



*The abandoned minor and the coder.
A reflection on the performativity of family law*

*El menor desamparado ante el codificador.
Una reflexión sobre la performatividad
del derecho de familia*

RAQUEL MEDINA PLANA

Universidad Complutense de Madrid
rmedina@ucm.es

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2022.30.009>
Bajo Palabra. II Época. N° 30. Pgs: 175-192



Recibido: 26/07/2021

Aprobado: 09/08/2022

Resumen

Proveniente del ámbito de la filosofía del lenguaje, la noción de performatividad tiene, en el campo del derecho, un empuje crítico, al problematizar la noción de la determinación de los sujetos de derechos. La codificación, etapa paradigmáticamente performativa en sí misma, alcanza en el ámbito del derecho de familia su máxima expresión creadora, en torno a ese nuevo pater familias dotado de poder casi ilimitado en la familia cognaticia que le es propia. Las instituciones de la adopción y la tutela, en el cruce de estas tensiones, proporcionan un punto de partida excepcional para explorar esas operaciones de formación de sujetos, objetos y bienes jurídicos. La situación del menor desamparado, en el que se cruza una doble condición de marginado, tanto en lo patrimonial como respecto a los vínculos de sangre, cambiará de forma radical.

Palabras clave: Derecho de Familia, Menor, Codificación, Performatividad.

Abstract

Coming from the field of the philosophy of language, the notion of performativity has, in the field of law, a critical push, by problematizing the notion of the determination of the subjects of rights. Codification, a paradigmatically performative stage in itself, reaches its maximum creative expression in the field of family law, around this new paterfamilias endowed with almost unlimited power in the cognatic family that is his own. The institutions of adoption and guardianship, at the crossroads of these tensions, provide an exceptional starting point to explore these operations of performance of legal subjects, objects and rights. The situation of the helpless minor, in which a double marginalized condition intersects, both in terms of assets and blood ties, will be radically modified.

Keywords: Family Law, Minor, Codification, Performativity.

Derecho, realidad, ficción

LA NATURALEZA PERFORMATIVA del derecho, entendida como la capacidad de éste para configurar la realidad, constituye una de las características menos conocidas e investigadas del fenómeno jurídico. Frente a la idea extendida -tanto entre los ciudadanos de a pie como entre los mismos juristas- de que el derecho es una emanación de los condicionamientos sociales, la visión de que sea el derecho quien en ocasiones puede anteceder y de alguna forma crear determinadas configuraciones sociales aparece como contraintuitiva y, en el ámbito académico, reservada a enfoques críticos¹.

Sin embargo, hay determinados momentos en que el poder performativo del derecho queda muy en evidencia, y así es reconocido por los propios juristas. Uno de esos momentos es el momento codificador, performativo en sí mismo en tanto que el Código crea, en buena medida, la realidad que declara regular. Y, dentro del vasto escenario codificador, una rama del derecho en particular muestra todas las condiciones para constituirse como el paradigma de la performatividad. Se trata del derecho de familia, base del proyecto liberal-codificador, en el sentido de que es lo que dota de apoyo y materialidad al gran proyecto abstracto del nuevo derecho público y su retórica de nación, igualdad y derechos y cuya eclosión en el *Code Napoléon* da lugar al poder autoritario del *pater familias* por encima de todo el grupo familiar. Un grupo familiar restringido a la familia nuclear relacionada por vínculos de sangre, para mejor consolidar, también a nivel simbólico, ese poder masculino.

La repercusión que esta concepción napoleónica de la familia tiene para otros tipos de filiación, como es la adoptiva, es demoledora. La situación del menor desamparado, en el que se cruza una doble condición de marginado, tanto en lo patrimonial como respecto a los vínculos de sangre, cambia de forma radical. En

¹ La noción de lo performativo fue introducida por el filósofo del lenguaje J. Austin, que en su *How to Do Things with Words* (Oxford: The Clarendon Press 1962; edición en español, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona: Paidós, 1992) indagaba en la capacidad del lenguaje ya no sólo para representar la realidad sino, en ocasiones, para crear ésta. Aplicada al ámbito del derecho, su desarrollo implica que el lenguaje del derecho construye los sujetos a los cuales se refiere. Más allá de su dependencia de una teoría del lenguaje, en el mundo jurídico ha sido de alguna forma desarrollada dentro de la tradición que analiza el problema de las ficciones en el derecho. Sobre la función de la ficción en el derecho, para facilitar la transición entre la tradición y las nuevas formas codificadas, *vid.* Berman, H.J., *Law and Revolution. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Harvard 2003, pp. 280 y ss.

consecuencia, la tutela y la adopción, dos figuras que lo tienen como referente, han de reestructurarse completamente.

Este trabajo tomará estas figuras como paradigma del proceso performativo dado que parecen ser especialmente susceptibles a esa reconfiguración/creación de determinadas situaciones sociales por parte del legislador. Como a mediados del siglo codificador decía el civilista García Goyena, precisamente al hablar de estas instituciones, “*las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres*”². Parece claro que estas figuras concitan en el civilista una especial voluntad de manipulación. Dado que lo que ambas tienen en común es el menor en situación de desamparo, nuestra hipótesis de partida es que es este común sujeto, precisamente, lo que fomenta ese impulso, en una transposición metafórica que convierte la desprotección y desvalimiento del menor en un acicate para que el derecho pase a la acción, hasta el punto de crear al propio sujeto de sus desarrollos³.

Los antecedentes: tutela y adopción en el Antiguo Régimen

LA SITUACIÓN ANTERIOR a la eclosión de la regulación codificada es la compleja articulación del ordenamiento en el Antiguo Régimen, en la que se combinan las disposiciones medievales, y muy en especial las Partidas, con su elaboración y recreación doctrinal, en una labor de composición que incluye no sólo las disposiciones legislativas, sino también los formularios notariales, la manualística civilista y los proyectos codificadores.

Dado que en este artículo nos centraremos en lo ocurrido en el periodo codificador, nos remitimos a otros trabajos para un análisis más detallado que las instituciones que nos ocupan tienen en el género de los tratados notariales, el género por excelencia de los desarrollos civilistas durante los siglos XVI a XVIII⁴. No obstante y para facilitar la mejor comprensión de los desarrollos decimonónicos, debemos resumir aquí, si bien muy sumariamente, algunas de las

² García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, t. I, Madrid 1852, p. 188.

³ Precisamente la noción de la performatividad encuentra en la actualidad un poderoso desarrollo en los análisis del complejo fenómeno de la construcción de identidades. Es el caso en particular de la filósofa Judith Butler y su problematización de la noción de derechos de las mujeres tomando como eje central la performatividad del lenguaje y la controversia en torno a la agencialidad y al sujeto pasible de obtener derechos. Vid. Butler, J., *Gender trouble. Feminism and the subversión of identity*, 1990; edición en español, *El género en disputa*, Barcelona, 2007; “Sovereign performatives», en *Excitable speech. A politics of the performative*, 1997; edición en español, “Soberanía y actos performativos”, www.acpar.org/numero4/index.htm); Butler, J.; Laclau, E., y Zizek, S. *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires: FCE, 2003.

⁴ Medina Plana, R., “Tutela y adopción en España. Leyes, cambios y prácticas, siglos XVIII y XIX”, en García González F. y Alfaro Pérez, F. (eds.) *Vidas tuteladas. Familias, orfandad y dependencia en la España Moderna*. Ed. Trea, Madrid, 2022.

características del tratamiento que tales obras hacen de la adopción y la tutela en estos siglos.

El primer dato a subrayar es la recurrencia de la aparición de las instituciones de la adopción y la tutela: todos los tratados, sin excepción alguna para el caso de la tutela y con contadísimas excepciones para el caso de la adopción o prohijamiento, les dedican un apartado, título o sección. Esta recurrencia, más aún cuando tiene lugar en el género más apegado a la práctica, como es el de los formularios notariales, vendría a ser una prueba de la continuidad de estas instituciones; un extremo que, en el caso de la adopción, será puesto en duda, como veremos, por los codificadores⁵. El segundo rasgo a destacar es que la ubicación de las respectivas instituciones se mantiene, al igual que sucedía en Partidas, bien separada y en partes sistemáticamente diferentes: la tutela y curatela figuran entre las disposiciones sucesorias y la adopción entre las reglas de filiación.

En relación con la tutela y curatela, lo más destacable es la ausencia en los tratados, casi sin excepción, de cualquier mención a las obligaciones para con la persona del menor. Aún los formularios más casuistas, que detallan innumerables declinaciones de las obligaciones para con el patrimonio menor, no recogen ni siquiera mínimamente esas otras prestaciones más personales, por más que nominalmente sí se aluda a tutela y curatela como guarda de “la persona y los bienes” del menor.

En relación con la adopción, la postura de los tratadistas es de un progresivo endurecimiento de los requisitos de la adopción, acompañado de una reducción paralela de sus efectos. La cuestión de la transmisión de la patria potestad resulta central en esta operación doctrinal; si en los tratados de siglos anteriores al XVIII, apenas se hace mención directa de la cuestión de esta cuestión, a partir de ese siglo pasa a ser un tema de necesaria especificación en los desarrollos doctrinales, coincidiendo sin excepciones en defender la posición restrictiva de las Partidas: sólo en la arrogación y en la adopción de un descendiente -de un nieto por su abuelo es el caso paradigmático- se transmite la patria potestad al prohijado. En los formularios, por el contrario, se da por sentado que el traspaso de patria potestad se produce en

⁵ Apuntemos aquí únicamente que tan sorprendente operación doctrinal de eliminación es apuntalada también, cómo no, por la historiografía jurídica, que asienta el tópico de la inexistencia de la adopción, por encima de cualquier evidencia: véase así Otero Varela: “La existencia de algunos documentos *no prueba mucho* [...] Las alusiones a la adopción son *raras* en la Edad Media y en la Moderna, *aunque* en los formularios se *reproduzcan fielmente* los modelos según los que se deben redactar los documentos de adopción”. En A. Otero Varela, “Sobre la realidad histórica de la adopción”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 27-28 (1957-58), p. 1148 (nuestras cursivas). La continuada inclusión de la institución en el ordenamiento tampoco probaría nada, en tanto que, como ya vimos, este ordenamiento — eminentemente las Partidas— no sería, en orden a la adopción, sino “una recepción del Derecho justinianeo en total discordancia con el Derecho consuetudinario”. L. Rodríguez Ennes, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, p. 149.

todos los prohijamientos, incluidas las adopciones de hijos de extraños, el caso que mayoritariamente se recoge en los formularios de escrituras.

En otro aspecto igualmente trascendental de la adopción, las consecuencias sucesorias del acto, se repite este mismo esquema que venimos viendo: el paso de una postura de laxitud y amplios efectos hacia la progresiva limitación doctrinal de los efectos. A partir del XVIII una nueva condición entra en juego: la existencia o no de herederos forzosos. Aunque no constituya un impedimento absoluto para realizar la prohijación, la existencia de hijos legítimos sí lo será para poder considerarlos herederos forzosos.

El balance general del análisis de los tratados notariales en relación con la tutela y la adopción se inclina con claridad, en el caso de la adopción, del lado de la progresiva exigencia formal, restringiendo, por otra parte, los efectos de la misma. En el caso de la tutela, el balance se orienta, recordémoslo, hacia una concepción casi exclusivamente patrimonial de la institución, con la eliminación de cualquier tipo de obligación para con la persona del tutelado. ¿En qué forma pueden resultar estas dos direcciones confluyentes?

Los nuevos parámetros decimonónicos: la manualística civilista

EN EL SIGLO XIX, el siglo codificador, el género de los tratados ha desembocado en una nueva forma de literatura doctrinal: los manuales de instituciones de derecho civil. Las novedades doctrinales aparecidas en este género en relación con la tutela y la adopción serán numerosas. En relación con la tutela, será en estos manuales en donde empecemos a ver aparecer obligaciones para con la persona del tutelado. Ausentes en los tratados, no será sino hasta el segundo tercio del XIX cuando éstas ganen una posición privilegiada respecto a las obligaciones patrimoniales. De ahí en adelante, el contraste no puede ser más llamativo: a partir de los años 40, el lugar de privilegio en la regulación de la tutela lo ocuparán las obligaciones personales, siendo expresadas en primer lugar y con gran despliegue filosófico alrededor. Veamos algunos ejemplos que muestran una evolución muy rápida entre el primer y segundo tercio del XIX.

Los primeros ejemplos pertenecen todavía al género de los tratados: así el tratado de Vicente Gibert, *Teórica del Arte de Notaría ó Manual de Escribanos* (1828). En contraste con lo visto hasta el momento, la definición de tutela que incluye menciona como función primera y principal del tutor -definida, repárese en ello, como *potestad* antes que como *obligación* o *deber-* la defensa de la persona del pupilo, y después la de sus bienes:

“Tutela es: cierta potestad dada y permitida por derecho civil a un hombre libre para defender a aquel que en razón de la edad no puede hacerlo por sí mismo. Explicación: Potestad, esto es, facultad y derecho autorizado para hacer y disponer lo conveniente así en cuanto a la persona del pupilo, como en la administración de sus cosas. [...] Para defender a aquel que en razón de la edad no puede hacerlo por sí mismo, cuyas palabras indican el oficio del tutor, que es defender primeramente la persona, y en consecuencia también los bienes del pupilo, quien por la edad no puede cómodamente hacer estas cosas”⁶.

Consecuencia directa de la consideración de la tutela como dirigida principalmente al cuidado de la persona es la forma en que hace la distinción entre tutela y curaduría, que en este tratado, por primera vez, descansa en la distinción de funciones, siendo las exclusivamente patrimoniales las propias de la curaduría. Esta distinción es otra novedad decimonónica: hasta ahora todos los tratados habían basado la diferencia entre tutela y curatela únicamente en la distinta edad de los pupilos; a partir de aquí se impondrá de forma rápida e inexorable en los manuales de derecho civil del siglo XIX.

En el siguiente tercio de siglo los autores tomarán partido uniformemente por esta consideración de la tutela centrada en la “defensa” de la persona del menor, para afirmar ahora que la razón de ser de esta figura es el cuidado y protección de la persona del menor. Es este último término, “*protección*”, el que empezamos a ver imponiéndose en las definiciones de tutela a partir de los años 30 del siglo, acompañándose de desarrollos de raigambre liberal sobre la naturaleza ciudadana del cargo y la relación de la tutela con los deberes del Estado. Los conceptos *protección* y *afectos* aparecen en el centro de su desarrollo, constituyendo una novedad que entendemos con facilidad, en tanto se corresponden con nuestra visión actual de la tutela y la adopción, que entendemos en conexión con esa función protectora y afectiva. Frente a la tentación de naturalizar esta conexión, retengamos tres cosas: lo tardío de la aparición de esta comprensión -segundo tercio del siglo XIX; la rapidez -casi brusquedad- con la que se impone, a partir de su aparición, en toda la literatura civilística, y, en tercer lugar, el modo en que se justifica, sirviéndose de una revisión iushistórica: la crítica al ordenamiento romanista en defensa de unas “*leyes españolas*”.

La idea de la desconexión de las Partidas respecto al derecho positivo es una concepción recurrente en los juristas españoles del siglo XIX⁷. Tenemos aquí otra

⁶ Gibert, V., *Teórica del Arte de Notaría ó Manual de Escribanos*, Traducido del latín por Eugenio de Tapia. Barcelona, Imprenta de J. Mayol, 1828.

⁷ Tal vez el mejor ejemplo de esta visión es la lectura del autor del *Ensayo Histórico-crítico* de 1808, Martínez Marina, que considera la Cuarta Partida, en especial, como “la más defectuosa e imperfecta de todas”, achacando a la unión de distintos derechos irreconciliables la creación de un “sistema misterioso e incomprensible” nacido del olvido de las costumbres y el derecho castellanos. *Vid.* Clavero, B., ““Leyes de la China”: Orígenes y ficciones de

muestra de maniobra doctrinal de carácter performativo: su crítica a las Partidas como un producto legislativo desconectado de la realidad, que importa las concepciones romanas restando atención al derecho de la práctica, deja patente su voluntad, en tanto codificadores, de superar este antecedente, bien sea por la vía de una mejor exploración del derecho tradicional, bien sea por la fuerza de la razón. Son conocidas las dificultades que presentaba tanto una como otra vía en toda Europa y particularmente en España⁸, de forma que se llega a la paradoja de que el elemento de *realidad* con el que se pretende enfrentar la *incomprensible* legislación del Antiguo Régimen queda incógnito. Permanece, sin embargo, la idea de que, en cualquier caso, esa realidad estaba desconectada de la regulación jurídica. Será esta idea, precisamente, la clave de la labor performativa que estamos viendo desarrollarse.

Frente a anteriores enfoques que se presuponen del todo obsoletos, el origen y razón de la tutela se encuentra ahora en un deber social y del Estado; es solamente por desembarazar la acción de gobierno por lo que el derecho delega este deber en los tutores y curadores, que, recordemos, detentan un cargo público⁹. Al tiempo que se destaca la naturaleza socio-estatal de este encargo, los civilistas del siglo XIX resumen los deberes del tutor en actuar “*como un buen padre*”¹⁰.

A finales de nuestra horquilla temporal, en el último tercio del siglo XIX, la consideración de la tutela como forma de protección del menor se ha exaltado, hasta el punto de entenderla ya como una extensión de la beneficencia pública¹¹. Los deberes

una historia del Derecho español”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52 (1982), pp. 193-221; Coronas, S.M., “Martínez Marina y el “Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de León y Castilla” (1808)”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 10 (2013).

⁸ Vid. Clavero, B., *El Código y el fuero: de la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, y, del mismo autor, “La gran dificultad. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX”, en *Ius Commune*, 12 (1984), pp. 91-115. Petit Calvo, C., “El Código inexistente (I): Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX”, y “El Código inexistente (II): Por una arqueología de la Civilística española”, en *Anuario de derecho civil*, vol. 48, nº 4, 1995, pp. 1429-1466 y vol. 49, nº 4, 1996, pp. 1415-1450. Y, por supuesto, los trabajos de Pío Caroni, desde sus *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, hasta los recientemente publicados *Escritos sobre la codificación*, Madrid 2012, y *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid 2013.

⁹ “Pero como de encargarse la sociedad inmediatamente del cuidado de los huérfanos que tuviere en su seno, como lo hacían antiguamente los espartanos y persas, no solo se causaría embarazo a la acción del Gobierno, sino que tampoco podría procurarse á cada huérfano el cuidado y educacion que exigiera su posicion, se creyó conveniente instituir un oficio especial para que en nombre de la sociedad ejerciera esta vigilancia la persona que lo hubiere de desempeñar”. Del Viso, S., *Lecciones elementales de Historia y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España, Parte Segunda, Derecho Civil*. Valencia, Imprenta de El Valenciano, 1856. Págs. 246 y ss

¹⁰ Así Ortiz de Zúñiga: “es indispensable que á falta de padre tengan una especie de protector que mire por sus personas y sus intereses”. Ortiz de Zúñiga, M., *Biblioteca de escribanos, o sea, tratado teórico-práctico para la enseñanza de los aspirantes al Notariado*. Madrid, 1843, pp. 48 y ss., o Cirilo Álvarez: “El tutor sucede en lugar del padre que el huérfano acaba de perder y le sucede para reparar en lo posible esta pérdida: por consiguiente debe sucederle igualmente en sus afanes y desvelos por la felicidad del individuo, cuya suerte le confía la Ley”. Álvarez Martínez, C., *Instituciones de Derecho Civil*. Valladolid, Imprenta de Julián Pastor, 1840. Págs. 59-60.

¹¹ Así, el manual de Gómez de la Serna y Montalbán (1870), puede hablar de la tutela en estos términos: “La institucion de la tutela es altamente humanitaria y benéfica, pues que sin ella quedarían abandonados sin direc-

de protección al menor, incluso, como hemos visto, aún definiéndolos como proyecciones de los del padre, se entienden como deberes públicos. No cabe duda de que lo que se infiere es que esa actuación como padre se entiende como un deber social, un cargo público: estamos ante el *pater familias* napoleónico, esa especie de magistratura familiar en la que convergían todos los poderes, tanto privados como públicos¹².

Ante esta evolución de la tutela es lícito preguntarse si de esta forma no se acerca demasiado a otra institución de derecho civil: la adopción. Veamos cómo evoluciona ésta en el mismo marco temporal. Lo que encontramos es que, frente a esta revalorización de la tutela como institución de protección del menor, la adopción sufre un proceso paralelo de desvalorización. Además de la progresiva restricción de sus efectos paralela a la mayor exigencia formal, surge en los manuales la idea expresa de que la adopción es una institución rara, infrecuente, y, con frecuencia, peligrosa¹³.

Para las décadas finales del siglo XIX, el tópico aparece firmemente asentado, apareciendo sin variación en los manuales, incluidos los más prestigiosos¹⁴,

ción ni amparo los huérfanos, en la edad en que nada pueden por sí mismos, y en que su capacidad y fuerzas, aun no desarrolladas, necesitan una protección mas inmediata que la de las leyes [...] Al Estado corresponde la guarda suprema de los huérfanos y su obligación se extiende á procurar medios de educación y de subsistencia á todos los que han perdido ó no han conocido á sus padres, asunto en que no nos ocuparemos por pertenecer mas al derecho administrativo. En virtud de este deber, las leyes han autorizado, creado y elevado á público el cargo de tutor, para que aun con menoscabo de sus intereses no puedan escusarse de él los que no gocen de una escepcion marcada por el derecho. La misma naturaleza de esta institución, cuyo objeto principal es la dirección del huérfano y por consecuencia la administración de sus bienes, demuestra que no es arbitrario en el tener ó no tutores, porque la sociedad no puede dejar sin dirección y gobierno al mismo que es incapaz de conocer el mal que se origina (Ley 1, tít. XVI, Part VI)” Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J.M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación Española*. 9ª ed. Tomo I. Madrid, Librería de Sánchez, 1870. Págs. 530 y ss.

¹² Petit Calvo, C. *Un Código perfecto y bien calculado: el proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid: Dykinson 2019, p. 182.

¹³ Los ejemplos son numerosísimos. Las *Lecciones* de Hernández de la Rúa (1838) introducen así la figura de la prohijación o adopción: “Examinada la causa ocasional de esta prohijacion, se alcanza desde luego su inutilidad para con la sociedad, y en algunos casos su perjuicio. El fanatismo entre los romanos fue el móvil de la adopcion: imbuidos de la idea de conservacion de las familias, y de la importancia que á estas daba la permanencia de sus dioses Lares, creyeron de su deber tener los medios que estuvieran á su alcance para dejar un sucesor que heredase estos, y llevara su nombre de familia: á este efecto admitieron la adopcion. En España no tuvo mas motivo que la rutina acostumbrada de copiar cuanto disponían las leyes civiles; pues ni tenemos que trasladar dioses, puesto que solo conocemos uno, y este para todos, ni el nombre de las familias se conserva por la adopcion, en virtud de que los adoptados solo pueden suceder en aquello que cualquiera extraño sucediera. El consuelo de los que perdieron sus hijos tampoco puede ser, y si lo fuese no es una razon fundada, porque ni el amor paternal se sacia mas que con los verdaderos hijos, ni el que los perdió ve en el adoptado, mas que un recuerdo que le representa á cada momento la triste idea de lo que perdió. Seria, pues, mas ventajoso no tolerar tales adopciones, y se evitaria ligar á los hombres con unos lazos que les pueden ser muy pesados, por tener que sufrir las desazones consiguientes á la discordancia de genios y educacion. La esperiencia patentiza con toda evidencia la impertinencia de la licencia adoptiva, puesto que en medio de la permission, se ven raras veces solicitudes de esta especie”. Hernández de la Rúa, V., *Lecciones...op. cit.*, pp. 126-127.

¹⁴ “Poco frecuente entre nosotros, debe su origen á las leyes romanas, á las que siguieron las Partidas, á pesar de no existir aquí las razones políticas, economicas, civiles y aun religiosas que la recomendaban”. Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos...op. cit.*, p. 530.

como proemio a la exposición de la institución, que sin embargo se sigue exponiendo con características casi idénticas a los desarrollos doctrinales del siglo XVI o XVII.

En relación directa con este tópico de la rareza de la institución adoptiva “tradicional”, hace su aparición en los manuales un apartado del todo ausente en las obras anteriores al XIX: se trata de un añadido que alude al fenómeno concreto de las adopciones de expósitos, justificándolo por la falta de vigencia de la adopción tradicional¹⁵. La “adopción de expósitos” aparece categorizada como “*otra clase de adopción*”; una que, según se afirma, ha aparecido en los últimos tiempos, y de la que se destaca su carácter humanitario. A pesar de que pueda parecer relevante que los manualistas incluyan a los menores abandonados y los prohijamientos de que son objeto en sus exposiciones, reparamos que el lugar que estos añadidos proponen para tales prohijamientos es peculiar: en primer lugar, se sugiere que se trata de un fenómeno eminentemente *nuevo*; que, en tanto que es una clase *diferente* de adopción, separada de la *ordinaria*, tiene una naturaleza jurídica diferente; por último, que al basarse en intenciones *humanitarias*, no está sujeta a ningún tipo de *restricciones* civiles. La contraparte de esta última característica es que, junto a esa ausencia de límites, las adopciones de expósitos carecerían casi totalmente de vigilancia y garantías para con las partes, eminentemente para el adoptado, y apenas surtirían *efectos*.

Sede codificadora: proyectos y Código Civil

LOS MAYORES CAMBIOS los presenta, precisamente la adopción, que en los primeros proyectos se encuentra simplemente ausente. Así sucede en el primer proyecto de Código Civil, el redactado por N. Garelli en 1821, en el que la tutela, por el contrario, aparece ampliamente tratada y ubicada en el lugar que en la sistemática civilista anterior, desde las Partidas, ocupaba la adopción: inmediatamente después de las disposiciones sobre filiación y patria potestad. Tanto esta figura como su paralela de la curatela aparecen definidas ya como instrumentos de protección de menores o incapacitados, ligándolos incluso a lo benéfico¹⁶.

¹⁵ Así la edición de 1852 del *Febrero* realizada por García Goyena y Aguirre, las *Lecciones* de Del Viso (1856), el *Manual* de Lamas Varela (1868), los *Elementos* de Gómez de la Serna y Montalbán (1870), o la edición de 1876 del *Diccionario* de Escriche.

¹⁶ “Tal es el fundamento de las leyes sobre tutela y curaduría. La ley ampara al débil, cometiendo al fuerte en este encargo. De aquí se sigue, que toda tutela y curaduría dimana eminentemente de la ley; y con respecto al que la desempeña, no es otra cosa mas que el cumplimiento de la obligación constitucional de ser benéficos. La

En 1843 se creará la Comisión General de Codificación, que dará lugar al Proyecto de Código Civil de 1851. De nuevo aquí la desproporción entre ambas instituciones: si bien en este proyecto reaparece la adopción, llama la atención lo reducido de su tratamiento en comparación con el que se dedica a la tutela: la adopción no ocupará más que 8 artículos. En donde la tutela aparece definida con una clara delimitación de las obligaciones que lleva implícitas, para la adopción no hay una definición de la institución ni tampoco se establecen las obligaciones y derechos que lleva consigo, salvo lo establecido en el art. 141, en el que la adopción aparece con efectos muy limitados:

Art. 141: “*El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; pero no adquieren derecho alguno á heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural*”¹⁷.

Vemos de nuevo aquí, como en el anterior proyecto, la centralidad de la “*familia natural*”, cuya existencia se presupone, lo que en la práctica deja fuera del supuesto de la adopción a la de menores abandonados. Frente a esta regulación somera, a la institución de la tutela se le dedican 100 artículos. Entre las obligaciones del tutor el cuidado de la persona del menor aparece en primer lugar: “*El tutor cuidará de la persona del menor y la representará en todo acto civil*” (art. 218); sigue a continuación del deber de alimentos y educación (art. 220). Las funciones relacionadas con el patrimonio aparecen a continuación, ocupando, eso sí, un número mucho mayor de disposiciones.

De forma que la traducción codificada de esa consideración doctrinal que privilegiaba las funciones personales sobre las patrimoniales queda en bien poco. ¿Podríamos estar ante una operación de encubrimiento, en el que la transformación de la tutela hacia lo personal es puramente nominal, dirigida a cubrir el hueco de una adopción que se quiere eliminar del ordenamiento por todos los miedos que destapa, pero sin tener una verdadera traducción en forma de regulación?

En relación con la adopción, las *Concordancias* de García Goyena resaltan la extrañeza de su regulación, atribuyéndosela a la falta de vigencia de la propia institución: “*La adopción no está en nuestras costumbres*”¹⁸. Esas *costumbres* no incluyen, de toda evidencia, las docenas de prohijamientos que sin embargo se están efectivamente produciendo por esos mismos años en torno a las inclusas y casas

beneficencia nos obliga á prestar al desvalido aquella protección que desearíamos obtener si ocupásemos el lugar suyo”. Proyecto de Código Civil de 1821, Preámbulo, p. 23.

¹⁷ *Proyecto de Código Civil de 1851*. Publicado en *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia de la Administración*, t. X, Madrid 1851.

¹⁸ *Ibid.*, p. 148.

de expósitos en toda España, numerosas y practicadas con formalidades y caute- las suficientes¹⁹. Estas adopciones al parecer no son, para él ni para sus colegas, tales, ni tampoco dignas de tenerse en cuenta como actos jurídicos de ninguna forma; tampoco forman parte, ya lo hemos visto, de las *costumbres*. Simplemente no existen.

Ya en el proceso de redacción del Código Civil de 1889, la Ley de Bases de 1888 se muestra decididamente partidaria, en cuanto a la tutela, de mantener su regulación; respecto a la adopción, su tratamiento se emprende ya desde el recelo explícito hacia una institución que se considera peligrosa para la familia: la función del Código sería la de fijar las condiciones “para prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia”²⁰.

En el Código Civil finalmente promulgado en 1889 se mantiene esta diferen- te valoración, visible, de nuevo, incluso en lo cuantitativo: mientras que la tutela sigue ocupando un título propio, la adopción aparece aún más reducida que en el proyecto de 1851, reservándosele únicamente un capítulo dentro del título VII, de- dicado a la patria potestad. Siendo ya esta falta de acogida llamativa, lo que resulta más palmario es lo refractaria que aparece la institución en cuanto al concepto de protección. Incluso el deber más básico, el de alimentos, aparece descrito como una obligación ya no de protección, sino recíproca²¹. Desde luego de los términos de esta regulación no se infiere ninguna concepción protectora o favorable a los intere- ses del adoptado: la vigilancia y la sospecha parecen constituir el enfoque principal, junto con la formulación más cauta y restrictiva posible de los derechos en juego.

¹⁹ La bibliografía sobre este hecho es robusta: Álvarez Santaló, L.C., *Marginación social y mentalidad. Expósitos en Sevilla (1613-1910)*, Sevilla 1990; Valverde, M^a D., “El abandono y la exposición de niños en la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX: situación y reforma en la inclusa de Pamplona”, en *Príncipe de Viana*, Anejo, nº 4, 1986, pp. 93-118; Tarifa Fernández, A., “Aproximación a la práctica del prohijamiento en la casa-cuna de Úbeda (1665-1788): ¿los otros hijos?”, en Rodríguez Sánchez y Peñafiel Ramón (dirs.): *Familias y mentalidades: Congreso Internacional de Historia de la Familia: nuevas perspectivas sobre la sociedad europea*, 1997, pp. 81-91; Vassberg D. E., “Orphans and adoption in early modern Castilian villages”, en *The History of the Family*, vol. 3.4 (1998), pp. 441-458; de la Fuente Galán, *Marginación y pobreza en la Granada de la segunda mitad del siglo XVIII: los niños expósitos*, Granada 2000; Salas Auséns y Alfaro Pérez, “Inserción social de los expósitos en el Hospital de Gracia de Zaragoza en el siglo XVIII”, en *Obradoiro de Historia Moderna*, nº 10, 2001, pp. 11-27; Torrubia Balagué y Tellechea Idígoras, *Marginación y pobreza: expósitos en Salamanca (1794-1825)*, Salamanca 2004; A.M. Rodríguez Martín, “El destino de los niños de la Inclusa de Pontevedra, 1872-1903”, en *Cuadernos de estudios gallegos*, 55, nº 121, 2008, pp. 353-388; Iglesias Rodríguez J. J.: “El prohijamiento o adopción en la Edad Moderna: ley, práctica y doctrina”, en F. Núñez Roldán (dir.), *La infancia en España y Portugal: siglos XVI-XIX*, Madrid 2011, pp. 111-132, pág. 120. También nuestro trabajo Medina Plana, R., *La adopción... op. cit.*

²⁰ Base 5^a, *Investigación de la paternidad, maternidad y autorización para las adopciones de la Ley de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para la publicación de un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma*. Publicada en *Gaceta de Madrid*, 22 de mayo de 1888.

²¹ Art. 176: “El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante a ser alimentados por éste”.

Frente a la deficitaria presencia de la adopción, la tutela mantiene en el Código Civil un título propio y una regulación extensa de casi 100 artículos. Para confirmar este enorme peso específico de la tutela en el ordenamiento, su desempeño sigue apareciendo como irrenunciable y además, y esto es novedad, se establece la actuación estatal por defecto: los jueces municipales del lugar de residencia están obligados a ejercer la guarda en tanto no se nombre tutor, lo que recalca la posición de esta institución en el ámbito de la protección social. Una novedad importante es la desaparición de la curatela o curaduría; en la definición de tutela²² la alusión a “*de la persona y bienes, o solamente de los bienes*” significa que se engloba la curatela. De nuevo un giro doctrinal, este aún más inusitado, que demuestra la facilidad con que las figuras del derecho privado van mutando al albur de las necesidades de la sistemática, como parece ser este caso²³, o de los parámetros ideológicos del legislador.

El tratamiento de la adopción es una clara muestra de esto segundo: parece evidente que en esos reparos hacia la institución y su inclusión en el *sancta sanctorum* de la legislación, en el mismo Código Civil, hay bastante de prejuicio contra la institución: en tanto que acto eminentemente caritativo, que sólo se ejerce sobre los más pobres de los niños pobres y por familias también, en su mayoría, pobres, pero que sin embargo tiene unas peligrosas relaciones con la sagrada patria potestad, los codificadores tienden a olvidarlo o dejarlo de lado²⁴. La institución que finalmente se recoge en el Código aparece con una configuración ciertamente extraña: transmite la patria potestad pero no por ello rompe los vínculos con la familia de origen; por otro lado, sus efectos patrimoniales son casi nulos, al no tener el adoptado nin-

²² Art. 199: “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos”

²³ La asimilación de la curatela a la tutela en una sola figura jurídica se ha interpretado como una consecuencia de la importación de la unificación francesa de la capacidad de obrar en una sola edad, unificada por la Revolución francesa para crear una esfera de derechos para el hombre y el ciudadano: el nuevo y pujante derecho público, que requiere y fija una madurez unitaria para el ciudadano, marca el camino al privado y así esa edad única se traslada al Código civil. Con ello desaparece la justificación tradicional para distinguir entre tutela y curatela. Vid. Peset, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código Civil español”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLVII/2, marzo-abril 1971, pp. 602-672. Esta figura quedará ausente del Código Civil hasta la reforma de esta materia en 1983 (ley 13/1983 de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela).

²⁴ Así lo expresan con toda claridad los civilistas en sus síntesis doctrinales: “Como remedio de la orfandad y consuelo a las personas que no tienen sucesión, la adopción tendrá siempre de una parte la razón y a la equidad”, señala A. Falcón en su *Exposición doctrinal...*, p. 314; y unas páginas antes: “Es una institución muy ventajosa a la sociedad; porque además del bien que se produce a los que se ven sin descendencia, procura, por otra parte, a las familias de escasa fortuna los medios de asegurar una suerte feliz a sus hijos, y excita de este modo entre ellos, la noble emulación de las virtudes que ejercerán a porfía para merecer la estimación, la confianza y el interés de la beneficencia” (p. 304). “A nosotros nos parece que el autorizar esta institución puede conducir a sentimientos de humanidad y beneficencia y esta circunstancia nos decide a considerarlo de gran utilidad”, apunta Del Viso, *Lecciones...op.cit.*, p. 169.

gún derecho a suceder al adoptante, y casi tampoco a alimentos, pues le preceden en ello tanto los hijos naturales legitimados como los ascendientes.

El desprecio de los codificadores por las adopciones de expósitos tiene también un antecedente que, a pesar de la mención que vimos hacer a García Goyena sobre “*nuestras costumbres*”, se relaciona, más que con cualquier costumbre española, con la codificación francesa: el *Code* napoleónico, que recoge también una excepcionalmente restrictiva y contradictoria regulación de la adopción y que había sacado a los expósitos de esa institución, para introducirlos, por el contrario, en la regulación de otra figura. Cuál sea esta figura no puede sorprendernos a estas alturas, pues se trata, por supuesto, de la tutela, en su versión oficiosa:

*“Qualquiera persona de mas de 50 años sin hijos ni descendientes legítimos, que quiera durante la minoridad de otra, enlazarse con esta y contraer título legítimo, podrá ser su tutor oficioso, obteniendo el consentimiento de padre y madre del niño, ó del que viviere de ellos; o si ninguno de estos vive, de una junta de la familia; ó si el niño no tiene padres conocidos, de los administradores del hospicio que le haya recogido, y de la municipalidad del lugar de su residencia”*²⁵.

A estas alturas tal vez aún nos sorprenda la dirección tomada por los civilistas en España, en donde la vía estaba abonada hacia esta misma comprensión de la tutela, por parte de los numerosos autores de manuales de derecho civil que, como vimos, describían esta institución en términos asistenciales y de protección del menor. Sin embargo, nuestros codificadores no siguen ese camino. La operación doctrinal española sigue otros derroteros: la influencia francesa sirve para excluir a los expósitos de la regulación de la adopción en la codificación española, pero no para seguir, en cambio, el recurso de desviar esa práctica a la regulación de la tutela: en vez de ello, se opta por eliminar del Código, sin más, cualquier referencia específica a los menores en situación de abandono.

²⁵ *Código Civil francés*, publicado por *El Mercurio de España*, Imprenta Real, Madrid, julio 1803, pp. 56 y ss. Art. 352. Los informes preparatorios del Consejo de Estado mencionaban ya la oportunidad de regular civilmente esta situación, que sin embargo ha de ser cuidadosamente separada de la adopción: “[La tutela oficiosa] no es una promesa de adopción, no es un medio preliminar necesario é indispensable para verificarla; es un contrato que se limita al socorro que se quiere dar al menor; es un acto que completa nuestro sistema de beneficencia, que sin producir ninguno de los efectos que la adopción produce, ni ser tampoco el medio necesariamente preparatorio, es como su compañero y auxiliar”. *Exposición de los motivos en que se funda la ley relativa a la adopción y tutela oficiosa*, por M. Berlier, Consejero de Estado, en *Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Imprenta y litografía de J. Roger, Barcelona 1839, p. 385. Aún así, entre esta tutela oficiosa y la adopción se establecen numerosas pasarelas, previendo el *Code* la posibilidad de adoptar al pupilo; de hecho, si una vez llegado a la mayoría de edad el tutor no adopta al pupilo, y éste no se halla en estado de ganarse la vida, el tutor debe indemnizarle con el objeto de proveer a su subsistencia. Recordemos que, al menos en nuestro ordenamiento, esta pasarela entre tutelaje y adopción aparecía explícitamente vetada -constituyendo incluso un impedimento para la adopción- tanto en las Partidas como en la tratadística civilista.

Queda ahora resaltar los efectos performativos inmediatos de estas operaciones doctrinales. Para cuando se promulga por fin el Código Civil, la institución adoptiva, cuya “extrañeza” habían venido proclamando los civilistas, como acabamos de ver, desde principios del siglo XIX, estará en efecto casi desaparecida de la práctica²⁶. El diagnóstico del jurista es en realidad un pronóstico y se convertirá en una profecía auto-cumplida que demuestra, en este caso, que los *hechos* siguen al *derecho*: doctrinalmente dictaminada la rareza práctica de una institución, a pesar de los hechos que avalan su existencia, ésta desaparece *de facto* tras el dictamen *técnico* del codificador. La defensa de la familia cognaticia propugnada en el *Code Napoléon*, basada en el poder y autoridad exclusivos del *paterfamilias*, tiene así un efecto demoleedor en los procesos de adopción de menores abandonados, que son expulsados hacia el campo administrativo, excluyendo con ello cualquier sospecha sobre la cuestión de la transmisión de la patria potestad, que, con toda claridad, constituía el *quid* del rechazo civilista por la adopción.

El desarrollo posterior de la legislación viene a apoyar muy claramente esta interpretación: ya fuera de nuestra horquilla temporal, en la primera mitad del siglo XX se asentarán tales tendencias. Cuando en 1958 una ley orgánica venga por primera vez a modificar la regulación de la adopción incluida en el Código de 1898, después de un prolongado pero de toda evidencia no muy vital periodo de vigencia, se esgrimirá como motivo principal de la reforma el de tener en cuenta las necesidades específicas de la modalidad que se reconoce, ahora sí, como la más frecuente de adopción: la de menores abandonados, que pasará a ser el supuesto principal de la institución. La principal de esas necesidades específicas se declarará sin rebozo: reducir al máximo la vinculación entre el expósito y la familia “natural” o de origen:

“El Código Civil influido por las tendencias, entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos. Esta insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos

²⁶ Álvarez Santaló, en *Marginación social y mentalidad. Expósitos en Sevilla (1613-1910)*, tomando como referencia la Inclusa de Sevilla, menciona un descenso de casi 20 puntos porcentuales en el promedio de adopciones entre los siglos XVII y XIX del 10% sobre los expósitos ingresados; ese promedio incluiría cifras superiores al 20% en las últimas décadas del siglo XVII, que descienden hasta el 1-3% para el siglo XIX. De la Fuente Galán, en su estudio sobre la Inclusa de Granada, recoge un porcentaje del 15,7% para 1753, mientras que en 1800 ese porcentaje no llegaría al 3%. En otro lugar -Medina Plana, R., *La adopción... op.cit.*, pp. 176 y ss.- yo misma he tenido ocasión de comprobar, por lo que respecta a Madrid, el progresivo descenso de los prohijamientos formales, hasta su cese absoluto a mediados del XIX, sustituyéndose por actos administrativos.

*deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar y social en que se formó*²⁷.

Esta modificación supone una verdadera refundación de la institución adoptiva, que deja expuesta cuál era la principal dificultad de los codificadores con respecto a la misma. Cuando los civilistas de mediados del siglo XX, rindiéndose ante las evidencias del predominio numérico absoluto de las adopciones de expósitos, deciden dar el paso de abrir el Código Civil de forma expresa a este tipo de adopción, se sentirán obligados a cambiar la institución de arriba abajo. Tras certificar, de nuevo, la inexistencia práctica de la adopción -cualquier adopción- antes de la fecha, el camino queda expedito para refundar la institución, vinculándola ahora íntimamente con la infancia abandonada. Si los codificadores habían negado que las entregas de expósitos realizadas en su época tuvieran efecto jurídico, los civilistas de mediados del siglo XX integran tales procedimientos al Código, haciendo aparecer la adopción como institución intrínsecamente relacionada con los expósitos, pero totalmente desconectada del pasado. Gracias a esta desconexión, podrá reclamarse para esta nueva configuración de la institución unos efectos ampliados con respecto a la versión codificada original, en relación con la patria potestad y los derechos patrimoniales. El precio de esta ampliación es sin embargo elevado: eliminar de la ecuación, de forma absoluta, a la familia de origen. La voluntad de “cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural” se extrema hasta el punto de eliminar a ésta, también, de la tutela legítima. La operación doctrinal orquestada desde el siglo XIX en torno a los menores abandonados cobra así todos sus efectos.

²⁷ Disposición preliminar Segunda de la *Ley 25 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil*. Publicada en *Boletín Oficial del Estado* nº 99, de 25 de abril de 1958, pp. 730-738.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Butler, J., “Sovereign performatives», en *Excitable speech. A politics of the performative*, 1997 (edición en español, «Soberanía y actos performativos», www.accpa.org/numero4/index.htm);

Butler, J., Laclau, E., y Žižek, S., *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, 2003.

Caroni, P., *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid 2013.

Latour, B., 2004: “Scientific objects and legal objectivity”, en Pottage y Mundy (eds.) *Law, Anthropology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge, 2004.

Medina Plana, R., *La adopción en los albores de la codificación civil: procesos de circulación y redistribución de expósitos en la Inclusa de Madrid, siglos XVIII-XIX*, Madrid, 2015.

Medina Plana, R., “Tutela y adopción en España. Leyes, cambios y prácticas, siglos XVIII y XIX”, en García Gonzalez F. y Alfaro Pérez, F. (eds.) *Vidas tuteladas. Familias, orfandad y dependencia en la España Moderna*. Ed. Trea, Madrid, 2022.

Petit Calvo, C. *Un Código perfecto y bien calculado: el proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, 2019.

Pottage, A., “Introduction: the fabrication of persons and things”, en Pottage y Mundy (eds.) *Law, Anthropology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge, 2004.

Supiot, A., *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, 2005.

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2022.30.009>
Bajo Palabra. II Época. N° 30. Pgs: 175-192

