

Evolución histórica de los criterios para atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005). Por Cristóbal Pino

¿Nunca habéis tenido la curiosidad de saber cuales han sido históricamente los criterios judiciales para la determinación de custodia de los hijos menores? Los que sois más jóvenes conoceréis la actual redacción del Art. 92 C.C. Los que somos menos, hemos conocido su anterior versión cuyo origen se remonta a 1981. Hago en este post un ejercicio de arqueología jurídica: El marco legal en que se ha ido desarrollando la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha ido evolucionando en la legislación española en consonancia con los requerimientos sociales imperantes en cada época, con los distintos roles que los progenitores iban desarrollando y con la propia modificación de las conductas en el hogar familiar. Si observamos algunos preceptos de estos antecedentes legales, queda clara la evolución en esta materia.

1.- La Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870

Establecía, conforme a su Art. 88, que los hijos menores quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos cónyuges fueran culpables, bajo la autoridad del tutor y curador, aunque **la madre mantendría a su cuidado en todo caso, salvo que la sentencia disponga otra cosa, a los menores de 3 años**. Por otra parte, quedaba privado el cónyuge culpable, mientras viviese el inocente, de la patria potestad y los derechos sobre las personas y bienes de los hijos, recobrándolos a la muerte del cónyuge inocente.

2.- El Código Civil en su inicial redacción de 1889

De manera mimética, el Código Civil en su inicial redacción de 1889 mantenía, en esencia, la misma idea. Así el Art. 70 disponía :

*" 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 la sentencia"*

Y el Art. 73 decía que:

"La sentencia de divorcio producirá los efectos siguientes:

1.º La separación de los cónyuges.

2.º 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."*

Como podemos comprobar, el Código Civil en su redacción original regulaba el divorcio. Sin embargo, este denominado "divorcio" no se refiere al divorcio tal y como lo entendemos hoy en día pues no era causa de disolución del matrimonio sino tan solo de la separación de los cónyuges.

Por demás, **existía una preferencia legal a favor de la madre para la guarda de los menores de 3 años** hasta que cumplieran esa edad; **a partir de ella, los niños quedaban al cuidado del padre y las niñas, de la madre**.

A poco que se haga composición de lugar es evidente que la norma podía dar lugar a situaciones personales terribles sobre todo en el caso de los niños pues hasta los 3 años quedaban a cargo de la madre y a partir de esa edad, de manera directa y automática, se producía un cambio de la medida de guarda y custodia, debiendo pasar a residir junto a su padre.

3.- La ley republicana de divorcio de 2 de marzo de 1932

El divorcio como causa de disolución del matrimonio se instauró en la época republicana por Ley de 2 marzo de 1932. En lo que concierne a los efectos del divorcio respecto a los hijos menores, según el Art. 17 de dicha norma 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 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 5 años"

4.- La Ley de 24 de abril de 1958

Tras el breve paréntesis de la II República, concluida la Guerra Civil y derogado por Ley del 23 de septiembre de 1939 el divorcio como causa de disolución del matrimonio instaurado para aquel periodo por Ley de 2 marzo de 1932, es la Ley de 24 de abril de 1958 la que dio nueva redacción a los **Arts. 70** (nulidad matrimonial) y **73** (regulando la figura de la separación matrimonial anteriormente denominado "divorcio") del Código Civil.

Para la nulidad, el **Art. 70** disponía:

"La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos:

Los hijos mayores de 7 años quedará 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 2º del nº 2º del art. 73. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

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

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

De manera análoga para los supuestos de separación matrimonial, el **Art. 73** establecía que:

"La ejecución de separación producirá los siguientes efectos:

1.- La separación de los cónyuges.

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

*Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, **la madre tendrá a su cuidado, en todo caso a los niños menores de 7 años.***

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor.

La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

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

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

Como se puede comprobar, se señala una preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años. Así, hijas e hijos menores de 7 años siempre quedaban al cuidado de la madre. A partir de los 7 años, entraba en juego la buena fe o inocencia de los cónyuges, según fuera nulidad o separación respectivamente. De este modo, todos los hijos quedaban bajo la guarda del cónyuge de buena fe o inocente.

Si ambos actuaron de buena fe o eran inocentes, los hijos mayores de 7 años quedaban a cargo del padre y las hijas mayores de 7 años, de la madre.

Lo dicho anteriormente para la norma contenida en el Código Civil original de 1889 para los niños menores de 3 años cabe decirse con esta norma de 1958 para los niños menores de 7 años.

5.- La Ley de 30/81 de 7 de julio (Ley del divorcio)

Llegada la democracia y la promulgación de la Constitución de 1978, la Ley de 30/81 de 7 de julio (Ley del divorcio) modificó el Código Civil y concretamente en **el Art. 92** detallaba que:

"La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. En la Sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas."

No obstante, **el Art. 159 C.C** establecía que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de 7 años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.

En síntesis, tras la Reforma de 7 de julio de 1981, con introducción del divorcio como causa de disolución del matrimonio, se vino a disponer un **modelo de guarda en el que la determinación del progenitor custodio de los hijos e hijas queda al arbitrio del juzgador que decidirá siempre conforme al principio del supremo interés del menor (Art. 92 CC)**. La importancia de esta reforma consistió precisamente en **adoptar exclusivamente como criterio el interés de los hijos**. Ello no obstante, lo cierto es que **se mantenía la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años al continuar en vigor el Art. 159 C.C.**

6.- La Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil

Este criterio de preferencia materna, claramente discriminatorio para los padres de los hijos e hijas menores de 7 años, fue suprimido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del **principio de no discriminación por razón de sexo**. A partir de la modificación operada por esta Ley, **el Art. 159 C.C** prescribe **que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos a cuál de los 2 progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores**, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado. En el ATC 438/1990, FJ 1, se razonó que *«con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de "eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad", consagrado en el art. 14 de la norma fundamental»*

Se puede constatar fácil y perfectamente la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja **una sociedad patriarcal donde aparecen perfectamente atribuidas las funciones de guarda y cuidado de la prole a la madre**, lo que determinaba la consagración legal de la antigua pero todavía virtualmente vigente **doctrina de los años tiernos (Tender Years Doctrine)**, en cuya

virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, estaba mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta ineptitud o incapacidad, se le atribuía la guarda de los hijos menores de 3, 5 o 7 años; presunción claramente inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja; hoy la norma es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados y son aptos para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal el principio del interés superior del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso.