FRANCISCO GARCÍA GONZÁLEZ | FRANCISCO JOSÉ ALFARO PÉREZ
(eds.)

Vidas tuteladas

Familia, orfandad y dependencia en la España moderna

TREA

HISTORIA SOCIAL DE LA POBLACIÓN

Vidas tuteladas

Consejo Editorial
de la serie Historia Social de la Población

Dirección

García González, Francisco. Universidad de Castilla-La Mancha

Miembros

Alía Miranda, Francisco. Universidad de Castilla-La Mancha
Atienza López, Ángela. Universidad de La Rioja
Bellavitis, Anna. Université de Rouen Normandie, Francia
Blanco Carrasco, José Pablo. Universidad de Extremadura
Borderías Mondejar, Cristina. Universitat de Barcelona
Candau Chacón, María Luisa. Universidad de Huelva
Chacón Jiménez, Francisco. Universidad de Murcia
Fargas Peñarrocha, María Adela. Universitat de Barcelona
Franco Rubio, Gloria. Universidad Complutense de Madrid
García Fernández, Máximo. Universidad de Valladolid
Ghirardi, Mónica. Universidad Nacional de Córdoba, conicet, Argentina
González Beltrán, Jesús Manuel. Universidad de Cádiz
Guzzi-Heeb, Sandro. Université de Lausanne, Suiza
Hernández Franco, Juan. Universidad de Murcia
Igual Luis, David. Universidad de Castilla-La Mancha
Imízcoz Beunza, José María. Universidad del País Vasco
Lanzinger, Margareth. University of Vienna, Austria
López Guadalupe-Muñoz, Miguel Luis. Universidad de Granada
Mantecón Movellán, Tomás. Universidad de Cantabria
Martínez López, David. Universidad de Granada
Pérez, Béatrice. Université Paris-Sorbonne–Paris IV
Pujadas Mora, Joana María. Universitat Oberta de Catalunya
Rey Castelao, Ofelia. Universidade de Santiago de Compostela
Rodrigues, José Damião. Universidade de Lisboa
Roigé Ventura, Xavier. Universitat de Barcelona
Rosas, Claudia. Pontificia Universidad Católica del Perú
Ruggiu, François-Joseph. Université Sorbonne-Paris IV–cnrs
Sánchez García, Raquel, Universidad Complutense de Madrid
Sarti, Raffaella. Università degli Studi di Urbino, Italia
Volpi Scott, Ana Silvia. Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Vidas tuteladas

Familia, orfandad y dependencia en la España moderna

Francisco García González
Francisco José Alfaro Pérez
(eds.)

Ediciones Trea
Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Este libro forma parte de los proyectos de investigación de referencia HAR 2017-84226-C6-2-P y PID2020-119980GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033), dirigidos por Francisco García González (Universidad de Castilla-La Mancha) y Jesús Manuel González Beltrán (Universidad de Cádiz).

ESTUDIOS HISTÓRICOS LA OLMEDA
COLECCIÓN HISTORIA SOCIAL DE LA POBLACIÓN, 3

Primera edición: marzo de 2024

© Edición: Francisco García González y Francisco José Alfaro Pérez, 2024

© de los textos: sus respectivos autores, 2024

Motivo de cubierta: *Abuelo y nieto,* Nikolaos Gyzis (1842-1901)

© de esta edición:
Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha
Ediciones Trea, S. L.
Polígono de Somonte / María González la Pondala, 98, nave D
33393 Somonte-Cenero. Gijón (Asturias)
Tel.: 985 303 801 / Fax: 985 303 712
trea@trea.es / www.trea.es

Dirección editorial: Álvaro Díaz Huici
Producción: Patricia Laxague Jordán
Corrección: Almudena Zapatero
Maquetación: Almudena Zapatero
Impresión: Podiprint

D. L.: AS 00009-2024
ISBN: 978-84-19823-79-3 (Edición impresa Ediciones Trea)
ISBN: 978-84-19823-90-8 (Edición electrónica Ediciones Trea)
ISBN: 978-84-9044-652-2 (Edición impresa UCLM)
ISBN: 978-84-9044-653-9 (Edición electrónica UCLM)

Impreso en España. *Printed in Spain*

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo por escrito de Ediciones Trea, S. L.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Índice

Introducción 9
Francisco García González | Francisco José Alfaro Pérez

1. **Tutela y adopción en España. Leyes, cambios y prácticas (siglos XVIII y XIX)** . . . 17
Raquel Medina Plana

2. **Tutela y orfandad. Entre el fuero y la práctica en Aragón y Navarra (siglos XVI-XVIII)** 53
Francisco José Alfaro Pérez | José Antonio Salas Auséns

3. **Tutelados y tutores en la España centro-meridional. Parentesco, patrimonio y ciclo vital a mediados del siglo XVIII** 79
Francisco García González | Carlos Vega Gómez

4. **Emociones, intereses y dependencias. Menores, madres y maternidades ante la tutela y curatela en las familias del artesanado platero del sureste peninsular (siglos XVIII-XIX)** 111
Francisco Hidalgo Fernández

5. **Frente al desamparo: clero secular, parentesco y protección en la España moderna con algunos ejemplos de Murcia** 129
Antonio Irigoyen López

6. **Infancia tutelada. Familia y asistencia en el arzobispado de Toledo en la Edad Moderna** 157
Alfredo Rodríguez González

7. **Una aproximación a los prohijamientos en el Hospital Real de Caridad de Guadix (siglo XVIII)** 179
María José Ortega Chinchilla | Raúl Ruiz Álvarez

8. Dotar huérfanas en las islas Canarias. La obra pía de Pedro Núñez de Jaén (1682-1758) 221
Sara Barrios Díaz

9. Tutelas cruzadas. Hijas, hermanas, esposas y madres atrapadas en la red familiar (Barcelona, siglos xvii-xviii) 241
Mariela Fargas Peñarrocha

10. La minoría de edad castellana del Antiguo Régimen. El conflicto en la práctica de la tutela familiar 265
Máximo García Fernández

11. «Si fuese menor en edad»: mayorazgos, herederos tutelados y conflictividad en Andalucía (siglos xvii-xviii) 288
Isabel M.ª Melero Muñoz

Acerca de los autores 306

1

Tutela y adopción en España. Leyes, cambios y prácticas (siglos XVIII y XIX)

Raquel Medina Plana[1]

En la actualidad tendemos a valorar adopción y tutela en conjunto como instituciones dirigidas a una función protectora de menores en situación de desamparo; de ello da prueba el ordenamiento vigente, que, como resultado de esta comprensión, recoge la tutela y la adopción conjuntamente en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor[2] como «actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores». También las concibe así el Código Civil, que pone en relación el título IX: «De la tutela y de la guarda de los menores», y el capítulo V del título dedicado a las relaciones paterno-filiales: «De la adopción y otras formas de protección de menores».

Desde el punto de vista doctrinal, el razonamiento que se sigue para considerar estas instituciones conjuntamente es su común utilidad en la protección del menor: si mediante la adopción esta protección se realiza mediante la inserción en un grupo familiar que, se entiende, será conducente a una situación beneficiosa para el menor, mediante la tutela se encomienda a una o varias personas (físicas o jurídicas) la guarda y protección de persona y bienes, incluyendo además —o más bien haciendo explícitas, frente a la generalidad de la adopción, que por suponer la inclusión en la patria potestad las lleva implícitas— toda una serie de actuaciones, como la prestación de alimentos y el deber de educación, así como la representación en todos aquellos actos que sean necesarios y la administración de su patrimonio, que el menor o incapaz no podría llevar a cabo por sí mismo.

La comprensión histórica de estas instituciones es muy distinta a esta visión actual marcada por los conceptos de desamparo, guarda y cuidado. Para comprobarlo, abordaremos aquí una etapa clave de la historia jurídica: el periodo que se extiende entre los siglos XVIII y XIX, en el que se enfrentan dos modelos jurídicos

[1] Universidad Complutense de Madrid.

[2] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Título II. Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores, Cap. II: De la tutela y Cap. III: De la adopción.

y legislativos diferentes, si no contrapuestos: el ordenamiento compuesto del Antiguo Régimen, basado en la interpretación jurisdiccional de textos surgidos de la recepción medieval del derecho canónico y romano justinianeo, y la transición a un ordenamiento codificado, organizado en torno a la idea opuesta de textos legislativos exhaustivos, exclusivos y excluyentes: los códigos, dirigidos además a un ente jurídico nuevo: el individuo; eminentemente, el individuo propietario. El sismo resultante de la codificación napoleónica del derecho de familia, y su afirmación de una familia nuclear basada en el poder exclusivo del paterfamilias sobre un grupo reducido vinculado por lazos de sangre y consolidado en torno al mantenimiento del patrimonio familiar, no podía dejar de repercutir en las instituciones de la adopción y la tutela, que de una u otra forma se sitúan al margen de esa relación directa entre cognación y patrimonio.

El ordenamiento civil: leyes y doctrina

La exposición de la historia del derecho en este periodo de transición no es una tarea simple. La compleja articulación del ordenamiento en el Antiguo Régimen hace necesario que para exponer el perfil jurídico de estas instituciones debamos acudir no solo a las disposiciones y reglamentos, sino también a los formularios notariales, la manualística civilista y los proyectos codificadores. Lo demorado y accidentado del proceso codificador español hace que la misma labor de composición sea también necesaria para el siglo XIX. Nuestra intención es paliar en lo posible las dificultades de acceso a ese complejo ordenamiento, presentando una panorámica de los desarrollos realizados en cada uno de los distintos géneros, organizada de forma cronológica.

Los antecedentes: la regulación de *Partidas*

Hemos de comenzar por lo tanto con las leyes de *Partidas*, en donde estas instituciones aparecen reconocibles pero sustancialmente distintas y bastante más separadas de como las entendemos hoy en día. Ya su ubicación en la obra muestra esto con toda claridad: la adopción y el prohijamiento se ubican en la Cuarta Partida, «que habla de los desposorios y de los casamientos», al final de las exposiciones sobre filiación y justo antes de las relativas a la patria potestad; la tutela, por el contrario, se recoge en los títulos XVI a XIX de la Sexta Partida, «que habla de los testamentos y de las herencias», como colofón de las disposiciones de derecho sucesorio.[3] Dos

[3] Para este trabajo ha utilizado la edición de *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia,* Madrid, en la Imprenta Real, 1807.

ubicaciones separadas que nos dan idea de la conceptualización distinta de cada institución: vinculación con la filiación y la patria potestad de la primera, frente al contenido eminentemente sucesorio y específicamente patrimonial de la segunda.

Comencemos con la adopción o prohijamiento —las *Partidas* tienen estos dos términos por sinónimos—. Esta institución aparece en dos lugares de la Cuarta Partida. Primero en el título VII, en donde se trata como impedimento para el matrimonio entre prohijados y prohijantes. Siendo así, se proporciona una primera definición, a la que después se referirán las disposiciones relativas a esta institución:

> Porfijamiento es una manera de parentesco […] et tal parentesco como este es dicho segunt las leyes, alleganza derecha de porfijamiento que facen los homes entre sí con grant deseo que han de dexar en su logar quien herede sus bienes: et por ende resciben por fijo, ó por nieto ó por visnieto á aquel que lo non es carnalmiente.[4]

Vemos así que, aún insertada sin duda en las formas de parentesco, la institución adoptiva tiene como centro la herencia, siendo el deseo de dejar herederos lo que según las *Partidas* mueve a los adoptantes. No obstante, es entre las formas de filiación en donde se desarrolla su contenido.

En efecto, nueve títulos más adelante en esta Partida, entrados ya en el terreno de la filiación, y justo después de los títulos dedicados a los hijos legítimos y no legítimos, encontramos el título referido específica y enteramente a «los fijos porfijados», en cuyo preámbulo aparece esta definición, con la consabida querencia etimológica de las *Partidas*: «Porfijados son una manera de fijos á que dicen en latín *adoptivi*, á quien resciben los homes por fijos»;[5] y, un poco más adelante, «este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la qual pueden los homes seer fijos de otros, maguer non lo sean naturalmiente».[6] A continuación esta misma ley, tratando de explicar la institución, nos señala cuál es el supuesto más común de la adopción: el del hijo de familia, o de padres conocidos: «Et porque dan los homes algunas vegadas sus fijos legítimos et naturales á otros que los porfijen […]».[7]

Las *Partidas* incluyen una distinción básica: la existente entre arrogación y adopción,[8] centrada en la cuestión de la transmisión de la patria potestad —a la que se alude como la acción de «caer en» o «salir de» el poder del padre— y en los requisitos exigidos —fundamentalmente, la licencia del rey—, así como en la condición del arrogado —un sujeto *sui iuris,* es decir, no sometido a la patria potestad de

[4] Ley 7, título 7, *Partida* 4. De aquí en adelante usaremos la notación más común y simplificada que, para esta referencia, por ejemplo, se presenta así: *Partidas* 7, 7, 4.

[5] *Partidas,* Preámbulo título 16, 4.

[6] *Partidas* 1, 16, 4.

[7] Ibídem.

[8] *Partidas* 7, 7, 4.

nadie, frente a la condición de *alieni iuris* del adoptado—. Además de esta distinción básica, en otro título, el 16, las *Partidas* hacen otra distinción referida a la adopción en sentido estricto: la que después se denominará adopción plena y adopción semiplena, basada en la existencia o no de relación de parentesco entre prohijador y prohijante, y cuya consecuencia fundamental será, de nuevo, la transmisión o no de la patria potestad.[9]

Otra cuestión de importancia es la edad del adoptado. En la ley IV de este título: «A quáles homes pueden porfijar» se prohíbe la adopción de los menores de siete años, por no tener entendimiento suficiente para consentir; a partir de esa edad es posible, si bien es absolutamente necesaria la intervención de la autoridad: del rey, en el caso de la arrogación, y del juez, en la adopción. Ambos han de prestar su otorgamiento, sin el cual la adopción no sería posible. El motivo: evitar un posible daño al menor, que por su corta edad puede ser engañado:

> […] porque tal mozo como este que es menor de catorce años et mayor de siete non ha entendimiento complido; et otrosi non es menguado de entendimiento de todo, por ende ha meester quel porfijamiento deste atal que sea fecho con otorgamiento del rey, porque él guarde quel mozo non sea engañado.[10]

En sintonía con esta concepción del menor como falto de discernimiento se hace una profusa enumeración de las circunstancias que el poder público debe vigilar antes de otorgar su consentimiento a la adopción:

> Qué home es aquel que quiere porfijar, si es rico, ó si es pobre, ó si es su pariente ó non, et si ha fijos que hereden lo suyo, ó si ha tantos días que los pueda aun haber, et de qué vida es, et de qué fama, et otrosi debe catar qué riqueza ha el niño: et todas estas cosas catadas, si entendiere que aquel quel quiere porfijar se mueve con buena entencion para facerlo, et que será pro del mozo, debel otorgar que lo pueda fazer.[11]

Además, una vez otorgado el prohijamiento, la vigilancia pública debe continuar: se debe tomar recaudo (fianza) del prohijador, para que, en caso de que el menor muera antes de los catorce años, aquel entregue todos sus bienes a los herederos legítimos.[12]

La vigilancia, dirigida a evitar engaños y a conseguir una ventaja para el menor —ese «pro del mozo»—, es claramente el centro de la regulación. Así, otro tipo de impedimento en favor del menor está precisamente en relación con la institución

[9] Así *Partidas* 9 y 10, 16, 4.
[10] *Partidas* 4, 16, 4.
[11] Ibídem.
[12] Ibídem.

de la tutela, estableciendo la prohibición de que el tutor prohije al menor. La razón que dan las *Partidas* es que se podría sospechar mala intención en ello por parte del tutor, al no estar ya obligado, si se convirtiera en prohijante, a dar cuenta de los bienes que habría debido guardar, o a darla no tan lealmente como debiese.[13] Merece resaltarse este impedimento, que prohíbe una pasarela entre estas dos instituciones que para nosotros resulta incluso obvia: la eventual adopción del menor por parte del tutor que originalmente se hizo cargo de él. Aquí, lo que resulta obvio para el legislador de *Partidas* es la separación entre ambas instituciones, de alcance y funciones distintas y que en todo caso no resulta conveniente que se mezclen ni confundan.

De paso, se nos da ya aquí, en la regulación del prohijamiento, una primera definición del tutor: «Tutor es llamado en latín todo home que ha en guarda algun mozo con todos sus bienes fasta que es de edat de catorce años»:[14] los bienes son aquí el centro de la institución.

En su lugar propio, en la Partida Sexta, la tutela se define primeramente en relación con la herencia y los bienes heredados:

> Onde pues que en los títulos ante deste dixiemos en qué manera puede home ganar las herencias et los bienes de otro por testamento ó sin él por razón de parentesco; queremos aquí decir de cómo deben ser guardados quando aquellos que los heredan son de menor edat: et mostraremos qué cosa es esta guarda, á que dicen en latin *tutela*.[15]

Es decir, que el menor a tutelar es siempre el menor heredero; es la herencia, y no la situación de desamparo del menor, la causa de la tutela; queda claro que el bien jurídico a conservar es el patrimonio del huérfano, y solo en segundo término la persona del huérfano en sí misma. En la ley I de este título XVI, se define la tutela como la guarda del huérfano libre que no se puede ni sabe amparar por sí mismo: la tutela, se dice, se extiende tanto sobre la persona del mozo como de sus bienes. Sin embargo, el predominio de la función patrimonial sobre la de protección de la persona es claro: las obligaciones del guardador son, en primer lugar, «aliñar et guardar los bienes de los huérfanos», presentando antes inventario de los mismos ante el juez; después «deben los guardadores endereszar las cosas del huérfano que non cayan, et facer labrar las heredades et criar los ganados que fallaren en los bienes del finado» (ley 15); solo después de estas obligaciones aparecen las relativas a la persona del huérfano (ley 16), reducidas en las *Partidas* al deber de alimentos y educación y cuyo desempeño estará siempre en función de la riqueza y poder del

[13] *Partidas* 6, 16, 4.
[14] Ibídem.
[15] *Partidas*, Preámbulo al título 16, 6.

menor;[16] también los alimentos que se le deben al menor están en función de su riqueza; será además facultad del juez el establecimiento de su cuantía.[17]

Las razones por las que el tutor se puede excusar del cargo tienen también una alta incidencia de contenido patrimonial; igualmente las causas por las que el juez puede rescindir la tutela: estas no se refieren a la mala crianza o maltrato del huérfano, sino que son, en primer y eminente lugar, la mala administración de los bienes.[18]

También relacionada con la preeminencia de lo patrimonial está la regulación de la curatela, que en su formulación de *Partidas* se distingue de la tutela únicamente por la edad de las personas a quienes se dirige: mayores de catorce años y menores de veinticinco, y mayores locos o desmemoriados;[19] más allá de esta distinción, las prescripciones son las mismas para ambas formas, que se entienden unificadas bajo el término general de *guarda*.

Pero además de esta concepción eminentemente patrimonial, el otro aspecto a destacar en la regulación de la tutela por las *Partidas* es la preeminencia de los poderes públicos en el funcionamiento de esta institución. Este control se observa en los tres tipos de tutor que recogen las *Partidas* —y que veremos reproducirse en toda la civilística posterior—: el testamentario (es decir, el señalado por los progenitores fallecidos en su testamento), el legítimo (el establecido por las leyes, que básicamente es el familiar más cercano) y el dativo (el que, a falta de los dos primeros, establece el juez o el poder público). Los tres tipos están sometidos al control del juez, desde su mismo nombramiento, que es vigilado y controlado en los dos primeros tipos y directamente designado por él en el caso del tercero. Además, todos los tutores de las *Partidas* deben prestar fianza y ser discernidos ante el juez; también ante el juez están todos ellos obligados a hacer inventario.[20]

La continuidad en los formularios y tratados notariales

Durante los siglos siguientes, que recorren la Baja Edad Media y toda la Edad Moderna, se despliega en la historia del derecho el amplio periodo de la recepción del *Ius Commune,* una reformulación del derecho romano justinianeo y el derecho canónico realizada por juristas y llevada a la práctica del derecho por vía eminentemente jurisdiccional. Muy escasos serán, por lo tanto, los desarrollos legislativos; los que se den no tendrán, por otra parte, más que un corto alcance tanto en su

[16] *Partidas* 16, 16, 6.
[17] *Partidas* 20, 16, 6.
[18] *Partidas* 1, 18, 6.
[19] *Partidas* 13, 16, 6.
[20] *Partidas* 15, 16, 6.

ámbito material como de competencias y por supuesto político-territorial. Con respecto a las instituciones que venimos tratando, las novedades son muy pocas, y, por supuesto, ninguna disposición hay que trate de forma sistemática estas instituciones. Solo a finales del periodo, entre las últimas décadas del siglo xviii y el xix, aparecerán, únicamente en relación con la adopción o prohijamiento, algunas disposiciones delimitadas al ámbito caritativo-asistencial, como son las destinadas a los expósitos y a los hijos de pobres y vagos, que veremos en su lugar.

El vacío de varios siglos lo cubre otro género jurídico: los tratados notariales, que constituyen el género por excelencia de los desarrollos civilistas durante los siglos xvi a xviii, extendiéndose aún al xix, en donde se solapa con un nuevo género: el de los manuales de instituciones de derecho civil. No se trata de un género de alto nivel técnico-doctrinal: en su origen, se trata de obras de uso privado en las que se recogen modelos formularios de los tipos de escrituras más utilizados por los escribanos. Pero si interesa traer estas obras aquí es precisamente porque estas características marcan el apego de este género a la práctica y a la realidad social y económica a la que sirve.[21]

El primer dato a subrayar es la recurrencia en este género notarial de nuestras figuras: la tutela aparece en todos ellos, sin excepción; la adopción o prohijamiento en la mayoría, con contadísimas excepciones. Esta persistencia sería una prueba de la continuidad de estas instituciones, dada la función práctica de los tratados, orientada a proporcionar formularios a los notarios para su uso directo.

Pero, además de los formularios, los tratados presentan, sobre todo a partir del siglo xvii, una parte doctrinal, de continuación y desarrollo de unos razonamientos jurídicos sobre las instituciones que tratan. La continuidad o incluso inercia de este tratamiento doctrinal es grande, dada la permanencia del referente legal para la doctrina privatista castellana: las *Partidas*, baluarte primordial del ordenamiento desde el siglo xiv y fuente casi exclusiva de los civilistas de los tratados.[22] No obstante esta continuidad de base, también se puede apreciar una clara evolución de determinados aspectos, que nos resultará de gran interés, ya que constituye una prueba adicional del vigor de estas instituciones durante estos siglos.

[21] J. Bono destaca que el surgimiento de esta literatura es producto directo de las necesidades de la sociedad, sirve de base al trabajo diario de los escribanos y está orientada a la resolución de problemas concretos de la escrituración. Véase J. Bono Huerta (1979): *Historia del Derecho Notarial, vol. I,* Madrid, p. 208; S. Gómez Navarro (2001): «La letra y el espíritu de la letra: notario, formulario notarial e Historia», en *Tiempos Modernos. Revista Electrónica de Historia Moderna,* vol. 2, n.º 4, p. 27; J-Y. Sarazin (2002): «L´Historien et le Notaire. Acquis et perspectives de l´étude des actes privés de la France Moderne», *Bibliothèque de L'École des chartes*, t. 160, pp. 229-270.

[22] La exclusividad no es total: en algunas pocas ocasiones se encuentran en los tratados citas del *Fuero* —el *Fuero Real* o, más raramente aún, las Leyes de Toro—. En los dos tratados catalanes analizados —el de Comes y el de Gibert—, el referente legal es directamente el derecho justinianeo, sin que ello sea motivo de diferencia alguna en el tratamiento de las instituciones que nos interesan.

En continuidad con el ordenamiento de referencia, la ubicación de las respectivas figuras se mantiene en los tratados como aparecía en *Partidas*: claramente separadas y en partes sistemáticamente diferentes: la tutela y curatela entre las disposiciones sucesorias y la adopción entre las reglas de filiación.

El segundo rasgo a resaltar es la diferente proporción del tratamiento que, como también ocurría en las *Partidas*, se le dedica a una y otra institución: además de siempre presente —lo que no ocurre, como hemos visto, con la adopción—, la tutela se encuentra mucho más desarrollada que esta figura, en una proporción aproximadamente de diez veces más.

Entre toda esta continuidad hay elementos que contrastan con la redacción alfonsina. En relación con la tutela, el de la mayor relevancia es la ausencia, casi sin excepción, de cualquier mención a las obligaciones para con la persona del menor. En las *Partidas* vimos que, para el caso de la tutela, a pesar de que las patrimoniales eran sin duda las predominantes, también se contemplaban las obligaciones relativas a la persona del huérfano, si bien reducidas al deber de alimentos y educación. Pues bien, en los tratados notariales más antiguos desaparecen totalmente estas obligaciones de alimentos y educación: los formularios, por muy casuistas que en ocasiones aparezcan, detallando innumerables declinaciones de las obligaciones para con el patrimonio menor, no recogen ni 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. Con una sola excepción —la del tratado de Sigüenza (1663)—,[23] habrá que esperar al siglo XIX para que empecemos a ver algún cambio en esta comprensión de la tutela, claramente volcada hacia la salvaguarda del patrimonio del tutelado; tendremos ocasión de comprobarlo en el siguiente apartado.

En relación con la adopción, la continuidad con el modelo de *Partidas* es también considerable: del referente legal común procede la concepción, presente en prácticamente todos los tratadistas que incluyen desarrollo doctrinal, de la institución adoptiva como doble, bifurcada entre la arrogación y la adopción. Esto hace que todas las exposiciones teóricas se estructuren en torno a esta distinción, de ascendencia romana y cuyos rasgos anacrónicos son indudables: la necesidad de autorización real para la arrogación nos revierte a un acto de extraordinaria solemnidad; su misma concepción, basada en la tradición romana para atender a

[23] Pedro de Sigüenza (1627): *Tratado de cláusulas instrumentales, útil y necesario para jueces, abogados y escribanos,* Madrid. Manejamos la edición impresa en Madrid, por Melchor Sanchez, 1663. En este tratado, las primeras cuestiones a resolver en relación con el «Oficio de Tutores» son las de si estos tienen la obligación de «doctrinar, y enseñar la virtud à los dichos menores; enseñar, si deben el Tutor, y Curador à sus menores el oficio, ò facultad de que se inclinaren, segun su hacienda y calidad». Tras ellas, las siguientes cuestiones a discernir ya entran dentro de la órbita patrimonial.

la adopción de adultos *sui iuris,* es muy posible que, al menos en la tradición legal castellana, careciera ya de referente práctico en las postrimerías de la Edad Moderna.[24] También anacrónica es la adopción, ya que se contempla limitada a personas bajo la patria potestad de sus ascendientes, o «hijos de familia». Desde luego, ninguna de estas dos figuras puede aplicarse a los menores en situación de abandono o desamparo, a quienes hoy en día consideramos como los principales candidatos a procesos de adopción. Otros rasgos presentes en los desarrollos teóricos nos devuelven a ese mismo anacronismo, como por ejemplo la excepción a la prohibición de adoptar relativa a las mujeres, basada en el caso de haber perdido algún hijo «en batalla en servicio del Rey, o en hazienda de su Consejo», y de nuevo circunscrita a la concesión real; o la inclusión del ritual de agradecimiento que ha de efectuar el prohijado, de rodillas y besando las manos del prohijante.

Sin embargo, si la inercia y la falta de contacto con la realidad es perceptible en la parte doctrinal de los tratados, la parte formularia, más apegada a la realidad social de la institución y en donde mejor se puede rastrear la vigencia efectiva de la misma, viene en muchas ocasiones a contradecir ese anacronismo. Así, la institución adoptiva que aparece reflejada en estos formularios presenta no pocas diferencias con respecto a la que perfilan los desarrollos doctrinales, aún los del mismo autor. De entrada, la parte práctica de los tratados no parece tener en cuenta la distinción entre arrogación y adopción, prescindiendo de forma casi absoluta de la primera. El supuesto más repetido en los formularios, y el que claramente aparece como dominante, es el de la adopción de un menor acordada por dos adultos: el padre legítimo y el prohijante, entre los que no existían relaciones de parentesco; tipo que, a partir del xviii, se empieza a conocer como adopción semiplena. Pero además de esta adopción-tipo, con frecuencia aparece un tipo secundario de escritura, referido al prohijamiento de un menor huérfano o sin padre legítimo, y por lo tanto *sui iuris*. Dada esta última condición, se podría entender que estamos ante una arrogación; la edad del prohijado, sin embargo, no coincide con el tipo romano, que tampoco recoge específicamente la condición de huérfano. Estaríamos aquí, si hemos de hacer caso a los romanistas, ante una variante vulgar, posclásica, de la arrogación, mediada por la influencia oriental y cristiana del Bajo Imperio de Diocleciano y Constantino, y que extendió la posibilidad de ser adoptados a menores de doce y catorce años cuyos padres hubieran muerto, apareciendo entonces con una cierta

[24] Es posible que en otras tradiciones legales, como la de Aragón o Navarra, y debido fundamentalmente a sus especifidades sucesorias, se pudieran seguir celebrando arrogaciones, como las que recoge Joaquín Costa para el Alto Aragón: J. Costa (1981): *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (introducción de L. Martín-Retortillo), vol. I., cap. 12, «Donados», Zaragoza, pp. 267 y ss.; en el derecho navarro, véase F. J. Fernández Urzainqui (1990): «Adopción y prohijamiento en el derecho civil navarro (Comentario a las leyes 73 y 74 del *Fuero Nuevo*)», en *Revista Jurídica de Navarra*, 9, p. 83.

función tuitiva o asistencial sobre los mismos.[25] Sin embargo, la denominación de arrogación no aparece en ningún caso en los formularios; tampoco refleja este tipo secundario los requisitos específicos de la arrogación, como la necesidad de la licencia real; en cuanto a los efectos particulares que doctrinalmente se le señalan a la arrogación, fundamentalmente, la transmisión de la patria potestad, los formularios parecen tender a darla por sentada, si bien de manera no explícita.[26]

Relacionada con la patria potestad hay otra cuestión digna de subrayar y que se extiende tanto a la adopción como a la tutela: la posición de la mujer en estos tratados en relación con la posibilidad de prohijar o de ser tutora, que en conjunción van a mostrarnos una buena parte de la situación de la mujer en la legislación del Antiguo Régimen.[27] La situación marcada en las *Partidas* es clara: respecto a la adopción, prohijar solo pueden los hombres libres *sui iuris*; por eso,

> […] ninguna muger non ha poder de porfijar, fueras ende en una manera, si hobiese perdido algunt fijo en batalla en servicio del rey […] ca si por esta razón quisiese porfijar á otro por haber conorte de aquel que perdió, puédelo facer con otorgamiento del rey, et non de otra guisa.[28]

A pesar de este rechazo sin paliativos a la posibilidad de que la mujer pueda prohijar, los tratadistas, hasta muy avanzado el siglo XVIII, dejan entrever una actitud mucho más laxa al respecto: en muchos casos no aluden a esta cuestión en la exposición doctrinal; en otros casos mencionan la prohibición, pero dejando caer alusiones al *Fuero Real* que ponen en duda que esta se aplique;[29] mientras que

[25] Véase L. Lara Sáenz (1968): «La *Adrogatio Impuberis* (lineamientos históricos)», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 2-3; C. Fayer (2005): *La familia romana*, Roma, p. 207; S. Ruiz Pino (2021): *La vertiente iuspublicista de la institución adoptiva en derecho romano y su proyección en el derecho español,* Madrid.

[26] Así, Monterroso, que presenta un único formulario de «prohijamiento», referido a la adopción de un menor convenida por su padre, extraño a la familia del prohijante, menciona entre los efectos de este acto la «entrega en poder» del prohijador; González de Torneo, en el supuesto de adopción de un menor que tiene padre legítimo, destaca como efecto de esta el que el prohijante lo «tendrá como hijo»; Ribera, a pesar de mencionar en su desarrollo teórico-legislativo inicial la doctrina restrictiva de las *Partidas*, recoge en sus escrituras, tanto en la de adopción como en la de arrogación, que ambas surtirán como efecto la «entrega como hijo adoptivo», por la que pasan a poder del prohijante tanto la persona del menor como sus bienes. Argüello y Melgarejo son los más explícitos, y en sus escrituras de «prohijación», que son de hecho adopciones de hijo de extraño, especifican que el padre legítimo «se aparta del dominio y patria potestad» (Argüello) o «se desiste del dominio y patria potestad» (Melgarejo).

[27] A. Merchán (1976): *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV*, Sevilla, pp. 148-159. Sobre la condición jurídica de la mujer en el derecho histórico, véase A. García-Gallo (1982): «La evolución de la condición jurídica de la mujer», en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, pp. 149-166; E. Gacto (1988): «Entre la debilidad y la simpleza. La mujer ante la ley», en *Historia 16*, 145, pp. 24-32, y más recientemente, «Imbecillitas sexus», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, 2013, pp. 27-66.

[28] *Partidas* 2, 16, 4.

[29] Es el caso del primero de nuestros tratadistas, Monterroso, que, tras mencionar que la prohibición de las mujeres para prohijar tiene como salvedad el que haya perdido un hijo en la guerra, en cuyo caso «puede la muger prohijar con licencia del Rey, y no de otra manera, aunque la ley del fuero dize lo contrario». En el mismo sentido, el *Tratado* de Palomares.

en los formularios en casi todos los casos las mujeres aparecen en las escrituras al lado del marido.

Sin embargo, ese enfoque más laxo hacia la posibilidad de la mujer prohijante se va a transformar de forma radical en los tratadistas de finales del xviii y en los del xix, que de forma sistemática se van a hacer eco en sus exposiciones doctrinales, y esta vez sin ningún tipo de reservas de la prohibición establecida en las *Partidas*. El impedimento pasará a ser absoluto, salvo los casos mencionados de pérdida de un hijo, ahora «al servicio de la Patria», y con licencia del rey. Además, esta deriva presenta un importante deslizamiento en la justificación doctrinal que se hace de este impedimento. Así, la prohibición aparece relacionada ya no con las razones expresas en las *Partidas* —que el prohijamiento favorezca la posibilidad de que las mujeres sean engañadas o engañen a los hombres—,[30] sino con un nuevo factor «romano» que ahora se trae a colación: la incapacidad de estas para ejercer la patria potestad.[31]

En la tutela y su figura paralela de la curatela sucede algo semejante en relación con la posición de la mujer. Vetada también por las *Partidas*, que le prohíbe el ejercicio de la tutela junto a los mudos, sordos, desmemoriados, dilapidadores, personas de mala fama y menores de veinticinco años, incluso la tutela sobre los propios hijos se contempla como una excepción, que será además vigilada muy especialmente en relación con la posibilidad de que advengan unas segundas nupcias; esta circunstancia inhabilitaría inmediatamente a la madre como tutora.[32]

Frente a esta postura restrictiva, los formularios de tutela acogen mayoritariamente, como caso primordial, el de la madre viuda, si bien mencionando siempre la inhabilitación por segundas nupcias.

Otro aspecto igualmente trascendental es el de las consecuencias sucesorias de los prohijamientos. Como vimos, las *Partidas* otorgan sin duda al adoptado la calidad de heredero universal del adoptante:

> Síguese esta pro al porfijado, que hereda todos los bienes de aquel quel porfijó si moriere sin testamento et non hobiere otros fijos, et si los hobiere, partirá con ellos, et habrá su parte como qualquier dellos.[33]

En los tratados, al igual que ocurría con la transmisión de la patria potestad, hasta bien entrado el siglo xviii la cuestión parecía darse por sobreentendida, pues

[30] «Ca si ellas lo pudiesen facer, podria ser que las engañarian los homes, *ó* ellas *á* ellos, de manera que nasciera mucho mal».

[31] Así, en la *Biblioteca de Escribanos* de Ortiz de Zúñiga: «Pero la mujer no puede adoptar á ninguna persona á no ser con licencia real, y esto solo en el caso de haber perdido algun hijo en el servicio del estado, y nunca adquiriendo la patria potestad, por ser negada á este sexo».

[32] *Partidas* 4, 16, 6.

[33] Ley 9, tit. 16, Partida 4.

estaba del todo ausente en los desarrollos teóricos con que solían acompañar a sus formularios notariales, apareciendo reconocida sin embargo de forma tácita en la escritura. En efecto, en todos los formularios se establece unánimemente que los prohijados, tanto arrogados como adoptados, serán declarados herederos universales de sus prohijantes. Es más, en los primeros tratados la institución de la herencia aparece intrínsecamente ligada, como hacían las *Partidas*, a la declaración de prohijamiento.[34]

A partir del XVIII los aspectos sucesorios se empiezan a perfilar con mucha mayor precisión en la parte teórica de los tratados, haciéndolo al amparo de dos polos distintos: por un lado el progresivo perfilamiento de la distinción ya vista entre arrogación y adopción y, por otro, la entrada en juego de otra condición: la existencia de herederos forzosos. Se observa una evolución muy clara en la admisión de esta circunstancia como impedimento para la adopción, en dirección hacia la progresiva obstaculización de la práctica adoptiva. En algunos casos se cita como base legal de este perfilamiento las restricciones a la sucesión recogidas en las Leyes de Toro, siendo la solución más generalizada la de que en la arrogación, si no hay hijos, se tiene derecho a un cuarto de la herencia; si los hay, solo al quinto de libre disposición. En cuanto a los adoptados, serán herederos universales si no hay hijos, en caso de que el adoptante muera *ab intestato;* en el caso de que los haya, solo tendrán derecho al quinto de libre disposición. En otros se citará el *Fuero Real,* que presenta en este extremo una disensión con las *Partidas*: si en estas, como acabamos de ver, la cuestión de la existencia o no de hijos no resulta muy relevante, el *Fuero* la recoge como impedimento para la prohijación.[35] Pero aquí, al contrario de lo que sucedió en otro caso de disensión entre la doctrina de *Partidas* y la del *Fuero,* el recientemente visto de impedimento para la mujer —saldado con el absoluto olvido de lo dispuesto en el *Fuero Real*—, en esta cuestión sucesoria será la doctrina de este último la que se hace fuerte entre los tratadistas. Queda claro con ello que el criterio doctrinal elegido parece ser siempre el que presentara la opción más restrictiva, con independencia de la autoridad formal de las leyes citadas.

[34] Así en la *Prática Civil y Criminal* de Monterroso: «y el dicho fulano prohijador dixo, que lo recibia é recibio por su hijo adoptiuo, para que despues de sus dias el dicho fulano suceda en sus bienes y herencia, muebles y rayzes, y semouientes, derechos y acciones, y en todos ellos enteramente»; en la de González Torneo: «Y el dicho Doceo recibio y adopto por hijo al dicho Fancio, para que aya y suceda en sus bienes». Formulaciones semejantes pueden encontrarse en el resto de los tratados.

[35] *Fuero Real,* 4, 22, 1 concede el derecho de adoptar «á todo home varon que no hobiere fijos ó nietos legítimos, quier sea el adoptado varon, quier muger, con tal que pueda heredar, pero que si luego tiene hijos legítimos estos hereden lo suyo y él solo reciba del quinto lo que quisiera darle».

La instancia precodificadora: los manuales de instituciones de derecho civil

Llegado el siglo xix el género de los tratados evoluciona hacia el género de manuales de derecho civil, obras de características bien diferentes ya que su naturaleza es en principio propedéutica, si bien, dada la paralela decadencia del género de los tratados y formularios notariales, cobrarán también importancia en la práctica civilista.

Estos manuales presentan numerosas novedades en relación con la tutela y la adopción. La primera es que en ellos nuestras instituciones aparecen tratadas en contigüidad, frente a la ubicación clásica, copiada de las *Partidas* y separada en títulos distintos dedicados respectivamente a sucesiones y a filiación. ¿Cuál de las dos instituciones se ha desplazado? Sin duda, la tutela, que abandona su anterior posición en el derecho sucesorio y pasa a situarse junto con el prohijamiento entre los modos de adquirir la patria potestad, con una cercanía muy especial a la legitimación. Este desplazamiento confirma, además de la separación de la adopción de las formas contractuales de aprendizaje y pupilaje, por esa época ya en clara recesión, el giro del objetivo de esta figura en relación con el poder paterno: si antes se entendía próxima a las formas de salida de este poder, ahora se contempla como forma de entrada en ese poder. El foco pasa de estar sobre la relación entre el menor y su padre legítimo a situarse sobre la relación entre el menor y el padre adoptante: queda claro, así, que la preocupación fundamental es la de determinar las consecuencias en relación con la patria potestad.

El segundo contraste de importancia es el cambio que experimenta la comprensión de la tutela. Mientras que, como vimos, en el largo periodo dominado por la literatura notarial, del siglo xvi al xviii, esta figura viene marcada tanto en la definición como en el contenido por su función patrimonial, en el siglo codificador comienza a aparecer una nueva concepción basada en su función para con la persona del tutelado. Se trata de una transformación súbita, en total contraste con lo visto hasta el momento y que una vez iniciada se expande rapidísimamente: los primeros ejemplos aparecen en la década de los veinte, y ya a partir de los años cuarenta 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.

Consecuencia directa de la consideración de la tutela como dirigida principalmente al cuidado de la persona aparece también la distinción entre tutela y curatela en función del tipo de obligaciones: primordialmente hacia la persona en la tutela; hacia el patrimonio del menor para la curatela. Se trata de otra novedad decimonónica: hasta ahora todos los tratados basaban la diferencia entre tutela y curatela,

siguiendo el criterio de las *Partidas*, únicamente en la distinta edad de los pupilos: hasta los catorce (en el caso de los varones) y los doce años (las mujeres) los menores entran bajo la tutela; a partir de esa edad, hasta los veinticinco, en la curaduría o curatela. La concepción de la curatela definida por una función exclusivamente patrimonial es, por lo tanto, un concepto propio del siglo XIX, que veremos imponerse de forma rápida e inexorable en la civilística.

Con esta nueva consideración de la tutela centrada en la «defensa» de la persona del menor, en contraste con la dominante en los siglos anteriores, desarrollada únicamente en sus funciones patrimoniales, se entra en otro ámbito semántico: ahora su razón de ser es el cuidado y protección del menor. Es este último término, *protección,* el que se impone en las definiciones de tutela a partir de los años treinta 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.

> La suprema autoridad ha tomado á su cargo la proteccion y defensa de los pupilos, y en su consecuencia obligado a todos los ciudadanos como tales a desempeñar el cargo de guardadores, y a aquellos a obedecerlos, como representantes del supremo poder: de aqui es que la tutela se cuenta entre los cargos públicos personales. De la misma manera, procurando siempre que se hiciesen compatibles el mejor afecto de los guardadores y guardados, establecieron una escala de tutores, dando un derecho preferente á aquellos en quienes el origen ó nombramiento hiciera presumir mas afecto.[36]

Términos hasta ahora nunca vistos, como *protección* y *afectos,* aparecen en el centro de su desarrollo. Dado que estos conceptos se corresponden bien con nuestra visión actual de estas instituciones, es necesario aguzar el sentido histórico-crítico sobre ellos, reparando en lo tardío de su aparición —segundo tercio del siglo XIX—; el contraste casi radical que presentan con anteriores concepciones y la rapidez —casi brusquedad— con la que se imponen, a partir de su aparición, en toda la literatura civilística.

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 público. 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»:

> El cargo de tutor, como puede inferirse de la definicion que dimos de la tutela**,** no está reducido a la simple administracion de los bienes del huérfano, sino á cuidar ademas de la persona de este, y dirigir su educacion de un modo que corresponda á

[36] Vicente Hernández de la Rúa (1838): *Lecciones de Derecho Español,* Tomo I, Madrid, Imprenta de don Salvador Albert, pp. 126 y ss. y 188 y ss.

su nacimiento y sus recursos. 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 confia la Ley.[37]

Sin embargo, el paralelo entre el cargo del tutor y el lugar del padre se pone en cuestión, negándolo con toda claridad en una situación específica: la de la tutela sobre el expósito.

Es indubitable que la suprema guarda de los huerfanos reside en nuestros Reyes, y sus Magistrados, quienes han querido tomarla baxo su amparo, celo y proteccion […]. Por lo que no hemos de suponer en los tutores aquella potestad, y dominio absoluto, que las Leyes Romanas les concedían; por razon de no ser entre nosotros la tutela figura, y remedo de aquel alto grado de patria potestad, que los padres tenian sobre sus hijos, sino mas bien una proteccion del menor, exercitada por los tutores en nombre del Soberano, ó Magistrado, á quien está encomendada la guarda de los huérfanos.[38]

También, en este mismo sentido, la afirmación de que la tutela de los expósitos no se debe tratar en sede privada, por ser objeto del derecho público:

No tratamos de la tutela de los hijos de nuestros Soberanos, porque esto mas pertenece al Derecho público Español.[39]

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 como una extensión de la beneficencia pública y, por tanto, materia de derecho administrativo:

La institucion de la tutela es altamente humanitaria y benéfica, pues que sin ella quedarian abandonados sin direccion ni amparo los huérfanos, en la edad en que nada pueden por si mismos, y en que su capacidad y fuerzas, aun no desarrolladas, necesitan una proteccion mas inmediata que la de las leyes. Podemos definirla: un poder de proteccion à las personas y bienes de los huérfanos impuberos que por su edad no pueden dirigirse […]. Al Estado corresponde la guarda suprema de los huérfanos y su obligacion se estiende á procurar medios de educacion y de subsistencia á todos los que han

[37] Cirilo Álvarez Martínez (1840): *Instituciones de Derecho Civil,* Valladolid, Imprenta de Julián Pastor, pp. 59-60.

[38] Ignacio de Asso y Miguel de Manuel (1806): *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, por los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por Joaquín María Palacios, Tomo I, 7.ª ed., Madrid: Imprenta de Tomás Albán.

[39] Ignacio de Asso y Miguel de Manuel (1806): *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, por los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por Joaquín María Palacios, Tomo I, 7.ª ed., Madrid: Imprenta de Tomás Albán.

perdido ó no han conocido á sus padres, asunto en que no nos ocuparemos por pertenecer mas al derecho administrativo.[40]

Frente a esta revalorización de la tutela como institución de protección del menor, la adopción sufrirá 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, peligrosa:

> Examinada la causa ocasional de esta prohijacion, se alcanza desde luego su inutilidad para con la sociedad, y en algunos casos su perjuicio […]. 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 permision, se ven raras veces solicitudes de esta especie.[41]

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 tradicional. La «adopción de expósitos» aparecerá categorizada como «otra clase de adopción»; una que, según se afirma, habría aparecido en los últimos tiempos, y de la que se destaca su carácter humanitario. Además de su funcionalidad, el rasgo más destacado con que se presenta en los tratados es su relativa informalidad, que la sitúa en contraste con la progresivamente compleja adopción. Subrayan todos los autores la ausencia de impedimentos en esta «clase de adopción»: pueden solicitar esta adopción tanto hombres como mujeres, tanto solteros como casados; el niño puede ser infante o recién nacido —no existe la exigencia la edad mínima de siete años, necesaria para que pueda prestar el consentimiento, que es condición de los prohijamientos en los tratados en todas las épocas—; los adoptantes no necesitan gozar de buena fama, ni de medios económicos: basta con que de ellos «se pueda esperar que van a dar buena educación» al expósito. Se deja claro que este tipo de adopción no constituye la patria potestad, y los aspectos sucesorios ni siquiera se mencionan. Sin embargo, todos los autores insisten en

[40] Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán (1870): *Elementos de Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación Española,* 9.ª ed., Tomo I, Madrid: Librería de Sánchez, pp. 530 y ss.

[41] Vicente Hernández de la Rúa: *Lecciones…*, o. cit., pp. 126-127.

un deber específico que el así adoptado tiene para con sus padres adoptivos: el de honrarlos y reverenciarlos.

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, reparemos en 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, como 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.

No podemos dejar de resaltar lo ideológico de este giro doctrinal: apoyándonos en el análisis que de la práctica de dichas adopciones realizamos en otro lugar,[42] sabemos que, al contrario de lo que afirma la doctrina en este punto, las adopciones de expósitos ni eran nuevas, por haberse venido haciendo a lo largo de todo el Antiguo Régimen, ni tan informales como se predica, recogiéndose en los archivos numerosos ejemplos de escrituras de adopción de expósitos ajustadas a las formalidades notariales. Sin embargo, como también tuvimos ocasión de comprobar, esa desconexión entre práctica y doctrina desaparecerá por la vía menos esperable: será la práctica la que termine ajustándose a los avances doctrinales, de forma que, a partir de estos mismos años, los prohijamientos formales de expósitos desaparezcan efectivamente, para ser sustituidos por actos administrativos.

Sede codificadora: proyectos y Código Civil

La codificación civil española, como sabemos, es un proceso accidentado y prolongado: aunque se inició relativamente temprano, no dio frutos hasta muy tarde, se dilató hasta 1898 la promulgación del Código Civil. Resulta necesario por ello tratar los diferentes proyectos que se sucedieron a lo largo del siglo, como pasos de la transformación de las instituciones que nos ocupan.

Si en la etapa gaditana, a pesar de que la obligación codificadora se recogía en la Constitución de 1812, no se avanzó de forma efectiva en la elaboración de ninguno de los códigos previstos, en el siguiente periodo revolucionario, el denominado Trienio Liberal, además de completarse un Código Penal, la materia civil fue objeto de un

[42] Raquel Medina Plana (2015): *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.

enorme impulso que tomó forma de un proyecto de código,[43] si bien el esfuerzo no llegó a puerto, en gran medida por la ambiciosa concepción de la obra, que incluía también la materia administrativa.

En relación con nuestras instituciones, el proyecto de Código de 1821 presenta algunas características que ya vimos desarrollarse en la manualística. En primer lugar, es de notar la desaparición de la adopción o prohijamiento, figura que está absolutamente ausente en este proyecto. La tutela, sin embargo, aparece ampliamente tratada en un título propio situado inmediatamente después de las disposiciones sobre filiación y patria potestad, en el lugar que en la sistemática civilista anterior, desde las *Partidas*, ocupaba la adopción, y aparece definida ya como instrumento de protección. Esta función se había explicitado en el preámbulo, ligándola incluso a la beneficencia:

> 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 beneficencia nos obliga á prestar al desvalido aquella protección que desearíamos obtener si ocupásemos el lugar suyo.[44]

La tutela se define como «el encargo de cuidar y proteger las personas y los bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y de madre»; la curaduría, por su parte, se define como «el encargo de proteger y cuidar los bienes, y aun las personas en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos» y de quienes se encuentren incapacitados para «administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral». Las obligaciones correspondientes a ambas figuras son comunes, y se resumen en, primeramente, cuidar con esmero del protegido y, en segundo lugar, administrar sus cosas con la diligencia propia de un buen padre de familia.

Si bien todos los tutores han de prestar juramento ante el alcalde, ante quien se deben practicar todos los actos acerca del nombramiento, aceptación, fianza y discernimiento del cargo, con la presencia además de un escribano público, la vigilancia de la autoridad se relaja considerablemente: tanto los tutores nombrados en testamento por el padre como los tutores legítimos están relevados de prestar fianza.

Treinta años después de este proyecto de signo liberal progresista, y ya a cargo de la Comisión General de Codificación creada en 1834, se elaborará el proyecto de Código Civil de 1851. A diferencia del de 1821, este proyecto va a tener un enorme

[43] Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión especial de las Cortes. Impreso de orden de las mismas. Imprenta Nacional, 1821.

[44] Proyecto de Código Civil de 1821, Preámbulo, p. 23.

peso en el código que definitivamente se promulgará, casi cuatro décadas más tarde, por lo que conviene que nos detengamos más en su análisis.

En este nuevo proyecto hace su reaparición la figura de la adopción, si bien se mantiene la desproporción entre ambas instituciones a favor de la tutela: un título completo con nueve capítulos y cien artículos para la tutela, frente a los ocho artículos con los que se despacha la adopción. Mientras que 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. A este respecto únicamente se establece la facultad para el adoptado de usar el apellido del adoptante y la obligación recíproca de alimentos, así como la inexistencia de derecho alguno a la herencia, conservando el adoptado «los derechos que le corresponden en su familia natural». Ninguna vigilancia por parte de las autoridades públicas queda prevista: una somera presentación ante el alcalde y la posterior consignación en una escritura ante notario serán suficientes para otorgar valor a este acto.

Frente a esta regulación somera, la institución de la tutela aparece cuidadosamente tratada. Definida como «la guarda de la persona y bienes del menor que no esté emancipado, ni sujeto a la patria potestad», entre las obligaciones del tutor el cuidado de la persona del menor aparece en primer lugar, seguido del deber de alimentos y educación. Las funciones relacionadas con el patrimonio aparecen a continuación, ocupando, eso sí, un número mucho mayor de disposiciones.

La gran novedad de esta visión codificadora es la forma en la que se establece la vigilancia sobre el tutor: en concordancia con la primacía de la familia y el poder del *pater familias* como piedra angular de todo el derecho civil, perceptible en todo el articulado, el papel central de los poderes públicos en la vigilancia ejercida sobre el tutor se sustituye ahora por el protagonismo total de una institución inédita hasta el momento: el consejo de familia. Se trata de una novedad importada de la codificación francesa, cuya introducción se justifica en la naturaleza protectora de la familia, así como en un cálculo material: cuidarán mejor de los tutelados quienes tengan mayores esperanzas de heredarlos.[45] Estará compuesto por los cuatro parientes más allegados del menor, dos por la línea paterna y dos por la materna, y se prevé que lo presida el alcalde de la localidad de domicilio del menor. El protagonismo de este órgano es total: prácticamente todas las funciones del tutor, tanto

[45] «La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor los que le tocan mas de cerca por los vínculos de la sangre; y a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega respecto de los bienes el interés que deben tener por su conservación y fomento los que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos. Es moral este pensamiento, porque lo es en cuanto sigue el orden de los afectos o sentimientos de la naturaleza y procura su desarrollo; es además político y social, porque conserva y aviva el espíritu de familia, alejando en lo posible y razonable la intervención judicial», García Goyena: *Concordancias…*, o. cit., p. 187.

las relacionadas con la persona como con el patrimonio del menor, requieren en este proyecto la autorización de este consejo de familia.

Además de este novedoso consejo de familia, aparece otra figura igualmente inédita: la del protutor, nombrado por el consejo de familia y dirigido, como este, a supervisar y controlar la actividad del tutor.

Por último, dos novedades de gran importancia que, sin embargo, como veremos a continuación, desaparecerán de la redacción definitiva del código. En primer lugar la curaduría, que en este proyecto ocupa un título aparte, el X, definida ya como institución dedicada al mayor de edad y con el objeto de administrar no a su persona, sino únicamente sus bienes. Por otro lado, se establece con toda claridad que la tutela de los expósitos recae sobre los «jefes de las casas» (art. 271), en alusión a los directores de las casas de maternidad creadas por decretos anteriores.

Finalmente promulgado en 1889, el Código Civil presenta pocas novedades en relación con las figuras de nuestro estudio respecto al proyecto de 1851, si bien alguna de ellas, como la desaparición de la curatela, son de peso.

Mientras que la tutela sigue ocupando un título propio, la adopción aparece aún más reducida que en el proyecto de 1851 —que como dijimos la recoge de forma residual, tras haber desaparecido del proyecto de 1821—, reservándosele únicamente un capítulo dentro del título VII, dedicado a la patria potestad. Es una regulación sumaria, de ocho artículos, en la que, como ocurría en el proyecto, no hay una definición de la institución ni tampoco se establecen las obligaciones y derechos que lleva consigo. Lo que con toda claridad se aprecia es un tratamiento fundamentalmente restrictivo en cuanto a sus efectos:

> El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya este obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad.[46]

Incluso el deber más básico, el de alimentos, aparece descrito como una obligación ya no de protección, sino recíproca:

> 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 este.[47]

[46] Código Civil de 1889, art. 177.

[47] Ibídem, art. 176.

Desde luego de los términos de esta regulación no se infiere una concepción protectora o favorable a los intereses 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. Una presencia deficitaria, que contrasta con la eclosión de la tutela, que mantiene en el Código Civil un título propio y casi cien artículos, así como una valoración primordial como herramienta de protección del menor. La principal novedad del código frente al proyecto es la desaparición de la curatela o curaduría, englobándose en la definición de tutela que alude a la guarda «de la persona y bienes, o solamente de los bienes».[48]

Otra novedad es que en la definición de la tutela se elimina la referencia al menor, para incluir a otras personas que carezcan de «capacidad de autogobierno».[49] Las obligaciones del tutor son las mismas del proyecto, siendo la primera «alimentar y educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición», hacer inventario de sus bienes y administrar los mismos «con la diligencia de un buen padre de familia».

Se mantiene la preeminencia del consejo de familia aparecido en 1851, aumentando incluso su posición y sus facultades en relación con la actividad del tutor. Será este consejo el que constituya la tutela y, más allá de esto, dicte todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado. Su composición, a falta de designación hecha en testamento por los padres, aparece aún más patriarcal que en el proyecto, siendo únicamente varones los llamados: estos serán, fundamentalmente, los ascendientes y descendientes y los hermanos y los maridos de las hermanas. El juez municipal forma y preside la junta de este consejo. Se mantiene la figura del protutor, como figura adicional de control y vigilancia de la actividad del tutor.

La tutela aparece como irrenunciable, como ya habíamos visto; 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. Sin embargo, la alusión a la tutela de los expósitos que estaba presente en el proyecto

[48] Tal asimilación 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 frente a la amplia variedad anterior: el nuevo y pujante derecho público, que requiere, para crear una esfera de derechos para el hombre y el ciudadano, fijar una madurez unitaria para el ciudadano, marca el camino al derecho privado, trasladando esa edad única al Código Civil. Con esa unificación desaparece la justificación tradicional para distinguir entre tutela y curatela, que como sabemos era la edad de los tutelados. Véase Mariano Peset (marzo-abril de 1971): «Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código Civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLVII/2, pp. 602-672. La curatela quedará ausente del Código Civil hasta la reforma de esta materia en 1983 (ley 13/1983 de 24 de octubre de la reforma del Código Civil en materia de tutela); véase la nota siguiente para otras novedades.

[49] Precisamente la última reforma de esta institución (ley 8/2021, de 2 de junio) deja la tutela, junto a la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, al margen del ámbito de la discapacidad, como «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad». Cubre el hueco la curatela, considerada más adecuada y orientada al cuidado.

desaparece del Código, como ya adelantamos. Es claro que el sentido de este cambio de orientación para con los menores abandonados es dejarles fuera de la regulación civil. La contrapartida de esa desprotección sería la reglamentación de su situación en el entorno de derecho público administrativo. Sin embargo, como veremos en el apartado que sigue, esta reglamentación distará mucho de ser completa.

La regulación caritativo-beneficial: decretos y reglamentos

En efecto, a lo largo de toda la horquilla temporal que hemos recorrido con la doctrina civilística, la regulación de nuestras figuras en el ámbito ya no legislativo, sino siquiera puramente reglamentario, habrá tenido pocas novedades. Las pocas disposiciones que podemos encontrar son todas ellas relativas a las entregas de menores en prohijamiento o adopción, y referidas exclusivamente al ámbito caritativo-beneficial.

Es muy revelador el hecho de que estas disposiciones atañan tanto a los expósitos y menores en situación de abandono como a los hijos de pobres, en una asimilación de abandono y pobreza que tiene una larga trayectoria y que pensamos que merece la pena remontar aunque sea someramente, dado que las disposiciones ilustradas y liberales aparecen en continuidad con las medidas de policía de pobres dispuestas en el periodo altomoderno. Apuntemos ya de entrada que la regulación que encontraremos sobre estos menores abandonados y/o pobres es muy deficiente: más allá de establecer unas pocas líneas generales, se remitirá a las disposiciones de derecho civil, incluyendo por ejemplo la indicación: «no surtirá otro efecto que el que dispongan las leyes». Esta remisión al ámbito civil, que a su vez, como acabamos de ver, rechaza la materia de su marco regulador, cobra así tintes más graves: ni el ámbito civil ni el público-administrativo dan solución a la situación de los menores abandonados, pasándose el tema de unos a otros.

Siendo ello así, el análisis de estas disposiciones resulta del máximo interés para nuestro objetivo, pues dota de una mayor profundidad a la comprensión de los conceptos de abandono y protección del menor, que son, como venimos diciendo, las claves de nuestra visión actual de las instituciones de tutela y adopción.

Las leyes de pobres modernas e ilustradas

En la comprensión moderna, pobreza y abandono son conceptos asimilados, desde un posicionamiento moral contrarreformista sobre la pobreza. Así, la más impor-

tante Ley de Pobres de comienzos de la Edad Moderna[50] establece la prohibición de que los pobres, en el ejercicio —tanto lícito como ilícito— de sus tareas mendicantes lleven consigo a sus hijos; estos han de ser entregados a «personas a quien sirvan» para que les mantengan y les enseñen un oficio, bajo la vigilancia de la Iglesia y las administraciones municipales. Numerosas disposiciones del periodo altomoderno, en las que no nos podemos detener aquí, repiten este mismo esquema de separación de los menores de sus progenitores pobres y su inmediata distribución entre profesionales a quienes los niños quedan obligados a servir.[51] Todavía a finales del siglo xvii, una disposición sobre «Expulsion de forasteros de la Corte, y modo de pedir limosna los verdaderos pobres en ella», insiste en el criterio de redistribución, haciendo explícita la asimilación de estos menores hijos de pobres con los huérfanos.[52]

Llegamos así al siglo xviii, y si la asimilación entre huérfanos e hijos de padres cuyo tipo de vida se juzga inadecuada para la crianza vuelve a aparecer en la Real Orden de 30 de abril de 1745,[53] justificando moralmente el extrañamiento de estos menores de sus familias, a medida que avanza el siglo aparece en este tipo de disposiciones menciones de otro cuño: la búsqueda de la felicidad común o la vigilancia paternal del monarca serán ahora las justificaciones,[54] por delante de la moral religiosa. El mejor curso de acción, sin embargo, seguirá siendo separar a los hijos de pobres de sus progenitores. La legislación ilustrada dará incluso un paso

[50] Se trata de una instrucción promulgada en 1540 por el Consejo Real a petición de las Cortes castellanas reunidas en sucesivas ocasiones. Resistida en varias ciudades, fue debatida en la Universidad de Salamanca, en donde contendieron Domingo de Soto, en defensa de la libertad de los pobres para mendigar de acuerdo con el derecho natural que permite la libertad de movimiento, y Juan de Robles, en defensa de los criterios establecidos en la disposición que dejaba abierta la vía a la posible reclusión de los pobres. Véase José M.ª Garrán Martínez (2004): *La prohibición de la mendicidad. La controversia entre Domingo de Soto y Juan de Robles en Salamanca (1545),* Universidad de Salamanca; Ángel Martínez Casado (2003) «Los pobres y Domingo de Soto», en *Cuadernos salmantinos de filosofía,* 30 (ejemplar dedicado a «La Escuela de Salamanca y el Pensamiento Iberoamericano: teoría y praxis»), pp. 629-645; Jesús de la Iglesia García (2006): «El debate sobre el tratamiento a los pobres durante el siglo xvi», en F. J. Campos y Fernández de Sevilla (coord.): *La Iglesia española y las instituciones de caridad*, pp. 5-30.

[51] Así las Diligencias que se deben practicar con los pobres mendicantes que anduvieren en la Corte, *Novísima Recopilación 7*, 39, 13, procedente de la *N. Recop.* 1, 12, 24.

[52] «Y en quanto á los muchachos de corta edad que tuvieren padres que no puedan mantenerlos, y los que se hallaren huérfanos, los Alcaldes procuren tener lista de los que hubiere en sus quarteles; y lo mismo se encargue *á* los Curas y Diputaciones de las Parroquias, para que […] cuiden de acomodarlos *á* oficios», *Novísima Recopilación 7*, 39, 17, procedente de la *N. Recop.* 6, 12, 2 y 3.

[53] Real Orden de 30 de abril de 1745, Declarando quiénes son tenidos por vagos. En *Nov. Recop.* libro 12, tit. 31, nota al art. 6 de la ley 7.

[54] Tanto la ya citada Real Ordenanza de Vagos de 7 de mayo de 1775 como la Real Orden de 18 de noviembre de 1777, «Recogimiento de los verdaderos pobres al hospicio de Madrid; y aplicacion á otros destinos de los mendigos hábiles y vagos», *Novísima Recopilación 7*, 39, 18 asumen plenamente esta idea: en ellas aparece el monarca como «Padre de mis pueblos», tratando de asegurar esa felicidad común que es el objeto fundamental de gobierno. Los menores hijos de estos pobres serán objeto de «la más activa vigilancia», puesto que ellos, siguiendo la línea metafórica de la orden real, son los que alimentan generacionalmente ese «manantial de perdición».

más en esta separación: los padres no tienen derecho a impedirla, porque una vez abandonados es el soberano quien entra al cuidado:

> […] no teniendo derecho los padres que abandonan á sus hijos, ó que no los educan y mantienen sino con el vicio y ocio, á impedir al Soberano que tome sobre sí este cuidado paternal.

El recogimiento de los hijos de pobres sigue siendo la principal medida para con los menores en las reales órdenes carolinas de retiro de mendigos de la corte, para el mejor lucimiento y saneamiento de esta,[55] al igual que en la denominada «Instrucción de Corregidores».[56] Sin embargo, la separación y redistribución de los menores pobres y/o abandonados en manos privadas aparece siempre como la medida más expedita, incluso después de la Real Orden de 21 de julio de 1780, de construcción y disposición material de los hospicios,[57] que ordenaba el internamiento de los niños en hospicios, dado que en la práctica el ambicioso proyecto de creación de estos hospicios no fue cumplido. Prueba de ello es que apenas un año después de esta disposición, el 12 de julio de 1781, Carlos III aprueba una nueva medida sobre los vagos entre tanto se crean las casas de misericordia. La medida se centra directamente en los menores, proponiendo la vuelta al método de su distribución entre «amos o maestros». Los magistrados deben subrogarse en las funciones de los padres, actuando por tanto en su gobierno como *pater familias*. Además de las autoridades, toda la población tiene el deber de denunciar estas situaciones, incurriendo en delito de omisión si no lo hicieran.[58]

Así pues, con el paternalismo ilustrado queda afirmada la separación de los menores de sus familias de origen, y la distribución en otras familias que presenten unas mejores aptitudes para resocializar a estos niños. La institucionalización no será sino una vía subsidiaria, que ofrece instrucción para los menores que por una u otra circunstancia no hayan conseguido encontrar una familia de acogida. Por ello, la tutela, el acogimiento y la adopción resultan figuras clave; sin embargo, los reglamentos, hasta el momento al menos, no han hecho la más mínima precisión

[55] Reales órdenes de 4 de febrero y 3 y 13 de marzo de 1778 de «Retiro de todos los pobres á los pueblos de su vecindad y naturaleza; y recogimiento de los de la Corte á su hospicio». En *Novísima Recopilación 7*, 39, 19.

[56] Cuidado de los Corregidores y Justicias en el recogimiento de mendigos, trato y destino de los voluntarios como vagos, de 15 de mayo de 1778. *Novísima Recopilación 7*, 39, 26.

[57] La separación de padres e hijos se contempla como primordial, un asunto «de suma importancia para el servicio de Dios y bien del Estado». El objetivo está claro: «preservar *á* los niños y niñas del trato con los adultos de su mismo sexo, para que no aprendan de su trato los vicios tan comunes en estos hombres y mugeres, que se han criado en la licenciosa vida mendiga, y que será forzoso los recoja la violencia *á* dichas casas», *Novísima Recopilación 7*, 38, 4.

[58] Cédula del Consejo de 12 de julio de 1781. Destino y ocupación de los vagos ineptos para el servicio de las armas y marina, *Novísima Recopilación*, libro 12, tít. XXI, ley 10.

al respecto, salvo establecer una muy poco concreta vigilancia de las autoridades civiles y eclesiásticas locales.

Así, a punto ya de empezar el siglo xix, los menores abandonados van a ser objeto de un reglamento específico. Se trata del denominado «Reglamento de policía general de expósitos» de 1796.[59] La principal preocupación de este reglamento es, por supuesto, de cuño ilustrado: atajar la sangría demográfica que representaban por aquellos años las inclusas. Siendo su principal medida la creación de casas de expósitos, la medida preferente a tomar será, sin embargo, la externalización de la crianza a manos de las amas de cría. Serán los administradores de los establecimientos y los párrocos de los lugares donde se encuentren los lactantes quienes controlen y vigilen el trasvase de niños hacia las amas, con el objetivo declarado de lograr que la estancia con las amas se prolongue aún después de la lactancia, e incluso más allá del destete y la infancia, hasta enlazarla con el prohijamiento del expósito, que se llevará a cabo de forma preferente por un tercero, una «persona decente y honesta, que pueda darles buena aplicación y destino».[60]

Aunque la adopción o prohijación aparece como destino final preferente de los expósitos, el reglamento de 1796 no va a regular expresamente esta figura, a la que no consagra ni siquiera un artículo específico, por lo que se ha de entender que su regulación es la misma que la del ordenamiento civil. La ausencia de formalidades parece la tónica general, como se infiere del artículo que establece que si alguien quisiera quedarse con un expósito para lactarlo por caridad y sin estipendio, que le sea concedido sin más requisito que la licencia del párroco, considerándose esta situación, una vez aprobada la situación por el ecónomo del establecimiento, un prohijamiento.[61]

Otro rasgo que aparece con claridad en este reglamento es la debilidad de los vínculos jurídicos del prohijamiento: la relación se entiende que puede romperse en cualquier momento, tanto por parte de las amas como de los prohijantes o quienes se hicieron cargo del menor,[62] de lo que parece desprenderse que la ruptura de la relación es la situación más frecuente o al menos esperada. Si bien el reglamento prevé que estas personas «serán castigadas» si lo hicieran sin notificarlo, un simple aviso al párroco aparece como suficiente para romper la relación, sin que se pueda pedir otra responsabilidad.

[59] Cédula de 11 de diciembre de 1796: Reglamento de policía general de expósitos, en *Colección de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Autos Acordados, Vandos y otras providencias publicadas en el actual reynado del Señor Don Carlos IV*. Por Don Santos Sánchez. Madrid, Imprenta de la Viuda e hijo de Marín, 1797, t. II, pp. 270 y ss.

[60] Ibídem. Art. 12. Unos artículos más adelante, se reitera la conveniencia de que los niños se queden con sus amas al menos hasta los seis años, cumplidos los cuales, de nuevo «salvo si alguien los prohija» antes, serán enviados a los hospicios o casas de desamparados correspondientes, donde permanecerán hasta que —una vez más— «alguien los prohije» o bien aprendan un oficio. Ibídem, art. 17.

[61] Ibídem, art. 19.

[62] Ibídem, arts. 19 y 21.

Tal fragilidad en los vínculos jurídicos constituidos por el prohijamiento no se corresponde, como podría seguirse, con la fortaleza del vínculo opuesto: la relación entre el menor y sus padres de origen. Antes al contrario se establece la desaparición casi total y absoluta de esta relación, al determinar que los padres pierden la patria potestad y todos los derechos que tenían sobre los niños por el hecho de exponerlos:

> Se observará y cumplirá puntualmente lo dispuesto por la Ley de Partida, y otras Canónicas y Civiles, en quanto á que los padres pierdan la patria potestad, y todos los derechos que tenian sobre los hijos por el hecho de exponerlos; y no tendrán accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque se ofrezcan á pagar los gastos que hayan hecho.[63]

La pérdida de la patria potestad de los padres respecto a los niños expuestos se produce sin hacer distinción por el tipo de filiación que les vincula, ya sea esta natural, legítima o ilegítima, si bien, los padres legítimos y los naturales podrán intentar recuperar el vínculo; no así los ilegítimos. Quedarán exceptuados de esta pérdida quienes hayan expuesto al hijo por extrema necesidad.

Aunque parece lógico que si la patria potestad se pierde en el momento en que se deja al niño en el establecimiento, sea el establecimiento el que obtenga al menos la tutela sobre el mismo, el artículo no apunta nada en esa dirección, dejando un vacío sobre la cuestión. Este silencio planea sobre toda la legislación relativa a los expósitos para una cuestión clave que, como vimos, tampoco la doctrina civilista aclara. Serán los reglamentos liberales, por un lado, y los desarrollos de derecho administrativo, para los que tendremos que esperar hasta mediados del siglo XIX, por otro, quienes darán alguna respuesta a esta cuestión, si bien, como veremos, con numerosas oscilaciones de criterio.

Que esta de la patria potestad es una cuestión crucial queda probado por el hecho de que solo cinco años después de promulgado este reglamento, en 1801, la poderosa Junta de Damas madrileña, nada más hacerse cargo de la gestión de la inclusa, logrará la derogación de este artículo. El motivo se hace pasar por una revisión modernizadora, al ser este artículo, se dice, una simple transposición de la legislación tradicional, ya muy separada de la realidad del momento. Tal derogación sigue, sin embargo, sin aclarar la cuestión: con ella los padres mantienen su derecho a reclamar la patria potestad, pero quien detenta la patria potestad en el entretanto queda de nuevo silencio. Y no se debe perder de vista que, aunque la recuperación paterna de los expósitos abandonados es un fenómeno en aumento en esta época, en la inmensa mayor parte de los casos los padres nunca llegan a

[63] Ibídem, art. 25.

reclamar a sus hijos. Sobre estos casos, no queda sino el mayor de los silencios. Por otra parte, a pesar de la derogación lograda por la Junta de Damas madrileñas, esta disposición se seguirá transponiendo, como veremos, en todos los reglamentos particulares de los establecimientos de expósitos.

Es evidente que tanto para los políticos como para los juristas, tanto para los autores de los reglamentos como para la doctrina civilista, la determinación de la patria potestad y la tutela es la cuestión más espinosa a definir. Veremos a continuación cómo la enfocan las más generales leyes de beneficencia que se promulgarán en las siguientes décadas.

Las leyes generales de beneficencia

Los vaivenes políticos de estas primeras décadas del siglo xix tienen reflejo en las dos leyes de beneficencia que se promulgarán, respectivamente, en la época del Trienio y durante el reinado de Isabel II, representando así el modelo progresista y el modelo conservador. A pesar de la fuerte diferencia ideológico-política entre los dos periodos, la regulación de las figuras que nos interesan, y esto es ya un dato importante, apenas sufre cambios, salvo, precisamente, en la cuestión de la tutela de los expósitos.

Ambos reglamentos, además, muestran una pronunciada dependencia de los patrones anteriores, como por otra parte es justificable, dado lo inmenso del paso a recorrer entre la comprensión caritativa y el paradigma benéfico-asistencial. En el caso la ley de beneficencia de 1822,[64] la continuidad viene por la atribución que se hace de las competencias asistenciales a los municipios, una medida autonomizadora que en este ámbito, sin embargo, marca una fuerte continuidad con el Antiguo Régimen.[65] En efecto, las instituciones municipales son las que se encuentran más cercanas respecto a las corporaciones privadas y eclesiásticas, que hasta el momento se habían venido encargando, mayoritariamente, de estas funciones; asimismo, las entidades locales son, por naturaleza, las más dependientes de fuentes de financiación privadas; finalmente los ayuntamientos son las entidades públicas de menor rango, las más lejanas a la administración central y su vigilancia y directrices.[66]

[64] Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821 sobre Establecimiento General de la Beneficencia, en M. Martínez Alcubilla (1892): *Diccionario de la administración española; compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina, en todos los ramos de la administración pública*, 5.ª ed., t. II. J. López Camacho, impresor, Madrid. En adelante, ley de beneficencia de 1822, por su promulgación el 23 de enero de 1822.

[65] Como afirma P. Carasa, no habrá una verdadera asistencia pública si se persiste «en la línea municipal y en el protagonismo de las fuerzas vivas locales de las ciudades como gestoras de los viejos recursos asistenciales». Pedro Carasa Soto (2007): «Lo privado y lo público en el sistema asistencial: el triángulo Iglesia-Ayuntamiento-Estado, en L. Abreu (ed.): *Asistencia y caridad como estrategias de intervención social: Iglesia, Estado y Comunidad (siglos xv-xx)*, Bilbao: Universidad País Vasco, pp. 141-171. Para la cita, p. 142.

[66] Juan Alfonso Santamaría Pastor (2006): *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid: Ed. Iustel,

La ley de 1822, que establece la necesidad de crear casas de maternidad para la recogida tanto de niños como de madres en situación de desamparo, repite sin embargo el mismo esquema que las anteriores medidas ilustradas, al determinar que las funciones de crianza y protección de los niños deberán preferentemente externalizarse, de nuevo en la figura de las amas de cría, así, la casa de maternidad queda como solución subsidiaria a la que se acudirá solo en el caso de que no se puedan encontrar «nodrizas sanas y honradas que se encarguen de criarlos en sus propias casas». Así, al igual que vimos en los reglamentos ilustrados, la tarea de los establecimientos no es tanto la de hacerse cargo de forma efectiva de la crianza, ni antes ni después de la lactancia, sino la de asumir la redistribución de los menores entre particulares, practicando «continuas y eficaces diligencias para *colocar* los niños expósitos y los absolutamente desamparados, unos y otros después de concluida su lactancia, en casas de labradores ó artesanos de arreglada conducta» [son nuestras las cursivas];[67] también pueden *dejarse* a manos de la nodriza que manifieste su voluntad de seguir con la crianza más allá de la lactancia.[68]

Aunque en continuidad con estos otros tipos de entregas, puesto que no se le dedica ningún apartado separado, y su regulación es en ocasiones coincidente con aquellas, la ley de 1822 contiene, por primera vez, un conjunto de artículos específicamente dedicados a la institución del prohijamiento —nunca adopción—. La primera de estas disposiciones constituye, esta sí, una novedad radical: por primera vez se declara con toda claridad que serán las juntas de beneficencia quienes detenten la tutela sobre los niños criados en los establecimientos benéficos, «aun aquellos cuya crianza ó educación fuere costeada por personas particulares».[69] Que se reserve el primer lugar a esta declaración es muy significativo: se está marcando el contraste con la regulación ilustrada, que, como sabemos, dejaba en el más absoluto silencio esta cuestión. No cabe duda de que se trata de un importantísimo avance, si bien los órganos en los que recae no son estatales sino municipales: las juntas municipales de beneficencia, que, como detentadoras de la tutela sobre los niños, serán las encargadas de juzgar discrecionalmente sobre la conveniencia o no de los prohijamientos, así como de vigilar el mantenimiento a los niños prohijados de todos sus derechos.[70] Cuáles sean estos derechos, sin embargo, queda por definir, pues al mismo tiempo también se declara que estos prohijamientos «no producirán

p. 295; Ángel Pascual Martínez Soto (2018): «La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)», en Áreas: revista internacional de ciencias sociales. Ejemplar dedicado a *las transformaciones económicas de la revolución liberal en España (1808-1874)*, 37, pp. 109-126.

[67] Ley de beneficencia de 1822, art. 17.

[68] Ibídem, art. 59.

[69] Ibídem, art. 63.

[70] Ibídem, art. 67.

más efecto que el que determinen las leyes».[71] Es difícil determinar el sentido de esta última declaración, dado que, como sabemos, las leyes civiles estaban lejos de estar definidas a esas alturas; recordemos que incluso el proyecto de Código Civil que se ha redactado unos meses antes no contemplaba la adopción en absoluto. Lo que sí se infiere de esta remisión es una actitud de vigilancia hacia la figura de la adopción en la que late una pronunciada desconfianza.

A estas declaraciones generales se añaden disposiciones que apuntan también a esa actitud de mayor vigilancia sobre las condiciones de los prohijamientos. Así, los prohijantes deben tener la calidad de personas honradas y también poseer medios suficientes para mantener a los niños,[72] si bien el decreto no menciona procedimiento alguno para comprobar estas circunstancias; ni siquiera se habla de la necesidad de informes.

Son muchos los extremos que quedan sin regular y el mismo decreto así lo reconoce, al incluir una remisión a posteriores reglamentos para establecer «las formalidades y condiciones que deban acompañar á la entrega y colocación de los niños».[73] Siguiendo este mandato, las distintas juntas y establecimientos irán componiendo sus propios reglamentos, algunos de los cuales veremos en el siguiente apartado. Por lo demás, el decreto sería derogado, como toda la legislación del Trienio, apenas un año después, aunque en 1836, durante la regencia de María Cristina, sería restablecido.[74]

Un cuarto de siglo más tarde, tras el paso de las leyes desamortizadoras de 1836 y 1837, que afirmarán —sin mucho éxito más allá de lo declarativo— la secularización del ámbito asistencial, aparecerá en 1849 la segunda Ley General de Beneficencia.[75] En relación con los menores abandonados, la ley de 1849 es extremadamente sucinta: no incluye ninguna disposición específica sobre entregas o prohijamientos de expósitos, limitándose a determinar que los establecimientos que acogen a expósitos, huérfanos y desamparados pertenecen, por naturaleza, a la Junta Provincial,[76] medida correspondiente con la pérdida de autonomía de los ayuntamientos reflejada en la constitución conservadora de 1845. Unos artículos más adelante se prescribe

[71] Ibídem, art. 65.

[72] Ibídem, art. 65.

[73] El artículo demuestra que había conciencia de qué aspectos era necesario reglamentar: Art. 70: «Las formalidades y condiciones que deban acompañar á la entrega y colocación de los niños, la vigilancia que sobre ellos ejercerán asi las casas de maternidad como las Juntas de Beneficencia, las asistencias y consignaciones que en su caso habrán de suministrar por ellos, la educación física y moral que haya de dárseles y todo lo demás concerniente á la seguridad de su bienestar y de su mejor suerte para lo sucesivo».

[74] Real Decreto de 8 de septiembre de 1836, publicado en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año.

[75] Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849. Publicada en la *Gaceta de Madrid*, n.º 5398, de 24 de junio de 1849.

[76] Ibídem, art. 3.

la delegación mencionada de la gestión de estos establecimientos, como ya había declarado el decreto de 1822, en «Juntas de señoras».[77] La apertura hacia órganos más generales se contrarresta así con la previsión de derivación hacia lo privado, que se entiende como una invocación de auxilio en estas tareas tan esencialmente femeninas, del cuidado de los menores, explícitamente calificado como «análogo a las condiciones de su sexo».[78] El reglamento general para la ejecución de la ley de beneficencia de 1849, que llegará tres años después,[79] incluirá algunas precisiones adicionales, si bien todas ellas en línea con las establecidas en el decreto de 1822, por lo que no las examinaremos de nuevo.

Esta ley y su reglamento siguieron vigentes dos décadas, hasta la revolución democrática de 1868, que las derogó, tras suprimir las juntas municipales, provinciales y suprema de beneficencia.[80] Los decretos e instrucciones relativos a la beneficencia que llegarán en las décadas siguientes,[81] marcando entre los vaivenes políticos las preferencias por lo público o lo privado en el régimen asistencial, serán fundamentalmente organizativos, por lo que poco interesan a nuestro tema.

No obstante, entre estos vaivenes políticos fueron apareciendo por esas décadas una serie de reglamentos particulares de los establecimientos dirigidos a los menores abandonados, algunos de ellos precisando extremos que habían quedado indefinidos en las leyes generales, por lo que, a pesar de su limitado rango territorial, resultan de interés.

[77] «Las juntas provinciales establecerán, donde sea posible, Juntas de señoras que, en concepto de delegadas, cuiden de las casas de expósitos, procurando que la lactancia de estos se verifique en el domicilio de las amas; de las de maternidad, de las de párvulos o de cualquier otro establecimiento de beneficencia que se considere análogo a las condiciones de su sexo». Ibídem, art. 12.

[78] Con ese mismo sentido de petición de auxilio se pronuncia el más prestigioso manual de derecho administrativo de la época, el famosísimo Colmeiro: «La administracion invoca el auxilio de la caridad privada, mandando que las juntas provinciales establezcan donde fuere posible, otras de señoras que con el carácter de sus delegadas, cuiden de las casas de expósitos». Manuel Colmeiro (1850): *Derecho administrativo español*, t. 1, Madrid: Librería de Ángel Calleja, p. 868. Sobre la correlación entre género y cuidados el trabajo de Raquel Medina Plana (2021): «La correlación entre cuidados y sexo femenino en las primeras medidas de beneficencia del siglo XIX», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 28, pp. 151-171.

[79] Reglamento general para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 1849, aprobado el 14 de mayo de 1852, publicado en la *Gaceta de Madrid*, n.º 6537, de 16 de mayo de 1852, pp. 2-4.

[80] Decretos de 4 de noviembre y 17 de diciembre de 1868.

[81] Así la instrucción general de 22 de abril de 1873 para los establecimientos benéficos nacionales, publicada en la *Gaceta de Madrid*, n.º 118 de 22 de abril de 1873, que supondrá la nacionalización de los colegios y establecimientos de beneficencia general, si bien al establecer que su financiación podría proceder tanto de fondos de la nación como de bienes donados o legados por la caridad privada, tal declaración resulta un tanto nominativa; el Real Decreto de 27 de enero de 1885 sobre Instrucción de la Beneficencia General, publicado en la *Gaceta de Madrid*, n.º 36 de 5 de febrero de 1885, que, entre otras cosas, además de rehabilitar la figura de los capellanes, suprimida durante la Primera República, estableció la necesidad de que en cada establecimiento hubiera una o más personas encargadas de la dirección moral de los usuarios, y finalmente el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 «para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular», publicado en la *Gaceta de Madrid*, n.º 99 de 9 de abril de 1899, que rehabilita la titularidad privada de las instituciones de beneficencia, limitando la acción del Gobierno a ejercer su inspección y protectorado.

Los reglamentos de las casas de maternidad e inclusas

En los reglamentos de las primeras décadas del siglo encontramos proyecciones de la Ley de Beneficencia de 1822, en donde predominan las «colocaciones» o entregas informales de niños en casas de particulares, «labradores ó artesanos honrados é industriosos, de arreglada conducta». Algunos de ellos, como el dado en 1833 para la Real Casa de Maternidad de La Habana,[82] contemplan la compensación de esta crianza externa con una pensión mensual que, en contrapartida, obliga a determinadas actuaciones, como la presentación del niño, en cada cobro, al director y médico de la casa de maternidad, o a la Diputación del pueblo en que se encuentre, «para que estos reconozcan si el espósito que debe llevar consigo está bien, ó mal cuidado», o la obligación de dar al expósito asistencia médica; de este modo, esta es retribuida por el establecimiento. Esta crianza se extenderá hasta los seis años, momento en el que los expósitos se colocarán en otros establecimientos de caridad —conventos y monasterios— con una estricta separación por sexos, así, se especifica, para el caso de las niñas, que en los lugares en donde sean colocadas «deberán prestar su servicio en clase de criadas en remuneracion de la crianza que reciben». Si estos recursos no fueren suficientes,

> […] se distribuirán los varones en casas de labradores y talleres de artesanos honrados que quieran recibirlos, obligándose ante la Justicia á darles una educacion cristiana y civil, vestirlos y alimentarlos segun su estado, é instruirlos en sus respectivas profesiones, y si son hembras, en casas de familias acomodadas y de buen concepto que se constituyan á sostenerlas y enseñarlas las haciendas propias de su sexo.

También ese establece una retribución, «una moderada pensión» hasta los catorce años en los varones y doce en las féminas; de ahí en adelante cesa el salario, ya que se entiende que «los huérfanos de ambos sexos están en aptitud de servir con utilidad en las casas donde los reciban». De esta edad en adelante, quedan libres de colocarse donde les convenga, o bien pedir un salario por su servicio en la casa. Asimismo, se apuntan ciertas garantías para esos huérfanos colocados, como la que obliga a la Junta de Caridad a apartar a los niños de las personas que los crían «si vieren que estos les dan mal trato, ó que proceden con abandono en su educación».

Las adopciones o prohijaciones, por su parte, son tratadas muy someramente: se requiere que los prohijantes sean «personas honradas con algunas conveniencias», y deberán ser aprobadas por la Junta de la Caridad, que también cuidará que a los prohijados «se les guarden todos sus derechos».

[82] Reglamento de la Real Casa de Maternidad. Dispuesto por su Junta de Gobierno. Habana, Oficina de D. José Boloña, impresor de la Real Marina de este Apostadero por S. M., año 1833.

La tutela y la curatela son asimismo tratadas en este reglamento de forma específica en un capítulo aparte, reiterando que es la Junta de Caridad quien las detenta sobre los expósitos, incluso sobre aquellos cuya crianza y educación fuera costeada por particulares; por ello, cualesquiera bienes que por cualquier título detenten los huérfanos serán administrados por esa junta, y cumplido el plazo de su mayoría de edad se les serán entregados, restando, eso sí, los gastos que hubiera ocasionado su crianza y educación.

Frente a esta comprensión de la adopción como subsidiaria de las entregas y colocaciones informales propia de la primera mitad del siglo,[83] en los posteriores va cobrando lugar propio la adopción, desaparecen de este modo las entregas o colocaciones informales. Así se da en los reglamentos de la Casa de Maternidad de Alicante[84] y el redactado un año después para la Casa de Maternidad de Lugo.[85] En ellos se precisan mejor las condiciones de las adopciones, con interesantes precisiones. Así, el reglamento de Alicante hace una distinción entre los niños del establecimiento: los nacidos en la propia casa de maternidad y los de origen desconocido, expuestos en el torno, por un lado, y los huérfanos pobres admitidos en el establecimiento por la Junta provincial, junto a los hijos de legítimo matrimonio cuya madre pobre se vea imposibilitada para criar. Todos ellos, se dice, son «hijos adoptivos del establecimiento», y sobre todos tiene la tutela y curaduría la Junta provincial de Beneficencia. Sin embargo, los primeros pueden ser prohijados, con permiso de la Junta provincial, por «particulares de reconocida honradez y medios de subsistencia», mientras que los huérfanos pobres, en cambio, solo podrán ser prohijados con la previa la renuncia de sus legítimos ascendientes.

El cuidado y la vigilancia que suscita la figura del prohijamiento en estos reglamentos, en comparación con los anteriores, es evidente, señalando en primer lugar la capacidad del menor de no aceptar el prohijamiento o adopción cuando tenga discernimiento legal y la facultad de la Junta provincial para deshacer el prohijamiento cuando los prohijantes no cumplan los deberes que se impusieron en tal acto, maltraten o «perviertan» al menor.

Recabados los informes por la Junta provincial, y si esta lo concede, el prohijamiento o adopción debe otorgarse ante notario en escritura pública, en la que deben aparecer obligatoriamente una serie de cláusulas: la obligación de recibir al adoptado en lugar de hijo, mantenerlo y educarle según su clase y facultades; la

[83] La continuidad entre entregas y prohijamientos aparece también en el Reglamento de la Inclusa y Colegio de la Paz de Madrid, Madrid: Imprenta de José M.ª Alonso, 1849.

[84] Reglamento para el gobierno, administración y régimen de la Casa Provincial de Maternidad y Expósitos, Huérfanos y Desamparados de Alicante, Alicante: Imprenta de la Viuda de Juan J. Carratalà, 1862.

[85] Reglamento de la Casa de Maternidad y Espósitos de la Provincia de Lugo. Aprobado por Real Orden el 18 de mayo de 1863. Lugo, 1863, Imprenta de Soto Freire.

de administrar fielmente los bienes del adoptante si los tuviera; la de devolver al adoptado si aparecen sus padres y lo reclaman con legítimo derecho; la de reconocer a la casa de maternidad el derecho de recoger al expósito «siempre que la adopción venga á ser desventajosa o perjudicial al adoptado, por indigencia, mal trato ó ejemplo pernicioso del adoptante». Una muestra adicional del cuidado con el que se trata el acto es la previsión de que los gastos de la escritura corran por cuenta del establecimiento.

Todas estas previsiones, junto con la eliminación de los supuestos de colocaciones o entregas de los expósitos, muestran una percepción bien distinta del procedimiento a seguir para con los menores abandonados respecto a las décadas anteriores. No parece, sin embargo, que se trate de avances consolidados, como nos lo demuestran los reglamentos que examinaremos a continuación, de las décadas postreras del siglo.

En 1888 se aprobará, por ejemplo, un nuevo reglamento para la inclusa madrileña,[86] en el que la visión sobre los prohijamientos se mantiene difusa. El procedimiento es ambiguo, ya que permite que se haga mediante instancia o bien mediante escritura, aludiendo a que el primero es la forma ordinaria en que se suele hacer, que suele derivar en una situación de «prohijación con dependencia». Por lo demás, las condiciones del prohijamiento quedan en total oscuridad.

El último reglamento del que tenemos constancia en el siglo xix es el dado para la Casa de Maternidad y Expósitos de Navarra.[87] Este primer reglamento posterior a la promulgación del Código Civil muestra, como el de Madrid, y en comparación con los reglamentos de mediados de siglo, una mucho menor proclividad hacia la adopción o prohijamiento. Objeto de un capítulo específico, que comienza con la acostumbrada —salvo la excepción también en esto de Madrid— prescripción de la pérdida de la patria potestad por parte de los padres que expusieran a sus hijos, limita la posibilidad de ser prohijados a los huérfanos de padre y madre. Se hará mediante solicitud a la Diputación provincial en la que se debe acompañar de diversos certificados (buena conducta, buena salud habitual, matrimonio si fuera casado). La notarialización del prohijamiento aparece, igual que en Madrid, como optativa: el prohijamiento podrá celebrarse, «si los prohijantes quieren», mediante un «contrato formal en favor del expósito» otorgado ante notario, a costa del prohijante. Además, en el caso de que los prohijantes opten por la escriturización, en ese documento se deberá consignar, entre otras obligaciones, la de «mantener y cuidar al expósito sano y enfermo, vestirle, calzarle y darle educación, conforme á

[86] Reglamento de la Inclusa de Madrid, aprobado por la Diputación Provincial el 29 mayo de 1888, Madrid: Imprenta Provincial, 1935.

[87] Reglamento de la Casa de Maternidad y Expósitos de Navarra, Pamplona: Imprenta Provincial 1893.

su clase y facultades», y aún la de «instituirle por heredero en la forma autorizada por las leyes en caso de fallecer los adoptantes sin tenerlos forzosos», o «a dejarle, si los tuvieren propios, toda la parte que las leyes le permitan». La alternativa, es decir, los prohijamientos informales, a pesar de ser claramente la favorecida, no se regula en absoluto, dejando en total oscuridad sus condiciones y las obligaciones y derechos implicados más allá de la mención acostumbrada de que se realizarán «en la forma que disponen las leyes y produciendo los efectos que las mismas determinan». Esta remisión, ahora sí, puede referirse a un ordenamiento concreto: las disposiciones del Código Civil, promulgado cinco años antes; sin embargo, como sabemos, tales disposiciones se refieren a un tipo de adopción muy distinto a este, y no serían, por tanto, de aplicación.

Conclusiones

En la transición hacia el modelo liberal y codificado, las figuras de la tutela y la adopción, muy diferenciadas en el Antiguo Régimen por el contenido eminentemente patrimonial de la primera frente al personal y de filiación de la segunda, se aproximan, desplazándose la primera hacia el campo del cuidado personal del menor desprotegido y expulsando con ello a la adopción a efectos prácticos de la órbita civilística.

Concluido el siglo XIX, el círculo jurídico-administrativo de la tutela y la adopción de menores en situación de abandono sigue sin cerrarse. El moralismo contrarreformista, la preocupación ilustrada y los lineamientos liberales coinciden en sus dudas sobre la vía institucionalizadora, que aparece a lo largo del Antiguo Régimen y todavía en el siglo XIX como una vía subsidiaria, mostrando su preferencia por la distribución de estos menores, abandonados o simplemente pobres, entre particulares que presenten unas mejores aptitudes para resocializarlos tras su separación de las familias de origen. Siendo así, la tutela, el acogimiento y la adopción resultarían figuras clave que convendría que el derecho regulara de forma esmerada. Sin embargo, la civilística muestra un rechazo expreso por la posibilidad de codificar las condiciones de la infancia abandonada, considerándolo materia de policía o, llegado el momento, administrativa; mientras que las medidas políticas y administrativas, que conciben estas figuras en amalgama, sin precisar límites entre unas y otras, ni entrar en el perfilamiento jurídico de las mismas, se remiten por su parte a «lo dispuesto por la ley», en un círculo estéril que no hace sino abundar en la desprotección.

Bibliografía

Bermejo Castrillo, Manuel Ángel (2009): *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505*, Madrid: Dykinson.

Bono Huerta, José (1990): «Los formularios notariales españoles de los siglos xvi, xvii y xviii», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 22-1, Madrid.

Calleja-Puerta, Miguel, M.ª Luisa Domínguez-Guerrero (2018) (eds.): *Escritura, notariado y espacio urbano en la Corona de Castilla y Portugal (siglos xii-xvii),* Gijón: Trea.

Del Camino Martínez, María Carmen (2018): «Notarios, escritura y libros jurídicos: Algunas consideraciones», en Miguel Calleja-Puerta y M.ª Luisa Domínguez-Guerrero (2018) (eds.): *Escritura, notariado y espacio urbano en la Corona de Castilla y Portugal (siglos xii-xvii),* Gijón: Trea.

Fayer, Carla (2005): *La familia romana. Aspetti giudichi e antiquarii,* Roma: L'Erma di Bretscheider.

Gacto, Enrique (2013): «Imbecillitas sexus», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, pp. 27-66.

Gómez Navarro, María Soledad (2001): «La letra y el espíritu de la letra: notario, formulario notarial e Historia», en *Tiempos Modernos. Revista Electrónica de Historia Moderna,* vol. 2, n.º 4.

Medina Plana, Raquel (2015): *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: Dykinson.

Merchán Álvarez, Antonio (1976): *La tutela de los menores en Castilla hasta finales del siglo xv*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Otero Varela, Alfonso (2005): *La adopción en la Historia del Derecho español*, en *Estudios histórico-jurídicos, vol. 2 (Derecho privado)*, Madrid.

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

Rodríguez Ennes, Luis (2009): «Eclipse y renacimiento de la adopción en su devenir histórico», en *Revista General de Derecho Romano*, n.º 13.

Ruiz Pino, Salvador (2021): *La vertiente iuspublicista de la institución adoptiva en derecho romano y su proyección en el derecho español,* Madrid.

Sarazin, Jean-Yves (2002): «L´Historien et le Notaire. Acquis et perspectives de l´étude des actes privés de la France Moderne», *Bibliothèque de L'École des chartes*, t. 160.

Sevilla Bujalance, José Luis (2001): *Los niños expósitos y desamparados en nuestro Derecho histórico*, Córdoba.

EDICIONES TREA
ESTUDIOS HISTÓRICOS LA OLMEDA
Colección Historia Social de la Población

www.trea.es

El objetivo de este libro es contribuir al desarrollo de la historia social en la España Moderna a partir de la historia de la familia y del estudio de las relaciones de dependencia derivadas de la orfandad, la minoría de edad y las desigualdades de género. En el mismo se presta atención a las estructuras institucionales y legales que sustentaban los vínculos de tutela o curatela, adopción o prohijamiento, auxilio o cuidado, en las sociedades del Antiguo Régimen. Pero, también, y sobre todo, la obra aborda las dimensiones personales y familiares de este tipo de relaciones como medio para avanzar tanto en el conocimiento del sistema de organización social del cuidado como de los procesos y dinámicas de reproducción social de las jerarquías y de las diferencias.

Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Seminario de Historia Social de la Población
SEHISP
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN
PID2020-119980GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033