

DIVORCIO Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. DE ROMA AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

DIVORCE AND CHILD CUSTODY. ROME TO SPANISH CIVIL CODE.



Carmen Lopez-rendo Rodriguez
Profesora titular de Derecho Romano
Universidad de Oviedo
Oviedo, España.

INTRODUCCION

Cuando un matrimonio llega a su fin, uno de los problemas principales que se plantean en las sociedades modernas es el reparto de los derechos y obligaciones sobre los hijos, los tiempos de estancia con los mismos, en definitiva con quien deben vivir los hijos, quien debe educarlos y alimentarlos. En nuestro Código civil español, este reparto de derechos, obligaciones, tiempos de conveniencia se ha venido denominado custodia de los hijos, distinguiéndose entre patria potestad y custodia.

Este problema no es nuevo de las sociedades modernas. Ya en los derechos antiguos se planteó el mismo y se adoptaron diferentes soluciones según las épocas, que examinaré en este trabajo desde Roma hasta el derecho vigente en el Código civil español. En todas estas etapas hay un denominador común, que parte de considerar que se trata de una materia que queda al arbitrio judicial, en caso de desacuerdo entre las partes.

DERECHO ROMANO.

Con carácter previo al examen de la regulación existente en materia de guarda y custodia de los hijos, una vez producido el divorcio de los padres, creo conveniente examinar que se entendía por familia en el derecho romano, y cuales eran sus caracteres que configuran en definitiva las variadas soluciones que se van a adoptar en esta materia en las diferentes épocas.

La familia se concibe en el derecho romano como un organismo, como un *-corpus-* en un texto de Ulpiano que nos transmite D. 50,16 195,2: *Ulpiani. Libro XLVI ad edictum:*

"Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi univrsae cognationis continetur."

La familia romana en sentido estricto o *FAMILIA IURE PROPIO DICTA*, se presenta como un núcleo de personas unidas entre sí



por la autoridad- *MANUS, POTESTAS, MANCIPIUM*- que una de ellas, el cabeza de familia-*PATER FAMILIAS*- ejercita sobre las demás con unos fines que trascienden el mero orden doméstico¹.

En las fuentes jurídicas aparece por primera y única vez un concepto de familia en un texto de Ulpiano, en sus comentarios al Libro XLVI *ad Edictum* que nos transmite D. 50,16, 195,2, quien define a la *FAMILIA PROPRIO IURE* en los siguientes términos:

"Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt SUB UNIUS POTESTATE AUT NATURA, AUT IURE SUBIECTAE, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et reptos et deinceps."

Como se puede observar de la definición de Ulpiano, el factor esencial que determina la pertenencia a la familia y que une a las personas que la forman, no es como en la familia moderna, la consanguinidad, sino la sujeción o el sometimiento a la autoridad -*unius potestate subiectae*-, siendo indiferente

que este sometimiento se produzca por vía de nacimiento -*aut natura*- o por actos jurídicos -*aut iure*-. En otros términos, en el sentido originario de la familia, predomina el parentesco civil o potestad-*agnatio*- sobre el parentesco natural o vínculo de consanguinidad -*cognatio*-; de ahí que pertenezcan a la familia: la madre de familia, el hijo, la hija de familia y los sucesivos como nietos, nietas, y los otros descendientes, adoptados, y adrogados. Por ello en la familia romana, conviene distinguir un sujeto activo, en cuanto titular del señorío sobre la familia-*potestas*- y unos sujetos pasivos, en el sentido de personas sometidas a la autoridad del jefe de familia.

El sujeto activo, es el cabeza de familia, denominado en las fuentes *PATER FAMILIAS*². Esta persona es declarada *sui iuris* e independiente y, por tanto tiene potestad propia sin sometimiento al *IUS* ni a la *POTESTAS* de nadie. Este poder, que los juristas romanos presentan como un *IUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM*³, destacando que no existe ningún otro pueblo que tenga sobre sus hijos una potestad como esta, es en su origen un poder absoluto, que abarca el *"IUS VITAE ET NECIS"*-derecho de

¹En orden a la concepción de la familia romana, seguimos las ideas de Bonfante y continuadores. SOLAZZI, S. "Diritto ereditario Romano", Napoli, 1.931, pp. 158 y ss. DE MARTINO, acepta la Teoría Política especialmente respecto a la *GENS*, encuadrándola dentro de los cambios económicos y sociales. Vid. "Storia della costituzione romana", I, Napoli, 1.958, pp. 18 y ss.; "La Gens, lo Stato e le classi in Roma Antica", en Studi in onore Arangio Ruiz IV, Napoli, 1.953, pp. 25 y ss. NNDLs v. FAMIGLIA, VII, pp. 42 y ss donde afirma el valor patrimonial y paratal del término *FAMILIA*. DE FRANCISCI, P. "Dal Regnum alla Repubblica" en SDHI, X, (1.944), pp. 153 y ss. Respecto a la adhesión de De Francisci al naturalismo jurídico Bonfantiano, vid. Arzana Imperi, I, Roma, 1.970, p. 39. Renuncia expresamente a la Teoría Política, respecto a la familia, no respecto de la *Gens* en "Primordia Civilis", Roma, 1.959, p. 153, n. 272. Vid. "La comunità sociale e politica primitiva" en SDHI, XXII, (1.956), pp. 4 y ss. GROSSO, G. "Problema di origine e costruzione *Gentilis*", en Studi Arangio Ruiz I, Napoli, 1.953, pp. 33 y ss.; "Lezioni di Storia del Diritto Romano", 5 ediz. (1.965), pp. 12 y ss. DENOYER, J. "Le *Paterfamilias* et l'évolution de sa position". Syntelota Arangio Ruiz, Napoli, 1.954, pp. 441-449. GIOFFRÉDI, C. "Diritto e Processo nelle antiche forme giuridiche romane", Roma, 1.955, pp. 198-215. DE VISSCHER, ("Mancipium et Res Mancipi" en SDHI, II, (1.936), p. 263 y ss) CORNIL, C. "Une orientation nouvelle des recherches sur les origines de la Famille et de la Propriété en Droit Romain" en SHD XVI, (1.937), pp. 352 y ss. FREZZA, ("Le forme federative e la struttura dei rapporti interclassi nell'antico Diritto Romano" en SDHI, IV, (1.938), pp. 363-420; V, (1.939), pp. 161-201). "Intorno alla leggenda dei Fabii al Crumera" en Scritti in memoria di Ferrini, Milano, 1.946, p. 297.

²D. 50, 16, 195, 2: "*Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quoniam filium cum habuit, cum enim nullum perierit eius, sed et ius demonstramus, de iure et populum iustre familias appellamus*". Según SIBER ("Röm. Priv. R. Ob. cit. p. 33), el texto se encuentra interpolado en la expresión "*In domo, appellatur*", lo cual debería sustituirse por *STU JURIS EST* y en la frase *NON enim suus et ius demonstramus*, en el mismo sentido HESLER: "Textkritische Studien, ZSS, 53 (1.933) pp. 10 y ss.



vida y muerte-, el -Derecho de vender como esclavo al *filius familias* en territorio extranjero-, el *IUS NOXAE DANDI*-derecho de ceder a otros el *filius familias*- para librarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por el-, el *IUS EXPONENDI*-derecho de exponer al *filius familias* recién nacido⁴.

Cabeza o jefe de familia, solo puede ser el individuo varón del grupo, ya que las mujeres son incapaces de ejercitar la *POTESTAS* familiar⁵.

La misma palabra de derivación arcaica *PATER* se refiere terminológicamente al que tiene el poder, más que al hecho biológico de la procreación. El *paterfamilias* puede no tener ni mujer, ni hijos y puede ser *impuber*⁶; por consiguiente, con dicha expresión no se designa solamente su persona, sino también su derecho, es decir, se reduce la esencia del *paterfamilias* a una mera condición subjetiva, sin duda la más importante para la capacidad

jurídica, después de los requisitos de libertad y de ciudadanía.

A diferencia del *PATER FAMILIAS*, los miembros sujetos al poder del jefe, se denominan *PERSONAE ALIENI IURIS* o *ALIENAE POTESTATI SUBIECTAE* o simplemente *PERSONAE ALIENI IURIS*, esto es, personas sujetas al *IUS* y a la *POTESTAS* de otros. Ya GAYO, nos dice en sus Instituciones: GAI 1,48: "*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae SUI IURIS SUNT, quaedam ALIENO IURE SUBIECTAE SUNT.*"

Además, entre estas personas sujetas al derecho ajeno, sigue Gayo⁷ en sus instituciones, unas lo están a la *POTESTAS*, otras a la *MANUS* y otras al *MANCIPIUM*, distinguiéndose por consiguiente, dos clases de personas *alieni iuris*: los *liberi in potestate* o *fili familias* y los esclavos-*servi*⁸.

Pater, era también el antiguo jefe de la *GENS*; *pateres* son los sacerdotes, porque en sus orígenes el *senatus* estaba compuesto por los jefes de las gentes: *PATER* es el título que se da a la divinidad (Virgilio designa a Júpiter, el padre de los dioses y de los hombres, *Nepheus Pater*.) o a los príncipes de las leyendas antiguas (*Pater Aeneas* en Virgilio). Nótese que aún cuando la palabra "FAMILIAS" se encuentra en genitivo del plural, carece de sentido la traducción "Padre de Familias". La expresión *familias* es una reminiscencia del genitivo singular arcaico que era en "S", que se utilizaba en vez de "FAMILIAE". Vid. V.I.R., s.v.FAMILIA, Vol. II. Borolini, 1.933. Tomo 2 p. 800.

⁴GAI 1,55: "Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. QUOD IUS PROPRIUM CIVILIS ROMANORUM EST; ferri enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus."

Vid. entre otros: GALLO, F. *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*. en *Studi Di Franco*, 2. Milano, 1.956, pp.211 y ss.- Del mismo autor: "Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana" *LABEO* 16(1.970), pp 1 y ss.

⁵CAPOGROSSI, L. "Ancora sui potestri del pater familias", en *BIDR* 73 (1.970), pp.357 y ss. RABELLO, A.M. "Effetti personali della patria potestas" *I. Milano*, 1.979. Cf. CASSINELLO Y CASSINELLO, I., *Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas*, Universidad Central, Madrid, 1873.

⁶Vid. MORDECHAI RABELLO, A., *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, A. Milano, 1979.

⁷El término *MATER FAMILIAS* indica un título meramente honorífico que en época histórica carece de valor jurídico, siendo utilizado en la vida social para indicar la esposa o madre como sinónimo de *matrona*. En este sentido tiene gran interés un texto de Ulpiano recogido en D, 50.16.46.1 Ulpianus. Libro LIX ad edictum: "*Matrem familias accipere debemus eam. QUAE NON INHONESTE VIXIT. MATREM ENIM FAMILIAS A CETERIS FEMINIS MORES DISCERNUNT, ATQUE SEPARANT. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natalis faciunt matrem familias, sed boni mores*". Todavía en el uso germánico y antiguo del título era reservado a la mujer del *paterfamilias*: *PESTUS*, "*MATERFAMILIAE non ante dicebatur, quam si etis paterfamilias dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari*". Posteriormente, designa a la esposa, que formaba parte de la familia, esto es que estuviese sujeta a la *manus* del marido o *paterfamilias*.

⁸Cic. Top. 3.14: "*Si in familia persona legata est a viro, si et viro materfamilias esset; si ea in manum non convenerat, nihil intererat. Gens enim est uter; eius duas formas: una matronfamilias, que sunt quae in manum convenerunt; altera est utrum, quae tantum modo uxore habentur*". GELL. NOCT. ATT. 13.6.9: "*MATREM autem FAMILIAS appellatam esse eam solum quae in marito manus mancipioque aut in eius in cuius maritus manus mancipioque esset, quoniam non in matremfamilias tantum*"



Al igual que el término PATER FAMILIAS y MATER FAMILIAS, el nombre de FILIUS FAMILIAS y FILIA FAMILIAS, tiene el mero valor de título que designa una condición jurídica, para lo cual lo esencial es el sometimiento al Paterfamilias y no el parentesco o vínculo de sangre. La prueba de ello se ve en que con el título de FILIUS FAMILIAS se designa tanto al hijo como al nieto o al bisnieto y al extraño adoptado o adrogado que ocupa el puesto de hijo o nieto, y el título de FILIA FAMILIAS corresponde a la mujer del PATER FAMILIAS o de los FILII FAMILIAS sometidos al primero, que hayan entrado en la familia por medio de la *CONVENTIO IN MANUM*.

En este contexto de familia, en el que el poder sobre todos los miembros lo ostentaba el *paterfamilias*, es perfectamente comprensible que el repudio y el divorcio de los padres no implicase modificación alguna en cuanto a la relación con los *filiifamilias* que continuarían bajo la potestad del *paterfamilias*, quedando

en su compañía y siendo alimentados por el mismo³⁰, es decir tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad correspondía en exclusiva al *paterfamilias*, sin limitación alguna y los *filiifamilias* conservaban todos los derechos que tenían durante el matrimonio de aquellos. La ruptura de la relación matrimonial de sus padres no tenía repercusión jurídica respecto a los *filiifamilias*³¹.

El concepto de familia que he enunciado, va variando en etapas posteriores, de tal forma que en las fuentes, se distingue los parientes agnados de los cognados; éstos últimos son aquellas personas ligadas entre sí por vínculos de sangre³². A diferencia de la agnación, la cognación no tiene en consideración la sujeción al poder de una persona determinada, sino que se basa únicamente en el hecho biológico de la procreación, de ahí que también son cognados los parientes por línea femenina, esto es, las madres respecto de los hijos y

sed in familiam quoque mariti et in sui hereditate locum venisset GELL. 4.3.3 NONIUS MARC. V.º *Materfamilias (dictum esse existimant, quae in familia mancipioque sit patria, et in mariti matrimonio esse* Vid. V.I.R. tomo 3, p. 812. Si bien como afirma ULPIANO en D 50,16 195.5.º *Mulier inueni familiae suae et caput, et filia est.* SIDER R.F.R. pag 33, sostiene interpolado la palabra " SUAE". Vid. CARCATERRA, A. *Mater familias*, AG.123, (1940), pp. 113 y ss. KUNKEL, W. v. *Mater familias*, en *Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1.930, pp. 2183-2184.

³⁰ D. I, 1, 4 ULPIANUS Libro I Institutionum: *"Pater familiarum sunt, QUI SUNT SUAE POTESTATIS SIVE PBERES SIVE IMPBERES"* Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., págs. 77 y ss. Señala este autor: "En sentido técnico jurídico, en Roma *paterfamilias* era el que no estaba sometido a potestad ajena. De ahí que no se identifique necesariamente el término con el de padre en sentido biológico y moderno. Si el *paterfamilias* era menor de edad estaría sometido a tutela durante la minoría de edad legal, por lo que tendría limitada no su capacidad jurídica, pero sí su capacidad de obrar hasta que no saliese de la tutela. Cabe asimismo que el *paterfamilias* no estuviese casado o no tuviese descendientes, lo que no le impedía ostentar tal título ni la plena capacidad jurídica y de obrar que se reconocía a quienes tenían tal condición." En esta misma línea, señala MIQUEL, J., en *Instituciones de Derecho Privado Romano*, PPU, Barcelona, 1966, pag. 103, que "el vínculo de sangre no es aquí el hecho decisivo (...). *Paterfamilias* no es, pues, <<progenitor>>, sino, simplemente, <<cabera de familia>>. En realidad, para ser *paterfamilias*, ni siquiera hace falta que tenga personas sometidas a su potestad. Basta, simplemente, que él mismo no esté sometido a la potestad de otra persona. De este modo, la palabra *paterfamilias* adquiere, como se ha dicho con tal, un cierto carácter <<honorífico>>, hasta el *impber* será llamado *paterfamilias*, si no está sometido a la potestad de otra persona" Id. *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987, pag. 103.

³¹ GAI 1,49.º *Rerum earum potestatem, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.* Vid. TORRENTA, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza 1.987, pp. 514 y ss, el cual observando la información de Gayo, cuestiona el problema del concepto unitario de la Patria Potestad, ya que el mismo aparece como una fusión de tres situaciones: *Potestas, Manus* y *Mancipium* que le conducen a plantearse el problema de la naturaleza y origen de la misma.

³² DE FRANCISCI, P., *Sintaxis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pag. 154, afirma: "El correr del tiempo, cuando las diversas manifestaciones de aquel poder siguieron principios que no eran uniformes de) todo respecto a los diversos objetos, empezaron a emplearse expresiones diversas, según sus aplicaciones. El señorio sobre las cosas,



viceversa; los hijos no legítimos respecto a sus padres naturales, tanto los denominados naturales en sentido propio, como los adulterinos, y los hijos emancipados respecto a su familia de sangre.

El paso de una familia a otra es producto de un desarrollo histórico, social y político, coexistiendo ambas familias a lo largo de todo el derecho romano. A la vez fueron mitigándose las excepcionales facultades del *paterfamilias*, especialmente a partir del siglo I d. C. Las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protección y asistencia¹³, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protección más amplia a los hijos, y en general, a todo el grupo familiar¹⁴.

En este contexto y en la época clásica tardía empiezan a aparecer las primeras medidas que afectan a lo que nosotros conocemos en la

actualidad como guarda y custodia de los hijos de matrimonio de divorciados.

Las medidas que encontramos en esta materia parece ser que fueron adoptadas a partir de Antonino Pio y tenemos noticias de ellas, a través de las referencias que nos transmite Ulpiano en los siguientes textos contenidos en el Digesto:

D. 43.30.1.pr y 3. *Ulpianus Libro LXXI ad edictum:*

*pr. Ait praetor: "Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is ea ve apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum namve exhibeat"*¹⁵.

3. *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aeque subveniendum ei erit per exceptionem"*¹⁶.

en un principio *manus* o *mancipium*, se designó con el nombre de *dominium* (...). En cuanto se refiere al señorio sobre las personas que componían el grupo se distinguió: la potestad sobre la mujer que había entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún *filii familiae*; la potestad ejercida sobre sus *filii familiae*; la ejercida sobre los esclavos, y, en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de *servitutibus* de hecho frente al *pater familiae* (así, los *filii familiae* ajenos vendidos a un *pater familiae*, y los *noxae dediti*, personas cedidas en expiación de un delito)¹⁷.

¹³D. 1.6.4. ULPIANUS, Libro I Institutionum: "...*Filii familiarum et filiae quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, atque in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et alii in eadem ceteri*". Vid. D. 50.16.195.2.

¹⁴Vid. Albertario, E.: *Prisone e famiglia. Sul diritto agli alimenti*, en *Studi di diritto romano*, I. Milan, 1933, p.251 ss; Bonfante, Instituciones de Derecho romano, trad. Española de Bacci y Larrosa Madrid 1929, reimprimión 1965, p. 201. WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss BURDISE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 - *Obligati alimentari* - pp. 596; ALBUQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)», *RGDR* 3, Madrid 2004; Id. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. «Alimentos entre parientes (II): Alimentos et rictus», *RGDR* 4, Madrid 2005 pp. 1 y ss.

¹⁵Vid. VOLTERRA, *Sus mores della famiglia romana*, en *Rivista dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, se VIII 4, 1949, pp. 521 ss. Fernández de Buján, A.: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

¹⁶D. 38.10.4.1 Modestinus, Libro XII Pandectarum: "*Cognati ab se alii putantur; QUOD QUASI UNA COMMUNITER VE NATI, VEL AD EODEM ORTI PROGENITIVE SINT*". D. 38.8. 1.1 Ulpianus, Libro XLVI, ad Edictum: "*Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, si Latro sit, quasi COMMUNE NASCENDI INITIUM HABUERINT*". - Bibliografía sumaria sobre Cognati, vid. PERUZZI: *Circa il limite della cognazione in Roma*, *Studi Brugi*, Palermo, 1.910, pp. 269 y ss. SCHERILLO, G.: "Sul tractatus de gradibus cognationum", en *Studi Cognari*, XVIII (1.931), MASCHI: "La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani". Milano, 1.942, pp. 123 y ss; CASTELLO, Ob. Cú. Y GUARINO: *obis cit.*

¹⁷Sobre la patria potestad como *officium* -deber de protección y asistencia- cfr: KASER M., «*Der Inhalt der patria potestas*», *ZSSK*, 1938, pp. 62 y ss

¹⁸Cfr: ALBUQUERQUE, J.M., *Patria potestas in prius debet, non atrocitate consistere*, *Iuris Tarraco*, nº 16., Universidad Anahuac, México, junio 2005.



viceversa; los hijos no legítimos respecto a sus padres naturales, tanto los denominados naturales en sentido propio, como los adúlterinos, y los hijos emancipados respecto a su familia de sangre.

El paso de una familia a otra es producto de un desarrollo histórico, social y político, coexistiendo ambas familias a lo largo de todo el derecho romano. A la vez fueron mitigándose las excepcionales facultades del *pater familias*, especialmente a partir del siglo I d. C. Las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protección y asistencia¹¹, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protección más amplia a los hijos, y en general, a todo el grupo familiar¹².

En este contexto y en la época clásica tardía empiezan a aparecer las primeras medidas que afectan a lo que nosotros conocemos en la

actualidad como guarda y custodia de los hijos de matrimonio de divorciados.

Las medidas que encontramos en esta materia parece ser que fueron adoptadas a partir de Antonino Pío y tenemos noticias de ellas, a través de las referencias que nos transmite Ulpiano en los siguientes textos contenidos en el Digesto:

D. 43.30.1.pr y 3. *Ulpianus Libro LXXI ad edictum:*

*pr. Ait praetor: "Qui quaeve in potestate Lucii Titi est, si is ea ve apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas"*¹³.

3. *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequae subveniendum ei erit per exceptionem"*¹⁴.

en un principio *manus* o *mancipium*, se designó con el nombre de *dominium* (...). En cuanto se refiere al señorío sobre las personas que componían el grupo se distinguieron: la potestad sobre la mujer que había entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún *filius familias*; la potestad ejercida sobre sus *filius familias*; la ejercida sobre los esclavos, y, en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de *servi domini* de hecho frente al *pater familias* (suí, los *filiifamilias* ajenos vendidos a un *pater familias*, y los *noxae dediti*, personas cedidas en expiación de un delito)".

D. 1.6.4. ULPIANUS, Libro I Institutionum: "... *Filius familiarum et filius quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.*" - Vid D. 50.16. 195.2.

¹¹Vid. Albertario, E: *Persona e famiglia. Sul diritto agli alimenti*, en *Studi di diritto romano*, I. Milán, 1933, p.251 ss; Bonfante, *Instituciones de Derecho romano*, trad. Española de Baños y Larrosa Madrid 1929, reimpresión 1965., p. 201. WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 - *Obblighi alimentari* - pp. 596; ALBUQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)», *RGDR* 3, Madrid 2004; Id. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicaciones previas a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. «Alimentos entre parientes (II): Alimentos et victus», *RGDR* 4, Madrid 2005 pp. 1 y ss.

¹²Vid. VOLTERRA, *Sul mora della famiglia romana, un racconto dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, sr VIII 4, 1949, pp. 521 ss. Fernández de Buján, A. *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

¹³D. 38.10. 4.1 Modestinus, Libro XII Pandectarum: "*Cognati ab eo dici putantur: QUOD QUASI UNA COMMUNITERVE NATI, VEL AD EODEM ORTI PROGENITIVE SINT.*" D. 38.8. 1.1 Ulpianus, Libro XLVI, ad Edictum: "*Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Latine ait, quasi COMMUNE NASCENDI INITIUM HABUERINT.*" - Bibliografía sumaria sobre *Cognatio*, vid. PEROZZI: *Circa il limite della cognazione in Roma*, Studi Brugi, Palermo, 1.910, pp. 269 y ss. SCHERILLO, G: "Sul tractatus de gradibus cognationum", en *Studi Cagliari*, XVIII (1.931). MASCHI: "La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani". Milano, 1.942, pp. 123 y ss. CASTELLO, Ob. Cr. Y GUARINO: *obis cit.*

¹⁴Sobre la patria potestad como *officium* -deber de protección y asistencia- cfr. KASER, M., «*Der Inhalt der patria potestatis*», *ZSSR*, 1938, pp. 62 y ss.

¹⁵Cfr. ALBUQUERQUE, J.M., *Patria potestas in praesente debet, non atrocitate consistere*, Iuris Tantum, n° 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005.



D. 43.30.3.5. Ulpianus, Libro LXXI ad Edictum:

Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur¹⁷.

D. 43. 30.6. Ulpianus, Libro LXXI ad Edictum:

In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eunque, qui proxime praetextati aetatem accedit, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.

Estos textos hacen referencia a los interdictos *de liberis exhibendis* y *de liberis ducendis*¹⁸.

La regla general que puede extraerse de los mismos es que la patria potestad y lo que nosotros denominamos custodia de los hijos

que están bajo la potestad del padre continúa correspondiendo al padre. Ahora bien, parece ser que empiezan a vislumbrarse excepciones a esta regla general que se reflejan en D.43.30.1.3 y D.43.30.5 y 6 en virtud de las cuales el magistrado puede acordar que el hijo permanezca viviendo con la madre, sin perjuicio de la patria potestas paterna.

En D.43.30.1.3, se recoge el supuesto que el hijo estuviere retenido por la madre. En este caso, indica que habrá que auxiliarse con la *exceptio*, apelando a un decreto de Antonino Pio y a unos rescriptos de Marco Aurelio y Septimio Severo *-et Divus plus decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est-*, en virtud de los cuales a veces el hijo debía permanecer con la madre *-morari filium debere-* más bien que en compañía del padre *-ex iustissima scilicet causa-*.

D. 43.30.3.5 destaca *-causa cognita-* la preferencia de la madre para retenerlo, por mas que el padre pruebe que el hijo está bajo su potestad, indicando que esta regla se contiene en algunos Decretos de Antonino

¹⁷Vid. *Index Interpolationum*, Levy-Rabel, T.III, Weimar, 1935, p.319 en donde se estima interpolado en «*manu matris*».

¹⁸Vid. *Index Interpolationum*, Levy-Rabel, T.III, Weimar, 1935, p.320. DONATUTI, *Iustus, iuxta, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, en *Ann.Fac. giuridic.Univ.Perugia*, 33, 1921, p. 413 sostiene interpolado «*apud quem coeant*». LONGO, G. *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias* en *BIDR* 40,1932, pp.218 y se considera interpolado el texto desde «*apud quem hasta el final-*». RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del D.14 D.X.3 Paulus III «ad Plautium»* en *Ann. Sem.giur.Univ.Palermo* 3-4,1917, p.693.n.4. el mismo artículo está recogido en *Scritti di diritto romano II*, Palermo 1964, p.380.n.157. Nidermeyer, *Studien zum editum Carbonianum*, en *ZRS* 50, 1930, p.122 quienes estimas interpolado desde *ex hasta causa*. En sentido contrario a la crítica interpolacionista se han pronunciado LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem.I.Promesse di metodo.I c.d. rimodi pretorio*, Bologna,1965, p.233.n.1, seguida por RABELLO, *Effetti personali della potestà patris in diritto romano*, Jerusalaim, 1971 y por HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et social*, Paris, 1969.

¹⁹Este texto también ha sufrido ataques por parte de la crítica interpolacionista que pueden verse entre otros en *INDEX INTERPOLATIONUM*,ob.cit.p. 321. NIDERMEYER *Studien*, cit. ZRS 50, p. 122 observa la intervención de los compiladores desde *estans-esse* y en el inciso *causa cognita*. BESELER, *ZRS* 43, 1922, p.424.n1 estima interpolado desde *quia hasta el final*. BISCARDI, *La protezione interstatale nel processo romano*, Padova, 1938, p.4) y se considera interpolada la frase *final optatus morosus*. CIOGNA, *La patria potestà in diritto romano*. STUDI SENESI,34, 1943, pp.133 y se señala interpolado desde *etiamsi-tamen* y la expresión *causa cognita*. En sentido contrario y a favor de estimar que el texto es genuino se han pronunciado LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem.I. Promesse di metodo.I c.d. rimodi pretorio*, Bologna,1965, p.233.n.1, seguida por RABELLO, *Effetti personali della potestà patris in diritto romano*, Jerusalaim, 1971 y por HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et social*, Paris, 1969, p.509 n.3 considera implícitamente clásico el inciso *causa cognita*.

²⁰Vid. BERGER, V. *Interdictum*, n. 11 y 12 *PW*,IX 2, 1916, c.1641 y ss; MASI, V. *Interdictum de liberis ducendis (exhibendis)*, *NNDI*,VIII, 1962, pp 801 y ss. BONINJ, *Cruxes per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano* *AG* 181,1971,pp.24 ss. LENEL, *Pallogenesia Iuris Civilis*, reimpr. de 1860, 2, 95 (Scientia Verlag Aalen 2000); LANFRANCHI, «*lex asponendi*» e *obbligazione alimentare nel diritto romano-classico*, *CV*, pp. 6 y ss.; ALBURQUERQUE,



En dicha constitución imperial indican que aunque en ninguna constitución ni de su época ni de sus divinos padres se disponga que la repartición de los hijos se haga entre los padres con arreglo al sexo, *ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur*, sino que el Juez competente estimará *competens tamen iudex aestimabit*, si, separado el matrimonio *matrimonio separato*, deben quedar y ser alimentados los hijos *filii morari ac nutriri* en poder del padre o en el de la madre, *utrum apud patrem an apud matrem*¹⁷.

Los aspectos más relevantes de esta constitución imperial podemos sintetizarlos en los siguientes:

1. Arbitrio judicial en la determinación de la atribución de la guarda, custodia y alimentos una vez separados los padres. Los emperadores Diocleciano y Maximiano atribuyen la facultad de decidir sobre la custodia y alimentos, una vez separados los padres, al Juez competente. Es decir se consagra en todo caso, el arbitrio judicial en la decisión de estas cuestiones de custodia y alimentos de los hijos tras la separación de los padres, pudiendo conferirse al padre o a la madre.

2. Inexistencia de criterios legales determinantes de la atribución. La discrecionalidad atribuida al *iudex* es absoluta, sin que el sexo sea criterio

determinante de la atribución a favor de uno de los progenitores y en detrimento del otro. Esto no significa que el Juez no pudiera realizar la atribución de la guarda y custodia con fundamento en el criterio del sexo, si estimaba que era lo más prudente tal como afirma ACCURSIO en la glosa a C.5.24¹⁸, incluso el Juez podría atribuirles la guarda a ambos o a un tercero.

¿Cuál es el criterio al que se refería la postulante Celestina de atribución de la custodia de los hijos a los padres por razón del sexo?. ACCURSIO¹⁹ en la glosa a C.5.24 se refiere a la atribución de los varones al padre y de las mujeres a la madre. En el mismo sentido se pronunciaron posteriormente GOTHOFREDUS²⁰ y POTHIER²¹.

BONINI²² estima que obviamente se esta refiriendo a la atribución de los varones al padre y de las mujeres a la madre, y DAUBE²³ sostiene que la costumbre de atribuir los varones al padre y las mujeres a la madre era conocida en algún lugar del imperio.

Lo importante del texto radica en que en caso de *matrimonio separato* y si no existe acuerdo en contrario de los padres, en todo caso, compete al *iudex* estimar quien de los dos – padre o madre – debe tener consigo y alimentar a los hijos, ACCURSIO²⁴ va un poco más allá e interpreta este poder de decisión del juez en el sentido de que pueda incluso atribuirles la obligación de *morari vel educari* a ambos o a

¹⁷ *Rómulo*, l. cit. p.124 n.5; HUNZIKER, s.v. *toga*, en *Dictionary des Antiquités Grecques et Romaines* cit. V p.349. a. *La toga praetexta es la toga a la que se ha añadido una orla de púrpura, lista toga era llevada, además de por determinadas autoridades, por los niños y niñas de las familias nobles, ya que, según nos narran las fuentes literarias Pa. Ant., en Cio. Tit. 3,44 y los niños de familias pobres llevaban la toga sencilla*. En este sentido, cabe destacar cómo el término *praetextatus* es indicativo de un determinado rango social POLAYE, *Stivara typet* (Budapest 1986) p. 112 n.31 y 139.

¹⁸ BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, AG.181,1971,p.28.

¹⁹ Algunos autores han venido afirmando que el trascrito fue situado en el *Codex Hermogenianus*, bajo una rubrica determinada, nueva respecto al *Codex Gregoriano* y posteriormente reproducida en el *Codex Justiniano*. Vid. SCHERELLO, *Teodosiani, Gregoriani, Hermogeniani*, en *Studi Ratti*, Milano, 1934, pp.310 ss. CENDERELLI, *Ricerche sul «Codex Hermogenianus»*, Milano, 1965, p.96 y 164. BONINI, R. *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, AG.181,1971,p.30.

²⁰ ACCURSIO: *Codici alimni, institutio constitutiones imperiales complectens Libri IX praeiorum, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus*, Editio postrema, Venetia, 1591, p. 749.



un tercero. *Accursio* en la glosa a *aestimabit*²², toma en consideración el criterio utilizado en el interdicto de *liberis exhibendis*, de tal forma que el juez también puede tener en consideración como criterio general que los hijos continúen viviendo y siendo educados y alimentados por el padre, salvo en casos de una justísima causa que aconseje que la custodia se otorgue a la madre.

Comparto la opinión de BONINI²³ que la discrecionalidad atribuida al *iudex* es plena, en el sentido que el ordenamiento jurídico no le fija criterio alguno al magistrado al cual deba necesariamente que atenderse. En esta nueva perspectiva la *-negotia patris-* es también uno de los muchos criterios utilizables por el magistrado.

3. El juez en el caso de matrimonio separado debe pronunciarse sobre *morari ac nutrire*²⁴, es decir debe determinar con quien han de vivir los hijos y quien o quienes deben alimentarlos. La forma de expresarse el texto da lugar a cuestionarse si ha de recaer en la misma persona la obligación de custodia y

alimentación o por el contrario es factible que se atribuya la custodia al padre o a la madre y se imponga la obligación de alimentarlos al que no tiene atribuida la custodia. BONINI²⁵ opina que esto debería también significar que entre los criterios sobre los cuales el magistrado fundaba su decisión ocupaba un puesto relevante el de la disponibilidad económica de los progenitores: un dato, que en diferente contexto, resulta confirmado también por testimonios posteriores. Sin entrar ahora en las evidencias clásicas o justinianas de este deber respecto a la madre²⁶, en mi opinión, el *iudex* puede dictaminar que los hijos vivan con un progenitor y sean alimentados por otro, al no establecerse de forma expresa limitación alguna a su arbitrio judicial.

Después de esta constitución imperial y hasta Justiniano no nos consta que se legisase en esta materia.

En el año 542 D.c. Justiniano se ocupó de dar solución a los problemas que planteaba el divorcio. Así dedicó una importante Novela,

²²ACCURSUS: *Codex domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema.* Venetis, 1591, p. 749. "*Respon. Imp. Et si id nulla lege cautum sit: oportere tamen iudice pro sua prudentia considerare masculini apud patrem, feminas apud matrem an vero utriq; apud alterum morari educarique debeant*". *Accursio* en la glosa a *aestimabit* D) señala: "*Taliter dividendo ut hic, nisi ex aliqua causa in contrarium inveniatur, ut de li. exhib. l. i. hoc interdicto. distinetur hic: titulus ab illo. Infra ubi papillide. quia hic vivit pater. ibi decessit*".

²³ACCURSUS: *Codex domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema.* Venetis, 1591 En la glosa a *nutr* parentes afirma "*ut apud matrem filias, apud patrem filii sint*", además de lo manifestado respecto a la utilización de este criterio por el juez si lo estimaba prudente.

²⁴GOTHFREDUS, D: *Codex iustiniani D. N. Sacratissimi principis PP. Augusti. Repertio praefationis libri XII. Nota Dionysii Gothofredi.* Lugduni 1662, col. 419: "*In arbitrio iudicis est, statuere an apud patrem, an apud matrem liberi sint educandi, apud eum tamen esse debent tempore cuius innocentia probata fuerit. Nov. 117 cap. 7: et apud matrem interdum satis fuerit liberis educari quam apud patrem.*

Per sextam diviso. fit, pater ut maris apud maritum, feminas apud uxorem alentur"

²⁵POTHIER, J. *Pandectae iustinianae in novam ordinem digestae.* T.9, Paris, 1821p.180; nota 1 "*pater, maris apud patrem; puellae apud matrem*".

²⁶BONINI, R: *Criteri per l'affidamento della parte dei divorziati in diritto romano.* AG.181,1971 p.30. En el mismo sentido TREGGIARIS: *Roman marriage. Justic conjuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian.* Oxford, 1991, p.469.

²⁷DAUBE, D: *Dividing a Child in Antiquity.* *California Law Review*, Vol 54,N.4, 1966, p.1631, sigue a YARON, Reichert, *Widersrecht und Talmud*, 31. *RZDA* 296-299, 1964, pp. 296 y ss

²⁸ACCURSUS: *Codex domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema.* Venetis, 1591, p. 749. "*Respon. Imp. Et si id nulla lege cautum sit: oportere tamen iudice pro sua prudentia considerare masculini apud patrem, feminas apud matrem an vero utriq; apud alterum morari educarique debeant*".



la novela 117 a tratar y regular todos los aspectos importantes del divorcio, aunque su política legislativa representó la mayor hostilidad al divorcio, culminando en la penalización del *communis consensu* del capítulo 10.

Entre otros extremos, y en lo que aquí nos interesa el capítulo 7^o, se ocupó de la regulación de los efectos que el divorcio tenía en relación con la guarda y custodia de los hijos, y el derecho a ser alimentados por sus progenitores divorciados en los divorcios contenciosos culpables.

Novela 117,7^o:

"Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi <matrimonio> nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutriantur expensas patre praebente; si vero per causam matris ostenditur solum matrimonium, tunc apud patrem et maneat filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrirí iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita instant decernimus et a

matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis definitivimus indigentibus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus".

El capítulo 7 de la Novela 117 contempla los perjuicios que se pueden ocasionar a los hijos con motivo del divorcio, y muestra la política legislativa que mantuvo Justiniano. Como disposición de carácter general, en la parte inicial del capítulo se enuncia una orientación de política legislativa en la que se afirma que en casos de disolución del matrimonio, los hijos no debían sufrir ningún perjuicio- *nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum*-, siendo llamados a la herencia de estos y alimentados con el patrimonio del padre- *sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi*.

A continuación, se afronta el problema de la guarda y custodia de los hijos en los siguientes términos:

1. En un principio y como regla general se utilizaba el criterio culpabilístico de la disolución nupcial, sin distinción de sexo.

1.1. Si la causante del divorcio es la madre -*si vero per causam matris ostenditur solum matrimonium*-, el hijo tendría que quedar bajo custodia del padre, que es el obligado a proporcionarle sustento y alimentos -*tunc apud patrem et maneat filii et alantur*.⁴

⁴ACCURSIUS: *Codici domini iustitiani constitutiones imperiales complectentis Libri IX praerea, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus*. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749: *Glossa a uertimabit d): "Tullius dividendo: ut hic, nisi ex aliqua causa in contrarium maneat ut de li. archib. l. 2 hoc interdicto & affert hic titulus ab illo infra ubi pupillide: quia hoc statuit pater: ibi dicitur"*.

⁵BONINI, R.: *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG 181, 1971, p. 31.

⁶ACCURSIUS: *Codici domini iustitiani constitutiones imperiales complectentis Libri IX praerea, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus*. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749 en la *Glossa a morari* e) estim que se refiere a *indultu mariti* (i) a *pupilli*.

⁷BONINI, R.: *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG 181, 1971, p. 33.

⁸BONINI, R.: *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG 181, 1971, p. 33.

⁹El original del sexto se encuentra en griego. El texto latino de la edición de Heimbach coincide también con la edición de Schoell and Kroll's edition, Berlin, 1954.

¹⁰En la edición *Authenticum no uelliarum constitutionum iustitiani et constantini* es el siguiente: "*si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensas, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutriantur*".



Esta regla general tenía una excepción, que operaba en casos de falta de disponibilidad económica del padre. *-Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem-* Si el padre carecía de disponibilidad económica suficiente, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre, a pesar de su culpabilidad, con la obligación de aportar alimentos necesarios a los hijos y garantizarles un bienestar económico *-apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrirí iubemus²⁸*.

BONINI²⁹ señala que esta excepción se explica con una consideración de carácter general en materia de obligación de alimentos: si en efecto, el hijo rico es obligado a alimentar a la madre pobre, igual debe ser la situación de la madre rica en relación con los hijos pobres.

1.2. Si el causante del divorcio es el padre *-si quidem pater occasionem separationis praebeat-*, el hijo quedaría bajo la custodia de la madre, siempre que no hubiera contraído segundas nupcias *-mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem-*. No obstante lo anterior, el padre estará obligado a asumir todas las cargas que comporte el mantenimiento de los hijos.

2. Junto a dicho criterio se tiene en cuenta también el de la mayor riqueza económica, de tal forma que si la madre es rica y el padre es pobre, la custodia y la obligación alimenticia le corresponde a la madre.

Justiniano en esta Novela distingue entre la obligación de guarda y custodia y la obligación de alimentos como efectos que han de regularse una vez producido el divorcio de un matrimonio, de tal forma que en el caso de

que el divorcio se produzca por culpa del marido, la obligación de custodia y la obligación de alimentos recaen en dos sujetos diferentes.

Justiniano, dedica una capítulo independiente al divorcio consensual que sitúa en el capítulo 10 de la Novela 117, en el que se ocupa de la regulación de las normas que afectan al divorcio consensual seguido de la promesa de castidad de los esposos, el único que era lícito, tras penalizar en la primera parte del capítulo 10 el divorcio consensual. La Novela contempla el supuesto de hecho en el que uno de los cónyuges después de haber manifestado la promesa de castidad y haber obtenido el divorcio, pasa a nuevas nupcias o vive lujuriosamente.

"Quia vero et ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint. Si autem huiusmodi personae filios habuerint, tam dotem quam antenuptialem donationem eorum filiis conservari disponimus. Si quis autem horum aut maritus forsitan aut uxor, postquam propter castitatem ex consensu solvitur matrimonium, inveniatur alias contrahens nuptias aut luxuriose vivens, iubemus, si quidam, sicut dictum est, filii fuerint ex memorato coniugio, super dotem et proprietatem poenae substantiae illius quae convincitur deliquisse personae. Si vero filii minoris sint aetatis, gubernari eos et pasci ab illo parente praecipimus, qui nihil praesenti legi contrarium egit. Si autem ambo parentes in huiusmodi vitio incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari, dispensatorem autem his qui in minore aetate

²⁸ Vid. BONFANTE, Corso Lett. p.281; KASER, Das röm-Privatrecht, II, cit. p.145 n° 8. SACHERS, s.v. Potestas Patris, cit. c.1118 BONINI R: *Criteri per l'affidamento della prole*, nb. cit. p.35

²⁹ BONINI R: *Criteri per l'affidamento della prole*, nb. cit. p.35



sunt ordinari providentia competentis iudicis et aliorum quibus haec ex nostris legibus sunt commissa. Si autem filii non sint, utriusque personae substantiam fisci rationibus applicari, et eos qui talia deliquerunt legitimis subditi suppliciis. Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu nulla ratione permittimus.

En este caso, además de establecer las sanciones de pérdida, a favor de los hijos, no solo de la dote y de la *donatio propter nuptias*, sino también de todo el patrimonio o en defecto de hijos a favor del fisco, también se estableció que si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo la guarda y custodia del cónyuge que no había actuado contrariamente a lo establecido en la Ley, siendo de su cargo la obligación de alimentarlos.

Si ambos progenitores eran responsables, se concedía a los hijos los bienes de aquellos, a la vez que se nombraba un administrador judicial.

BONINI¹⁴ afirma que la importancia de tal disposición es evidente: en efecto el progenitor en el momento del divorcio consensual habría llegado a un acuerdo relacionado con los hijos, configurándose una revocación *ex lege* de una regulación ya firme.

De la regulación examinada, puede concluirse que en el Derecho romano hasta la época de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, la guarda y custodia de los hijos, así como la obligación de alimentos en los casos de divorcio del matrimonio se atribuía al padre, salvo que existieran unas causas *iussumissimas* que hicieran oportuno y necesario atribuir la custodia a la madre. Criterio acorde con la concepción de la *patris potestas* y la estructura de la familia agnaticia.

A partir de los emperadores Diocleciano y Maximiano, (294 D.C), la determinación de la atribución de la guarda y custodia de los hijos y la obligación de alimentarlos queda al arbitrio judicial, pudiendo atribuirse al padre o a la madre indistintamente y sin criterios limitadores del arbitrio judicial.

El arbitrio judicial instaurado por los emperadores Diocleciano y Maximiano, se ve limitado por Justiniano al promulgar la *novela 117*, en la que legalmente dispone los criterios que han de seguirse para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los casos de matrimonios disueltos por el divorcio, fundamentalmente en los casos de divorcios culpables, del que se ocupa el capítulo 7º y el único caso de divorcio de mutuo acuerdo al que se refiere el capítulo 10. Los criterios utilizados por Justiniano para atribuir la guarda y custodia a la madre o al padre se fundamentan en el criterio culpabilístico y en el criterio de la mayor riqueza.

3. RECEPCION HASTA EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Dentro de este apartado, procederé al estudio del tratamiento que de esta materia se ha efectuado en el Derecho de la Recepción, en el Derecho patrio, en el movimiento codificador que culminó con su plasmación en la regulación que se observa en el Código civil español.

Mi propósito no consiste en realizar una exposición exhaustiva, sino en presentar las posturas de las figuras más representativas en la materia en la escuela de los glosadores, comentaristas, humanistas, iusnaturalismo racionalista que permitan apreciar en su conjunto la evolución histórica de esta institución y la Recepción del Derecho

¹⁴BONINI, R.: *Criteri per l'affidamento della prole*, *ob.cit.*, p. 39



Romano en la regulación vigente de nuestro Código Civil español.

3.1. GLOSADORES Y COMENTARISTAS

La concepción que primó en el Derecho justinianeo también se reflejó en la Glosa y en los comentaristas de los siglos XIII a XIV.

AZÓN trata de la materia en la *Summa super Codicem*⁶⁷. Los criterios que destaca en los supuestos de divorcio para resolver con quien deben quedar los hijos a vivir y quien debe educarlos son los siguientes:

a. Comienza Azón indicando que es conocido que regularmente los menores de tres años suelen ser educados por la madre- *sciendum est igitur regulariter minores triennio apud matrem educandos*- y los mayores por el padre- *maiores apud patrem*. Ahora bien, también a partir de los tres años puede estimar que permanezcan los hijos en compañía de la madre, con la obligación de alimentarlos impuesta al padre.

b. Azón también indica que hoy se utiliza para la atribución el criterio culpabilístico, según quien haya sido el culpable del divorcio.

b.1. Si el padre fue el culpable del divorcio, los hijos permanecerán con la madre que no haya pasado a segundas nupcias, a expensas del padre, que será quien tendrá que alimentarlos.

Ahora bien esta regla general contempla como excepción que el padre no sea idóneo o que sea pobre, en cuyo caso los hijos vivirán con la madre rica quien tiene la obligación de mantenerles y alimentarles, lo mismo que los hijos ricos están obligados a mantener a la madre pobre.

b.2. Si la culpable del divorcio ha sido la madre, los hijos permanecerán junto al padre siendo alimentados por la madre incluso si son mayores de 3 años.

La opinión de ACCURSIO⁶⁸ en relación con esta materia podemos sintetizarla en la siguiente forma:

1. Aun cuando no existe criterio legal para la atribución de la obligación de *morari vel educari aut nutrir*, el absoluto arbitrio judicial que se reconoce por los emperadores permite que si la prudencia del juez lo aconseja pueda atribuirse la custodia de las hijas a la madre y de los varones al padre. Incluso puede atribuirles a ambos estas obligaciones o a un tercero.

2. Accursio reconoce que dentro del arbitrio judicial tiene cabida la utilización del criterio general de la atribución de ambas obligaciones al padre, salvo que existan justísimas causas que aconsejen el cambio a la madre, y para ello se fundamenta en el interdicto de *liberis exhibendis*.

3. Igualmente contempla el criterio

⁶⁷ AZÓNIS, *Summa super Codicem*, Instituta, Extraordinaria, Augustae Taurinorum 1966, p. 192. *De divortio facto et apud quem liberi morari vel educari debeant. Quoniam divortio facto sepe queritur de filiis apud quem debent morari vel educari, et de hoc ponit. Sciendum est igitur regulariter minores triennio apud matrem educandos. Maiores apud patrem. Sed interdum iudex apud quem commodius morabitur extimat ut tamen post trinitatem utrum apud matrem expensis patris sciendum, ut... de patria potestate ley nec filium. Hodie autem facto divortio distinguitur utrum pater possit vel divortii causam in matre. Si pater praestabit quae pater expensis nutri filiorum que nati sunt ad secundas nuptias apud quem nutriri debent filii. Si autem pater non sit idoneus pauperes filii a luxuriosa matre sunt alendi et apud eam debent morari quoniam tamen enim filii luxuriosos coguntur matrem egentem alere. Ita notum est si matre luxuriosa filii pater. Quod autem dictum est de matre et filii indigentibus hoc etiam in omnibus ascendendis et descendendis personis utriusque nature valet. Si vero mater praestiterit causam divortii tunc apud patrem alendi sunt filii utriusque expensis matris etiam si matrem cum trinitate, ut in Authentica ut licet mat. Et illud quippe.*

⁶⁸ ACCURSIUS: *Codicis domini Justiniani constitutionum imperialium completorium. Libri IX pariter, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetis, 1591, p. 749.*



culpabilístico de la Novela 117.7 en la redacción que nos transmite la Auténtica, de tal forma que si el divorcio se produjo por culpa del padre y la madre no contrajo segundas nupcias, los hijos deberán ser educados por la madre, a expensas del padre. Partiendo del texto de la Auténtica, también afirma que si el divorcio se produjo por culpa de la madre, los hijos deben ser educados por el padre a expensas de la madre si es rica, pero si el padre no es idóneo, y carece de recursos para alimentar a los hijos, éstos quedarán en poder de la madre, argumentando su opinión en el criterio de reciprocidad, de tal forma que si los hijos ricos tienen la obligación de mantener a la madre indigente, así se dice que la madre rica debe mantener a los hijos indigentes.

BARTOLO DE SASSOFERRATO⁴⁸ de forma muy escueta, refiriéndose a C.5.24, únicamente destaca que la determinación de con quién deben quedar los hijos y quién debe alimentarlos en caso de divorcio, reafirma que la adscripción del deber queda al arbitrio judicial. Respecto a la Auténtica antes citada, destaca que con ella se establece un nuevo modo referente a quien debe quedarse con los hijos y educarlos, alabando la claridad del texto.

En su obra *Institutiones et Authenticas commentaria*⁴⁹, respecto al texto de la Auténtica manifiesta:

1. Si el divorcio se produjo por culpa de la mujer, los hijos permanecerán con el padre, siendo alimentados a expensas de la madre, si

es rica.

2. La madre tendrá en su compañía y alimentaria a los hijos, en cualquier caso, durante los tres primeros años.

BARTOLO⁵⁰ explica que una vez producido el divorcio, los hijos serán llamados a la herencia de sus padres y serán alimentados con su patrimonio.- *liberi ad parentum haereditatem nihilominus vocantur, et alendi sunt apud parentem*. Bartolo se pregunta qué quiere decir el texto cuando en el caso de la mujer que fue la culpable del divorcio, dice que los hijos quedarán en compañía del padre y qué pasa con los gastos del hijo?. Bartolo acude a la interpretación que hace la glosa en la palabra *alantur*, y señala "*quod addidit matrix locupletis expensis. Et ita posuit in tex. Auth.*".

Esta es la explicación de que en la auténtica aparezca el añadido que establece que en caso de culpabilidad de la madre: los hijos quedarán en compañía del padre, a cargo de la madre rica.

BARTOLO, también se pregunta por las leyes que establecen que la madre debe alimentar al hijo dentro de los 3 primeros años y responde que *ita demum si ipsa habebit de lacte, et si ipsam lactare deceat*, apoyándose en la interpretación de Azon en la Summa. Es decir, el criterio se fundamenta en la lactancia materna, que puede ejecutar por sí misma la madre, y si es un deber acorde con su condición social.

BALDO DE UBALDIS⁵¹ en relación con la

⁴⁸BARTOLI, *In duodecim libros Codicis commentaria*, op. et st. luc. Constannti, Basileae 1562, p. 486: C. 5.24: "*Divortio facto... Licet. Apud quem liberi alantur facti divortii, in arbitrio iudicis est*".

⁴⁹Auténtica: *Si pater. Ita autentica statuit novum modum, apud quem liberi debeant educari. Et videtur non quicquam est*. Lo mismo literal sin añadir nada en BARTOLI A SASSOFERRATO, *Commentaria*, t. VII. *In primum Codicis partem*, Venetii apud Iuntas, 1615, fol. 168v.

⁵⁰BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentaria. Eiusdem tractatus XXXII*, op. et st. luc. Constannti, Basileae 1562, p. 230: *Super Authenticas, colat. VIII, tit. XIII, ut liceat matri et aviae: "1. Uxor divorcente culpa sua, filii apud virum alantur expensis matris, si est dives*.

⁵¹*Mater quando tenetur alere filium usque ad trium annos*.



auténtica *si pater*, afirma que la madre puede pedir que el padre alimente al hijo y que tiene razón. *-Mater potest petere quod pater alimentet filium; hoc dicit-*.

ANGELUS DE UBALDIS, DE PERUSIO⁸ comienza su comentario con el principio general que ya anunciaba Justiniano en la novela 117,7 según el cual disuelto el matrimonio por divorcio, los hijos no pueden ser perjudicados, siendo llamados a la herencia del padre.

Separa a continuación dos situaciones: la derivada de la disolución del matrimonio y los efectos que se produce en caso de separación sin disolución matrimonial.

a) Disolución del matrimonio: Respecto a los efectos que produce la disolución del matrimonio, en relación con la guarda y custodia de los hijos y los alimentos, sigue el criterio culpabilístico con algunos matices, de tal forma que dispone:

a.1) si la disolución del matrimonio se produjo por culpa del marido, los hijos quedarán en compañía de la madre, con los gastos a cargo del padre *-sin autem dissolvitur culpa viri tunc debent illi penes matrem*

expensis viri-.

a.2) si la disolución del matrimonio se produjo por culpa de la madre, los hijos se mantienen bajo la autoridad de las madres, siendo el mismo criterio tratándose de hijos menores de 3 años, quienes en todo caso, deberán permanecer con la madre y ser alimentados por la misma, fundamentando su opinión en la ley penúltima *C. de patria potestate*.

b) Separación matrimonial. Se refiere al supuesto en el que el matrimonio no está disuelto sino que está separado *-quo ad thorum et habitationem-* y sin culpa de ninguno de ellos. En este caso, indica que los menores de 3 años permanecerán bajo la guarda de la madre *-si filii sint minores triennio aluntur penes matrem-* como dice la ley penúltima y si son mayores permanecerán con el padre rico *-si vero sint maiores aluntur penes patrem locupletem*. Ahora bien, si el padre es indigente, se mantienen bajo la autoridad de la madre *-Et si pater sit inops aluntur penes matrem*. En este caso rige como criterio de atribución principal el de la edad del menor y el criterio de la riqueza económica del progenitor.

3.2. Humanismo, iusnaturalismo

Illud quoque. Divortio celebrato, liberi ad parentum hereditatem nihilominus vocantur, et alimendi sunt apud parentem, qui divortii causam non praestitit, expensis alterius parenti committentis causam divortii, nisi alius inops sit, tunc apud divitem alimendi sunt, his pariter continentibus in parentibus et liberis, hoc dicit. Quaero sicutur in versiculo, si vero per causam, quod quando mater dedit causam divortii, filii aluntur apud patrem, quomodo curas expensis? Dicit glossa, super verbo alimunt, quod videlicet matris locupletis expensis. Et ita posuit in tex. Auth. Si pater posita super l. una C. de divortio facti apud quem etc. Et istam opinionem tenet ibi glossa et l. alimenta C. de negotiis gestis. 2. Sed hic quaero de una quam leges dicunt, quod mater debet alere filium intra triennium, qualiter debet intelligi? Respondio, ita demum si ipsa habeat de lacte, et si ipsam lactare doceat. Et ita notat Azo in Summa C. de patria potestate.

⁸ BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentarius. Etiam tractatus* CCCC, op. et st. fac. Concordia, Basileae 1562, p. 230. Super Authenticas, collat. VIII, ff. XIII, ut liceat matri et avio.

⁹ BALDI UBALDI, perusino, *In III et V Codicis libri commentaria. Alexandri Imolensis, Andreae Bartolae, Celsi, Hippolyti et Decii adnotationibus illustrata*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 198v.

¹⁰ DE UBALDIS, DE PERUSIO, A.: *Lectura authenticarum*, Lugduni 1523, fol. 38v. *Illud quoque. Matrimonio dissoluto divortio filii non habentur sed a patris hereditatem vocantur et si culpa viri fuerit matrimonium dissolutum apud matrem aluntur patris expensis, et contra si pater sit incipiens, aliat mater eos alere cogitur sicut ipsa matrem alere cogitur, et monit descendentes locupletes tenentur alere ascendentes pauperes et ita contra. Et non ex istud, quando matrimonium dissoluitur divortio penes quem filii sunt alimendi. Nam si solvitur culpa matris aluntur penes matrem. Idem est ubi quisque filii sunt matrem triennio. Nam in omni casu illi debent penes matrem, ut lege penultima C. de patria potestate. Nisi autem dissolvitur culpa viri tunc debent illi penes matrem expensis viri. Sin autem matrimonium non est separatum tunc etiam tunc est separatum quo ad*



racionalista y *usus modernus pandectarum* CUYACIO⁶⁶ destaca que la determinación de con quien deben vivir y quien debe alimentar a los hijos, después de producido el divorcio de un matrimonio, corresponde al arbitrio judicial. El jurista holandés menciona, como criterio que puede tener en cuenta el juez, el de la atribución en función del sexo, de tal forma que los hijos quedaran en compañía del padre y las hijas en la de la madre. En relación con la Novela 117,1, indica que los hijos impúberes quedarán en compañía de la madre si no se casa de nuevo, si el matrimonio se disuelve por muerte *liberi impuberes morte soluto matrimonio educantur apud matrem, si iterum non nupsertit*. En caso de divorcio *divorcio autem facto*, los hijos se quedarán en compañía del que no dio causa para el divorcio *apud eum, qui divorcio causam non dedit*.

CUYACIO se pronuncia en este caso por el criterio de la culpabilidad en el divorcio como criterio determinante de la atribución de la guarda y custodia.

DIONISIO GOTHOPREDUS, a propósito de los comentarios al Código de Justiniano⁶⁷ resalta que es el arbitrio judicial quien decide si los hijos deben ser educados junto al padre o junto a la madre, siempre que fuera probada la inocencia. A continuación recoge el criterio del sexo en el sentido de entender que los varones serán atribuidos al marido y las mujeres a la esposa.

ANTONIO PÉREZ⁶⁸, por lo que se refiere a los

hijos señala que una de las cuestiones que surge es la siguiente: una vez producido el divorcio ¿deben los hijos quedar en compañía de la madre y ser alimentados por la misma?

Dice Antonio Pérez que los emperadores responden que tal decisión queda al arbitrio judicial, salvo que se pruebe que por razón del sexo la división tenga que realizarse entre los padres. Pero Justiniano en una novela dispuso que si el divorcio se produjo por culpa del padre y la madre no contrajo segundas nupcias los hijos quedaran en compañía de la madre, corriendo con los gastos el padre. Si el divorcio se produjo por culpa de la madre y el padre no es pobre, quedarán junto al padre, abonando los gastos la madre rica.

CORVINI A BELDEREN⁶⁹ indica que la determinación de los efectos que se refieren a los hijos tras la disolución del matrimonio por divorcio, referentes a con quien quedan los hijos y quien tiene que educarlos, queda al arbitrio judicial.

A continuación relata el nuevo derecho, proveniente de Justiniano, en virtud del cual legalmente se establece un criterio de culpabilidad como determinante de la atribución, según el cual si el divorcio fue culpa del padre, los hijos quedan junto a la madre si no contrae segundas nupcias, si bien el padre debe alimentar a los hijos que quedan en compañía de la madre. Si el divorcio se produce por culpa de la madre, los hijos quedarán en compañía del padre salvo que no sea idóneo, en cuyo caso se atribuirán a la

liberum et habitacionem ybe culpa aliqui illius iustitiam ut quia eis sic placuit tunc si filii sine matris tractio aluntur penes matrem ut dicta lege penultima. Si vero sine matris aluntur penes patrem locupletem. Et si pater sit inopi aluntur penes matrem. De quo in l. 1 de filiis apud. Liber. Et de lib. Agnos. L. si quis a liberis in principis.

⁶⁶CUYACIUS, J. *Paratitla in lib. I. V. & VI. Codicis Justiniani repetitae praefectionis*. Nupolis, 1751.

⁶⁷GOTHOPREDUS, D. *Codicis Justiniani D. N. Sacrosanctissimi principis PP. Augusti. Repetitae praefectionis libri. XII. Notis Dionysii Gothofredi*. Lugdani 1662, col. 419. "In arbitrio iudicis est, statuire an apud patrem, an apud matrem liberi sint educandi: apud eum tamen esse debebunt semper, cuius innocentia probata fuerit. Nro. 117 cap. 7. et apud matrem solentem autem fuerit liberis educari quoniam apud patrem.

Per sexus divatio fit, pater ut matrem apud matrem, foeminae apud acorum aluntur.

⁶⁸PÉREZ, A. *Praefectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp.*, t. 1, Colutim Alindregum 1740, p. 397; C. Inst. 3, 24. 1. Haec quaestio iudicis arbitrio committitur. 2. Notis Justiniani distinctione decima. 3. Mater habens filios educationem matrem alunt. Illigittimae, committitur. 4. Si mater sit haeredica, vel infidelis, apud filicem patrem aluntur sicut liberi. 3. Quando



madre rica, quien deberá alimentarlos.

ULRICO HUBER³³ indica que es humano que al padre o a la madre se le conceda la custodia de los hijos con la obligación de alimentarlos. En caso de divorcio, para la atribución de la guarda de los hijos acude al criterio culpabilístico establecido por la Novela 117;7 de Justiniano, de tal forma que indica: a) si el divorcio se produjo por culpa del marido los hijos deben quedar en compañía de la madre. b) si la culpa del divorcio era imputable a la madre, los hijos quedarán en compañía del padre, salvo que el padre sea pobre y la madre rica, en cuyo caso la madre tiene que alimentar a los hijos. Al final de su comentario también hace referencia al criterio de la edad situándola en los 3 años el límite, sobre la base de la lactancia materna.

BRUNNEMANNI³⁴ reconoce que es el arbitrio judicial el que determina con quien han de vivir los hijos y quien debe alimentarlos, una vez producido el divorcio de los padres. Interpreta la novela 117, capítulo 7 indicando

que el criterio utilizado es el culpabilístico, de forma que si el padre o la madre fueron los culpables del divorcio, los hijos quedaran siempre con el cónyuge inocente, siempre que no contrajese segundas nupcias.

DOMAT³⁵ establece como criterio principal la custodia a favor del padre, salvo que existan causas justísimas que aconsejen el cambio a favor de la madre.

POTHIER³⁶ en esta materia reitera el criterio seguido por los Emperadores Diocleciano y Maximiano, que nos transmite C.5,24.1, así como los de la Novela de Justiniano 117, capítulo 7³⁷.

1.3. DERECHO PATRIO

La búsqueda de noticias sobre la atribución de la guarda y custodia de los hijos una vez separados o divorciados los padres es infructuosa en los fueros municipales, quizás porque su regulación no entró a valorar aspectos de derecho privado, que se regirían por las costumbres. Idéntico silencio se

cumtanti sumptu alendi sint liberi.

Por lo que refiere a los hijos, surgen dos cuestiones:

Primo est, divortio facto, an apud matrem liberi morari ac nutrirí debeant? Et respondens Imperatoris id arbitrio iudicis committit, nec prohibet ut per sexum liberorum divortio facti inter parentes, lex unica hoc statuat. Sed Justinianus novissime ita disposuit, ut, si patris culpa divortium exierit, et mater ad secundas nuptias non transierit, liberi apud eam aliantur impensis patris. Sin vero culpa matris solutum sit matrimonium, et pater non sit, inquit, Apud patrem nutriantur, impensis matris locupletata. Authentica si pater d. l. quae sumptu est ex Novella 117 c. 7.

3. Mores multarum gentium educationem filiorum, matri etiam illegitimae committunt; quia maternus amor ceteris omnes affectus vincit, qui non minor est in filio naturali, quam in legitimo. Sola namque civilis ratio naturales liberos a legitimis distinguit, ut inquit Justinianus in Novella 89. Hinc veniens parsimonia filii educationem matri etiam illegitimae, si nihil aliud obtinet, affiducant. Si nihil aliud obtinet, nam quod si mater esset haeretica vel infidelis? Certe apud fidelem patrem liberorum educandus esse vult fidei favor... nisi filii in ea adhuc sint aetate, quom maternis solatio magis indigeant, ut ei potius debeant assignari: quam si contingat esse inopem, ab altero sumptus erunt suppeditandi.

Quid si separatio fiat ex ea, quod matrimonium, bona fide contractum, sit irritum? Sunt qui existimant, liberis communi utriusque parentis expensis esse alendos, quia non fore ratio, ut magis patri, quam matri hoc alendi onus imponatur. Sanchez De matrimonio, libro 10, disp. 20 et numero 11. Adhuc quod si alter parentis fuerit in mala fide contractus, altero existente in bona, liberi alendi sint ab eo, qui mala fide fuit, nisi pauper sit, alter vero locupletis.

³³CORVINI A BELDEREN, A: *Interdependentiae romanae summarium, seu Codicis Justiniani methodice materiae, Amstelodami 1655*, p. 306: *Divortio facto, Venio a tractu de his effectibus quae se referunt a iis hijs: Qui divortio facto, an apud patrem, an matrem morari et educari debeant, iudicis committitur arbitrio.*

Item necessario, si patris culpa divortium fuerit, apud matrem, quae ad secundas nuptias non transiit, impensis patris alii debent, apud patrem, impensis matris si eius culpa matrimonium solutum, modo pater non sit inops, alioqui apud matrem locupletem nutrirí debent. Authentica sed pater hic ex Novell. 117 cap. 7.

Quae distinctio et in omnibus cognoscitur gradus parentibus et liberis observari debet. Dicitur authentica sed pater in fine d. Novella 117 cap. 7.

Si tamen alter parentum sit infidelis, vel haeretica, apud fidelem, favore fidei ad suadente, morari liberi debent: cap. 2 Extra. De



observa en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación.

En las Partidas¹⁷, en el nuevo ambiente de la recepción, se analiza la materia en la cuarta Partida, Título XIX que trata de "como deuen los padres criar a sus fijos e otrosí, como los fijos deuen pensar de los padres, quando les fuere menester" y en concreto en la Ley 3ª titulada, "en cuya guarda, del padre, o de la madre, deuen ser los fijos, para nodrescerlos, e criarlos". El contenido de la regulación de esta disciplina es el siguiente:

"Nodrecer, e criar deuen las madres a sus fijos que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuese tan pobre que non los pudiesse criar, el padre es tenuto de darle, lo que ouiere menester para criarlos. E si acaeciese, que se parta el casamiento por alguna razón derecha, aquel por cuya culpa se partio, es tenuto de dar de lo suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; e el otro que no fue en culpa, los debe criar, e aver en guarda. Pero si la madre los ouiesse de guardar, por tal razón como sobredicha es, e

se casasse, entonces non los deve aver en guarda: nin es tenuto el padre, de dar a ella ninguna cosa por esa razón: ante deve el recibir los fijos en guarda, e criarlos, si ouiere riqueza con que lo pueda fazer".

El texto Alfonsino establece una regla general en materia de guarda y custodia basada en el criterio de la edad, de tal forma que dispone que los menores de 3 años han de permanecer bajo la custodia de la madre y los mayores de esta edad bajo la custodia del padre¹⁸. En el caso de que la madre fuese tan pobre que no los pudiera criar, el padre está obligado a darle lo que fuera necesario para criarlos.

BENITO GUTIERREZ¹⁹ afirma que los deberes de la maternidad son á cual mas admirables: "las madres alimentan con su propia sustancial tierno infante á quien han puesto en el mundo. Las leyes han sido sabias confiando á su cuidado el periodo de lactancia; su ternura, que se desarrolla como el niño que crece entre en sus brazos, forman un lazo indestructible, más íntimo, si cabe, que el acto del nacimiento. Por eso las madres ambicionan tanto la gloria de criar á sus hijos; por eso se afligen tanto si la naturaleza débil les niega sus recursos. En tan sensible caso, del cual se puede decir que limitando

conuers. Infid. C. fira. Extr. De conuers. Coniug. Sumptibus ei, si inops, ab altero suppeditandis.

¹⁷HUBER, J.: *Proletarianism juris romani. Pars III. Quae est ad liberos unum et triginta posteriora Pandectarum, Francofurti 1791*, pp. 251-252: *Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, et aduortio licet, ac incestu alendo pater excusatione non obstante Noy. 89 c. ult. Quin et matris patrem ajuamuli liberis concensore alendis: et sumptum praebere legi humanum est. In casu diuortii per culpam viri comitenti, hic etiam matris sumptum ad liberos alendis praebere debet: si matris culpa sit, pater liberis seruat ac alit: nisi pater sit pauperior et mater locuplet, tunc ipsa suo sumptu liberis alere iubetur in Novella 117 c. 7. Haec ita postibna impugnamur: si liberi se ipsos exhibere nequeant, seu propriis facultatibus, siue copiosis vel miserabilibus. Post patrem mater ad alendum tenetur, quoniam hoc omni pietatis non patris potestatis est, et quidem vulgo quousque sola, reliqua si pater non possit, etiam liberis tramo maiores, siquidem ante tricesimum per se lacte materno ali solentur. Consequenter et atus maternus ac avia tenentur Noy. 117 c. 7. Scilicet si liberi de suo homi ali nequeant.*

¹⁸BRUNEMANNI, *Commentarius in Codicem Justinianum, opus theoricum-practicum*, t. I, Lugduni apud Jo. Thome, 1723, p. 480: *Divortio facto, si utriusque sexus liberi aduort, a quorum conjugum educentur, iudex arbitretur. Novella 117 c. 7 hoc in casu distinguit. Ratio dubitandi circa matrem. Etenim siue filii nutantur. 1. Quando diuortium factum, et liberi utriusque utriusque sexus, tunc per 1. hanc non est necesse, ut marcelli apud patrem, Joannellae apud matrem educantur, sed in arbitrio id est iudicis, a quod indicari debeant, sed Novella 117 cap. 17 distinguit, utrum pater an mater causam dederit diuortii, verbi gratia, sine causa aut sine causa, ut semper apud conjugum innocentem secundum iustitiam non contrahentem, sumptibus alterius nutantur, si incuplet est nutriantur. Sed in matre hanc est ratio dubitandi, quia omni alendi liberis patri incumbit. Respondet Imperator: tunc aliquem est, matrem inopem ubi a liberis incupletibus, l. 3 & 2 et 4 ff. De agnoscendo liberis. In quoque inopem est, liberis vel negotis inopem ubi a matre incupletis, vel avia, ne putando dixerit in facere veritatem, et pater dicit conuerso omnia matrimonii*



*sus deberes disminuye sus consuetas, no queda mas arbitrio que proveer á la alimentación como lo permitan las facultades de la familia*⁷¹.

A continuación, la Ley Alfonsina, establece las reglas que han de regir en esta materia, cuando se parte el matrimonio- *se parte el casamiento- por alguna razon derecha*-. Las mismas están inspiradas en la novela 117, capítulo 7 de Justiniano, utilizando como criterio determinante de la atribución de la guarda de los hijos a favor de uno u otro cónyuge, el criterio culpabilístico que se expresa en el siguiente sentido: El cónyuge culpable de partir el matrimonio esta obligado a dar de los suyos para que se crien los hijos, si fuere rico, bien sean mayores o menores de 3 años, y el cónyuge inocente, debe criarlos y tenerlos bajo su guarda.

La Ley III habla de que la madre no pase a segundas nupcias, de tal forma que si se casase, dice la ley alfonsina que no debe tener a los hijos en guarda, ni el padre tiene la obligación de darla ninguna cosa. El padre, debe recibir los hijos en guarda y criarlos si tuviese riqueza para poder hacerlo.

Comparto la opinión de BENITO GUTIERREZ⁷² al manifestar: *“El hablar la ley de Partida de segundas nupcias, imposibles por causas de divorcio, pudo ser defecto de imitación; pero salvado este inconveniente, que no lo era para Justiniano, la doctrina de la ley es aceptable en todo divorcio; sea parcial, del que ahora nos ocupamos, sea total, como en el matrimonio nulo por impedimento”*

El redactor de la Ley Alfonsina también tuvo presente el criterio de riqueza como determinante de la obligación de dar alimentos que debía imponerse al cónyuge culpable de la ruptura matrimonial. Con la redacción utilizada- *Aquel por cuya culpa se partió el matrimonio, es tenuto de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico- se comprende indistintamente al padre y a la madre*.

En este extremo, BENITO GUTIERREZ⁷³ resalta que el redactor de la Ley Alfonsina resolvió el problema que surgía con la redacción de la Novela 117,7 de donde se tomó, *en la que se habla previsto que el padre pudiera ser pobre y la madre rica- en cuyo caso dice- apud eam pamperos filios manere et ab ea nutiri- La*

ferre cogatur. Sanchez de matrimonio libro 10 D. 20, num. 8. Gutierrez, libro 1 Cuestiones quaestiones cap. 24 num. 19. licet dissentias Enkelius Baro de privilegiis parentum priv. 7 c. 4 n. 13. ad patrem hoc restringens: sui sentimentis prior et paritate rationis: licet Irnerius de suo aliquid addiderit, defendi potest.

⁷¹DOMAT: *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum Scholae et fore, accesserunt singula legibus suis summorum varum sententiam brevi completas, en Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus, noiv. éd., t. III, Paris 1777, p. 187; D. 40, 30, 1: In matre. Mater bitotum patri proferitur ad liberarum educationem: Interdum magis apud matrem, quam apud patrem morari filius debet ex justissima scilicet causa. Vile studium, ubi pupillus educari et morari debet. II. Non debet patria potestas turbare concordant matrimonium... Ut patri persuaderet ne acciperet patriam potestatem exerceat. Nota leges auctoritas et hortatorias vanas et inutiles esse, et nullam vim obtinere: frustra est lex quae prohibet et non punit. Hobbes, de civo 14. 7, sed omni legi potius appensa intelligitur: Idem 8. Patria enim potestas in pietatem non in atrocitate consistit.*

⁷²POTHIER, J. *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, T.S. Paris, 1821, p.160. En el libro 24, título 2, artículo 4 Pothier trata del tema divorcio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant.

⁷³LÓPEZ DE TOVAR, G.: *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio, gloriadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. Madrid, 1844.*

⁷⁴El fundamento de esta regla lo sitúa Gregorio López en *L. pen C. de Pat. Poser* y en la glasa y en baldó in l. alimentia, C. de negot. gest. y en Azón in *Summa C. de pat. posuit*. Cf. Nota 1 titulada de tres años. Vid. *Las siete partidas del sabio Rey don Alfonso IX, con sus variantes de más interés y con la glasa del Lic. Gregorio López*, Barcelona 1843, p. 595. BENITO GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T.I, Madrid, 1802, p. 521, analizando esta obligación indica que esta ley reproduce la 9ª del TítuloXVII, Lib.VIII del Código que daba al padre el encargo de alimentar a los hijos después de los tres años.

⁷⁵GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T.I, Madrid, 1802, p.521.

⁷⁶GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T.I, Madrid, 1802, p.340.

razón que da es incontestable, de la misma manera que los hijos ricos tienen la obligación de alimentar a la madre pobre, es justo á matre locuplete filios pasci-. El texto ha omitido una declaración que era esencial, se ha visto que los hijos han de ser alimentados en poder de la madre inocente á expensas del padre culpable: que sucede al revés? Porque la Autentica solo dice apud patrem maneat filii et alantur. Háse supuesto que Irnerio alteró la redacción intercalando las palabras -matris locupletis expensis-, por lo que Sanchez, examinando esta cuestión, dice que esta enmienda, como obra de un doctor particular, nada vale. Mas el precepto era tan general, que la consecuencia parecía indeclinable. Irnerio, al deducirla, no alteró la Autentica, la completó, le dio su sentido; así debió presumirlo el redactor de la ley Alfonsina”.

3.5. Recepción en el Código civil vigente

En España el movimiento codificador arranca de 1812⁹. La tarea se inicia con la elaboración de sucesivos proyectos, entre los que se puede citar el de 1821. El esquema del proyecto comprende, un título preliminar “De las Leyes”, una primera parte “de los derechos y obligaciones individuales” y otra segunda parte “de la administración general del estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones”. Únicamente fueron impresos y publicados 476 artículos correspondientes al título preliminar y no toda la primera parte, al carecer del libro tercero. En la normativa que nos facilita el proyecto, encontramos un

capítulo III dentro del título primero del libro segundo, que se titula “De la disolución del matrimonio y de la separación de los cónyuges” y comprende los artículos 331 a 348. En el artículo 331 se indica que el matrimonio válido solo se disuelve por la muerte. En el artículo 332 dispone que “la Ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito”. El artículo 334 establece que “la Ley autoriza la separación indefinida del matrimonio por causas justas, que ha declarado como tales la autoridad competente”. Las causas legítimas para la separación del matrimonio se detallan en el artículo 335. El artículo 348 se ocupa de los efectos de la separación respecto a los hijos comunes, adoptando el criterio de la culpabilidad, con el siguiente tenor: “Verificada la separación del matrimonio, los hijos comunes, de cualquier sexo, quedan bajo la potestad patria del cónyuge inocente”. El proyecto en el capítulo IV trata del segundo matrimonio y sus efectos. El artículo 349 señala que la ley permite el segundo o ulteriores matrimonios al cónyuge que sobrevive después de disuelto el primero por muerte, con tal de que hayan transcurrido desde ella cuatro meses cumplidos. El artículo 350 indica que la ley priva a la madre de la potestad patria en la parte directiva de educación de sus hijos y en la de la administración y usufructo de sus bienes, desde que contrae segundo matrimonio.

En definitiva en este Proyecto de 1821 en supuestos de separación matrimonial, para la

⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos u estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T.I, Madrid, 1802, p. 340-341.

¹⁰ Vid. LASSO GAITE, JF.: *Crónica de la Codificación Española. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código) Vol. I y II*, Madrid, 1979. Los preceptos que se van a citar en los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de esta obra. Para el Proyecto de 1851 he utilizado también la obra de GARCÍA GUYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T.I-II, Ed. facsimilar, Barcelona, 1975. Respecto al Anteproyecto de Código Civil Español (1882-1889), he manejado también la obra de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1889)*, Madrid, 1965.



artículo 76 proveyesen, de común acuerdo, al cuidado y educación de los hijos, se guardará lo que dispongan”.

El Proyecto de Código civil en los supuestos de divorcio culpable por las causas de adulterio y malos tratos de obra o injurias graves previstos en el artículo 76 1 y 2, admite la posibilidad de que lleguen a un mutuo acuerdo sobre el cuidado y la educación de los hijos, en cuyo caso ha de respetarse y establecerse como efectos del divorcio en esta materia lo acordado por los mismos⁶⁵.

Los criterios que utiliza el Proyecto del Código Civil de 1851 para atribuir la guarda de los hijos en casos de divorcio, en el que no existe acuerdo sobre este extremo entre los cónyuges, se fundamentan en el criterio de la edad y en el de la culpabilidad. En estos supuestos el Juez determina quien ha de tener la guarda de los hijos pero su arbitrio se encuentra limitado a los criterios legales que establece el proyecto de Código civil de 1851.

- El criterio de edad al que se refiere el artículo 82 atribuye los hijos menores de 3 años al cuidado de la madre hasta que se cumplan los 3 años, siempre que el Tribunal no dispusiere otra cosa.

Opina GARCÍA GOYENA⁶⁶, que el límite de los 3 años se establece en virtud de que hasta esta edad se reputa ser el tiempo de la lactancia citando como precedentes el CJ 8.47.9 y la P.4.19.3, por lo menos es una obligación natural de la madre el mantenerlos durante ella.

- El criterio de culpabilidad determina que los hijos quedarán o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge inocente y en caso de que ambos fueren culpables se proveerá a los hijos de un tutor.

El divorcio conlleva también la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, al así establecerlo el artículo 85 del proyecto, si bien subsistirán las obligaciones que el padre y la madre tienen para con sus hijos tal como dispone el artículo 83, pues como afirma GARCÍA GOYENA⁶⁷ la pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones.

El Proyecto de Código Civil de 1851, contiene una Sección 2ª titulada “ *de las medidas provisionales consiguientes a la demanda de divorcio*”. Esta sección comienza con el artículo 81 y en lo que aquí respecta, dispone que al admitir la demanda de divorcio o antes, si hubiese urgencia, se adoptarán provisionalmente, y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: 3. *Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84.* y 4. *Señalar alimentos a la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre.*

GARCÍA GOYENA⁶⁷ en su comentario al número 3º destaca que en caso de duda deberá ser preferido el padre, porque goza de hecho y de derecho de la patria potestad. De todos modos, el Juez al acordar esta medida, no debe perder

⁶⁵GARCÍA GOYENA, F.: *Comentarios al Código Civil Ob. cit.*, p.99 indica que el divorcio por estas dos causas es compatible con el amor á los hijos y con el ningún peligro moral de los mismos, lo que no sucede en los casos de los números 3,4 y 5 del artículo 76. Confía, pues, la ley en este amor y solicitud de los padres, aunque los dos sean culpables, para hacer enmudecer todas sus disposiciones.

⁶⁶GARCÍA GOYENA, F.: *Comentarios al Código Civil Ob. cit.* P.98. Este autor indica que si la madre no criase el hijo á sus pechos, la lactancia entrará en la clase general de alimentos y seguirá su condición. El artículo 142 sardo extinguió la lactancia á cuatro años.

⁶⁷GARCÍA GOYENA, F.: *Comentarios al Código Civil Ob. cit.* P.98.

⁶⁸GARCÍA GOYENA, F.: *Comentarios al Código Civil Ob. cit.* P.96,97



de vista que tiene por único objeto la mejor educación y bienestar de los hijos.

Lo relevante de esta sección es que contempla la existencia de unas medidas previas a la demanda de divorcio en caso de urgencia y unas medidas coetáneas a la misma, en la que el Juez tiene que determinar sobre la custodia de los hijos y que estarán vigentes hasta que exista sentencia firme de divorcio que las confirme o modifique.

El artículo 81.3 prevé la posibilidad de otorgar tanto una custodia exclusiva a uno de los cónyuges, como una custodia compartida—*o de los dos*— y para decidir sobre ello deberá tener presentes los criterios de los artículos 82 y 84.

El Proyecto de García Goyena dedica un capítulo V a la *"Disolución y nulidad del matrimonio"* que comprende los artículos 89 a 97. Dentro de dicho capítulo, el artículo 94 regula los efectos que produce la disolución y nulidad del matrimonio en lo que afecta a la guarda y custodia de los hijos en caso de inexistencia de acuerdo entre los padres, que se expresa en los siguientes términos:

"Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre."

El artículo 95 dispone: *"Lo establecido en el artículo anterior no tendrá lugar, si los padres, de común acuerdo dispusieren otra cosa"*.

De la regulación anterior puede concluirse que en caso de disolución del matrimonio,

solo por la muerte y en el supuesto de nulidad, los criterios que ha de utilizar el juez o tribunal para atribuir la guarda y custodia de los hijos, en caso de desacuerdo entre los padres, son:

1. El criterio de edad. Los menores de 3 años, sin distinción de sexo, quedaran bajo el cuidado de la madre hasta que cumplan los 3 años.
2. Si ha existido buena fe en ambos cónyuges, se utiliza el criterio de edad y sexo, de tal forma que los hijos varones mayores de 3 años quedaran bajo la guarda del padre y las hijas al de la madre.
3. Si la buena fe solo ha existido en uno de los cónyuges, los hijos, sin distinción de sexo, quedaran bajo su poder y compañía.

Recibido el Proyecto en el Ministerio de Gracia y Justicia, ante las reiteradas reclamaciones dirigidas a la Comisión, se resolvió por Real Orden de 12 de Junio de 1851 demorar la publicación a fin de someterlo a información pública, sin que el texto llegara a ver la luz, siendo transcrito su contenido en esta materia literalmente en el Proyecto de Código Civil de 19 de mayo de 1869.

El Proyecto de Código Civil presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el ministro Antonio Romero Ortiz, en su exposición de motivos declara: *"la patria potestad, pues, se admite en ambos cónyuges con todos sus efectos. Su ejercicio durante el matrimonio corresponde al padre mientras no se halle privado del ejercicio de los derechos civiles y aquel poder se consigue por la agnación del hijo en matrimonio en los términos expuestos, la legitimación y la adopción(..)"* en orden a la guarda de los menores no debía seguirse el criterio que las leyes romanas nos dejaron trazado y que adoptaron las leyes de partida. Así es que, aprobado el proyecto, mientras haya madre que no esté impedida moral o



*legalmente para ejercer la patria potestad, no se abrirá la tutela*⁶⁸.

El libro I se titula "De las personas" y dentro del mismo se contiene el Título VI que trata "del matrimonio". Dentro del Título VI, dedica el capítulo V "Del Divorcio" y el capítulo VI "De la disolución y nulidad del matrimonio".

En materia de Divorcio, el capítulo V se estructura en tres secciones, la sección 2ª titulada "De las medidas provisionales consiguientes a la demanda de divorcio" cuenta con un solo artículo el artículo 107 cuya regulación es idéntica a la ya establecida en el Proyecto de García Goyena de 1851 en los que afecta a la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los cónyuges o a ambos hasta que se dicte sentencia definitiva de divorcio⁶⁹.

La sección 3ª "De los efectos del divorcio" comprende los artículos 108 a 114.

El artículo 108 se expresa en los siguientes términos: "Ejecutoriada el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable. Si ambos cónyuges fueren culpables, se proveerá a los hijos de tutor, en conformidad a lo que dispone en los capítulos III y IV, Título XII de este libro.

Los hijos menores de tres años se mantendrán hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre si el tribunal no dispusiese otra cosa".

El artículo 109: "El padre y la madre quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad"

El Artículo 110: "Si los padres divorciados por alguna de las causas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 102, proveyeren de común acuerdo al cuidado y educación de los hijos, se guardará lo que dispongan"

La regulación que en materia de guarda y custodia de los hijos realiza el Proyecto de Código civil de 1869 es idéntica a la ya establecida en el Proyecto de Código civil de García Goyena, rigiendo los criterios de edad, culpabilidad como criterios que han de regir la atribución de la guarda de los hijos.

El capítulo VI referido a la *disolución y nulidad del matrimonio* contiene una sección 3ª sobre los *efectos de la declaración de nulidad del matrimonio*, en la que se incardinan los artículos 123 a 126. Los artículos 125 y 126⁷⁰ son los que establecen los criterios para atribuir la guarda y custodia de los hijos, cuya redacción es similar a los artículos 94 y 95 del Proyecto de García Goyena.

⁶⁸ LASSO GAITE, JF.: *Cronica de la Codificación Española*. 4. *Codificación Civil (Génesis e historia del Código)* Tbl. II. Madrid, 1979, p.502.

⁶⁹ Art. 107 Proyecto Código Civil de 1869: "Al admitir la demanda de divorcio o antes si hubiese urgencia, se adoptarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes: 1. Separar los cónyuges en todo caso, depositando a la mujer con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil. 2. Poner los hijos al cuidado de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 108 y 110. 3. Señalar alimentos a la mujer e hijos que no queden en poder del padre. 4. Dictar las medidas convenientes para que el marido como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la mujer. Esta disposición se limita al caso en que sea la mujer quien pida el divorcio"

⁷⁰ Art. 125: *Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno sólo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.*

Art. 126: "Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, dispusiesen otra cosa".



En tanto se llegaba a la redacción del nuevo Código, el día 18 de junio de 1870 se promulgaba la Ley Provisional de Matrimonio Civil, "único reconocido que habrá de celebrarse por todos los españoles que deseen contraer el vínculo". Era a la sazón Ministro de Justicia Don Eugenio Montero Ríos y entró en vigor en la Península el día primero de septiembre, y el quince del mismo mes en Canarias, estando vigente hasta su derogación por R.D de 9 de febrero de 1875.

El capítulo VII "Del Divorcio" se subdivide en tres secciones. La sección segunda: "De las disposiciones preliminares del divorcio", contiene un solo artículo, el artículo 87, que se expresa en los siguientes términos:

"Admitida la demanda de divorcio, ó antes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente:

Primero. La separación provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer.

Segundo el depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente; y si ambos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador de los mismos y su separación de los padres. Si las causas que hubieren dado margen al divorcio fueren las primeras, segunda, tercera, cuarta y octava del artículo 85, podrán los padres proveer de común acuerdo al cuidado y educación de sus hijos.

Tercero. El señalamiento de alimentos a la mujer y a los hijos que no quedaren en poder del padre.

Cuarto. La adopción de las disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio perjudique a la mujer en la administración de sus bienes."

El criterio que ha de tener presente el Juez para atribuir la custodia de los hijos en medidas provisionales o en medidas previas a la demanda de divorcio es el que tiene su fundamento en la culpabilidad de los cónyuges.

La sección tercera "De los efectos de

divorcio" comprende los artículos 88 y 89. El artículo 88 en lo que afecta a la guarda, custodia y patria potestad sobre los hijos, dispone:

"La sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos.

Primero. La separación definitiva de los cónyuges.

Segundo. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor o curador, que se nombrará con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los casos comprendidos en el núm. 2 del artículo 87.

No obstante las disposiciones anteriores, la madre conservará en todo caso á su cuidado a los hijos menores de tres años hasta que cumplan esta edad, á no ser que se haya dispuesto otra cosa en la sentencia.

Tercero. La privación por parte del cónyuge culpable, mientras viviere el inocente de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos. A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado margen al divorcio hubiere sido alguna de las comprendidas en el mencionado núm. 2 del art. 87. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos en la forma prevenida. La privación de la patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos(...)"

En capítulo independiente, el capítulo VIII, regula lo referente a la *disolución y nulidad del matrimonio*. Este capítulo se subdivide en una sección 1ª: "De la disolución del matrimonio", una sección 2ª: "De la nulidad del matrimonio" y una sección 3ª que contiene los artículos 94 a 100. Los artículos 97 y 98 se refieren a los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los mismos



términos que los ya establecidos en el Proyecto de García Goyena de 1851 y en el posterior de 1869.

El Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) se ocupa de los efectos civiles de la nulidad del matrimonio y del divorcio en la sección cuarta del Título III, artículos. 54 a 62. En lo que respecta a los efectos que producen tanto la nulidad como el divorcio respecto a los hijos comunes, son de destacar los siguientes:

Art. 55. Interpuestas y admitidas las demandas que habla en artículo anterior, se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes:

- 1^ª. Separar los cónyuges en todo caso.
- 2^ª. Depositar la mujer en los casos y formas prevenidos en la Ley de enjuiciamiento Civil.
- 3^ª. Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos según proceda.
- 4^ª. Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.
- 5^ª. Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio, o contra el cual se dedujese demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes².

El artículo 58: *“Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que por motivos especiales dispusiese otra cosa la sentencia”*.

El artículo 59 dispone: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo proveyeren de otro modo al*

cuidado de los hijos”.

Artículo 61: *La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:*

- 1^ª. La separación definitiva de los cónyuges.
- 2^ª. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables se proveerá de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado origen al divorcio hubiere sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que éste Código le impone respecto de sus hijos.
- 3^ª. Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiere recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido.
- 4^ª. La separación de los bienes de la sociedad conyugal, y la pérdida de la administración de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio.
- 5^ª. La conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos³.

Del examen de los artículos anteriores, puede concluirse que sus precedentes prelegislativos y legislativos fueron el Proyecto de García Goyena de 1851 reproducido en el Proyecto de Código Civil de 1869 y la ley de matrimonio civil de 1870.

El Código Civil español, aprobado por RD de



24 de julio 1889⁷¹ dedica una sección quinta a los efectos de la nulidad del matrimonio y los del divorcio (Arts. 67 a 74).

El artículo 68⁷² regula las medidas provisionales o coetáneas a adoptar mientras dure el juicio, consistentes en:

- 1^ª Separar los cónyuges en todo caso.
- 2^ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 3^ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.
- 4^ª Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.
- 5^ª Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes.

Artículo 70⁷³: *Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre y las hijas al de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del num. 2^º del artículo 73. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que se cumpla esta edad,*

al cuidado de la madre, á no ser que, por motivos especiales, dispusiese otra cosa la sentencia.

Artículo 71⁷⁴: *Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos⁷⁵.*

Artículo 73: La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

- 1^ª La separación definitiva de los cónyuges.
- 2^ª Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables se proveerá de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código.

Esto no obstante, si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado origen al divorcio hubiere sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

3^ª Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiere

⁷¹ Código civil español, completado con la Ley de Bases, las correcciones y reformas introducidas hasta 1.904.10 ed, Madrid, 1905.

⁷² Su precedente con una redacción literal se encuentra en el artículo 55 Anteproyecto de Código civil 1882-1888 en el que únicamente se contempla la posibilidad de unas medidas coetáneas a la demanda de divorcio y nulidad, omitiéndose las medidas urgentes previas que sí se mencionaban en el Proyecto de García Goyena de 1851 (art.81). En este artículo el criterio de atribución de la custodia de los hijos queda al arbitrio judicial, de ahí que el apartado 3^º se refiere a *según proceda*. Frente a la expresión contenida en el art. 81 del proyecto de García Goyena 1851: *observándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84, y 4*

⁷³ Tiene perfecta relación con el artículo 97 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, cuyo precedente se encuentra en el Proyecto de Código civil de García Goyena de 1851.

⁷⁴ Está tomado literalmente del artículo 59 del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, que tiene su precedente en el artículo 95 de la ley de Matrimonio civil de 1870, y en el Proyecto de García Goyena de 1851 reproducido en el Proyecto de Código civil de 1889.



recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido.

4°. *La separación de los bienes de la sociedad conyugal, y la pérdida de la administración de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio.*

5°. *La conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a alimentos"*

De los anteriores textos, pueden realizarse las siguientes conclusiones:

1. Medidas provisionales en procedimientos de nulidad y divorcio.

- Exigen para poder adoptarse la admisión de la demanda de divorcio o nulidad, no bastando la mera interposición.

- Cuidado de los hijos. El precepto indica que puede determinarse una guarda exclusiva a uno de los cónyuges o compartida atribuyéndose a los dos según proceda. No se estableció criterio específico de atribución. SCAEVOLA⁷ opina que *"no lo hizo por legislar respecto de esta situación transitoria el artículo 1887 de la Ley de enjuiciamiento Civil. Según este artículo, los hijos que no hubiesen cumplido tres años, quedarán en poder de la madre, y los que pasen de dicha edad, sin distinción de sexo, quedarán en poder del padre hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda"*.

2. En materia de nulidad del matrimonio, respecto a la atribución de la guarda y custodia de los hijos, se mantiene vigente el criterio establecido por el proyecto de García Goyena

de 1851 y en la Ley de matrimonio civil de 1870. El precepto reitera que los criterios que ha de utilizar el juez o tribunal para atribuir la guarda y custodia de los hijos, en caso de desacuerdo entre los padres, son:

1. El criterio de edad. Los menores de 3 años, sin distinción de sexo, quedarán bajo el cuidado de la madre hasta que cumplan los 3 años.

2. Si ha existido buena fe en ambos cónyuges, se utiliza el criterio de edad y sexo, de tal forma que los hijos varones mayores de 3 años quedarán bajo la guarda del padre y las hijas al de la madre.

3. Si la buena fe solo ha existido en uno de los cónyuges, los hijos, sin distinción de sexo, quedarán bajo su poder y compañía.

4. Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del num.2º del artículo 73

3. En los supuestos de divorcio. El código civil utiliza el criterio de la culpabilidad- *los hijos quedarán o serán puestos bajo la potestad o protección del cónyuge inocente*- y el de edad limitado a los 3 años, salvo disposición en contrario en la sentencia. También se contempla la posibilidad de nombramiento de un tutor en caso de culpabilidad de ambos cónyuges.

Estos preceptos y en lo que afecta a la guarda y custodia de los hijos, sufrieron modificaciones desde su redacción originaria hasta la actualidad, que vinieron marcadas por la Ley de Divorcio de 11 de septiembre de 1932, la Ley de 24 de abril de 1958, la Ley de 7 de julio de 1981 y la mas reciente de Ley 15/2005 de 8 de julio.

⁷MUCIUS SCAEVOLA, Q: *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*. TomoII. Madrid, 1946, pp.504-505.



La Constitución de 1931, durante la II República española, proclamaba en su artículo 43^o: «*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa.*»

Hasta entonces, lo relativo al matrimonio y el divorcio se regía por el Código Civil de 1889, que en su artículo 52^o afirmaba: «*El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.*»

Por lo tanto, la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932⁹ suponía una importante novedad legal, si bien fue derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939.

La ley de 24 de abril de 1958 realiza una modificación importante en la materia, al subir el límite del criterio de edad de 3 a 7 años, en el que los hijos han de ser atribuidos a la madre, reconocer al cónyuge no custodio un derecho de visitas, estancias y comunicaciones así como en materia de medidas provisionales y medidas previas o provisionalísimas que las confiere una regulación independiente.

Las medidas establecidas se dividen en dos grupos; forma uno, las que pueden denominarse provisionalísimas o previas, en cuanto son anteriores a la interposición de la demanda, si bien quedan subordinadas a que tal actuación procesal se produzca dentro de un determinado plazo que se regulan en el artículo 67, e integran el segundo grupo aquellas que siguen a la admisión de la demanda, que son las propiamente

provisionales y a las que dedica el artículo 68.

Artículo 67: «*La mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio puede pedir que se le separe provisionalmente de su marido y que se le confíen, con igual carácter, los hijos menores de siete años, se le señale un domicilio y si es menor de edad, la persona bajo cuya custodia haya de quedar, así como los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge, medidas que quedarán sin efecto si en los treinta días siguientes no se acreditara la interposición de la demanda o en cuanto se justifique la inadmisión de ésta.*»

Artículo 68. «*Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes:*

- 1^o Separar a los cónyuges en todo caso.
 - 2^o Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella.
 - 3^o Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllas ejercerá la patria potestad.
- En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asumirá las funciones tutelares, correspondiendo las del Promotor y Consejo de Familias a la autoridad judicial.*

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos.

⁹La Ley de 2 marzo de 1932 de Divorcio - derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 - exigía la concurrencia de causa (art. 3^o) o bien el acuerdo de ambos cónyuges (art. 2^o), sin necesidad de separación previa. El tiempo mínimo para instar el divorcio de mutuo acuerdo era de dos años.



4º En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas:

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.

5º Señalar alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa.

Acordar si procede, el abono de litis expensas, determinando la cuantía y 6º la persona obligada al pago».

Artículo 70. «La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos el Tribunal

resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo 73.

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.

Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional según las particularidades del caso».

Artículo 71. Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos dejando siempre a salvo lo establecido en los dos últimos párrafos del mismo artículo».

Artículo 73 «La ejecución de separación producirá los siguientes efectos:

1º La separación de los cónyuges.

2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.



Sin embargo de lo anteriormente establecido si al juzgarse sobre la separación se hubiera por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso.

3º Perder el cónyuge culpable todo lo que hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4º La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que le correspondan.

5º La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos.

6º El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo 1434».

Sin embargo ha sido tras la reforma producida por La ley de 7 de julio de 1981 cuando empieza a tener una extraordinaria

importancia no solo la regulación del divorcio sino, en lo que afecta a este trabajo, los efectos que la separación, nulidad y divorcio producen en relación con los hijos.

La ley de 7 de julio de 1981 contiene una capítulo CAPITULO IX. *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.* Al admitirse el divorcio consensual o de mutuo acuerdo y el divorcio contencioso, el artículo 90 detalla el contenido que ha de tener el convenio regulador, considerándose como de obligado contenido a) *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

El precepto parte de la distinción entre titularidad de la patria potestad- que en principio corresponde a ambos progenitores- y atribución de la guarda que puede hacerse no solo a uno de los padres, sino también a otros miembros de la familia, de ahí la expresión *determinación de la persona a cuyo cuidado.* Recoge el derecho de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, cuyo primer precedente legislativo se halla en la Ley de Divorcio de 1932 y en la reforma que del Código civil se realiza mediante Ley de 24 de abril de 1958. En defecto de acuerdo de los cónyuges o no aprobación del mismo, el artículo 91⁷⁷ consagra el arbitrio judicial en lo referente a las medidas que afecten a los hijos.

⁷⁷ Art. 91: *En las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos: las visitas familiares; las cargas del matrimonio; liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».*



Este precepto se completa con el Artículo 92 que se expresa en los siguientes términos:

"La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas".

Añade un artículo 94 en el que se regula el derecho de visitas, comunicación y estancias: *"El progenitor que no tenga consigo los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial"²⁸.*

La modificación más destacada en lo que a la materia objeto de este trabajo afecta, consiste en el abandono del criterio de culpabilidad,

contenido en el derogado artículo 73.2 Cc, a tenor del cual, los hijos quedaban bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

El derogado artículo 73.2, párrafo 3^o disponía en una hipótesis de separación, que: *"La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos"*. Suprimido el criterio de culpa, el legislador de 1981 estableció en el art.92.1 una regla de alcance general aplicable a todos los conflictos matrimoniales: *"La separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos"*.

Se sustituye el criterio de la culpabilidad por el del beneficio de los hijos para la adopción de las medidas que les afectan, tal como se desprende del párrafo 2^o del artículo 92. Principio básico que si no es observado por los progenitores de mutuo acuerdo, el artículo 90 preve la posibilidad de que el convenio regulador en esta materia no sea homologable por el Juez, *"si son dañosas para los hijos"*. El interés o beneficio de los hijos constituye un límite al arbitrio judicial que hace que la actuación judicial no sea totalmente discrecional.

Con esta decisión se da un vuelco al sistema anteriormente imperante en esta materia, basado en el poder de los padres y preponderancia de sus intereses, pasándose a otro, cimentado en el superior interés del hijo o *favor filii*²⁹.

Otra novedad consiste en que en la atribución del cuidado de los hijos ha de procurarse no separar a los hermanos. Probablemente esta

²⁸El derecho de visita hasta la reforma por ley de 7 de julio de 1981 tenía una mínima regulación tras la reforma por la Ley de 1958, al disponer en el número 3^o, párrafo 3^o que *"el Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía"*

²⁹Favor filii que se ha visto reafirmado a consecuencia de la ratificación por el estado español el 30 de noviembre de 1990 de la Convención de derechos del niño, de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y en La ley orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.



recomendación iba dirigida a acabar con el criterio de distribución de los hijos por razón de sexo, de tal forma que los hijos no tenían que quedar bajo el cuidado del padre y las hijas bajo el de la madre, como ya venía estableciéndose en los precedentes prelegislativos y legislativos.

La guarda y custodia de los hijos ha raíz de esta reforma producida por la Ley de 7 de julio de 1981 provocó un vuelco en el tratamiento de la materia en la jurisprudencia, en la que casi de forma unánime y como regla general la guarda y custodia de los hijos era atribuida a la madre, por entender que el interés y beneficio del menor así lo aconsejaba. Este deslizamiento hacia la atribución exclusiva de la guarda de los hijos a la madre, confiriendo al padre un derecho de visitas estancias y comunicaciones provocó un descontento generalizado entre los padres separados o divorciados, que tuvo su pequeño reflejo en la reforma posterior acaecida por Ley 15/2005 de 8 de Julio, en la que aparece la posibilidad de otorgamiento de una custodia compartida establecida de mutuo acuerdo entre los cónyuges o en su defecto acordada con carácter excepcional por el Juez.

El esquema tradicional existente durante muchos años viene presidido por la configuración de la custodia individual como norma general, admitiéndose desde el año 2005 la posibilidad de establecer custodias compartidas de mutuo acuerdo o con carácter excepcional.

La guarda y custodia compartida ha de entenderse en el sentido de la coparentalidad, de tal forma que ambos progenitores, tras la ruptura han de continuar teniendo los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.

Por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, se ha introducido por primera vez la regulación legal de la figura de la custodia compartida¹⁰, pretendiendo con esta Ley reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido, tal como se recoge en la exposición de motivos de la Ley.

Ahora bien, la reforma prevé como regla general que para su otorgamiento, la guarda y custodia compartida sea solicitada de común acuerdo, siendo la excepción la solicitud a instancia de uno solo de los progenitores, estableciendo diferente regulación y requisitos para los supuestos de custodia compartida adoptada en procedimiento de mutuo acuerdo o las establecidas en procedimientos contenciosos.

¹⁰Respecto a las críticas terminológicas sobre los términos utilizados de "Ejercicio compartido de la Guarda y custodia", "Guarda conjunta, Guarda y custodia compartida", vid. PALAY EVALLESPINOSA, Medidas en relación a los hijos y regulación de la Guarda y Custodia Compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio; VÍÑAS MAESTRE, D: La custodia compartida. Revista Sepinnet. Persona y familia. Mayo 2008, n.º 77, p. 16. SEISDEDOS MUÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". BIR 2005/2649, p.14. Sobre la tramitación parlamentaria de la Ley, sus redacciones en el proyecto, enmiendas presentadas y modificaciones que dieron lugar al texto vigente, vid. SEISDEDOS MUÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". BIR 2005/2649.



A) PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO.

El artículo 90 del Código civil, como uno de los extremos que han de incluirse dentro del convenio regulador recoge: *“ el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, y en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”*.

El actual art. 92 CC, en su núm. 5 dispone que *«se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos»*.

Antes de acordar el régimen de custodia compartida, el art. 92. 6 del Código Civil exige:

a) Informe preceptivo del Ministerio Fiscal, cuyo contenido no es vinculante para el Juez,

a diferencia de lo que acaece en los procedimientos contenciosos¹⁷.

b) Audiencia de los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario por el propio Juez -de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial¹⁸.

A pesar del tenor literal del art. 92 CC, la expresión «se acordará» del apartado quinto de la norma —que tiene carácter imperativo— no va a obligar al Juez a la aprobación de ese convenio o acuerdo al que lleguen las partes, porque lo que el Juez debe hacer es valorar si ese convenio o acuerdo es beneficioso a los intereses del menor, previo informe del Ministerio Fiscal, el cual examinará todas las cláusulas del mismo a estos efectos.

c) Valoración de las alegaciones de las partes en la comparecencia y prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantienen entre sí y sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda, así como la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

¹⁷ A diferencia de lo que prescribe el apartado 8 del art. 92 CC, no se exige que este informe que emite el Ministerio Fiscal sea favorable. De ahí que si se opone al régimen de custodia que las partes han propuesto, ello no va a impedir su posterior aprobación judicial, dejando a salvo el derecho del Ministerio Fiscal o de las partes para que utilicen la vía del recurso de apelación contra la resolución judicial si entienden vulnerado el interés del menor. Vid. Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona de 26 de julio de 2005, la cual desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que se oponía al establecimiento de la guarda y custodia conjunta y acuerda la misma atendiendo principalmente al interés del menor afectado, ya que dicho sistema fue plenamente aceptado por el menor y la situación familiar funcionaba, sin que se constaran problemas, discusiones, disgustos o traumas.

¹⁸ Se garantiza el derecho de los menores a ser oídos, desapareciendo la obligatoriedad de oír a los hijos menores, mayores de doce años, en todos los procesos. Todo ello en consonancia con el Art. 9 de la Ley Orgánica de Protección del menor. Se modifica en el mismo sentido el Art. 777 de la LEC. El Reglamento Europeo 2201/2003 del Consejo de Europa, de 27 de Noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en el Art. 23, entre otras, que se haya dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia del menor, en violación de principios fundamentales del procedimiento del Estado miembro requerido, y dispone en la consideración 19 que la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, en que este tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia y en la consideración 20 que la audiencia de un menor en otro Estado Miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento 1206/2001 del Consejo, del 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.



d) Comprobar la inexistencia de motivos por los que dicha custodia resulta improcedente por aplicación del art. 92.7 CC⁴⁰ que dispone: *"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica"*.

Ahora bien, debería haberse previsto para el caso de que existiera una sentencia firme de condena, pues la aplicación literal de la norma vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, ya que la mera denuncia de un supuesto delito inhabilita a cualquier progenitor para obtener la guarda y custodia compartida⁴¹.

En el supuesto que el contenido del convenio regulador resultase insuficiente, al no explicar adecuadamente el régimen de custodia compartida propuesto, de conformidad con lo que dispone el art. 777.2 y 4 LEC en

concordancia con el art. 92.6 y 9 CC, será exigible a los progenitores que justifiquen documentalmente las pretensiones en las que funden su derecho o desde el principio que en el escrito de demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo expliquen de la mejor forma posible la manera en que dicho régimen va a desarrollarse, ya que en caso contrario el Ministerio Fiscal solicitará que se amplie el convenio en aquellas cláusulas que sean incompletas o insuficientes. En el caso que las partes no acceden a ello, el Juez podrá aprobar dicho acuerdo en todo aquello que sea conforme para el interés del menor y oponerse al resto (art. 777.8 y 9 LEC, lo que no impide a las partes la posibilidad de acudir al recurso de apelación si lo consideran conveniente, a diferencia de lo que ocurre si el convenio es aprobado íntegramente por el Ministerio Fiscal y por el Juez, ya que en esta hipótesis sólo cabría la posibilidad de recurso para el Ministerio Fiscal, art. 777.8.2.º LEC).

B) PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS.

El Art. 92.8 dispone: *"Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y*

⁴⁰La imposibilidad de acordar la custodia compartida por este motivo se evidencia en SAP de Murcia, sección 5ª, de 29 de junio de 2006; SAP Barcelona, Sección 12, de 12 de abril de 2007, así como la SAP Castellón, Secc. 1ª, de 25 de enero de 2008, que estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que acuerda la separación y aprueba el convenio regulador que contempla la guarda y custodia compartida, como consecuencia de la incoación de un procedimiento por delito de violencia de género seguido contra el esposo... al que además se le acusa por delito de violencia de género del art. 153.1 CP... y es que este hecho no puede ser sustituido por el hecho de que la esposa haya declarado que no obstante lo anterior la relación entre ambos es buena).

⁴¹SAP Valencia, Secc. 10, de 10 de febrero de 2009: *«concurren también los requisitos previstos en el artículo 92.8 del CC de la previa petición de parte, habida cuenta de que el demandado solicitó se estableciera una guarda compartida, y el dictamen favorable del Ministerio Fiscal, por lo que se refiere a la denuncia interpuesta por la demandante contra el demandado, que ha dado lugar a la emisión de una prohibición de acercamiento se estima, en relación con la previsión del artículo 92.7 del CC, que dicha denuncia no puede impedir el establecimiento de la guarda compartida habida cuenta de que no consta que los hechos que la han motivado revistan la suficiente gravedad como para exponer un obstáculo efectivo al sistema de guarda fijado; por otro lado... el informe pericial recomienda la custodia compartida, y después también de la vista del juicio que fue suspendido a instancia de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo»*



*custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*⁸³.

Por ello, en los procedimientos contenciosos la norma contempla con carácter excepcional⁸⁴ la custodia compartida en estos procedimientos y exige para ello los siguientes requisitos que se mencionan en el artículo 92 del Código civil:

1. Petición de guarda y custodia compartida POR UNA DE LAS PARTES.
2. INFORME FAVORABLE DEL MINISTERIO FISCAL⁸⁵.
3. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.
4. Progenitor no esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, integridad moral

⁸³VIA VÍÑAS MAESTRE, D: La custodia compartida, SP/Dict/1601. *Revista Jurídica Sepin*, Mayo 2008, n.º 77, Familia, p. 14 pone de manifiesto que la excepcionalidad con que el legislador ha contemplado la guarda compartida se desprende de la propia tramitación parlamentaria de la Ley. El proyecto de Ley presentado inicialmente en el Congreso no hacía referencia a esta posibilidad. Su incorporación al texto tuvo lugar vía enmienda en el Congreso de los Diputados. Concretamente la enmienda n.º 48 del Grupo Socialista. En el texto aprobado inicialmente en el Congreso, se exigía para acordar la custodia compartida en los procesos contenciosos el informe favorable del Ministerio Fiscal. En el Senado se propusieron varias enmiendas, de cuyo contenido puede extraerse que se contempla la institución de la custodia compartida cuando no hay acuerdo como excepcional. El texto aprobado en el Senado el 29 de junio de 2005 vino a variar la exigencia inicial del informe favorable del Ministerio Fiscal. Se exigía el informe preceptivo del Ministerio Fiscal pero su contenido no resultaba vinculante y se hacía una específica referencia a la ubicación del domicilio. Se exigía que el Juez se asegurase: "que por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozara de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de la personalidad y para el desenvolvimiento íntimo de sus hábitos y relaciones personales". También exigía el dictamen de especialistas con carácter preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida de forma alterna. El texto definitivo aprobado por el Congreso el 8 de julio de 2005 no aprobó finalmente la enmienda introducida en el Senado, quedando la redacción como actualmente la conocemos. El carácter vinculante del informe del Ministerio Fiscal se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio a interés del niño". SEISDEDOS MUIÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". BIB 2005-2649. "Por lo que se refiere al informe del Ministerio Fiscal, en el texto definitivo del artículo 92.8 se exige que sea favorable para que pueda acordarse la guarda compartida a instancia de uno solo de los padres. En el Senado, ya lo hemos visto, se suprimió tal exigencia, al considerarse que la misma constituía una inadmisión restricción al arbitrio judicial y a la función de juzgar que tiene asignada constitucionalmente el juez. El informe favorable que por ello convertido en informe preceptivo del Ministerio Fiscal, lo que venía a constituir una innecesaria restricción de la ya dispuesto, con carácter general, en el apartado sexto del mismo artículo, así como en el 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puesto que tal informe debe recabarse por el juez en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia (artículo 92.6 CC), resultaba superfluo incluirlo entre los criterios para establecer la custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Finalmente, el error de los diputados socialista hizo que se mantuviera la primera versión del texto, de forma que el Ministerio Fiscal tendrá en su mano, si su informe resulta desfavorable, la posibilidad de impedir que el Juez se decante por la guarda conjunta a instancia de uno de los partes, aun cuando el propio juez la considere como la mejor solución para la protección del interés del menor".

⁸⁴Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, sentencia n.º 217/2009 de 14 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez. Jur 2009/257481: "Con la regulación actual de la materia en nuestro Código Civil, la guarda y custodia compartida se contempla como una medida de carácter excepcional si no existe acuerdo entre los progenitores al respecto, aun con informe del Ministerio Fiscal, pues en este caso la atribución compartida no se trata preceptiva para el Juez, sino que únicamente se otorga a éste la facultad de acordarla (art. 92.8 C. Civil) (LEGISLAB) en atención a las circunstancias y tomando siempre en consideración el superior interés del menor por encima de cualquier otro". Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª). Sentencia núm. 181/2007 de 3 octubre. Ponente: Ilmo. Sr. Pedro José Yela Torres. JUR 2008/34509 "La norma y la excepción en la petición de la custodia compartida. Para la adopción de la custodia compartida, la norma será que la petición la realicen ambos progenitores, bien dentro de un procedimiento de mutuo acuerdo o en el curso de la tramitación de un procedimiento contencioso, siendo válida la petición si se realiza incluso en fase de apelación. Si falta el acuerdo entre los progenitores para la custodia compartida, el otorgamiento será de forma excepcional cuando la petición sea de uno solo de los progenitores. En estos casos, sólo procederá su concesión cuando concurren a su vez dos requisitos: informe favorable del Ministerio Fiscal y que el otorgamiento de la custodia compartida sea la única manera de proteger adecuadamente el interés superior del menor".

⁸⁵Vid. HERNANDO RAMOS, S: "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida". *Revista La Ley* 12953/2009. CAMPO LEQUIERDA, AL: Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista el



o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni existan indicios fundados de violencia doméstica (art.92.7)⁸⁷.

Por último, el art. 92.9 faculta al Juez para que, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, pueda recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores⁸⁸.

No es objeto de este trabajo de investigación analizar todos los problemas que plantea en la doctrina y en la jurisprudencia la regulación de la guarda y custodia exclusiva o compartida y el llamado derecho de visitas, estancias y comunicaciones que son variados y extensos y exceden con mucho del contenido del presente trabajo, como tampoco lo es analizar el contenido de la regulación en las diferentes comunidades autónomas.

Los cambios legislativos producidos por estas últimas reformas de los años 1981 y 2005 han

informe favorable del Ministerio Fiscal? *Revista La Ley* 12950/2009. Las Audiencia Provinciales vienen exigiendo con carácter general la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida en un proceso contencioso (SSAP Barcelona, Secc. 18, de 20 de febrero y 4 de julio de 2007; Secc. 12, de 29 de junio de 2007 y 28 de marzo de 2007; SAP Burgos, sección 2ª, 14 de diciembre de 2006; SAP Cáceres, 5 de marzo de 2007; SAP Castellón, Sección 2ª, de 4 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 2007; SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 4 de diciembre de 2006 y 29 de mayo de 2007; SPA Granada, Secc. 3ª, 23 de marzo de 2007; Huelva, Secc. 2ª, de 5 de marzo de 2007; SAP Huesca, Secc. 1ª de 29 de septiembre de 2006 y 20 de abril de 2007; SAP León, Secc. 2ª de 26 de febrero de 2007; SAP Madrid de 22 de mayo de 2007; SAP Salamanca, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2007; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2008; SAP Santiago de Compostela, Secc. 6ª, de 29 de julio de 2007; SAP Valencia, Secc. 10, de 7 de junio de 2007 y 18 de junio de 2007; Valladolid, Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2006. El adjetivo "favorable" del art.92.8 del Código Civil ha llevado AP Las Palmas, Sección 5ª, auto de 13 de septiembre de 2006 (SP:SENT/144947) a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que se fundamenta en tres motivos: 1. Lesión del derecho reconocido en el art. 14 e infracción del art. 39 de la Constitución. Tratamiento distinto injustificado en supuestos de mutuo acuerdo, en el que es preceptivo el informe del Ministerio Fiscal pero no es vinculante, o ante un supuesto contencioso en el que el informe debe ser necesariamente vinculante. 2. Vulneración del Art. 117.3 de la Constitución, que establece el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. 3. Lesión del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución. Derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido resuelta mediante STC del pleno 185/2012 de 17 de octubre de 2012, en el que se estima la cuestión de inconstitucionalidad y en consecuencia declara inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el artículo 92.8 del Código civil.

⁸⁷En este sentido interesa destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de 12 de enero de 2007, en la que el leve empujón por el que el padre fue condenado por un delito de malos tratos en el ámbito familiar en Sentencia dictada el 26 de junio de 2006 por el Juzgado de lo Penal nº14 de Barcelona, a la pena de prohibición de aproximación a la actora por el plazo de un año, así como la prohibición de comunicarse con la misma por ningún medio, en el mismo periodo, impide un pronunciamiento sobre la guarda y custodia compartida. Lo novedoso de la sentencia radica en destacar que una vez que la sanción penal impuesta quede sin efecto, nada impide que los padres prosigan el proceso para compartir la custodia de sus hijos.

Los motivos que cita el art. 92.7, en mi opinión sin motivos que directamente determinarían que no se le atribuya la guarda en general, exclusiva o compartida, a los padres, en quien concurren estos motivos, por ello la referencia exclusiva a la improcedencia de la guarda conjunta entiendo que no es correcta, ya que ha de referirse a la guarda en general sea atribuida a uno solo de los padres o a ambos. Por otro lado, tampoco me parece muy acertado el motivo basado en la apreciación del Juez de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, puesto que si el Juez aprecia la existencia de estos indicios, lo que debe hacer es proceder contra el presunto autor en la forma prevista en la legislación vigente, por ello este último párrafo del art. 92.7 de la reforma no es totalmente correcto y atenta contra el art. 24 de la CE que consagra el legítimo derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.

⁸⁸SEISDEDOS MUÑO, A. "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)". RIB 2005/2649. "La misma suerte corrió, y por el mismo motivo, una última cuestión incorporada por el Senado, esta vez en el párrafo noveno del artículo 92, para cuando se otorgara el régimen de custodia compartida sin acuerdo de los padres. Me refiero al dictamen de especialistas relativo a la idoneidad de



sido de excepcional importancia para el derecho de familia y en especial en materia de guarda y custodia de los hijos en los supuestos de rupturas matrimoniales, al desterrar los criterios de atribución que se fundamentaban

en la edad, la culpabilidad y el sexo, regresando al criterio del arbitrio judicial que los Emperadores Diocleciano y Maximiano en su día establecieron y que nos transmite el CJ 5.24.1.

dicho sistema. En el proyecto, el artículo 92.9 señalaba que «el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores». La Comisión de Justicia del Congreso, a propuesta de la Ponencia, modificó ligeramente esta norma, restringiendo el término facultativo por el de especialistas debidamente cualificados. En el Senado, el Grupo Socialista presentó una enmienda por la que a esta disposición se le añadía un párrafo del siguiente tenor: «En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida sin que medie mutuo acuerdo». Por otro lado, como resultado de la propuesta de transacción presentada por el Partido Socialista en la Comisión de Justicia del Senado, la Cámara Alta otorgó finalmente al apartado noveno esta redacción: «El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del equipo psico-asistencial adscrito a la Administración de Justicia o de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En todo caso, el dictamen será preceptivo, cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8o. Y así hubiera pasado al Código Civil de no ser por el tantas veces mencionado error en la votación final, que convirtió en texto definitivo el aprobado inicialmente por el Congreso, en el que no se establecía el carácter obligatorio del dictamen de especialistas para decretar la guarda conjunta sin acuerdo de los progenitores».