

Recension: Carmen López-Rendo Rodríguez, Efectos personales del divorcio respecto de los hijos, De Roma al Código civil español, RIDROM (online) 9, 2012, Pág. 249–270

Review: Carmen López-Rendo Rodríguez, Personal Effects of Divorce in Relation to Children, from Classical Rome to the Spanish Civil Code, RIDROM (online) 9, 2012, pp. 249–270

by Teresa Duplá Marín

translated by Mike Escarzaga

La Dra. Carmen López-Rendo nos presenta una valiosa aportación en torno a uno de los temas más complejos del Derecho de familia, cual es, el de la regulación de la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio de los padres y, más concretamente, el de los criterios de atribución de la misma. A dicha complejidad hay que añadir su rabiosa actualidad, ya que estamos ante una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años, fruto, sin duda, del aumento de las crisis y rupturas matrimoniales (o en su caso de las uniones o parejas), y como consecuencia de ello, del incremento de situaciones que, en nuestra sociedad, precisan de una regulación y de una solución que, ante todo, respete el principio fundamental del interés superior del menor¹. Basta para ello acercarse a los datos estadísticos con el fin de comprobar ambas realidades. En este sentido, los datos publicados por el INE², nos muestran un claro y evidente incremento, año tras año de estos casos, desde la promulgación de la ley del divorcio – *Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio* –, y hasta la nueva regulación calificada de “expres” – *Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley*

Dr Carmen López-Rendo has presented us with a valuable paper on one of the most complex areas of family law: the rules governing child guardianship and custody after a divorce. More specifically, she explores the basis on which custody is awarded. The custody issue is also highly topical. In recent years it has attracted extensive discussion in academic literature and case-law alike, no doubt as a reflection of the rise of marital difficulties and breakdowns – of both formal marriages and informal arrangements – and the concomitant increase in situations which a society such as ours is called upon to regulate, so as to reach a solution that, above all, abides by the fundamental principle that the interests of the child are paramount.¹ Statistical data suffice to confirm the truth of both these assertions. Data published by INE,² Spain’s office of national statistics, clearly exhibits a year-to-year climb in the divorce rate, from the enactment of the Spanish Divorce Law of 1981 (*Ley 30/1981*) to the passing of a new statute dubbed the

1 Vid. al respecto, por todos, el interesante trabajo de *Francisco Rivero Hernández*, *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, 2007.

2 Instituto Nacional de Estadística.

1 By way of example, see the interesting paper *Francisco Rivero Hernández*, *El interés del menor*, 2nd ed., Madrid, 2007.

2 Instituto Nacional de Estadística.

de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio –³, datos que nos sitúan entre los diez primeros países miembros de la Unión Europea con mayor número de divorcios. Por todo ello y antes de nada, mi felicitación a la autora por la elección del tema y su aportación a esta importante problemática práctica.

Como nos muestra la Dra. López-Rendo, basta echar la vista atrás para comprobar que estamos ante una realidad -que incluso me atrevería a calificar de “problema” de nuestra sociedad de finales del s. XX y principios del s. XXI- cuyo origen hay que ubicarlo en sociedades muy antiguas, ya que, tanto el divorcio como la regulación de sus consecuencias, fueron objeto ya de una concreta e interesante regulación en época romana clásica tardía, como queda detallado por la autora en su estudio. Dicho esto, creo que se hace preciso matizar que los supuestos de divorcio a los que alude la autora en el ámbito del Derecho romano pueden ser interpretados en un sentido amplio, es decir, como casos de ruptura de una relación matrimonial, y por tanto, en ellos cabría incluir también los actuales supuestos de separación de las partes existiendo menores y con la necesidad de determinar el régimen

“Express Divorce Law”³ (Ley 15/2005). Spain is now one of the ten countries of the European Union displaying the highest divorce rates. I should therefore like to start by congratulating the author for her choice of topic and her contribution to this important practical issue.

López-Rendo shows that this issue, though one might portray it as a characteristic “problem” of late 20th and early 21st century society, was already present in ancient communities: divorce and its consequences were the target of a specific and highly interesting set of legal rules developed in late classical Rome, as described by the author in her paper. The instances of divorce discussed by the author in relation to Roman law support a broad interpretation as forms of marital breakdown that are analogous to modern separation arrangements in which children are involved and a need arises to

3 Partimos de una realidad que a principios de los años noventa se sitúa en una cifra cercana a los 28.000, cifra que va incrementando hasta casi duplicarse en el año 2004 (en concreto 52.591), para experimentar en el año 2005, y como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva ley que facilita el acceso al divorcio, un incremento cercano a los 94.000 casos (93.536), incremento que se repite a lo largo de los siguientes dos años hasta alcanzar la cifra máxima, en el año 2006, de 141.317. A partir de este momento, y con cierta seguridad como consecuencia del inicio de una incipiente crisis económica, esta cifra ha ido descendiendo lentamente y hasta situarse alrededor de los 110.000 casos en el año 2009/10. Hay que apuntar que estas cifras nos colocan entre los 10 primeros países de la UE en mayor número de divorcios. Vid. al respecto www.ine.es.

3 In the early 1990s there were close to 28,000 divorces annually. By 2004, this figure had almost doubled, standing at 52,591. In 2005, as a result of the coming into force of the new statute making it easier to dissolve a marriage, there were 93,536 divorces. The rate continued to rise in the following two years until reaching a peak in 2006, at 141,317. Since then, probably reflecting the incipient economic downturn, the divorce rate gently declined to around 110,000 cases by 2009/10. These figures place Spain among the 10 countries of the EU with the highest number of divorces.

de guarda y custodia de los mismos (incluidos, por tanto, los alimentos)⁴.

El trabajo de la Dra. López-Rendo, siendo fiel al título del mismo, se estructura en dos claros apartados precedidos de una breve introducción: el primero de ellos dedicado al análisis de la regulación de las consecuencias del divorcio en época romana (pp. 1–14); y el segundo, y más extenso – dividido a su vez en cinco sub apartados: glosadores y comentaristas; Humanismo, iusnaturalismo racionalista y *usus modernus pandectarum*; Derecho patrio y Recepción en el código civil vigente –, centrado en el proceso de recepción de esta regulación hasta la época actual (pp. 14–44).

Comienza la autora con una, a mi juicio, muy oportuna y necesaria introducción acerca de la estructura familiar romana, centrada en la figura del *Pater Familias* y con un parentesco, el agnaticio, *ab initio*, muy distinto al actual. El origen y la evolución de la *patria potestas* centran con acierto su atención, siendo absolutamente necesarios para poder dar entrada y comprender la regulación romana de los efectos de un posible divorcio. Esto es, una de las piezas clave de los cambios experimentados en torno a esta materia por la regulación actual tiene su razón de ser, justamente, en la *patria potestas* dual de nuestros tiempos, extraña en época romana donde el poder sobre los hijos se concentra siempre en manos del *Pater Familias*. Esto justifica, sin duda, y respecto de algunos supuestos concretos recogidos por las fuentes en el trabajo, la complejidad de la regulación romana de estas cuestiones, puesto que se tenía que partir siempre de la idea de que el titular de la *patria potestas* tras el divorcio – salvo casos concretos de extinción/suspensión de la misma – iba a ser el padre. También, y como excepción a ese poder omnímodo del *pater*, el posible desdoblamiento, ya en

determine the regime of guardianship, custody and child support.⁴

López-Rendo's paper, as heralded by the title, is structured into two clearly distinct sections, each led into by a short introduction. The first section discusses the law governing the consequences of divorce in the Roman era (pp. 1–14). The second, longer section, which is subdivided into five parts (glossators and commentators; Humanism, the rationalist natural law tradition and *usus modernus Pandectarum*; Spanish law and reception in the modern Spanish Civil Code), focuses on the ways in which those rules have been received and developed up to the present day (pp. 14–44).

López-Rendo begins with what I regard as a highly appropriate and necessary introduction on the structure of the Roman family, which revolved around the figure of the *pater familias*, and whose agnatic scheme of kinship was at the outset quite different from the modern mould. The author rightly focuses on the origin and development of *patria potestas*, an awareness of which is absolutely necessary if the Roman law on the effects of divorce is to be addressed and understood. One of the key changes brought about by modern divorce law turns precisely on the fact that in our time *patria potestas* has become dual: this is completely alien to the Roman scheme, in which authority over the children was in the hands of the *pater familias* alone. This no doubt explains the complexity of the Roman law on this issue, as illustrated in the paper by specific examples drawn from the sources: the starting-point was inevitably that after a divorce – barring certain exceptions involving extinction/suspension of paternal authority – *patria potestas* would rest with the father. As an exception to this all-pervading power of the father, the sources referred to by the author show that even in Rome title to *patria potestas* and its

4 En este sentido CJ 5,24,1 en el que se utilizan los términos *divortio* y *matrimonio separato*.

4 Within the meaning of CJ 5,24,1 the terms *divorce* and *separated marriage* are used.

Roma, de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad que, sin recibir la denominación como en la actualidad de guarda y custodia, es evidente que recogen las fuentes mostradas por la autora. Con dos diferencias fundamentales respecto de la regulación actual que creo que es oportuno tener en cuenta: por un lado, que hoy, alcanzada la igualdad de los padres en torno a la titularidad de la patria potestad (art. 154cc), la guarda y custodia no compartida, en caso de divorcio, se ejerce por uno de los titulares de la patria potestad, cosa que no puede ocurrir en los supuestos contemplados en las fuentes romanas en caso de desdoblamiento, por la imposibilidad jurídica citada de que la mujer/madre sea titular de la misma; y por otro, la evidente actual limitación temporal de la titularidad de la patria potestad, derivada de su vinculación a la emancipación fundamentalmente u otros criterios determinados por la ley, situación esta que, en Roma, es algo distinta, fruto de la diferente organización de la estructura familiar.

Como ya he apuntado, la Dra. López-Rendo nos ofrece una visión sobre la regulación existente al respecto a partir de la época clásica tardía, momento en que la autora muestra las primeras fuentes que regulan los efectos de la ruptura matrimonial, en concreto en D. 43.30.1.1 y 3 (*Ulp. Lib. LXXI ad Ed.*), D. 43.30.3.5 y 6 (*Ulp. LXXI ad Ed.*) y D. 43.30.5 (*Ven. Lib. IV Interd.*), textos directamente vinculados con los interdictos *de liberis exhibendis item ducendis* que, como apunto en su día Torrent⁵, más allá de interdictos posesorios, deben ser calificados como interdictos de protección al *pater* en los casos en que los hijos se encontraban bajo el poder de terceros. La siguiente noticia nos la ofrece a través de C.5.24 (*Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant*) de los emperadores Diocleciano y Maximiano en

actual exercise could be divided into two distinct institutions – what we would now call guardianship and custody, though this was not how they were termed then. There were still two fundamental differences from the modern pattern which I think must be borne in mind. First, with both parents being equal as to their parental responsibility (Civil Code § 154), after a divorce unshared guardianship and custody is exercised by a person having parental responsibility: but this was impossible in the cases contemplated in the Roman sources that involve a duplication of roles, given the legal impossibility that the woman or mother should have patria potestas. Secondly, parental responsibility in the modern law is clearly limited in time by the concept of emancipation and other legal criteria: the state of affairs was somewhat different in Rome, because family structure was differently organized.

As pointed out earlier, López-Rendo offers us a vision of the law of child custody as it has developed since the late classical era. The author makes reference to the earliest sources on the effects of a marital breakdown, specifically D. 43.30.1.1 and 3 (*Ulp. Lib. LXXI ad Ed.*), D. 43.30.3.5 and 6 (*Ulp. LXXI ad Ed.*) and D. 43.30.5 (*Ven. Lib. IV Interd.*). These texts are directly linked to the interdicts *de liberis exhibendis item ducendis*, which, as earlier argued by Torrent,⁵ are best viewed not so much as possessory interdicts as measures to protect the father when the children were in the hands of a third party. The next offered example is C.5.24 (*Divortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant*), of the Emperors Diocletian and Maximian in answer to Caelestina: the judge was given full discretion to award child

5 Armando Torrent Ruiz, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 476.

5 Armando Torrent Ruiz, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 476.

respuesta a Celestina, y en el que se impone el arbitrio judicial pleno y libre para la atribución de la guarda y custodia de los hijos en caso de falta de acuerdo de las partes. Al que hay que añadir C.5.25 (*De alendis liberis ac parentibus*) en el que se recoge la existencia de la obligación de dar alimentos no solo a los hijos, sino también a los padres y, en su caso, la posibilidad de reclamarlos judicialmente. Pero va a ser Justiniano, a través de su Novela 113⁶ en la que regula el divorcio contencioso, capítulo VII, y el de mutuo acuerdo, capítulo X, y ofreciendo en los capítulos VIII y IX una relación de posibles causas de la separación, el que cierre la evolución de la regulación jurídica de los efectos del divorcio en época romana introduciendo, como acertadamente apunta la autora, una serie de criterios, de carácter subjetivo, la culpabilidad en el divorcio, y objetivo, la riqueza o nivel económico de los progenitores, que van a ser criterios clave en esta materia con el paso del tiempo, en concreto, y en nuestro país, hasta la última reforma del año 2005, antes mencionada. Interesa, en este sentido, apuntar la firmeza y claridad de los criterios establecidos ya que se llega a afirmar que, incluso para el supuesto de separación de mutuo acuerdo, los mismos tienen que tenerse en cuenta.

Quiero destacar de esta primera parte el interesante aparato bibliográfico al que hace referencia la autora que sintetiza las principales obras y autores en torno a esta temática, así como el valioso y amplio complemento que nos ofrece de fuentes jurídicas y literarias romanas, herramienta de información muy interesante para cualquier estudioso que quiera acercarse a esta materia.

Respeto de la segunda parte del trabajo quisiera subrayar la claridad en la

guardianship and custody if the parties failed to reach agreement. C.5.25 (*De alendis liberis ac parentibus*) recognized a duty on parents to support their children, and also on children to support their parents: parties could apply to a judge to have these obligations enforced. It was Justinian, in Novel 113,⁶ who regulated contentious divorce, chapter VII, and divorce by mutual agreement, chapter X. In chapters VIII and IX, a list is provided of the possible grounds of separation. This represented the endpoint of Roman divorce law, and, as the author rightly points out, the development introduced a range of subjective criteria (fault in divorce) and objective criteria (the parents' wealth), which were later to evolve into key underpinnings of this area of the law – in Spain, these remained important points up until the latest major reform of 2005. It is to be noted that these frames of reference were established clearly and firmly, in so far as they applied even when separation was amicable.

A hallmark of the first section of the paper is the author's highly stimulating bibliography, embracing the key literature and authors in the field. She also brings together a valuable and wide-ranging corpus of Roman legal and literary sources, thus offering the interested scholar a powerful informational resource.

In the second section, López-Rendo provides a highly readable outline of how the

6 En el texto griego, como apunta la autora, Novela 117.

6 Novel 117 in the Greek text (as indicated by the author).

presentación sintética de la recepción de esta regulación hasta la época de la codificación, a la que la Dra. López-Rendo acompaña de un estudio minucioso posterior a través de los distintos proyectos de Código Civil hasta la regulación incluida en éste, y en el que nos informa acerca del mantenimiento, o no, de los criterios en la determinación de la guarda y custodia, así como de las novedades que van apareciendo en este sentido. Tras la publicación del Código Civil en 1889 la autora recoge las principales novedades en esta materia a tener en cuenta, la Ley del divorcio de 1932 y la Ley de 24 de abril de 1958, señalando con acierto que el momento importante de cambio en relación a la materia en estudio va a producirse en nuestro país con la publicación de la ley divorcio en 1981 y posteriormente con la de 2005. Desde ese momento, tal y como hemos indicado, el incremento de rupturas va a poner de manifiesto, no solo la importancia de los efectos personales y económicos de éstas – sobre todo en los supuestos en los que existen menores – sino también, la debilidad de la propia regulación ante la complejidad de la misma realidad social y pluralidad casuística que la autora también recoge en su trabajo, y del que se desprende su dominio práctico de la materia⁷. A esto hay que añadir la intención, cada vez más creciente, del legislador por impulsar un cambio de cultura en este tipo de conflictos con el fin de procurar el recurso por las partes a los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR), en concreto a la

Roman law was received and developed up until the age of legal codification. This historical abstract is followed by a detailed study of the various drafts of the Spanish Civil Code through to the statutory provisions finally included in the current Code, explaining the extent to which the various touchstones as to child guardianship and custody were retained or abandoned, and discussing emerging new standards. Having addressed the Civil Code of 1889, the author turns to later developments, such as the Divorce Law of 1932 and the Law of 24 April 1958; she correctly argues that the key turning-points in Spain were the Divorce Laws enacted in 1981 and 2005. The contemporary growth of marital breakdown has thrown into relief the major personal and economic effects of separation, particularly where children are involved, and has revealed that the law is often less than adequate to deal with the complexity of the underlying social reality and the wide plurality of cases – the author's discussion of the modern case-law displays her practical mastery of the subject.⁷ In addition, lawmakers are increasingly concerned to encourage a cultural shift in marital disputes.

7 Vid. por todos, interesante trabajo de *Rebeca Carpi Martín*, Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial. *Diario La Ley*, N° 7270, 2009, pp. 1–19, en el que la autora pone de manifiesto la complejidad de la situación actual centrada en el amplio arbitrio judicial a la hora de determinar el reparto de los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos. *Aurelia María Romero Coloma*, El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, N° 8000, 2013.

7 By way of example, see the interesting paper by *Rebeca Carpi Martín*, Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial. *Diario La Ley*, N° 7270, 2009, pp. 1–19, in which the author highlights the complexity of the current situation as a result of wide judicial discretion in the apportionment of exceptional expenses within the framework of child support. *Aurelia María Romero Coloma*, El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, N° 8000, 2013.

Mediación familiar⁸, recurso que puede agilizar y facilitar la toma de acuerdos en tema de guarda y custodia, y ser, en definitiva, mucho más provechoso para los progenitores y los menores. De todo lo cual podemos afirmar que, sin duda alguna, en esta materia la realidad ha superado a la ficción⁹.

No quiero finalizar estas líneas sin manifestar mi satisfacción ante aportaciones de este tipo en las que se evidencia, ante todo, la capacidad de síntesis y de análisis de la autora para recoger, en unas pocas páginas, la esencia de una figura a lo largo de cerca de veinte siglos de la evolución histórica. Contribuciones de este tipo, en las que se realiza un estudio diacrónico de una institución concreta son hoy, más que nunca,

Divorcing couples will be prompted to resort to alternative dispute resolution (ADR), specifically the remedy known as “family mediation”,⁸ which may streamline and assist the process of reaching agreement as to guardianship and custody and be of far greater benefit to parents and children alike. In this area, fiction is outdone by reality.⁹

I should not like to end this piece without expressing my pleasure at seeing contributions of this quality, which display the author’s exceptional ability to analyze and condense the topic, thus collecting within the compass of a few pages the essence of a legal issue over the course of two millennia of historical development. Now more than ever, in the light of rapid change in our society, reviews of specific legal institutions over

8 Vid. por todos, *Teresa Duplá Marín (coord.)*, El régimen jurídico de la Mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica, Santiago de Compostela, 2012.

9 Realidad que se sigue superando en nuestros días como consecuencia de los importantes cambios producidos en el ámbito del Derecho de Familia y de la familia en general. La ampliación del concepto de familia, centrado anteriormente en la familia matrimonial, ha dado entrada a otros modelos y realidades familiares como las uniones de hecho o parejas estables, los matrimonios de homosexuales, las *step families* o familias reconstituidas y las mono parentales, que sin duda, incrementan la complejidad del tema que nos ocupa. A ello hay que sumar, en los últimos años, por un lado, la influencia ejercida por la actual crisis económica que ha hecho que se tengan que revisar y cambiar algunos de los criterios que la jurisprudencia fue asentando a lo largo de los años 80 y 90, y por otro, la inserción laboral de la mujer que ha ejercido una influencia importante en la remodelación de la estructura interna familiar y el rol de cada uno de los miembros. En este sentido, baste tener en cuenta la actual tendencia al establecimiento, impenable hace tan solo unos años, como preferente de la custodia compartida en los casos en que esta es posible y supone un beneficio para el menor. Vid. por todos, *Antonio Javier Pérez Martín/Laura Pérez Rufián*, La crisis económica y la pensión alimenticia en RDF, N° 57, 2012, pp. 25–46.

8 As an example, *Teresa Duplá Marín (Ed.)*, El régimen jurídico de la Mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica, Santiago de Compostela, 2012.

9 Today, the reality is being addressed afresh as a result of the major changes in family law and family-related policymaking generally. The former concept of the family, underpinned by a formal marriage, has widened to embrace other models and realities, such as informal marriages and long-term couples, same-sex marriages, step-families and single-parent families, further increasing the complexity of the topic at hand. Moreover, in recent years the influence of the ongoing economic crisis has prompted a review of some of the standards that the case-law had developed throughout the 1980s and 1990s, and women’s increasing role in the workplace has done much to reshape family structures and the roles of each family member. For instance, only a few years ago it was unthinkable for shared custody to be preferred wherever practicable if it serves the best interests of the child. By way of example, *Antonio Javier Pérez Martín/Laura Pérez Rufián*, La crisis económica y la pensión alimenticia en RDF, N° 57, 2012, pp. 25–46.

y ante la velocidad de los cambios y de nuestra sociedad, muy enriquecedores y necesarios ya que ofrecen al lector una visión clara, a la vez que completa, de la evolución histórica y de los cambios que permiten una reflexión sobre la materia en estudio más allá del simple análisis de la normativa o jurisprudencia actuales. Con ellos se sigue dotando, a la moderna ciencia del derecho, de herramientas de análisis jurídico, fundamentales para cualquier estudio o reflexión jurídica que se precie.

the full course of their development are highly stimulating and necessary, in that they offer the reader a clear and complete picture of historical change and continuity and encourage a meditation on the topic that goes beyond the mere analysis of modern statutes and case-law. Papers such as this equip modern juristic science with powerful analytical tools, which are essential to legal research and discussion of any consequence.