

La Reforma de la patria potestad en el Derecho francés

(La ley de 4 de junio de 1970)

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ
de la Carrera Fiscal
Letrado del Ministerio de Justicia

Al maestro G. Marty

SUMARIO: I. Antecedentes: La "puissance paternelle" en el Derecho francés.—II. La Ley de 4 de junio de 1970, relativa a la "Autorité parentale": 1. Objeto de la Ley.—2. El nuevo régimen de la "autorité parentale": A. Terminología. B. Sujetos de la autoridad: a), en caso de filiación legítima; b), en caso de filiación natural. C. Relaciones entre los hijos y sus abuelos. D. Efectos personales de la autoridad: a), deberes de los hijos; b), funciones de los padres; c), delegación de la autoridad. E. Efectos patrimoniales de la autoridad: a), administración de los bienes de los hijos; b), usufructo de los bienes de los hijos. F. Responsabilidad civil de los padres. G. Privación de la autoridad. H. Recuperación de la autoridad.—III. Conclusión.

La Ley francesa número 70-459, de 4 de junio de 1970, ha venido a modificar la totalidad de los artículos del Código Civil referentes a la patria potestad, así como las normas de otros cuerpos legales relacionadas con la institución (1). Sitúase, pues, la citada ley en la

(1) Sobre la patria potestad en el Derecho francés anterior a la Ley de 1970, pueden verse, entre otros: A) En obras generales de Derecho Civil: A. COLIN-H. CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, Librairie Dalloz, París, 1914, tomo I, págs. 429 y ss.; M. PLANIOL-G. RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925, tomo I (con el concurso de R. Savatier), págs. 349 y ss., números 299 y ss.; L. JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, Recueil Sirey, París, 1932, 2ème ed., págs. 553 y ss.; A. COLIN-H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. con notas de Demófilo de Buen, I. E. Reus, Madrid, 1942, tomo II, vol. I (2.ª ed., rev. por Ossorio Morales), páginas 71 y ss.; M. PLANIOL-G. RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. esp. de Díaz Cruz, Cultural, S. A., La Habana, 1945, tomo I (con el concurso de R. Savatier), págs. 312 y ss.; R. SAVATIER: *Cours de Droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1947, tomo I, 2ème ed., págs. 125 y ss.; J. CARBONNIER: *Derecho civil*, trad. esp. de Zorrilla Ruiz, tomo II, vol. II, págs. 473 y ss.; R. DAVID: *Le Droit français*,

línea de las que, a través de estos últimos años, vienen realizando poco a poco en Francia la reforma del Derecho de familia. Sigue, en efecto, la Ley de 1970 a las que en 1964 y en 1966 llevaron a cabo, respectivamente, las reformas de la tutela y de la adopción, y completa, así, el nuevo ordenamiento de la zona del Derecho de familia referente a la protección y guarda de los menores e incapacitados.

El interés de la reciente Ley es obvio, dada la importancia de la institución que regula. A través de las páginas que siguen, trataré de exponer los principales aspectos de la reforma realizada, cotejando algunas de las nuevas normas con las antiguas e intentando llamar la atención acerca de ciertos rasgos suyos en relación con otras legislaciones contemporáneas.

I. ANTECEDENTES: LA PUISSANCE PATERNELLE EN EL DERECHO FRANCES

El Código Napoleón reguló en su día la patria potestad en los artículos 371 a 387 (2). Sus redactores realizaron en esta materia, como en otras, una transacción entre las reglas del Derecho romano y las del *Droit coutumier* (3). Conservaron, en efecto, la institución

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960, tomo II, páginas 29 y ss.; G. HUBRECHT: *Notions essentielles de Droit civil*, Sirey, París, 1963, 6ème ed., págs. 84 y ss.; H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, Editions Montchrestien, París, 1970, tomo I, vol. III, 4ème ed., 3ème tirage (por Michel de Juglart), págs. 506 y ss., núms. 1.136 y ss.; J. CHEVALLIER: *Droit civil (1re année)*, Sirey, París, 1970, 4ème ed., págs. 128 y ss. B) Monografías y artículos: P. BERNARD: *Histoire de l'autorité paternelle en France*, Montdidier, 1863; G. BUIS: *Du caractère juridique de la puissance paternelle dans le Droit de la France* (thèse), Lyon, 1896; J. DU PLESSIS DE GRENEGAN: *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien Droit français* (thèse), París, 1900; R. LE BALLE: *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, en *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Naoyiro Sugiyama*, Tokio, 1940, págs. 171 y ss.; A. DUFAY: *La puissance paternelle en France, du XVI au XVII siècle* (thèse), París, 1953; J. CASEL-N. BONNART CASEL: *Les droits de la mère sur l'enfant*, París, 1955; A. ROUAST: *Le juge et la vie familiale en Droit français*, en *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, París, 1963, págs. 872-873; RAYNAUD: *La puissance paternelle et l'assistance éducative*, en *Mélanges Savatier*, 1965, págs. 818 y ss.; y M. CRAFFE: *La puissance paternelle en Droit anglais*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1971 (este reciente y excelente libro, aunque dedicado al Derecho inglés, contiene numerosas observaciones de comparación con el Derecho francés, a través de las cuáles se expone el sistema de este último con anterioridad a la Ley de 1970 y teniendo en cuenta ya el Proyecto de 1969 que sirvió de base a la misma).

Sobre la autoridad de los padres en el Derecho francés, tras la reforma de 1970, puede verse M. DE JUGLART: *Cours de Droit civil*, Editions Montchrestien, París, 1970, tomo I, vol. I, 6ème ed., págs. 211 y ss., núms. 165 y ss.

(2) Sobre la elaboración del Código Civil y las preocupaciones del Primer Cónsul en materia de patria potestad, *vid.* M. CRAFFE: *op. cit.*, páginas 101-102.

(3) En Francia, en materia de patria potestad, las regiones de *Droit écrit* habían aceptado la tradición romana, mientras que las de *Droit coutumier* habían sido (como lo era, en España, el Derecho aragonés) refractarias a dicha tradición, siguiendo el principio "*droit de puissance paternelle n'a lieu*",

(designándola con el nombre de *puissance paternelle*, extraño a las regiones de *Droit coutumier*), pero la limitaron considerablemente e invistieron de ella tanto al padre como a la madre. La debilitación del poder paterno en el Código Civil fue severamente criticada por la escuela social de Le Play (4), si bien han sido numerosos, por otra parte, los defensores del criterio del Código en ese orden.

En todo caso, la evolución posterior de la patria potestad en Francia, tanto en el plano de la legislación como en el de la jurisprudencia y en el de las costumbres, se ha orientado ciertamente en el sentido al que apuntaba ya el Código. Como observa Jossierand, las leyes de la segunda mitad del siglo XIX y las de comienzos del XX siguieron suavizando la autoridad paterna, que dejó de merecer en verdad el nombre de *puissance*; los derechos del hijo y los de la familia fueron opuestos victoriosamente a los del padre, cuyas prerrogativas se batían en retirada, mientras se transformaba el fin y el espíritu de la institución; en esta línea, la Ley de 24 de julio de 1889 pudo ser considerada como la Carta de los derechos del hijo frente a su padre (5).

A lo largo del siglo actual, diversas leyes fueron reformando varios de los artículos que en el Código Civil regulaban la patria potestad (6), mientras otras, sin modificar directamente ese articulado, contenían normas relacionadas también con la patria potestad e incidían así indirectamente en el régimen de esta institución. Poco iba quedando, ciertamente, de la vieja regulación de la materia.

La reforma total de la institución, sin embargo, no se había operado. Es la reciente Ley de 1970 la que ha venido a realizarla. Preparada, sin duda, desde tiempo atrás y minuciosamente, el Proyecto que la dio forma —de octubre de 1969— pasó por las Cámaras francesas durante los meses de abril y mayo de 1970 (7), pudiendo así

que significaba no sólo la inexistencia de *patria potestas* romana en aquellas regiones, sino la concepción de la autoridad paternal en función del interés del hijo y reducida al mínimo; la autoridad de los padres, en efecto, estaba limitada tanto en su duración como en sus atributos, hasta el punto de que, según Pothier, cabía preguntarse "*si dans les pays coutumiers il y avait une puissance paternelle*" (vid, por todos, L. JOSSEERAND: *op. cit.*, núm. 1.077, páginas 556-557). Muy recientemente ha observado Mauricette Craffe que, aunque sea delicado el generalizar, parece que se puede afirmar que el elemento esencial en los *pays de coutume* ha sido la tendencia de los Tribunales a temperar una autoridad que, por su lado, el poder real intentaba reforzar (vid. M. CRAFFE: *op. cit.*, pág. 95).

(4) Vid. R. SAVATIER: *Cours cit.* núm. 229, pág. 127.

(5) L. JOSSEERAND: *op. cit.*, núm. 1.078, pág. 557.

(6) Así, la Ley de 21 de febrero de 1906 modificó el art. 386; la de 2 de julio de 1907 modificó los arts. 383 y 384; la de 23 de julio de 1942 modificó el art. 373, y la de 1 de septiembre de 1945 reformó los arts. 375 a 382.

(7) El Proyecto, presentado en la Asamblea Nacional con un informe del señor Tisserand en nombre de la Comisión de Leyes, fue discutido los días 7, 8, 9 y 16 de abril de 1970; en el Senado, el Proyecto, con informe del señor Jozeau-Marigné en nombre de la Comisión de Leyes, fue discutido el 13 de mayo de 1970; nuevamente en la Asamblea Nacional, el Proyecto,

en el de junio ser promulgada la Ley, cuyo texto definitivo paso a estudiar brevemente.

II. LA LEY DE 4 DE JUNIO DE 1970, RELATIVA A LA *AUTORITE PARENTALE*

1. *Objeto de la Ley.*

La Ley número 70-459, de 4 de junio de 1970 (8), es oficialmente *relative à l'autorité parentale*. Su objeto es, con otro nombre, la patria potestad, cuyo régimen se modifica ampliamente.

Dos cauces utiliza la Ley para llevar a cabo esta reforma. De un lado, modifica íntegramente, a través de su artículo 1.º, el título IX del libro I del Código Civil francés; los artículos 371 a 381 del *Code* tienen así nueva y por cierto más extensa redacción. De otro lado, la Ley reforma también (a través de sus artículos 2.º a 5.º) otras normas que, tanto en el propio Código Civil como en otros cuerpos legales franceses, afectaban a la patria potestad: de este modo adquieren un nuevo contenido o sufren algún retoque los artículos 213, 215, 389 y 1.384 del Código Civil, el artículo 775 del Código de procedimiento penal y los artículos 46, 49, 50 y 64 del Código de familia y de la ayuda social.

La fecha de entrada en vigor de la Ley se sitúa por su artículo 9.º en el 1.º de enero de 1971. Las normas de los artículos 11 a 14 contienen reglas para los problemas de Derecho transitorio que pudieran plantearse.

2. *El nuevo régimen de la autorité parentale.*

A. *Terminología.*—El término *puissance paternelle* que había recogido, como antes recordé, el Código Napoleón, tomándolo de las regiones de Derecho escrito y en contra de la tradición de las regiones de *Droit coutumier*, ha desaparecido oficialmente en 1970 del Derecho francés.

La Ley, en efecto, regula ahora la *autorité parentale*; y no sólo es este término el que se emplea en todos los preceptos modificados o introducidos por la Ley de 1970, sino que ésta dispone en su artículo 6.º que en todos los textos legales donde se haga mención de la *puissance paternelle*, tal mención sea reemplazada por la de *autorité parentale*.

El cambio terminológico operado no puede sorprender mucho. La expresión *puissance paternelle* (versión francesa de la *patria potestas*) contrariaba ya a ciertos sectores a raíz de la promulgación del Código y ha sido después criticada por la doctrina en forma creciente a medida que la legislación, modificando en forma parcial pero

modificado por el Senado, fue discutido y aprobado el 20 de mayo de 1970 (datos del *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, pág. 138, nota 1).

(8) Se publicó en el *Journal Officiel* de 5 de junio, págs. 5227 y ss.

incesante los preceptos del Código Civil, suavizaba de día en día la institución de la patria potestad y la dejaba prácticamente desprovista de todo carácter de poder. Por ello, ya en intentos anteriores de reforma se apuntaba la abolición del término tradicional. Así, en el Anteproyecto de Código Civil presentado en 1955 al Ministerio de Justicia de Francia por la Comisión de Reforma del *Code* se regulaba la patria potestad bajo la rúbrica *De l'autorité des père et mère* (9). No ha sido, empero, este término el que ha prevalecido, ni tampoco el de *autorité paternelle* (que ha menudo ha sido empleado en Francia como sinónimo de *puissance paternelle*), sino precisamente el de *autorité parentale*.

Un doble alcance parece tener la elección terminológica efectuada. Por un lado, la voz *autorité* reemplaza a la de *puissance*, suprimiéndose así en el mismo nombre de la institución el matiz de *poder* que correspondía a una concepción que se estima superada y a una regulación que ha quedado derogada (10). Por otro lado, se sustituye la voz *paternelle* por *parentale*, que cobija mejor al padre y a la madre (11). Los dos aspectos responden a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que, en una vertiente, ha pasado de *poder* a *función* y, en otra vertiente, ha pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre a constituir algo compartido por el padre y la madre.

No es el legislador francés el primero que suprime un término nacional equivalente al de *patria potestas*, aunque, como señalaré en la Conclusión de este estudio, han sido varios también los legisladores contemporáneos que han optado por conservar el término tradicional, que está, después de todo, arraigado en el lenguaje jurídico de muchos pueblos y no impide en último término dar un sentido moderno a la institución que designa.

B. *Sujetos de la autoridad*.—a) *En caso de filiación legítima*: El nuevo artículo 372 del Código Civil francés consagra, como veremos, el principio de coparticipación del padre y de la madre en la

(9) *Avant-projet de Code civil (première partie)*, París, 1955, pág. 170.

(10) No deja de existir una cierta sinonimia entre las dos voces: el Larousse define *autorité* como "*puissance légitime, droit de commander: l'autorité des lois, d'un père, d'un chef*", y la voz *puissance* como "*pouvoir de commander, autorité*" (*Nouveau Petit Larousse*, Librairie Larousse, París, 1968, págs. 85 y 839). Con todo, el término *puissance* refleja más acusadamente la idea de poder; los profesores Luis Jordana de Pozas y Olivier Merlin traducen la voz *puissance* por "potencia, poder, potestad" (*Dictionnaire Juridique Français-Espagnol Espagnol-Français*, Editions de Navarre, París, 1968, pág. 241).

(11) El adjetivo *paternel* significa "*du père*" o "*qui est propre au père: autorité paternelle*" (*Larousse*, ed. cit., pag. 751). Antes de la reciente reforma, Carbonnier observaba que, estando atribuida la autoridad paterna conjuntamente a los padres, cabría denominarla, con más propiedad, *autoridad parental* (co. cit., trad. Zorrilla, pág. 476). Sin embargo, Rossel y Mentha rechazaban ya hace años el término *parental* por prestarse al equívoco, pudiendo hacer creer que los ascendientes son llamados a esa autoridad (vid. V. ROSSEL-F. H. MENTHA: *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, tomo I, pág. 348).

autoridad sobre los hijos. Para apreciar la real importancia de esta consagración, conviene recordar brevemente cuál ha sido en este punto la posición del Derecho francés hasta 1970.

Ya al prepararse el Código Napoleón se discutió, según recuerda Granotier, sobre el papel de la madre: mientras Malleville, imbuido por el Derecho romano, se oponía a las concesiones en favor de aquélla, Berlier quería hablar en el Proyecto “de la autoridad de los padres y de las madres” (12). En realidad producíase —también en este punto— el choque de las dos tendencias contrarias en materia de patria potestad a que antes he aludido: el Derecho romano, desfavorable para la madre, y el *Droit coutumier*, inclinado a la coparticipación (13). Los autores del Código aspiraron seguramente, según cabe inferir de algunas palabras del Proyecto y de otras pronunciadas durante los debates, a realizar una obra de transacción (14).

¿Cuál fue, en definitiva, la posición del Código Civil? El artículo 213, de un lado, después de proclamar solemnemente al marido como jefe de esa asociación de personas que nace con el matrimonio, diciendo que “el marido es el jefe de la familia: ejerce esta función en interés común del matrimonio y de los hijos”, añadía que la mujer concurre con el marido en la dirección moral y material de la familia, provee a su mantenimiento, educa a los hijos y los prepara para su ulterior situación en la vida. Los artículos 371 y 372, de otro lado, aseguraban la igualdad de ambos padres ante los hijos. Sin embargo, el artículo 373 atribuía solamente al padre la autoridad sobre aquéllos durante el matrimonio.

En base a las normas legales, la doctrina francesa se inclinó a admitir la coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad (15). Y el Anteproyecto de Código Civil elaborado por la Comisión de Reforma y al que antes me he referido, intentó consagrar la igualdad del padre y de la madre proclamando que “salvo

(12) “En la antigua jurisprudencia —explicaba Vesin—, en los principios del Derecho romano, sobre todo cuando el poder paterno era como una continuación del derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, y la mujer no había cesado de estar bajo el poder del padre, no era extraño que no participara de esta magistratura de familia, pero los principios han cambiado con las costumbres; se trata de un poder de protección de los hijos, y la madre está con justo título admitida a compartirlo; los que tienen los mismos intereses deben tener los mismos derechos, y sería difícil justificar la proposición contraria” (cit. por P. GRANOTIER: *L'autorité du mari sur la personne de la femme et de la doctrine féministe*, París, 1909, pág. 281).

(13) La mayoría de las costumbres francesas —como las de Vitry, Chartres, Château-Neuf, Dreux, Montargis y Beaumanoir— hacían recaer el poder paternal en el padre y en la madre, situando a ambos en un mismo plano (vid. P. GRANOTIER: *op. cit.*, págs. 265, 278 y 279, y J. LECLERQ: *La famille*, 3ème éd., Namur-Louvain, 1950, pág. 366).

(14) Vid. las palabras de Cenet recogidas por P. GRANOTIER, *op. cit.*, página 280.

(15) Así, Colin y Capitant subrayaban que “la patria potestad, a pesar de su nombre, corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre” (*Curso cit.*, pág. 19); Savatier señalaba que la autoridad es “común al padre y a la madre” (*Cours cit.*, pág. 131); y Casel y Bonnart-Casel afirmaban que “el poder paternal pertenece conjuntamente al padre y a la madre” (*op. cit.*, pág. 31).

disposición especial contraria, el padre y la madre ejercen conjuntamente su autoridad, y la decisión tomada o el acto hecho por uno de ellos se presume haberlo sido con el acuerdo del otro, salvo oposición de este último cerca de terceros interesados" (art. 583, ap. 1.º); para el caso de disenso entre el padre y la madre se confería a ambos el derecho de pedir al Presidente del Tribunal que dirimiese la cuestión (art. 583, ap. 2.º).

La Ley de 1970 ha venido, en fin, a consagrar la coparticipación al proclamar en el nuevo texto del artículo 372 del Código Civil que "durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad". Lleva así el legislador francés a la norma, como desde hace tiempo se preveía, lo que ya está de hecho incorporado a las costumbres. El principio, por lo demás, estaba en cierto modo formulado ya en el artículo 373, donde, a tenor de la redacción que le había dado la Ley de 23 de julio de 1942, se afirmaba que "esta autoridad pertenece al padre y a la madre" (16). Es de notar, sin embargo, que dicho ya derogado artículo 373 añadía que, durante el matrimonio, la autoridad era "ejercida por el padre en su calidad de jefe de familia"; palabras que han desaparecido del Código en la reciente reforma, la cual, por otro lado, ha quitado efectivamente al marido la condición de "jefe de familia" al reformar también el artículo 213 del Código Civil, que antes, como recordé, decía "el marido es el jefe de la familia", y ahora dice: "los esposos asumen juntos la dirección de la familia...".

En definitiva, más importante tal vez que la formulación de un principio como el de la autoridad conjunta (con el cual va estando más de acuerdo cada día la doctrina y el Derecho comparado) es la regulación del caso de desacuerdo entre el padre y la madre; porque es este caso el que pone prácticamente a prueba el principio y el que plantea un problema delicado y susceptible de soluciones diversas (17). ¿Qué criterio adopta, ante ese caso, la reciente reforma francesa? El nuevo artículo 372-1 del Código Civil es que prevé la hipótesis de conflicto, disponiendo que si el padre y la madre no llegaran a ponerse de acuerdo sobre lo que exige el interés del hijo, la práctica que hubieran seguido precedentemente en ocasiones semejantes tendrá en ésta carácter de regla. A falta de una práctica tal —añade el precepto— o en caso de que se discuta si aquella existe o está bien fundada, el esposo más diligente podrá acudir al Juez de tuteladas, quien resolverá después de haber intentado conciliar a las partes. Esta norma —que es fruto de la discusión parlamentaria, constituyendo una de las modificaciones más importantes que se hicieron

(16) Una comparación entre este precepto y el Derecho inglés puede verse en M. CRAFFE: *op. cit.*, pág. 142.

(17) Puede verse mi libro *La participación de la madre en la patria potestad*, Madrid, 1957, págs. 101-110, donde se recogen varios casos posibles de conflicto y se examinan algunas soluciones propuestas en la doctrina o ensayadas en el Derecho comparado.

al texto del Proyecto de 1969 (18)— tiene considerable importancia. Su primer apartado presenta, a mi juicio, una cierta vaguedad; parece difícil que, una vez planteado el conflicto, pueda resolverse por la práctica seguida en ocasiones semejantes, acerca de la cual no habrá probablemente certeza. En definitiva, pues, habrá que acudir a la autoridad judicial, solución que no es ideal en el Derecho de familia, aunque es realmente difícil encontrar otra mejor. Será interesante conocer el resultado práctico de la aplicación del nuevo artículo 372-1 del Código Civil francés.

El artículo 372-2, por su parte, dispone que, con relación a terceros de buena fe, cada uno de los esposos está obligado a obrar de acuerdo con el otro cuando hace sólo un acto usual de autoridad parental relativo a la persona del hijo. El artículo 373 prevé la terminación de la autoridad conjunta y la concentración de la autoridad en uno sólo de los padres; dispone, en efecto, que pierde el ejercicio de la autoridad parental, o es privado provisionalmente de ella, el padre o la madre que se encuentre en alguno de estos casos: 1.º Si está imposibilitado de manifestar su voluntad, por razón de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento o de cualquier otra causa; 2.º Si ha consentido una delegación de sus derechos según las reglas establecidas en la sección III del mismo capítulo (la sección relativa a la delegación de la autoridad, a la que luego me referiré); 3.º Si ha sido condenado por una de las diversas figuras de abandono de familia, en tanto que no haya vuelto a asumir sus obligaciones durante un tiempo de seis meses como mínimo; 4.º Si ha sido pronunciada contra él una sentencia de privación o retirada de sus derechos, en cuanto a los retirados. El artículo 373-1 añade que si uno de los padres ha muerto o se encuentra comprendido en uno de los casos enumerados en la norma anterior, el ejercicio de la autoridad es entregado completamente al otro.

¿Quién ejercerá la autoridad en caso de divorcio o separación de los cónyuges? El artículo 373-2, en previsión de esta hipótesis, dispone que la autoridad será ejercida por aquél de entre ellos a quien el Tribunal haya confiado la guarda del hijo, quedando a salvo el derecho de visita y de vigilancia del otro; si la guarda fue confiada a un tercero, los otros atributos de la autoridad continúan siendo

(18) Según el texto propuesto en el Proyecto de 1969, el art. 372-1 dispondría que, con relación a terceros de buena fe, cada uno de los esposos está obligado a obrar de acuerdo con el otro cuando hace solo un acto usual de la autoridad parental relativo a la persona del hijo; y el art. 213, apartado 2.º, preceptuaría que, en caso de desacuerdo persistente, el marido toma la decisión que le parece más conforme al interés del hogar y de los hijos, salvo recurso de la mujer al Tribunal; éste no dicta una decisión más que en el caso de que no llegue a conciliar a los esposos. Una enmienda presentada en la Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional solicitó que el texto legal afirmara que, en caso de desacuerdo persistente, uno de los esposos se puede dirigir al Tribunal para que se tome la declaración más conforme al interés del matrimonio y de los hijos (*Assemblée Nationale* 1969-1970, Doc. 1032). Las facultades del padre han sido, pues, rebajadas en la fase parlamentaria de la gestación de la reforma.

ejercidos por el padre y la madre, pero el Tribunal, al designar a un tercero como guardián provisional, puede disponer que éste deberá solicitar la apertura de una tutela. El artículo 373-3, para el caso de que concurren circunstancias excepcionales, confiere al Tribunal que entienda sobre la guarda del hijo tras el divorcio o separación de cuerpos la facultad de decidir, aunque vivan los esposos, que la guarda no pasará al superviviente en caso de muerte del que la ejerce; puede el Tribunal, en tal hipótesis, designar la persona a quien se entregará provisionalmente la guarda. El artículo 374-4, por su parte, preceptúa que, si no queda ya padre ni madre en estado de ejercer la autoridad, procederá la apertura de una tutela de acuerdo con el artículo 390 (19).

b) *En caso de filiación natural*: En el Derecho francés —donde ni el *Droit coutumier* ni el Código napoleónico habían atribuido la patria potestad al padre natural— la Ley de 2 de julio de 1907, reformadora del artículo 383 del Código, dispuso que la patria potestad sobre los hijos naturales legalmente reconocidos es ejercida por el padre o madre que le haya reconocido primero.

Con la reforma de 1970, el nuevo artículo 374 del Código Civil viene a regular la atribución de la autoridad de los padres en caso de filiación natural voluntaria reconocida. Dos hipótesis distingue el texto:

1.^a La de reconocimiento individual de uno sólo de los padres: para este caso, el apartado 1.º del artículo 374 dispone que la autoridad sobre el hijo natural es ejercida por aquél de los padres que le ha reconocido voluntariamente.

2.^a La de reconocimiento de ambos padres: para esta hipótesis, el apartado 2.º del mismo artículo establece que la autoridad será ejercida enteramente por la madre, aunque el Tribunal podrá, a petición de uno de los padres o del Ministerio Público, decidir que sea ejercida por el padre sólo o por el padre y la madre conjuntamente, a quienes serán aplicables entonces los artículos 372 a 372-2 (aquí ya examinados), como si se tratara de un hijo legítimo.

Esa última norma referente a la hipótesis de reconocimiento de ambos padres no distingue según si dicho reconocimiento haya sido conjunto o sucesivo; creo que cabe entender que la regla será aplicable a los dos casos. La norma es, ciertamente, interesante. A su tenor, el principio es que la autoridad sobre el hijo reconocido voluntariamente por el padre y la madre es ejercida por ésta; pero el Tribunal puede, en definitiva, atribuir la sólo al padre o a los dos progenitores conjuntamente. El arbitrio judicial tiene, pues, aquí, como en otros puntos de la nueva regulación, un juego importante.

La atribución de la autoridad en principio a la madre está, a mi juicio, justificada, pues es generalmente ella quien asume respecto

(19) El art. 390 del Código Civil francés, redactado según Ley de 14 de diciembre de 1964 e integrado en el capítulo *De la tutelle*, señala los casos de apertura de la tutela.

del hijo natural la guarda y educación del hijo (20). También parece aceptable que quede la puerta abierta para la atribución de la autoridad al padre en los casos, seguramente menos frecuente, en los que aquél quiera y pueda ejercer la autoridad sobre el hijo natural con beneficio para éste. Finalmente, la posibilidad de autoridad conjunta del padre y de la madre naturales, siendo interesante, será acaso de difícil aplicación: resultará tal vez posible y oportuna en el caso —que ciertamente no es raro (21)— de concubinato; pero en los otros casos, es decir, cuando el padre y la madre no vivan juntos, no será fácil el ejercicio conjunto de la autoridad.

Todos los preceptos que hasta ahora he recogido en este epígrafe se refieren a la hipótesis de reconocimiento voluntario. Queda la de *reconocimiento forzoso* o *declaración judicial de paternidad*. De antiguo se ha dudado en Francia —como en otros países, el nuestro entre ellos— acerca de si en aquella hipótesis la patria potestad queda atribuida al padre cuya paternidad se establece. En principio puede parecer injusto que el padre que ve su paternidad declarada por un Tribunal e impuesta coactivamente por no haberla él voluntariamente proclamado, adquiera derechos sobre el hijo; aunque si se piensa en el carácter de *función y deber* que la patria potestad reviste, no parecerá inadecuado que se le atribuya. A esa atribución, desde luego, se han inclinado la doctrina o la jurisprudencia de varios países (22). En Francia, que es lo que aquí fundamentalmente contemplamos, se afirmó la opinión de que, desde el punto de vista de la patria potestad,

(20) Algunos problemas de atribución de la patria potestad según la clase de reconocimiento (individual de uno de los padres, conjunto de padre o madre o sucesivo de ambos padres) se recogen en mi libro *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 131-141. Pueden verse también el artículo de M. BORRACHERO: *Reconocimiento sucesivo de hijos naturales*, en "Revista de Derecho Privado", 1953, págs. 289-290, y el libro de M. ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954, págs. 115 y otras.

(21) *Vid.* el interesante libro de G. GARCÍA CANTERO: *El concubinato en el Derecho civil francés*, C. S. I. C., Roma-Madrid, 1965, especialmente páginas 43-60, donde se estudian los aspectos sociológicos e ideológicos del concubinato en Francia, indagándose, sobre la base de estadísticas y encuestas, las causas en general de su difusión; *vid.* también el prólogo de esa obra, donde el profesor Ignacio Serrano pone de relieve la evolución en el Derecho francés de la institución del concubinato, "que totalmente huérfana de regulación en su principio, como no fuera para sancionar penalmente algunas relaciones extramatrimoniales, ha ido ganando notoriedad y perfilándose merced a la obra jurisprudencial" (p. VII).

(22) En Italia se habla en los mismos términos del poder sobre los hijos naturales, sean reconocidos o declarados (*vid.* MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de Sentís, Buenos Aires, 1954, tomo III, págs. 70 y 160). En la doctrina argentina, Cafferata ha propuesto el "imponer a los padres que no reconocieren voluntariamente a sus hijos naturales todas las obligaciones que derivan de la patria potestad, sin que puedan aprovecharse de las ventajas que la misma otorga" (J. I. CAFFERATA: *La filiación natural*, Córdoba (Argentina), 1952, pág. 264). En España, la jurisprudencia ha admitido la atribución de patria potestad en el caso de reconocimiento forzoso (*vid.* la sent. de 16 de junio de 1900).

el reconocimiento judicial equivalía al voluntario (23); el Código Civil, empero, no afrontaba expresamente la cuestión; ha sido la Ley de 1970 la que ha venido a traer al articulado de aquél un precepto sobre la materia.

Dicho precepto es el nuevo artículo 374-1, según el cual las mismas reglas establecidas para el caso de filiación natural reconocida son aplicables al caso de que, a falta de reconocimiento voluntario, se haya establecido la filiación por sentencia, ya sea con relación a los dos padres, ya sea con relación a uno sólo de ellos. No obstante, según añade el párrafo 2.º del artículo, el Tribunal, cuando decida sobre la filiación, puede siempre acordar el confiar la guarda provisional a un tercero que quedará encargado de requerir la organización de la tutela.

El solo hecho de que el legislador francés haya afrontado directamente este tema, es, a mi juicio, elogiable. También lo es seguramente la solución de aplicar en lo posible las reglas establecidas para la filiación natural reconocida voluntariamente (cuya amplitud ya he señalado) e incluso la posibilidad que en último término queda abierta al Tribunal de promover la tutela cuando, en el caso concreto, no sean idóneos los padres para el ejercicio de la función de su autoridad.

Por lo demás, y a tenor del artículo 374-2, la tutela puede ser abierta en todos los casos del actual título IX del libro I del Código Civil francés, aunque no haya bienes que administrár.

C) *Relaciones entre los hijos y sus abuelos.*—Pretende dejar en todo caso a salvo esas relaciones el nuevo artículo 371-4 del Código Civil, según el cual el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, poner obstáculos a las relaciones personales del hijo con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes —añade—, las modalidades de aquellas relaciones serán regladas por el Tribunal, el cual, en consideración a situaciones excepcionales, puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no.

Es éste un aspecto interesante del nuevo Derecho francés. Las facultades reconocidas a los abuelos responden a la idea de que éstos juegan un papel bastante importante en relación a sus nietos (24). A la vista de tales facultades se ha hablado, incluso, de *puissance grand paternelle*, y es de notar que el nuevo artículo 378 habla expresamente de la *part d'autorité parentale* atribuida a los ascendientes; pero el derecho de los abuelos, en vida de los padres, a mantener relaciones personales con sus nietos, está a bastante distancia de la ver-

(23) Dalloz, tomo III, pág. 669.

(24) Según observa De Juglart, se concede a los abuelos un derecho de visita y de estancia, lo que quiere decir que, por ejemplo, después de un divorcio, si, como es frecuente, los hijos quedan confiados a la madre, los padres del marido tendrán derecho a exigir, como el marido mismo, que los niños les sean confiados durante algunos días del año (*Cours cit.*, tomo I, vol. I, pág. 215).

dadera autoridad paterna, con la suma de funciones a ésta atribuida (25).

El referido derecho de los abuelos fue, por cierto, construido por la jurisprudencia francesa, que extendiéndoles el artículo 371 del Código Civil (que decía y dice que el hijo en toda edad debe honor y respeto a su padre y a su madre) dedujo que los abuelos tenían el derecho de recibir a sus nietos (derecho de visita) y de mantener correspondencia con ellos, aun contra la voluntad del padre y de la madre (26). La Ley de 1970 ha venido a consagrar el derecho de los abuelos; el nuevo artículo 371-4 puede ser un útil instrumento para asegurar unas justas relaciones en numerosos casos posibles en que éstas se verían entorpecidas o impedidas.

D) *Efectos personales de la autoridad.*—a) *Deberes de los hijos:* Poco es lo expresamente recogido en este ámbito por los nuevos preceptos franceses. No se ve proclamado, en efecto, el deber de obediencia, que, sin embargo, está tan íntimamente ligado a la patria potestad. Cabe suponer que ese deber de los hijos existe en cuanto es correlativo a la autoridad de los padres; difícilmente podrían cumplirse varias de las funciones atribuidas a los padres en el título IX del libro I del Código Civil sin una obediencia por parte de los hijos.

Sí se incluye, en cambio, en el nuevo articulado el deber de los hijos de permanecer en el hogar, que corresponde a la función de guarda de los padres. En relación con ese deber, el anterior artículo 374 disponía que el hijo no podía dejar la casa paterna sin el permiso del padre, salvo que fuera para enrolarse voluntariamente después de haber cumplido la edad de dieciocho años. El nuevo artículo 371-3 preceptúa que el hijo no puede, sin permiso del padre y de la madre, dejar la casa familiar, ni puede ser retirado de ella más que en los casos de necesidad que determina la Ley.

b) *Funciones de los padres:* El nuevo artículo 371-2 del Código Civil francés afirma en su apartado 1.º que la autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. La concepción moderna de la patria potestad como una *función* (27) inspira, sin duda, el nuevo redactado legal: la auto-

(25) También se ha hablado en Francia de *puissance grand-paternelle* con referencia a la tutela que corresponde a los ascendientes al faltar los padres del menor. Se dice —nota De Juglart— que esa tutela está más o menos “mezclada” con la autoridad parental; es cierto —añade— que en ese sentido existe una cierta *puissance grand-paternelle*, pero no cabe establecer una comparación entre la verdadera autoridad de los padres y la que está en manos de los ascendientes, que es mucho más embrionaria (*Cours cit.*, tomo I, vol. I, pág. 242). En la misma línea, antes de la reforma de 1970, los Mazeaud afirmaban que “*les grands-parents ne détiennent pas la puissance paternelle*” (*Leçons cit.*, tomo I, vol. III, pág. 506).

(26) Vid. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD: *loc. cit.*

(27) Sobre esa concepción *vid.* en la doctrina francesa: MARTY-RAYNAUD: *Droit civil*, París, 1961, tomo I, pág. 730; en la doctrina italiana, por todos, la importante monografía de Angelo Carlo PELOSI: *La patria potestad*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, págs. 58-63; para el Derecho español *vid.* la sent. de 26 de noviembre de 1955 (ponencia de Bonet Ramón).

riedad es otorgada para el cumplimiento de unos deberes. En tres planos —el de la seguridad, el de la sanidad y el de la moralidad— se proyecta la actuación.

Según el apartado 2.º del mismo precepto, el padre y la madre tienen respecto al hijo el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación. También asoma aquí la idea de *derecho-deber*.

La función de los padres en el orden de la educación del hijo es ampliamente desarrollada a lo largo de toda una sección del nuevo capítulo I del título IX: la sección II, que, bajo la rúbrica *De l'assistance éducative*, comprende nueve preceptos integrados en el extenso artículo 375.

A tenor de la primera de esas normas, si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado están en peligro, o si las condiciones de su educación están gravemente comprometidas, pueden ser ordenadas en justicia medidas de asistencia educativa a petición del padre y de la madre conjuntamente, o de uno de ellos, o del guardián o del tutor, o del menor mismo, o del Ministerio Público; el Juez puede excepcionalmente proceder de oficio; las medidas pueden ser acordadas, al mismo tiempo, para varios hijos sujetos a la misma autoridad (art. 375).

Las decisiones adoptadas en materia de asistencia educativa pueden ser en todo momento modificadas o revocadas por el Juez que las ha dictado, ya sea de oficio, ya sea a petición de aquellas mismas personas que pudieron solicitarlas (art. 375-6).

El padre y la madre cuyo hijo haya dado lugar a una medida de asistencia educativa, conservan su autoridad sobre él y ejercen todos los atributos de la misma que no sean incompatibles con la aplicación de la medida, aunque no podrán sin autorización emancipar al hijo (art. 375-7).

Los gastos de sostenimiento y educación del hijo que ha sido objeto de una medida de asistencia educativa continúan incumbiendo a su padre y a su madre, así como a los ascendientes a quienes se puede reclamar alimentos, quedando a salvo la facultad del Juez de descargar de tales gastos en todo o en parte (art. 375-8).

c) *Delegación de la autoridad*: El nuevo artículo 376 del Código Civil francés priva expresamente de efectos a la renuncia o cesión de la autoridad de los padres. Ello está de acuerdo con la doctrina moderna. Se admite hoy generalmente, en efecto, que la patria potestad es irrenunciable, porque entrañando una función y suponiendo un deber, la renuncia del padre supondría el incumplimiento del deber de protección que le está atribuido.

La doctrina francesa se había situado hace ya tiempo en esa línea: Jossierand, así, señalaba que la patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que no puede ser ampliada ni reducida por voluntad de los interesados y, sobre todo, no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre (28).

En la misma línea se había situado la jurisprudencia, declarando que los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares hechas en el contrato de matrimonio o por los padres o el menor con un tercero, convenciones que serían radicalmente nulas (29).

El nuevo artículo 376, pues, recoge y confirma esos criterios ya difundidos en Francia.

Es de notar que el Código Civil portugués de 1966 ha consagrado también expresamente la irrenunciabilidad de la patria potestad (30).

Cabe en el Derecho francés, sin embargo, la delegación de la autoridad de los padres en los términos admitidos por los nuevos artículos 376-1 y 377 del Código Civil. Así, un Tribunal, cuando sea llamado a resolver sobre la guarda o educación de un hijo menor, puede respetar los pactos que el padre y la madre hayan concluido libremente entre ellos a ese respecto, a menos que uno de ellos pruebe tener motivos graves para revocar su consentimiento (art. 376-1). Y el padre y la madre, conjunta o separadamente, o el tutor autorizado por el Consejo de familia, pueden, cuando hayan entregado al hijo menor de dieciocho años a un particular digno de confianza, o a un establecimiento aprobado para este fin, o al Servicio de la ayuda social a la infancia, renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad (art. 377). Los apartados 2.º y 3.º del artículo 377, así como los artículos 377-1 y 377-2, desarrollan la posibilidad de delegación. El artículo 377-3 cierra el tema afirmando que no puede delegarse nunca el derecho de consentir a la adopción del menor (31).

E) *Efectos patrimoniales de la autoridad*.—Se consagra a tales efectos el capítulo II del nuevo título IX del libro I del Código Civil francés, que, bajo la rúbrica *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant*, integra los artículos 382 a 387. Allí se encuentran las normas referentes a la administración y al goce de los bienes de los hijos sujetos a la autoridad de los padres.

a) *Administración de los bienes de los hijos*: ¿A quién corresponde la administración? Lo señala el nuevo artículo 383, en su apartado 1.º, al decir que la administración legal es ejercida por el padre con el concurso de la madre en el caso del artículo 389-1, y, en los otros casos, bajo control del Juez, por el padre o por la madre, según las disposiciones del capítulo precedente (recogidas ya en este estudio). El artículo 389-1, cuyo texto actual fue redactado por una Ley de 14 de diciembre de 1964, dice que la administración legal es pura

(29) Sent. de 16 de diciembre de 1930, recogida en Dalloz, tomo III, pág. 668.

(30) El art. 1.880 del nuevo Código Civil portugués afirma, en efecto, que los padres no pueden renunciar al poder paternal ni a cualquiera de sus derechos, sin perjuicio de lo que el propio Código dispone acerca de la adopción y tutela de los menores.

(31) Cfr. el art. 348 del Código Civil francés (redactado por Ley de 11 de julio de 1966) sobre consentimiento del padre y de la madre para la adopción del hijo; puede verse también F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Francia*, en "Anuario de Derecho Civil", 1967, págs. 565 y ss.

y simple cuando el menor es un hijo legítimo, cuyos padres viven, no están divorciados ni separados de cuerpos y no se encuentran en los casos previstos en el artículo 373 (aludido también anteriormente). Por otro lado, el artículo 389 (norma que, aunque perteneciente a otro capítulo del Código Civil —el de la tutela—, ha recibido también nueva redacción con la Ley de 1970) dispone que, si la autoridad es ejercida en común por los padres, el padre es administrador legal, mientras que, en los demás casos, la administración pertenece a aquel de los padres que ejerce la autoridad.

Es de notar que la Resolución 1.207 (XLII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de mayo de 1967 y a la que luego me referiré, recomendó a los Gobiernos de los Estados Miembros adoptar en las legislaciones nacionales como principio en esta materia el de que “ambos cónyuges tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a la administración de los bienes de los hijos menores, con las limitaciones legales necesarias para garantizar en todo lo posible que esos bienes se administren en interés de los hijos”.

b) *Usufructo de los bienes de los hijos*: El nuevo artículo 383, en su apartado 2.º, dispone que el goce legal pertenece a aquél de los padres que tenga la carga de la administración (32). El tradicional derecho de goce ha sido, pues, mantenido (33).

Cesa el derecho de goce: 1.º Cuando el hijo cumpla dieciocho años, e incluso antes si contrae matrimonio; 2.º Por las causas que ponen fin a la autoridad de los padres y especialmente por las que extinguen la administración, y 3.º Por las causas que implican la extinción de todo usufructo (art. 384).

Cargas del goce legal son: 1.º Aquellas que pesan sobre los usufructuarios en general; 2.º La alimentación, el sostenimiento y la educación del hijo, según su fortuna, y 3.º Las deudas que graven la sucesión recibida por el hijo, en cuanto aquéllas hubieran debido ser pagadas sobre las rentas (art. 385).

(32) No emplea la ley la palabra *usufruit*, sino la de *jouissance*, que era también la utilizada antes de la reforma. Sin embargo, la doctrina viene a identificar los dos términos; según Hubrecht, el derecho de *jouissance légale* es una suerte de usufructo que atribuye la facultad de disponer de rentas, frutos, intereses, cupones, alquileres, etc., que procedan de los bienes del hijo (*op. cit.*, pág. 87).

(33) El profesor Chevallier, antes también de la última reforma, observaba que, aunque hoy asombre el que los padres puedan apropiarse de bienes de los hijos, la regla es sabia; su resultado es dispensar a los padres de rendir cuenta del empleo que han hecho de las rentas del hijo; sin duda el derecho de *jouissance légale* priva al hijo de la capitalización del excedente de sus rentas sobre los gastos hechos en su provecho, pero si esas rentas provienen de la sucesión de uno de los padres, el derecho de *jouissance légale* completa la insuficiencia del derecho de sucesión entre esposos; y si proceden de una sucesión o liberalidad de alguien distinto de los padres, este derecho evita que se manifiesten entre los jóvenes hijos de la misma familia diferencias de fortuna demasiado sensibles; se trata, pues, de un derecho que debería halagar al espíritu democrático de la legislación francesa, pero lo que se produce es lo contrario: se preconiza su desaparición (J. CHEVALLIER: *op. cit.*, pág. 130).

No tendrá lugar el goce en provecho de cónyuge sobreviviente que hubiera omitido hacer inventario (art. 386). El goce no se extiende a los bienes que el hijo pueda adquirir por su trabajo, ni a los que le sean dados o legados bajo condición expresa de que no sean gozados por los padres (art. 387).

F) *Responsabilidad civil de los padres.*—La Ley de 1970 ha venido a modificar el apartado 4.º del artículo 1.384 del Código Civil francés, relativo a la responsabilidad civil de los padres.

La norma ahora derogada decía que el padre y, después del fallecimiento del marido, la madre, eran responsables del daño causado por sus hijos menores que habitasen con ellos. El precepto era consecuente con la concepción de la patria potestad como poder atribuido primeramente al padre y, subsidiariamente, a la madre.

Numerosos autores franceses ya clásicos, al interpretar la norma del Código Civil, equipararon la muerte del marido con todos los casos en que la vigilancia y educación de los hijos se encontrara confiada a la madre: por ejemplo, cuando se hubiera hecho la declaración de ausencia del marido, o cuando éste estuviese separado legalmente de la mujer, o cuando el marido se hallare en interdicción civil o hubiere partido para viaje de larga duración (34). Los autores modernos opinaron que, aun viviendo el padre, la madre sería responsable en el caso de que ejerciera el derecho de guarda (35). Y la jurisprudencia entendió también que, cuando la guarda estuviera confiada a la madre, aunque el padre siguiera ejerciendo la patria potestad, aquel simple derecho de guarda operaba la transmisión a la madre de la carga de la responsabilidad (36).

El nuevo apartado 4.º del artículo 1.384, en la redacción que ha recibido con la Ley de 1970, afirma que el padre y la madre, en tanto ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. La Ley ha buscado, pues, la concordancia entre esta norma y la que contiene el principio de autoridad conjunta de los padres (37); la responsabilidad solidaria de éstos queda hoy expresamente proclamada.

G) *Privación de la autoridad.*—La Sección IV del capítulo I del nuevo título IX del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica *De la décheance et du retrait partiel de l'autorité parentale*, se refiere a la privación y a la suspensión de la autoridad de los padres, recogiendo diversos casos y regulando sus efectos.

Pueden ser privados de su autoridad, por una disposición expresa

(34) Récamier, Touiller, Duvergier, Sourdat, Larombière y Aubry-Rau, cits. por GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp., Ed. Reus, Madrid, 1911, vol. V, pág. 397.

(35) Vid. E. BLANC: *La responsabilité des parents*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, París, 1953, pág. 74.

(36) Vid. E. BLANCH: *op. cit.*, pág. 73.

(37) Cfr. el apartado 1.º del art. 2.048 del Código Civil italiano y el apartado 2.º del art. 1.903 del Código Civil español. En relación con el Derecho italiano puede verse A. C. PELOSI: *op. cit.*, págs. 320-323; para el Derecho español, mi libro *La patria potestad*, cit., págs. 311-324.

de la sentencia penal, el padre y la madre que sean condenados como autores o cómplices de crimen o delito cometido sobre la persona de su hijo, o como coautores o cómplices de crimen o delito cometido por su hijo (art. 378, apartado 1.º). También pueden ser privados, sin condena penal, el padre y la madre que, ya por malos tratos, ya por ejemplos perniciosos de embriaguez habitual, mala conducta o delincuencia, o ya por falta de cuidados o de dirección, pongan manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo; cuando haya sido tomada una medida de asistencia educativa, pueden ser privados de su autoridad el padre y la madre que durante más de dos años se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes que les confería el artículo 375-7; la acción de privación se interpone ante el Tribunal *de grande instance*, ya sea por el Ministerio Público, ya sea por un miembro de la familia o por el tutor del hijo (artículo 378-1 (38)).

La privación así pronunciada afecta de pleno derecho a todos los atributos, tanto personales como patrimoniales, de la autoridad de los padres y se extiende, salvo que se determine otra cosa, a todos los hijos menores ya nacidos en el momento de la sentencia, implicando para el hijo dispensa de la deuda alimenticia, por derogación a los artículos 205 a 207, salvo disposición contraria en la sentencia de privación (art. 379) (39).

La sentencia, en vez de decretar la privación total, puede limitarse a pronunciar una retirada parcial de derechos, limitada a los atributos que especifique; también puede declarar que la privación o la retirada parcial no tendrán efecto sino con relación a algunos de los hijos ya nacidos (art. 379-1).

Al pronunciar la privación o la retirada del derecho de guarda, la jurisdicción que entienda deberá, si el otro padre ha muerto o ha perdido el ejercicio de la autoridad, ya designar a un tercero que asuma provisionalmente la guarda del hijo con la obligación de instar la organización de la tutela, ya confiar al hijo al Servicio de la ayuda social a la infancia; las mismas medidas podrá tomar la jurisdicción cuando la autoridad sea entregada a uno de los padres por efecto de la privación pronunciada contra el otro (art. 380).

Cabe aquí recordar, por lo demás, que uno de los padres puede ser excluido de la autoridad si se encuentra en alguno de los casos del artículo 373, a los que anteriormente me referí. En tales casos, e igualmente cuando uno de los padres fallece, la autoridad es atribuida por entero al otro (art. 373-1). Cuando no quede ya padre ni ma-

(38) La privación de la autoridad paterna a los padres indignos fue, desde el siglo pasado, regulada minuciosamente en Francia. Así, ya la Ley de 24 de julio de 1889, sobre protección a los niños maltratados o moralmente abandonados, contuvo extensas normas sobre privación de patria potestad y retirada total o parcial de derechos inherentes. Preveían también la privación de la guarda del hijo las leyes de 19 de abril de 1898 de 11 de abril de 1908.

(39) Cfr., para el Derecho italiano, A. C. PELOSI: *op. cit.*, págs. 338-344; para el Derecho inglés, M. CRAFFE: *op. cit.*, págs. 167-168; para el Derecho español, mi libro *La patria potestad cit.*, págs. 327-340.

dre en condiciones de ejercer la autoridad, procederá abrir la tutela (art. 373-4).

H) *Recuperación de la autoridad*.—El nuevo artículo 381 del Código Civil francés prevé la posibilidad de que los padres recuperen la autoridad de que fueron privados (40). Admite, en efecto, aquel precepto que el padre y la madre que hayan sido objeto de una privación o de una retirada de derechos por una de las causas previstas en los artículos 378 y 378-1, podrán obtener del Tribunal, justificando que se dan circunstancias nuevas, que les sean restituidos, en todo o en parte, los derechos de que habían sido privados. La petición no podrá interponerse antes de haber transcurrido un año desde que sea firme la sentencia que impuso la privación o la retirada; si la petición fuera desestimada, no podrá renovarse antes de transcurrir un nuevo período de un año. No caben peticiones cuando el hijo haya sido *placé en vue de l'adoption* (41). Cuando la recuperación de la autoridad sea concedida, el Ministerio Público promoverá, si proceden, medidas de asistencia educativa (42).

III. CONCLUSION

La Ley francesa de 4 de junio de 1970 constituye realmente una de las más importantes reformas hechas al articulado del Código Civil. Con ella la institución de la patria potestad ha experimentado considerables modificaciones, que comienzan, como hemos visto, en el mismo nombre de la institución y alcanzan a numerosos aspectos de su temática.

En el orden terminológico, ¿está suficientemente justificada la supresión de términos que como el de *puissance paternelle* (o el de *patria potestad* y equivalentes) vienen designando tradicionalmente a la institución? No faltarán acaso quienes juzguen improcedente o innecesaria tal supresión. Los términos acuñados de antiguo y arraigados por un uso secular tienen, ciertamente, un valor. Y cabe, conservándolos, llenarlos de sentido nuevo (43). Es de notar que en el Derecho

(40) La Ley de 24 de julio de 1889, antes citada, dedicó ya un capítulo a la restitución de la patria potestad o de los derechos ligados a ella.

(41) Sobre el nuevo *placement en vue de l'adoption plenière* del Derecho francés, *vid.* el art. 351 del Código Civil, redactado por la Ley de 11 de julio de 1966; puede verse también F. VEGA SALA: *loc. cit.*

(42) *Cfr.*, en Derecho italiano, A. C. PELOSI: *op. cit.*, pág. 317; en Derecho español, mi libro *La patria potestad cit.*, págs. 340-342.

(43) Como decía Manresa, siguiendo precisamente al francés Laurent, "no hay obstáculo en que se exprese con un nombre antiguo un concepto nuevo" (J. M. MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*. I. E. Reus, Madrid, tomo II, 7.^a ed., rev. por F. Bonet Ramón, 1957, pág. 9); y, como observa Puig Peña, "son muchos los casos en los que las palabras del Diccionario jurídico subsisten en los labios de las gentes, aun habiendo cambiado de significado; y siendo constante el uso del término *patria potestad*, no hay razón fundamental para suprimirlo, siempre que la normación del

comparado pueden encontrarse diversas legislaciones que conservan el viejo término de *patria potestad* o sus equivalentes. Incluso algunas reformas recientes se han inclinado a esa conservación. Así, en Portugal, el Código Civil de 1966 habla de *poder paternal* (arts. 1.879 y ss.); y en Argentina, la Ley número 10.903 con las modificaciones del Decreto-ley número 5.286, del 20 de mayo de 1957, que cambió el texto del artículo 264 del Código Civil, donde se define la patria potestad, ha conservado el término tradicional, y la reciente e importante Ley número 17.711, de reforma parcial del Código, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 1968, no ha modificado este punto.

Sin embargo, la tendencia mundial de la doctrina y de las legislaciones en materia de patria potestad parece realmente orientarse hacia la sustitución de los términos tradicionales, juzgando que éstos ofrecen un excesivo matiz de *poder*. En la doctrina francesa, incluso un jurista de la línea conservadora, como el profesor René Savatier, afirmó —por cierto, en España— durante los mismos días en que se realizaba la reciente reforma legal de su país: “Las palabras repelentes de *obediencia*, de *potestad marital* y de *patria potestad* desaparecen del Derecho francés. El espíritu del legislador ha cambiado y se ha humanizado” (44). En cuanto a las legislaciones más recientes el Código Civil etíope de 1960, redactado por el profesor René David, no habla en su versión oficial francesa de *puissance paternelle* sino de *autorité de parents* (art. 204); y en nuestra misma España, la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 no habla tampoco de *patria potestad*, sino de *deber de crianza y autoridad familiar en los padres* (epígrafe del art. 9.º); criterio seguramente acertado, con el cual se recoge la tradición del Derecho aragonés (hostil, como es bien sabido, al término romano *patria potestas*) y al propio tiempo se coincide con la orientación actual del Derecho comparado, demostrándose una vez más que muchas de las instituciones forales españolas son a la vez tradicionales y progresivas.

En todo caso, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la terminología de la patria potestad, lo cierto es que el cambio terminológico es ya un hecho en Francia. Y ante él cabe, por otro lado, preguntarse si la supresión del término tradicional ha perseguido —o ha traducido— la supresión de la institución misma. Un jurista francés de prestigio mundial, como el profesor David, ha podido afirmar, recién producida la reforma de 1970, que la noción de *puissance paternelle* del Código Napoleón ha desaparecido, reemplazada por una *autorité parentale* de inspiración muy diferente; de nuevo —añade— puede decirse, y con más motivo que en el pasado, que “en France, *puissance paternelle n'a lieu*” (45). Nótese, sin embargo,

instituto esté sintonizada con sus modernas concepciones” (F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, tomo II, vol. II, pág. 146).

(44) R. SAVATIER: *La evolución actual del Derecho de familia* (Discurso pronunciado en la Universidad de Deusto el 8 de mayo de 1970), texto traducido por el profesor Ricardo de Angel Yagüez, Bilbao, 1970, s. p.

(45) R. DAVID: *Préface* a la obra de Craffe cit., pág. 10.

que lo que David da por desaparecido en Francia es, no la patria potestad en sí, sino la patria potestad del Código Napoleón. La institución en sí existe y subsiste en Francia, como en todos los países, pues constituye una función natural que no puede desaparecer, aunque sí esté en trance de desaparición su concepción como *poder* (46). Lo que el legislador francés ha hecho en 1970 es coronar la larga evolución que desde la promulgación del Código Civil se había ido produciendo y suprimir el nombre tradicional de la institución, modificando su sentido y su alcance, pero conservando en definitiva las facultades esenciales para el ejercicio de la *autoridad* que se sigue reconociendo a los padres sobre los hijos.

Aspectos importantes de la reforma son, como vimos, la privación de la condición de *jefe de la familia* al marido y la consagración del principio de autoridad conjunta del padre y de la madre. La supresión de la jefatura del marido puede parecer peligrosa, aunque se acomode a la evolución social y a la realidad de las costumbres: el profesor Savatier la combatió en el período de gestación de la reforma (47), pero el profesor De Juglart la juzga consecuente con el nuevo papel de la mujer en la sociedad contemporánea (48).

En cuanto a la autoridad conjunta, la novedad de la reforma es relativa. Ya antes de 1970 el principio estaba proclamado en el Derecho francés, como hemos visto, a través del artículo 213, pero se atenúa con la declaración de que, durante el matrimonio, la autoridad era "ejercida por el padre en su calidad de jefe de familia"; declaración por la que prácticamente se aproximaba el Derecho francés a los ordenamientos (desde la *common law* inglesa al Derecho común es-

(46) "No sólo entre los esposos —observa el profesor Fraga Iribarne—, sino entre los padres e hijos, se ha ido relajando el principio de autoridad. Es más; cada vez menos los padres esperan, o los hijos se sienten obligados a cuidar de sus padres en la vejez, entendiéndose que esta función compete a las instituciones de seguridad social. Ello es consecuencia de la constante aceptación de los ideales igualitarios y de la mayor facilidad con que, en una época de aceleración histórica, se produce el conflicto de valores a apreciaciones entre las generaciones. Lo cierto es que, en general, hoy los padres propenden a sostener criterios menos rígidos y a ejercer un control menos autoritario de sus familias, en las que de hecho se toman más *decisiones de tipo democrático*" (M. FRAGA: *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX*, Ediciones del Congreso de la Familia Española, Madrid, 1959, página 22).

(47) Advierte Savatier contra el riesgo de confundir lo que, según admite, es hoy una "feliz humanización del Derecho de familia", y lo que en cambio es "una disolvente claudicación de la disciplina familiar" (*La evolución actual del Derecho de familia* cit., s. p.). Sobre la condición del marido como jefe de familia, antes de 1970, *vid.* R. DAVID: *Le Droit français* cit., tomo II, pág. 28, núms. 60-62.

(48) Recuerda De Juglart la situación de la mujer en el Código Napoleón y la evolución posterior, señalando cómo aquella se convirtió ya con la Ley de 14 de diciembre de 1964 en colaboradora de su marido en la administración de los bienes de sus hijos menores; el nuevo papel de la mujer en la familia es reconocido por la Ley de 4 de junio de 1970, cuyo aspecto filosófico y sociológico se evidencia por la nueva redacción del art. 213 del Código Civil, a cuyo tenor los esposos aseguran *juntos* la dirección moral y material de la familia (M. DE JUGLART: *Cours* cit., tomo I, vol. I, pág. 214, núm. 166).

pañol) en que la patria potestad de la madre es meramente subsidia-ria; ahora, con la supresión de las palabras relativas a la autoridad exclusiva del padre durante el matrimonio, el principio de autoridad conjunta parece reforzado; el nuevo artículo 372 del Código Civil responde a tal principio.

La decisión del legislador francés a este respecto está, también en este punto, en línea con la tendencia del Derecho comparado. Ya en 1957 tuve ocasión de señalar modestamente que las legislaciones contemporáneas tienden a reconocer la patria potestad conjunta (49); ahora puedo añadir que en esa línea están varios cuerpos legales de la última década; así, el Código Civil etíope de 1960, que preceptúa en su artículo 240 que el padre y la madre son *conjuntamente*, durante su matrimonio, preceptores y tutores de sus hijos menores; el Código Civil portugués de 1966, que, en el caso de la filiación legítima, atribuye a los dos padres la guarda y representación del hijo (art. 1.879), aunque confiriendo unos poderes especiales al padre (artículo 1.881) y otros poderes especiales a la madre (art. 1.882); y la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, que confiere la autoridad familiar sobre los hijos menores “a sus padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares” (art. 9.º).

Conviene observar que la tendencia del Derecho comparado a la autoridad conjunta está hoy respaldada por las Naciones Unidas, cuyo Consejo Económico y Social, en su resolución 1.207 (XLII) de de 29 de mayo de 1967, recomendó a los Gobiernos “que adopten todas las medidas posibles para garantizar la igualdad del hombre y de la mujer en el ejercicio de los derechos y deberes de los padres” (50).

Por lo demás, de los aspectos concretos de la nueva regulación francesa sobre la autoridad de los padres, que en las páginas anteriores he tratado de exponer y comentar brevemente, algunos, como veíamos, pueden parecer acertados y otros no tanto. Creo, por ejemplo, que cabría considerar como novedades positivas, entre otras: la previsión de la hipótesis de desacuerdo entre marido y mujer en orden a los hijos; la regulación de la atribución de la autoridad sobre los hijos naturales reconocidos y la extensión de las normas que la regulan al caso de declaración de paternidad, dejando en éste a los Tribunales en último término posibilidad de encomendar la guarda a un tercero; la regulación e institucionalización de las relaciones

(49) En *La participación de la madre en la patria potestad* cit., pág. 111; en la misma obra se dedican a la patria potestad de la madre en el Derecho comparado las págs. 23 a 51. Más recientemente, sobre la tendencia a la igualdad del padre y de la madre en el Derecho inglés, puede verse M. CRAWFORD: *op. cit.*, págs. 105 y ss.

(50) Para garantizar tal igualdad, la Resolución recomienda a las legislaciones nacionales adoptar diversos principios concretos, entre los que incluye el de que “la mujer disfrutará de iguales derechos y obligaciones que el hombre en lo que respecta a la guarda de los hijos menores y al ejercicio de la patria potestad sobre ellos, incluidos el cuidado, custodia, educación y mantenimiento” (recogido en el vol. *Derechos y deberes de los padres, incluida la guarda de los hijos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, págs. 4-5).

entre el hijo y sus abuelos; la detenida regulación de las medidas de asistencia educativa; la declaración de la irrenunciabilidad de la autoridad de los padres y la admisión de casos concretos de delegación; o la regulación de la responsabilidad civil solidaria de los padres. Por el contrario, en el lado negativo de la reforma cabría tal vez anotar que algunas de sus innovaciones van demasiado lejos y que las normas han adquirido extensión y complejidad excesivas.

En definitiva, sin embargo, parece que hay que admitir que la reforma ha sido valiente y que ha tratado de coronar, en el tema de la autoridad de los padres, una evolución que desde mucho tiempo atrás se venía produciendo en la legislación, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la realidad social de Francia.