

## Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad

LUIS DIEZ-PICAZO

1. Aunque constituye uno de los capítulos básicos de la extensa reforma del Derecho de familia, ha quedado un poco oculto por otros temas con mayor pegada para atraer la atención del gran público, como pueden ser el matrimonio y el estatuto de los hijos ilegítimos. Es verdad que se trata de un tema menor, pero no creo que en modo alguno pueda decirse que es banal.

La reforma tenía por objetivo básico establecer la llamada patria potestad conjunta, esto es, la igual participación de ambos progenitores en su titularidad y en su ejercicio. Sin embargo, al mismo tiempo el legislador ha introducido, en el texto del Código civil algunas modificaciones que no dejan de ser significativas. El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad se encontraba prefigurado en la Ley de 2 de mayo de 1975, que consagró el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio del que la patria potestad conjunta es una inevitable secuela. Después, con mayor fuerza, el artículo 32 de la Constitución ha hablado de «matrimonio con plena igualdad jurídica». La finalidad de igualar a los progenitores en la patria potestad trató de ser obtenida por una Proposición de Ley de la Minoría Catalana, a las pocas semanas de haber entrado en funcionamiento las primeras Cortes Generales después de las elecciones del 15 de junio de 1977. Madrugaron los catalanes y justo es decirlo. Y es justo decir que lo hicieron para propugnar una reforma del Código civil en un punto en el que es Derecho general de todo el Estado. Sin mengua de su carácter bien intencionado y progresivo, la Proposición de Ley de la Minoría Catalana era probablemente demasiado simple y planteaba más problemas de los que resolvía. De hecho se limitaba a sustituir la fórmula o expresión «el padre» o «el padre y en su defecto la madre» por «el padre y la madre». No se cuidaba de esclarecer de qué forma se llevaba a cabo el ejercicio conjunto.

El Gobierno de 1977 aceptó el espíritu de la Proposición de Ley, pero señaló la conveniencia de disponer de un texto más completo, que él mismo se ofreció a presentar en corto plazo. Cumplió el Gobierno su compromiso en el mes de septiembre de 1978 y en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 148 publicó un «Proyecto de Ley sobre Re-

forma del Código civil en materia de patria potestad», al que llamaremos Proyecto 78. Al disolverse las Cortes Generales tras la aprobación de la Constitución, aprovechó el Gobierno la ocasión para retirar los dos proyectos de reforma del Derecho de Familia presentados hasta entonces (patria potestad y régimen económico conyugal) y redactar un nuevo Proyecto de Ley recogiendo y simplificando con los dos citados el que entre tanto había aprobado el Consejo de Ministros sobre reforma de filiación. Todo ello dio origen al llamado «Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», que fue publicado en el «B. O. de las Cortes Generales», núm. 71, el 14 de septiembre de 1979, al que en lo sucesivo llamaremos Proyecto 79.

2. La Reforma del Título VII del Libro I ha estado guiado por el objetivo primordial de instaurar en nuestro Derecho la patria potestad conjunta. Este punto, a cuyo comentario a partir de ahora nos dedicaremos, es sin duda el fundamental. No es, sin embargo, el único. No es por ello impertinente tratar de analizar el régimen jurídico de la patria potestad que tras la reforma aparece y extraer lo que es posible llamar sus características generales o sus líneas de tendencia. No son fáciles de identificar, pero vale la pena intentar la tarea.

1.º En la redacción que el Código civil tenía desde 1889, se dibujaba una potestad del padre. Potestad se escribe casi como majestad. El padre en el que los textos pensaban era un dios. Era un Júpiter tonante o un dios del Sinaí. La definición de los poderes punitivos resultaba especialmente gráfica. El jefe de la familia, según la concepción patriarcal que encuentra reflejo en los textos de aquellos viejos artículos 154 al 168, era al mismo tiempo un legislador y un juez. Podía ser también el patrón a cuyo servicio se coloca la fuerza de trabajo de los hijos. Más hijos constituían mayor riqueza en el sentido estricto de la palabra. Cuando hoy se recuerda la idea de Marx de que proletario es el que no tiene más riqueza que su prole, no se alcanza a comprender bien la frase, que no deja de parecer un contrasentido, porque hoy la prole se concibe en términos de carga o de peso. Sin embargo, es verdad que era estrictamente riqueza y riqueza que se usufructuaba. El régimen de trabajo de los hijos no se encontraba explicitado en el Código civil y, como en tantas otras ocasiones, sólo resulta inteligible a través del régimen de la propiedad. En este sentido, el artículo 160 era bien significativo: «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre o a la madre que le tenga en su potestad y compañía». Es verdad que este artículo hablaba de los bienes que se adquieren con el trabajo, pero no hay dificultad en considerar como bien que con el trabajo se adquiere el salario o la retribución del trabajo.

Que la patria potestad de nuestro Código y de los códigos civiles seguidores del modelo francés es un poder autoritario, que, como todos los verdaderos poderes, puede llegar a ser arbitrario y atrabiliario, lo demuestra la regla del artículo 1.903, que no tiene correspondencia en los sistemas jurídicos de origen anglosajón. El padre es responsable de

los perjuicios que causan los hijos menores de edad que viven en su compañía. Es verdad que el inciso final del artículo 1.903 modula la responsabilidad haciéndola cesar cuando se pruebe que se ha observado la diligencia necesaria para prevenir un daño. Mas no por ello deja de ser cierto que el artículo 1.903 está presuponiendo un padre que controla todo lo que ocurre dentro de su familia y que tiene en su mano los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran. Vuelve a ser una especie de dios providente. En la redacción inicial, la responsabilidad comprendía los daños causados por los hijos menores que eran —no se olvide— todos los que se encontraban por debajo de los ¡veintitrés años! La autoridad tiene que ser muy importante para que tal responsabilidad se dé. En una sociedad como la nuestra, la pregunta relativa a cuál es la diligencia que el padre debe poner para evitar el daño y excusar la responsabilidad carece casi de sentido. Y suprimiría el «casi», si pudiera subrayar que la diligencia se mide de acuerdo con los «standards» usuales, pues la diligencia objetivamente usual es más bien escasa.

Tras la reforma, la figura del padre-Júpiter tonante pasa a ser historia. He dicho alguna vez, medio en broma medio en serio, que el dibujo robot del padre que cruza a través de la reforma es el que los actuales legisladores hubieran deseado tener cuando en vez de legisladores eran niños, porque lo fueron alguna vez. La primera vez que avancé esta idea alguien replicó que en esta regulación de la patria potestad podía existir un freudiano sacrificio ritual del padre. Y aún se podría añadir que tal vez se ha producido una traslación encarnando en el padre autoritario los demás seres autoritarios que padecemos aunque no fueran en rigor padres nuestros. Ahora aparece un padre lleno de ternura y de preocupaciones por sus hijos. La patria potestad no es un poder que satisfaga las aspiraciones del titular. Se ejerce en beneficio de los hijos. El padre deja de ser un legislador y un juez y se convierte en un probo funcionario que puede «recabar el auxilio de la autoridad». Y no es desacertado señalar que esa «autoridad» no es, por supuesto, la suya. Puede parecer un puro juego semántico, pero es exacto decir que desaparece el *ius puniendi*. En el antiguo artículo 155, entre los poderes del padre se mencionaba la facultad de corregir a los hijos y castigarlos moderadamente. Ahora se dice «imponer a los hijos moderadamente medidas de corrección». Decía que no es un juego semántico, porque el *ius puniendi* tiene por objeto extraer las consecuencias de un hecho ilícito y la facultad de castigar es el derecho de señalar una pena, con las funciones satisfactivas, represivas y preventivas de toda pena, mientras que la corrección tiene una única función pedagógica que no tiene por qué ligarse necesariamente con una previa falta. Hay algo, sin embargo, que ha quedado intacto: la *potestad exheredandi* que a la larga es el verdadero y único *ius puniendi* del *pater familias*. En este sentido, no es disparatado ver sociedades autoritarias y aristocráticas donde rige la libertad de testar y sociedades mesocráticas donde los poderes testatorios se encuentran restringidos o limitados. El sistema legítimo del Código civil, con las legítimas individuales y un sistema de

desheredación tan difícil que no debe haber prosperado nunca (la desheredación debe ser fundada en causa legal, cierta y probada), conduce a un tipo de hijos que no tienen por qué encontrarse a las órdenes del padre. Si se mira bien, tienen que ser mucho más obedientes los sobrinos.

2.º) La preponderancia de la esfera personal y de los derechos de la personalidad constituiría una segunda posible nota a destacar en la reforma. Frente al sistema del Código que sólo trata del cuidado de las fortunas, aparece ahora una patria potestad más volcada hacia la esfera estricta de la personalidad. La estrecha relación entre patria potestad y educación ha sido puesta de relieve muchas veces. Lo estaba ya en la Ley General de Educación. Lo está en el artículo 27 de la Constitución o en la Ley de Centros Escolares. Hay, en este campo, algún punto de reflexión. Se considera que constituye un derecho de los padres la elección de la educación, que es elección de un sistema educativo y de un ideario, entendido como una filosofía religiosa y moral. El tema, entendido de modo absoluto, es discutible. En la reforma del Código civil portugués se señala que, a partir de un cierto momento, aún antes de la llegada a la mayoría de edad legal, la profesión de modelos ideológicos constituye un derecho estricto de la personalidad.

Un dato significativo en relación con la pérdida de relevancia del autoritarismo se encuentra en la definición de las obligaciones de los hijos. El viejo artículo 154 decía que los hijos tienen, respecto de los padres, la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre. El actual artículo 155 dice que los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre. Se puede sacar de ello la conclusión de que desaparece la «reverencia» y que el respeto se observa como deber pero no se «tributa».

Sin embargo, no se ha modificado en absoluto el deber de obediencia, cuyos límites no han estado nunca definidos por la doctrina civilista, que apenas se ha ocupado de estos temas. El viejo artículo 171 hablaba de las órdenes corruptoras, al mencionar las causas por las cuales se extinguía la patria potestad. Puede ser significativo que esta enumeración de causas haya también desaparecido. Por lo demás, es dudoso que la obediencia del hijo al padre pueda encuadrarse dentro del marco de la obediencia debida del Código penal y la desobediencia no figura entre las causas de desheredación.

3.º) La patria potestad del Código civil y del antiguo Derecho codificado era en verdad un instituto autoritario y era, al mismo tiempo, un instituto perteneciente en su totalidad al Derecho privado. Una relectura de los antiguos artículos 156 y 157 es llamativa. Cuando el padre recaba el auxilio de la autoridad gubernativa y cuando reclama un arresto, no tiene necesidad alguna de manifestar los motivos en que se funda. El artículo 157 lo exigía así únicamente para el caso de padre o madre que hubieren pasado a segundas nupcias. Está claro que un sistema radicalmente autoritario tiene que ser un sistema de

Derecho privado en que no hay intervenciones públicas. Por esto, una de las características del sistema de la reforma es el incremento de los controles públicos. Parece que hay como una desconfianza generalizada hacia los malos padres.

Tres normas son muy importantes en relación con lo que estamos diciendo. Se encuentra en primer lugar el artículo 158. Según este artículo el juez puede: adoptar medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos; dictar disposiciones a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda; y disposiciones a fin de evitar un peligro grave. La segunda norma en la que quería hacer hincapié es el artículo 173 y la amplitud que en él recibe la figura del defensor judicial. La tercera norma es el artículo 177: cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo se pueden adoptar providencias para la seguridad y recaudo de los bienes, tales como exigir caución para seguir en la administración, imponer una rendición periódica de cuentas o incluso nombrar un administrador. Por todas estas vías aparece un control público del ejercicio de la potestad, que, al ser públicamente controlada, deja de ser una potestad de Derecho privado. La adopción de las medidas (disposiciones y providencias se las llama) se pone en manos de la autoridad judicial (juez ordinario o juez tutelar de menores). La adopción de tales providencias o disposiciones es el resultado final de una pretensión, de suerte que el control es previo y no sólo de la autoridad judicial. Para comprenderlo debidamente no hay que preguntarse quién toma las medidas, sino a quién otorga la ley legitimación para poner en marcha tan delicados mecanismos. Y es aquí donde también experimentamos alguna sorpresa. En el artículo 158, cuando se trata de impedir a los hijos perturbaciones dolosas o evitar al menor un peligro grave, pueden presentar la solicitud al juzgado el hijo, cualquier pariente y el Ministerio Fiscal. Como se verá, la legitimación es amplísima. No llega a la categoría de una acción popular, pero casi, si se tiene en cuenta que no se mide (cualquier pariente) el grado de parentesco. En la regulación del defensor judicial la generosidad es todavía mayor, pues se habla de cualquier persona capaz de comparecer en juicio y en los casos de peligro económico se reitera el propio hijo, el Ministerio Fiscal y cualquier pariente. En el Proyecto 78 la legitimación era muy amplia pero las hipótesis de control ofrecían un mayor rigor. Así, se exigía que la vida, la seguridad o la salud del hijo se encontraran en peligro o que la administración de los padres pusiera en peligro el entero patrimonio de los hijos. Observaré finalmente que la puesta en juego de todos estos delicados mecanismos depende exclusivamente de la idea de peligro y que, aun cuando tal concepto se pueda en los casos concretos objetivar, su mensuración tiene siempre un notable elemento de arbitrariedad. Para saber si alguien es peligroso es decisivo el conjunto de las valoraciones sociales. Se puede recordar aquí el ejemplo de las transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová.

El párrafo 3.º del artículo 154 dice que «si los hijos tuvieran su-

ficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar las decisiones que les afecten». Esta necesaria audiencia previa a la adopción de decisiones no la refiere el Código en el artículo 154 a audiencia del juez, sino del órgano familiar que va a adoptar la decisión. Es una audiencia del titular de la patria potestad a la persona sometida a ella. Se encuentra rigurosamente enlazada con la idea de que esta patria potestad se haga siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad. Es obvio que no se trata de un requisito formal como puede ser la audiencia en justicia dentro del proceso, pues de esta «audiencia» no parece probable que quede rasgo documental. Como consecuencia de la norma podrá establecerse que una patria potestad reiteradamente ejercitada sin ningún tipo de audiencia constituye incumplimiento de los deberes legales en el sentido del art. 170 y podrá también dar lugar a cualquier otro tipo de reclamación.

El Código hace depender esta audiencia del hecho de que el hijo tenga «suficiente juicio». Significa ello que no se liga de manera automática con ninguna edad, sino con lo que antiguamente se llamaba el uso de la razón, capacidad de raciocinio o grado de inteligencia, que se resuelve en una casuística que ha de ser objeto de calificación en su caso por el juez.

El inciso final del artículo 154 dice que los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. Coincide esta regla con algo que decía ya, en forma más prolija, el antiguo artículo 156 cuando habla de «impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa». El precepto establece, no obstante su forma gramatical, un poder de los padres y un deber de las autoridades. Expresamente el antiguo artículo 156 decía que «deberá serles prestado», pero la supresión de esta frase no significa supresión de la idea de deber de la autoridad. Ello no significa una necesaria respuesta de la autoridad al requerimiento paterno, pues lógicamente habrá que calificarse, con una preliminar calificación, si los padres se encuentran, como el precepto requiere, «en el ejercicio de su potestad», lo que significa que están actuando dentro del marco de las competencias que la ley les atribuye. Por ejemplo, hacer volver a casa al hijo que la ha abandonado, etc. Lo que la autoridad presta es un «auxilio» o una colaboración. Se pone al servicio de la autoridad paterna para reforzar ésta o hacerla posible.

No es fácil determinar quién es esta «autoridad» a la que se puede recurrir. En el antiguo artículo 156 se hablaba de «autoridad gubernativa», lo que indica claramente órganos de la Administración Pública. Pienso que pueden ser órganos de la Administración con autoridad propia o con autoridad simplemente delegada y que puede ser la autoridad o sus agentes.

El artículo 154 concluye diciendo que pueden los padres también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

La facultad de corrección mencionada en el último inciso del artículo 154 puede entenderse como el último resto de lo que en su tiempo fue el *ius puniendi* del pater familias. No creo que sea esa la

interpretación. El padre de familia no es ya un juez, ni puede imponer ningún tipo de sanciones. No se trata de aplicar la consecuencia jurídica que la comisión por el *filius* de un acto ilícito deba acarrear. La facultad prevista en el inciso final del artículo 154 no tiene carácter punitivo sino pedagógico. Lo que se permite a los padres y aquello para lo que se les faculta es *corregir* y corregir significa modificar un rumbo o una dirección estableciendo la más recta o la correcta. Por eso, toda corrección cumple una función pedagógica y educativa. Puede decirse que para ese viaje no se necesitan alforjas y que esa función educativa está ya prevista. Sin embargo, hay que recordar un viejo aforismo de acuerdo con el cual la letra con sangre entra. Lo que significa que en función educativa es lícita alguna forma de lesión o de injuria. De este modo lo que el inciso final establece es una causa de justificación del ilícito objetivo que en otro caso el padre cometería. La causa de justificación se liga con la apreciación del carácter objetivamente moderado o razonable.

El deber de los hijos de obedecer a los padres lo define el Código y lo sitúa específicamente dentro del marco de la potestad (mientras permanezcan bajo su potestad), lo que quiere decir, obviamente, que no existe este específico deber respecto de aquel progenitor que no sea titular de la patria potestad y que no existe tampoco cuando la patria potestad se ha extinguido. La obediencia significa el acatamiento, la observancia y el cumplimiento de un mandato. En principio ello supone la capacidad de emanar estos mandatos en cuanto reglas jurídicas de necesaria observancia y significa, en segundo lugar, la necesidad de llevar a cabo un comportamiento de ejecución ajustado a las previsiones del mandato. El hecho de que exista un deber de obediencia no excluye la posibilidad de examen de la licitud y de la corrección del mandato. La personalidad del hijo no queda anulada. La ley le otorga medidas de especial protección. Es consecuencia de ello que no puede ampararse en la «obediencia debida» de la que habla el Código penal como circunstancia eximente. El hijo que ejecuta una orden ilícita del padre no actúa en función de la obediencia y sólo podrá eximirse de responsabilidad por algún otro tipo de circunstancias.

En el sentido en el que movemos ahora nuestras reflexiones es también digno de atención el hecho de que la reforma del Código, como hemos venido señalando, haya rebajado en varios grados la jerarquía y el poder de mando de carácter patriarcal. Ello no obstante se ha mantenido, tal vez por su carácter anecdótico o porque el legislador no la recordó, la regla final del artículo 1.267, que recoge la vieja figura del llamado *metus reverentialis*, definiéndolo como «temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto». El deber que define el artículo 155 es un deber de obediencia, pero no un deber de agrado.

El deber de respeto forma parte del actual artículo 155, que con esta expresión sustituye la que contenía el antiguo artículo 154 cuando hablaba de «tributarles respeto y reverencia». Se produce una rebaja o reducción que en gran parte es lingüística. El redactor del

texto actual ha parecido entender que la reverencia supone una situación cuasirreligiosa y que la situación de tributario es también de profunda subordinación jerárquica. Sin el tributo y sin la reverencia queda el respeto. El respeto parece que es un *standard* o canon jurídico que se encuentra muy en relación con los usos generalizados en este tipo de relaciones y al cual se puede aplicar también, como en la diligencia, un criterio de carácter subjetivo (el que el padre ha tratado de imbuir). La obligación de respeto entrafía un posible mayor rigor en la consideración de los hechos injuriosos.

3. En el Derecho anterior a la reforma, era unánime la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el instituto de la patria potestad forma parte del orden público familiar de manera que no se puede someter a ningún tipo de negocios jurídicos, ni ser transferido, ni renunciado. Es posible plantearse la cuestión relativa a si, en el Derecho posterior a la reforma, subsiste el anterior planteamiento con las agudas aristas y el inquebrantable carácter con que antes venía dibujado. Los argumentos utilizables para tratar de quebrantar la monolítica tesis anterior pueden ser de vario carácter. Puede pensarse —y yo lo he repetido en un buen número de ocasiones— que una de las líneas del ordenamiento español y de los ordenamientos modernos es el cada vez mayor despliegue del Derecho de familia hacia la órbita del Derecho privado. Se podrá contraargumentar en orden a la función tuitiva que la patria potestad tiene, que la reforma destaca diciendo que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y que se subraya a través de los controles a los que la somete. Sin embargo, el contraargumento lleva sólo a rechazar la viabilidad de aquellos actos o negocios realizados en contra o en perjuicio de la función tuitiva, pero no la de aquellos otros que se realicen en favor de la misma. Es evidente que no tienen valor la renuncia o la transferencia. Deberá, sin embargo, observarse que en el Derecho anterior la renuncia lo era del titular único, mientras que ahora, en la normal situación de cotitularidad, la renuncia de uno de los cotitulares llevaría a la acumulación de la potestad en el otro.

El planteamiento del campo de los actos dispositivos debe limitarse al terreno de los cotitulares. La pregunta es si los cotitulares pueden reorganizar entre ellos el sistema de ejercicio, siempre que al negocio que para conseguirlo celebren no se le pueda poner un reparo causal por aparecer movido o enderezado al fraude o perjuicio de los intereses del beneficiario.

Las preguntas por las posibilidades de disposición se pueden, según entiendo, escalar en tres planos diferentes:

a) El artículo 156 permite que la patria potestad se ejercite por uno solo de los progenitores, siempre que actúe con el consentimiento del otro. La pregunta es si es admisible un consentimiento previo, que, además, se produzca en bloque y en blanco, con o sin limitación temporal, de modo similar a lo que hasta ahora han venido siendo en el exclusivo plano de las relaciones conyugales las licencias generales.



Me parece una pregunta muy difícil de contestar. El principio general de autonomía aconseja dar una respuesta afirmativa, mientras no haya una anomalía funcional, como antes señalaba. Se podría alegar que por esta vía se hace posible una renuncia y que es de algún modo una renuncia de la ley. Sin embargo, cabría la réplica. Esos consentimientos anticipados y generales son siempre revocables y verdadera renuncia no hay. Finalmente, si hemos sostenido el carácter privado de los asuntos familiares, los acuerdos de los interesados —repito: sin anomalías funcionales— no parece que puedan ser puestos en tela de juicio.

b) Un segundo campo en el que los acuerdos de los titulares pueden entrar en juego es el de los estatutos que resuelven las crisis matrimoniales (separación, etc.). Hasta ahora los acuerdos en materia de patria potestad se consideraban impedidos por el hecho de que la patria potestad es irrenunciable e intransferible. El panorama cambia, porque, como he dicho, a partir de ahora se trata de acuerdos de cotitulares y de acuerdos que no modifican la titularidad, sino el modo de ejercicio. Personalmente, me siento inclinado por admitir este tipo de acuerdos con dos o tres condicionamientos: la homologación judicial cuando el estatuto de la crisis debe ser decidido judicialmente; el que la duración del acuerdo no sea nunca perpetua (se entiende: para toda la duración de la patria potestad) y finalmente que pueda ser modificado por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas.

4. El principio general de la patria potestad conjunta lo sanciona de manera categórica el artículo 154: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre...». Obsérvese que la patria potestad conjunta es independiente de la existencia de matrimonio entre los progenitores y del carácter normal o crítico de ese matrimonio. En ocasiones podrá ello incidir en la modificación de la patria potestad o en su privación (cf. art. 150, cuando habla de «causa matrimonial») La confluencia de dos personas en una potestad plantea un problema teórico similar al que se cuestiona para tratar de esclarecer la hipótesis del condominio: si es una *compotestas* con una pluralidad de titulares (que es lo que parece más probable) o dos potestades que en virtud de su concurrencia se autolimitan. El Código habla de patria potestad o de potestad en singular y dice: la potestad del padre o de la madre. Lo que es conjunto es el ejercicio.

La concurrencia de dos cotitulares de un único poder jurídico, ¿cómo permite resolver los actos de ejercicio? El artículo 156 dice: «la patria potestad se ejercitará conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro». Se desprende de ello, con las salvedades y con las excepciones que más adelante trataremos de ver, que la regla del ejercicio conjunto se traduce en un ejercicio mancomunado. El acto de ejercicio es un acto con dos autores. Puede ser un acto de declaración de voluntad y en este caso no hay inconveniente en que las dos declaraciones se emitan simultáneamente o que haya entre ellas un distanciamiento temporal. Parcialmente tiene este sentido el inciso del artículo 156 que habla de «actuar uno

sólo con el consentimiento del otro». Cuando los actos requieran un determinado comportamiento material podrá ese comportamiento material tener también dos autores, cosa poco frecuente, o ser comportamiento de uno con una previa autorización o consentimiento del otro. El Código no lo dice de una manera categórica, pero no parece existir inconveniente en que el «consentimiento del otro» del que habla el artículo 156 sea un posible comportamiento tácito (*facta concludentia*).

El párrafo 2.º del artículo 156 dice que, no obstante la disposición del párrafo 1.º, «valdrán los actos» que uno sólo de los titulares de la patria potestad realice conforme al uso social y a las circunstancias. La inteligencia de esta regla no es fácil. A primera vista parece una excepción al principio general del párrafo primero. Literalmente, reforzaría esta opinión el «sin embargo» con que el párrafo comienza. De ser así, habría un principio de ejercicio conjunto y una regla excepcional de ejercicio solidario presidida por el designio de facilitar el tráfico jurídico. Hay otra manera de entender la regla en cuestión. Se puede llamar la atención sobre el hecho de que al mandato inicial (se ejercerá conjuntamente) no se contraponen el mandato contrario (se ejercerá individualmente). La segunda regla dice «valdrán los actos». No hay una excepción a la regla del ejercicio conjunto, sino una norma relacionada con los actos y, por consiguiente, protectora de quienes tengan interés en tales actos, que no son sólo los titulares de la patria potestad, sino también los terceros con los que, o frente a los que, tales actos se realizan. Si nos situamos en esta línea, que puede ser provechosa, hay que hacer todavía una segunda observación. No se trata de una excepcional eficacia de actos inicialmente anómalos o irregulares. El nuevo artículo 156 no ha dicho «serán eficaces», sino «valdrán». Parece esto significar que no hay una protección en virtud de la apariencia, sino una objetiva validez del acto, que, como es lógico, determina una imposibilidad de impugnarlo para todos los que en él estén implicados: el progenitor que lo ha realizado, el tercero con quien se realiza, el progenitor que nada tuvo que ver con el acto.

Para la validez de los actos de ejercicio realizados por uno sólo de los progenitores impone el artículo 156 un requisito muy característico: que el acto sea conforme al uso social y a las circunstancias. Ante todo, tiene que haber una conformidad con el uso social. ¿Qué uso es éste? Hay que destacar que es social, lo que excluye los usos concretos de la concreta familia, que, en la medida en que hubieran sido conocidos por los terceros, podrían haber sido tenidos en cuenta. No son usos de un concreto grupo, sino usos del grupo social genérico. De algún modo presupone un sistema social en el que se practican unas distribuciones de funciones o de roles, de manera que lo que el precepto está diciendo es que vale lo que haga la mamá o el papá cuando coincide con lo que usualmente hagan las mamás o los papás. Además, la norma está suponiendo una uniformidad en el uso social de distribución de roles, cosa que hoy está muy lejos de suceder.

5. La patria potestad conjunta origina, salvando las distancias, una situación parecida a la de dos socios al 50 por 100. Cuando

no existe acuerdo, los órganos sociales no pueden funcionar. La solución que para el caso de los dos socios se puede preconizar —la disolución de la sociedad—, no cabe en nuestro caso por el simple hecho de que el desacuerdo se produzca en el ejercicio de la patria potestad. Para resolver el supuesto planteado no existen más que dos soluciones: que la ley determine quién de los dos cotitulares debe decidir o zanjar la cuestión y que se le atribuya esta potestad a un tercero que es normalmente el juez. Esta última es la solución habitual en el Derecho comparado. Ha sido una de las grandes críticas que los conservadores han hecho al sistema de la patria potestad conjunta: que nos pasaremos todo el día en el Juzgado. Me permitiría apostillar a esta línea crítica de excesivamente pesimista y poco realista. Pesimista porque presupone un grado de conflictividad en las parejas de progenitores, que necesariamente tiene que ser muy excepcional y que se dará entre cónyuges separados, pero no entre cónyuges en situación de vida común. Y poco realista porque olvida los mecanismos (psicológicos si se les quiere llamar así) por medio de los cuales los conflictos de una pareja se resuelven y la paz se recupera o no llega a romperse, porque hay uno que cede o se llega a una transacción o se esperan otras compensaciones. Esto significa tratar de restar dramatismo al párrafo 2.º del artículo 156. Este artículo prevé dos hipótesis:

1.º) *El desacuerdo simple*.—Es un desacuerdo que se produce sobre un único asunto en el que el acuerdo debiera mediar. Para esta hipótesis la solución del artículo 156 es que el juez atribuya la facultad de decidir a uno de los dos (al padre o a la madre).

Esta decisión se toma, según dice el artículo 156, tras oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y sin ulterior recurso.

2.º) *Los desacuerdos reiterados*.—Es una hipótesis que no necesita ser descrita. Los desacuerdos son constantes o simplemente se repiten. No es necesario que haya una postura injustificada, que se haya convertido en hábito. La base objetiva del supuesto es: la reiteración del desacuerdo.

En esta hipótesis se preceptúa que el juez, con las garantías procesales antes reseñadas, «podrá atribuirle (gramaticalmente se entiende la patria potestad) total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones».

Las soluciones son, por consiguiente, tres:

a) La atribución total de la potestad a uno de los padres. En este caso, la patria potestad del otro queda latente, en suspenso o en quiescencia. No creemos que se produzca una pérdida de ella, ni aun temporal. La regla del artículo 156 no es una regla de titularidad, sino de ejercicio.

b) La distribución de funciones.—Del conjunto de las facultades («funciones»), una zona se le otorga a uno y otra a otro. El problema que se puede plantear es cómo se establece el elenco de «funciones» que la ley no enumera de manera completa. Se puede pensar que son las

que señala el artículo 154, aunque no habría inconveniente en hacer una disección mayor.

c) La atribución parcial. La menciona el artículo 156 como una hipótesis distinta de las dos anteriores, esto es, de la atribución total y de la distribución de funciones, aunque sea obvio que esta última es también una atribución parcial. ¿Cómo se puede delimitar esta hipótesis? En ella hay determinados sectores o funciones que no se distribuyen, sino que se entreguen a uno sólo y otras que tampoco se distribuyen, sino que continúan en la mano común o conjunta.

6. Las medidas para los casos de desacuerdos reiterados tiene en la *mens legislatoris* un carácter provisional, porque la situación que los origina debe desaparecer, bien retornando la pareja a la normalidad o bien dándole salida por el sistema del estatuto de crisis conyugal.

El sistema normativo previsto para los casos de desacuerdos reiterados puede aplicarse cuando concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. La fórmula legal es un tipo abierto con el margen de arbitrariedad que ello conlleva. No es fácil de saber cuál es este entorpecimiento grave, que no viene motivado por los desacuerdos reiterados y tampoco por incapacidad, que tienen un trato especial. La definición que se dé, debe ir enderezada al beneficio de los hijos, pero no puede constituir una merma de las garantías de los progenitores.

7. El último párrafo del artículo 156 dice que «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro». Es una excepción al principio de la patria potestad conjunta y es una excepción muy importante. Lo es porque en una buena medida puede aplicarse en supuestos que no requieren para su puesta en marcha una decisión judicial, es decir, admite un halo de incertidumbre que puede ser especialmente complicado en aquellos casos en que el ejercicio de la patria potestad se encauza a través de documentos, especialmente cuando éstos sean de carácter público o notarial. ¿Cómo se acredita en tales casos que comparece uno sólo de los padres porque es el que ejerce exclusivamente la patria potestad? Entiendo que si existe título acreditativo, deberá incorporarse al documento, pero en los demás casos el notario deberá limitarse a manifestar lo que le indica el compareciente, lo cual deja un marco del posible defecto del acto por falta de poder de representación. ¿Cuáles son estos casos de ejercicio exclusivo de la patria potestad? Son cuatro y no se encuentran muy felizmente redactados: el defecto, la ausencia, la incapacidad y la imposibilidad.

8. Hace una enumeración de los deberes y facultades comprendidos en la patria potestad el nuevo artículo 154 en forma que resulta probablemente un poco prolija. En la redacción anterior el Código decía simplemente «alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos y representarlos». Ahora dice: «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

La expresión «velar» comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales espirituales, pero globalmente no es distinta de cada uno de los elementos que después se reseñan. El precepto tiene por ello un cierto sabor de redundancia y de él únicamente puede extraerse la conclusión de que los deberes básicos de la patria potestad imponen una especial diligencia. Más adelante veremos que el Código señala la diligencia del titular de la patria potestad como administrador de bienes estableciendo un criterio de diligencia subjetiva (*quam in suis*). Parece razonable deducir que, si bien en materia patrimonial o económica el canon de la diligencia se suaviza, no se puede llegar a la misma conclusión en el resto de los aspectos sobre los que versa la patria potestad, donde debe extremarse la diligencia. En este sentido, se debe «velar por ellos». La conclusión que se puede extraer es que en las materias no patrimoniales cabe incluso la culpa leve o la levísima.

b) «Tenerlos en su compañía» era una expresión afortunada de la redacción anterior que se mantiene. La compañía —que etimológicamente significa compartir el pan— es una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda. Como en otros aspectos se dice del matrimonio, techo y mesa. Tener a los hijos en su compañía es un deber y una facultad de los padres. Que es una facultad significa la posibilidad de formular una reclamación cuando los hijos —por supuesto, pequeños— estuvieran retenidos por otra persona o institución. Para ello puede recabarse el auxilio de las autoridades públicas (cfr. art. 154, inciso final) y puede formularse una acción judicial que tendría que sustanciarse en un juicio declarativo.

Los padres pueden encomendar transitoriamente las funciones de compañía a otras personas o instituciones. Ha de producirse siempre con el consentimiento de los padres, con carácter transitorio y bajo la superior vigilancia de aquéllos. Este transitorio apartamiento debe ser realizado por exigirlo así el beneficio de los hijos (p. ej., internamiento en establecimientos sanitarios o de educación) o un necesario interés de la familia (v. gr., necesidad de realizar un viaje, etc.).

La violación de la obligación de «tenerlos en compañía» determina una situación que hay que calificar como abandono.

9. En la versión anterior del Código civil, la clásica y tradicional, el contenido representativo de la patria potestad aparecía de refilón, cuando en el artículo 155-1.º, después de citar como deberes de los padres los de alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos, decía: ... «y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho». Ahora, en cambio, la representación legal de los hijos pasa a ocupar el capítulo segundo del título VII. En línea con lo que hemos dicho en punto a que el ordenamiento jurídico somete a controles lo que antes era una potestad precisa, destaca el hecho de que dentro de ese capítulo segundo la mayor parte se dedique a establecer los casos en que el titular de la patria potestad no representa al menor. Ello significa una dominante preocupación por los límites, pero significa también que se dota de claridad a algo que en la regulación anterior había que intuir; que el poder de

representación es la regla y los puntos en que el poder de representación no funciona constituyen las excepciones.

Es obvio que el poder de representación es ahora un poder conjunto, sometido a las mismas reglas del artículo 156, esto es, ejercicio mancomunado o actuación para uno con el consentimiento del otro. No hay, creemos, dificultades para aplicar la regla del ejercicio unilateral del poder de representación cuando ello sea conforme con el uso social y con las circunstancias. Lo que ocurre es que esta conformidad con el uso social y con las circunstancias corresponderá calificarla en primer lugar a quien le compete autorizar el acto.

La delimitación del ámbito del poder representativa se produce por detracción o por excepción. Hay una serie de actos que están exceptuados de la representación. Llama la atención la referencia que se hace a los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad, siempre que el hijo puede realizarlos por sí mismo, de acuerdo con sus conocimientos de madurez.

Este párrafo suscita algunos puntos oscuros que tal vez necesiten reflexión. Ante todo se encuentra la idea de las «condiciones de madurez». Como en muchas otras ocasiones el Derecho moderno huye de las fórmulas automáticas muchas veces injustas, pero se mete de hoz y coz en el campo de lo incierto. ¿Cuándo se tienen condiciones de madurez que es obvio que no pueden juzgarse con criterios generales y objetivos, sino que hay que ponerlas en conexión con cada concreto sujeto de derecho? El enjuiciamiento no puede hacerse de manera previa, pues ello significaría bloquear el desarrollo de la vida jurídica. La decisión final queda limitada a un momento posterior y la calificación inicial habrá de tomarla el que tenga que asumir el riesgo del acto. La segunda posible cavilación es la siguiente. En aquellos casos en que es obvio (p. ej., por ser de muy escasa edad) que las condiciones de madurez no se reúnen, ¿hay verdadera representación? ¿Ejercita el padre los derechos de la personalidad del hijo o se limita a cumplir los deberes que la patria potestad le impone? Yo no creo que el padre que, v. gr., autoriza una operación quirúrgica o la extracción de un órgano ejercite por representación los derechos de la personalidad del hijo. Más bien me parece que lo que hace es cumplir con su propio ámbito de funciones y de potestades. Por ello tal vez el artículo 162-1.º más que una verdadera excepción a la representación legal, constituye una excepción del ámbito de funcionamiento de la patria potestad.

10. La existencia de conflicto de intereses entre padres e hijo constituye una hipótesis en que la representación legal no debe actuar. Es el supuesto de hecho del funcionamiento del defensor, que se encuentra desarrollado por el artículo 163 con mayor minuciosidad y detalle que en el antiguo artículo 165 y que no voy a comentar. Debo, sin embargo, hacerme una pregunta similar a la anterior. ¿Es excepción a la potestad representativa o ámbito de funcionamiento de la patria potestad? ¿Determina una inexistencia de poderes de representación que hace nulo el acto realizado de ese modo o produce

un deber de no entrar a actuar? Este problema es muy importante en relación con los terceros de buena fe con los que el acto representativo se produzca. En nuestra hipótesis de trabajo estos terceros son de buena fe, lo cual significa que no conocen el conflicto de intereses entre padre e hijo, que no tienen datos de los cuales la existencia de ese conflicto debiera inducirse razonable y diligentemente y que, por consiguiente, pueden confiar en el representante. La jurisprudencia anterior ha sido clara en el sentido de que los actos realizados por el padre en estas circunstancias son nulos. Entre la protección de los hijos menores y la protección de los terceros, esta línea interpretativa se inclina por los hijos menores y no veo ninguna razón para pensar ahora de otra manera. La letra de la ley, ahora más claramente conduce a esa solución. En esos casos no hay representación y el acto es un acto realizado por quien no es representante.

11. El poder de administrar los bienes es uno de los que constituyen el contenido de la patria potestad. Lo declara así el artículo 164 y se desarrolla este tema en el capítulo tercero. Interesa señalar que en la redacción anterior del Código se hablaba de una administración legal, mientras que ahora se habla simplemente de administración, distinguiendo este concepto del de representación. El deslinde de órbitas parece correcto. Se puede administrar sin llevar a cabo actividades representativas, como en todos aquellos casos en que el padre no manifiesta que actúa en representación del hijo, y se puede representar sin ninguna referencia a la esfera patrimonial.

El concepto de administración tiene en los artículos 164-168, como en tanto otros preceptos del Código civil, de redacción más antigua o más moderna, el doble significado de actividad genérica que se realiza en relación con los bienes y de administración en sentido estricto, esto es, conservación y actos necesarios para la obtención del normal disfrute y rendimiento.

Al padre como administrador, el código le coloca en paralelo con los administradores legales. Administra los bienes de los hijos, se dice, con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y —se concluye— «las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria». No sé de dónde procede este texto, aunque parece una abreviatura del antiguo párrafo 1.º del antiguo artículo 163, que aludía a las obligaciones de todo usufructuario o administrador y las especiales establecidas en la sección 3.º del título III de la Ley Hipotecaria. Esta referencia se entendía que era a los preceptos en los que se establece la obligación de constituir hipoteca, es decir, únicamente al artículo 168-3.º, según el cual tienen derecho a hipoteca legal los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufrutuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio y sobre los bienes de los mismos padres.

12. Las excepciones al principio general de administración por los padres se encuentran enumerados en el artículos 164 y son las siguientes:

1.º) Los bienes adquiridos por título gratuito, cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Es claro que adquisición a título gratuito es tanto la donación como la herencia o el legado. Debe existir una orden expresa del disponente: expresa en el sentido de que debe encontrarse la declaración en el negocio jurídico y en el sentido de que debe operar como modalización del acto traslativo: y expresa también el sentido de que la *lex privata* de exclusión de la administración debe encontrarse fundada en una causa razonable y justa (corresponderá la demostración de que no existió a quien la impugne) y de que no se debe producir laguna sobre la administración. El Código dice: se cumplirá la voluntad del disponente sobre la administración de estos bienes.

2.º) Los bienes adquiridos por sucesión en el que el padre hubiera sido justamente desheredado o no hubiera podido heredar por causa de indignidad. Son administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicial expresamente nombrado. Se recoge y puntualiza una regla que, en esbozo por lo menos, se encontraba en los artículos 761 y 857.

3.º) Los bienes de los hijos adoptados en forma simple cuando así lo hubiera acordado el juez que hubiera aprobado la adopción. Esta regla es una generalización del antiguo artículo 162, que se refería sólo a donaciones o legados para gastos de educación e instrucción. La idea de que el juez acuerde la adopción y no obstante ello establezca un mandato de exclusión del adoptante de la administración no deja de ser extraño. En el anterior artículo 166 para los padres que reconocieran o adoptaran en forma menos plena, se decía que no tenían la administración si no aseguraban con fianza su resultado. Esta regla ha ido sufriendo un peloteo histórico. Posiblemente tenía buen sentido para el tipo de adopción en que pensó el redactor del Código. Al fomentarse las adopciones, se dejó para la adopción simple. Ahora se la ubica entre las excepciones de la administración con la fórmula de que ha de haber acuerdo expreso del Juez en la aprobación.

4.º) Por último, se refiere el Código a los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria, volviendo a plantearse el ya conocido problema de si el precepto se refiere a los bienes que son directamente resultado del trabajo o a los que se adquieren invirtiendo las retribuciones del trabajo. La primera posible línea de interpretación que recoge una forma de expresarse el legislador que estaba ya en el artículo 160, cuadra con lo que se ha venido llamando el modo de producción precapitalista o de producción simple de mercaderías, que hoy en día será aplicable sólo a algunas formas de trabajo artesanal, cuando además no se realice el valor pecuniario de dicho trabajo mediante la venta del producto.

13. La reforma del Código ha hecho desaparecer la vieja figura del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. Se encuentra ello en la línea de la tendencia reformista del recorte de los modelos paternos. La reforma es más nominal que real, aunque en



algunos casos puede conducir a resultados muy importantes. Para comprender el significado de la reforma hay que partir del núm. 2.º del artículo 155. Mientras conviven con la familia, los hijos están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas de esa familia. Esta contribución, que el Código modula con una referencia a la equidad puede realizarse mediante una aportación de trabajo, con sus resultados en especie o con los resultados en dinero, cuando el trabajo se venda, o mediante el destino de los frutos de los bienes de pertenencia filial. Normalmente el destino de los frutos de los bienes de los hijos al levantamientos de las cargas familiares se realiza de manera directa.

14. Las limitaciones del poder dispositivo de los padres sobre los bienes y derechos pertenecientes al patrimonio de los hijos es cuestión que tal vez por haber sido escasamente conflictiva, el Código regulaba poco. En materia de patria potestad no existía más limitación que la relativa a la venta de bienes inmuebles de menores. Las limitaciones subían de tono en relación con la tutela (p. ej., donar, renunciar, etc.). El hecho de que estas limitaciones se incluyeran en la tutela daba a entender que no tenían estricta aplicación en materia de patria potestad. En esta institución, supuesta la limitación del poder dispositivo en las enajenaciones de inmuebles, la única discusión versó acerca de aquellas hipótesis que podían por vía interpretativa asimilarse a las enajenaciones (v. gr., dividir cosa común, dividir herencias, etc.). En la jurisprudencia del T. S., aunque de forma aislada, la cuestión se planteó con la renuncia a la herencia. Finalmente, con motivo de los cotidianos accidentes ocasionados por la circulación de automóviles y sus víctimas, algunas sentencias, sobre todo la Sala segunda del T. S., se plantearon el problema de la renuncia de la acción para reclamar los daños y perjuicios.

La reforma que ahora entra en vigor ha regulado esta materia de una forma indudablemente más rigurosa, de manera que las lagunas serán menores y, si alguna llegara a existir, será más fácil de establecer el criterio para llenarla. Por regla general, podemos entender que los poderes dispositivos de los padres, titulares de la patria potestad, se encuentran tras la reforma más limitados que antes y que se distinguen tres diferentes campos: el que queda siempre y en todo caso impedido; el que queda permitido y aquel en que el acto puede llevarse a cabo siempre que el poder dispositivo de los padres se complemente con una declaración de voluntad, que puede ser, en ocasiones, una autorización judicial o, en otras ocasiones, el consentimiento o asentimiento del hijo sometido a la patria potestad.

El ámbito siempre impedido, con independencia de los bienes excluidos de la representación y de la administración en los que por razones obvias tampoco juega el poder dispositivo, es básicamente: las disposiciones a título gratuito y la renuncia de derechos. La disposición a título gratuito se produce cualesquiera que sean los bienes sobre que los derechos recaigan. La renuncia de derechos abarca, como es obvio, la renuncia pura y simple. En lo que concierne a las renunciaciones onerosas o mediante precio, deberá aplicarse la misma regla que

las transacciones y a estas últimas se les aplicarán las mismas reglas que para la enajenación. Resulta así de la reforma del artículo 1.810.

Por lo que se refiere a los negocios estrictos de enajenación que hay que entender onerosos, puesto que los gratuitos están prohibidos, subsiste la línea del antiguo artículo 165. La enajenación requiere la autorización del Juez y con audiencia del Ministerio Fiscal.

La regla de la enajenación de inmuebles se aplica ahora a los establecimientos mercantiles o industriales, a los objetos preciosos y a los valores mobiliarios.

Se contiene ahora una regla especial en relación con la repudiación de la herencia y del legado, que se extiende a las donaciones en que hubiese existido una oferta.

15. La liquidación de la administración paterna se encontraba antes huérfana de regulación. En la práctica se resolvía a través de la incapacidad de respuesta de los hijos frente al padre y en teoría por una aplicación analógica de las reglas relativas a las formas de administración y representación, lo que equivale a decir las reglas del contrato de mandato.

Ahora parece que esos principios se llevan a sus últimas consecuencias.