, señalan que dicho vínculo cumple con los requisitos de toda institución que debe ser reconocida y protegida por el Estado, los cuales son:

  - El núcleo básico de personas.

En este caso serían los contrayentes o cónyuges. Una vez que estos se han casado, el matrimonio pasaría a tener un valor intrínseco, que le daría una verdadera personalidad propia.

  - Una organización inmersa al interior de una legislación.

  - Una conducta propia dirigida al bien de ambos cónyuges.

Esta se vería reflejada en obligaciones básicas del matrimonio, como lo son procrear, vivir juntos y/o auxiliarse mutuamente.

  - Permanencia estable en el tiempo.

Porque esta estabilidad se concreta con la vida en común de los contrayentes durante la vigencia del matrimonio. Además, porque los efectos del vínculo matrimonial siguen en la descendencia matrimonial que pudiesen llegar a tener los cónyuges.

  - Tiene un acto fundacional.

Este acto sería manifestado claramente en el instante mismo en el cual los esposos manifiestan su voluntad de contraer matrimonio y pasar a estar casados en nombre de la ley.

b) El matrimonio no tan solo es un contrato, sino que es uno de aquellos catalogados como solemnes.

Esta característica se devela principalmente desde el momento en que se necesita la presencia de dos testigos hábiles y que la celebración del acto jurídico se encuentre a cargo y en presencia de un oficial del Registro Civil e Identificación.

c) Es una unión solo entre un hombre y una mujer.

Este hecho se desprende claramente de la definición dada por el Código Civil en su artículo 102, la cual ya fue señalada. Este requisito del matrimonio configura uno de sus elementos esenciales para que pueda ser llevado a cabo, es decir, dos personas del mismo sexo en Chile no pueden contraer este vínculo.

Además, de la misma definición se desprende claramente que es un contrato que debe ser celebrado entre solo un hombre con tan solo una mujer, lo que suprime desde ya la poliandria y la poligamia.

d) Se trata de un vínculo actual e indisoluble.

Esta característica se expresa desde el momento en que el Código Civil señala que (…) se unen actual e indisolublemente y por toda la vida".

El elemento de la "actualidad" no es antojadizo, ya que el matrimonio no puede estar sujeto, en cuanto a su celebración y efectos, a la ocurrencia o a la no concreción de algún acto o hecho que dependa de la naturaleza o de otra persona, es decir, es un contrato que no se encuentra sujeto a ningún tipo de modalidad, ya que produce sus efectos de manera inmediata una vez celebrado, ergo, es un acto jurídico de aquellos llamados "puros y simples".

En cuanto a las características de "indisoluble" y "por toda la vida" se puede señalar que este es un tema que también ha sido motivo de mucho debate, ya que si bien estos conceptos se mantuvieron en el concepto entregado por el artículo 102 no se condicen con la realidad prominente entre los matrimonios de la actualidad, lo que se manifiesta en la cada vez mayor tasa de divorcios en Chile, ya que la legislación nacional pasó de ser una de las cuales más protegía la idea de que este vínculo era indisoluble a constituirse como uno de aquellas más "divorcistas" en el mundo, esto desde el momento en que entró en vigencia la Nueva Ley de Matrimonio Civil número 19.947, porque esta -por primera vez- estableció el divorcio vincular.

Si la realidad actual devela altos índices de divorcios y que la indisolubilidad dejó de ser la regla general, los ciudadanos podrían preguntarse por qué se mantuvo la definición de matrimonio tal cual y como está; la respuesta viene desde los albores de la discusión

legislativa que culminó con la Ley 19.947, ya que en ella se señaló que el divorcio sería la excepción a la regla y que el concepto de indisolubilidad sería por lejos la regla general; nunca se imaginó el legislador nacional que tantas matrimonios se divorciarían una vez que dicho cuerpo normativo fuera dictado y exigiera menores requisitos para hacerlo. La frase que mejor explica la cuestión en estudio es la célebre frase “las personas se casan para vivir juntos durante toda su vida y no para divorciarse”; como se ha visto, actualmente esa máxima es solo una quimera.

e) El matrimonio tiene como finalidad que los cónyuges vivan juntos, procreen y se auxilien mutuamente.

El punto más interesante de esta característica es el hecho de que una de los objetivos del vínculo es procrear, lo cual no puede tomarse como el único fin claro está, porque si así ocurriese no les estaría permitido casarse a las personas que no pueden procrear por ser infértiles, lo que en la realidad no ocurre.

2.1. Condiciones de existencia y validez.

Para efectos pedagógicos, es conveniente estudiar estos dos temas de manera totalmente separada de la manera que a continuación se señala.

a) Condiciones de existencia.

Estos requisitos son los siguientes:

- Personas de distinto sexo.
- Consentimiento de los contrayentes.
- La presencia de un oficial del Registro Civil e Identificación al momento de su celebración.

La ausencia de alguna de estas condiciones puede resultar en la “inexistencia” del vínculo matrimonial. Esta sanción es obvia, ya que en el evento que se casara una pareja de mujeres o de hombres entre sí el matrimonio nunca llegaría a existir en la vida del derecho, no siendo necesaria la intervención de un organismo jurisdiccional que así lo declare.

Misma inexistencia produciría un matrimonio que fuera dirigida por el Director Nacional de Aduanas, el Contralor General de la República, un Ministro del Gabinete Presidencial, etcétera; ya que aunque estuviera investido de mucha autoridad dentro del territorio nacional dicho matrimonio nunca llegaría a existir, porque no fue celebrado en por y en presencia del funcionario público encomendado por el Estado para esta función.

El hecho de señalar y hacer notar la sustantiva diferencia entre la inexistencia y la nulidad del vínculo matrimonial es de vital importancia, ya que si este se declarara "nulo" este podría ser un *"matrimonio putativo"* -el cual se explicará más adelante- y por ende produciría todas las consecuencias jurídicas que aquel que ha cumplido con todos los requisitos legales. A contrario sensu, en el caso que el matrimonio haya sido "inexistente" no se presentaría la institución antes mencionada del matrimonio putativo, porque este nunca llegó a existir en la vida del derecho.

La jurisprudencia nacional ha planteado una sustancial diferenciación entre el matrimonio nulo y el inexistente, señalando que el primero ha llegado a tener una existencia, aunque esta adolece de un vicio de nulidad por lo tanto es imperfecto en su concepción; en cambio, el matrimonio inexistente constituye tan solo una apariencia, ya que no posee los requisitos indispensables para que el ordenamiento jurídico nacional le entregue la posibilidad de surtir todos sus efectos legales.

CLASE 05

El matrimonio por poder.

En cuanto a la manifestación de la voluntad de los contrayentes para llevar a cabo el matrimonio, es de la mayor relevancia enunciar que el legislador nacional ha dispuesto la posibilidad de que el consentimiento pueda ser dado por intermedio de un mandatario facultado expresamente para tal efecto.

Dicho derecho se encuentra claramente establecido en el artículo 103 del Código Civil nacional, el cual dispone lo siguiente:

"El matrimonio podrá celebrarse por mandatario especialmente facultado para este efecto.

El mandato deberá otorgarse por escritura pública, e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario".

De la norma enunciada, se puede desprender que los requisitos para celebrar el matrimonio por poder son los siguientes:

- El mandatario debe estar especialmente facultado para tal efecto en virtud de un mandato especial.
- El mandato debe ser suscrito por escritura pública.

- El contrato debe contener específicamente la individualización completa de los contrayentes así como del mandatario que prestará el consentimiento en nombre del cónyuge que no podrá concurrir a la boda.

- No es necesario dar las razones por las cuales uno de los contrayentes prestará su consentimiento por intermedio de un mandatario especialmente facultado para dicha labor.

b) Condiciones de validez del matrimonio.

Estas son las siguientes: Consentimiento espontaneo y libre de ambos contrayentes; Capacidad de los cónyuges y ausencia de impedimentos dirimentes; y Cumplimiento de las formalidades legales.

A continuación, estudiaremos cada una de estas condiciones con mayor detalle.

- Consentimiento espontaneo y libre de ambos contrayentes (primera condición de validez del matrimonio).

Según se desprende del artículo Octavo de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, los vicios a los cuales puede verse expuesto el vínculo matrimonial son el error y la fuerza.

Nada se dice en este tema respecto del “dolo”, ya que tomar en cuenta este como un vicio del matrimonio acarreaba atentar contra la estabilidad nupcial, esto debido a que en las relaciones de pareja, llámense pololeos o noviazgos, las personas asuman conductas que buscan impresionar a la pareja, las cuales podrían llegara convertirse en dolo.

- El error como vicio del consentimiento en el matrimonio.

  El artículo Octavo de la Ley 19.947 dispone que existen dos clasificaciones de error, los cuales son:

  - Aquel que recae en la identidad del otro cónyuge.

  - El recae en alguna de las cualidades personales que, tomando en consideración los objetivos del matrimonio, fueran tomadas como indispensables para la manifestación de la voluntad.

  Ejemplo de este caso sería el hecho que una persona se case con un hombre y después de celebrado el matrimonio la mujer se entere que el hombre es impotente o estéril.

- La fuerza.

Para que constituya un vicio del consentimiento en la celebración del matrimonio, la fuerza debe haber sido producida por un sujeto o por algún hecho externo que hubiese sido condicionante para dar el consentimiento y así celebrar la ceremonia matrimonial.

El Código Civil chileno señala que la fuerza para que pueda ser considerada como un vicio del consentimiento debe ser grave, injusta y determinante.

- Grave.

Es aquella capaz de crear una emoción fuerte en un sujeto de sano juicio, tomando en consideración su edad, sexo y condición, y que tiene el justo temor de verse expuesto a ella, su pareja o alguno de sus descendientes o ascendientes a un mal grave e irreparable.

En este punto existe lo que se llama el *"temor reverencial"*, que es aquel que siente una persona de otra porque esta última tiene un cargo o condición tal que se le debe respeto o sumisión; por ejemplo, el temor que le tienen los trabajadores al gerente de la empresa por poseer este último un cargo de alto rango. Este tipo de fuerza no es suficiente para viciar el consentimiento.

- Injusta.

Tiene esta característica cuando se genera un apremio ilegítimo, es decir, que se contrapone al ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se ejerce fuerza con una amenaza legítima esta no vicia el consentimiento. Esto ocurriría por ejemplo, si se amenaza a otra persona con iniciar un juicio ejecutivo en su contra y así embargarle y rematarle su hogar.

- Determinante.

La fuerza es determinante siempre que se hace efectiva con el fin de conseguir la manifestación de la voluntad por parte de la otra persona.

En este sentido, se debe haber coaccionado de manera tal a uno de los cónyuges que el fin de dicho apremio haya sido que aquel prestara su consentimiento para contraer matrimonio y este se haya celebrado.

Un punto de la mayor relevancia es la pregunta de que si es necesario que la fuerza sea ejercida por el otro novio o puede ser ocasionada por un tercero, la respuesta es la última, es decir, para que la fuerza -grave, injusta y determinante- vicie el consentimiento al momento de celebrar el matrimonio

puede haber sido ejercida por cualquier sujeto, incluso por un hecho externo. Este último sería el caso de la mujer embarazada que contrae matrimonio por la presión social del resto que ve como algo pecaminoso ser una madre soltera; dicha mujer podría, incluso, solicitar la disolución del vínculo si probara que contrajo nupcias solamente por el motivo antes esgrimido.

- Capacidad de las personas que contraerán matrimonio y ausencia de impedimentos dirimentes (segunda condición de validez para contraer el vínculo matrimonial)

A diferencia de lo que ocurre en el resto del derecho civil, en el tema llamado matrimonio a las incapacidades se les conoce con el nombre de "impedimentos".

La excepción, al igual que en el derecho patrimonial, es la incapacidad, ya que se entiende que todas las personas con capaces, siendo esta la regla general aunque no absoluta, porque siempre existirán casos de impedimentos, pero estos no serán otros que aquellos dispuestos específicamente por la legislación nacional.

Clasificación de los impedimentos.

En el ordenamiento jurídico chileno, estos pueden ser de dos tipos, los cuales son:

a) Dirimentes.

Son aquellos que impiden llevar a cabo las nupcias.

La sanción en caso que estos no sean acatados es la nulidad del matrimonio.

Esta clase de impedimentos se subdividen en dos grupos a saber:

- Absolutos.

La ocurrencia de cualquiera de estos impide que un sujeto se case con toda persona. Ejemplos de estos impedimentos sería el matrimonio no disuelto de acuerdo a la ley o la demencia.

A continuación, se estudiarán con mayor profundidad todos los impedimentos dirimentes absolutos, los cuales se señalan a continuación.

El artículo quinto de la Ley 19.947 dispone que: *"No podrán contraer matrimonio:*

- *Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto.*

Este impedimento es uno de aquellos considerados como regla general en casi todas las legislaciones del mundo, salvo algunos casos, especialmente en Estados en los cuales se practica el islamismo.

El incumplimiento genera como consecuencia la nulidad del segundo matrimonio, la cual es una sanción civil, sin embargo, también puede acarrear una pena en sede penal, como lo sería el delito de bigamia, tipificado y sancionado en el artículo 382 del Código Penal chileno.

Un punto importante de señalar es que el primer matrimonio debe ser válido, ya que si adolece de algún vicio que lo haga inexistente o pudiese redundar en su nulidad, el segundo sería perfectamente válido, siempre y cuando este último cumpla con todos los requisitos establecidos por la ley.

La nulidad del segundo matrimonio puede ser alegado por ambos cónyuges del segundo matrimonio, por el cónyuge del primer matrimonio o por cualquiera de sus descendientes.

La acción que se debe entablar ante los tribunales de justicia competente debe incoarse dentro del plazo de un año desde la muerte de uno de los contrayentes.

- *Los menores de 16 años.*

Como ya se ha señalado, si no se respeta este impedimento la sanción será la nulidad del vínculo matrimonial.

Dicha nulidad solo puede ser impetrada por alguno de los contrayentes o por alguno de sus ascendientes. Sin embargo, una vez que ambos cónyuges han cumplido 16 años el derecho para solicitar la nulidad sólo les pertenece a ellos.

En ambos casos, la acción puede hacerse efectiva solo dentro de un año a contar desde que el menor que se casó no respetando este impedimento cumple la mayoría de edad, es decir, hasta sus 19 años.

- *Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio.*

El impedimento en cuestión trata dos hechos completamente diferentes: por una parte la “privación de razón” y por otra “la existencia de un trastorno o anomalía psíquica”.

Ahora bien, en cuanto a la privación de la razón o también llamada demencia, esta tiene una doble justificación histórica, una más impopular que la otra: la primera es que las personas con demencia se encuentran imposibilitadas de manifestar su voluntad. La otra es aquella que se refiere al hecho de que es poco prudente que dos personas dementes contraigan matrimonio porque su descendencia podría sufrir sus mismas privaciones de razón, la idea es prevenir la descendencia con taras. En este caso, la demencia no necesariamente tiene que haber sido declarada por un tribunal de justicia para que se haga valer como un impedimento.

En lo que se relaciona con la anomalía psíquica, esta no necesariamente tiene que haber sido declarada por un juez para que se haga efectiva, la ley sólo pide como requisito que se encuentre fehacientemente diagnosticada, pero con el requisito de que debe imposibilitar al demente de manera absoluta para formar la comunidad de vida que significa un matrimonio.

Como se sabe, existen diferentes grados en las anomalías psíquicas, tal es el caso de las personas que sufre el síndrome de Down, muchas de las cuales se encuentran capacitadas mentalmente para contraer y comprender las obligaciones que impone un vínculo tan importante como el matrimonio. Otras anomalías que podrían considerarse dentro de esta categoría pueden ser el travestismo y el fetichismo.

La determinación en cuanto a si una persona con estas anomalías psíquicas se encuentra facultada para formar una comunidad de vida matrimonial es una cuestión que debe ser encargada completamente a la medicina legista.

- *Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.*

Esta imposibilidad para contraer matrimonio no tiene absolutamente nada que ver con algún tipo de incapacidad, anomalía psíquica o enfermedad del cónyuge, sino que se busca evitar que personas inmaduras contraigan matrimonio, porque estas no tendrían la capacidad de receptar y cumplir con los deberes y obligaciones que se generarán a consecuencia de la celebración del vínculo matrimonial.

- *Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas".*

Antes de la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, las únicas maneras de dar a conocer el consentimiento para contraer matrimonio eran de forma verbal o a través de la escritura. Hoy en cambio, se acepta que esta manifestación de voluntad sea hecha por intermedio del lenguaje de señas.

Una mención aparte merece el hecho que la nueva legislación ha eliminado la "impotencia perpetua e incurable" como un impedimento que impida la celebración del matrimonio.

Antes de la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, dicha causal era considerada como un impedimento absoluto para contraer matrimonio. En esos años existía una pugna en cuanto a determinar si el impedimento alcanzaba tanto la *"impotencia generandi"*, que es aquella que impide tener hijos o a la *"impotencia coeundi",* la cual consistía en la imposibilidad de concretar el acto sexual.

Esta causal fue eliminada fue eliminada por la nueva ley porque el avance de la tecnología ha permitido que ambas impotencias se traten y superen de manera efectiva. Además, porque si se mantenía el impedimento en cuestión significaría una injusticia, ya que no les estaría permitido casarse a los ancianos o a los minusválidos.

Sin embargo lo expuesto, la impotencia (generandi o coeundi) se ha mantenido tácitamente dentro de la legislación del matrimonio, pudiendo incorporarla como un tipo de error en cuanto a las cualidades esenciales de la persona y que fueron determinantes para la celebración de las nupcias, lo cual podría terminar en la nulidad del matrimonio porque habría un vicio del consentimiento. Ejemplo de esto sería la circunstancia una mujer se case y que al poco tiempo se entere que su marido es estéril y que por supuesto no puede fecundar; esto facultaría a la cónyuge para pedir la nulidad del matrimonio porque hubo un error en cuanto a las cualidades del otro cónyuge y atendidos los fines del matrimonio, que en este caso sería el de procrear.

CLASE 06

- Relativos.

Si se presentan no permiten el matrimonio de un sujeto con ciertas personas, como por ejemplo, el impedimento por parentesco. Estos son: el parentesco y la prohibición de contraer matrimonio con el imputado en contra del cual se haya formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer.

- El parentesco.

La Ley 19.947, en su articulado número seis dispone lo siguiente:

"No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado".

El primer caso es aquel impedimento para contraer matrimonio con un ascendiente o descendiente por consanguinidad, como sería el caso de un hijo con su madre; lo mismo ocurre en el caso del parentesco por afinidad, tal sería la situación de que no puede casarse una nuera con su suegro. Sin embargo, en cuanto al parentesco colateral u oblicuo, la prohibición solo opera en el caso de consanguinidad, como por ejemplo, no se pueden casar los hermanos entre sí, pero sí pueden hacerlo los cuñados.

Mención aparte merece el caso de los hermanos, los cuales no pueden contraer el vínculo matrimonial, tanto aquellos de simple conjunción (medios hermanos) como los de doble conjunción (hermanos que tienen el mismo padre y la misma madre).

- Prohibición de contraer matrimonio con el imputado contra el que se hubiese formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer.

  La misma regla rige para con la persona que haya sido condenado como autor, encubridor o cómplice del mismo delito.

  La razón de ser de esta prohibición es impedir que un sujeto arengara al amante a matar a su cónyuge para luego contraer matrimonio con el.

b) Impedimentos impedientes.

El legislador nacional los llama *"prohibiciones"*.

Si estas prohibiciones no son respetadas acarrean otras sanciones distintas a la nulidad del matrimonio.

Esta clase de prohibiciones están regulados en el Código Civil chileno, a diferencia de los impedimentos dirimentes que se encuentran regulados en la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

Estos se definen como *"las limitantes establecidas por el ordenamiento jurídico para la celebración del vínculo matrimonial, cuyo incumplimiento acarrea diversas penas que por ningún motivo son la nulidad del matrimonio".*

Los impedimentos impedientes son: el consentimiento de ciertas personas para casarse; las guardas y las segundas nupcias.

- El consentimiento de ciertas personas para casarse.

No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha necesitado para casarse el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia en subsidio.

Los que hayan cumplido dieciocho años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna.

El artículo 107 del Código Civil por su parte dispone lo siguiente:

"Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo.

En igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio".

En relación con las normas legales antes citadas, el artículo noveno de la Ley 19.947 señala:

"Al momento de la manifestación deberá indicarse los nombres y apellidos de las personas cuyo consentimiento fuere necesario".

De lo expuesto, se puede colegir que existen ciertas personas que deben prestar su consentimiento para que, en algunos casos, pueda llevarse a efecto un matrimonio, las cuales son:

- Los padres y si falta uno de los dos el otro que quedara.
- En caso que falten los dos padres, el ascendiente o los ascendientes del grado más próximo.

En caso de que hubiera igualdad de votos se preferirá a aquel que ha optado porque se lleve a cabo la ceremonia.

El o los padres se entienden que están ausentes en los siguientes casos:

- Muerte de uno o ambos padres.

- En el caso de encontrarse en estado de demencia.

- Por ausencia del país y que no se tenga certeza que su vuelta será pronta.

- En el evento que se ignore el paradero de uno o ambos padres.

- Cuando la paternidad o maternidad ha sido declarada a través de un Tribunal de la república en contra de la voluntad del padre o de la madre respectivamente.

- En el caso que ambos o uno de los padres les sea vedado ejercer la patria potestad sobre su hijo, y que esta haya sido una sanción interpuesta por un Juzgado de la Nación.

- Por mala conducta que conduzca una inhabilitación para ser partícipes de la educación del menor.

- El curador general, para el caso que falte uno o ambos padres.
- A falta de todas las personas antes mencionadas, la autorización deberá concederla el oficial del Registro Civil e Identificación que dirija la ceremonia del matrimonio.
- Si se tratara de hijos que no tienen determinada su filiación (no se sabe quiénes son sus padres), el consentimiento lo debe prestar su curador general y si no tuviese uno, el oficial del Registro Civil correspondiente.

Manera e instante de otorgar el consentimiento.

En cuanto al primer punto, la autorización se puede dar oralmente o por escrito.

La manifestación de la voluntad por parte del autorizante debe ser determinada y especial, o sea, se tiene que individualizar de manera precisa a la persona que va a casarse.

La autorización para que una persona menor de edad pueda contraer matrimonio tiene por nombre “disenso”.

En el caso de que sea cualquiera de los padres o ambos, o alguno de los descendientes más próximos del menor estos no se encuentran obligados a dar ningún tipo de justificación al momento de prestar o negar su disenso.

En cambio, si los que deben dar el disenso son el curador general o el oficial del Registro Civil e Identificación estos sí se encuentran obligados a expresar causa en caso de que nieguen la autorización para que el menor contraiga matrimonio. Si eso sucediera, el menor afectado puede ocurrir a la justicia para que el tribunal competente califique si la no autorización fue ajustada a derecho. Los juzgados competentes en este tema son los tribunales de familia.

Las razones que justifican el disenso están taxativamente enumeradas en el artículo 113 del Código Civil y estas son las siguientes:

1ª La existencia de cualquier impedimento legal, incluso el señalado en el artículo 116; el cual señala que mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila.

2ª El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título De las segundas nupcias, en su caso, lo cual se explicará más adelante;

3ª Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole;

4ª Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse;

5ª Haber sido condenada esa persona por delito que merezca pena aflictiva;

6ª No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

Sanciones en el evento de un matrimonio celebrado sin el disenso.

Como ya se ha señalado en los párrafos anteriores, el incumplimiento de los impedimentos nombrados no acarreará la nulidad vínculo matrimonial, para lo cual hay que distinguir qué tipo de sanciones se pueden aplicar, las cuales son:

a) El menor que no ha recibido el disenso su ascendiente -estando obligado a hacerlo- podrá ser desheredado. Este desheredamiento lo pueden hacer todos los otros ascendientes del menor, aunque no hubiese sido necesaria directamente su autorización.

b) El menor también perderá el cincuenta por ciento de lo que le habría tocado para el caso de haber sucesión intestada de los mismos ascendientes.

c) Al adolescente se le pueden quitar las donaciones que le hubiesen sido dadas por el ascendiente cuya autorización se requería, pero esta sanción sólo compete a dicho ascendiente y no a los otros, como sucede en el caso a).

d) El oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley. La relegación es el traslado de un sujeto a un lugar diferente al de su domicilio por un lapso de tiempo determinado por una resolución judicial o administrativa.

- Las guardas (segundo impedimento impediente).

Como ya se señaló, el artículo 116 del Código Civil prescribe lo siguiente:

"Mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores.

Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila.

El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición, sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda; sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo".

El objetivo de haber dispuesto esta prohibición es imposibilitar que el curador, guardador o los familiares de este se casen con el pupilo o pupila del cual se encuentran a cargo y así ocultar una posible administración contraria a la ley o que pueda constituir un fraude.

- Las segundas nupcias (tercer impedimento impediente)

El que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título.

Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial. (Artículo 124 del Código Civil).

En el evento de que el menor no posea bienes que sean de su dominio en manos de su padre o madre, se deberá nombrar a un curador que solamente tendrá como objetivo el hecho de certificar el requisito dispuesto por el artículo 124 ya mencionado.

Respecto al mismo tema, el artículo 125 del mismo Código prescribe lo siguiente:

"El Oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio del que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría".

CLASE 07

Impedimento específico para la mujer cuyo se ha disuelto, anulado o haya quedado viuda.

Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

El oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento antes señalado.

El objetivo de esta norma jurídica es impedir una posible confusión en cuanto a la determinación exacta del padre del niño.

Una mujer que, por ejemplo, se ha divorciado no podrá volver a casarse antes de los 270 días siguientes a la inscripción de la sentencia en el Registro Civil e Identificación; en el evento que quisiera contraer nuevas nupcias debe pedir autorización al Juzgado de Familia de su domicilio con el objetivo que el Juez de su consentimiento, para lo cual se debe acompañar en dicha petición un certificado médico extendido por un médico obstetra y que dé cuenta de que la solicitante no se encuentra embarazada; este es un procedimiento judicial pero relativamente corto.

La sanción que se impone por la ley para el caso de que no se cumpla con esta prohibición la señala el inciso segundo del artículo 130 del Código Civil, el que dispone lo siguiente:

"Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido".

2.3. Solemnidades del matrimonio - ritualidad.

En este tema hay que hacer una necesaria distinción que apunta a entender de mejor manera el tema que a continuación convoca y que se refiere al lugar adonde se celebra el matrimonio, ya que la ritualidad variará según si este se celebra en Chile o en un país foráneo.

a) Solemnidades (ritualidad) del matrimonio llevado a cabo en Chile.

Hay que distinguir nuevamente sobre las formalidades preliminares, simultáneas y posteriores a la celebración del matrimonio.

- Solemnidades preliminares al matrimonio.

Estas son las siguientes: la manifestación; la información acerca de los fines del matrimonio; los cursos de preparación y; la información de los testigos.

- La manifestación.

  Este se puede conceptualizar como aquel acto en el cual los esposos manifiestan al oficial de registro civil competente su propósito de contraer matrimonio ante su presencia.

  El artículo 9 de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil establece que*: "Los que quisieren contraer matrimonio lo comunicarán por escrito, oralmente o por medio de lenguaje de señas, ante cualquier Oficial del Registro Civil, indicando sus nombres y apellidos; el lugar y la fecha de su nacimiento; su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquél con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente; su profesión u oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, y el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio.*

Si la manifestación no fuere escrita, el Oficial del Registro Civil levantará acta completa de ella, la que será firmada por él y por los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y autorizada por dos testigos".

- La información acerca de los fines del matrimonio.

  Al momento de comunicar los interesados su intención de celebrar el matrimonio, el Oficial del Registro Civil deberá proporcionarles información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes patrimoniales del mismo.

  Asimismo, deberá prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo.

  Deberá, además, comunicarles la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no acreditaren que los han realizado. Los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial. Este inciso no se aplicará en los casos de matrimonios en artículo de muerte.

  La infracción a los deberes indicados no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial, sin perjuicio de la sanción que corresponda al funcionario en conformidad a la ley.

- Los cursos de preparación para el matrimonio.

  Este tipo de cursos tienen como finalidad incentivar la libertad y seriedad del consentimiento que se debe entregar para celebrar el matrimonio, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones y derechos que nacen a consecuencia de este vínculo, con el objetivo de ayudar a que los esposos tengan clara la responsabilidad que les compete y lograr cumplir con éxito las exigencias de la vida en común.

  Los cursos de preparación al matrimonio pueden ser impartidos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, por iglesias de cualquier culto que posean personalidad jurídica de derecho público, por entidades de educación privadas o públicas reconocidas por el Estado de Chile, o por personas jurídicas que no tengan ningún tipo de fin lucrativo y que se encuentre establecido en sus estatutos la realización de actividades tendientes a promover y apoyar a la familia.

  El contenido de cada uno de los cursos que no sea entregado personalmente por el Servicio de Registro Civil e Identificación será establecido de manera libre

por cada entidad, con el único requisito de ajustarse a las normas y principios entregados por la Constitución y el resto de las leyes de la Nación.

Con el fin de que se facilite el reconocimiento de este tipo de cursos, las instituciones deberán inscribirlos previamente en un registro especial que se encontrará a cargo del mismo Servicio de Registro Civil e Identificación.

- La información de los testigos.

  Esta institución se define como la demostración, a través de dos testigos, de la circunstancia que los esposos ni tienen impedimentos ni prohibiciones para celebrar el matrimonio.

- Solemnidades simultáneas al matrimonio.

Inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes, deberá procederse a la celebración del matrimonio.

Transcurrido dicho plazo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que repetir las solemnidades anteriormente estudiadas.

Ahora bien, en cuanto a las solemnidades simultáneas al matrimonio, cabe estudiar varios temas atingentes a esta materia, los cueles son: competencia del oficial civil ante el cual se celebra el matrimonio; lugar en donde debe llevarse a cabo el matrimonio; la presencia testigos en la ceremonia y; la ceremonia del matrimonio.

- Competencia del oficial civil ante el cual se celebra el matrimonio.

  Hasta antes que se publicara la Nueva Ley de matrimonio Civil el único funcionario competente para dirigir y autorizar un matrimonio era solamente aquel en correspondiente al lugar en que al menos uno de los esposos tuviera su domicilio o hubiese vivido en dicha residencia al menos por el lapso de tres meses anteriores al día en que se llevaba a cabo la ceremonia.

  La ley 19.947 dejó sin efecto dicha norma y dispuso en su remplazo que el matrimonio se celebrará ante el oficial del registro civil que intervino en la realización de las diligencias de manifestación e información de testigos. Y si se toma en consideración que el artículo noveno del mismo cuerpo legal señala que la manifestación se puede llevar a cabo ante cualquier oficial del Registro Civil, cabe señalar que los contrayentes pueden casase en presencia de cualquier oficial civil del país, con la única limitante que debe ser el mismo que intervino, como se señaló, en las diligencias de la manifestación e información de testigos.

- Lugar en donde debe llevarse a cabo el matrimonio.

  La ceremonia sólo se podrá llevar a cabo en las siguientes partes:

  - En el local de la oficina del oficial de Registro Civil.

  - En el lugar que señalaren los futuros contrayentes, siempre que se encuentre ubicado dentro del territorio jurisdiccional del oficial civil que los casará.

- La presencia de testigos en la ceremonia.

  La celebración del matrimonio debe efectuarse en presencia de dos testigos hábiles, los cuales pueden ser parientes o extraños.

  La norma de la Nueva Ley de Matrimonio Civil indica que se debe tratar de testigos "hábiles", y la regla general es que todas las personas tengan esta calidad, salvo las excepciones estrictamente señaladas por la misma ley, las cuales se encuentran determinadas en el artículo 16 del mismo cuerpo legal, el cual dispone lo siguiente:

  "No podrán ser testigos en las diligencias previas ni en la celebración del matrimonio:

  1º Los menores de 18 años;

  2º Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia;

  3º Los que se hallaren actualmente privados de razón;

  4º Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos, y

  5º Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente".

  La sanción para el caso de que un matrimonio no se celebre con la presencia de los testigos indicados por la legislación nacional es que aquel acto jurídico quedará "nulo", o mejor dicho, puede ser declarado nulo.

- La ceremonia del matrimonio.

  En el día de la celebración y delante de los contrayentes y testigos, el Oficial del Registro Civil dará lectura a la información entregada por los testigos y repetirá la

prevención indicada en el artículo 10, inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil, esto es, la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo.

A continuación, leerá los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil., los cuales se encuentran referidos a los deberes de los cónyuges entre sí. Luego, preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido o mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará *"casados en nombre de la ley"*.

Es muy importante señalar que en la celebración misma del matrimonio es posible reconocer hijos comunes nacidos antes del matrimonio, además se puede pactar el régimen de separación de bienes o participación en los gananciales, ya que si nada se dice en este sentido se entiende que los cónyuges han escogido casarse bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal.

- Solemnidades posteriores al matrimonio.

Una vez que se concluya con la ritualidad anteriormente señalada, el oficial civil debe levantar un acta de todo lo obrado en la ceremonia, la cual será firmada por él, por los testigos y por los cónyuges si supieran y pudieran hacerlo. A continuación hará la respectiva inscripción en el libro correspondiente que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil e Identificación.

En el caso que se trate de los matrimonios en artículo de muerte (aquellos celebrados ante un peligro inminente de muerte por parte de uno de los contrayentes y que no logra sobrevivir), se especificará en el acta el cónyuge afectado y el peligro que le amenazaba.

CLASE 08

Defectos que pueden afectar al acta de matrimonio o a la inscripción de este.

Todos aquellos vicios que puedan aquejar a dichos actos, incluyendo la omisión de algún dato, no conducirá a que el matrimonio pueda ser declarado nulo, ya que este se perfeccionó en el momento en el cual el oficial civil declaró a los contrayentes casados en nombre de la ley. Por esta razón, lo que suceda con posterioridad no producirá la nulidad del vínculo.

Matrimonios celebrados ante entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público.

Los matrimonios que se celebren ante este tipo de entidades religiosas producen los mismos efectos que aquel celebrado ante un oficial civil, siempre y cuando cumpla con los requisitos legales, en especial lo prescrito en el párrafo cuarto del capítulo segundo de la ley

de matrimonio civil (De los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público), desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil.

Los requisitos para que este tipo de matrimonios sea válido son los siguientes:

- Debe ser celebrado ante una entidad religiosa que posea personalidad jurídica de derecho público.

- El matrimonio tiene que ser celebrado ante un ministro del culto perteneciente a dicha entidad y que se encuentre facultado para ello estatutariamente.

- Deberá extenderse un acta que de cuenta de la ceremonia matrimonial, en la cual conste el cumplimiento de los requisitos legales para que sea válido el vínculo, tales como el nombre y edad de los cónyuges, así como la individualización de los testigos y la fecha en que el matrimonio se llevó a cabo. Al final del acta debe constar la firma del ministro de culto respectivo.

- Desde la celebración del matrimonio, los contrayentes tienen "ocho días corridos" para presentar el acta antes mencionada ante cualquier oficial del registro civil y para que sea inscrita.

  Es de suma importancia señalar que dicho plazo de ocho días es para "presentar" e "inscribir" el acta del matrimonio, si cualquiera de las dos cosas no se hiciera el vínculo será sancionado con la inexistencia del mismo, no produciendo ningún tipo de efecto civil.

  Este trámite debe hacerse de forma personal por los contrayentes, ni siquiera pudiendo realizarse a través de mandatarios.

- Los contrayentes deben "ratificar", en el respectivo Registro Civil e Identificación, el consentimiento que prestaron en su oportunidad ante la entidad religiosa con personalidad jurídica de derecho público, hecho que debe constar en la inscripción del matrimonio con la firma de los cónyuges.

- La inscripción del matrimonio religioso debe cumplir con los siguiente requisitos:

  - El acta que da cuenta de la celebración del matrimonio.

  - La singularización del documento que dar por acreditada la personería del ministro de culto respectivo.

  - La constancia de la ratificación del consentimiento de los cónyuges hecha ante el Registro Civil e Identificación.

- La firma de los requirentes y del oficial civil.

b) Solemnidades (ritualidad) para el matrimonio llevado a cabo en el extranjero.

Lo primero que se debe señalar es que cualquier matrimonio celebrado en el extranjero no producirá efecto alguno si este se celebró en contravención a las normas relativas a los impedimentos dirimentes, ya estudiados en su oportunidad.

Además, en este tema es necesario distinguir entre los siguientes temas:

- Requisitos de forma.

Las solemnidades que debe cumplir dicho matrimonio son aquellas establecidas en el país en el cual fue celebrado, es decir, se respeta el principio *"lex locus regit actum"* (la ley del lugar rige el acto).

- Requisitos de fondo

Estos requisitos se refieren a la "capacidad" de los testigos y cónyuges, así como al "consentimiento" que deben presentar estos últimos al momento de celebrar el matrimonio. Para estos requisitos también rige el principio *"lex locus regit actum"*, con ciertas excepciones, las cuales son:

- Se deben respetar las normas chilenas referentes a los impedimentos dirimentes.
- El consentimiento siempre debe haber sido presentado libre y espontáneamente.

- Efectos del matrimonio celebrado en el extranjero.

Si se cumplen todos los requisitos antes mencionados, los derechos y obligaciones que nazcan de este vínculo serán los mismos que para aquel celebrado en Chile. Además, debe tratarse de una unión entre personas de distinto sexo.

2.4. Sociedad conyugal - tipos de administración.

La sociedad conyugal es un Régimen Patrimonial, dichos regímenes se pueden definir como: *"aquel sistema que regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre si y respecto de terceros. Es decir es la manera en que se administra la economía, bienes y dineros de un matrimonio".*

La sociedad conyugal no se encuentra definida expresamente por la legislación nacional, sin embargo, del artículo 135 del Código Civil se puede desprender que esta institución es la *"sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio"*.

Este tipo de sociedad siempre empezará a surtir efectos legales a partir de la celebración del vínculo matrimonial, y cualquier tipo de cláusula contractual que atente contra esta norma será susceptible de ser declarada nula.

La administración de la sociedad conyugal se divide en dos tipos, ordinaria y extraordinaria.

a) Administración ordinaria.

Esta puede estar avocada a dos clases de bienes, a los sociales (que pertenecen a la sociedad conyugal como comunidad) y a los bienes propios de la mujer.

Aunque la administración ordinaria se refiera a cualquiera de los bienes señalados precedentemente, siempre corresponderá al hombre, excluyendo en este tema a la mujer.

- Administración ordinaria referente a los bienes sociales.

Como ya se ha señalado, el cónyuge casado en sociedad conyugal tiene la administración de este tipo de bienes. Sin embargo, existen ciertos límites a esta labor del marido, las cuales son las siguientes:

- Limitantes acordadas por lo cónyuges en la capitulaciones matrimoniales.

  Los contrayentes, antes del matrimonio o en el acto de su celebración y en mérito de su autonomía de la voluntad, pueden establecer que la mujer podrá administrar una determinada suma de dinero que le será entregada a ella periódicamente.

  Ahora bien, el acuerdo al cual lleguen los esposos a través de las capitulaciones matrimoniales no puede ser de una amplitud excesiva, ya que si este significara privar al cónyuge de la administración de los bienes propios de la mujer o de aquellos que pertenecen a la sociedad conyugal como comunidad, dicho pacto puede ser sancionado con la nulidad absoluta porque su objeto sería ilícito.

- Limitantes establecidas por la ley.

  El artículo 1749 del Código Civil señala que el marido necesita autorización de su mujer para llevar a cabo los siguientes negocios jurídicos:

- Enajenaciones de inmuebles que pertenecen a la sociedad conyugal de manera voluntaria.

- Acordar gravámenes o cargas que afecten a inmuebles sociales de manera voluntaria.

- Promesas de enajenaciones o de imposición de gravámenes respecto de inmuebles sociales.

- La enajenación o imposición de gravámenes en inmuebles sociales de manera voluntaria.

- La promesa de enajenación o de imposición de gravámenes respecto de bienes raíces sociales.

- Cualquier acto gratuito que afecte a los inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal.

La omisión de la autorización de la mujer en todos estos actos jurídicos será la *"nulidad relativa"* de los mismos.

- Arrendar o ceder la tenencia de los inmuebles sociales por más de cinco años si son urbanos (dentro del radio urbano de la ciudad) o por más de ocho si son rústicos.

En este caso, la sanción a la omisión de la autorización de la mujer será que el tiempo del arriendo que sobrepase los 4 u 8 años respectivamente, le será "inoponible" a aquella, es decir y en términos fáciles, la cónyuge no tendrá la obligación de respetar dicho contrato y podrá pedir el término de este, solicitando a la vez el desalojo de la propiedad a través de los procedimientos judiciales respectivos.

- Para otorgar cualquier tipo de caución (garantía) que provenga de deudas en las cuales sus titulares sean terceras personas.

La sanción en este caso será que el marido que incumplió con la obligación de obtener la autorización de su mujer deberá responder con sus bienes propios frente a los acreedores del deudor cuando este no tenga cosas en las cuales perseguir el pago de la deuda.

Respecto de la autorización de la mujer, esta puede ser suplida por la justicia (juez de letras en lo civil) cuando aquella no tiene una razón justificada para denegarla o cuando se encuentre impedida de hacerla y la demora pudiera acarrear un

perjuicio para la sociedad conyugal, como ocurre en el caso que la cónyuge sea menor de edad.

- Administración ordinaria referente a los bienes propios de la mujer.

Como ya se ha señalado, el marido es el administrador de este tipo de bienes. Sin embargo, la razón por la cual el legislador ha dispuesto que esta situación sea así no pasa por el hecho que la mujer sea incapaz, sino porque los créditos o frutos que generen los bienes propios de la mujer ingresarán al haber de la sociedad conyugal.

En este tipo de administración el marido verá reducidas sus facultades porque está administrando bienes que no le pertenecen ya que son de su mujer.

Al igual que en la administración ordinaria de bienes sociales, respecto de los bienes que pertenecen a la mujer, el marido tiene ciertas limitaciones en cuanto a su administración, las cuales son las siguientes:

- Aceptación o repudiación de un legado o herencia deferida a la mujer.

- Aceptación o repudiación de una donación en que la mujer es la beneficiaria.

- El nombramiento de un juez partidor respecto de bienes en los cuales la mujer tenga interés.

- Provocar la partición de los bienes en los que la mujer tenga interés.

- Enajenación de bienes muebles que el cónyuge se encuentre o pueda quedar obligado a restituir en especie.

  En todos estos casos, el marido necesita autorización o consentimiento de su mujer, y para el caso que la omita el acto jurídico adolecerá de un vicio que puede acarrear su nulidad relativa.

- El arrendamiento o la cesión de la tenencia de los inmuebles que son de la mujer por un período que supere los 5 años en caso de que sean urbanos u 8 si se trata de bienes raíces rurales, requerirá el consentimiento de la cónyuge.

  Todo el lapso de tiempo que supere dichos límites será inoponible a la mujer.

- La enajenación o la imposición de gravámenes a inmuebles propios de la cónyuge.

En este caso, el marido también requiere el consentimiento de su mujer, si no lo hiciera así dicho acto jurídico será nulo relativamente.

b) Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Esta puede ser definida como la administración de la sociedad conyugal hecha por la mujer o por un tercero en el caso que esta falte para y para cuando esta no pueda ser ejercida por el marido por incapacidad o larga ausencia de este.

- Casos en que este tipo de administración le compete a la mujer.
  - Cuando el marido sea menor de edad.
  - Si es sordomudo.
  - Si es declarado demente.
  - Cuando el marido se encuentre ausente.

    Esto ocurrirá cuan se reúnan las circunstancias siguientes:

    - Que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros;

    - Que no haya constituido procurador, o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales.

    A la cónyuge tocará esta administración siempre y cuando no le afecte ninguna incapacidad legal, sino le corresponderá a un tercero.

- Casos en que la administración extraordinaria corresponde a un tercero.

Hay dos casos en los cuales al marido se le debe nombrar como curador de bienes a una tercera persona que no sea su mujer, y estos son los siguientes:

  - Incapacidad o excusa de la cónyuge para ocupar el cargo de curadora de bienes de su marido.
  - En el evento que hombre haya sido declarado interdicto por disipador, ya que ninguno de los cónyuges puede ser curador del otro por causa de disipación.

Para el caso que se nombre a un tercero como curador del marido, la legislación nacional confiere el derecho a la mujer para que esta pude solicitar al juez competente la separación judicial, con el objetivo que esta pueda administrar sus propios bienes.

Todos los casos de administración extraordinaria de la sociedad conyugal terminan cuando el marido recobra sus plenas facultades, lo que deberá ser decretado por una sentencia definitiva dictada por el juez de la República competente.

CLASE 09

2.5. Las Capitulaciones Matrimoniales.

Estas se encuentran reglamentadas en el Código Civil el cual las define en el inciso 1° del art. 1715: *"se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración"*, de la definición se desprende que una de las principales características de las capitulaciones es que son un pacto celebrado antes o en el acto del matrimonio.

El Código emplea el término convención para referirse a las capitulaciones, cuestión que es correcta puesto que estas serian un contrato solo en el evento que generen derechos y obligaciones pero en el caso contrario solo serán una convención, ejemplo: será contrato si el esposo se obliga a dar a la esposa una pensión periódica (art. 1720 inc. 2° del Código Civil), por el contrario, será convención si solo se estipula el régimen de separación de bienes.

En derecho comparado (otros países) a las capitulaciones se les conoce con el nombre de contratos matrimoniales.

Características.

- Son un acto jurídico unilateral.
- Obligan a los terceros que contratan con los esposos.
- No llegaran a existir si no existe matrimonio, es decir son un acto jurídico dependiente.
- Por regla general, son inmutables.

Solemnidades de las capitulaciones.

Estas son actos jurídicos solemnes, dichas solemnidades dependerán si las capitulaciones se celebran antes del matrimonio o después del matrimonio.

Solemnidades si las capitulaciones se celebran antes del matrimonio.

- Escritura pública.

- Subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

- La subinscripción se debe practicar en el acto de la celebración o en su defecto dentro de 30 días (plazo fatal y días corridos), en este caso la subinscripción es una solemnidad y no una medida de publicidad frente a terceros. El art. 1716 del Código Civil se pone en el supuesto de los matrimonios celebrados en el extranjero y que no se encuentren inscritos en Chile, señalando al respecto lo siguiente: *"será menester proceder previamente a su inscripción en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. En estos casos el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de inscripción del matrimonio en Chile"*.

Solemnidades de las capitulaciones que se celebran en el acto del matrimonio.

En este caso, solo basta el pacto donde conste la inscripción del matrimonio (art. 1716 del Código Civil), esto se debe a que en solo se pueden pactar la separación total de bienes o la participación en los gananciales.

Modificaciones de las capitulaciones matrimoniales.

Solo se pueden modificar las capitulaciones celebradas antes del matrimonio, puesto que las que verificado el matrimonio estas ya no podrán alterarse, aunque exista consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas (art. 1722 del Código Civil). Las modificaciones que los cónyuges pueden introducir al régimen matrimonial bajo el cual contrajeron matrimonio son las siguientes:

- Si pactaron sociedad conyugal pueden sustituirlo por el de separación total de bienes (art.1723 inc. 1° del Código Civil).

- Si pactaron sociedad conyugal pueden sustituirlo por el de participación en los gananciales (art. 1723 inc. 1° y art. 1792-1 inc. 2°, ambos del Código Civil).

- Si contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes pueden sustituirlo por el de participación en los gananciales (art. 1723 inc. 1° y art. 1792-1 inc. 2°, ambos del Código Civil).

- Si contrajeron matrimonio en el régimen de participación en los gananciales pueden pasar al de participación en los gananciales (art. 1792 inc.2° parte final).

Además de estas hipótesis existen otros casos en que la ley no da respuesta a a determinadas situaciones, estas son las siguientes:

- Si quienes contrajeron matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, y habiéndose sustituido por la participación en los gananciales, podrían celebrar un nuevo pacto en virtud del cual reemplazarían la participación en los gananciales por el de separación de bienes.

- Si los cónyuges que contrajeron matrimonio en el régimen de sociedad conyugal y posteriormente, amparados en el art. 1723 del Código Civil lo sustituyeron por el de separación de bienes, podrían nuevamente y en virtud del art. 1723 celebrar un nuevo pacto en que sustituirían la separación de bienes por la de participación en los gananciales.

Objeto de las capitulaciones matrimoniales.

- Estipulaciones permitidas: el objeto de las capitulaciones matrimoniales será distinto si se dependiendo si estas se celebran antes del matrimonio o en el mismo acto. Las capitulaciones celebradas antes del matrimonio pueden tener un objeto muy variado así por ejemplo se podrá estipular que la mujer dispondrá de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica, hacerse los esposos donaciones por causa del matrimonio, eximir de la sociedad conyugal, cualquier parte de los bienes muebles, la mujer podrá renunciar a los gananciales, pactar la separación total o parcial de bienes y destinar valores de uno de los cónyuges a la compra de un bien con el objeto de que ese bien no ingrese a la sociedad conyugal sino que sea cónyuge respectivo.

  En el caso de las capitulaciones que se celebran en el acto del matrimonio sólo pueden tener por objeto la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales.

- El Código Civil en el art. 1717 establece que las capitulaciones matrimoniales *"no contendrán estipulaciones contrarias ni a las buenas costumbres ni a las leyes"* ni serán "en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes que las leyes

señalan a cada cónyuge respecto del otro de los descendientes comunes". Ejemplo de esto es que no se puede convenir en las capitulaciones matrimoniales que la sociedad conyugal sea administrada por la cónyuge o que la mujer no podara tener un patrimonio reservado, entre otras prohibiciones.

CLASE 10

2.6. Regímenes matrimoniales anexos a la sociedad conyugal.

Además de la sociedad conyugal nuestro ordenamiento jurídico contempla dos regímenes anexos como lo son la separación de bienes y la participación en los gananciales, los cuales se trataran a continuación.

2.6.1. Separación de bienes.

Es aquel régimen que se efectúa sin separación judicial, ya sea en virtud de un decreto judicial emanado de un tribunal competente, por disposición de la ley o por convención de las partes (art.152 de Código Civil).

La principal característica de este régimen es que cada cónyuge tiene su propio patrimonio el cual administran con total libertad.

Efectos.

- Los cónyuges administran libremente su patrimonio independientemente si los bienes fueron adquiridos antes del matrimonio o después de éste (a cualquier título). Sin perjuicio de esto se debe tener en consideración la posibilidad de que los bienes puedan ser declarados bienes familiares.

- En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia en proporción de sus facultades (arts. 134 y 160 del Código Civil).

- Los acreedores de la mujer por regla general no podrán dirigirse sobre los bienes del marido salvo los siguientes casos:

    - Cuando el marido se ha obligado como codeudor conjunto, solidario o subsidiario de la mujer (art. 161 del Código Civil).

    - Cuando las obligaciones de la mujer cedieron en beneficio exclusivo del marido o de la familia común.

- Los acreedores del marido sólo se podrán dirigir sobre los bienes de éste y no sobre los de la mujer, salvo que se encuentre en uno de los casos de excepción recién del caso anterior.

- Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, será obligado el marido a la mujer como simple mandatario (art. 162 del Código Civil).

- La separación de bienes es irrevocable.

Clases de separación de bienes.

A grandes rasgos existen dos clases de separación de bienes:

- Atendiendo a su fuente legal: legal, convencional y judicial (art.152 del Código Civil).
- Atendiendo a su extensión: total y parcial.

La separación legal puede ser total o parcial: lo mismo sucede en el caso de la separación convencional, en cambio la separación judicial es siempre total.

Separación legal de bienes.

- Separación legal total: esta a su vez puede ser:

    - Separación judicial de los cónyuges; en este caso a pesar de que existe una sentencia judicial no se trata de una separación judicial si no que legal. Esto sucede porque los cónyuges han litigado sobre otras materias y no sobre la separación de bienes.

    - Personas casadas en el extranjero; se encuentra regulado en el art. 135 inciso 2° del Código Civil, de él se infiere que las personas que se casan en el extranjero se entienden separadas de bienes en chile. A pesar de esto la ley les da la posibilidad de pactar el régimen de sociedad conyugal o el de participación en los gananciales. Para lo cual se deben cumplir con los siguientes requisitos: inscribir el matrimonio en Chile en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago.

- Separación legal parcial: el Código civil contempla dos casos de este tipo:

    - Separación legal parcial (art 166): en este caso se hace referencia a los bienes que adquiere la mujer, ya sea que para aceptar una herencia o legado con la

condición precisa de que no los administre el marido o cuando ha aceptado una donación. En este caso la mujer se considera separada de bienes del marido.

  - Art. 150 del Código Civil, es decir, los bienes reservados de la mujer casada.

- Separación judicial de bienes: es un beneficio exclusivo para la mujer, sólo ella puede demandarla y su objetivo principal es para resguardarla de la administración negligente por parte del marido. Sus características principales son las siguientes:

  - Es irrevocable.

  - Solo puede demandarla la mujer, excepcionalmente la puede demandar el marido en el caso de que el régimen pactado sea el de participación en los gananciales.

  - Es total.

  - Es irrenunciable e imprescriptible.

  - Sólo opera respecto de las causales señaladas taxativamente por la ley.

Capacidad para demandar la separación.

Al respecto se puede señalar que si la mujer es menor de edad requiere del nombramiento de un curador especial (art.165 del Código Civil).

Causales de separación judicial.

- Si el cónyuge obligado al pago de pensiones alimenticias en favor del otro o de sus hijos comunes hubiere sido apremiado por dos veces (art. 19 N°1 de la Ley 14.905).

- Insolvencia del marido (art. 155 del Código Civil).

- Si la mujer no quisiere tomar sobre si la administración de la sociedad conyugal, ni someterse a la dirección de un curador, podrá demandar la separación judicial de bienes (art. 1762 del Código Civil).

- Mal estado de los negocios del marido (art. 155 del Código Civil).

- Ausencia injustificada del marido por más de un año. (art. 155 inc. 3° del Código Civil).

- Administración fraudulenta del marido (art. 155 inc. 1° del Código Civil).

- Separación de hecho sin mediar ausencia por más de un año (art. 155 inc. 3° del Código Civil).

Efectos de la separación judicial de bienes.

La sentencia judicial que dé lugar a este tipo de separación no opera retroactivamente sino que hacia el futuro. Para que la sentencia produzca efectos respecto de terceros debe ser inscrita al margen de la inscripción matrimonial.

Los efectos mismos de la sentencia son los siguientes.

- Disuelve la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales.
- Decretada la separación se procede con la división de los gananciales o al cálculo de recompensas, cuestión que dependerá del régimen de que se trate.
- Una vez decretada es irrevocable.

Separación convencional de bienes.

Este tipo de separación puede ser acordada en tres momentos:

- Durante el matrimonio los cónyuges que se encuentren sometidos al régimen de sociedad conyugal pueden convenir la separación total de bienes (arts. 1723 y 1792 del Código Civil).
- En las capitulaciones matrimoniales que se celebran antes del matrimonio.
- En las capitulaciones matrimoniales celebradas en el acto del matrimonio (en la que solo se puede pactar la celebración total de bienes).

Separación convencional parcial.

Tiene cabida en dos casos:

- Si en las capitulaciones se hubiere estipulado que la mujer dispondrá libremente de una pensión periódica o una suma de dinero.
- Si en las capitulaciones se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes (art. 1720 inc. 2° del Código Civil.).

Separación convencional total.

Las partes pueden acordar la separación total de bienes después de celebrado el matrimonio para reemplazar el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales (por escritura pública).

2.6.2. Participación en los gananciales.

Es un régimen relativamente nuevo debido a que fue incorporado recién en el año 1994 a través de la Ley 19.335. Es una forma ecléctica entre el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, es un intento por hacer compatibles dos aspectos fundamentales del matrimonio como lo son la comunidad de intereses que implica el matrimonio con el resguardo de la personalidad individual de cada cónyuge.

Oportunidad para convenir este régimen.

Puede acordarse en 3 momentos.

- En las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio.
- En las capitulaciones matrimoniales que se celebran antes del matrimonio.
- Durante la vigencia matrimonial (art.1723 del Código Civil).

Características.

- Es un régimen alternativo a la sociedad conyugal y la separación total de bienes.
- Es un régimen de carácter económico matrimonial o de regulación predeterminada, es decir sus normas están reguladas por la ley y no pueden ser modificadas por las partes.
- Mutabilidad prevista por la ley.
- Régimen convencional pues requiere pacto expreso de ambos cónyuges.
- Modalidad crediticia ya que al finalizar no da lugar a una comunidad de bienes, sino que la participación se traduce en el nacimiento de un crédito que compense he iguale los beneficios.
- La regla general es que se consideren como gananciales los bienes muebles e inmuebles adquiridos a titulo oneroso durante el matrimonio.

Funcionamiento durante la vigencia del régimen.

Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge es dueño de bienes, los cuales pueden administrar con libertad, pero respetando las siguientes limitaciones:

- Ninguno de los cónyuges podrá rendir cauciones personales (fianza, aval, clausula penal, solidaridad pasiva, etc.) a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro.
- En el caso de que un bien sea declarado como “bien familiar”, el cónyuge propietario no podrá enajenarlo ni gravarlo voluntariamente, ni prometer gravarlo o enajenarlo. Para esto requiere necesariamente la autorización del otro cónyuge o del juez en su defecto, en el caso que la negativa de aquel no se funde en el interés de la familia o que se encuentre imposibilitado de dar dicha autorización.

Extinción del régimen de participación en los gananciales (art. 1792-27 del Código Civil)

- Muerte de uno de los cónyuges.
- Por presunción de muerte de uno de los cónyuges.
- Por la declaración de nulidad del matrimonio o sentencia de divorcio.
- Por pacto de separación de bienes.
- Por la sentencia que declare la separación de bienes.
- Por la separación judicial de los cónyuges.

Consecuencias del término del régimen.

- Continuación de la separación patrimonial.
- Comunidad sobre los bienes muebles.
- Fijación de los gananciales de cada cónyuge, es decir, los bienes que componen el patrimonio de los cónyuges a esa fecha, al cual se le deben descontar las deudas existentes, lo que constituirá el patrimonio final el cual se debe comparar con el que existía al comenzar el régimen, para determinar entonces el monto de los gananciales.
- Crédito de partición: esto dice relación con el derecho a participar de los gananciales el cual se traduce en el surgimiento de un crédito a favor del cónyuge que obtuvo menos ganancias, cuyo monto accederá a la mitad del monto ya referido.
- Compensación del valor de los gananciales: esto se traduce en que si ambos cónyuges han obtenido ganancias, al finalizar el régimen se compensan hasta el monto del menor valor, y sobre el excedente tienen derecho a participar por mitades.

CLASE 11

2.7. Patria Potestad.

Se puede conceptualizar de la siguiente manera: *"es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados"* (art. 243 del Código Civil).

Originalmente la patria potestad sola le correspondía al padre, pero a contar de la entrada en vigencia de la Ley 19.585 del año 1998 se le confiere la patria potestad tanto al padre como a la madre, y además se termina con el distingo entre si los hijos son de filiación matrimonial o no matrimonial (los padre de los hijos naturales no tenían la patria potestad).

Titulares de la patria potestad.

- Ejercicio de la patria potestad en el supuesto que los padres vivan juntos: el art. 244 del Código Civil, establece que: "*la patria potestad será ejercida por el padre o la madre, o por ambos conjuntamente, según convengan…".*

  Los padres podrán acordar a través de un acuerdo solemne (escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del registro civil), que la patria potestad la tenga el padre, la madre o ambos en conjunto.

  De no mediar acuerdo la patria potestad le corresponde al padre (art. 244 inc. 2° del Código Civil).

  Por otro lado, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez a petición de uno de los padres, puede confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de ese derecho, o bien radicarlo en uno de los dos padres si la ejercían de forma conjunta.

- Ejercicio de la patria potestad si los padres viven separados: en este caso le corresponderá a quien tenga a su cargo el cuidado personal del hijo (art. 245 del Código Civil), pero le podría corresponder a otro, ya sea por acuerdo de los padres o por resolución judicial fundada en el interés del hijo.

Casos en que es necesario nombrar un curador

Estos son los casos de los hijos que no están sujetos a patria potestad. Los supuestos son los siguientes:

- Cuando los padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad (art. 248 del Código Civil).
- Cuando no exista la determinación de la filiación tanto de padre como de madre (art. 248 del Código Civil).
- Cuando la paternidad y la maternidad han sido determinadas contra la oposición de padre y de la madre (arts. 248 y 203 del Código Civil).

Atributos de la patria potestad.

Estos atributos son los siguientes:

- Usufructo legal o derecho legal de goce: es la facultad que la Ley le otorga al padre de gozar de ciertos bienes del hijo. Este derecho puede ser definido de la siguiente manera: *"es un derecho personalísimo que consiste en la facultad gozar de los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y substancia de dichos*

bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de restituir igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles". De la definición recién brindada se puede desprender que esta se encuentra inspirada en el derecho real de usufructo contemplado en el art. 764 del Código Civil.

Sus principales características son las siguientes:

- No obliga a rendir fianza o caución de restitución ni tampoco hacer inventario solemne.
- Es un derecho personalísimo (art. 252 inc. 1° del Código Civil).
- Si la patria potestad es ejercida por ambos padres, este derecho se distribuirá según lo que ellos mismos acuerden, de no mediar acuerdo se dividirá en partes iguales (art. 252 inc. 4° del Código Civil).
  Es inembargable.
- Si quien ejerce el derecho es la madre casada en bajo el régimen de sociedad conyugal, se considera separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio, rigiendo al respecto el art. 150 del Código Civil.

Bienes sobre los que recae el derecho legal de goce: estos bienes están regulados en el art. 250 del Código Civil, el cual confiere el derecho respecto de todos los bienes del hijo con las siguientes excepciones:

- Bienes adquiridos por el hijo a titulo de donación, legado o herencia, cuando el donante o testador estipule expresamente que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad.

- Bienes que componen el peculio profesional o industrial del hijo, respecto de estos bienes el goce le corresponde al hijo (art. 251 del Código Civil).

- Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad (art.250 del Código Civil).

- Administración de los bienes del hijo: al respecto cabe hacer la siguiente distinción; los bienes que forman el peculio profesional o industrial son administrados por el hijo, con la limitación del art. 254; respecto de los otros bienes los administra el padre o madre que tenga el derecho legal de goce, si quien tuviere este derecho legal de goce no lo pudiese ejercer pasara al otro, y si ambos estuvieren impedidos la propiedad plena pasará al hijo, y se nombrará un curador para que administre.

La responsabilidad del padre o madre que administre los bienes del hijo llegara hasta culpa leve (art. 256 inc. 1° del Código Civil).

La administración se puede extinguir en los siguientes casos:

- En el caso que la patria potestad se suspenda de conformidad con el art. 267 del Código Civil, si se suspende respecto de uno de los padres lo ejercerá el otro, y se suspende respecto de ambos, el hijo quedara sujeto a guarda.

- En el caso que se prive al padreo madre de la administración por haberse hecho culpable, ya sea, por dolo o grave negligencia habitual, siempre que se establezca por sentencia judicial.

- Por emancipación del hijo.

- Representación legal del hijo menor: este tercer atributo de la patria potestad del hijo menor, el cual puede ser absolutamente incapaz (impúber, demente, sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente) o incapaz relativo, si es menor absoluto, en el primer caso debe actuar solamente a través de su representante legal, en el segundo caso puede actuar representado o autorizado por dicho representante.

  El hijo menor adulto tiene capacidad para realizar ciertos actos, tales como: a) actos judiciales y extrajudiciales relacionados con su peculio profesional o industrial y respecto de los cuales se considera mayor de edad, y b) actos como casarse, aunque de todas maneras requiere de ciertas autorizaciones.

  Además de las excepciones recién enunciadas, el hijo debe actuar representado o autorizado por representante legal.

Contratos entre padres e hijos sometidos a su patria potestad.

Al respecto la ley no ha dicho nada, el art. 1796 del Código Civil prohíbe la celebración del contrato de compraventa entre el padre o madre y el hijo sometido a patria potestad, otro caso es el de la permuta (art. 1900 del Código Civil), fuera de estas dos excepciones la contratación es posible.

Representación judicial del hijo sometido a patria potestad.

Al respecto se deben distinguir 4 situaciones:

- Juicios en que el hijo es demandante o querellante: el art 264 establece; *"el hijo no puede parecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos si la ejercen de*

manera conjunta", en el caso que ambos padres nieguen el consentimiento, el Juez podrá suplir su voluntad.

- Acciones civiles seguidas contra el hijo (art. 265): en el caso de que se demande al hijo el demandante se deberá dirigir contra el padre o madre que ejerza la patria potestad, o a en el caso que la ejerzan de manera conjunta bastara con que se dirija en contra de uno de estos. En el caso que el padre o madre no preste su representación o autorización, el Juez podrá suplirla.

- Juicios criminales seguidos contra el hijo (art. 266): no es necesario que intervenga el padre o la madre para proceder criminalmente en contra del hijo, pero el padre o madre que ejerce la patria potestad deberá suministrarle los medios para su defensa.

- Juicio del padre o madre que ejercen la patria potestad: en el caso en que el hijo demande al padre o madre que ejerce la patria potestad este deberá obtener la venia del Juez, y éste al otorgarla, le dará curador para la litis. Por otro lado, la ley no señala nada en referencia a si el padre o madre que ejercen la patria potestad demanden al hijo, frente a este vacío legal la doctrina entiende que al demandarlo lo están autorizando para litigar.

Suspensión de la patria potestad.

La patria potestad se puede suspender, cuestión que no significa que se extingue, el art. 267 del Código Civil, contempla 4 casos:

- Menor edad del padre o madre que la ejerce.
- Demencia del padre o madre que la ejerce.
- Larga ausencia u otro impedimento del padre o madre que la ejerce, de los cuales se siga perjuicio grave de los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee.
- Por estar el padre o madre que la ejerce en entredicho de administrar sus propios bienes, cualquiera que sea la causa de la interdicción.

Sentencia judicial que suspende la patria potestad (art. 268 del Código Civil).

Salvo el supuesto de la menor edad del padre o la madre recién estudiado, la suspensión de la patria potestad no se suspende de pleno derecho, ya que en la mayoría de los casos debe ser declarado judicialmente, con conocimiento de causa y después de oídos los parientes del hijo y al defensor de menores.

El juez podrá decretar siempre en interés del hijo que la patria potestad se recupere una vez cesada la causa que motivo la suspendió.

La sentencia del juez debe subincribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Efectos de la suspensión.

El efecto de la suspensión es que si ésta se decreta respecto de uno de los padres, pasará a ser ejercida por el otro, y si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sometido a guarda (art. 267 inc. final).

La emancipación.

Es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso, puede ser legal o judicial (art. 269 del Código Civil).

Las normas que dicen relación con la emancipación son de orden público, por ende, las causales de emancipación se encuentran taxativamente señaladas por la Ley, es decir, las partes las no las pueden crear.

Emancipación legal.

Es la establecida en el art. 270 del Código Civil, se produce por el solo ministerio de la Ley en los casos que se encuentran taxativamente señalados por el mencionado artículo.

- Por el matrimonio del hijo.
- Por la muerte del padre o madre, salvo que le corresponda ejercerla al otro.
- Por haber cumplido el hijo 18 años de edad.
- Por el decreto que da la posesión provisoria o definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido.

Emancipación judicial.

Se produce por sentencia judicial en los casos contemplados taxativamente en el art. 271 de Código Civil.

- Cuando el padre o madre maltrate habitualmente al hijo, salvo que corresponda a ejercerla al otro.
- Cuando el padre o madre ha abandonado al hijo.
- En el caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, sino le corresponde al otro.
- Cuando el padre o madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, esto debe ser por sentencia judicial ejecutoriada. A menos que el Juez considere que no existe riesgo para el interés del hijo o de asumir el otro padre la patria potestad.

Por otro lado, la el art. 271 establece que la sentencia que declare la emancipación debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento, esto como vía de publicidad.

Efectos de la emancipación.

La emancipación no le da al menor la calidad de capaz, a excepción de la causal de haber cumplido los 18 años de edad. Por tanto una vez producida la emancipación deberá nombrarse un curador que lo represente o administre sus bienes (art. 273 del Código Civil).

Por otro lado, la el art. 271 establece que la sentencia que declare la emancipación debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento, esto como vía de publicidad.

CLASE 12

2.8. Filiación Matrimonial y no Matrimonial.

Somarriva conceptualiza la filiación de la siguiente manera: *"es una relación de descendencia entre dos personas donde una de ellas es padre o madre de la otra, o a mayor abundamiento es la relación que existe entre padre o hijo"*, por otro lado, el autor Enrique Rossel nos da otro concepto de filiación: *"es el vinculo jurídico que une a un hijo con su padre o con sus madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la Ley entre su ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado"*.

La filiación se funda básicamente en el vínculo de sangre existente entre el hijo y los padres, dicho vinculo es fruto de las relaciones sexuales de los padres, sean estas voluntarias (licitas) o forzadas (ilícitas). La acepción a esta regla es la filiación adoptiva.

El legislador persigue con las leyes relativas a la filiación establecerla de la manera más certera posible, además, regula todos los derechos y obligaciones entre padre e hijo.

La filiación en el Código Civil y sus cambios.

En un comienzo el Código tenía como idea fúndate la distinción entre la filiación legítima, natural e ilegitima, y la exagerada protección de la primera. Esta situación se mantuvo inalterable hasta el año 1952, ese año se promulgó la Ley 10.271, la que mejoró de forma sustancial la situación de los hijos naturales, pero en ningún caso igualó su situación con la de los hijos legítimos. La situación cambio radicalmente en el año 1998 con la Ley 19.585, la que termino con la odiosa discriminación de los diversas categorías de hijos, pasando a tener todos los mismos derechos.

La Ley 19.585 termino con la distinción entre filiación legitima, natural e ilegitima, no obstante esta situación y superando su intención de igualar a todos los hijos igualmente se hizo una distinción entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio, existiendo hoy en día la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial.

No es del todo cierto que la Ley en cuestión igualo a todos los hijos, sino que solo les confirió los mismos derechos.

Clases de filiación.

Con las modificaciones legales establecidas por medio de las leyes 19.585 y 19.620 la filiación admite las siguientes clasificaciones:

- Filiación por naturaleza: puede ser determinada y no determinada.
  La filiación determinada se subclasifica en: matrimonial y no matrimonial, y por fecundación mediante técnicas de reproducción humana asistida (arts. 179, 180 y 181 del Código Civil).
- Filiación adoptiva, la Ley 19.620 es la encargada de regularla.

Filiación matrimonial.

La filiación matrimonial se produce en los siguientes casos:

- Cuando al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo existe matrimonio entre los padres (art. 180 inc. 1°).
- Cuando con posterioridad al nacimiento del hijo, los padres contraen matrimonio entre sí, siempre que a la fecha del matrimonio, la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que franquea la Ley.
- Si la paternidad o maternidad no estuviere determinada con anterioridad al matrimonio de sus padres, habrá filiación matrimonial si los padres reconocen al hijo en el acto del matrimonio o durante su vigencia de conformidad con el art.187.

Elementos de la filiación matrimonial.

- Maternidad.
- Paternidad.
- Matrimonio.

Filiación no matrimonial.

Es aquel tipo de filiación que se encuentran fuera de los casos anteriores, así lo establece el art. 180.

Elementos de la filiación no matrimonial.

- Paternidad.
- Maternidad.
- Ambos, paternidad y maternidad.

Filiación mediante técnicas de reproducción asistida.

Los hijos nacidos mediante la reproducción asistida están regulados en el art. 182 del Código Civil, en esta disposición se establecen dos ideas básicas:

- El padre y madre de este tipo de hijos son el hombre y la mujer que se sometieron a la aplicación de estas técnicas.

- En este caso no se puede impugnar la filiación, ni tampoco se permite reclamar una filiación diferente.

  Siguiendo con esta idea si la aplicación de la técnica implica la participación de un tercero, ya sea, como donante de espermios, óvulos o la utilización de un útero ajeno, en este supuesto ni el hijo ni el tercero tendrían acción de reclamación de filiación. Con esto se intentan evitar juicios exageradamente largos o complicados, tal como ocurre en otros países.

Determinación de la filiación.

Para abordar este tema será necesario primeramente hacer una distinción:

a) Determinación de la maternidad.
b) Determinación de la filiación matrimonial.
c) Determinación de la filiación no matrimonial.

a) Determinación de la maternidad: existen tres maneras de determinar este tipo de filiación (art. 183 del Código Civil):

- Por el hecho del nacimiento puesto que las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas de nacimiento del Registro Civil.
- Por el acto reconocimiento de la madre.
- Por sentencia firme recaída en juicio de filiación.

b) Determinación de la filiación matrimonial: existen tres formas de determinarla.

- Por el hecho de haber nacido el hijo durante el matrimonio de sus padres, siempre que la paternidad y maternidad estén legalmente establecidas de acuerdo a los arts. 183 y 184 del Código Civil.
- En el caso del hijo nacido antes de que los padres contraigan matrimonio, esta quedad determinada por la celebración del matrimonio, siempre y cuando la paternidad y la maternidad estén debidamente determinadas por el reconocimiento de los padres o por sentencia firme emanada de un juicio de filiación o en su defecto por el reconocimiento efectuado en conformidad a los art. 187 y siguientes del Código Civil.
- Se puede determinar también por sentencia dictada en juicio de filiación, la cual deberá ser subinscrita al margen de la partida de nacimiento del hijo, esto último, en el caso de desconocimiento judicial del marido (art.184 inc. 2° del Código Civil).

Presunción de paternidad.

El Código Civil establece una presunción (pater is est) de paternidad en el art. 184, el cual dispone: *"se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges"*. La presunción se funda en la presunción de la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, en cualquier tiempo, salvo el caso de los nacidos después de los trescientos días de decretada la separación judicial, esto debido a que el marido a tenido conocimiento del embarazo de la mujer al momento de contraer matrimonio.

Por otro lado, el inc. 2° del art. 184 del Código Civil dispone una excepción *"no se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los 180 días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez antes de casarse…"*. En este supuesto el padre puede interponer una acción de desconocimiento de paternidad, pero no podrá ejercerla si a realizado actos positivos de reconocimiento al hijo después de nacido.

c) Determinación de la filiación no matrimonial: al respecto existen dos maneras de determinar la filiación matrimonial: reconocimiento voluntario y reconocimiento forzado mediante sentencia judicial.

Reconocimiento voluntario.

Este tipo de reconocimiento puede operar respecto de toda clase de hijos sean estos: menores, mayores, vivos o muertos. A este respecto la ley no a estipulado ningún tipo de limitante. El art. 191 del Código Civil hace una distinción entre el reconocimiento de un hijo menor o uno mayor, por otro lado, el art. 193 del mismo cuerpo legal, deja claramente establecido que se puede reconocer a un hijo fallecido.

Capacidad para reconocer: lo pueden hacer los menores adultos sin necesidad de autorización o representación. El art. 262 lo establece claramente.
Clases de reconocimiento: puede ser expreso y tácito o presunto.

- Reconocimiento voluntario expreso: esto se hace mediante una declaración a través de uno de los instrumentos que indica el art 187 con este objeto, ya sea por el padre, madre o ambos. La ley contempla 3 tipos de instrumentos: a) ante el oficial del registro civil al momento de inscribir al hijo o en el acto del matrimonio, b) mediante un acta en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del registro civil, c) escritura pública, y d)en un testamento.

  Por otro lado, la Ley contempla que el reconocimiento voluntario expreso se puede realizar por mandatario.

- Reconocimiento voluntario tácito o presunto: es aquel que la ley establece en el art. 188 inc. 1°, para el supuesto en que el respectivo padre o madre, pidan dejar constancia de sus nombres en la inscripción de nacimiento. La citada norma establece que "*el hecho de consignarse el nombra del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse…".* Por tanto, se podría inferir que se produce el reconocimiento si se deja constancia del nombre de uno de los padres a petición del otro. Respecto de esta última situación la doctrina a estimado que es solo un problema de mala redacción de la norma, pues ese no es su sentido. Es más el reconocimiento voluntario solo puede derivar de una manifestación de voluntad, ya sea expresa o tacita, siempre que esta emane de quien efectúa el reconocimiento.

Características de todo reconocimiento.

- Es solemne.
- Es un acto unilateral.
- No es susceptible de modalidades.
- Es irrevocable.

Repudiación del reconocimiento.

La ley establece que el hijo puede repudiar el reconocimiento, pero solo en el caso de reconocimiento voluntario, ya que si operara también respecto del reconocimiento forzado seria un contrasentido, puesto que se demandaría la calidad de hijo para después repudiarla (art. 191).

Personas que pueden repudiar y los plazos para hacerlo (art. 191):

- Si el hijo al momento del reconocimiento es mayor de edad, sólo él puede hacerlo, dentro del plazo de un año, desde que tomó conocimiento del reconocimiento.
- Si el hijo fuere menor, sólo él puede repudiar, dentro de un año contado desde que llegado a la mayor edad supo del reconocimiento.
- Si el hijo mayor de edad se encuentra en interdicción por demencia o por sordomudez, repudiará por él, su curador, previa autorización judicial.
- Si se reconoció a un hijo muerto o que falleció antes de llegar a la mayoría de edad, pueden repudiar sus herederos. En el primer caso el plazo para repudiar es de 1 año, en el segundo es de 1 año contado desde su muerte.
- Si el reconocido mayor de edad falleciere antes de expirar el plazo que tiene para efectuar la repudiación, los herederos podrán repudiar dentro del término que aquel le hubiere faltado para repudiar.

Características de la repudiación.

- Solemne.
- Irrevocable.
- Unilateral.

Reconocimiento forzado.

Al respecto el Código Civil establece 2 tipos de acciones de filiación:

a) Acciones de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial: la primera la puede intentar el hijo en contra de sus padres o de estos en contra del hijo (si es el hijo es quien demanda deberá entablar la acción en contra de ambos padres), la segunda puede interponerla el hijo personalmente o a través de un representante legal, en contra de su padre o de su madre, o en contra de ambos.
b) Acciones de impugnación de filiación: están reguladas en los arts. 211 al 221 del Código Civil, estas acciones tienen por objeto dejar sin efecto la filiación generada por una determinada paternidad o maternidad, por no ser efectivos los hechos en que se funda.

La acción de filiación se puede definir de la siguiente manera: *"son aquellas que el ordenamiento jurídico le otorga al hijo en contra de su padre o de su madre, o a estos en contra de aquel, para que se resuelva por vía judicial que una persona es hijo de otra"*.

Reglas comunes a las acciones de filiación.

Los dos tipos de acciones de filiación suponen la investigación de paternidad y maternidad, así lo establece el art. 195 del Código Civil, el cual dispone: *"la Ley posibilita la investigación de paternidad y maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen"*.

Respecto a la competencia y procedimiento, estas acciones se rigen por las reglas de los tribunales de familia (art. 9 y siguientes de la Ley 19.968).

Este tipo de procedimientos son una excepción a al principio de publicidad consagrado en la Ley 19.968, es mas tienen el carácter de secretos hasta que se dicte sentencia, solo pueden tener acceso al procedimiento las partes y sus apoderados judiciales (art. 197 inc. Del Código Civil).

Por otro lado, y con el objetivo de evitar la presentación de demandas infundadas es que la ley estableció responsabilidades a quien interponga una acción de filiación de mala fe, esto se traduce en una indemnización de perjuicios para el afectado con la acción temeraria (art. 197 inc. 2 ° del Código Civil).

Prueba en los juicios de reclamación de filiación.

Las leyes 19.585 y 20.030 han regulado este tema con especial dedicación, además el Código Civil regula este tema en los arts. 197 a 201, dichas normas se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Se puede acreditar la paternidad y la maternidad valiéndose de todos los medios de prueba sean de oficio o a petición de parte (art. 198 inc. 1°). Pero las pruebas de testigos por si solas son insuficientes y las presunciones deben ser graves precisas y concordantes (art. 1712).
- La Ley admite las pruebas periciales de carácter biológico, puntualmente el examen de A.D.N. (acido desoxirribonucleico), esta técnica tiene un grado de certeza que alcanza el 100% para excluir la paternidad y maternidad, y para incluirla entre el 98, 36% y el 99,999%.

  Además de este examen existen otros, tal es el caso del "análisis de grupos y subgrupos sanguíneos", dicha técnica es menos exacta que el A.D.N.

  El lugar donde se practique la pericia lo determina el Tribunal de Familia, pudiendo realizarse en el Servicio Médico Legal o en un laboratorio idóneo. Las partes por una sola vez podrán solicitar que se practique una nueva pericia.

  Por otra parte, la ley establece una sanción a la negativa injustificada de practicarse el peritaje biológico, presumiendo legalmente la paternidad o maternidad de quien se niegue (Ley 20.030).

- Posesión notoria de la calidad de hijo: se encuentra regulada en el art. 200 del Código Civil, *"consiste en que el padre, madre o ambos le han tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que estos y su vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal"*, los requisitos con que se deben cumplir para que opere son los siguientes:

  - Debe haber durado por lo menos 5 años continuos.
  - Los hechos que la constituyen deben probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

RAMO: DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO.

UNIDAD II

ADOPCIÓN, GUARDAS Y ESTADO CIVIL.

CLASE 01

1. ADOPCIÓN.

Lo primero que hay que señalar es que la adopción es una de las distintas clases de filiación que estipula el ordenamiento jurídico nacional.

Pues bien, en este sentido es importante determinar qué se entiende por filiación, la cual se puede definir de la siguiente manera:

"*Unión legal que une a un hijo con su padre o madre, y que se materializa en el parentesco determinado por el legislador entre un descendiente con su inmediato ascendiente*"

Principios generales protegen la institución de la filiación.

Existen ciertos elementos básicos que le brindan una particular sustentabilidad al concepto de filiación, estos se encuentran amparados por la ley y son los siguientes:

a) Interés superior del niño, niña o adolescente.

Este dogma jurídico se ha establecido incluso como un principio formativo de los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia, en virtud del cual la institucionalidad nacional debe proteger y hacer primar que el niño, niña o adolescente alcance su máximo desarrollo espiritual, respetándose sus derechos establecidos tanto en la legislación chilena como en ciertos Tratados Internacionales ratificados por Chile.

b) La libertad en la investigación de la maternidad o paternidad.

Cada persona puede solicitar que se investigue la determinación de quién es su padre o madre, con el objetivo que se respeten sus derechos de familia.

c) Igualdad entre hijos.

Con las reformas en esta materia se ha eliminado la desagradable y muchas veces discriminatoria distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales.

De esta manera, una vez que se establecido la filiación de un sujeto a este tan sólo se le reconoce el estado civil de hijo de otro (a), sin entrar en diferencias odiosas.

Particularidades propias de la filiación.

Esta unión legal presenta ciertas características que hacen de esta una institución de gran importancia y a la cual el legislador le da especial preponderancia, entre las cuales se pueden encontrar las siguientes:

a) La filiación es un hecho jurídico.

Esta característica se refiere a que su antecedente fáctico propio e inmediato es el alumbramiento (parto), con la sola excepción de los casos en que se constituye a través de la adopción.

b) Es un estado civil.

Esta es la forma en la cual se materializa, por ejemplo, el estado civil de hijo deriva del hecho si se ha determinado su filiación respecto a su madre o padre.

c) Constituye un derecho esencial de cualquier persona.

Por este motivo es que se han creado principios rectores tales como la libre investigación de la maternidad o paternidad.

d) Constituye una fuente generadora de derechos.

Es así porque de la determinación de la filiación nace una serie de instituciones jurídicas, tales como, el derecho de alimentos, la patria potestad, el cuidado personal, etcétera.

Una vez que se han determinado ciertos conceptos básicos de un tema tan importante como lo es la filiación y que se relaciona estrechamente con la adopción, porque la primera tiene con esta última una relación de género a especie.

De esta forma, ahora se puede entrar de lleno en el estudio de la adopción, todo lo cual se hace en los párrafos que siguen.

1.1. Concepto de adopción.

La filiación adoptiva o simplemente adopción, *"es un acto jurídico procesal en mérito del que se le confiere a una persona el estado civil de hijo respecto de sus adoptantes en los presupuestos y una vez que se han cumplido todos los requerimientos exigidos por la legislación"*.

En este sentido, y según el artículo 1° de la Ley 19.620 sobre Adopción, esta institución tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados

tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

Así mismo, cabe señalar, que la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que dicha ley establece.

Normas por las cuales se rige la adopción.

Hay ciertas leyes especiales que le dan el sustento o marco jurídico a esta institución, entre las cuales se pueden encontrar las siguientes:

a) Ley 19.620 sobre Adopción con las modificaciones de la Ley 19.910, publicada el día 28 de octubre de 2003, que derogó todas las leyes anteriores,

b) Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada Diario Oficial el día 17 de Mayo de 2004, y

c) Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, la que se publicó en el Diario Oficial con fecha 30 de Agosto de 2004.

Características especiales de la filiación adoptiva.

Estas son las que se nombran a continuación.

a) Se materializa a través del estado civil.

Según la ley de adopción, este tipo de filiación confiere al adoptado el *estado civil de hijo* respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que dicho cuerpo jurídico establece.

Desde la misma forma esa norma se repite en el artículo 37 de la misma normativa, desde el momento en que señala que la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley.

b) Posee ciertos objetivos particulares.

Los cuales ya fueron estudiados en párrafos anteriores, los que se pueden resumir en dos hechos: amparar la protección y dar garantías para el desarrollo del adoptado.

c) Irrevocabilidad de la adopción.

Así lo dispone expresamente el artículo 38 de la ley 19.620, el cual, además, establece otras reglas, señalando lo siguiente:

"Artículo 38.- La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

La acción de nulidad prescribirá en el plazo de cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción.

Conocerá de la acción de nulidad el juez con competencia en materias de familia del domicilio o residencia del adoptado, en conformidad al procedimiento ordinario previsto en la ley que crea los juzgados de familia".

d) La adopción es única.

Antes de las reformas introducidas por las normas señaladas anteriormente, existían dos clases de filiación adoptiva: la "simple" y la "plena". Empero, hoy en día la adopción no distingue de ninguna manera, es decir, el adoptado adquiere el estado de hijo de los adoptantes desde el momento que se cumplen todos los requisitos legales.

CLASE 02

Sujetos procesales que intervienen en los procedimientos de adopción.

Cuando se quiere generar un proceso jurisdiccional con el fin de que se declare la adopción de un menor, participan ciertos intervinientes que tienen distinta labor, entre los cuales se pueden encontrar los que se detallan a continuación:

a) Adoptantes.

Sólo pueden ser adoptantes:

- Los matrimonios de cónyuges chilenos.
- Los matrimonios de cónyuges extranjeros que posean la residencia permanente en Chile.
- Personas viudas o solteras.

b) Adoptado.

Se trata del sujeto pasivo de la filiación adoptiva. Pueden ser adoptados los menores de edad.

En el evento que se presente el caso de hermanos menores de edad que se encuentren en estado de ser adoptados, el juzgado competente que esté conociendo del

caso adoptará todas las medidas necesarias para que estos sean adoptados por los mismos adoptantes.

c) Terceros institucionales.

Estos organismos son el Servicio Nacional de Menores (SENAME) y las aquellas instituciones que cuenten con las acreditación respectiva ante el SENAME.

- El Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Este organismo del Estado se analizará más adelante en el desarrollo de esta unidad, a lo cual se debe remitir.

- Instituciones que cuentan con la acreditación del SENAME.

Estos estamentos, así como también el SENAME, podrán hacerse parte en todos los asuntos que regula la ley de adopción, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas.

Dicha facultad podrá ejercerse hasta que surta efectos la adopción y, con posterioridad, sólo en relación con el juicio de nulidad de la adopción.

La acreditación de estas instituciones ante el SENAME se otorga únicamente a corporaciones o fundaciones que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas.

La concesión o denegación de la acreditación se dispondrá por resolución fundada del Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, motivada en la concurrencia o ausencia de todos los requisitos señalados. Ahora bien, en cuanto a la suspensión o revocación de la acreditación esta se hará efectiva en caso de ausencia o pérdida de alguno de los requisitos indicados.

La institución a la cual se deniegue, suspenda o revoque la acreditación podrá solicitar recurrir ante el mismo Director para revocar dicha resolución, e interponer en subsidio el llamado “recurso jerárquico”, por intermedio del Ministerio de Justicia, ante el Presidente de la República, dentro del plazo de treinta días, contado desde que le sea notificada la resolución. Dicha solicitud deberá presentarse acompañando los antecedentes de hecho y de derecho que la fundamenten.

- El Registro Civil.

Esta institución se analizará en profundidad más adelante en el desarrollo de esta unidad, sin embargo, y para el caso que convoca, se puede adelantar que la intervención de

este servicio público se expresa a continuación de concluido el proceso de adopción ante los tribunales de justicia.

De esa forma, la sentencia que acoja la adopción ordenará que se oficie a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación, los que serán agregados al proceso.

Por otra parte, el tribunal que conoció la causa solicitará que se dispondrá que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de ellos. Esta inscripción debe practicarse a requerimiento de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre.

El Servicio de Registro Civil, en mérito de la misma sentencia que acoge la adopción, debe cancelar la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad.

De acuerdo al artículo 27 de la ley de adopción, la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación recibirá los antecedentes del oficial del Registro Civil que haya practicado la inscripción de la adopción. Cumplida dicha diligencia, la Dirección los enviará al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien los debe mantener bajo su custodia en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial.

d) Terceros no institucionales.

En este caso, la ley al hablar de terceros no institucionales se está refiriendo a la “familia de origen”. Como parte de los procedimientos que regulan la filiación adoptiva existen programas de orientación y apoyo a la familia de origen del adoptado.

Para efectos de la ley 19.620, se entiende familia de origen a las siguientes personas:

- Los parientes consanguíneos del menor hasta el tercer grado en la línea colateral del menor y los otros consanguíneos de grado más próximo del menor, y a los que, dentro de los procedimientos previos a la adopción, se les cita para que concurran al tribunal a exponer lo que sea conveniente a los intereses del menor, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado; y

- A falta de los primeros, a quienes tengan bajo su cuidado al menor.

Procedimientos legales para determinar la filiación adoptiva (o simplemente adopción).

La legislación que regula el tema en estudio instituyó dos tipos de procedimientos: a) Procedimientos previos a la adopción, y b) Procedimientos de adopción propiamente tal.

a) Procedimientos previos a la adopción.

De acuerdo al artículo 7° de la ley de adopción, el "programa de adopción" es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. Estas actividades la realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.

Dicho programa comprende principalmente las siguientes tareas:

- Apoyar y orientar a la familia de origen del menor.
- Recepcionar y cuidar del adoptante.
- Evaluar técnicamente a los solicitantes o adoptantes.
- Preparar a los adoptantes como familia adoptiva.

CLASE 03

Menores de 18 años que pueden ser adoptados.

Estos pueden ser los siguientes:

- El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

  Cuando se trate de estos menores, la madre o el padre que haya manifestado su voluntad de entregar a su hijo (a) en adopción, o ambos, tienen el derecho a retractarse de su decisión dentro del plazo de 30 días, los que se cuentan desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Una vez que se cumpla el plazo ya mencionado, no se podrá ejercitar tal derecho.

  Los requisitos para que proceda esta hipótesis son los siguientes:

  - Que los padres no estén en condiciones o se encuentren incapacitados para hacerse cargo del menor.
  - Que los mismos padres sean quienes manifiesten al juez competente su voluntad de entregar a su hijo en adopción.

Este tipo de expresión de la voluntad generalmente se realiza por los padres luego del nacimiento del niño (a); sin embargo, también puede llevarse a cabo antes del alumbramiento del niño, lo que cual constituye un avance significativo del legislador, ya que con dicha norma se pretende disminuir la tasa de abortos. Así las cosas, el artículo 10 de la ley 19.620 dispone lo siguiente:

"Artículo 10. El procedimiento a que se refiere el artículo anterior podrá iniciarse antes del nacimiento del hijo, sólo cuando sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste. En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y sólo quedará pendiente la ratificación de la madre y la dictación de sentencia. En caso de no existir patrocinio, el tribunal remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Menores, suspendiendo la tramitación de la solicitud".

1. Según dicho artículo, pueden presentarse dos casos:

– Cuando la madre deba ratifique.

La madre debe ratificar ante el juzgado competente del hecho que quiere hacer efectiva la adopción de su hijo. Para esto se le concede un plazo de 30 días, los cuales se cuentan desde el momento del parto. Así mismo, la madre nunca puede ser objeto de apremios ilegítimos para que preste su ratificación y, si no lo hace, el tribunal tendrá su decisión por desistida. A contrario sensu, en el evento que la madre efectivamente manifieste la ratificación de su voluntad de dar en adopción, el tribunal deberá citar a una audiencia de juicio, la que se llevará a cabo dentro de los 5 días siguientes:

– Cuando la madre no manifieste su ratificación.

Esto queda supeditado al hecho si la progenitora derechamente se niega o si, en cambio, muere. En el primer caso, la gestión de entregar al menor lisa y llanamente se verá truncada. En la segunda hipótesis, si la madre muere antes de prestar su ratificación a dar en adopción a su hijo, será suficiente manifestación de su voluntad de dar al menor en adopción la que conste en el proceso.

Actuaciones que ordena realizar el juzgado.

En el caso de los menores de edad contemplado en la hipótesis en estudio, el padre, madre o ambos que hayan manifestado su intención de dar en adopción a su hijo se les concede un plazo perentorio de 30 días para retractarse de su decisión, los cuales se cuentan desde el día en que hayan prestado su voluntad ante el juzgado competente. En el evento que venciera dicho plazo, no se podrá ejercer tal opción de retracto.

El proceso comienza con la manifestación de voluntad, y luego se seguirá con los siguientes pasos:

– Audiencia preparatoria.

Esta se llevará a cabo entre el décimo y décimo quinto día siguiente a la presentación de la petición. Una vez que se ratifique la voluntad, el magistrado de la causa les dará a conocer a los interesados el plazo que tienen para retractarse.

– Incomparecencia del padre o madre legalmente citada.

Si la petición sólo se hubiera incoado por el padre o por la madre, el tribunal dispondrá la comparecencia del otro padre o madre según sea el caso, bajo apercibimiento de que si no concurre a dicha citación se presumirá que presta su consentimiento de dar en adopción al menor.

En ese comparendo la parte contraria puede allanarse a la solicitud o podrá interponer una oposición a dicha petición.

La notificación para que las partes asistan a la audiencia respectiva se llevará a efecto personalmente en el caso que el padre o madre tenga domicilio conocido. Para este cometido, si no se tuviera certeza del domicilio del padre o madre correspondiente, el juzgado que conoce la causa solicitará al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Servicio Electoral que informen, dentro del plazo de cinco días, el último domicilio conocido de la persona que se pretende notificar.

En el caso que no sea posible determinar con exactitud el domicilio de la contraparte, la notificación que en derecho proceda debe llevarse a cabo a través de avisos que se publicarán en el Diario Oficial.

– Corroboración de la idoneidad de los padres.

El juzgado competente tiene la obligación de comprobar con certeza que los padres del menor no están en condiciones o capacitados para hacerse cargo del cuidado de él de una forma responsable.

El Tribunal comprobará estos hechos en el informe que al respecto debe emitir, además, debe presentarse en juicio el informe que le corresponda al SENAME o de los organismos patrocinantes de la madre o el padre.

– Padre o madre muerto o que se encuentre en imposibilidad de expresar su voluntad.

En cualquiera de estos casos, bastará de manifestación de consentimiento la declaración hecha por el solicitante. Como en esta hipótesis no hay contienda judicial, el juez debe fallar en la audiencia preparatoria, siempre que se le hayan proporcionado los informes antes mencionados y que se haya vencido el plazo para que las partes puedan retractarse.

- Audiencia de juicio.

Esta se realizará dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se realizó la audiencia preparatoria. Empero, si el plazo de retractación ya mencionado se encontrara pendiente, esta audiencia de juicio se llevará a cabo dentro 5° día desde la fecha en que hubiera vencido el plazo antes señalado.

La ritualidad de la audiencia de juicio exige que esta no puede suspenderse ni tampoco puede proveerse su prolongación en otros comparendos por el hecho que, hasta ese día, no hayan llegado los respectivos informes u otro tipo de medios probatorios ordenados por el juzgado.

- Notificación de la sentencia definitiva.

Esta diligencia se llevará a cabo por cédula, en donde se les notificará de la sentencia definitiva a todas las partes del juicio en el domicilio o residencia que estos hayan fijado al momento de comparecer en el juzgado, sin embargo, dicha notificación puede realizarse personalmente en la audiencia en que se dicte el fallo a todos aquellos intervinientes que se encuentren presentes en ese acto.

Una vez que no procedan recursos en contra de la sentencia o si estos hubieran sido fallados y desechados por el tribunal de alzada, dicha resolución se pondrá en conocimiento del SENAME.

- El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.

En este caso hay ciertas personas de las cuales es necesario que presten su consentimiento:

- Si es el padre o madre es quien lo quisiera adoptar, y sólo ha sido reconocido como hijo (a) por el.
- En este caso se aplicará el procedimiento de adopción propiamente tal que se verá más adelante.
- Si el menor ha sido reconocido por ambos padres a través de la filiación matrimonial.
- Aquí también es necesario el consentimiento de ambos padres y se aplicará el procedimiento descrito en el punto anterior.
- Cuando falte uno de los padres, o si este se opone a la adopción
- En este caso el tribunal competente dispondrá si el niño, niña o adolescente es susceptible de ser adoptado
- Y si el solicitante que quiera adoptar es otro ascendiente del menor, se aplicará también los procedimientos antes señalados.

- El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente.

Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- Cuando se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.

  Dicha norma señala lo siguiente:

"Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

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

Esta norma hay que relacionarla con el artículo 42 de la Ley 16.618 de Menores, que señala:

Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
2º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
4º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
6º Cuando maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material".

- No le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante el plazo de cuatro meses.

  Este lapso de tiempo diferirá atendidas ciertas circunstancias, las cuales son.

  - Por regla general de cuatro meses.
  - Si el menor tuviere una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.

No constituirá causa plausible para la resolución judicial respectiva la ausencia o carencia de recursos económicos para satisfacer las necesidades del menor.

- Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

  Esta intención será presumible cuando ocurra cualquiera de las siguientes causales:

  - Cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado.
  - Cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada.

    Para este presupuesto, se llevará registro de las visitas en la institución respectiva que esté con el cuidado del menor.
    Los que recibieran al niño, niña o adolescente en estas circunstancias, deberá enviar un comunicado al juez informando tal situación, dándole a conocer de la entrega y de lo manifestado por los padres o por los sujetos que lo tenían bajo su tutela.
  - Cuando ha habido abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número.

En este caso se presume el ánimo de entregar al menor en adopción por el sólo hecho de abandonarlo.

Manera de iniciar este tipo de proceso.

Cuando tenga la intención de que se declare a un niño, niña o adolescente susceptible de adoptarse, el procedimiento comenzará de oficio (propia iniciativa) por el juez competente previa solicitud del SENAME o en virtud de una petición hecha por las personas naturales o jurídicas que lo tengan bajo su cuidado.

En el evento que el proceso comience por solicitud de personas jurídicas que tuvieran bajo su cuidado al menor, dicha petición debe ser presentada y firmada por el director de la respectiva institución.

Ahora bien, si se trata de niños, niñas o adolescentes cuya filiación no se encuentre establecida legalmente respecto de ninguno de sus padres, el procedimiento en estudio sólo puede iniciarlo el SENAME o el organismo que se encuentre acreditado por este.

En cambio, si el proceso comienza por personas naturales, ellas deben en su petición el informe que acredite su idoneidad, el cual los habilita para tener la posibilidad de ser padres adoptivos.

Recepción de solicitud.

Una vez que se reciba la petición antes mencionada, el tribunal -dentro del menor plazo posible- debe citar a los ascendientes y a cualquier otro consanguíneo del niño, niña o adolescente, hasta el tercer grado en línea colateral. Para esto, la filiación del menor necesariamente tiene que estar establecida, con el objetivo que los interesados puedan participar en la audiencia preparatoria con el objetivo de dar a conocer lo que crean prudente en atención a sus intereses, bajo sanción de que si no asisten se presumirá su consentimiento positivo a la declaración de que el menor pueda ser catalogado como susceptible de ser adoptado.

De la misma forma, el juez tiene la obligación de hacer comparecer al menor en su caso, a los sujetos que tengan su cuidado personal y a cualquier persona que se encuentre en condiciones de aportar todos los datos necesarios para una correcta resolución del procedimiento.

Citación de ascendientes y otros consanguíneos.

Según los artículos 14 y 15 de la ley 19.620 sobre adopción, recibida la solicitud respectiva, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado.

Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud.

La citación se notificará personalmente a los padres del menor, y por carta certificada a las demás personas; todo ello, en cuanto tuvieren domicilios conocidos. Para este efecto, si no se conocieran los domicilios, el tribunal requerirá, al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dichas personas que conste en sus registros.

De no establecerse el domicilio de alguna de ellas, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 ó 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuese feriado. De igual forma se citará a los ascendientes y consanguíneos del menor de edad cuya filiación no esté determinada. El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor. La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso.

A las personas que no comparecieren se las considerará rebeldes por el solo ministerio de la ley, y respecto de ellas las siguientes resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien.

La audiencia preparatoria y la audiencia de juicio se llevarán a cabo en los términos señalados anteriormente y ya estudiados respectivamente.

El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.

Los informes que se evacuen y rindan al respecto deberán solicitarse al SENAME o a alguno de las instituciones que se encuentre acreditadas ante dicho servicio público, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito.

Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.

CLASE 05

La resolución que resuelve el procedimiento.

La sentencia que declare que el menor puede ser adoptado deberá notificarse por cédula a los consanguíneos que se hayan presentado dentro del procedimiento, en el domicilio que conste en el mismo, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia respectiva.

Una vez que no procedan recursos en contra de la sentencia o si estos fueron fallados y desechados, dicha resolución será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores, para los efectos previstos en el artículo 5º de la Ley 19.620, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 5º.- El Servicio Nacional de Menores deberá llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas. El Servicio velará por la permanente actualización de esos registros.

La sola circunstancia de que un menor de edad que puede ser adoptado o un interesado en adoptar no figure en esos registros no obstará a la adopción, si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales".

Recursos que se pueden interponer en contra de la sentencia.

Si la sentencia decide que el niño, niña o adolescente como susceptible de ser adoptado o si se rechaza esta solicitud, contra dicha resolución se puede interponer el recurso de apelación, el que no suspenderá los efectos de la sentencia.

Tribunal competente para conocer de los procedimientos de adopción.

Es aquel Juzgado de Familia en cuya jurisdicción tenga su domicilio el adoptado.

Ahora bien, si se ha decretado una medida de protección en favor de este menor, seguirá siendo competente para conocer de la adopción el juez que haya ordenado la aplicación de dicha medida.

En el evento que el adoptado esté bajo el cuidado del SENAME o de algún organismo acreditado por dicha institución pública, el domicilio del menor será aquel que tenga respectivamente dicho estamento.

Mientras se tramiten este tipo de procedimientos, el juez que competente puede entregar el cuidado personal (tuición) del menor a las personas que hayan expresado su voluntad de adoptarlo, siempre y cuando estos cumplan con los requisitos necesarios que les permita adoptar luego de terminado el proceso.

Esta concesión de cuidado personal provisorio deberá solicitarse al juez que esté conociendo de la causa, el cual citará a las partes a una audiencia dentro del 5° día, a la cual deben asistir los peticionarios con todos los documentos necesarios que garanticen de cierta forma su petición.

Este tipo de causas tendrá el carácter de reservadas para terceros, es decir, cualquier otra persona -a parte de los solicitantes- que quiera tener acceso a los documentos de la causa no podrá hacerlo, a menos que cuente con una autorización especial del juez que lo autorice para tal cometido.

b) Procedimientos de adopción propiamente tal.

Lo primero que es importante señalar es dos tipos de personas pueden adoptar en Chile en mérito del procedimiento de adopción propiamente tal: personas residentes en Chile y aquellas personas que no gozan de residencia en este país.

- Constitución de la filiación adoptiva realizada por personas que tienen su residencia definitiva en Chile.

El ordenamiento jurídico nacional establece un orden de prelación o preferencia respecto de las personas que pueden adoptar en Chile, este orden es el siguiente:

- Los matrimonios.
  Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

  - Que tengan residencia permanente en el país.
  - Que su matrimonio haya durado a lo menos dos años.

- Los cónyuges deben haber sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el SENAME o por alguna de las instituciones acreditadas por aquel.
- Los cónyuges deben ser mayores de veinticinco años y menores de sesenta.
- Deben tener veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado.
- Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

En cuanto a los límites de edad, el tribunal, por resolución fundada, podrá rebajar estos límites o la diferencia antes mencionada, sin embargo la rebaja no podrá exceder los cinco años.

Por otra parte, los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado. Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme dispone la Ley de Matrimonio Civil. Dichas normas se establecen desde el artículo 38 al 41 de la Ley 19.947, los cuales disponen los lo siguiente:

"Artículo 38.- La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y, en este último caso, restablece el estado civil de casados.

Artículo 39.- Decretada la separación judicial (…), la reanudación de la vida en común sólo será oponible a terceros cuando se revoque judicialmente dicha sentencia, a petición de ambos cónyuges, y se practique la subinscripción correspondiente en el Registro Civil.

Decretada judicialmente la separación (…), para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros, bastará que ambos cónyuges dejen constancia de ella en acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial. El Oficial del Registro Civil comunicará estas circunstancias al tribunal competente, quien ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación.

Artículo 40.- La reanudación de la vida en común, luego de la separación judicial, no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, pero los cónyuges podrán pactar este último régimen en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil.

Artículo 41.- La reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación de los cónyuges".

Sin embargo, los cónyuges que se encuentren separados judicialmente o se haya declarado su divorcio que hubieran comenzado con los trámites de adopción, podrán pedir, de todas formas, que la filiación adoptiva les sea dada siempre y cuando este hecho convenga al interés superior del niño, niña o adolescente.

o En segundo término, las personas viudas, solteras o divorciadas.

Estas personas sólo podrán optar a adoptar cuando no existan cónyuges interesados en realizar dicha gestión o cuando estos últimos no posean la respectiva residencia permanente en Chile. Dándose estas circunstancias, los viudos, solteros o divorciados deberán acreditar que sí cumplen con el requisito de la residencia chilena permanente.

En resumen, estas personas pueden optar a adoptar siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Cuando no hayan matrimonios interesados en adoptar a un niño, niña o adolescente que cumpla con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile.

- Que la persona sea soltera, divorciada o viuda.

- Que la persona tenga residencia permanente en el país.

- Que la persona haya realizado la misma evaluación física, mental, psicológica y de idoneidad moral que realiza el SENAME o las instituciones acreditadas por este.

- Que la persona cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.

- Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción que se estudiaron en los procedimientos previos a la adopción.

- Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal.

• Constitución de la filiación adoptiva por personas que no poseen residencia en chile.

En este tema se debe decir que existe una norma de carácter general así como una excepción, a saber:

o Regla general. Artículo 30 de la ley de adopción.

La adopción de que trata este Párrafo sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales. Corresponderá al Servicio Nacional de Menores certificar esta circunstancia, sobre la base de los registros señalados en el artículo 5º.

El artículo 5°, en resumen, señala que el SENAME debe llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas.

- Excepción. Inciso segundo del artículo 30 de la ley de adopción.

Sin embargo, el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la misma resolución.

Las normas jurídicas que deben aplicarse en estos casos son el Párrafo Tercero del Titulo III de la ley 19.620 sobre adopción; y las convenciones y los Convenios Internacionales que hayan sido ratificados por Chile.

CLASE 06

1.2. Calidad del adoptado.

Sólo podrán tener la calidad de adoptado los menores de 18 años que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el art.8 de la Ley 19.620, las cuales ya fueron analizadas.

El niño, niña o adolescente que ha sido adoptado, de acuerdo a la ley 19.620 siempre adquirirá la calidad de hijo de los adoptantes; si toma en cuenta la diferencia que antes se hacía en la legislación nacional, la adopción equivaldría a que un menor tenga la calidad de hijo legítimo.

1.3. SENAME.

De acuerdo al artículo 4° de la ley 19.620 “El Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste, en conformidad a las disposiciones que sean aplicables, podrán hacerse parte en todos los asuntos que regula esta ley, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas.

Esta intervención podrá ser ejercida durante todo el procedimiento de adopción, hasta que esta surta todos sus efectos legales y, con posterioridad, sólo en relación con el juicio de nulidad de la adopción.

La sola circunstancia de que un menor de edad que puede ser adoptado o un interesado en adoptar no figure en los registros del SENEME no obstará a la adopción, si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales.

Obligaciones del SENAME.

Los deberes de esta institución son las siguientes:

a) Intervenir en los programas de adopción.

b) Hacerse parte en todos los asuntos que regula la ley 19.620 sobre adopción, en defensa de los derechos del menor comprendido dentro de sus normas.

c) Intervenir en los juicios de nulidad de la adopción.

d) Llevar los registros que le impone la ley. El artículo 5° ordena al SENAME llevar dos registros: uno, de las personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero, y otro, de personas que pueden ser adoptadas.

e) Velar por la actualización de estos registros. El servicio, según lo ordena el mismo artículo 5°, debe velar por la permanente actualización de estos registros.

1.4. Efectos de la adopción.

Estos se pueden resumir en los siguientes:

a) La filiación adoptiva entrega al adoptado el estado civil de hijo de las personas que lo han adoptado.

Esto trae como consecuencia que se le conferirán al adoptado todos los derechos y deberes que conlleva el estado civil de hijo.

b) La adopción hace desaparecer la filiación del adoptado con su familia de origen.

En este sentido cabe decir, que existen dos clases de vínculos relevantes en esta materia, los cuales son, los penales y los civiles. Los primeros continuarán con plena vigencia, en cambio los civiles desaparecen, con la sola excepción de los impedimentos para contraer matrimonio según lo dispuesto en la Ley de Matrimonio Civil.

Así, no podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

c) La filiación adoptiva es irrevocable.
Esta es la regla general, sin embargo, a pesar de esta irrevocabilidad el adoptado puede solicitar pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios fraudulentos o ilícitos. En este último caso, la acción para solicitar la nulidad de la filiación adoptiva prescribirá en el plazo de 4 años, los que se cuentan desde el día en que el adoptado alcanza su plena capacidad y toma conocimiento del vicio del cual se ve afectada la declaración de adopción.

d) El menor adoptado es causante de las asignaciones familiares en su beneficio.

Fecha desde la cual la filiación adoptiva producirá sus efectos.

Desde el día en que se lleve a cabo la inscripción de nacimiento dispuesta por el tribunal que conoce de la causa y que otorga la adopción.

2. LAS GUARDAS.

Nuestro ordenamiento jurídico establece que algunas personas, tales como los menores de edad y en general, los incapaces necesitan de una persona que los represente y que defienda sus intereses. En el caso que se trate de un menor que se encuentre bajo la patria potestad, quien desarrolla esa función, es el padre o madre titular de dicha patria potestad, cuestión que se debe a que la representación es un atributo de ella. Por otro lado, cuando la incapacidad tiene otra cusa, por ejemplo demencia, se hará necesario la designación de una persona que cumpla esta función.

2.1. Concepto.

El Código Civil define en el 338, lo que se debe entender por tutelas y curatelas, señalando al respecto lo siguiente: *"Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse así mismos o administrar completamente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida"* (inc. 1°) la mencionada norma añade lo siguiente: "*Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores y curadores y generalmente guardadores"*.

Asimismo el art. 346 del Código Civil define a los pupilos señalando sobre el particular lo siguiente: *"Las personas sometidas a tutor o curador, se llaman pupilos".*

2.2. Tutelas y Curatelas.

En antiguas legislaciones como la romana y la española se discutía sobre las diferencias entre tutelas y curatelas, señalando al respecto que la tutela se dirigía prioritariamente a la protección de la persona incapaz, y de manera secundaria, a sus bienes. Por otro lado, se decía, que la curatela invertía el mencionado orden de prioridades.

Pero a pesar de que a la fecha de la promulgación del Código Civil (año 1857) la distinción entre tutela y curatela se había dejado de lado completamente, Andrés Bello la mantuvo.

Pero hoy en día, existe un consenso en la doctrina (Somarriva, Rossel), en atención a no distinguir entre ambas, puesto que se rigen por los mismos principios.

Diferencias entre tutela y Curatela.

- La tutela se da los impúberes, en cambio, la curatela a los menores púberes, al resto de los incapaces y también a simples patrimonios (herencia yacente).

- La tutela no se clasifica, pues sólo existe la tutela del impúber, en cambio, la curatela al estar supeditada a distintos tipos de incapaces si admite clasificación, pudiendo ser: generales, especiales, de bienes, interinas.

- La tutela obliga a velar por la persona y bienes del pupilo, debiendo conformarse con conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de la crianza y educación de los bienes del pupilo. No así la curatela, que puede no referirse a la persona, debido a que por lo general, opera respecto de los bienes.

- El tutor tiene la obligación de actuar siempre representando al pupilo, al ser este absolutamente incapaz, nunca podrá actuar por si mismo. En lo que respecta al curatela, en algunos casos, puede actuar el pupilo autorizado por su curador, este es el caso del menor adulto.

- Para nombrar a un tutor, no se le toma consulta a la voluntad del impúber. En cambio, cuando se le designa un curador a un menor adulto, éste propone la persona de su curador.

2.3. Características comunes para tutores y curadores.

- En ambos casos se trata de cargos obligatorios. El Código Civil en el art. 338 expresa lo siguiente. "cargos impuestos a ciertas personas". Por tal motivo, es que su no aceptación conlleva una sanción: *"son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima."* (art. 971 del Código Civil).

- Ambas se otorgan a favor de personas que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que les pueda dar la protección debida.

- Ambos deben cuidar la persona del pupilo. Además tienen la representación legal del pupilo y la administración de sus bienes.

- La regla general es que no existan pupilos múltiples, no obstante pueden colocarse bajo una misma tutela o curaduría a dos o más individuos con tal que estos estén bajo indivisión de patrimonios.

- Del art. 347 del Código Civil se desprende que un mismo pupilo puede tener más de un tutor o curador.

- La regla general es que los guardadores sean personas naturales, por excepción, la Ley de Bancos contempla la posibilidad de que estas instituciones puedan ser guardadores en los términos indicados en el art. 86 N°4 de la mencionada Ley.

Clases de curadurías.

Antes de tratar este tema, se debe señalar que existe una sola clase de tutela que es la de los impúberes, en cambio hay varios tipos de curaduría (art. 342 del Código Civil):

- Curaduría general: es la que se extiende a la persona y bienes del pupilo. Están sometidos a curaduría:
    - Los menores adultos.
    - Los pródigos.
    - Los dementes.
    - Los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

Los tres últimos sólo están en interdicción de administrar sus bienes.

- Curaduría de bienes: es aquella que no alcanza a la persona, opera sólo respecto de los bienes. El art. 343 del Código Civil define a los curadores de bienes: *"Se llama curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que esta por nacer"*.

- Curadurías adjuntas: son aquellas que operan en los casos en que ya existente un representante legal de la persona, es decir, cuando se encuentran bajo la patria potestad o curaduría general. El Código Civil entrega la siguiente definición (art. 344): *"se llaman curadores adjuntos los que se dan en ciertos caso a las personas que están bajo la potestad de padre o madre, o bajo la tutela o curaduría general, que ejerzan una administración separada*".

- Curadurías especiales: son aquellas que se designan para un negocio en particular (art.345 del Código Civil). El ejemplo más típico es el del nombramiento de un curador ad litem.

2.4. Clasificación de las tutelas y curatelas según su origen.

Las tutelas y curadurías pueden clasificarse de la siguiente forma (art. 345 del Código Civil):

- Guarda Testamentaria: arts. 354 a365 del Código Civil.
- Guarda legítima: arts. 366 a 369.
- Guarda dativa: arts. 370 a 372.

2.5. Administración de los guardadores. Formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría

El Código Civil regula esta materia en sus arts. 373 y siguientes. Puntualmente el art. 373 dispone que toda tutela o curaduría debe ser discernida, entendiéndose por tal al decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo. Por su parte el art. 374 agrega los siguiente: *"para discernir la tutela o curaduría será necesario que proceda el otorgamiento de fianza o caución a que el tutor o curador este obligado"*, "ni se le dará la administración de los bienes, sin que proceda inventario solemne".

De acuerdo a estos preceptos legales, para que el tutor o curador entre en funciones deberá cumplir con las siguientes formalidades:

- Discernimiento: el Código Civil en el art. 373 inciso 2° lo define: *"se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo"*.

Respecto al procedimiento para obtener el discernimiento, este les corresponde a los juzgados de familia (art. 102 de la Ley 19.968).
El art. 377 dispone que: *"los actos del tutor o curador anteriores al discernimiento, son nulos, pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo*".

- Fianza o caución: los tutores deberán rendir fianza o caución, esto tiene como finalidad dar garantía al pupilo de que se llevara adelante una buena administración. Esta debe rendirse antes del discernimiento, por su parte el art. 376 permite que se reemplace la fianza por una prenda o hipoteca suficiente. El art. 375 establece una excepción: los bancos cuando son nombrados curadores están exentos de rendir caución.

- Inventario solemne: el Código Civil establece que no se dará la administración al guardador sin que proceda el inventario solemne. El art. 378 dispone que el inventario debe realizarse *"en los noventa días subsiguientes al discernimiento y antes de tomar parte alguna en la administración, si no en cuando fuere absolutamente necesario"*, el mismo art precisa que el juez dependiendo de las circunstancias, podrá acotar o ampliar el mencionado plazo.
  El inventario debe ser solemne, es decir, deberá ser ante notario y con la presencia de testigos (arts. 858 a 865).
  Existe una excepción, en el sentido de que se permite el inventario simple, *"si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar la confección del inventario…"* (art. 380 del Código Civil).
  En el caso de que falte el inventario el legislador contempla una sanción especifica, cual es la remoción del cargo y la indemnización de perjuicios (art. 378 inciso 3°).

Responsabilidades del guardador.

El art 391 prescribe que la responsabilidad del guardador se extiende hasta la culpa leve inclusive, esto no hace más que confirmar la regla que todo aquel que administra bienes ajenos responden hasta la culpa (arts. 256, 1299 y 2129 del Código Civil). En el caso que existan varios guardadores (guardadores conjuntos), su responsabilidad será solidaria, lo mismo ocurre cuando existiendo varios guardadores actúa uno con mandato de los otros (art. 413) y cuando a través de un acuerdo privado, dividen la administración entre ellos (art. 421).

Por otro lado, en el caso que existiendo varios guardadores, el juez o el testador hayan dividido la administración, tienen una responsabilidad directa por los actos que ejecuten y otra subsidiaria, por los que ejecuten los demás, salvo que hubieren ejercido el derecho de solicitar al juez la exhibición de la cuenta de administración (art. 419).

Obligaciones del guardador.

- Obligaciones previas al ejercicio del cargo: antes de comenzar a ejercer el cargo el guardador deberá dar cumplimiento a las obligaciones ya tratadas, inventario de los bienes del pupilo y rendir caución.

- Obligaciones durante el ejercicio: debe llevar una cuenta fiel, exacta y preferentemente documentada de su gestión.

- Obligaciones posteriores al término de la guarda: rendir cuenta, restituir los bienes del pupilo y pagar los saldos que resulten a favor del pupilo.

Privilegio de que goza el pupilo.

El crédito del que goza el pupilo respecto del guardador es de cuarta clase (art.2481 del Código Civil), dicho privilegio es extensible a los bienes señalados en el art. 2483 d3l Código Civil.

Prescripción de las acciones del pupilo contra el guardador.

El Código Civil en el art. 425 establece lo siguiente: *"toda acción del pupilo contra el tutor o curador en razón de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje"*.

CLASE 08

Guardador aparente o de hecho.

Se trata de aquel que sin serlo verdaderamente, ejerce el cargo de tutor o curador (art. 426 del Código Civil).

Guardador oficioso.

Es aquella persona que sin ser verdaderamente guardador tomas la administración de los bienes del pupilo, cuando este se encuentra en estado de necesidad con la finalidad de ampararlo (art. 427).

Incapacidades y escusas para desempeñar las guardas.

El legislador ha establecido que ciertas personas son incapaces para desempeñar el cargo de guardador. El Código Civil trata esta materia en el art. 496 y siguientes, disponiendo que dichas incapacidades sean de orden público.

Por otro lado, el citado cuerpo legal establece la posibilidad de que las personas puedan excusarse del servir el cargo, dichas excusas están establecidas a favor del guardador por lo que depende de él si las invoca o no.

Remuneración de los guardadores.

Todo guardador debe ser remunerado el monto de dicha remuneración dependerá de si los tutores o curadores son generales o adjuntos, especiales o de bienes o interinos (arts. 526-538 del Código Civil).

Existen casos en que el guardador no tiene derecho a remuneración, estos están tratados en los arts.533 y 534 del Código Civil.

Remoción de los guardadores.

La remoción se traduce en la privación de la guarda por sentencia judicial cuando concurre una causa legal arts. 539 a 544 del Código Civil.

Curaduría de bienes.

El Código Civil no definió lo que debía entenderse por curaduría de bienes, solo se limitó a señalar que estas se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que esta por nacer (art. 343).

Características de las curadurías de bienes.

- Tienen por finalidad velar por la seguridad e integridad de determinados patrimonios, que no tiene titular que los administre;

- Este tipo de curaduría se extiende exclusivamente a los bienes, cuestión que las diferencia de las curadurías generales las que se extiende a la persona y a los bienes.

- Las funciones de estas curadurías es la custodia y conservación del patrimonio puesto a su cuidado, el cobro de créditos y el pago de deudas. Excepcionalmente, y previa autorización judicial podrán enajenar bienes, destinando lo recaudado a la conservación del patrimonio.

3. El Estado Civil.

El estado civil es uno de los atributos de la personalidad propios de las personas naturales, pues las personas jurídicas malamente podrían ser casadas, viudas, divorciadas etc.

3.1. Concepto.

El estado civil los define el Código de la siguiente forma: *"la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles"* (art. 304).

El concepto dado por el Código ha sido muy criticado por la doctrina, principalmente por su vaguedad, en efecto, señalar que es una calidad que habilita a un individuo para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones, podría considerarse como una definición de nacionalidad o de capacidad. Es más, no hace referencia a las características clásicas del estado civil.

Claro Solar da una definición más acabada, diciendo que es *"La posición o calidad permanente de un individuo en razón de la cual goza de ciertos derechos o se halla sometido a ciertas obligaciones"*. Por su parte, Somarriva lo define de la siguiente manera: *"Es el lugar permanente de una persona dentro de la sociedad, que depende principalmente de sus relaciones de familia y que la habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones"*.

3.2. Características.

- Como ya se menciono es un atributo propio de las personas naturales, por ende no puede faltar, las personas jurídicas no lo tienen.
- Es uno e indivisible, vale decir, no se puede tener de forma simultánea más de un estado civil derivado de la misma fuente, ejemplo: no se puede ser casado y soltero.
- Es irrenunciable.
- Es incomerciable, la jurisprudencia a dicho en reiterados de fallos que el estado civil es incomerciable; pero no lo son los derechos pecuniarios que dé el emanan.
- Es imprescriptible.
- No se puede transigir sobre él.
- Los juicios que versen sobre el estado civil no pueden someterse a árbitros.
- Es permanente, vale decir, que no se pierde mientras no se adquiere otro que lo sustituya.

Efectos del estado civil.

Estos son las obligaciones y derechos que derivan de él, los cuales tiene el carácter de orden público, es decir, los señala la ley sin que juegue a este respecto la autonomía de la voluntad. Ejemplo de esto, es el estado civil de casado, derivan una serie de derechos y obligaciones de los cónyuges (fidelidad, socorro, ayuda mutua, etc.), lo mismo ocurre con el estado civil de padre (alimentos patria potestad, derechos hereditarios.).

Fuentes del estado civil.

- La ley, ejemplo de esto, es el estado de hijo el cual requiere que la filiación se encuentre determinada conforme a la ley.

- La voluntad de las partes (en el caso del matrimonio).

- La sentencia judicial. Ejemplo de esto es la sentencia que declara a una persona hija de otra.

- La ocurrencia de un hecho, ejemplo: la muerte de uno de los cónyuges hace surgir el estado de viudo (a).

Posesión notoria de la calidad de estado civil.

El Código Civil establece en su art. 201 la posesión notoria de estado civil de hijo, señalando sobre el particular que preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en el supuesto que haya contradicción entre unas y otras.

No obstante si existiesen razones graves que demuestren la inconveniencia de aplicar la regla anterior prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

Más aún el art. 200 del Código Civil establece la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos 5 años, continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignas que la establezcan de modo irrefragable.

En resumen, la posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo en su educción y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

3.3. Valor de las sentencias en materia de estado civil.

Las sentencias judiciales por regla general solo producen efectos entre las partes litigantes (art.3 inc. 2° del Código Civil) esta regla encuentra una importante excepción en el caso de sentencias que declaran verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, ya que el art. 315 prescribe que *"El fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el titulo VII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea".*

La excepción en comento solo rige para los juicios de reclamación e impugnación de paternidad o maternidad. Esto se desprende del art. 315 que hace referencia al titulo VII, el que trata las acciones de filiación.

Para que los fallos de este tipo de procedimientos produzcan efectos absolutos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.
- Que se hayan pronunciado contra legitimo contradictor.
- Que no haya existido colusión en el juicio.

En lo que dice relación con el segundo requisito, es decir, pronunciado contra legitimo contradictor, el art. 317 señala que "en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo" (inc. 1°). "Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y , también los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla" (inc. 2°).

Prueba del estado civil.

En el caso de la prueba del estado civil está sometida a reglas especiales que el Código Civil establece en el titulo XVII del Libro I, las cuales deben aplicarse con preferencia a las contenidas en el titulo XXI del Libro IV "de la prueba de las obligaciones".

- Medios de pruebas principales constituidas por las partidas (art. 305).
- A falta de partidas, se admite una prueba supletoria, al respecto se distingue entre la prueba del matrimonio (art.).

Medios de prueba principales (las partidas del registro civil).

De conformidad al art. 305 del Código Civil se podrá probar con las partidas el estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, viudo, de padre, madre o hijo. En el caso del estado civil de casado se prueba con el certificado o acta de matrimonio, en el caso del estado civil de viudo este se acredita con el certificado de defunción del cónyuge difunto y de matrimonio. En el caso de el estado de separado judicialmente y el de divorciado se prueba con el certificado de matrimonio, puesto que las sentencias que lo declaren deben subinscribirse al margen de la respectiva inscripción de matrimonio. El estado civil de hijo matrimonial se prueba con los respectivos certificados de nacimiento (partidas), el estado civil de hijo no matrimonial se prueba con el certificado de nacimiento y en donde consta la subinscripción del reconocimiento o del fallo que determine la filiación.

Por otro lado, con la combinación de distintas partidas se puede probar el parentesco. El estado civil de hermano se puede probar con la partida o certificado de matrimonio de los padres y las partidas o certificados de nacimiento de los hijos.

Partidas como prueba de la edad y muerte de las personas.

Esto lo establece el Código Civil en su art. 305 inc. final señalando al respecto lo siguiente: *"La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte*".

Impugnación de las partidas por falta de autenticidad.

Las partidas del registro civil son instrumentos públicos, por ende constituyen plena prueba respecto de los hechos de que dan constancia, la única manera de impugnarlas es:

- Impugnación por falta de autenticidad: Según el art. 306 del Código Civil las partidas se presumen autenticas, cuando están en la forma debida, a contrario sensu, las partidas podrán impugnarse si estas son falsas o no son autenticas. A este respecto existen tres vías de impugnación:

- Impugnación por nulidad: esta forma de impugnación no aparece contemplada expresamente por el legislador, pero esta resulta lógica considerando que se trata de instrumentos públicos que deben cumplir con estos requisitos y la omisión de estos conlleva la nulidad, ejemplo de esto es la inscripción de la partida de nacimiento por funcionario incompetente.

- Impugnación por falsedad de las declaraciones: el Código Civil se refiere a este tipo de impugnación en el art. 308 disponiendo lo siguiente: *"los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes" (inc. 1°). "Podrán, pues impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata" (inc. 2°).*

Resulta del todo lógico señalar que la partida no puede dar fe de las declaraciones hechas por las partes, puesto que al oficial del registro civil no le constan. Por otro lado, se presume que las partes dicen la verdad, por tanto sus declaraciones se presumen verdaderas, no obstante esta presunción puede desestimarse probando que esas declaraciones son falsas. La carga de la prueba le corresponde al que alega la falsedad.

- Impugnación por falta de identidad: esta vía de impugnación está tratada en el Código en el art. 307, el cual establece lo siguiente: *"Podrán rechazarse los antedichos documentos, aun cuando conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a la que se pretende aplicar"*.

3.4. Registro Civil.

Dentro de la legislación nacional existe una entidad fiscal llamada Servicio de Registro Civil e Identificación. Esta entidad pública tiene como objetivo principal establecer y mantener actualizado los hechos principales que instituyen el estado civil de los ciudadanos chilenos.

El Registro Civil se fundó a través de una ley el día 17 de Julio del año 1884, el cual entró en vigencia el 1° de Enero de 1885.

Antes de la fecha nombrada, todo este tipo de labores se encontraba a cargo de las parroquias. La ley del Registro Civil se remplazó por el cuerpo legal número 4.808 promulgada el 10 de Febrero de 1930, la cual se mantiene hasta la actualidad con ciertos cambios.

3.5. Libros del Registro Civil.

EL Registro Civil se llevará por duplicado y se dividirá en tres libros, que se denominarán:

a) De los nacimientos;

En este libro se inscribirá lo siguiente:

- Los nacimientos que ocurran en el territorio de cada comuna;
- Los nacimientos que ocurran en viaje dentro del territorio de la República o en el mar, en la comuna en que termine el viaje o en la del primer puerto de arribada;
- Los nacimientos de hijos de chilenos ocurridos en el extranjero, estando el padre o madre al servicio de la República. Estos nacimientos deberán inscribirse ante el

cónsul chileno respectivo, quien remitará los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual certificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil para los efectos de su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago.

Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, que no se encuentren en el caso antes descrito, podrán, asimismo, ser inscritos en el Registro Civil chileno en la forma dispuesta en dicho inciso.

- Las escrituras públicas de adopción, las que la extingan y las sentencias ejecutoriadas que le pongan término o declaren su nulidad.

b) De los matrimonios.

En este registro se inscribirán:

- Los matrimonios que se celebren en territorio de cada comuna;
- Los matrimonios celebrados en artículo de muerte dentro del Territorio de la República, en la comuna correspondiente al lugar en que el acto se verifique;
- Los matrimonios celebrados fuera del país por un chileno con un extranjero o entre dos chilenos, se inscribirán en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago. Para efectuar esta inscripción, cualquiera de los contrayentes remitirá, debidamente legalizados, los antecedentes que correspondan, al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este Departamento verificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil, quien dispondrá la inscripción en el Registro correspondiente.
- Las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio o se decrete el divorcio perpetuo o temporal; la simple separación de bienes de los cónyuges; los instrumentos en que se estipulen capitulaciones matrimoniales y las sentencias ejecutoriadas que concedan a la mujer o a un curador, la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y las que declaren la interdicción del marido. Estas subinscripciones podrán solicitarse también del Conservador del Registro Civil, quien ordenará que se haga la subinscripción en el libro de la comuna que corresponda.

CLASE 10

c) De las defunciones.

En este registro se inscribirán:

- Las defunciones que ocurran en el territorio de cada comuna.

- Las defunciones que ocurran en viaje, en la comuna del lugar en que debe efectuarse la sepultación.

  Si el fallecimiento ocurriere en el mar, en la del primer puerto de arribada de la nave.

- Las defunciones de chilenos ocurridas en el extranjero. Para efectuar esta inscripción se remitirán los documentos debidamente legalizados al Ministerio de Relaciones Exteriores. Este Departamento verificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil, a fin de que disponga la inscripción en el Registro de la comuna correspondiente.

  Las defunciones de los hijos de chilenos ocurridas en el extranjero, podrán, asimismo, ser inscritas en la forma dispuesta precedentemente.

- Las defunciones de los militares en campaña en la comuna correspondiente al último domicilio del fallecido.

- Las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta, en la comuna correspondiente al tribunal que hizo la declaración.

El libro duplicado a que se refiere esta norma legal, podrá consistir en un registro o tarjeta individual que se enviará semanalmente al Archivo General.

3.6. Los Alimentos.

Cuando en derecho se habla de los alimentos esto no se considera en el sentido vulgar de la palabra, puesto que no sólo comprende los alimentos como sustento vital (comida), sino que también la habitación, vestimentas, educación, costos de aprendizaje de alguna profesión y oficio.

3.7. Origen –Características- Clasificación.

La ley no ha definido el concepto de alimentos, pero si brinda una idea bastante acabada al respecto, el art. 323 del Código Civil dispone: *"Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su condición social"* ((inc. 1°), *"Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el artículo 332 al descendiente o hermano mayor de veintiún años comprenderá también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.*".

Considerando lo dispuesto en el art. 323 en relación con los arts. 329 y 330 del Código Civil, podemos definir el derecho de alimentos como: *"El que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite*

para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media y aprendizaje de una profesión u oficio”.

Características.

La principal característica del derecho de alimentos es su carácter de derecho personalísimo, de ahí derivan el resto de sus caracteres:

- Es intransferible e intransmisible.
- Es irrenunciable.
- Es imprescriptible.
- Es inembargable.
- No es susceptible de someterse a compromiso.
- La transacción debe ser aprobada judicialmente.

Clasificación.

Los alimentos se clasifican de distintos modos:

- En relación a si la obligación de que sean otorgados emana de la ley o de la voluntad de las partes:
    - Alimentos voluntarios.
    - Alimentos legales o forzosos.
- Atendiendo al hecho de si se otorgan mientras se tramita el juicio o en forma definitiva, en este caso los alimentos pueden ser:
    - Provisorios.
    - Definitivos.
- Existe otra clasificación más propias de los alimentos que del derecho de alimentos, la cual distingue:
    - Pensiones futuras.
    - Pensiones devengadas.

Alimentos legales o forzosos y alimentos voluntarios.

Los alimentos legales o forzosos son aquellos establecidos por la ley; mientras que los voluntarios, son los que emana de la voluntad de las partes o de la declaración unilateral de una de las partes.

La distinción en comento es muy relevante, el Código civil en sus arts. 321 y siguientes, solo ha regulado los alimentos legales, es más, el Título XVIII se denominan *"De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas"*. Siguiendo con esta tendencia el art. 337 dispone que las disposiciones de este título no rijan respecto a las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente por testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberán estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.

En el caso que una persona obligada al pago de los alimentos fallece, los alimentos se constituyen como una asignación de carácter forzosa la cual grava la masa hereditaria (salvo que el testador haya dispuesto que esta carga la deba soportar uno de los participes de la sucesión), y son una baja general de la herencia (arts. 1168 y 959 del Código Civil).

Alimentos provisorios y definitivos.

Los primeros son aquellos que el Juez obliga a pagar mientras se ventila el juicio de alimentos, esto ocurre desde que en el juicio el que los demanda ofrezca fundamento plausible (es decir deben existir antecedentes que le permitan al juez llegar a la convicción de que podrá prosperar la demanda principal), esto de conformidad al art. 327. Los alimentos definitivos son aquellos, que el juez determina a través de una sentencia definitiva firme.

En el caso que se paguen alimentos provisorios el que los recibe deberá devolverlos en la eventualidad de que no se dé lugar a la demanda de alimentos. Salvo que el demandante haya obrado de buena fe y con fundamento plausible.

Alimentos provisorios a favor de los hijos menores.

Existen reglas especiales en lo que respecta a los alimentos provisorios decretados a favor de los hijos menores, el art. 5 de la Ley 14.908 establece que en los juicios en que se solicitaren alimentos a favor de los hijos menores del demandado, siempre que exista fundamento plausible, el juez deberá decretar los alimentos provisorios que correspondan, una vez transcurrido el término de diez días contados desde la fecha de notificación de la demanda. El inciso segundo del mismo artículo aclara lo siguiente *"Se entenderá que existe fundamento plausible cuando se hubiere acreditado el título que habilita para pedir alimentos y no exista una manifiesta incapacidad para proveer*".

Dentro del ya mencionado plazo de diez días el demandado podrá exponer los argumentos que estime pertinentes respecto de la procedencia de los alimentos provisorios y acompañar los antecedentes en que se fundare.

El inciso 3° del art. 5 de la Ley 14.908 dispone que en la notificación de la demanda se deberá informar sobre la mencionada facultad del demandado. El art. 5 de la ya citada Ley obliga al juez a pronunciarse de oficio sobre los alimentos provisorios, haya o no el demandado formulado sus observaciones. La resolución que decreta los alimentos provisorios es susceptible de ser recurrida por vía del recurso de reposición con apelación

subsidiaria, que se concederá con el solo efecto devolutivo y gozara de preferencia para su vista y fallo.

Alimentos futuros o devengados.

Como ya se señalo las pensiones de alimentos se clasifican en alimentos futuros y alimentos devengados o atrasados. Esta clasificación es muy relevante y se tratara mas adelante.

Requisitos del derecho de alimentos.

- Estado de necesidad en el alimentario: este requisito encuentra su fundamento legal en el art. 330 del Código Civil: *"Los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social"*.
  Esta norma deja de manifiesto que aunque la persona obligada a dar alimentos tenga dinero en exceso, no se le podrá exigir el pago de alimentos en el caso que el alimentario no los necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social.

- Que el alimentante cuente con los medios necesarios para otorgarlos: el art. 329 del Código Civil así lo dispone en el art. 329, señalando lo siguiente: "En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domesticas". Le corresponderá probar que el alimentante cuenta con los medios necesarios para el pago de los alimentos al demandante. Excepcionalmente la Ley 14.908 Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, presume en el art. 3 que el alimentante tiene los medios para dar alimentos cuando los demanda su padre o madre. Esta presunción es simplemente legal y opera cuando el alimentante y el alimentado cuentan con el parentesco recién enunciado.
  En este caso el monto mínimo de los alimentos que se decreten no podrán ser inferior al 40% del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7 de la Ley 14.908, que impide al tribunal decretar una pensión o suma superior al 50% de las rentas del alimentante.

- Fuente legal: resulta lógico al hablar de alimentos legales que exista una norma legal que obligue al pago de alimentos, esta se encuentra en el art. 321 del Código Civil, además de los arts. 2 y 3 de la Ley 14908; y la Ley de quiebras art. 64 inc. 4°.

CLASE 11

3.8. Titulares y orden en que se hacen valer.

El art. 321 del Código Civil dispone a quienes se les deben alimentos:

- Al cónyuge.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- A los hermanos.
- Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

El citado precepto legal también señala que no se deberán alimentos a las personas recién señaladas, en los casos en que exista una ley expresa que se los niegue.

Lo normal es que en esta materia opere la reciprocidad, vale decir, que si una persona tiene derecho a pedir alimentos a otra, esta también está obligada a brindárselos. esta regla se quebranta por ejemplo: cuando existe filiación determinada contra padre o madre, aquel o esta quedara privada de todos los derechos que le confiere la ley respecto de la persona o bienes del hijo y sus descendientes. En este caso el hijo puede demandar al padre o madre pero no estos al hijo. Otro ejemplo es el del que hizo una donaci0on cuantiosa, la ley estima que solo este puede demandar alimentos y no a la inversa.

Orden de precedencia para demandar alimentos.

El Código Civil en su art. 326 prevé la hipótesis de que una persona se encuentre facultada para demandar alimentos de distintas personas. Ejemplo de esto es el siguiente: la mujer casada tiene derecho de demandar alimentos a su marido (art. 321 n°1 del C.C); también a sus ascendientes (321 N°3); en el caso que tuviere descendientes podría demandarlos de estos (art. 321 N°2); y si hizo una donación cuantiosa al donatario (art. 321 N° 5).

El mismo art. 326 soluciona este problema disponiendo que el que reúna varios títulos de los enumerados en el art. 321, sólo podrá hacer valer uno de ellos en el siguiente orden (revisar arts. 321 y 326 del Código Civil):

- 1° el que tenga según el número 5.
- 2° el que tenga según el número 1°.
- 3° el que tenga según el número 2°.
- 4° el que tenga según el número 3°.
- 5° el del Numero 4° no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

En palabras simples los alimentos deberán solicitarse en el siguiente orden:

- En primer lugar al donatario de la donación cuantiosa.
- Al cónyuge.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- Y a falta de ellos a los hermanos.

El mismo art. 326 dispone “entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado. Entre los de un mismo grado, como también entre varios obligados de un mismo título, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades. Habiendo varios alimentarios respecto de un mismo deudor, el juez distribuirá los alimentos en proporción a las necesidades de aquellos”.

Obligación de otorgar alimentos de los abuelos a los nietos

La 14.908 en el art. 3°, dispone *“Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil”*. La responsabilidad de los abuelos tiene el carácter de subsidiaria, ya que la obligación corresponde en primer término a los padres.

Ratifica lo señalado precedentemente, lo dispuesto en el art. 232 del Código Civil el que establece *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente”* (inciso 1°). *“En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación indicada precedentemente pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee; y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea”* (inciso 2°).

De lo dispuesto por el art 232 se puede concluir:

- Los abuelos pueden ser condenados a pagar alimentos a sus nietos.
- La responsabilidad de los abuelos es subsidiaria, ya que son los padres a los que les corresponde en primer lugar.
- Los abuelos no pueden ser demandados directamente.
- Cada abuelo responde de la obligación que su hijo no está cumpliendo o la cumple en forma insuficiente.
- Si el padre o madre del hijo que no cumple o cumple imperfectamente con la obligación alimenticia, no tiene los medios para proporcionar alimentos a sus nietos, esta obligación pasa a los abuelos de las otras líneas.

Características de la obligación alimenticia.

Las obligaciones alimenticias poseen características especiales, a saber:

- La obligación alimenticia no se puede extinguir por compensación. Esto se desprende lo dispuesto en el art. 335 del Código Civil: *“El que debe alimentos no puede oponer al*

demandante en compensación los que el demandante le debe a él". Ratifica esta idea del legislador lo dispuesto en el art. 1662 inciso 2°.

- La obligación alimenticia es intransmisible. Respecto de esta característica no existe consenso doctrinario. De acuerdo a lo establecido en el art. 1168 del Código Civil "Los alimentos que el difunto a debido por ley a ciertas personas gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador ha impuesto esa obligación a uno o más de los partícipes de la sucesión".

  De tal suerte que si muere el alimentante esta obligación no pasa a los herederos, es decir es intrasmisible, lo que sucede es que se hace exigible sobre el patrimonio del causante, como baja general de la herencia (art. 959 del Código Civil). Solo se puede gravar a uno o más herederos cuando el testador a si lo a dispuesto.

  La intransmisibilidad de la obligación de alimentos se funda en los siguientes argumentos:

  - Lo dispuesto en el art. 959 que ya se explico.
  - Si la obligación fuese transmisible no se justificaría el N°4 del art. 959; sólo debería haber bastado con el N°2 del mismo art., que señala que las deudas hereditarias se consideran una baja general.
  - Otro argumento es el hecho de que la obligación de alimentos se funda en el vínculo de parentesco, matrimonio, adopción, los cuales siempre generan obligaciones intransmisibles.
  - Se da también un argumento de historia fidedigna de la Ley, el Proyecto de Código Civil del Año 1853, establecía en el art. 371 que la obligación de prestar alimentos se transmitía a los herederos y legatarios del que debía prestarlos.

    Tal disposición fue suprimida por la comisión revisora, teniendo en consideración a lo establecido por el Código Civil francés.

    Por otro lado, existe una postura doctrinaria minoritaria que estima que la obligación hereditaria es transmisible, sus principales argumentos son los siguientes:

  - La regla general es que todas las obligaciones son trasmisibles, por tanto, las disposiciones que estimen que ciertas obligaciones son intransmisibles requieren de texto expreso.
  - Los herederos son representantes del causante, por lo que deben cumplir con las obligaciones de aquellos.

- Los alimentos concedidos por la ley se entienden decretados para toda la vida del alimentario continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Es decir la obligación subsiste mientras viva el alimentario.

Tribunal competente para conocer los juicios de alimentos.

Según lo dispuesto en el art. 8 N° 4 de la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia, las causas relativas al derecho de alimentos son de competencia de tales juzgados. Esta ley sustituyo el art. 1 inciso 1° de la Ley 14.908, por lo siguiente *"De los juicios de alimentos conocerá el juez de familia del domicilio del alimentante o del alimentario, a elección de este último, los que se tramitaran conforme a las reglas del procedimiento ordinario establecido en la ley que crea los Juzgados de Familia en lo previsto por este cuerpo legal"*.

Transacción en materia de alimentos futuros.

El art. 2451 del Código Civil dispone: *"La Transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrán sin aprobación judicial; no podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335"*. La referencia a estas disposiciones significa que el juez deberá cuidar que no existan renuncias o compensaciones, prohibidas por la Ley.

La sanción a la omisión de este requisito de la aprobación judicial, según Ramos, es que la transacción no produce efectos, por tanto no puede exigirse su cumplimiento.

El art. 11 de la Ley 14908 dispone los siguiente: *"En las transacciones sobre alimentos futuros tendrán la calidad de ministros de fe, además de aquellos señalados en otras disposiciones legales, los abogados jefes o coordinadores de los consultorios de la respectiva corporación de asistencia judicial, para él solo efecto de autorizar las firmas que se estamparen en su presencia"*.

Modificación de las pensiones de alimentos.

Las sentencias en materia de alimentos son inamovibles, siempre que subsistan las condiciones que la hicieron procedente. Más, si estas circunstancias varían, la sentencia es susceptible de ser modificada. Ratifica lo señalado el art. 332 del Código Civil: "Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda". Este es el motivo para estimar que las sentencias de alimentos no producen cosa juzgada.

Por otro lado, el art. 2 de la Ley 14.908 dispone: "será competente para conocer de las demandas de aumento, rebaja o cese de la pensión alimenticia el mismo juez que decreto la pensión".

CLASE 12

Cumplimiento del pago de la pensión de alimentos.

El legislador contempla varias maneras para efectuar el cobro de los alimentos:

- El art. 11 de la Ley 14908 establece la posibilidad de efectuar un cobro ejecutivo *"Toda resolución judicial que fijare una pensión alimenticia o que aprobare una transacción bajo las condiciones establecidas en el inciso 3° tendrá mérito ejecutivo. Será competente para conocer de la ejecución el tribunal que la dictó en única o en primera instancia o el del domicilio del alimentario"*.

- El art. 8 del la Ley 14908 establece otra modalidad: *"Las resoluciones judiciales que ordenen el pago de una pensión alimenticia por un trabajador dependiente establecerán, como modalidad de pago, la retención por parte del empleador. La resolución judicial que así lo ordene se notificara a la persona natural o jurídica que, por cuenta propia o ajena o en el desempeño de un empleo o cargo, deba pagar al alimentante su sueldo, salario o cualquier otra prestación en dinero, a fin de que retenga o entregue la suma o cuotas periódicas fijadas en ella directamente al alimentario, a su representante legal, o a la persona a cuyo cuidado esté"*.

La misma norma agrega: *"El demandado dependiente podrá solicitar al juez, por una sola vez, en cualquier estado del juicio y antes de la dictación de la sentencia, que sustituya, por otra modalidad de pago, la retención por parte del empleador*". El inciso 3° de la norma agrega que la solicitud se tramitara como incidente.

El art. 14 de la ley 14908 dispone: *"Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad de audiencia, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación" (inc. 1°)*. El mismo art. agrega: "*Si el alimentante infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto hasta por quince días. En caso de que procedan nuevos apremios, podrá ampliar el arresto hasta por 30 días" (inc. 2°).* El inciso 5° del mismo art. dispone que igual puede dictar orden de arraigo en contra del alimentante.

No se puede dejar de mencionar que el apremio recién enunciado sólo procederá respecto de los parentescos ahí estipulados, es decir el apremio no procede respecto

de los abuelos, lo mismo sucede en el caso de que una persona sea condenada al pago de los alimentos a un hermano.

El art. 14 de la Ley 14908 en su inciso final establece que se podrá suspender el apremio de arraigo o arresto si el alimentante justificare que carece de los medios necesarios paras el pago de su obligación alimenticia.

El art. 15 de la Ley 14908 dispone que el apremio del art. 14: "*se aplicará al que, estando obligado a prestar alimentos a las personas mencionadas en dicha disposición, ponga término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda y carezca de rentas que sean suficientes para poder cumplir la obligación alimenticia*". La norma en comento tiene por finalidad evitar que los alimentantes renuncien a sus trabajos con el fin de evitar el pago de la pensión.

Garantías para el cumplimiento de las pensiones de alimentos.

La ley contempla varias modalidades para asegurar el pago oportuno de las pensiones de alimentos:

- Contempla el arresto y arraigo, y la retención en poder de quien page al deudor (art. 8 de la Ley 14908).

- Otra garantía es la establecida en el art. 18 de la Ley 14908 "*Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación".*

  El mismo art 18 también contempla que: *"El tercero que colabore con el ocultamiento del Paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la presente ley, será sancionado con la pena de reclusión nocturna, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días".*

  En este caso la ley al señalar que responderán solidariamente los que colaboren con el ocultamiento del demandado, se está refiriendo por ejemplo, a los empleadores que hacen caso omiso de las resoluciones judiciales que le ordenen retener las remuneraciones de un empleado para el pago de los alimentos.

- El art. 10 de la ya citada ley dispone: *"El juez podrá también ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución".* El inciso 2° complementa: *"Lo ordenará especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. Mientras no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el periodo estimado de ausencia, el juez decretará el arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución, debiendo el juez comunicar este*

hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden, sin más trámite".

- De conformidad con el art. 19 de la Ley 14908 : *"Si constare en el proceso que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente:*
  1. Decretar la separación de bienes de los cónyuges.
  2. Autorizar a la mujer para actuar conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar el perjuicio a que se refiere dicho inciso.
  3. Autorizar la salida del país de los hijos menores de edad sin necesidad del consentimiento del alimentante, en cuyo caso procederá en conformidad a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 49 de la ley Nº 16.618. La circunstancia señalada en el inciso anterior será especialmente considerada para resolver sobre:
  a) La falta de contribución a que hace referencia el artículo 225 del Código Civil.
  b) La emancipación judicial por abandono del hijo a que se refiere el artículo 271, número 2, del Código Civil".

Forma de fijación, cuantía y reajustabilidad desde la que se deben los alimentos.

El Código Civil en el art. 333 establece: *"El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o sus herederos luego que cese la obligación"*.

Del art. 333 se desprende que lo común es que el juez determine que la pensión de alimentos debe ser pagada en dinero. No obstante el inciso 2° del art. 9 de la Ley 14908 (modificada por la Ley 19741) establece *"El juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario."*.

El art. 9 prosigue disponiendo *"La constitución de los mencionados derechos reales no perjudicará a los acreedores del alimentante cuyos créditos tengan una causa anterior a su inscripción."*. el inciso en comento fue incorporado por la Ley 19741 con el objetivo de impedir que el fraude de los deudores que se hacían demandar por sus cónyuges con la finalidad de ser condenados al pago de alimentos, la cual se pagaba con el usufructo sobre un bien raíz hipotecado o embargado.

El inciso 4° del ya citado art. establece *"En estos casos, el usufructuario, el usuario y el que goce del derecho de habitación estarán exentos de las obligaciones que para ellos establecen los artículos 775 y 813 del Código Civil, respectivamente, estando sólo obligados*

a confeccionar un inventario simple. Se aplicarán al usufructuario las normas de los artículos 819, inciso primero, y 2466, inciso tercero, del Código Civil.". Vale decir que estos derechos tienen el carácter de intransmisibles, y no pueden cederse a ningún titulo, prestarse ni embargarse y además son inembargables.

Extinción de la obligación de pagar alimentos.

Como ya se estudio, el art. 332 del Código Civil establece que los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, *"Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda."*. Pues bien, esta norma encuentra una excepción en el inciso 2° del mencionado artículo *"Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia."*. Es importante destacar que el cese de alimentos debe ser demandado ante el juez competente.

Cese de alimentos por incurrir el alimentario en injuria atroz.

El art. 324 del Código Civil establece este tipo de cese de alimentos *"En el caso de injuria atroz cesará la obligación de prestar alimentos. Pero si la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante, podrá el juez moderar el rigor de esta disposición."*. Por su parte el inciso 2° dispone: "Sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968.". Vale decir, que sólo existirá injuria atroz en los casos contemplados en el 968 del Código Civil, el cual establece los casos de indignidad para suceder.

Caso de los padres que no tienen derecho de alimentos.

Los padres que abandonan a los hijos en sus infancia carecen del derecho de alimentos, así lo contempla el art. 324 del Código Civil *"Quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición."*.

RAMO: DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO.

UNIDAD III

DERECHO SUCESORIO.

CLASE 01

1. DERECHO SUCESORIO.

Siguiendo los planteamientos de la doctrina clásica del patrimonio como atributo de la personalidad, toda persona tiene obligatoriamente un patrimonio, el cual está compuesto por un conjunto de situaciones jurídicas de interés pecuniario, el cual pasa a los herederos. Por ende la sucesión por causa de muerte pasa a ser, una especie de subrogación personal, pues los herederos pasan a ocupar la situación jurídica del difunto.

En la sucesión por causa de muerte se involucran una serie de intereses muy complejos:

- El interés del difunto, producto del cual se puede disponer de parte de sus bienes lo cual tendrá pleno efecto después de su muerte.
- El interés familiar, este queda de manifiesto en las asignaciones forzosas, lo cual se fundamente en que el difunto conformó su patrimonio con la colaboración de su núcleo familiar.
- Y por último, el interés de la sociedad, esto se manifiesta en que el fisco puede eventualmente heredar y que además algunas herencias pagan impuestos.

El Código Civil reglamenta de forma detallada la forma en que opera en la práctica en el Libro III, configurando un sistema coherente que sirve para dar continuidad al patrimonio de una persona muerta tanto en lo que respecta al pasivo como al activo.

1.1. Concepto.

Nuestra legislación no define la sucesión por causa de muerte de forma independiente sino que como un modo de adquirir.

Pero para el derecho sucesorio, la expresión sucesión es la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, señaladas por el difunto o la ley. Por otro lado, corresponde señalar que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, así lo dispone el art. 588 del Código civil.

1.2. Características.

Las características de la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir son las siguientes:

- Derivativo: es decir se adquiere el dominio con la dependencia de su antecesor (derechos, privilegios y gravámenes de su antecesor), como lógica consecuencia el sucesor no adquirirá más derechos de los que tenía su antecesor, de ahí el aforismo jurídico que reza *"nadie puede transmitir más derechos de los que tiene"*, es decir si el causante era dueño, trasmite la propiedad a su causahabiente, si no tenía el dominio, no transmite sino sus derechos transmisibles.

  En síntesis la transmisión que opera la sucesión por causa de muerte, no modifica el contenido y la extensión del derecho: ya que este no sufre alteraciones ni en su naturaleza ni en sus efectos.

- Mortis causa: es necesaria la muerte de la persona para adquirir el dominio.

- A título universal y singular: se puede adquirir una universalidad jurídica (herencia), o se puede adquirir bienes singulares o determinados (legados). Solo se pueden adquirir los legados de especie o cuerpo cierto, puesto que los legados de género se pueden adquirir por tradición.

- Es un hecho jurídico: la muerte es un hecho.

- A título gratuito: puesto que el sucesor reporta un beneficio que puede aceptar o rechazar libremente, sin que le importe el gravamen de una contraprestación.

a) Derechos que se adquieren por sucesión por causa de muerte.

A través de la sucesión por causa de muerte se pueden adquirir los derechos reales y los derechos personales o créditos. La excepción son los derechos de una y otra clase que la ley declara intransmisibles.

- Derechos intransmisibles.

La regla general indica que todos los derechos son transmisibles, por excepción no se transmiten los derechos personalísimos, estos se extinguen por la muerte del titular.

- El derecho de usufructo, el cual se extingue con la muerte del usufructuario (art. 773 del Código Civil).

- Los derechos de uso y habitación, tampoco pueden transferirse por acto entre vivos (art. 818 del Código Civil).

- Las expectativas (no se puede hablar de derechos) del fideicomisario cuando fallece antes de la restitución.

- Los derechos o expectativas del fideicomisario condicional que fallece pendiente la condición suspensiva (arts. 1078 y 1492 del Código Civil).

- El derecho de alimentos, así lo dispone el art 334 del Código *Civil "El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse"*. Pero no rige para las pensiones alimenticias atrasadas.

- Las acciones revocatorias de las donaciones por causa de ingratitud, salvo que haya sido intentada en vida del donante, que el hecho ofensivo haya producido su muerte o se haya ejecutado después de ella (art. 1430 del Código Civil).

- El derecho del comodatario para gozar la cosa prestada.

- Los derechos que por su naturaleza tienen fijado la muerte de la persona que los goza, tal es el caso del censo y rentas vitalicias (arts. 2264 y 2279 del Código Civil).

- Por regla general también son intransmisibles los derechos derivados del contrato de sociedad, salvo que los socios lo hayan dispuesto expresamente que la sociedad continúa con los herederos, por lo general en los contratos de sociedad, la sociedad termina con la muerte de uno de los socios (art. 2015 del Código Civil).

- El contrato de mandato termina con la muerte del mandante o del mandatario (art. 2163), salvo el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del causante (art. 2169).

Obligaciones intransmisibles.

En el caso de las obligaciones opera la misma regla general que en los derechos, vale decir son generalmente transmisibles, los herederos están obligados a cumplirlas, puesto que la legislación entiende que quien se obliga, se obliga para sí y también con sus herederos. Los legatarios suelen estar también obligados a cumplirlas.

No obstante existen obligaciones intransmisibles:

- Las obligaciones cuyo cumplimiento suponen actitudes especiales del deudor. El art. 1095 del Código Civil *"Si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente a la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario".* Igualmente terminan los contratos para la construcción de una obra por la muerte del artífice o empresario.

- Las obligaciones contraídas por los miembros de una corporación, en este caso los miembros de ésta pueden obligarse conjuntamente con ella pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, salvo que los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

- Las solidaridades no se transmiten a los herederos, los herederos responden en relación a la cuota que les corresponden.

CLASE 02

Diferencia entre la transmisión y la transferencia

La Transferencia supone un acto entre vivos, donde asisten un título y un modo de adquirir. Es un traspaso de determinados bienes del patrimonio. Comprende exclusivamente el traspaso de los bienes, nunca de las obligaciones.

En cambio la transmisión opera en virtud de una ley, se refiere al traspaso de los bienes y obligaciones del causante, de un todo o parte de éste. Es decir, la transferencia supone un acto jurídico entre vivos, en tanto que la transmisión es un efecto que asigna la ley al hecho jurídico de la muerte.

Sucesión testamentaria e intestada.

La sucesión por causa de muerte requiere un título, esto debido a su condición de derecho derivativo.

El mencionado título puede ser el testamento o la ley, así las cosas si la sucesión es en virtud del testamento la sucesión será testamentaria y si se sucede en virtud de la ley será abintestato (art. 952).

La sucesión testada es producto de la voluntad del difunto, al igual como ha ocurrido en el derecho romano y español, en cambio la sucesión abintestato es obra de la ley la cual suple la voluntad del difunto.

Cabe mencionar que la voluntad del testador prevalece por sobre la ley salvo que dicha voluntad no se manifieste, caso en el que rige las normas legales del Código Civil.

Sucesión parte testada y parte intestada.

La sucesión en los bienes de una persona puede ser parte testada parte intestada, así lo establece el art. 952 inc. 2 del Código Civil.

Resulta lógico pensar que si el testador dispone parcialmente de sus bienes es porque quiere que el resto pase a sus herederos abintestato.

Asignaciones por causa de muerte.

Se le denomina asignaciones a las disposiciones de bienes que hace el testador o la ley. Así lo establece el art. 953 del Código Civil "Se llama asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes".

La persona a quien se hace la asignación se denomina asignatario (art. 953) y al difunto se le denomina causante, puesto que produce la causa de la asignación.

Sucesión a título universal y singular.

El art. 951 del Código Civil prescribe que *"Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular"*. La sucesión puede tener por objeto la totalidad de los bienes del difunto o una cuota o parte alícuota de dichos bienes, en este supuesto la sucesión será a título universal.

Por otro lado, la sucesión puede tener por finalidad bienes determinados genérica o específicamente, en esta hipótesis la sucesión es a título singular.

El art. 951 inc. 3° del Código Civil señala: *"El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo"*.

Asignaciones a título universal y singular.

Se le denomina herencia a las asignaciones a título universal y legado a las asignaciones a título singular, es decir la herencia tiene por objeto el patrimonio completo del causante o una cuota del mismo, a diferencia del legado que se refiere únicamente a cuerpos ciertos o cosas determinadas genéricamente.

Asignatarios a título universal y singular.

Los asignatarios a título universal: independiente de la palabra con que se les designe, son herederos y representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Dichos herederos son obligados también a las cargas testamentarias, vale decir, a las que se constituyen por el testamento mismo y que no se imponen a determinada persona (art. 1097 del Código Civil). Los herederos adquieren los bienes o derechos y contraen las obligaciones y deudas del difunto a prorrata de sus cuotas hereditarias. Pero como ya se estudio sólo respecto a las relaciones jurídicas transmisibles.

No se transmiten los derechos u obligaciones intransmisibles, o también llamados *"intuito personae".*

Existen dos categorías de herederos:

- El heredero universal: es aquel que sucede en el patrimonio del causante sin designación de cuota.

- El heredero de cuota: es aquel a quien se le indica en el testamento la porción o cuota a la que es llamado. Pueden existir varios herederos universales, que incluso lleven una cuota inferior a la de un heredero de cuota (art. 951 del Código Civil).

Los asignatarios a título singular: independiente del nombre con que se les designe, son legatarios. A diferencia del heredero estos no representan al causante y tampoco tienen más derechos o cargas que las que expresamente se les confieran o impongan. No obstante de su responsabilidad en subsidio de la de los herederos y sin perjuicio de la responsabilidad que pueda sobrevenirles en caso de acción de reforma del testamento (art. 1104 del Código Civil).

Existen dos clases de legatarios:

- De especie: estos suceden en especies o cuerpos ciertos, se hacen dueño de las especies desde la apertura de la sucesión, momento a partir del cual puede ejercer la acción reivindicatoria y tiene derecho a los frutos.
- De género: suceden en cosas genéricas y al abrirse la sucesión, sólo adquiere créditos contra los herederos o la persona particularmente gravada por el causante con el pago del legado, de modo que la propiedad del legado mismo lo puede reclamar con acciones personales y en definitiva lo adquiere por tradición. Asimismo, solamente tiene derecho a los frutos de la cosa desde su entrega o desde que el obligado a entregarla se constituyó en mora. (art. 1338 Nº2 del Código Civil).

Apertura de la sucesión.

La muerte del causante es el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmiten en propiedad. Es en este momento en que se comienza la transmisión del patrimonio del causante.

Es acertado definir la apertura como un hecho jurídico consecuencial de la muerte de una persona, y en cuya virtud los bienes pasan a sus sucesores, es decir, la apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte. Es el efecto jurídico que sigue a la muerte de una persona y que se traduce en la transmisión instantánea de su patrimonio a los herederos en conformidad a las disposiciones legales.

Causas de la apertura de la sucesión.

La sucesión se abre con la muerte, la que debemos entender en primer término como muerte natural, no obstante esto, también se abre con la declaración de muerte presunta.

Momento de la apertura de la sucesión.

El Código Civil dispone en el art. 955 establece que la sucesión en los bienes de una persona se abre “al momento de su muerte”. Esta es la razón por la cual la inscripción de una partida de nacimiento debe expresar la fecha de la muerte.

La importancia de la apertura de la sucesión, radica en lo siguiente:

- En ese momento se define la capacidad y dignidad de los asignatarios.
- El momento de la apertura de la sucesión es en el que se crea la comunidad hereditaria.
- Comienza el estado de indivisión.
- Desde ese momento se pueden celebrar pactos sobre la sucesión.
- La sucesión se rige por las reglas vigentes al tiempo de su apertura.
- La validez o nulidad de las disposiciones testamentarias debe ser analizada en ese momento.
- Por último, una vez aceptada o repudiada la asignación, los efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

Lugar de la apertura de la sucesión.

El art. 955 del Código Civil establece que la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte, “en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados”.

A este respecto se debe comprender el término domicilio según la definición del art. 59 del Código Civil esto es: *“la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”*.

Existe una excepción a la regla del último domicilio, es el caso del desaparecido declarado muerto presuntivamente, en este supuesto la sucesión se abre en el último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile.

El lugar de la apertura de la sucesión tiene gran importancia por los siguientes motivos:

- Es juez competente para conocer de todo lo relacionado con la sucesión por causa de muerte el del último domicilio del causante (artículo 148 del C.O.T.).
- La apertura y publicación del testamento debe hacerse ante el juez del último domicilio del testador.

- Desde el punto de vista de la legislación aplicable, la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre (último domicilio del causante). Esto constituye una excepción al artículo 16 inciso 1° del Código Civil. En efecto, si el causante tuvo su último domicilio en el extranjero, respecto de los bienes situados en Chile, relacionados con la sucesión, será aplicable la legislación extranjera.

Esta regla tiene importantes excepciones:

- Si muere un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, aunque la sucesión se regirá por la ley extranjera (art. 955 del Código Civil), los parientes chilenos tienen en esa sucesión, que se va a regir por la ley extranjera, los derechos que les otorga la ley chilena (art. 15 del Código Civil).

- Si muere un extranjero en el extranjero dejando herederos chilenos, los herederos chilenos tienen sobre los bienes situados en Chile los derechos que les confiera la ley chilena (art. 998 del Código Civil).

- En caso de muerte presunta, esta debe ser declarada por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. De modo que aunque exista constancia que el último domicilio del causante fue en el extranjero, sigue rigiéndose la sucesión por la ley chilena (art. 81 del Código Civil).

La delación.

El art. 956 del Código Civil la conceptualiza la delación de una asignación de la siguiente manera “Es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla”

Todo asignatario puede aceptar o repudiar la asignación con completa libertad, y esta coincide con el momento de la apertura de la sucesión, esto es con la muerte del causante, siempre que la asignación no sea condicional.

CLASE 03

1.3. Derecho real de herencia.

Las relaciones jurídicas no se extinguen con la muerte de una persona, ya que resulta imperioso que dichas relaciones subsistan y otras personas pasen a ser titulares y así continuar con la personalidad del difunto.

El Código Civil en el art. 577 hace una enumeración de los derechos reales y contempla al de herencia. Aprovechando la noción de derecho real que da el mismo artículo se puede definir el derecho de herencia como aquel derecho real que se ejerce sobre la totalidad del patrimonio transmisible del causante o sobre una parte alícuota de él, sin

respecto a determinada persona. De su calidad de derecho real es que deriva la protección del derecho real de herencia, el cual está protegido por una acción real, denominada acción de petición de herencia, a través de la cual se pude materializar el derecho de persecución.

La herencia desde un punto de vista objetivo es una universalidad jurídica, que comprende derechos y deudas, es decir activos y pasivo.

El derecho real de herencia se puede adquirir por los siguientes modos:

- Por sucesión por causa de muerte.

- Por tradición: tiene como presupuesto la muerte del causante y por ende debe estar abierta la sucesión, el derecho a suceder a una persona viva es intransmisible, los pactos sobre sucesiones de personas vivas son sancionados con la nulidad absoluta por objeto ilícito.

- Por prescripción: se adquiere por prescripción transcurridos 10 años de posesión, pero en el caso de los herederos putativos adquieren por el transcurso de 5 años.

Adquisición de la herencia por sucesión por causa de muerte.

A lo largo de la historia en el derecho comparado han existido distintas posturas respecto a la manera en que se adquiría una herencia, en el derecho:

- Derecho romano: el heredero adquiría la herencia por su aceptación o adición; se exceptuaban los herederos necesarios a los que se les tenía vedado repudiar, para ellos la adquisición se producía de pleno derecho.

- Sistema germánico medieval y sistema consuetudinario francés: es radicalmente distinto al sistema anterior puesto que la adquisición se produce por el solo ministerio de la ley.

- Sistema chileno: al respecto nuestro Código Civil sigue el sistema de francés, es decir el anterior.

Cabe precisar que en un sistema donde la adquisición de la herencia opera por el solo ministerio de la ley no se debe hablar de aceptación, sino que solo de repudiación. La aceptación es la renuncia del derecho de repudiar.

La posesión de la herencia.

La sucesión por causa de muerte otorga al heredero el dominio de la herencia y por ende el de los bienes hereditarios, a este respecto resulta valido preguntarse ¿Qué ocurre con la posesión de la herencia?

Sobre el particular se debe hacer una triple distinción entre posesión legal, posesión real y posesión efectiva.

Posesión legal.

Es una presunción del legislador. La podemos definir como aquella que se adquiere por el verdadero heredero desde el momento en que es deferida aunque el heredero lo ignore. (art. 722 del Código Civil). En ella, el legislador presume la concurrencia de corpus, que es la tenencia de la cosa y animus que es el elemento intelectual que se traduce en el ánimo de señor o dueño.

No se puede dejar de mencionar que la posesión de la herencia en el heredero es una posesión distinta a la posesión del causante. El art. 717 del Código Civil lo establece así al disponer que la posesión del sucesor comienza en él.

Posesión real o material.

Equivale a la posesión definida en el art. 700 del Código Civil, esto es, "*La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*". La doctrina la denomina así para diferenciarla de la posesión legal, que es una presunción.

Lo normal es que la posesión real se radique conjuntamente con la legal en manos del verdadero heredero.

La importancia de esta posesión radica en que habilita para adquirir por prescripción.

Posesión efectiva.

Esta es una institución jurídica propia de la legislación chilena, y tiene un carácter netamente procesal y se puede definir como "aquella que se otorga por resolución judicial o administrativa a quien tiene la apariencia de heredero". A diferencia de la posesión legal, esta no se adquiere de pleno derecho, sino que requiere de resolución judicial o resolución administrativa del Registro Civil e Identificación (esta resolución reconoce al heredero la calidad de tal).

Incapacidades e indignidades para suceder.

Para suceder se requiere de requisitos de capacidad y dignidad.

La regla general es que todas las personas son capaces de suceder por causa de muerte, es decir hábiles para ser asignatarios. Por ende las incapacidades son la excepción y reciben por tal motivo un tratamiento restrictivo.

Las incapacidades son las siguientes.

- Son incapaces de suceder quienes no existen al momento de abrirse la sucesión (art. 962 del Código Civil). No obstante:

    - No hace falta tener existencia legal, basta con tener existencia natural (art. 77);
    - En el caso que se suceda por derecho de transmisión, sólo será necesario existir al momento de morir el transmitente (art. 962 inciso 1º en relación al art. 957 del Código Civil);
    - Si el asignatario es condicional deberá existir al momento de cumplirse la condición (art. 962 inciso 2);
    - Si la asignación es a una persona que no existe pero se espera que exista, bastará con que el asignatario llegue a existir dentro de 10 años desde la apertura de la sucesión (art. 962 inciso 3º);
    - Si la asignación se establece en premio a quienes prestan un servicio importante, basta con que exista el asignatario dentro de 10 años contados desde la apertura de la sucesión (art. 962 inciso 3º).

- Son incapaces de suceder las entidades que carezcan de personalidad colectivas jurídica, salvo que la asignación tuviere por objeto la creación de una persona jurídica (art. 963).

- Son incapaces de suceder los condenados por "crimen de dañado ayuntamiento", es decir incesto o adulterio (art.964).

- Son incapaces de suceder ciertos eclesiásticos o personas cercanas vinculadas a ellos, cuando estos eclesiásticos han estado en estrecho contacto con el causante antes de morir (art. 965).

- Son incapaces de suceder testamentariamente el Notario, testigos y familiares o dependientes (art. 1061).

Otros aspectos sobre las incapacidades:

- Son de orden público puesto que miran al interés general de la sociedad y no sólo al del testador.

- El testador no puede renunciar o perdonar la incapacidad; si así ocurriere este acto sería absolutamente nulo (arts. 966 y 1314 del Código Civil).

- Cuando existe una causal de incapacidad, opera de pleno derecho sin necesidad de que se pronuncie una sentencia judicial: el juez sólo se limita a constatar la incapacidad.

- El incapaz no adquiere nada por sucesión por causa de muerte, aun cuando no hubiere declaración judicial.

- Si enajena a un tercero, el tercero nada adquiere, es decir, la incapacidad pasa a los terceros de buena o mala fe.

- Si adquiere el asignatario o el tercero sólo habrá sido por prescripción adquisitiva del derecho (art. 967 del Código Civil).

CLASE 04

Las indignidades.

El legislador señala taxativa y minuciosamente las causales de indignidad, están contempladas en los arts. 968 a 972 del Código Civil, además de otras que se encuentran repartidas en todo el Código. Se pueden definir como “la falta de merito para suceder” o “una sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario, como consecuencia de haber cometido actos que importen un grave atentado contra el difunto o un serio olvido de sus deberes para con este”.

Características:

- Son de orden privado, están establecidas en exclusivo provecho del difunto y por ende éste puede en vida perdonarlas art. 973.

- Deben ser judicialmente declaradas (art. 974) en juicio ordinario a instancias de cualquier interesado en la exclusión del asignatario indigno. Mientras, el asignatario es digno.

- Si la sentencia lo declara indigno, se le presume de mala fe y por ende debe restituir los efectos hereditarios con los frutos (art. 974).

- Se "purga" por cinco años de posesión de la herencia o legado (art. 975).

- Si el indigno enajena, los efectos de la acción de indigidad no pueden alcanzar al tercer adquirente de buena fe (art. 976). Sólo alcanza a terceros de mala fe.

- Por último, la indignidad se transmite a los herederos con el vicio por todo el tiempo que falte para completar los cinco años (art. 977).

Causales de indignidad (art. 968 del Código Civil).

- Homicidio del causante: *"El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla"*.

- Atentado grave contra el causante o pariente: *"El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado L. 19.585 se pruebe por sentencia ejecutoriada"*.

- Incumplimiento del deber de socorro: *"El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo"*.

- Fuerza o dolo para obtener las disposiciones testamentarias o impedir que se otorgue testamento.

- Detención u ocultación del testamento: *"El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación"*.

1.5. El derecho de Transmisión.

Una vez que la asignación se defiere, otorga al asignatario la opción de aceptarla o repudiarla: esto es lo que se conoce como delación "es el llamamiento que hace la ley para aceptar o repudiar la herencia".

A este respecto se pueden plantear 3 situaciones:

- El asignatario acepta la asignación y luego fallece: en este caso el asignatario transmite la asignación, y en virtud de la aceptación ingresa de forma definitiva a su patrimonio.

- El asignatario repudia y fallece en seguida: en este caso nada transmite el asignatario porque como consecuencia de la repudiación, se supone que nunca a tenido derecho alguno.

- El asignatario fallece sin haber expresado su voluntad: aquí el asignatario transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar y tiene lugar el derecho de transmisión.

Concepto de derecho de transmisión.

El Código Civil en el art. 957 establece: *"Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido".*

De esta disposición podemos inferir una definición: "la facultad que tiene el heredero, que acepta la herencia, de aceptar o repudiar la herencia o legado que se defirió a su causante fallecido sin haber aceptado o repudiado".

El derecho de transmisión es aplicación del principio general conforme al cual cuando fallece una persona, transmite a sus herederos todo su patrimonio transmisible. En ese entendido el derecho de aceptar o repudiar la asignación es parte del patrimonio de la persona.

Personas que interviene en el derecho de transmisión.

Intervienen 3 personas:

- El primer causante: Es aquel que deja la herencia o legado que no se acepto o repudio.

- El transmitente o transmisor: es aquel que después de deferida la herencia o legado fallece sin haber señalado si aceptaba o repudiaba.

- El transmitido: es aquel que habiendo aceptado la herencia del transmitente, adquiere el derecho de aceptar la herencia o legado dejados por el primer causante.

Requisitos del derecho de transmisión.

- El transmitente debe ser capaz de suceder al primer causante.

- El sucedido debe ser capaz de suceder al transmitente.

- El transmitente puede ser heredero o legatario del primer causante.

- El transmitido debe aceptar la herencia del legatario.

- Es preciso que los derechos del transmitente a la herencia o legado no hayan prescrito.

Teoría de los acervos.

Al momento de fallecer la persona, que un conjunto o masa de bienes y estos suelen encontrarse confundidos o mezclados con bienes pertenecientes a otras personas por distintos motivos.

Ejemplo de esto es el caso de que el fallecido fuere casado en régimen de sociedad conyugal, la cual se disuelve por la muerte, en este supuesto los bienes del cónyuge fallecido se encontrarán confundidos con los del cónyuge sobreviviente.

Cabe distinguir las siguientes clases de acervos:

- El acervo común o bruto: lo conforman los bienes del causante y bienes total o parcialmente ajenos que se encontraban en su poder al morir. Ejemplo de esto son, bienes de la sociedad conyugal, derechos en sociedades, cuotas en alguna comunidad, (art. 1341).

- El acervo ilíquido: Está constituido por el conjunto de bienes que pertenecen al causante pero antes de efectuar ciertas deducciones previas denominadas "bajas generales de la herencia". Las bajas generales de la herencia son los gastos de apertura de la sucesión, las deudas hereditarias, los alimentos forzosos, la porción conyugal en los órdenes de sucesión que no sean el de los descendientes legítimos y los gastos de entierro y última enfermedad del causante, están contempladas en el art. 959 en relación al art. 4º de la ley 16.271.

- El acervo líquido o partible: es el acervo ilíquido deducidas las bajas generales de la herencia.

- El primer acervo imaginario: Es el acervo líquido con la acumulación de ciertas enajenaciones hechas por el causante en vida a algún legitimario en perjuicio de otros legitimarios (art. 1185).

- El segundo acervo imaginario: Lo forma el acervo líquido o bien el primer acervo imaginario, más ciertas acumulaciones consistentes básicamente en las enajenaciones hechas por el causante en vida a algún tercero extraño en perjuicio de algún legitimario (art. 1186).

CLASE 05

2. SUCESIÓN INTESTADA.

El Código Civil dispone en el art. 952 "*Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato*".

2.1. Concepto y características.

La sucesión intestada se define de la siguiente manera: *"es la transmisión que hace la ley de los bienes, derechos y obligaciones trasmisibles de la persona difunta"*.

Al igual que en el derecho romano nuestro legislador, a falta de testamento, designa en la ley a los herederos del difunto, interpretando una voluntad que no llegó a manifestarse.

En otras palabras la sucesión intestada constituye el testamento presunto del causante. Las normas legales tienen un carácter supletorio de la voluntad del causante manifestada en el testamento, pues esta prevalece.

¿Quiénes están llamados a suceder?

Nuestra legislación llama en general, a aquellas personas ligadas al causante por vínculos de parentesco, siguiendo el orden natural de los afectos.

El Código Civil establece en el art. 983 lo siguiente: "*Son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso y el Fisco"*.

En el caso de los adoptados se rigen por su normativa especial, es decir la ley 19.620.

Aspectos considerados por la ley para suceder.

Nuestra legislación no toma en consideración para regular la sucesión intestada, ni el origen de los bienes, ni el sexo, ni la edad de los sucesores.

El fundamento legal de lo señalado son los arts. 981 y 982 del Código Civil, el primero señala *"La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas"* y el segundo *"En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura"*.

En el caso de los herederos de mismo grado, como consecuencia tiene los mismos derechos cualquiera sea su sexo y edad.

¿Cuándo tiene lugar la sucesión?

- Cuando el difunto no dispuso de sus bienes: el difunto no dispuso en los siguientes casos:
    - Porque simplemente murió sin haber hecho testamento.
    - Bien porque habiéndolo hecho, no dispuso en él de sus bienes. En el testamento no se hacen sólo disposiciones sino que también pueden hacerse declaraciones. Y puede ocurrir que el testador haya hecho

solamente declaraciones (reconocer a un hijo, nombrar un partidor o un albacea,...).

- También, puede ocurrir que el testador haya dispuesto de sus bienes pero sólo a título de legados, esto es, sin instituir herederos. Caso en el cual, los bienes no legados deberán distribuirse también según las reglas de sucesión intestada.
- Cuando el testador instituyó un usufructo sin expresar a quien correspondería la nuda propiedad, los nudo propietarios serán los herederos abintestato.
- Cuando se constituya en el testamento un fideicomiso y no se designa el fideicomisario o falta el designado antes de que se cumpla la condición.

- Cuando el difunto dispuso de sus bienes, pero no lo hizo conforme a derecho:
  - Es el caso de la nulidad del testamento por falta de algún requisito de forma o de fondo. Anulado el testamento por sentencia ejecutoriada, se considera como que nunca produjo efectos y por ende también deben aplicarse las reglas de sucesión intestada.
  - Cuando es nula alguna de las cláusulas.
  - Cuando el testamento viola las asignaciones forzosas y es atacado por la acción de reforma.

- El difunto dispuso de sus bienes, pero sus disposiciones no han tenido efecto:
  - Ello ocurriría si el heredero testamentario ha repudiado la herencia, o era incapaz o indigno, y en general, siempre que el asignatario testamentario falte y no lleve su asignación.
  - Cuando la asignación es condicional, falló la condición suspensiva o se cumplió la condición resolutoria, sin que el testador no prevenga estos casos.

2.2. Derecho de representación.

Se puede suceder abintestato de dos maneras, el art. 984 del Código Civil señala que "se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación".

Suceder por derecho personal significa hacerlo a nombre propio, directamente, como consecuencia de la situación que realmente se ocupa dentro de la familia del causante.

La representación una forma de sucesión indirecta, como la trasmisión. Por ejemplo, si fallece el causante dejando a Carlos como hijo legítimo, Carlos sucede directamente. Si en cambio fallece el causante y tenía dos hijos: Carlos y Julio y Carlos a su vez tenía dos hijos: Jaime y Andrés; en tal caso, pues, si Carlos había fallecido anteriormente al causante, Jaime y Andrés habrán heredado al causante en el mismo lugar que habría ocupado Carlos si hubiese estado vivo.

Concepto.

El Código Civil define la representación de la siguiente manera *"La representación como una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder"* (art. 984).

Se dice que es una ficción porque supone un hecho irreal de que una persona ocupa un lugar y tiene un grado de parentesco, que en realidad no le corresponde.

Los nietos le corresponde lo que habría llevado su padre fallecido, al fallecer el abuelo, como si el padre hubiese estado vivo.

En la representación intervienen necesariamente, las siguientes personas:

- El causante.
- El representado: es el que no puede o no quiere suceder, quedando vacante su lugar.
- El o los representantes: es decir el descendiente del representado.

Requisitos para que opere la representación.

- Debe tratarse de una sucesión intestada: El derecho de representación se diferencia de la transmisión, la que opera tanto en la sucesión testada como en la intestada, en que solo opera en la sucesión intestada. El motivo principal de esto es muy simple y dice relación con que la representación, en cuanto ficción legal, es una suposición de la posible voluntad del testador. En el caso de que exista testamento, sólo valdrá estarse a la voluntad expresada en el testamento. Además hay razones de texto que demuestran que la representación sólo opera en la sucesión intestada. A saber, el art. 984 del Código Civil que lo define está en un título relativo precisamente a la sucesión intestada. En segundo lugar, el mismo artículo 984 parte diciendo lo siguiente "Se sucede abintestato por derecho de representación". Producto de esto, se puede concluir que por representación resulta imposible adquirir legados; puesto que los legados requieren necesariamente un testamento.
  A pesar de esto, la regla de que la representación sólo opera en la sucesión intestada tiene dos aparentes excepciones:
  - El Código Civil en el art. 1064 establece que lo que se deja (por testamento) indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de sucesión intestada. En otras palabras la excepción es una norma interpretativa de la voluntad del testador.

- El artículo 1183 declara que la forma como concurren y son representados y excluidos los legitimarios es la de la sucesión intestada. En el fondo no es excepción, simplemente está confirmando que la representación sólo opera cuando se aplican las normas de sucesión intestada.

- La representación sólo tiene cabida en la línea de la descendencia del causante. No opera en la línea ascendente. El art. 986 del Código Civil se desprende que en favor de éstos no opera la representación, esto porque enumera los órdenes en los cuales opera el derecho de representación sin mencionar para nada a los ascendientes. Lo señalado precedentemente lo ratifica en el inciso final del art. 989, el cual dispone que en el segundo orden de sucesión (antes regular), que es precisamente el de los ascendientes (antes ascendientes legítimos), el ascendiente de grado más próximo excluye al de grado más remoto. Así por ejemplo: si muere el causante sin dejar descendientes sino sólo dos ascendientes: el padre y la abuela materna. En tal caso el padre excluye totalmente a la abuela materna. Esta carece totalmente de derechos sucesorios porque no puede representar (ocupar jurídicamente el lugar de) a su hija premuerta.

- La representación sólo opera en los órdenes de sucesión establecidos en el artículo 986. Según esta norma (antes de la entrada en vigor de la Ley 19.585), hay lugar a la representación:

  - En la descendencia legítima de difunto (el nieto representa al hijo, el bisnieto representa al nieto y/o al hijo).
  - En la descendencia legítima del hijo natural dejado por el causante. El hijo natural puede haber dejado descendencia legítima o descendencia natural. Sólo en la medida en que haya dejado descendencia legítima hay representación. En la descendencia natural no la hay porque en el fondo el legislador da los beneficios de ser natural solo en una generación. Por eso, es impropio hablar de "nietos naturales" o "abuelos naturales". Sólo de "hijos naturales" o "padres naturales".
  - En la descendencia legítima de los hermanos legítimos del causante. Un sobrino representa a su tío, esto es, al hermano legítimo del causante y que había fallecido antes que éste.
  - En la descendencia legítima de los hermanos naturales del causante. Un sobrino representa a su padre legítimo que era hermano natural del causante y que había fallecido antes que éste.

Del art. 986 se desprende que hay lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la de los hijos legítimos y naturales y en la de los hermanos legítimos o naturales.

A partir de la entrada en vigencia 19.585, esto se simplifica de forma considerable, ya que se termina con la discriminación entre filiación legítima y natural: “Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación” (art. 986 del Código Civil).

- Debe faltar el representado. El supuesto más común es que haya faltado por haber fallecido antes que el causante. No obstante el artículo 987 agrega que también se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Esta es la razón por la cual el art. 984 menciona al padre o madre que no hubiese querido o podido suceder.
  Una persona no quiere suceder cuando repudia la herencia, y no puede hacerlo cuando ha fallecido, o cuando es incapaz o indigna de suceder, o cuando ha sido desheredada.

Lo anterior esta en directa relación con el art. 250 N° 2 del Código Civil, concerniente a los peculios, que dispone que el padre de familia carece del usufructo de los bienes que han pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o porque éste fue desheredado. Lo que ocurre en esa hipótesis es precisamente que, por representación, los bienes del padre desheredado, incapaz o indigno han pasado al hijo.

No obstante hay lugar a la representación en la indignidad, incapacidad o desheredamiento, porque no sería justo que los hijos tengan que cargar con las culpas de sus padres.

Pues bien. El derecho de suceder del representante tiene su origen directamente de la ley y no del representado. Vale decir, no hay una suerte de mandato sino que más bien un caso de representación legal. Esto significa como consecuencia:

- Que la herencia de un representado indigno no se transmite con el vicio de indignidad al representante.

- Que el representante debe ser capaz y digno respecto del causante y no respecto al representado.

- Que se puede representar a la persona cuya herencia se ha repudiado.

El principal y fundamental efecto de la sucesión es que se sucede por estirpe, es decir que cualquiera sea el número, les corresponde en conjunto lo que habría llevado el representante si hubiera podido o querido suceder.

CLASE 06

Diferencia entre el derecho de transmisión y el de representación.

- El derecho de transmisión tiene lugar en las sucesiones testamentaria e intestada; el derecho de representación procede sólo en la sucesión abintestato, salvo las excepciones de los arts. 1064 y 1183 del Código Civil.

- El derecho de transmisión no exige parentesco y aprovecha a cualquier heredero; en cambio el derecho de representación exige un parentesco.

- En el derecho de transmisión, el transmitente debe sobrevivir al primer causante, en cambio en el derecho de representación no es menester que el representado sobreviva al causante porque tiene lugar, entre otros casos, cuando el padre o madre es incapaz de suceder por haber fallecido.

- En el derecho de transmisión el transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmisor, a diferencia del derecho de representación basta que el representante sea capaz y digno de suceder al causante, esto porque se prescinde del representado.

- El derecho de transmisión tiene lugar a condición que se acepte la herencia del transmisor; en el derecho de representación no es necesario que se acepte la herencia del representado porque se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado.

- El derecho de transmisión supone la muerte del transmisor sin expresar su voluntad de aceptar o repudiar, en cambio el derecho de representación no supone la muerte del representado porque se puede representar al vivo.

- Por el derecho de transmisión se puede adquirir herencias y legados, por derecho de representación se adquieren herencias porque sólo cabe en la sucesión intestada y la ley no instituye asignaciones a título singular.

2.3. Órdenes de sucesión intestada.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.585 el Código Civil distinguía dos órdenes de sucesión, se atendía si el hijo era legitimo, caso en el cual se hablaba de orden regular y orden irregular en el caso de los hijos naturales. La mencionada dejo sin efecto esta odiosa distinción entre hijos legítimos y naturales, subsistiendo un solo orden de sucesión intestada.

El orden de sucesión es un sistema que se basa en la distribución de los parientes en clases, categorías u órdenes, en los cuales unos prefieren a otros.

Concepto.

El orden de sucesión se puede conceptualizar de la siguiente manera: *"Es el conjunto de herederos que considerados colectivamente excluyen o son excluidos por otros herederos, considerados también colectivamente"*.

Es por este motivo que para determinar los derechos hereditarios de una persona es necesario examinar el orden a que pertenece y no al grado de parentesco que la liga al causante.

No obstante dentro de los respectivos órdenes el parentesco es determinante, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano, con la excepción de que intervenga el derecho de representación a favor de la descendencia que la hace mejorar el grado.

Parientes que fijan el orden de sucesión.

Dentro de cada orden de sucesión existen herederos que fijan el orden y le dan su nombre y otros que simplemente concurren con ellos. Para poder pasar de un orden a otro es preciso que falten todos los parientes que fijan el orden.

Existen cinco órdenes de sucesión:

1. De los hijos.
2. Del cónyuge y ascendientes.
3. De los hermanos.
4. De los colaterales.
5. Del fisco.

Primer orden de sucesión de los hijos.

Este orden lo componen los hijos y el cónyuge sobreviviente, el art. 988 establece que los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que exista cónyuge sobreviniente, supuesto en el cual este concurrirá con aquellos. Los hijos pueden ser también representados. Se le conoce también a este orden como de los descendientes.

El cónyuge sobreviviente comparece también en su calidad de heredero legitimario del causante.

Como ya se mencionó los hijos excluyen a todos los herederos salvo que hubiere también un cónyuge sobreviviente, caso en el cual este concurrirá con aquellos. En este caso el cónyuge sobreviviente recibirá una porción que por regla general será:

- Si hay varios hijos el equivalente al doble de los que de legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo.

- Si hubiere 1 hijo la cuota del cónyuge sobreviviente será igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo.

- En caso alguno la porción que le corresponderá al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso.

Existe caso en que no hay cónyuge, sino que solo hijos, en ese caso la herencia se divide en partes iguales entre todos ellos.

Por otro lado, el cónyuge sobreviviente que por su culpa hubiere dado lugar a la separación judicial no tendrá parte en la herencia intestada, art. 994 inc. 1° del Código Civil.

Segundo orden de sucesión o del cónyuge y ascendientes.

En el caso que falten los hijos ya sea personalmente o representados, el Código Civil dispone en el art. 989 "*Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo*.".

En este supuesto la herencia se divide en tres partes, correspondiéndole 2/3 para el cónyuge y un tercio a los ascendientes, para el supuesto que sólo haya un ascendiente en el grado más próximo, éste lleva toda la porción destinada a tales parientes, puesto que el grado más cercano excluye a los demás.

También es dable que sólo haya cónyuge o sólo ascendiente, si existe solamente el cónyuge, toda la herencia para él, y si solo existen ascendientes toda la herencia es para estos, no podemos dejar de mencionar que no opera la representación respecto de los ascendientes.

En el caso del cónyuge que ha dado motivo a la separación judicial, se aplica el art. 994 inc. 1°, es decir ningún derecho tiene en la sucesión intestada.

Por otro lado, no siempre los ascendientes tienen derecho para suceder abintestato a sus descendientes, así lo dispone el art. 994 inc.2° del Código Civil "*Tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203*".

Tercer orden de sucesión, de los hermanos.

El Código Civil dispone en el art. 990 *"Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos"*. El inc. 2° del mismo art. prosigue "*Entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo*

sean por parte de padre o de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal."

Cuarto orden de sucesión, de los colaterales.

No concurriendo descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente, ni hermanos suceden los demás colaterales del causante, extendiéndose sólo hasta el sexto grado, esto en conformidad a lo dispuesto en el art. 992 del Código Civil. Los colaterales de doble conjunción (de padre y madre) llevan el doble de porción de los de simple conjunción. Es decir pueden heredar los primos del causante, pero no así los sobrinos, puesto que en ese entendido opera la representación.

Quinto orden de sucesión, el fisco.

El art. 995 del Código Civil establece "*A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco*".

Sucesión parte testada y parte intestada.

El art. 996 del Código Civil dispone que cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato.

Pues bien, si entre los herederos concurren legitimarios con quienes no lo sean, y el causante no dispone total o parcialmente de la parte de mejoras o de libre disposición, no se produce el acrecimiento del art. 1191 del Código Civil, puesto que sobre él prevalecen las reglas de sucesión intestada.

Además, el art. 996 complementa que los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán, a la porción que les corresponda abintestato, lo que recibieron por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria si excediere a la otra. Vale decir, si lo que les toca como abintestato es más que lo que les toca por testamento, participarán de la sucesión intestada hasta completar la porción que les corresponda abintestato. A la inversa, la porción testamentaria excediere a la intestada, llevará la primera.

El Código Civil en el art. 996 inc. final establece que "*prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa el testador, en lo que de derecho corresponda*". En otras palabras debe respetarse la voluntad del testador si éste declara que le deja a fulano tanto por testamento sin perjuicio de sus derechos como heredero abintestato.

CLASE 07

2.4. Derechos sucesorios del adoptado.

El Código Civil dispone que los derechos sucesorios del adoptado se rijan por la respectiva ley, es decir por la ley 7.613, el art. 23 de la Ley dispone "La adopción surtirá sus efectos aunque sobrevengan hijos legítimos al adoptante". El art. 24 de la Ley lo asimila por regla general a lo que le correspondería a un hijo natural, "*En la sucesión intestada del adoptante, el adoptado será tenido, para este solo efecto, como hijo natural, y recibirá, en consecuencia, en los casos contemplados en los artículos 988°, 989°, 990°, 991° y 993 del Código Civil, una parte igual a la que corresponda o haya podido corresponder a un hijo natural*".

3. SUCESION TESTADA.

Según lo dispuesto en el artículo 952 del Código Civil si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama TESTAMENTARIA, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato.

De acuerdo a la regla general, la legislación chilena regula la sucesión cuando no se ha constituido un testamento, intentando interpretar la voluntad del causante. En todo caso, por sobre la voluntad presunta del difunto prevalecerá su voluntad expresa, la cual quedará de manifiesto en el respectivo testamento.

Lo anterior viene de los tiempos del derecho romano, porque el Código Civil chileno mantiene intacta esta institución de acuerdo a lo que ya se expresó.

3.1. Concepto.

La sucesión testada puede definirse como la transmisión que el causante o difunto hace de sus bienes, obligaciones y derechos susceptibles de ser transferidos a los sujetos que este señala en su testamento.

Características del testamento.

El vocablo testamento proviene de las palabras latinas TESTADIO y MENTIS, las cuales significan TESTIMONIO DE LA VOLUNTAD.

El artículo 999 del Código Civil define el testamento, disponiendo lo siguiente:

"El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva".

De acuerdo a esta definición legal, se pueden extraer las características de este acto jurídico:

a) Es un acto.

Esta institución es un acto jurídico unilateral, es decir, una expresión unilateral de la voluntad del causante; es unilateral porque se materializa solamente con la voluntad del difunto.

Se puede señalar que el testamento es el típico ejemplo de un acto jurídico unilateral, ya que para que esta institución nazca dentro del mundo del derecho necesita –como se señaló- de la sola voluntad del testador.

b) Es un acto de aquellos conceptualizados como personalísimos.

Así lo dispone el artículo 1003 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

"El testamento es un acto de una sola persona".

Cualquier clase de disposiciones que se incorporen en el testamento expresada por dos o más personas siempre serán nulas. Tendrán esta sanción aunque los sujetos respectivos se hayan beneficiado mutuamente con el testamento o beneficien a un tercero.

De acuerdo a lo señalado, la legislación prohíbe los llamados testamentos CONJUNTOS, MANCOMUNADOS o DE HERMANDAD, los cuales eran permitidos por el ordenamiento jurídico español en determinados casos puntuales.

El testamento solo puede otorgarse por el causante en persona. El acto jurídico en estudio es uno de los pocos en los cuales no tiene cabida la representación. En este sentido, el artículo 1004 del Código Civil señala:

"La facultad de testar es indelegable".

c) Es un acto solemne.

Esta característica se refiere a que el testamento se encuentra sujeto al cumplimiento de determinadas formalidades, ya que sin ellas este no surtirá ningún tipo de efecto jurídico.

La expresión *"más o menos solemne"* que señala el artículo 999 del Código Civil se refiere a la clasificación de los testamentos en SOLEMNES y MENOS SOLEMNES o también llamados PRIVILEGIADOS.

La razón de ser que tuvo el legislador chileno para imponer la exigencia que la voluntad del causante se manifieste de forma solemne es doble, a saber:

- Porque de esa manera se genera una prueba pre-constituida que da cuenta de la voluntad real del difunto.
- Porque el acto testamentario es de aquellos de suma importancia dentro del derecho, así las cosas, aquel origina la sucesión por causa de muerte y el ordenamiento jurídico siempre cubre de solemnidades los actos trascendentes que hay en la vida jurídica.

  Las formalidades hacen posible que la voluntad sea expresada de manera clara y razonada, intentando evitar –dentro de lo que se pueda- la presencia de vicios de la voluntad.

d) Es un acto por causa de muerte o mortis causa.

Según esta particularidad, el causante realiza una disposición de sus bienes para que esta surta efecto luego de su muerte para el caso que no revoque las cláusulas contenidas en el acto testamentario.

La muerte del testador convierte este proyecto en la expresión final de la voluntad de esta persona.

e) Tiene por finalidad disponer de bienes.

El concepto contenido en el ya citado artículo 999 da esta característica al testamento, es decir, disponer de bienes.

A través de este acto jurídico se puede disponer de la totalidad o solo de una parte del patrimonio de una persona.

Existe una discusión en relación al hecho que si un testamento no tiene cláusulas que hagan una disposición de bienes este no sería propiamente tal un testamento, sin embargo, de acuerdo a la opinión de los autores, cualquier acto jurídico en el cual se estipule una expresión de voluntad permitida por el ordenamiento jurídico sería un acto testamentario.

Siguiendo con la idea señalada en el párrafo anterior, la legislación solo pretendió nombrar el objetivo “principal” del testamento, sin embargo, este puede ser el sustento para diversas finalidades, como por ejemplo:

- Reconocer a un hijo con filiación no matrimonial.

- Designación de un juez partidor.

- Nombramiento de un tutor o curador.

f) Es un acto esencialmente revocable.

La facultad de revocar un testamento es esencial en él. De esta forma, el artículo 1001 del Código Civil dice:

"Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas".

Cualquier tipo de estipulación tendiente a privar al causante de su facultad de revocar su testamento o imponer restricciones a este derecho será nula.

El recién mencionado artículo 1001 del mismo cuerpo legal reafirma esta idea, ya que dispone que:

"Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita".

Este derecho del testador para revocar el contenido del testamento mientras viva es la más eficiente medida tendiente a asegurar su libre albedrío para testar.

CLASE 08

3.2. Asignaciones testamentarias.

El artículo 953 del Código Civil señala:

"Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley, o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes.

Con la palabra asignaciones se significan en este Libro las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley.

Asignatario es la persona a quien se hace la asignación".

Las asignaciones en estudio, es decir, las testamentarias se pueden definir como aquellas disposiciones realiza el testador a través de su testamento con el fin de disponer de sus bienes después de su fallecimiento.

Requisitos de las asignaciones testamentarias.

Los presupuestos legales para poder suceder mortis causa se dividen en dos grupos:

a) Requisitos subjetivos o relativos al sujeto que es asignatario. Esta persona debe ser:

- Capaz.
- Digno de suceder.
- Debe ser una persona cierta y determinada.

Los otros dos puntos ya se han visto, así que por eso el tema de mayor importancia en este acápite es la certidumbre y determinación del asignatario. La primera parte del inciso 1º del artículo 1056 dispone que *"todo asignatario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica"*.

En relación a la certidumbre, el Código Civil chileno reafirma este concepto en los artículos 962 y 963, de acuerdo a los cuales el asignatario, para ser capaz, debe existir natural o jurídicamente al tiempo de deferírsele la asignación.

Se puede presentar el caso que una asignación esté expresada de una forma que exista incertidumbre de la persona a quien se refirió el causante, así por ejemplo:

En el evento que el testador manifiesta que deja un legado de $1.000.000 a su amigo Juan, pero resulta que el primero tenía dos amigos con ese mismo nombre. En tal caso, el articulado 1065 del Código Civil señala que ninguna de las dos o más personas, entre las cuales existe la duda, tendrá derecho a la asignación.

La determinación del asignatario en el acto testamentario deberá expresarse anotando el nombre de este, pero el artículo 1056 dispone que el hecho de no estar determinado el asignatario de esta manera no acarrea la ineficacia de la asignación testamentaria, siempre y cuando el testamento cuente con indicaciones manifiestas que permitan su determinación. Por esta razón es que se señala que el asignatario debe ser determinado o determinable.

Solamente de manera excepcional, el ordenamiento jurídico permite la indeterminación del asignatario, y estos casos son los que se nombran a continuación:

- Las asignaciones dejadas indeterminadamente a los parientes.

  Art. 1064 del Código Civil: *"Lo que se deje indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las*

reglas legales; salvo que a la fecha del testamento hubiere uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato".

- Aquellas que se dejan a los pobres.

  Artículo 1056 inciso final del Código Civil: *"Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a los de la parroquia del testador".*

- Las que se realizan con fin benéfico, a las cuales se les equipara con aquellas dejadas "para el alma" del testador.

  Art. 1056 del Código Civil: *"Todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera la asignación se tendrá por no escrita.*

  Valdrán con todo las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas.

  Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo alguno de los de la comuna o provincia del testador.

  Lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a la disposición del inciso anterior".

b) Requisitos objetivos o relativos a las asignaciones en sí mismas para que estas tengan validez legal.

El principal presupuesto en este sentido, es que dicho objeto debe ser determinado o a lo menos determinable.

Como se ha señalado, las disposiciones testamentarias, de la misma forma que los asignatarios, deben encontrarse determinadas o a lo menos ser determinables en cuanto a su objeto.

Clasificación de las asignaciones testamentarias.

a) Asignaciones puras y simples y sujetas a modalidades.

Esta clasificación depende de acuerdo a cuándo se producirán los efectos de la asignación, es decir, si se producirán de inmediato o se encuentren sujetos a modalidades, los cuales son "el modo", "el plazo" y "la condición".

Las asignaciones puras y simples producen sus efectos inmediatamente, en cambio, las asignaciones sujetas a modalidades supeditan sus efectos al acaecimiento o no de algún hecho o plazo.

Las asignaciones modales se pueden subclasificar de la siguiente manera:

- Asignaciones testamentarias condicionales.

Se encuentran definidas en el artículo 1070 del Código Civil, el cual señala que asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo.

Según la definición, la condición debe consistir en un hecho futuro e incierto.

La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de dieciocho años o menos.

Se tendrá asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad; a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación.

A su vez, las asignaciones condicionales pueden ser de dos tipos:

- Suspensivas.

  Es la cual en que la adquisición de la calidad de heredero se encuentra en suspenso. Por ejemplo:

  Que el testador dijera en su testamento lo siguiente: “Lego a Juan la suma de $1.000.000.- siempre que se titule de odontólogo”.

- Resolutorias.

  Es aquella en que verificada la condición se extingue a su vez la asignación. Por ejemplo:

  Que el testador dijera en su testamento: “Dejo a Mauricio una pensión de $25.000.-, pero la perderá si se fuera al extranjero”.

- Asignaciones testamentarias sujetas a día o a plazo.

El artículo 1080 del Código Civil señala lo siguiente:

"Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho; y se sujetarán entonces a las reglas dadas en el título de las obligaciones a plazo, con las explicaciones que siguen".

El día de la asignación puede ser cierto o incierto, determinado o indeterminado.

El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

Es cierto, pero indeterminado, si necesariamente hade llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.

Es incierto, pero determinado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

Finalmente, es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case.

Lo que se asigna desde un día que llega antes de la muerte del testador, se entenderá asignado para después de sus días y sólo se deberá desde que se abra la sucesión.

El día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, y se sujeta a las reglas de las condiciones.

La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día.

Si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario en ese día, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales.

La asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día.

La asignación desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional.

La asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario.

La asignación de prestaciones periódicas es intransmisible por causa de muerte, y termina, como el usufructo, por la llegada del día, y por la muerte del pensionario.

Si es a favor de una corporación o fundación, no podrá durar más de treinta años.

La asignación hasta día incierto pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo; salvo que consista en prestaciones periódicas.

Si el día está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día.

CLASE 09

- Asignaciones modales propiamente tales.

Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

El modo puede definirse como "la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad". Un ejemplo es el siguiente:

El causante señala en su testamento: Nombro como heredero universal de mis bienes a Maximiliano, pero le impongo la obligación o carga de fundar un orfanato.

En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo.

Si el testador no señala esta cláusula se entenderá que no existe.

Para que la cosa asignada modalmente se adquiera, no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo. Es decir, en el ejemplo anterior, Maximiliano no debió rendir una fianza o una caución para poder ser instituido como asignatario.

Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria, tal como ya se ha señalado.

Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen.

Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél, y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada.

Si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario.

Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa.

El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente.

b) Asignaciones a título universal, también llamadas herencias; y asignaciones a título singular o legados. Para esto se debe distinguir:

- Asignaciones a título universal o herencias.

Estas son aquellas en que se entrega al asignatario todo el patrimonio del causante o una cuota de aquel.

La asignación en este caso recibe el nombre de herencia y el asignatario heredero.

Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas.

Características de las asignaciones a título universal.

- Pueden provenir de un testamento o de una sucesión intestada (abintestato).

  En este punto es importante señalar que los legados sólo pueden ser constituidos por un testamento, por lo que no existen los legados abintestato.

- Los herederos adquieren la asignación y la posesión legal por el fallecimiento del difunto.

- Los herederos pueden adquirir la herencia de manera personal o en virtud del derecho de representación.

- En el caso que existan varios herederos, entre ellos se formará una comunidad de bienes, la que será necesaria liquidar de común acuerdo o a través de un juicio de partición.

- Los herederos heredarán todos los bienes del causante o una cuota de ellos, pero no ciertos bienes en específicos y/o determinados.

- Cada heredero representa a la persona del difunto, en todas sus obligaciones para con terceros pero también en sus derechos.

  - Asignaciones a título singular o legados.

La asignación tiene esta característica cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo.

La asignación se llama legado y el asignatario legatario.

Características.

- Los legatarios no representan al difunto, ya que no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confieran o impongan.

- Los legatarios suceden al causante en ciertos bienes determinados expresamente.

- Las asignaciones a título singular siempre deben serlo a través de un testamento.

No existirán jamás legados abintestato.

- Los legados son susceptibles de adquirirse por el derecho legal de transmisión.

Clasificación de los legados.

- De especie.

c) Asignaciones voluntarias o forzosas.

Las primeras son las que el causante puede disponer libremente, entregándolas o no, según su albedrío. Las forzosas son aquellas en que el testador se encuentra en la

obligación de realizarlas y el ordenamiento jurídico las suple, aún en desmedro de sus disposiciones expresas.

3.3. Asignaciones forzosas.

Nuestro Código Civil establece un sistema de libertad restringida de testar, existen caso en que la persona no tiene asignatarios forzosos, en este supuesto pueden disponer con entera libertad.

Pero en el evento de existir asignatarios forzosos sólo le es lícito disponer libremente de una parte de sus bienes, lo que es variable dependiendo de las circunstancias.

Sólo podrá disponer de la cuarta parte de sus bienes en el caso que deje descendencia, ascendencia o cónyuge sobreviviente. Pero si carece de estos podrá disponer con absoluta libertad.

Concepto de asignaciones forzosas.

El Código Civil las define en el art. 1167 "*Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas*".

De esto se desprende que el causante debe efectuar ciertas asignaciones; su facultad de disposición tiene como límite el derecho de los asignatarios forzosos.

Este tipo de asignaciones de efectuarse, no son nulas, puesto que la Ley se conforma con el hecho de que tales asignaciones sean enteradas, pese a la voluntad contraria del testador, reduciéndose las disposiciones testamentarias en la medida que fuere menester.

En otras palabras el testamento se modifica o reforma hasta donde sea necesario, rigiendo en lo demás la voluntad del testador.

Asignaciones forzosas son las siguientes:

1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

2. Las legítimas (se tratarán en extenso más adelante).

3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge (se tratarán en extenso más adelante).

Análisis.

Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas: se desprende que en este caso el legislador se refiere a los alimentos que se deben según el art. 321 del Código Civil, esto es:

- Al cónyuge.
- A los descendientes.
- A los ascendientes.
- A los hermanos.
- Al que hizo donación cuantiosa, sino hubiere sido rescindida o revocada la acción del donante se dirigirá contra el donatario.

La obligación de pagar alimentos tiene su origen en la ley o en un acto voluntario del alimentante.

Cuando los alimentos son por mandato imperativo de la ley se les denomina legales o forzosos. Estos alimentos constituyen una asignación forzosa, en este caso el testador está obligado designar a las personas a las que por ley se les debe alimentos, una cantidad adecuada de bienes para su manutención.

Sólo son asignaciones forzosas las que se hacen a personas acreedoras de alimentos en virtud de la ley, las cuales están contempladas en el art. 321.

Respecto a este punto existe en doctrina una controversia respecto a lo que debemos entender por alimentos que el difunto ha debido por ley.

Para Barros Errázuriz, los alimentos que el difunto a debido por ley son aquellos que alimentario exigió en vida del causante, intentando la acción correspondiente, o le fueron pagados sin la necesidad de juicio porque el alimentante reconoció voluntariamente su obligación de pagarlos.

Para Claro Solar es suficiente que hayan concurrido en la vida del causante, hayan concurrido los requisitos necesarios para que estuviere obligado a dar alimentos. Los alimentos pueden no haberse pagado.

En cambio cuando tienen origen en la voluntad del alimentante se les conoce como voluntarios.

Medidas de protección de las asignaciones forzosas.

Producto de la instauración por parte del legislador de las asignaciones forzosas es que se hace indispensable la adopción de medidas legales para impedir su vulneración.

La ley contempla fundamentalmente dos medidas para impedir la violación de las asignaciones forzosas, estas son las siguientes:

- Acción de reforma del testamento, esta persigue la modificación de las disposiciones testamentarias a fin de que se enteren las legítimas.

- Formación del acervo imaginario, se traduce en la acumulación de las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o mejores, y el exceso de lo donado irrevocablemente a extraños.

Además la ley contempla medidas adicionales de carácter secundario:

- Las donaciones entre vivos por un valor superior a dos centavos debe ser insinuada, so pena de nulidad en el exceso, (art. 1401).

- La acción de inoficiosa donación, los legitimarios disponen de esta acción para que se rescindan las donaciones excesivas, que el causante hizo irrevocablemente a extraños, cuando menoscaben las legítimas o la cuarta de mejoras.

- El causante puede hacer ya sea por acto entre vivos o por sucesión por cusa de muerte (testamento), siempre que no sea contrarias a derecho ajeno, en otras palabras que no vulnere las asignaciones forzosas.

- La persona que debe una legitima puede señalar las especies con que debe enterarse, pero no podrá tasar dichas especies, de una violación arbitraria podría redundar en una infracción de las legitimas.

- Las legítimas rigorosas no son susceptible de modalidades o gravámenes.

Perdidas de las asignaciones forzosas.

Como ya se dijo el causante está obligado a dejar a sus asignatarios forzosos una parte importante de sus bienes, pero esto no sería justo que sucedan cuando han hecho victima al causante de graves ofertas:

- Por tal razón, es que el testador puede desheredar a los legitimarios. El desheredamiento es una clausula testamentaria por medio de la cual se priva a un legitimario del todo o parte de su legítima.

- No tiene derecho el cónyuge que por su culpa dio lugar a la separación.

- En el caso de injuria atroz, cesa por completo la obligación de dar alimentos.

- No son legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o maternidad de la cual deriva su parentesco ha sido determinada judicialmente contra oposición del respectivo padre o madre.

Las asignaciones forzosas tienen lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada. No sería lógico ni justo que el testador estuviera obligado a hacer estas asignaciones y que el legislador prescindiera de ellas cuando, a falta de testamento, la ley regla la sucesión.

CLASE 10

3.4. Legítimas – concepto.

Según lo dispuesto en el art. 1181 del Código Civil, legítima "es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".

De la definición podemos darnos cuenta que la legítima es una cuota de los bienes. Con esto queda claro que se trata de una designación a título universal.

Legitimarios.

1. Hijo personalmente o representados por su descendencia.

2. Los ascendientes.

3. El cónyuge sobreviviente.

No son legitimarios.

1. Los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra oposición del respectivo padre o madre.

2. Ni el cónyuge que por su culpa ha dado lugar a la separación judicial.

Legítima rigorosa.

La legítima rigorosa es la parte de la mitad legitimaria que lleva cada legitimario. Del art. 1184 del Código Civil se puede desprender que para llegar a la mitad legitimaria hay que deducir previamente las bajas generales del art. 959 y adicionar las agregaciones de los arts. 1185 a 1187, esto es, las de los acervos imaginarios. Vale decir, la mitad

legitimaria es la mitad del acervo líquido, o del primer acervo imaginario o del segundo acervo imaginario, según los casos.

Características de las legítimas rigorosas:

- Son una asignación forzosa y por ende irrenunciable. Si se renunciara a ella sería un pacto sobre sucesión futura.

- Son una asignación pura y simple. No puede someterse a modalidades.

- El testador puede señalar las especies con que se va a pagar la legítima, pero no puede delegar esta facultad ni puede tasarlas.

- Las legítimas tienen preferencia absoluta para su pago. Esto es, se pagan con preferencia a cualquier otra asignación.

Legitima efectiva

Es la legítima rigorosa incrementada con la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a titulo de mejoras o con absoluta libertad y ha dispuesto, o si lo ha hecho no lo ha realizado conforme a derecho o no ha tenido efecto su disposición.

3.5. Mejoras. Concepto.

La cuarta de mejoras es una asignación forzosa que tiene lugar en la sucesión de los descendientes, ascendientes y del cónyuge. Ésta se calcula de idéntica manera que las legítimas, es decir, se trata de la cuarta parte del patrimonio del difunto, previas las deducciones y agregaciones legales.

Todo lo que se ha señalado para calcular las legítimas tiene plena aplicación en las mejoras.

El legitimario siempre debe tener la característica de ser un heredero, en cambio, el beneficiario con la cuarta de mejoras puede ser heredero o legatario.

El asignatario a quien el testador deja la cuarta de mejoras o una cuota de ella es el heredero. En cambio, el asignatario a quien se entregan ciertos bienes en específicos con cargo a la cuarta de mejoras es un legatario.

Los asignatarios de la cuarta de mejoras pueden ser:

a) Los descendientes del causante.

b) Su cónyuge sobreviviente y,

c) Los ascendientes del difunto.

Entre estas personas el causante goza de total libertad para disponer de su cuarta de mejoras. En relación con esto, el inciso primero del artículo 1195 del Código Civil dispone lo siguiente:

"De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros".

Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones legales, se dividirá en cuatro partes:

a) Dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas;

b) Otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y

c) Otra cuarta, de la que podrá disponer libremente a su arbitrio.

Esto no significa que el causante que tenga legitimarios se encuentre obligado a disponer de la cuarta de mejoras. Lo que pasa en este caso es que si concurre cualquiera o todos ellos, el difunto podrá favorecerlos asignándoles el total o una parte de esta cuarta de mejoras correspondiente a un cuarto de su patrimonio, sean o no legitimarios.

Si el causante no dispone de su cuarta de mejoras ella acrecerá a la legítima rigorosa, y aumentará la cuota que llevan los legitimarios.

La cuarta de mejoras sólo tiene cabida en la sucesión testada, es decir, necesita de una declaración expresa de voluntad del testador.

En el caso que el testador no disponga expresamente de esta cuarta de mejoras, ella acrecerá a las legítimas rigorosas.

3.6. Desheredamiento, revocación y reforma del testamento.

El desheredamiento.

Este se define como una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.

Los requisitos de esta institución son los siguientes:

a) Que se realice a través de una cláusula testamentaria: Esto es así porque se trata de una disposición testamentaria. No puede suplirse esta forma, ni siquiera por la escritura pública.

b) Que se invoque alguna causal legal: Estas causales están establecidas taxativamente en el art. 1208, el cual dispone lo siguiente:

"Un descendiente no puede ser desheredado sino por alguna de las causas siguientes:

1ª Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;

2ª Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo;

3ª Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;

4ª Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo;

5ª Por haber cometido un delito que merezca pena aflictiva; o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

Los ascendientes y el cónyuge podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas".

c) Indicarse en el testamento la causal: La causal debe especificarse en el testamento, esto es, señalarse cuáles son los hechos que se invocan como constitutivos de causal para desheredar (aunque no es necesario citar la norma legal o la causal tal como está establecida en el Código Civil).

d) Los hechos constitutivos de la causal de desheredamiento deben ser probados en vida del testador o con posterioridad a su fallecimiento: El testador debe haberlos probado judicialmente en vida. De lo contrario, los interesados en excluir al desheredado, deberían probarlo, también judicialmente. El Código Civil establece que no es necesaria esta prueba cuando el desheredado no haya ejercido la acción de reforma de testamento reclamando contra el desheredamiento dentro de 4 años, que es el plazo para ejercer esta acción.

Efectos del desheredamiento.

En este tema hay que someterse a lo que diga el testador en el testamento.

El desheredamiento puede ser total o parcial. Si el testador no limita el desheredamiento, este se entiende total, o sea, el desheredado no solo no llevará su legítima sino tampoco la mejora que -de no haber habido pronunciamiento- hubiese acrecido a su legítima.

Tal como las demás disposiciones testamentarias, el desheredamiento puede ser revocado por el testador. Esta revocación queda sujeta a las reglas de la revocación del testamento. Luego, el desheredamiento solo puede ser revocado por otro testamento posterior. No hay posibilidad de entenderse revocado un desheredamiento tácitamente (por reconciliación u otra prueba). La revocación del desheredamiento también puede ser total o parcial.

CLASE 11

La revocación del testamento.-

La facultad de revocar el testamento es algo esencial de él. Es más, es un elemento que expresamente ha sido considerado por el ordenamiento jurídico como irrenunciable por llevar involucrado principios de orden público.

Empero, hay que recordar que lo revocable en un testamento son las disposiciones (de bienes) no así las declaraciones.

En todo caso la revocación de un testamento sólo puede hacerse mediante otro testamento. El testamento que revoca puede ser de igual o de distinta naturaleza que el revocado.

Ahora bien, si el testamento revocatorio caduca quedará sin efecto la revocación y por ende se mantendrá vigente el testamento “revocado”. Sin embargo, la revocación de un testamento revocatorio no hace renacer el testamento primero a menos, claro está, que el testador expresamente le de vigencia al testamento primero.

El ordenamiento jurídico intenta de no caer en “interpretar” la voluntad del testador, ya que prefiere que la intención de “revivir” un testamento sea expresada y no deducida a partir de indicios.

La revocación del testamento puede ser de dos tipos:

a) Total: En este caso queda sin efecto íntegramente el testamento revocado.

b) Parcial: El testamento revocado subsiste en las partes en que no es dejado sin efecto.

Desde otro punto de vista la revocación puede ser:

c) Expresa: Esta se verifica cuando la voluntad de revocar se manifiesta en términos formales y explícitos.

d) Tácita: Cuando sin haber una derogación expresa, un testamento posterior contiene disposiciones inconciliables con las de un testamento anterior. En caso, el testamento posterior sólo deroga tácitamente esas disposiciones inconciliables pero deja subsistente en el resto el testamento anterior.

La reforma del testamento.

Se trata de una acción personal que tienen los legitimarios, o el cónyuge por su porción conyugal cuando se calcula con imputación a la mitad legitimaria, para solicitar que se reforme el testamento en todo aquello en que apareciere vulnerando las legítimas, las mejoras o la porción conyugal.

Es una acción personal, pues deberá intentarse en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de las referidas asignaciones forzosas. Difiere, pues, esencialmente, de la acción de petición de herencia, que es real. Sin embargo, como acciones son compatibles y aun eventualmente complementarias, por lo que cabe ejercerlas conjuntamente.

Por otra parte, se trata de una acción patrimonial y por lo tanto renunciable, transferible, transmisible y prescriptible. Respecto a esto último, la ley señala que la prescripción es de cuatro años contados desde que el legitimario (o el cónyuge, en su caso), tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario. Estos cuatro años es una prescripción especial de corto tiempo que por ende no debería suspenderse. Sin embargo, existe una excepción, y es que el demandante, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, “no prescribirá en él la acción antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración”.

La acción de reforma del testamento, a falta de procedimiento especial, debe someterse a las reglas del juicio ordinario.

El objeto de este tipo de juicio es el siguiente:

a) La legítima rigorosa, o efectiva en su caso.

b) La cuarta de mejoras, siempre y cuando esta se haya dispuesto a favor de un tercero no mejorero. Pero la cuarta de mejoras sólo la puede reclamar un mejorero que haya sido legitimario. No podría reclamarla un mejorero no legitimario.

c) La porción conyugal cuando esta se calcule con imputación a la mitad legitimaria.

Si en el testamento se ha omitido toda referencia a un legitimario, se habla de que se le ha "preterido". La preterición es el haber sido pasado en silencio un legitimario. En tal caso, el afectado, lejos de ejercer la acción de reforma, debe ejercer la de petición de herencia porque frente a la preterición, el legitimario ha de entenderse como instituido heredero en su legítima. Un heredero privado de la posesión de la herencia reclamará su legitima rigorosa o efectiva, según los casos.

3.7. Apertura de la sucesión, aceptación y repudiación de las asignaciones.

La apertura de la sucesión se produce al fallecimiento de causante, en su último domicilio. Sin embargo, esto no significa que necesariamente en ese momento se produzca la delación de las asignaciones. Si estas son condicionales, la delación se producirá al momento de cumplirse la condición suspensiva.

Pero aun suponiendo que se ha producido la delación, puede pasar algún tiempo entre que ella se produzca y la fecha en que los asignatarios toman posesión de los bienes heredados o legados.

Fecha desde la cual un asignatario puede aceptar o repudiar.

Para aceptar es necesario que se haya diferido la asignación. Ello ocurrirá normalmente al morir el causante (apertura de la sucesión). Pero si la asignación estaba sujeta a una condición suspensiva, la aceptación sólo podrá tener lugar desde que se cumpla la condición, salvo que se dé caución para el caso que no se cumpla la condición, en cuyo caso podrá aceptarse desde el fallecimiento del causante.

Para repudiar es necesario simplemente que haya fallecido el causante, esto es, que se haya abierto la sucesión. Ello, sin importar que la asignación sea condicional y esté pendiente la condición. Sin embargo, nunca podría repudiarse antes de la muerte del causante.

Fecha hasta cuando el asignatario puede aceptar o repudiar.

En este tema, pueden presentarse las siguientes situaciones:

a) Podría ocurrir que cualquier persona interesada en ello requiriera judicialmente al asignatario para que declare si acepta o repudia.

En tal caso tiene un "plazo para deliberar" de cuarenta días, en los cuales puede el asignatario inspeccionar el objeto asignado y los papeles y cuentas de la sucesión.

Asimismo, en este plazo puede impetrar medidas conservativas y no podría ser obligado al pago de deudas hereditarias o testamentarias; estas deberían ser cobradas al curador de herencia yacente, al albacea, o a aquellos herederos que ya hayan aceptado.

Con todo, en caso que el asignatario esté ausente, o los bienes están situados en lugares distintos, o hubiere otro grave motivo, el juez podrá ampliar el plazo pero no por más de un año. En todo caso se trata de plazos fatales. “El asignatario constituido en mora de declarar que acepta o repudia se entiende que repudia”. No podría el legislador presumir aceptación a partir del silencio, pues equivaldría a imponer obligaciones sobre la base de un silencio.

b) Si no ha habido requerimiento judicial, el asignatario no tiene límite para aceptar o repudiar, mientras conserve su asignación. Esto es, mientras otra persona no la haya adquirido por prescripción. Es decir, tratándose del heredero, puede aceptar o repudiar mientras un heredero putativo no haya poseído el derecho hereditario por 10 años (o, si obtuvo la posesión efectiva, por 5 años). En el caso de un legatario de especie, mientras no haya prescrito su acción reivindicatoria (que conforme al artículo 2517 se extingue por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho).

En el caso de un legatario de género, mientras no haya prescrito la acción personal para reclamar la entrega y/o tradición del legado.

Por regla general el legatario puede aceptar o repudiar libremente (artículo 1225). Esto tiene algunas excepciones:

- Desde luego, el asignatario que es requerido judicialmente para que declare si acepta o repudia, no es enteramente libre.

- El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, pierde la facultad de repudiar y no obstante su repudiación permanecerá heredero, pero no tendrá parte alguna en los efectos sustraídos.

- El legatario que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos; esto es, un legatario que sustrae el efecto que le fue legado (por ejemplo para sustraerse de su eventual responsabilidad por deudas hereditarias), pierde sus derechos sobre la especie legada. Ahora bien, si en cambio no tiene el dominio de ellos será obligado a restituir el duplo, lo que se aplica en caso de legados de género y además en los legados de especie a favor de otro.

Estos dos casos de sustracción, ha de ser dolosa, aunque el Código Civil no lo diga, pues en el fondo se trata de delitos civiles. Por tal motivo, la acción para hacer efectiva la responsabilidad debería prescribir en cuatro años desde el acto.

- Los incapaces deben aceptar o repudiar por medio de sus representantes legales. Si son relativamente incapaces, podrán aceptar o repudiar con autorización de los

representantes legales. Por sí solos no podrían aceptar ni aún con beneficio de inventario.

El derecho de opción para aceptar o repudiar la asignación tiene ciertas características:

a) Es un derecho transmisible.

b) Debe ser ejercido pura y simplemente, pues está comprometido el interés de otras personas y no sólo del que acepta o repudia.

c) Debe ser ejercido en forma indivisible, es decir, no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto.

   Pero si se transmite, cada heredero al que se ha transmitido el derecho, puede aceptar o repudiar independientemente de los otros. Si son dos asignaciones diferentes, hechas a un mismo asignatario, éste puede aceptar una y repudiar la otra; pero no podría aceptar las asignaciones exentas de gravámenes y repudiar las gravadas, salvo si se concedió al asignatario la facultad de repudiar esta última separadamente, o que la asignación gravada se defiera separadamente por acrecimiento, transmisión, sustitución vulgar o fideicomisaria.

d) La aceptación y la repudiación pueden ser expresas o tácitas. Así, por ejemplo, el artículo 1233 establece que el silencio debe estimarse como repudiación. A su vez, el artículo 1230 establece que “si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta”.

e) La aceptación, una vez hecha, es irrevocable. Es un acto unilateral irrevocable por la sola voluntad del aceptante o repudiante. Pero son rescindibles cuando en el pronunciamiento del incapaz no se cumplió con los requisitos legales y cuando la aceptación o repudiación adoleció de algún vicio de la voluntad. Además puede rescindirse la aceptación por lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias que se ignoraban al aceptar la asignación, entendiendo por lesión grave la que hubiere disminuido el valor total de la asignación en más de la mitad. Por último, la repudiación puede rescindirse cuando se ha hecho en perjuicio de los acreedores.

f) La aceptación y la repudiación operan con efecto retroactivo. El asignatario, si acepta, se entiende lo es desde que se le defirió la asignación. Y si repudia, se entiende que no lo ha sido nunca. Sin embargo, cabe hacer presente que este efecto retroactivo sólo abarca al heredero o al legatario de especie; pero no al de género. En el caso del legatario de género, los efectos de la aceptación o repudiación se produce desde que esta o aquella se produce. Esta diferencia implica que en el legatario de especie, existe derecho a reclamar los frutos desde

que se le defirió el legado; en cambio en el caso del legatario de género, éste tiene derecho a los frutos sólo desde el momento en que la cosa legada le fue entregada o en que los obligados a entregarla se constituyeron en mora.

3.8. Herencia yacente y beneficio de inventario.

Una herencia se declarará "yacente" si dentro de los 15 días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la totalidad de la herencia o una cuota de ella ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo. Lo declara el juez del último domicilio del causante, a petición de cualquier interesado o incluso de oficio. Se publica la declaración y se nombra a un curador de herencia yacente. La curatela de herencia yacente es siempre dativa.

El curador de herencia yacente es un curador de bienes; no un curador general. No representa, por consiguiente, a la sucesión. Tiene facultades meramente conservativas.

Transcurrido un determinado plazo, el curador puede vender los bienes hereditarios.

La curaduría de herencia yacente termina por la aceptación de la herencia por alguno de los herederos, por la venta de los bienes o por la extinción o inversión completa de dichos bienes.

El heredero que acepta la herencia toma la administración de los bienes hereditarios, representa a la sucesión en la liquidación de la sociedad conyugal habida entre el causante y el cónyuge sobreviviente. También tiene las facultades de éste para liquidar una sociedad de que era socia la herencia yacente. Pero no podría accionarse contra el heredero reivindicatoriamente, pues el curador de herencia yacente sólo puede contestar acciones personales para el cobro de créditos.

La prescripción adquisitiva ordinaria se suspende a favor de la herencia yacente. Esa suspensión termina desde que algún heredero acepta la herencia.

El beneficio de inventario.

Consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado.

Goza de beneficio de inventario el heredero que acepta habiéndose hecho previamente inventario solemne. En cambio, el que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto, a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda.

Para los acreedores hereditarios y testamentarios, el beneficio de inventario no les significa, estrictamente hablando, perder un derecho toda vez que cuando contrataron con el causante lo hicieron considerando el patrimonio de éste y no el de los eventuales herederos. Cabe notar que el beneficio de inventario dice relación sólo con los herederos.

La única exigencia del Código para que un heredero goce de beneficio de inventario consiste en que haya hecho inventario solemne antes de aceptar la herencia.

El inventario comprende todos los bienes del causante, inclusive ubicados en otros lugares, pudiendo después agregarse nuevos bienes al inventario o corregirlo. El inventario se interpreta a favor del heredero, como en el caso del inventario de los tutores o curadores se interpreta a favor del pupilo.

Por regla general, el heredero tiene plena libertad para decidir si acepta o no con beneficio de inventario. El testador no puede prohibirle al heredero aceptar con beneficio de inventario.

Sin embargo, hay quienes están obligados a aceptar con beneficio de inventario. Tal ocurre:

a) Con los coherederos de herederos que aceptan con beneficio de inventario. Gozan del beneficio de pleno derecho.

b) Los herederos que sean propietarios fiduciarios, a fin de velar por los intereses del fideicomisario.

c) Las personas jurídicas de derecho público.

d) Los incapaces, o sea quienes no pueden aceptar o repudiar sino por el ministerio o con la autorización de otras.

En los casos de las letras c) y d); o sea, las personas jurídicas de derecho público o los incapaces, si no aceptan con beneficio de inventario, de todos modos gozan de una limitación legal de responsabilidad similar: “no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas”. Quedan en mejor situación que con beneficio de inventario, pues lo que existiere al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas es con seguridad menos que los bienes heredados.

Por otra parte, hay personas que no pueden aceptar con beneficio de inventario. Es el caso de:

a) El que hizo acto de heredero sin previo inventario solemne.

b) El que de mala fe omite mencionar ciertos bienes en el inventario o supusiere deudas que no existen.

Efectos del beneficio de inventario.

El efecto consiste en que se limita la responsabilidad del heredero beneficiario en relación a las deudas hereditarias y testamentarias hasta concurrencia del valor total de los bienes que heredó.

No produce una "separación de patrimonios" (como el beneficio de separación) sino que sólo una limitación de la responsabilidad. De modo que de todas formas el acreedor hereditario o testamentario podrá accionar contra bienes del heredero o a la inversa el acreedor del heredero accionar contra bienes que eran del causante.

El límite de la responsabilidad del heredero beneficiario se establece con el valor de los bienes al momento en que se le defirió la herencia; sin interesar el valor que tengan esos bienes al momento de ser demandado por el acreedor hereditario o testamentario.

Desde un punto de vista procesal, el beneficio de inventario se hace valer como excepción perentoria; probando que los valores heredados ya fueron consumidos en pagar deudas hereditarias o cargas testamentarias, mediante cuenta exacta y en lo posible documentada.

Por otra parte, el beneficio de inventario impide la extinción de las deudas y créditos del causante con las del heredero por confusión.

En relación a la conservación de los efectos hereditarios, el heredero responde de la culpa leve por las especies o cuerpos ciertos que se deban y en cuanto a los bienes genéricos, responde hasta de caso fortuito. Incluso más, se hace responsable no sólo del valor de los bienes que entonces efectivamente reciba, sino de aquellos que, posteriormente, sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario. Y, en cuanto a los créditos, el heredero beneficiario se hará responsable de todos los créditos, como si los hubiere efectivamente cobrado, sin perjuicio de que para su descargo en el tiempo debido, justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar, poniendo a disposición de los interesados, las acciones y títulos insolutos.

Finalmente hay que destacar que la responsabilidad de heredero beneficiario por las deudas hereditarias y testamentarias, se extingue totalmente en los siguientes casos:

a) Por el abandono a los acreedores hereditarios y testamentarios de los bienes que deba entregar en especie y el saldo que reste de los genéricos y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que deberá presentarles.

b) Por el agotamiento de los bienes heredados en el pago de deudas hereditarias y testamentarias. El juez citará a los acreedores hereditarios y testamentarios mediante

avisos para que reciban cuenta exacta y en lo posible documentada de las inversiones, y aprobada por ellos o por el juez, el heredero beneficiario quedará libre de toda responsabilidad ulterior.

CLASE 12

4. LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS.

Los albaceas o ejecutores testamentarios son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

Se trata de un tipo o especie de mandatario, con ciertas características sui géneris. Es, precisamente, el mandato al que se refiere el artículo 2169 al establecer que (no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella".

Características del albaceazgo.

a) Es solemne.
   Ya que debe otorgarse en el testamento mismo.
b) Es irrevocable una vez aceptado.
c) El albacea debe ser absolutamente capaz.
d) El cargo de albacea es intransmisible.
e) El cargo de albacea es indelegable.
   A menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo. Lo anterior es sin perjuicio de que puede el mandatario constituir mandatarios para el desempeño de sus gestiones.
f) El albacea no tiene más atribuciones que las indicadas expresamente por la ley.
   No se le pueden ampliar ni restringir sus facultades según se hallan definidas por la ley.
g) El albacea es remunerado según la remuneración establecida por el testador o, en subsidio, según la determinación que haga el juez tomando en cuenta el caudal hereditario y lo más o menos laborioso del encargo.
   Con todo, ese gasto es una baja general de la herencia.
h) El albaceazgo es un cargo de duración limitada.
   La duración la fija el testador y, en silencio de éste, la ley la fija en un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo. En todo caso, el juez está facultado para ampliar el plazo fijado por el testador o la ley en ciertos casos.
i) Pueden haber varios albaceas.
   En tal caso, pueden obrar separadamente por disposición del testador o puede solicitar al juez divida las funciones. Mientras no se dividan las funciones, deben actuar de consuno. Finalmente habría que señalar que en caso de pluralidad de albaceas, la responsabilidad entre ellos es solidaria, a menos que el testador los

haya exonerado de esta responsabilidad solidaria o que el mismo testador o el juez hayan distribuido sus atribuciones.

j) El cargo de albacea es voluntario.
El albacea no está obligado a aceptar el cargo, pero si siendo albacea es también asignatario, y rechaza el encargo sin probar inconveniente grave, se hace indigno de suceder al causante.

k) La aceptación del cargo puede ser expresa o tácita.
Aceptación tácita sería todo acto que suponga necesariamente la intención de haber aceptado el cargo y que no hubiere tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de albacea.

l) Puede ser albacea cualquier persona natural que o esté expresamente exceptuada.
No pueden serlo los menores de edad ni las personas incapaces de ser tutor o curador.

4.1. Los albaceas – tipos.

En doctrina se habla de albaceas testamentarios, legítimos o dativos. En Chile sólo son testamentarios.

No habiendo albacea nombrado en el testamento, no puede haberlo y la responsabilidad de ejecutar las disposiciones testamentarias pertenece a los herederos. También se distingue entre albaceas generales y albaceas fiduciarios. La regla general son los albaceas generales. De los albaceas fiduciarios se hablará luego.

Finalmente, los albaceas se clasifican en albaceas con tenencia de bienes o sin tenencia de bienes. Esta última clasificación es importante desde el punto de vista de las atribuciones del albacea.

El albacea sin tenencia de bienes tiene la facultad y obligación de velar por la seguridad de los bienes de la sucesión, exigir en la partición el señalamiento de un lote suficiente para el pago de las deudas hereditarias y de los legados cuyo pago no se haya impuesto a alguien en particular. Puede también en ciertas condiciones y con ciertos requisitos (con anuencia de los herederos y en pública subasta) enajenar bienes de la sucesión. Desde el punto de vista de las facultades judiciales, “no podrá comparecer en juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento o cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumben y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente”. No podría ejercerse en contra del albacea la acción de reforma del testamento ni podría el albacea impugnar el testamento en una cláusula en que se nombra a otro albacea.

Cabe añadir que los acreedores hereditarios y testamentarios no pueden demandar al albacea el pago de las deudas y legados, sino que deben accionar en contra de los herederos.

El albacea con tenencia de bienes, o sea, aquel a quien se ha conferido facultad de administrarlos tiene, además de las facultades y atribuciones de los albaceas sin tenencia de bienes, las atribuciones de los curadores de herencia yacente y no será obligado a rendir caución sino a requerimiento de los herederos, legatarios o fideicomisarios. Desde el punto de vista de las facultades judiciales, por tener las atribuciones del curador de herencia yacente, puede cobrar créditos y ser demandado para el pago de las deudas hereditarias.

Al albacea le es prohibido:

a) Ejecutar disposiciones testamentarias contrarias a las leyes, y

b) Celebrar ciertos actos o contratos. Pues el artículo 1294 hace aplicable a los albaceas la prohibición del artículo 412 respecto a que los tutores o curadores no puede celebrar ciertos actos en que tenga interés el pupilo. En caso que el acto que se celebre sea compraventa, sin los requisitos legales, no habría un caso de nulidad (por vulnerar una norma prohibitiva) sino más bien de inoponibilidad.

El albacea está obligado a:

a) Llevar a cabo el encargo respondiendo de culpa leve. Siendo varios, la responsabilidad es como regla general solidaria.

b) Rendir cuentas justificando la rendición. Es una obligación irrenunciable. Deberá pagar o cobrar los saldos que resulten a su favor o en contra.

El cargo de albaceazgo se extingue:

a) Por la llegada del plazo.

b) Por el cumplimiento del encargo aun antes del plazo de duración.

c) Por remoción del albacea por culpa grave o dolo y a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. Si hubo dolo (y no sólo culpa grave, además se hace indigno de suceder al causante, debe indemnizar perjuicios y debe restituir lo que haya recibido a título de remuneración

d) Por muerte o incapacidad sobreviviente del albacea.

e) Por renuncia del albacea. Puede renunciar en los casos en que al mandatario le es lícito hacerlo. La renuncia con causa legítima sólo lo priva de una parte proporcionada de la remuneración.

f) Por no haber aceptado el cargo dentro del plazo fijado por el juez a instancias de cualquier interesado en la sucesión.

El albacea fiduciario.

De acuerdo al artículo 1311, el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquier otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario.

El albacea fiduciario es, pues, aquella persona a quien el testador encarga el cumplimiento o ejecución de disposiciones testamentarias secretas o confidenciales.

El albacea fiduciario no es un asignatario modal. Es más. No es el asignatario de las disposiciones (sin perjuicio que puede además ser asignatario por otros conceptos).

Como el encargo es secreto, no es necesario que el asignatario favorecido con el encargo secreto sea persona cierta y determinada.

El albaceazgo fiduciario debe reunir ciertos requisitos:

a) El albacea fiduciario debe estar designado en el testamento.

b) El albacea debe tener las calidades para ser albacea y para ser legatario, esto último a fin de que no se corra el riesgo de que por medio de esta institución se vulneren incapacidades para suceder.

c) Sólo puede destinarse a los encargos secretos hasta la mitad de la parte de bienes de que el causante haya podido disponer a su arbitrio. La jurisprudencia ha dicho que si se excede, la disposición testamentaria es nula sólo en el exceso.

   Aunque la jurisprudencia es vacilante, se cree que los encargos secretos sólo pueden ser a favor de legatarios. No podrían destinarse a encargos secretos o confidenciales asignaciones a titulo universal. Así se desprende del artículo 1312 que alude a determinar en el testamento las especies o la suma determinada de dinero y del mismo artículo 1312 al exigir en el albacea los requisitos para ser albacea y para ser legatario.

d) El albacea fiduciario debe jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto pasar bienes el causante a un incapaz; que el encargo no adolece de objeto ilícito y que desempeñará fiel y legalmente el encargo, sujetándose a la voluntad del testador.

e) El albacea fiduciario no puede ser obligado a revelar el objeto del encargo ni a rendir cuenta de su administración

f) Como contrapartida, el albacea puede ser obligado a rendir caución, a instancia de un albacea general, o de un heredero o del curador de la herencia yacente y con algún justo motivo.