

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**EFFECTS PERSONALES DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS
HIJOS. DE ROMA AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL**

**PERSONAL EFFECTS OF DIVORCE TOWARDS CHILDREN.
ROME TO SPANISH CIVIL CODE**

Carmen López-Rendo
Profesora Titular de Derecho romano
Universidad de Oviedo

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 universae 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.

¹ En 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. NNDI,s.v. FAMIGLIA, VII, pp 42 y ss donde afirma el valor patrimonial y parental del término FAMILIA. DE FRANCISCI, P : " Dal Regnum alla Republica" en SDHI X, (1.944), pp. 153 y ss. Respecto a la adhesión de De Francisci al naturalismo jurídico

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 FAMILIAS². Esta persona es declarada *sui iuris* e independiente

² D, 50. 16. 195.2: "*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat, non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus, denique et pupillum patrem familias appellamus*". Según SIBER ("*Röm.Priv.R.Ob. cit. p. 33*), el texto se encuentra interpolado en la expresión "*In domo...apellatur*", la cual debería sustituirse por *SUI IURIS EST* y en la frase *NON enim sed et ius demonstramus*, en el mismo sentido BESELER: *Textkristische Studien.ZSS. 53 (1.933) pp. 10 y ss.*

Pater, era también el antiguo jefe de la GENS; *patres* son los senadores, porque en sus orígenes el senado estaba compuesto por los jefes de las gentes; PATER es el título que se da a la divinidad (Virgilio designa a Jupiter, el padre de los dioses y de los hombres, Neptunus Pater..) o a los príncipes de las leyendas antiguas (*Pater Aeneas* en Virgilio). Nótese que aún cuando la palabra "FAMILIAS" se encuentra en genitivo

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 PROPIUM 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 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 nacido-⁴.

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. Berolini,1.933. Tomo 2 p. 800.

³ GAI I.55: " Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus, QUOD IUS PROPRIUM CIVIUM ROMANORUM EST; fere 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 época arcaica.*" en *Studi De Francisci*,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. CAPOGROSSI, L: " Ancora sui poteri del pater familias", en BIDR 73 (1.970),pp.357 y ss. RABELLO,A.M.:" Effeti personali della patria potestas" I. Milano,1.979. Cfr. CASSINELLO Y CASSINELLO, J., *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.

⁴ Vid. MORDECHAI RABELLO, A., *Effeti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, A., Milano, 1979.

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

⁵ El 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 viuda, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*". Todavía en el uso genuino y antiguo del título era reservado a la mujer del paterfamilias: FESTUS: "*MATERFAMILIAE non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari*". Posteriormente, designa a la esposa, que formase parte de la familia, esto es que estuviese sujeta a la *manus* del marido o *paterfamilias*:

Cic. Top, 3.14: "*Si ita Fabiae pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset; si ea in manum non convenerat, nihil debetur. Genus enim est uxor; eius duae formae; una matrumfamilias, eae sunt quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur*". GELL, NOCT. ATT. 18.6.9: "*MATREM autem FAMILIAS appellatam esse eam solam quae in mariti manu mancipioque aut in eius in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*". GELL, 4,3,3 NONIUS MARC.V : "*Matremfamilias (dictam esse existimant), quae in familia mancipioque sit patria, etsi in mariti matrimonio esset*". Vid, V.I.R. tomo 3, p. 812. Si bien como afirma ULPIANO en D 50,16 195,5 "*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est*". SIBER R.P.R. pag 33, sostiene interpolado la palabra "SUAE". Vid. CARCATERRA, A: Mater familias. AG.123, (1.940), pp. 113 y ss. KUNKEL, W: s.v. Mater familias. en Paulys Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft. Stuttgart, 1.930, pp. 2183-2184.-

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.

⁶ D,1,6, 4 ULPIANUS Libro I Institutionum: "*Patres familiarum sunt, QUI SUNT SUAE POTESTATIS SIVE PUBERES SIVE IMPUBERES*". 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 su capacidad jurídica, pero sí su capacidad de obrar hasta que no saliese de la tutela. Cabía 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, 1986, pág 103, que "el vínculo de sangre no es aquí el hecho decisivo (...). *Paterfamilias* no es, pues, <<progenitor>>, sino, simplemente, <<cabeza 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 sal, un cierto carácter <<honorífico>>: hasta el *impuber* será llamado *paterfamilias*, si no está sometido a la potestad de otra persona". Id. *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 103

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 I,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 filii familias* y los esclavos-*servi*-⁸.

⁷ GAI I,49: "*Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt , aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt*". Vid. TORRENT,A: *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.

⁸ DE FRANCISCI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág 154, afirma: "al correr del tiempo, cuando las diversas manifestaciones de aquel poder siguieron principios que no eran uniformes del todo respecto a los diversos objetos, empezaron a emplearse expresiones diversas, según sus aplicaciones. El señorío sobre las cosas, 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 distinguió: la potestad sobre la mujer que había

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*⁹.

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 *pater familias*, quedando en su compañía y siendo alimentados por el

entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún *filiifamilias*; la potestad ejercida sobre sus *filiifamilias*; la ejercida sobre los esclavos, y, en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de servidumbre de hecho frente al *pater familias* (así, los *filiifamilias* ajenos vendidos a un *pater familias*, y los *noxae dediti*, personas cedidas en expiación de un delito)".

⁹ D, 1.6. 4, ULPIANUS, Libro I Institutionum: "...Filiifamiliarum 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, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.".- Vid D, 50,16, 195,2.

mismo¹⁰, es decir tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad correspondía en exclusiva al *paterfamilias*, sin limitación alguna y los *filiifamilias* conservaban todo 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*¹¹.

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 sangre¹². A diferencia de la agnación, la

¹⁰ Vid. Albertario, E: *Persone 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, 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; ALBURQUERQUE, 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): *Alimenta et rictus*». *RGDR* 4, Madrid 2005 pp. 1 y ss.

¹¹ Vid. VOLTERRA, *Sui mores della famiglia romana*, en *Rediconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, sr VIII 4, 1949, pp.521 ss. Fernandez de Bujan,A: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

¹² D, 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 Labeo ait, quasi COMMUNE NASCENDI*

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 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.

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. Cit. Y GUARINO: obs cit.-

¹³ Sobre la patria potestad como *officium* –deber de protección y asistencia– cfr. KASER M., «*Der Inhalt der patria potestas*», *ZSS* 58, 1938, pp. 62 y ss

¹⁴ Cfr. ALBUQUERQUE,J.M, *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. *Iuris Tantum*, nº 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005.

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 Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas"*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, aequè subveniendum ei erit per exceptionem*¹⁶.

¹⁵ Vid . Index Interpolationum. Levy-Rabel, T.III, Weimar, 1935, p.319 en donde se estima interpolado en <manu mancipio>.

¹⁶ Vid. Index Interpolationum. Levy-Rabel, T.III, Weimar, 1935, p.320. DONATUTI, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, en Ann.Fac. giurisprr.Univ.Perugia, 33, 1921, p. 413 sostiene interpolado "*apud quam-causa*". LONGO,G: *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias* en BIDR 40,1932, pp.218 y ss considera interpolado el texto desde *-apud quam* hasta el final- . RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A propósito del fr.14 D.X,3 Paulus III <ad Plautium>* en

depositados interinamente en poder de la *Mater familias*, entendiéndose por esta una mujer de notoria autoridad- *femina notae auctoritatis*-.

BONINI²², tras el examen de estos textos afirma que le parece posible señalar que en el periodo desde Antonino Pio a Septimio Severo se afirma una tendencia a atribuir a la inmoralidad del padre *-nequitia patris-* otra causa para confiar la guarda de los hijos a la madre.

En el año 294 d. c los emperadores Diocleciano y Maximiano dictaron una constitución por la que se regulaba la custodia y alimentación de los hijos, una vez que se había producido el divorcio de los padres, que nos transmite CJ 5,24,1²³ titulado *Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant-*:

La toga praetexta es la, toga a la que se ha añadido una orla de púrpura. Esta toga era llevada, además de por determinadas autoridades, por los niños y niñas de las familias nobles, ya que, según nos narran las fuentes literaria Ps.Asc., en Cie. Ven: 3,44. s, los niños de familias pobres llevaban la toga sencilla". En este sentido, cabe destacar cómo el término *praetextatus* es indicador de un determinado rango social POLAY,E. *Iniuria types* (Budapest 1986) p.112 n.31 y 159

²² BONINI,R: *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano.* AG.181,1971,p.28.

²³ Algunos autores han venido afirmando que el rescripto fue situado en el *Codex Hermogenianus*, bajo una rúbrica determinada, nueva respecto al *Codex Gregorianus* y posteriormente reproducida en el *Codex Iustinianus*. Vid. SCHERILLO, *Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*, en *Studi Ratti*. Milano, 1934, pp.310 ss. CENDERELLI, *Richerche 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.

¿Cual 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?. ACCURSIO²⁶ en la glosa a C.5.24 se refiere a la atribución de los hombres al padre y de las mujeres a la madre. En el mismo sentido se pronunciaron posteriormente GOTHOFREDUS²⁷ Y POTHIER²⁸.

BONINI²⁹ estima que obviamente se esta refiriendo a la atribución de los varones al padre y de las mujeres a la madre, y DAUBE³⁰ sostiene que

²⁶ ACCURSIO: *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus*. Editio postrema. Venetiis, 1591 En la glosa a inter parentes afirma “*ut apud matrê filiae, apud patrem filii sint*”, además de lo manifestado respecto a la utilización de este criterio por el Juez si lo estimaba prudente.

²⁷GOTHOFREDUS,D: *Codicis Iustiniani D. N. Sacratissimi principis PP. Augusti Repetitae praelectionis libri XII. Notis Dionysii Gothofredi*, Lugduni 1662, col. 419: “*In arbitrio iudicis est, statuere an apud patrem, an apud matrem liberi sunt educandi, apud eum tamen esse debebunt semper cuius innocentia probata fuerit. Nov. 117 cap. 7: et apud matrem interdum satius fuerit liberos educari quam apud patrem.*

Per sexus divisio fit, puta ut mares apud maritum, foeminae apud uxorem alantur”.

²⁸ POTHIER,J. *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae*.T.9, paris ,1821p.180: nota 1 “*puta, mares apud patrem; puellae apud matrem*”.

²⁹ BONINI,R: *Criteri per l’affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*. AG.181,1971,p.30.En el mismo sentido TREGGIARI,S: *Roman marriage. Iusti cónyuges form the Time of Cicero to the Time of Ulpian*. Oxford, 1991, p.469.

³⁰ DAUBE,D: *Dividing a Child in Antiquity*. *California Law Review*, Vol 54.N.4, 1966, p.1631. sigue a YARON, Reischert, *Volksrecht and Talmud*, 11.RIDA 296-298, 1964, pp. 296 y ss

la costumbre de atribuir los varones al padre y las mujeres a la madre era conocida en algún lugar del imperio.

Lo importancia 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. ACCURSIO³¹ va un poco mas 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 un tercero. Accursio en la glosa a *aestimabit*³², 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.

³¹ ACCURSIVS: *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749: “Respon. Imp. Et si id nulla lege cautum sit: oportere tamen iudice pro sua prudētia considerare masculini apud patrē, feminae apud mulierem an vero utriq; apud alterum morari educarique debeant”.*

³² ACCURSIVS: *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema. Venetiis, 1591, p. 749: Glosa a aestimabit d): “Taliter dividendo: ut hic, nisi ex aliqua causa in contrarium moueatur. ut de li. exhib. l. 1. Hoc interdicto. & differt hic titulus ab illo Infra ubi pupilli & c. quia hic viuit pater: ibi decessit”.*

respecto a la madre³⁶, 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 legislase en esta materia.

En el año 529 D.c. Justiniano se ocupó de dar solución a los problemas que planteaba el divorcio. Así dedicó una importante Novela, 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 *communi 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 117,7³⁷:

³⁶ BONINI,R: *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano.* AG.181,1971,p.33

³⁷ El original del texto se encuentra en griego. El texto latino de la edición de Heimbach cotejada también con la edición de Schoell and Kroll's edition, Berlin, 1954.

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 solutum matrimonium-*, el hijo tendría que quedar bajo custodia del padre, que es el obligado a proporcionarle sustento y alimentos *-tunc apud patrem et maneant filii et alantur.*³⁸

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 nutriri iubemus*³⁹.

³⁸ En la edición *Auhtenticum novellarum constitutionum iustiniani* el contenido es el siguiente: *"si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensas, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutriantur"*.

³⁹ Vid. BONFANTE, Corso I.cit, p.281; KASER, Das röm.Privatrecht, II.,cit.,p.145 nº 8. SACHERS, s.v. *Potestas Patria.*,cit.,c.1118.BONINI, R: *Criteri per l'affidamento della prole.*,ob.cit.,p.35

legibus sunt commissa. Si autem filii non sint, utriusque personae substantiam fisci rationibus applicari, et eos qui talia deliquerunt legitimis subdi 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 porter 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.

BONINI⁴¹ 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

⁴¹ BONINI, R: *Criteri per l'affidamento della prole.*, ob.cit., p.39

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 Romano en la regulación vigente de nuestro Código Civil español.

3.1. GLOSADORES Y COMENTARISTAS

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

AZON trata de la materia en la *Summa super Codicem*⁴². Los criterios que destaca en los supuestos de divorcio para resolver con quien deben quedar los hijos a vivir y quien debe educarles son los siguientes:

⁴² AZONIS, *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 debeant 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 morentur extimat ut tamen post trimatum etiam apud matrem expensis patris alantur, ut... de patria potestate ley nec filium. Hodie autem facto divortio distinguitur utrum pater prestiterit divortii causam an mater. Si pater praestabit ipse pater expensas matri filiorum que non venit ad secundas nuptias apud quam nutriri debent filii. Si attamen pater non sit idoneus pauperes filii a locuplete matre*”

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 SASSOFERRATO⁴⁴de 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*⁴⁵, respecto al texto de la Auténtica manifiesta:

⁴⁴ BARTOLI, *In duodecim libros Codicis commentaria*, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, p. 486: C. 5, 24: “*Divortio facto... Licet. Apud quem liberi alantur facto divortio, in arbitrio iudicis est.*

Authentica. Si pater. Ista authentica statuit novum modum, apud quem liberi debeant educari. Et vide eam quia clara est”.

Lo mismo literal sin añadir nada en BARTOLI A SAXOFERRATO, *Commentaria*, t. VII. *In primam Codicis partem*, Venetiis apud Iuntas, 1615, fol. 168v.

⁴⁵ BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentaria. Eiusdem tractatus XXXIX*, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, p. 230: *Super Authenticas, collat. VIII, tit. XIII, ut*

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 alimentaría a los hijos, en cualquier caso, durante los tres primeros años.

BARTOLO⁴⁶ 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*. Bártolo se pregunta qué quiere decir el texto cuando

liceat matri et aviae: "1. Uxore divortente culpa sua, filii apud virum aluntur expensis matris, si est dives.

2. Mater quando teneatur alere filium usque ad triennium.

Illud quoque. Divortio celebrato, liberi ad parentum haereditatem nihilominus vocantur, et alendi sunt apud parentem, qui divortii causam non praestitit, expensis alterius parenti committentis causam divortii, nisi alius inops sit, tunc apud divitem alendi sunt, his pariter obtinentibus in parentibus et liberis, hoc dicit. Quaero dicitur in versiculo, si vero per causam, quod quando mater dedit causam divortio, filii alentur apud patrem, quaero cuius expensis? Dicit glosa, super verbo alantur, quod addidit matris locupletis expensis. Et ita posuit in tex. Auth. Si pater posita super l. una C. de divortio facto apud quem etc. Et istam opinionem tenet ibi glosa 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? Respondeo, ita demum si ipsa habeat de lacte, et si ipsam lactare deceat. Et ita notat Azo in Summa C. de patria potestate.

⁴⁶ BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentaria. Eiusdem tractatus XXXIX*, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, p. 230: *Super Authenticas, collat. VIII, tit. XIII, ut liceat matri et avia.*

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 matris 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.

BÁRTOLO, 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 UBALDIS⁴⁷ en relación con la 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 PERUSIO⁴⁸ comienza su comentario con el principio general que ya anunciaba Justiniano en la novela 117,7 según el

⁴⁷ BALDI UBALDI, perusini, *In IIII et V Codicis librum commentaria, Alexandri Imolensis, Andreae Bartatae, Celsi, Philippique Decii adnotationibus illustrata, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 198v.*

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 PEREZ⁵¹, 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

⁵¹ PEREZ,A: *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp.*, t. I, Coloniae Allobrogum 1740, p. 393: C. Iust. 5, 24: 1. *Haec quaestio iudicis arbitrio commissa. 2. Hodie Justiniani distinctione decisa. 3. Mores hodierni filiae educationem matri, etiam illegitimae, committunt. 4. Si mater sit haeredica, vel infidelis, apud fidelem patrem alendi erunt liberi. 5. Quando communi sumptu alendi sint liberi.*

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

Prima est, divortio facto, an apud matrem liberi morari ac nutriri debeant? Et respondent Imperatores id arbitrio iudicis committi, nec probant ut per sexum liberorum divisio fiat inter parentes, ley unica hoc titulo. Sed Justinianus novissime ita disposuit, ut, si patris culpa divortium extiterit, et mater ad secundas nuptias non transierit, liberi apud eam alantur impensis patris. Sin vero culpa matris solutum sit matrimonium, et pater non sit inops. Apud patrem nutriantur, impensis matris locupletis: Authentica si pater d. t. quae sumpta est ex Novela 117 c. 7.

3. Mores multarum gentium educationem filiae, matri etiam illegitimae committunt; quia maternus amor caeteros omnes affectus vincit, qui non minor est in filios naturales, quam in legitimos. Sola namque civilis ratio naturales liberos a legitimis distinguit, ut inquit Justinianus in Novela 89. Hinc senatus parisiensis filii educationem matri etiam illegitimae, si nihil aliud obstaret, adiudicavit... Si nihil aliud obstaret, nam quid si mater esset haeretica vel infidelis? Certe apud fidelem patrem liberos educandos esse vult fidei favor... nisi filii in ea adhuc sint aetate, quam materno solatio magis indigeant, ut ei potius debeant assignari: quam si contingat esse inopem, ab altero sumptus erunt suppeditandi.

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 BELDEREN⁵² indica que la determinación de los efectos que se refieren a los hijos tras la disolución del matrimonio por divorcio,

Quid si separatio fiat ex eo, quod matrimonium, bona fide initum, sit irritum? Sunt qui existimant, liberos communibus utriusque parentis expensis esse alendos, quia non fert ratio, ut magis patri, quam matri hoc alendi onus imponatur: Sanchez De matrimonio, libro 10, disp. 20 et numero 11. Addit quod si alter parens fuerit in mala fide constitutus, altero existente in bona, liberi alendi sint ab eo, qui mala fide fuit, nisi pauper sit, alter vero locuples.

⁵² CORVINI A BELDEREN, A: *Iurisprudentiae romanae summarium, seu Codicis Iustiniani methodica enarratio*, Amstelodami 1655, p. 306: *Divortio facto. Vamos a tratar de los efectos que se refieren a los hijos: Qui divortio facto, an apud patrem, an matrem morari et educari debeant, Iudicis committitur arbitrio.*

Iure novissimo, si patris culpa divortium factum, apud matrem, quae ad secunda vota non transiit, impensis patris ali debent; apud patrem, impensis matris si ejus culpa matrimonium solutum; modo pater non sit inops; alioqui apud matrem locupletem nutriri debent. Authentica sed pater hic ex Novell. 117 cap. 7.

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.

BRUNNEMANNI⁵⁴ reconoce que es el arbitrio judicial el que determina con quien han de vivir los hijos y quien debe alimentarlos, una vez producido

non patriae potestatis est, et quidem vulgo quaesitos sola, reliquos si pater non possit; etiam liberos trimo majores, siquidem ante triennium per se lacte materno ali soleant. Consequenter et avus maternus ac avia tenentur Nov. 117 c. 7. Scilicet si liberi de suis bonis ali nequeant.

⁵⁴ BRUNNEMANNI, *Commentarius in Codicem justinianum, opus theoritico-practicum, t. I, Lugduni apud Jo. Thenet, 1715, p. 480: Divortio facto, si utriusque sexus liberi adsunt, a quonam conjugum educentur, judex arbitretur? Novella 117 c. 7 hoc in casu distinguit. Ratio dubitandi circa matrem. Enkelius Baro notatur. 1. Quando divortium factum, et liberi adsunt utriusque sexus, tunc per l. hanc non est necesse, ut masculi apud patrem, foemellae apud matrem educentur, sed in arbitrio id est judicis, a quod educari debeant, sed Novella 117 cap. 17 distinguit, utrum pater an mater causam dederit divortio, verbi gratia, saevitia aut veneficio, ut semper apud conjugem innocentem secundas nuptias non contrahentem, sumptibus alterius nocentis, si locuples est nutriantur. Sed in matre haec est ratio dubitandi, quia onus alendi liberos patri incumbit. Respondet Imperator, sicut aequum est, matrem inopem ali a liberis locupletibus, l. 5 & 2 et 4 ff. De agnoscendis liberis. Ita quoque aequum est, liberos vel nepotes inopes ali a matre locuplete, vel avia, ne petendo dotem in lucro versetur, et pater dote carens onera matrimonii ferre cogatur. Sanchez de matrimonio libro 10 D. 20, num.*

Comparto la opinión de BENITO GUTIERREZ⁶⁰ 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 GUTIERREZ⁶¹ 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 había previsto que el padre pudiera ser pobre y la madre rica- en cuyo caso dice-*apud eam pamperos filios manere et ab ea nutriri-*. La 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 reves? Porque la Autentica solo dice

⁶⁰ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid,1802, p.340.

⁶¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T.I, Madrid,1802, p.340-341.

El artículo 84.2 establece. *“En todo caso, si los padres divorciados por alguna de las causas señaladas en los números 1 y 2 del 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 mismos⁶⁴.

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.

⁶⁴ GARCÍA 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 él 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.

- 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 GOYENA⁶⁵, 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 GARCIA GOYENA⁶⁶ la pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones.

⁶⁵ GARCÍA 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 extiende la lactancia a cuatro años.

⁶⁶ GARCÍA GOYENA, F.: *Comentarios al Código Civil*. Ob. cit. P.98.

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 1889 ⁷¹ 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:

1ª Separar los cónyuges en todo caso.

2ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.

4ª Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

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

⁷² Su precedente con una redacción literal se encuentra en el artículo 55 Anteproyecto de Código civil 1882-1882 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 si 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 3º se refiera a *según proceda*, frente a la expresión contenida en el artículo 81 del proyecto de garcía Goyena 1851: *obseroándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84. y 4*

5ª. *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.2º 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 hijos”.*

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

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 98 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 1869.

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 compartida⁸⁰, pretendiendo

⁸⁰ Respecto a las críticas terminológicas sobre los términos utilizados de “Ejercicio compartido de la Guarda y custodia”, “Guarda conjunta, Guarda y custodia compartida”, vid. PALAY EVALLESPINÓS, M: Medidas en relación a los hijos y regulación de la Guarda y Custodia Compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio,

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.

A) PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO.

VIÑAS MAESTRE, D: La custodia compartida. Revista Sepinnet. Persona y familia. Mayo 2008,nº 77,p.16. 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, 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 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.

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 Judicial.⁸²

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 conozcan problemas, discusiones, disgustos o traumas.

⁸² 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, contempla como motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia 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, sn 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.

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 inhabilitar a cualquier progenitor para obtener la guarda y custodia compartida⁸⁴.

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

⁸⁴ SAP 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 suponer 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 suspendida a instancias de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo»*

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 amplíe 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, aún 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 custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”⁸⁵.

⁸⁵ Vid. VIÑAS MAESTRE, D: La custodia compartida. SP/Doct/3601. *Revista jurídica Sepin*, Mayo 2008.nº 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

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 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).⁸⁸

⁸⁸ En este sentido interesa destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de 12 de enero de 2007⁸⁸, 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 imposibilita que los padres prosigan el proceso para compartir la custodia de su hija.

Los motivos que cita el art. 92.7, en mi opinión son motivos que directamente determinarían que no se le atribuyera 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 afortunado 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.

