

Evolución histórico-jurídica de la patria potestas romana hasta la concepción actual de guarda y custodia de los hijos en el código civil español

The historical and legal evolution of the Roman concept of patria potestas till the current conception of guardianship and custody of children in the Spanish civil code

Antonio SILVA SÁNCHEZ*

RESUMEN: En Roma el concepto de familia no fue uniforme ni constante como tampoco lo fue el poder que el cabeza de familia (patria potestas) tuvo sobre los hijos y que incluso en los últimos siglos del imperio fue perdiendo fuerza y transformándose. Ello dará lugar también a que, disuelto el matrimonio por divorcio, se vaya configurando un deber de prestación de alimentos en los que jugaría un pale importante el principio culpabilístico del divorcio y como tampoco sería constante la concesión de la guarda y custodia sobre los hijos, normalmente concedida a la madre. Esta tradición jurídica romana trasciende a su época e incluso sigue perviviendo con alguna variante y alguna excepción (como en la ley de Divorcio de 1932, apro-

* Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura (España). Premio Extraordinario de Doctorado, Máster en Mediación y Experto en Derecho de Familia, miembro del Grupo de Investigación catalogado “Estudios del Derecho de España, Portugal y América Latina”. Ha desempeñado diversos cargos universitarios como Vicedecano de la Facultad de Derecho, Director del Departamento de Derecho Privado y Adjunto a Secretario General del Rector de la Uex, entre otros. ORCID: 0000-0003-2794-9016. Contacto: <asilva@unex.es>. Fecha de recepción: 22/11/2024. Fecha de aprobación: 21/06/2025.

bada bajo el gobierno republicano) en el derecho civil español, donde la ley 15/2005 de 8 de julio supone un tímido y genérico avance en el cumplimiento del objetivo de alcanzar la custodia compartida de forma generalizada entre los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Familia; patria potestas; hijos; alimentos; custodia.

ABSTRACT: In Rome, the concept of family was not uniform or constant, nor was the power (*patria potestas*) that the head of the family had over the children, and even in the last centuries of the empire it was losing strength and transforming. This will also give rise to the fact that, once the marriage is dissolved by divorce, a duty to provide maintenance will be created in which the guilt principle of divorce would play an important role and the granting of custody of the children would not be constant either, normally given to the mother. This Roman legal tradition transcends its time and even continues to survive with some variation and some exceptions (as in the Divorce Law of 1932, approved under the Republican government) in Spanish civil law, where Law 15/2005 of July 8th, supposes a timid and generic advance in fulfilling the objective of achieving widespread shared custody between parents.

KEYWORDS: Family; *patria potestas*; children; maintenance; custody..

I. INTRODUCCIÓN

Desde siempre, la familia ha sido una institución universal, si bien, cada pueblo ha reunido unas peculiaridades determinadas y diferenciadas con otros¹. Así, por ejemplo, en la Roma más antigua habrá de tenerse en cuenta el papel de la *gens* en tanto agrupación determinante en el modelo de familia, a la que pertenece el individuo y por el cual dicha *gens* se interesa, de ahí que el *gentil* tuviera derecho a la protección y sostén de la *gens*². La obligación de los parientes de protegerse mutuamente es uno de los corolarios del principio de familia romana³. Esa agrupación familiar o de familias que suponía la *gens* y de cuyo origen se han vertido diferentes hipótesis, se irá debilitando progresivamente hallándose escasos vestigios de la misma en la era republicana.

La familia romana, pues, ya desde sus orígenes, presentará un modelo muy distinto al moderno⁴ y aparece utilizado en las fuentes con diferentes acepciones.

¹ LÓPEZ, Rafael, “Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua”, en Libro *Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Huelva, Universidad de Huelva, 1998, pp. 411-432; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Pamplona, Iustel, 2018, p. 181.

² Sobre ello, BONFANTE, Pietro, “La gens e la familia”, en *Scritti*, núm. 1, 1916.

³ Así cuando faltaba el tutor, la *gens* confiaba la tutela a uno de los suyos no sólo nombrando un tutor, sino pudiendo obligarlo a cederlo a otro o, por ejemplo, la insolvencia de un miembro de la *gens* obligaba a ésta a socorrerle. IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, trad. de F. Vela, Paracuellos del Jarama, ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, pp. 77-78.

⁴ Ya que hoy, junto al modelo de familia nuclear de fundación matrimonial, encontramos las llamadas “familias de hecho” o no están casados entre sí, fundándose esta familia exclusivamente en la consanguinidad y la convivencia, o las llamadas “familias monoparentales”, en las que un solo progenitor convive con los hijos o, también, las “familias reconstruidas, ensambladas

Más específicamente se expresa de forma textual: “(...) *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectate (...). Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet*⁵”.

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 y se encuentren bajo la *potestas* del cabeza de familia –*pater*–: la madre de familia,

o reconstituidas”, que surgen como fruto de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, editorial Edisofer, Madrid, 2016, pp. 21 y ss. En otros ámbitos sí existe una considerable similitud y recepción jurídica romana como, por ejemplo, en materia de obligaciones, donde hoy se siguen en lo fundamental las pautas marcadas por el Derecho romano. ARIAS, José y ARIAS, Juan Antonio, *Derecho Romano*, 18ª ed., Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 725; SILVA, Antonio y ACEDO, Ángel, *La persona y la propiedad en el derecho romano. Análisis a través de sus etapas históricas y su influencia en el derecho civil vigente*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 69. Ver también, en este sentido, MIQUEL, Joan, *Derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 2016; PANERO, Ricardo, *Derecho romano*, 5ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015; COSTA, Emilio, *Storia del diritto privato romano*, vol. I, Torino, 1925; DAZA, Manuel Jesús-Rodríguez, Luis, *Instituciones de derecho privado romano*, 3ª ed., Paracuellos del Jarama, Civitas, 2001; GARCÍA-GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano*, Madrid, Ediasa, 2015.

⁵ D. 50.16.195.1-2 y ss.

el hijo, la hija de familia y los sucesivos como nietos, nietas, y los otros descendientes, adoptados, y adrogados⁶.

Pero, como también se ha deslizado en el párrafo anterior, la expresión “familia” tendrá en el Derecho romano diversas acepciones, siendo las esenciales⁷:

a) la ya referida familia agnaticia en su concepción *proprio iure dicta*, entendida como conjunto de personas libres bajo el poder de un *paterfamilias*⁸, tendrá vigencia desde la *Ley de las XII Tablas*, existiendo con atenuaciones hasta Justiniano y que, con variaciones importantes, diferenciará entre familia agnaticia y cognaticia. El modelo de familia agnaticia, determina el grupo de personas que viven sometidas al poder doméstico de un mismo jefe (*pater*), cuya relación de dependencia se llama *agnatio* y, por

⁶ LÓPEZ-RENDO, María del Carmen, “Efectos personales del divorcio de Roma a la actualidad respecto de los hijos”, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* III, Belem-Pará, 2011, pp. 1103-1150.

⁷ VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de J. Daza, Madrid, Civitas, 1991, pp. 100-102.

⁸ Con anterioridad a la *Ley de las XII Tablas*, se hablaba también del modelo de familia denominado familia *communi iure dicta*, que sería el más antiguo en Roma, y entendido como un amplio y dispar conjunto de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un *paterfamilias* común, si éste estuviera con vida. ORTEGA, Antonio, *Derecho privado romano*, Málaga, ediciones del Genal, 2010, p. 35.; RASCÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, pp. 158-159. La relación que les une se llama *agnatio* y tiene importancia jurídica sobre todo desde el punto de vista sucesorio, ya que constituye la segunda clase de herederos en la sucesión *mortis causa ab intestato* FERNÁNDEZ, Alejandrino y PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho privado romano*, 11ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 132; SANZ, Laura, *La tutela en el derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 9 y *Estudio comparado de la tutela en Roma y el derecho civil español: La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998.

ello, se entenderá por familia agnaticia al grupo de personas sometidas al *pater*⁹.

La segunda, es decir, la familia cognaticia, viene condicionada por el lazo o vínculo biológico que constituye el parentesco de sangre determinado por la procreación y –que fundamentará el núcleo familiar– denominándose en la sociedad romana, *cognatio* o *cognatio naturalis*¹⁰; en la que, pese a perder fuerza la *potestas paternal* característica de la primera, su referencia principal la seguirá constituyendo el *pater* e incluso producirá determinadas consecuencias jurídicas –siendo, por ejemplo, un motivo de impedimento matrimonial– pero manteniéndose relegada a un segundo plano, en un primer momento. La actividad del pretor y de los legisladores ante los cambios en diferentes aspectos como los sociales, económicos e ideológicos, van abriendo brechas y dando paso a la concepción familiar basada en la consanguinidad¹¹, aunque habrá que esperar hasta Justiniano (VI d. C.) para que desplace totalmente el modelo agnaticio.

b) Por otra parte, el concepto de familia agnaticia pero en su concepción más antigua incluso anterior a la Ley de las XII Tablas, abarcaría ya no exclusivamente personas libres (unidas por vínculo de parentesco o cualquier otro como podría ser la *proprio iure*

⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *op. cit.*, p. 181; PETIT, Eugene, *Derecho Romano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2015, pp. 97-98.

¹⁰ PIETRO DI, Alfredo y LAPIEZA, Ángel Enrique, *Manual de derecho romano*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2010, pp. 347-354.

¹¹ El Código civil español regula las relaciones familiares de parentesco en los artículos 915 a 923, que están presididas por los vínculos de sangre cuya importancia es decisiva. Según el art. 916: “*La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común*”.

*dicta*¹²) sino al conjunto de cosas sujetas al poder de un *paterfamilias* y que forman una masa patrimonial o hereditaria (incluidos los esclavos sometidos al dominio de un *paterfamilias*)¹³.

II. CONCEPTO Y FACULTADES DE LA PATRIA POTESTAS

A) CONCEPTO

Se ha hecho referencia al modelo de familia agnaticia como el dominante y por el cual se diferencia entre un cabeza de familia (*pater*) y los sometidos a él indicándose cuáles sujetos están o no sometidos al poder (*patria potestas*) del *pater*.

Se entiende, pues, por *patria potestas*, el poder del *pater* romano sobre los hijos (*filiifamilias*) y otras personas sometidas a su autoridad que habían de cumplir para él unos deberes u obligaciones, correspondidas por el deber de asistencia o protección del *pater* también hacia ellos. Poder singularmente romano pues de las fuentes romanas parece deducirse que, salvo excepciones, los pueblos de la antigüedad, no conocieron o practicaron tal poder paternal¹⁴.

¹² FERNÁNDEZ, María Eva, “Definición jurídica de la familia en el derecho romano”, en *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 10, 2012, pp. 6 y ss.

¹³ D. 50.16.195.1: “*appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas deducitur*”.

¹⁴ GAYO, *Instit.*, 1.5; 1.55; 1-189. Suárez, Guillermo, “La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm.36, 2014.

B) FACULTADES DE LA PATRIA POTESTAS

Así se denomina al poder o poderes que el *pater* ostentaba frente a aquellos que se encontraban bajo su *patria potestas*¹⁵. Tales poderes eran muy amplios y abarcaban desde el derecho de vida y muerte sobre los *filiifamilias*, hasta el derecho a venderlos (*ius vendendi*) o entregarlos en situación de cuasi-esclavitud (*ius noxae dandi* –derecho de entrega noxal–, lo que significaba darlo *in causa Mancipi*¹⁶); si bien es cierto que, con el paso del tiempo, tales derechos se fueron limitando o incluso suprimiendo ya en época justiniana.

En este contexto de familia, en el que un poder tan amplio sobre todos los miembros lo ostentaba el *paterfamilias*, es perfectamente comprensible que el repudio y el divorcio del matrimonio¹⁷, en un primer momento, no implicase modificación jurídica alguna en cuanto a la relación con los *filiifamilias* que continuarían bajo la potestad del *pater*, quedando en su compañía y siendo alimentados por él mismo, 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 aquellos¹⁸.

¹⁵ DOMINGO, Rafael, *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, Eunsa ediciones, 1987, pp. 85 y ss.

¹⁶ GAYO, *Instit.*, 116118.

¹⁷ SILVA, Antonio, “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano”, en *AFDUE*, núm. 22, 2004, pp. 211-213 y “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”, en *Pensamiento Jurídico*, núm. 42, 2015, p. 192.

¹⁸ CASTRO, Olivia.-CANALES, Ana Edith, “El matrimonio y su disolución: del derecho romano al derecho mexicano”, en *RIDROM*, núm. 24, 2020; pp. 406-453. Ver a este respecto, BIONDI, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffré editores, 1972; BORKOWSKI, Andrew, *Roman Law*, 4ª ed., Bristol, Blackstone Limited Press, 2010.

III. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO ROMANO

Para referirnos a la guarda y custodia hemos de tener en cuenta que ello es un efecto más de la ruptura matrimonial como consecuencia del divorcio. Es cierto que, la posibilidad de divorciarse en Roma fue algo habitual que, únicamente, en ciertos momentos y, básicamente, a partir del siglo II d. C. empieza a regularse permitiendo llevarse a cabo bajo ciertas circunstancias o causas probadas¹⁹. Esta evolución legal tiene su origen durante el siglo I a. C., cuando empieza a percibirse una concepción diferente del valor de los vínculos de parentesco cobrando una paulatina mayor relevancia el modelo cognaticio de familia, ya perceptible en los escritos de Cicerón quien mantiene que tal vínculo familiar debe fundamentarse en el amor de padres a hijos²⁰. Pero será a partir de la época clásica tardía cuando aparezcan las primeras medidas que afectan a lo que nosotros conocemos en la actualidad como guarda y custodia de los hijos de matrimonio de divorciados.

Ello resulta así, porque mientras perdura el modelo de familia basado en la *agnatio* o conformación familiar por el sometimiento de los hijos al poder de un *pater* y, por tanto, no por su relación de consanguinidad, en el caso de ruptura matrimonial por divorcio, los hijos permanecerán bajo la *patria potestas* y guarda y custodia paterna, al tiempo que la mujer abandonaba la casa familiar bien para contraer nuevo matrimonio bien para regresar con sus cognados²¹.

¹⁹ Incluso en época de Rómulo se recogían restricciones para poder divorciarse (Plutarco, *Rom.* 22), si bien es verdad que con el tiempo se flexibilizará mucho la norma llegándose a contemplar y generalizar el *divortium sine causa* (SENECA, *Benef.* 3.16.2-3). GUILLÉN, José, *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos*, Salamanca, ediciones Sígueme, t. I La vida privada, 1977, pp. 150 y 154.

²⁰ SUÁREZ, Guillermo, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

²¹ LÓPEZ, Aurora, *El derecho romano en femenino singular. Historia de mujeres*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 104.

Los hijos permanecerán, pues, bajo la *patria potestas* del *pater* junto con los hijos de éste, nacidos de posteriores uniones matrimoniales.

Por tanto, será a partir del dominio del modelo familiar basado en los lazos biológicos o *cognatio*, cuando la situación de la prestación de alimentos y de determinación de guarda y custodia, comienza a presentar cambios²².

En los divorcios consensuales, el acuerdo entre los padres podía llegar a establecer, incluso, la custodia compartida si bien, en los casos de divorcios contenciosos, se iba a requerir la asistencia del poder público y la situación sería muy diferente²³.

En este sentido, hay un texto muy claro de Ulpiano que establece que el hijo permanezca bajo la potestad de la madre en aquellos casos en que se pruebe que el padre actúa con maldad²⁴. Tanto de este texto como de otros contenidos en el mismo libro y título del Digesto²⁵, se extrae que, aunque la *patria potestas* la continúa ostentando el *paterfamilias*²⁶ y va a ser él quien tenga el derecho a la custodia de los hijos en el caso de disolución del matrimonio, irán apareciendo situaciones excepcionales en las que el pretor establezca que el hijo pueda continuar conviviendo con su madre con independencia del citado poder paternal; debido a

²² ALBURQUERQUE, Juan Miguel, “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 10, 2008, pp. 1-17; ROMERO, Joan (coord.), *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*, Valencia, Tirant Humanidades, 2016.

²³ LÓPEZ, Aurora, *op. cit.*, p. 104.

²⁴ D. 43.30.3.5: “*Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit; idque Decretis Divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*”.

²⁵ D. 43.30.3.6; D. 43.30.4-5.

²⁶ CAPOGROSSI, Luigi, “Patria potestà”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè editores, 1982, XXXII, pp. 242- 243.

razones de edad o sexo del *filius* o el *pater* fuera persona malvada, hasta tanto se dicte sentencia²⁷.

En estos momentos resulta ya normal la atribución de la custodia de los hijos varones al *pater* mientras que se otorgaba a la madre la de las hijas si bien, en todos los casos, el *pater* iba todavía a conservar la patria potestas sobre todos ellos.

Años más tarde, los emperadores Diocleciano y Maximiano (294 d. C.) 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 padres²⁸. En dicha constitución imperial se indica que sea el juez, con absoluta y amplia libertad, quien estime si los hijos deben ser alimentados y bajo el poder de cuál de los progenitores deban quedar (sin diferenciarse ya entre hijos varones o hembras), una vez separado el matrimonio, añadiéndose que si el padre dio motivos para el divorcio (criterio culpabilístico) los hijos fueran mantenidos a expensas del padre pero bajo el poder de la madre, siempre que no contraiga nuevas nupcias y también atendiendo a criterios de solvencia económica bien del padre bien de la madre²⁹.

En el año 542 d. C., Justiniano dicta una constitución que continúa en la línea iniciada con la de Diocleciano y Maximiano del año 294 d. C. Así, en la novela 117 aborda algunos de los problemas que planteaba el divorcio (teniendo en cuenta su hostilidad hacia el mismo).

²⁷ VALLEJO, Gemma, “Los derechos procesales de la mujer en el derecho Romano”, en *El principio de igualdad desde un enfoque multidisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género, Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 24, 2020.

²⁸ C. 5.24.1-2. BONINI, Ricardo, “Criteri per l’affidamento della prole dei divorziati in diritto romano”, en *AG*, 1971, núm. 181, p. 27.

²⁹ Criterio de la culpabilidad que ya se admite en época de Constantino (C.Th., 3.16.1). IGLESIAS-REDONDO, Juan, *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 1993.

Concretamente, en el capítulo 7, Justiniano refiriéndose al divorcio contencioso o unilateral, trata de proteger a los hijos concediéndoles derechos hereditarios así como el derecho a ser alimentados a cargo del padre, permaneciendo bajo la guarda de la madre en el caso de que la disolución del matrimonio fuera culpa del padre y siempre que la madre no contrajera nuevo matrimonio³⁰. En caso contrario, los hijos quedarán bajo el poder del padre siendo la prestación de alimentos su responsabilidad, salvo que la madre fuera persona rica³¹.

Si el divorcio fuera culpa de ambos, se concede a los hijos, para su sustento, un patrimonio que será administrado, en el caso de ser menores de edad, por un administrador judicial.

³⁰ Curioso resulta lo establecido en el *senadoconsulto Planciano* que regulará al detalle las formalidades para exigir en el caso de la mujer divorciada y embarazada, una pensión alimentaria. D. 25.1.pr-4; D. 25.4.1, entre otros. En cuanto a los hijos extramatrimoniales, serán los parientes por línea materna los encargados de mantenerlos, a diferencia de ellos habidos en el seno de relaciones como el concubinato (equiparable a las relaciones de parejas de hecho actuales) en que ya en época justiniana, se podía reclamar la prestación de alimentos del padre. LÓPEZ, Aurora, *op. cit.*, p. 106 y ALBURQUERQUE, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 12.

³¹ Nov. 117.7: *”Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutrantur expensas patre praebente. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium, tunc apud patrem et maneant filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse, matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutriri iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita iustum decernimus et a matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis indigentibus definivimus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus”.*

Como puede apreciarse, se mantiene el criterio culpabilístico para que se conceda la guarda a uno u otro progenitor³², correspondiendo al padre, en líneas generales, la prestación de alimentos del hijo salvo mayor solvencia económica por parte de la madre³³.

No cabe duda, pues, de que la novela 117, viene a reforzar los criterios ya observados en la constitución de Diocleciano y Maximiano referida, y encuentra su fundamento en la desaparición de la concepción antigua de *patria potestas* vinculada al concepto de familia *agnatitia*, que viene a ser reinterpretada y sustituida por completo, tras la consolidación del nuevo modelo de familia basada en la consanguinidad (*cognatitia*).

Interesante, finalmente, resulta también el capítulo 10 (en relación con el 12) de la Novela 117 ya que, a pesar de la prohibición de Justiniano del *divortium communi consensu*, éste admite una excepción por razón de castidad³⁴ que puede alegarse por cualquiera de los cónyuges pero que si se contraviniera (por contraer segundas nupcias o vivir lujuriosamente), el que la alegó deberá entregar la propiedad de casi todos sus bienes (junto a los recibi-

³² Siempre que la madre no hubiera contraído segundas nupcias -*mater ad secundas non venit nuptias*-, tal y como también se recogía en C. 5.24.1-2. Entre las diversas causas que podrían alegarse para justificar en divorcio, se encuentran: el adulterio cometido por parte de cualquiera o a instancia de los cónyuges, atentar contra la vida del otro progenitor, la mujer que no regresa a casa del marido (salvo estuviera en casa de sus padres) o contraviniera el deseo de su marido de no comer con hombres extraños o se bañara con ellos (Nov. 117.8-9). Causas desarrolladas y matizadas en Nov. 117.12-15.

³³ Concretamente, en D. 24.3.22.8, Ulpiano, además, reconoce el deber del marido de prestar alimentos a la mujer: "(...) *quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta preestare, et medicinae eius succurrere* (...)".

³⁴ Voluntad de dedicarse a la vida monacal o religiosa. El propio Justiniano eliminará cualquier excepción, declarando la prohibición total del matrimonio consensual en la Nov. 134.11.

dos en concepto de donaciones y los bienes dotales) al otro cónyuge, permaneciendo los hijos menores de edad bajo la guarda y custodia del progenitor que no ha contravenido la ley y a los que deberá prestar alimentos.

IV. LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS DIVERSAS INTERPRETACIONES POSTJUSTINIANEAS HASTA EL SIGLO XVII

En la Edad media, se va a considerar matrimonio a la unión conyugal de dos personas de diferente sexo que crean una comunidad de vida. Dada la casi exclusiva legislación eclesiástica sobre dicha materia y el auge de la moral cristiana, se va a considerar, al menos en los países católicos, al matrimonio como un sacramento y, por ello, indisoluble.

Superada, pues, la etapa romana y ya en época del *ius commune*, el cristianismo constituye la religión de Estado que ya había comenzado con Constantino y Teodosio, en donde la Iglesia asumió el derecho y la jurisprudencia en el ámbito matrimonial no siendo, por tanto, los tribunales ordinarios, sino los eclesiásticos, los que conocerán de esta materia que no admitirá el divorcio, a diferencia de los tribunales protestantes, sino la separación de los cónyuges y siempre por causas muy limitadas y concretas. Es decir, en Roma se fue configurando una nueva forma de entender la disolución matrimonial por razones subjetivas, a través de una regulación específica que se basaba en una serie de causas que debían alegarse y probarse por cualquiera de los cónyuges³⁵

³⁵ Tal régimen establecía el *divortium communi consensu*, *divortium sine causa*, *divortiu ex iusta causa*, *Divortium bona gratia*; regulados en las Nov. 22; Nov. 117; Nov. 127-134. Si bien hemos de recordar que alguno en concreto como el *communi consensu* se abolió por Justiniano –restableciéndose por su sucesor Justino– y otro, el *divortium sine causa* que se impusieron trabas de carácter patrimonial relacionadas, en su mayor parte con temas

no bastando la simple declaración de la falta de *affectio maritalis*. Esta base establecida en Roma será la que trascenderá al propio derecho romano y continuará interpretándose en líneas generales en el Derecho común.

Es, en este momento, cuando se consolida que el matrimonio consumado no puede disolverse, dado el carácter sacramental que ostenta. Sí, por el contrario, el matrimonio no consumado mediante una dispensa del Papa, si bien, superando la prueba de la no consumación, lo cual no era algo precisamente fácil. Únicamente existirán algunas causas –no expresamente establecidas o determinadas– por medio de las cuales se permitirá la separación de hecho de los cónyuges cuyo matrimonio se haya consumado.

Por otro lado, en los países protestantes el matrimonio tendrá una configuración distinta ya que, por un lado, no se le va a considerar como un sacramento sino como un contrato y, por otro, se admitirá la disolución del matrimonio como consecuencia del divorcio³⁶.

En este periodo (siglos XII a XVI), juristas como Accursio³⁷, por ejemplo, entendía que el juez podría atribuirle la guarda a ambos progenitores o incluso a un tercero; siguiendo, el criterio romano de la atribución de los hombres al padre y de las mujeres a la madre.

sucesorios: imposibilidades para heredar, etc; si bien, ya antes, Constantino restringe su efectividad a una declaración formal por sentencia (C. Th. 3.16.1; C. 9.17.7, este último texto relacionado con el caso de la ausencia del marido militar durante más de cuatro años) y Teodosio II y Valentiniano III hacen una enumeración de casos catorce que legitiman el divorcio: C. 5.17.8.

³⁶ En este sentido no es necesario decir que también en estos países se contemplaron supuestos de simple separación de los cónyuges sin llegarse al divorcio.

³⁷ Glosa a C. 5.24-25. VENTURA, Sabino, *Derecho romano*, México, Porrúa, 1980; LÓPEZ-RENDO, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 1114-1115 y 1121 y ss.

Por su parte, tanto Baldo de Ubaldis como Cuyacio o Dionisio Godofredo, siguiendo el criterio culpabilístico, comparten la afirmación de que la madre puede pedir que el padre alimente al hijo y que tiene razón; ya que, 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 ali penes matrem expensis viri–*. Pero, si la disolución del matrimonio se produjo por culpa de la madre, los hijos se mantienen bajo la autoridad de éstas (siguiendo el mismo criterio cuando se trata de hijos menores de 3 años) quienes en todo caso, deberán permanecer con la madre y ser alimentados por ella.

También Baldo de Ubaldis, considera que si el matrimonio no está disuelto sino que está separado y sin culpa de ninguno de ellos, los menores de 3 años permanecer bajo la guarda de la madre *–si filii sint minores triennio aluntur penes matrem–* 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 otro criterio diferente como es el de atribución principal según la edad del menor y el de la riqueza económica del progenitor³⁸.

Como notal final de este primer recorrido histórico-jurídico entre los siglos XII y XVI, cabe decir que, en Castilla, la legislación alfonsina consideraba el matrimonio cm totalmente indisoluble, sólo admitiéndose por causa de ingreso en alguna orden religiosa o adulterio³⁹. Una vez producido, en la Partida 4 Título 9, Ley 3, de Alfonso X el Sabio, establece (en el mismo sentido que los criterios recientemente examinados en párrafos anteriores e inspiradas en la novela 117, capítulo 7 de Justiniano, utilizando criterio

³⁸ LÓPEZ-RENDO, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 1123-1126.

³⁹ Partida 4.10.3. DOUGNAC, Antonio, *Esquema del derecho de familia indano*, Santiago de Chile, Instituto de Historia del Derecho Indiano Juan de Solórzano y Pereyra, 2003, p. 167.

culpabilístico como el determinante de la atribución de la guarda y el de la riqueza como fundamento de la atribución de la carga alimenticia) 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 padre⁴⁰.

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 criarlos⁴¹. Criterio que continuará vigente hasta la Ley de Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870 que lo mantendrá en líneas generales.

A partir del siglo XVIII, la influencia religiosa en el Derecho y, en concreto, en la esfera matrimonial, irá desapareciendo y así, en Francia y Prusia las causas matrimoniales serán, en su inmensa mayoría, decididas por los tribunales del Rey, admitiéndose el divorcio salvo para el caso de los católicos y contemplándose, incluso, el divorcio consensual en caso de no haber hijos⁴².

Como vemos, estamos en un periodo llamado siglo de las luces, donde el matrimonio ahora ya de naturaleza contractual civil,

⁴⁰ Dicha Partida 4, está formada por 27 títulos y 256 leyes y está destinada al derecho de familia, al matrimonio y a los vínculos permanentes entre los individuos.

⁴¹ Partida 4.9.3: “*Nodrecer, e criar deuen las madres a sus hijos 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 razon derecha, aquel por cuya culpa se partio, es tenuto de dar de lo suyo, de que crien los hijos, 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, estonce non los deue auer en guarda: nin es tenuto el padre, de dar a ella ninguna cosa por esa razon; ante deue el recibir los hijos en guarda, e criarlos, si ouiere riqueza con que lo pueda fazer*”.

⁴² ABGB parágrafos 115 y ss.

se define con una finalidad de ayuda mutua en la crianza de los hijos entre la mujer y el marido, que sigue siendo el cabeza de familia y es quien debe proporcionar un mantenimiento adecuado a su esposa y también a sus hijos, así como su educación y, subsidiariamente, estas últimas obligaciones podrían recaer sobre la madre y sus ascendientes⁴³.

Esta evolución y flexibilización del derecho matrimonial (definición, fines y efectos personales) tienen, indudablemente, al derecho romano como punto de partida, que trataba de la guarda y alimentación de los hijos, una vez que se había producido el divorcio de los padres⁴⁴ y que había sido, como se ha visto, ampliamente analizada e interpretada por los glosadores, postglosadores y humanistas.

V. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

A) INTRODUCCIÓN

Se ha ido viendo cómo desde los primeros siglos de la antigua Roma, la patria potestad fue evolucionando de forma paulatina con origen en un poder personal y patrimonial que de forma casi exclusiva recaía en manos del cabeza de familia hasta configu-

⁴³ Al igual que en los territorios protestantes, tales tribunales competentes en estas materias, estaban integrados por teólogos y juristas; si bien, para los protestantes, el matrimonio era un contrato civil dado que, además, el soberano de ese territorio era tanto representante civil como poder eclesiástico. COING, Helmut, *Derecho Privado Europeo*, trad. A. Pérez, tomo I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 288-290, 303-304 y 317-318.

⁴⁴ C. 5.24.123; C. 5.25; D. 25.3.5. Distinguiéndose, además, entre hijos legítimos e ilegítimos. La obligación de prestar alimentos a estos últimos será siempre de la madre o sus parientes. D. 25.3.5.4; D. 27.2.4.

rarse, ya a partir del siglo XIX y más modernamente, como un conjunto de derechos y deberes que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones que, ahora ya, recaen sobre ambos progenitores⁴⁵, deben estar presididas por el respeto a la personalidad y bienestar de sus hijos de estos⁴⁶. Sólo los progenitores, pues, pueden ser titulares de la misma y sus facultades son intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social.

La titularidad, hoy, por tanto, de la patria potestad de los hijos no emancipados corresponde conjuntamente a los progenitores y ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor, a diferencia de otros momentos y, en concreto, hasta la Ley de 1981, ya que en la redacción que el Código civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que el Código se puso en vigor. La potestad correspondía al padre y sólo de una manera subsidiaria pasaba a la madre. La reforma de 1981 introdujo notables modificaciones en el régimen anterior. Ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre⁴⁷.

⁴⁵ Lo que no siempre fue así no sólo en la legislación española, sino que, acudiendo al derecho comparado, en otras legislaciones como la colombiana, hasta la ley 28 de 12 de noviembre de 1932 donde se otorga a la mujer un cierto avance en su autonomía en el ejercicio de sus derechos personales y patrimoniales y con respecto a los hijos, que se consolida a través del decreto 2820 de 1974 que elimina el concepto de potestad marital. TORRADO, Héctor Antonio, "Algunas reflexiones sobre la formación y evolución del derecho de familia en Colombia", en *Homenaje a Arturo Valencia Zea*, t. II, pp. 121-122.

⁴⁶ En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos de acuerdo con los artículos 154 a 171 del código civil español.

⁴⁷ Díez-PICAZO, Luis-GULLÓN, Antonio, *El sistema de derecho civil*, vol. IV, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2017-2018, p. 256.

Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad, entendida como aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participen activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos.

A pesar de partir de este marco inicial de la corresponsabilidad parental, a finales del siglo XIX, sin embargo, se empieza a dar preferencia en la custodia de los hijos de menor edad a la madre, al considerar que el *instinto maternal* que surge en la mujer por proteger, cuidar, alimentar y sacrificarse por su hijo después de dar a luz, la hace más adecuada que al hombre para llevar a cabo las funciones de la crianza de los hijos. Algo que se vio apoyado por las orientaciones psicoanalíticas de la época.

En España, la percepción de la idoneidad de la madre como cuidadora principal predominó durante mucho tiempo, siendo muy difícil para el padre obtener la custodia de los hijos. Sólo en algunos casos y demostrando la incapacidad de la madre a través de un peritaje psicológico el padre podía conseguir la custodia, ya que nuestro Código Civil de 1889 la atribuía a la madre.

Por tanto, la Ley de Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870 y el Código Civil de 1889, en un primer momento no contemplaban de forma clara el principio del interés superior del menor a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia⁴⁸ tras la separación

⁴⁸ Art. 88 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870: *“Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de 3 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. 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 núm. 2.º del art. 73. Los hijos é hijas menores de 3 años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, á no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa*

que, además, se seguía basando en el tradicional principio de culpabilidades, quedando el menor bajo la custodia del cónyuge no culpable, y si los ambos eran culpables, se designaba un tutor o curador para su cuidado, a no ser que el hijo fuera menor de 3 años, en cuyo caso quedaba bajo la custodia de la madre. Por el contrario, si ambos eran inocentes, los varones mayores de 3 años se quedaban con el padre, y las niñas con la madre.

En 1932, durante la Segunda República y, de forma excepcional a la tradición jurídica española, se promulgó la primera Ley del Divorcio que ya no precisaba un principio de culpabilidad para el divorcio, sino un mutuo acuerdo, estableciendo una separación de hecho por más de 3 años en domicilios separados. Sin embargo, para determinar la custodia de los hijos, sí se basaba como la ley precedente además del criterio materno, en el principio de culpabilidad, quedando en este caso los menores de 5 años al cuidado de la madre. Además, daba la posibilidad a ambos progenitores a que, de mutuo acuerdo, decidieran la custodia de los hijos⁴⁹.

la sentencia”; y art. 70 del Código civil de 1889: “(...) Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad o 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 3 años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta, se nombrará tutor a los hijos. 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 a los hijos”.

⁴⁹ En su art. 17 establece que los hijos menores quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos cónyuges o ninguno fueran culpables la sentencia decidía en poder de cuál de debían quedar o en su caso se les proveería de tutor. Pero, la madre mantendría a su cuidado en todo caso, salvo que la sentencia disponga otra cosa, a los menores de 5 años: “A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos

Con el régimen franquista se anula el divorcio por considerarse el matrimonio único e indisoluble, no siendo hasta el 25 de Abril de 1970 la siguiente modificación del Código Civil que vuelve a hacer referencia a la nulidad matrimonial y reaparece, entre otros, el principio de la culpabilidad como criterio de asignación de la custodia, quedando los menores de 7 años bajo la custodia de la madre.

Por tanto, en la redacción que el Código civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que el Código se puso en vigor.

La posterior Ley 30/1981, 7 de julio, modificará la regulación del matrimonio en el Código Civil reintroduciendo la disolución matrimonial por divorcio y determinará el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, permitiendo la disolución del vínculo matrimonial reapareciendo el sistema culpabilístico. Es decir, el cónyuge que demandaba debía aportar un principio de prueba que permitiera al órgano judicial redactar una sentencia con base en dicho motivo.

El sistema social de distribución de las tareas domésticas se basaba en un modelo patriarcal de forma que la madre era quien debía permanecer al cuidado de los hijos y en caso de cese de la convivencia, la situación debía seguir siendo la misma. De este modo, se asumía que la guarda y custodia pasaba a manos de la madre y al padre tan sólo le correspondía un régimen de visitas.

Y así continuará siendo hasta la aprobación de la Ley 15/2005 de 8 de julio 2005, que modifica el código civil y se introduce en

fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”.

los textos legales la posibilidad de que ambos progenitores compartan la guarda y custodia de los hijos menores⁵⁰.

B) EL CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El código civil español, en el artículo 92.1 expone que: “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Y en los puntos siguientes indica que el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos pudiendo incluso privar a alguno de los progenitores el ejercicio total o parcial de la patria potestad.

De acuerdo con el artículo 90 del código civil español, a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, ha de acompañarse un convenio regulador que contendrá, al menos, “el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos cónyuges, 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 (...) y la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso”.

Es, por tanto, en este convenio regulador, donde se establecerá cuál de los cónyuges ostentará la guarda y custodia de los hijos sobre los que, normalmente, ambos dispondrán de la patria potestad⁵¹.

También será en tal convenio regulador en el que se incluyan los gastos o cargas del matrimonio y alimentos, que el artículo 142 de código civil define como “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (...)”.

⁵⁰ ZAFRA, Rocío, *Especial consideración a la guarda y custodia compartida o alterna*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 153-205.

⁵¹ Excepcionalmente, cabe acordar que la guarda y custodia puedan recaer sobre terceras personas (abuelos u otros parientes) o incluso una institución.

El convenio regulador, pues, será el medio que establecerá y guiará la guarda y custodia de los hijos una vez aprobado por el juez o el notario “salvo que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges⁵²”.

A falta de convenio regulador, el artículo 103 del Código civil establece que: “será el juez quien deberá determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas (...) así como la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo y el modo en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (...)”.

C) LA IMPORTANCIA DE LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El modelo de guarda y custodia compartida se introdujo en la legislación civil española tras la aprobación de la Ley 15/2005 de 8 de julio que reformó y modificó la redacción del artículo 92 del código civil español⁵³ fundamentándose en el deseo el legislador de otorgar una protección adecuada del interés del menor.

Cabe definir la guarda y custodia compartida como:

(...) la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los

⁵² Artículo 90 del código civil.

⁵³ Presentando una inconstitucionalidad parcial (tal como declara el Tribunal Constitucional en sentencia 185/2012 de 17 de octubre).

hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro⁵⁴.

Por tanto, a partir de la ley 15/2005, el derecho civil español, contempla la posibilidad de que la guarda y custodia pueda recaer sobre ambos cónyuges, recogiendo el artículo 92.5 del Código civil que dispone que: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos 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”.

Su regulación se contiene con detalle en el artículo 92 del código civil apartados 5 a 10, destacando los siguientes aspectos: a) puede solicitarse por ambos cónyuges (bien a través del convenio regulador bien en el transcurso del proceso), b) por cualquiera de los cónyuges, c) por el propio juez sí así lo considera e incluso en ausencia de petición de los cónyuges (art. 92.8)⁵⁵ y d) caben

⁵⁴ Sentencia de 12 de enero de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12º). JORDANA, Sofía, *Custodia de los hijos y su evolución legal*, consultado en: <<https://www.menteforense.com/custodia-los-hijos-evolucion/>> (15/11/2023).

⁵⁵ Si bien, en la práctica jurisprudencial se viene exigiendo la necesidad de que, al menos uno de ellos cónyuges, solicite de manera expresa la custodia compartida (STS de 15 de junio de 2016 entre otras). ACEDO, Ángel, “La custodia compartida de los hijos menores tras la separación y el divorcio: implantación, avatares legislativos y evolución jurisprudencial de los aspectos fundamentales del régimen vigente en España”, en *Revista de Dreptul Familiei*, núm. 1, 2022, p. 37. Igualmente cabe hacer referencia a los nuevos criterios jurisprudenciales que continúan perfilando los diversos rasgos de la custodia compartida. ACEDO, Ángel, *Compendio de Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 75.-76.

excepciones⁵⁶ al ejercicio de la custodia compartida contempladas y recogidas en el artículo 92.7.

Esta figura de aplicación excepcional, debe considerarse, sin embargo y, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo, la más normal⁵⁷, “porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible”, añadiéndose que dicho régimen no solo ha de ser normal sino “incluso deseable⁵⁸” si bien podrá no adoptarse cuando las circunstancias así lo

⁵⁶ Art. 92.7: “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. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.

⁵⁷ STS de 29 de abril de 2013. No resulta algo peculiar en la legislación española. En muchos casos el ejercicio de la custodia compartida, pese a estar reconocida legalmente es de aplicación restringida como, por ejemplo, el artículo 141 del Código de Familia de Ucrania (acorde a la doctrina del Tribunal Supremo en 2018) estipula que la madre y el padre tienen los mismos derechos y responsabilidades hacia el niño, independientemente de que estén casados o no. Pero en realidad, existe una especie de limitación de estos derechos, que se expresa en la decisión de los cónyuges o del tribunal de determinar el lugar de residencia del hijo con uno de los cónyuges.

⁵⁸ SSTs de 16 de febrero de 2015 y 25 de abril de 2014, entre otras. Para una amplia documentación, véase: TENREIRO, Elena (coord.), *Custodia compartida paso a paso. Análisis de las posturas jurisprudenciales establecidas por el CGPJ para decidir sobre la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja*, Coruña, Colex, 2021; DELGADO, Jéscica y TORRELLES, Esther, *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Madrid, Reus, 2020; IGLESIAS, Carmen Rosa, *La custodia compartida*.

aconsejen o ningún progenitor lo solicite⁵⁹. Finalmente, cabe decir que todavía a fecha de hoy quedan muchos ámbitos de esta figura por perfilar y que, poco a poco, se van desarrollando a través de nuevos criterios jurisprudenciales tales como por ejemplo: a) lo relativo al tiempo a repartir entre los progenitores que no tiene por qué resultar idéntico, sino lo más parecido posible en atención a sus horarios laborales (STS de 13 de noviembre de 2018); b) la no procedencia de la aplicación de la custodia compartida cuando ninguno de los progenitores la solicita (SSTS de 19 de abril de 2012 y de 15 de junio de 2016) o c) el tratamiento de los animales de compañía en el ámbito familiar en tanto desde la aprobación de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre, se los considera como “*seres vivos dotados de sensibilidad*”⁶⁰.

Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, ACEDO, Ángel, *La custodia compartida... op. cit.*, p. 33.

⁵⁹ STS de 21 de diciembre de 2016.

⁶⁰ Lo que conlleva la inclusión o modificación de la redacción de artículos tan importantes en esta materia como el artículo 90 (apartados 1,2 y 3), el artículo 91 o el artículo 92.7 del código civil (véase la nota a pie 56). En relación con el cuidado de animales de compañía, el art. 94 *bis* (en relación con el artículo 103.1 *bis*) establece que: “el juez confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado”. Ello se hará constar “en el registro de identificación de animales”. ACEDO, Ángel, *Compendio... op. cit.*, p. 71.

VI. CONCLUSIONES

A la vista de todo ello, cabe destacar que, en el derecho romano, a partir de la época clásica tardía, ya desaparecido el modelo de familia agnaticia y la gran esfera de poder que otorgaba la *patria potestas* al *paterfamilias*, irán surgiendo las primeras medidas que afectan a lo que nosotros conocemos en la actualidad como guarda y custodia de los hijos, desarrollándose poco a poco a través de constituciones imperiales destacando la del año 294 d. C. y definitivamente consolidada con Justiniano, a partir de la novela 117 del año 542 d. C. así como el criterio culpabilístico de la disolución del matrimonio a fin de determinar su atribución a uno u otro cónyuge, que trascenderá en líneas generales, hasta prácticamente el siglo XIX.

Efectivamente, hasta el siglo XVIII, no comienza a desaparecer la influencia religiosa en el Derecho que hasta ese momento que contemplaba la muerte como única forma de disolución del matrimonio. Poco a poco el divorcio se abre paso y comienzan a regularse nuevamente los aspectos y efectos personales y patrimoniales de su disolución al igual que sucedió en su momento en la antigua Roma y recayendo, en estos momentos también, sobre el padre o cabeza de familia, en la generalidad de los casos, el deber de prestar alimentos a excepción de situaciones muy excepcionales; al tiempo que desde finales del siglo XIX se da clara preferencia en la custodia de los hijos de menor edad a la madre, al considerar relevante el *instinto maternal* que surge en la mujer por proteger y cuidar a los hijos.

La Ley 30/1981, 7 de julio, modificará la regulación del matrimonio en el Código Civil pero continuará basándose en la concepción del modelo patriarcal favoreciendo que la guarda y custodia de ellos recayera sobre la madre, correspondiendo al padre únicamente un régimen de visitas.

A partir de la Ley 15/2005 de 8 de julio que reformó y modificó la redacción del artículo 92 del código civil español, se introducirá, al fin, aunque sin generalizarse y configurándose como

una posibilidad más, el modelo de guarda y custodia compartida, tratando, con ello, de otorgar una protección adecuada del interés del menor, considerándose como el régimen normal e “incluso deseable” salvo situaciones excepcionales.

Finalmente resulta relevante destacar el tránsito de la patria potestad y la guarda y custodia en el derecho civil español, lo que implica distinciones jurídicas clave que afectan a la convivencia familiar y a los derechos de los menores.

Estas figuras, aunque relacionadas, tienen funciones y alcances diferentes, con implicaciones prácticas en casos de separación o divorcio, en tanto la patria potestad tradicional y actual engloba los derechos y deberes parentales sobre decisiones trascendentales en la vida del menor (educación, salud, administración de bienes) y se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores, salvo privación judicial por incumplimiento grave de obligaciones (delitos, abandono). Por otra parte, la guarda y custodia que en la antigüedad estaba casi difuminada con el concepto del poder paternal (*patria potestas*) que al final del derecho romano se resquebraja en favor del concepto de guarda; está referida al cuidado cotidiano y convivencia (alimentación, horarios, actividades diarias), pudiendo ser exclusiva o compartida. En la actualidad y rompiendo con la trayectoria tradicional en el derecho civil español, la tendencia es hacia la custodia compartida, determinándose judicialmente en función del interés del menor.

Tras la ruptura de la pareja, tales conceptos alcanzan su máxima relevancia pues, por un lado, la patria potestad permanece compartida requiriendo acuerdo mutuo para decisiones importantes (elección de colegio, tratamientos médicos), recurriéndose al juez en casos de desacuerdo y, por otro, la custodia en el caso de que sea compartida (frente a la exclusiva), que es el modelo deseable social, legal y jurisprudencialmente (el Tribunal Supremo ha ido corrigiendo al código civil) exige cooperación parental y logística viable (proximidad geográfica, horarios escolares).

Pese a las contradicciones entre el Código Civil (que mantiene la custodia compartida como excepción) y la jurisprudencia del

Supremo y a las dificultades que presentan el ejercicio cotidiano tanto de la patria potestad como de la custodia compartida en los casos de ruptura de la pareja, el tránsito entre ambas figuras refleja un equilibrio entre corresponsabilidad parental (patria potestad) y adaptación práctica a realidades familiares (custodia), con tendencia a modelos flexibles que prioricen el bienestar del menor.