

**RÉGIMEN JURÍDICO
DE LA ADOPCIÓN EN DERECHO ROMANO
Y SU RECEPCIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Tesis Doctoral del Ldo. Salvador Ruiz Pino,
dirigida por los Profes. Dres. Antonio Fernández de Buján y Fernández
y Juan Miguel Albuquerque Sacristán.

TITULO: *Régimen jurídico de la adopción en Derecho Romano y su recepción en el Derecho Español*

AUTOR: *Salvador Ruiz Pino*

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2010
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396
14071 Córdoba

www.uco.es/publicaciones
publicaciones@uco.es

ISBN-13: 978-84-693-8933-1



TÍTULO DE LA TESIS: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

DOCTORANDO/A: SALVADOR RUIZ PINO

INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

El trabajo de investigación que presenta el Doctorando Lcdo. Salvador Ruiz Pino y que constituye el objeto de su tesis doctoral, cumple satisfactoriamente todos los objetivos que se pretenden en la realización de un trabajo de investigación serio y continuado para la obtención del título de Doctor en Derecho Romano.

Tras la realización en el bienio 2005-2007 de los cursos de doctorado en esta misma Universidad de Córdoba, a través de los cuales obtuvo el doctorando la suficiencia investigadora con la máxima calificación, comenzó el doctorando sus tareas investigadoras en el seno del Área de Derecho Romano abordando el tema que hoy ocupa el resultado de la presente tesis doctoral, el régimen jurídico de la adopción en Derecho Romano y su recepción en el derecho español.

Ciertamente, el objeto de estudio es en todo adecuado para la realización de una tesis doctoral, pues, constituye un tema de escasísimo tratamiento doctrinal en la romanística española e internacional, pese a formar parte de uno de los sectores más atractivos en el estudio del Derecho Privado Romano, del cual las investigaciones en una gran mayoría han sido dirigidas al ámbito del derecho patrimonial, obligacional o de derechos reales. Ciertamente, una institución de tan alta importancia en el seno del derecho de familia como es la adopción, cobra una especial relevancia debido, como atractivo añadido, a las profundas mutaciones que ha experimentado la misma en el largo transcurso de nuestra cultura jurídica. Estos profundos cambios y mutaciones a las que se ha visto sometida la adopción a lo largo de la Historia han hecho de ella la institución, quizá, más variada e incluso contradictoria en su función y finalidad y, por ende, en su régimen jurídico. A todo ello, deberemos sumar el creciente interés que ha despertado en los últimos años el derecho de familia, particularmente en los estudios romanísticos. Como bien nos indica el doctorando en su estudio, no faltan en estos tiempos autores que comienzan a reconocer en el legado jurídico-romano y en la experiencia histórica un importante fundamento de reflexión para alcanzar soluciones jurídicas a los nuevos interrogantes *de facto*, todo ello, obviamente, sin imponer soluciones anticuadas a los nuevos problemas, pero tomando de la experiencia del pasado las lecciones necesarias para los nuevos acontecimientos de derecho privado.

A nuestro juicio, el trabajo de investigación que presenta el doctorando, ofrece las respuestas y soluciones que el mismo propone en su hipótesis de

partida, la cual queda demostrada y confirmada con el estudio realizado. Era necesario en la romanística un estudio jurídico-histórico que profundizara en el conocimiento de las diferentes articulaciones y aplicaciones que conjugaron la dinámica evolutiva de la *adoptio* para encontrar similitudes que demostrarían la pervivencia de aspectos concretos de la institución romana en los ordenamientos jurídicos vigentes en pleno siglo XXI.

En la evolución de su tarea investigadora, el doctorando ha tenido oportunidad de ofrecer al panorama científico algunos resultados de sus investigaciones, de entre lo que podemos destacar la publicación de los artículos: “Notas en torno a la institución adoptiva y su evolución histórica, con especial referencia a su posible afectación por las últimas modificaciones de derecho de familia en el Derecho español”, en *Revista General de Derecho Romano* www.iustel.com (RGDR), nº7, diciembre, Madrid, 2006 y “Notas en torno a la adopción en Derecho Romano”, en *RGDR*, nº9, diciembre, Madrid, 2007. De la misma forma, el doctorando ha realizado contribuciones en forma de comunicación a congresos nacionales e internacionales, de entre los que podemos destacar las I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Medioambiental y Fiscal Romano, organizadas por el Instituto de Derecho y Ética ambiental del CEU, celebradas en el CEU San Pablo de Madrid en octubre de 2009 o el Conventus Cordubensis Romani Iuris (I Congreso Cordobés de Derecho Romano) celebrado en Córdoba en Abril de 2005. De la misma forma, el doctorando ha participado como colaborador, e incluso como personal técnico asociado en ocasiones, en proyectos I+D financiados en convocatorias públicas como los proyectos del Plan Nacional I+D+I “Derecho administrativo histórico.

Experiencia administrativa romana. Utilitas Publica. Municipio. Provincia. Urbanismo. Registro y archivos públicos. Derecho Comparado”, dirigido por la Profª Dra. Carmen Jiménez Salcedo y “La jurisdicción voluntaria, un mandato legislativo pendiente de cumplimiento. Cuestiones generales”, dirigido por el Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján. En la actualidad, el doctorando participa en el Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía “Acción Urbanizadora y Derecho Urbanístico Romano. Ordenación del territorio, urbanismo, vivienda y medio ambiente”, dirigido por la Profª. Dra. Belén Malavé Osuna. En el seno de estos proyectos de investigación, el doctorando tuvo la oportunidad de realizar una estancia de investigación en la Universidad S. Kliment Ohridski de Sofía, Bulgaria, en el año 2007. De la misma forma, el doctorando, en su condición de Colaborador Honorario del Área de Derecho Romano, ha venido colaborando en las actividades docentes de la misma.

Consideramos, por tanto, que la tesis doctoral que ahora presenta el Lcdo. Salvador Ruiz Pino cumple con todos los requisitos de calidad científica, innovación e interés doctrinal propios de un trabajo de investigación de estas características y, por todo lo ya expuesto, consideramos que puede autorizarse oficialmente su presentación y su defensa pública, convencidos de que constituirá un referente en el tema elegido, el cual, como dijimos, presenta un escasísimo tratamiento doctrinal en el seno de la romanística. Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 5 de octubre de 2010

Firma del/de los director/es

Fdo.: Antonio Fernández de Buján Fdo.: Juan Miguel Alburquerque Sacristán

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN DERECHO
ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

ÍNDICE

CAPÍTULO I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE
FAMILIA Y AL CONCEPTO DE *PATRIA POTESTAS*. ...11

1. Justificación del objeto de estudio. ...11

2. La familia romana: “*principium urbis et quasi seminarium rei
publicae*”. ...20

2.1 La *potestas* del *paterfamilias* romano: legislador, magistrado
y señor. ...39

CAPÍTULO II. CONTENIDO Y ELEMENTOS DE LA PATRIA
POTESTAD ROMANA. LA FILIACIÓN Y OTRAS FORMAS DE
INCORPORACIÓN EN LA FAMILIA ROMANA. ...47

1. Contenido de la *patria potestas*. ...47

1.1 Efectos de la *patria potestas* sobre las personas y los bienes de la mujer y los *filiifamilias*. ...49

1.2.1. Efectos de la *patria potestas* del *paterfamilias* sobre las personas de los *filiifamilias*. ...51

1.2.2. Efectos de la *patria potestas* del *paterfamilias* sobre los bienes de los *filiifamilias*. ...68

1.2.3. La dimensión pública y el *status civitatis* de los *filiifamilias*: <<*filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur*>>. ...85

1.2.4. La potestad marital: la *manus*. ...90

2. La incorporación en la familia romana. La filiación. ...100

2.1. La filiación legítima. ...101

2.2. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio. ...109

CAPÍTULO III. LA ADOPCIÓN COMO MODO EXTRAORDINARIO DE INCORPORACIÓN A LA *PATRIA POTESTAS* (I): LA PRIMITIVA INSTITUCIÓN DE LA *ADROGATIO*. ...120

1. Posibles causas del surgimiento de la institución adoptiva: precedentes históricos. El pretendido carácter político de las adopciones romanas. ...120

2. La diferenciación de las dos modalidades básicas de adopción romana: *Adoptio* y *adrogatio*. ...143

2.1. La adopción de un sujeto *sui iuris*: la institución de la *adrogatio*. ...144

2.1.1. Capacidad y requisitos. ...149

2.1.2. La capacidad activa de la mujer para adoptar *in solatium liberorum amissorum*. ...162

2.1.3. Procedimiento y requisitos formales de la *adrogatio*. ...165

2.1.4. Efectos de la *adrogatio*. ...170

2.1.5. La *adrogatio per rescriptum principis*. ...176

CAPÍTULO IV. LA ADOPCIÓN COMO MODO EXTRAORDINARIO DE INCORPORACIÓN A LA *PATRIA POTESTAS* (II): LA *DATIO IN ADOPTIONEM*. ...184

1. La *adoptio* o *datio in adoptionem*. ...183

1.1. Origen histórico de la institución. ...185

1.2. Sustanciación formal de la institución: la ficción procesal en la interpretación de la legislación decemviral. ...188

1.2.1. La primera fase del proceso, la necesaria emancipación del adoptado. ...189

1.2.2. La segunda fase del proceso adoptivo, la ficción procesal. ...196

- 1.3. Órganos a los que el ordenamiento jurídico reconocía competencia para conocer sobre las causas de adopción. ...200
- 1.4. La posición del adoptado en el procedimiento de la *datio in adoptionem*. ...208
2. Los efectos de la *adoptio* o *datio in adoptionem*. ...212
3. La adopción en las etapas postclásica y justiniana. ...233
- 3.1. Algunos aspectos procesales de la adopción postclásica a la luz de las constituciones imperiales de GORDIANO y DIOCLECIANO. ...238
- 3.2. La reforma justiniana de la institución adoptiva. ...242
- 3.3. Los efectos de la nueva adopción: *adoptio plena* y *minus plena*. ...250
- 3.3.1. *Adoptio plena*. ...255
- 3.3.2. *Adoptio minus plena*. ...258
- 3.3.3. Exigencias formales de la nueva *adoptio*. ...264
- 3.4. El principio *adoptio imitatur naturam*. ...265
4. Las adopciones privadas: *adoptio testamentaria* y *adoptio tabulis copulata*. ...277
- 4.1. La *adoptio testamentaria*. ...276
- 4.2. La *adoptio tabulis copulata*. ...279

5. *La adoptio in fratrem.* ...285

**CAPÍTULO V. LA RECEPCIÓN DE LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA
ROMANA EN EL DERECHO ESPAÑOL. ...289**

**1. La adopción en la época visigótica. La influencia germánica en la
evolución de la institución adoptiva. ...289**

1.1. La adopción en la *Lex Romana Visigothorum.* ...291

2. La *adfiliatio* o *perfiliatio.* ...295

2.1. Origen de la *perfiliatio.* ...297

2.2. Aspecto formal de la *perfiliatio.* ...306

2.3. Efectos de la *perfiliatio.* ...308

**3. El *recibimiento de fijo* regulado por el *Fuero de Soria* y el *Fuero
Real.* ...312**

3.1. Aspectos formales y efectos del *recibimiento de fijo.* ...317

4. La adopción en las *Partidas* de ALFONSO X. ...326

4.1. Aspectos formales de la adopción de las *Partidas.* ...331

4.2. Efectos de la adopción de las *Partidas.* ...339

5. Precedentes y reformas jurídicas de la adopción en las últimas décadas del Derecho español. Paso de una modalidad dual de adopción a una modalidad unitaria. ...345

6. Concepto y naturaleza de la adopción en el derecho vigente. Importancia del denominado interés del menor como eje central de la institución adoptiva. ...350

6.1. Concepto, naturaleza y principios rectores. ...350

6.2. El interés del adoptando, fuente y eje central de la adopción. ...353

6.3. Personas que pueden adoptar y ser adoptadas. Requisitos y capacidades. ...362

6.3.1. Capacidad y requisitos del adoptante. ...364

6.3.2. Personas a las que se puede adoptar. ...388

7. La adopción internacional. ...392

CAPÍTULO VI. LA ADOPCIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. DE ROMA AL DERECHO ACTUAL, PASANDO POR EL MALGRADO PROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. ...403

1. La *iurisdictio voluntaria* romana. ...403

1.1. La *iurisdictio voluntaria* en la primera fase del proceso, la previa emancipación del adoptando. ...408

1.2. La *iurisdictio voluntaria* en la segunda fase del proceso, la adopción. ...415

2. El procedimiento de adopción en el Derecho español a través de la jurisdicción voluntaria. La frustrada regulación prevista en el desechado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. ...424

CAPÍTULO CONCLUSIVO ...440

BIBLIOGRAFÍA ...484

CAPÍTULO I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE FAMILIA Y AL CONCEPTO DE *PATRIA POTESTAS*.

1. Justificación del objeto de estudio

En el ámbito científico-técnico del derecho de familia es probablemente la filiación una de las cuestiones que presenta un menor tratamiento doctrinal, el que, sin duda, se acentúa en lo tocante a la filiación adoptiva, la cual plantea, además, un doble aliciente, el interés progresivo que ha adquirido en los últimos tiempos, de un lado, y las constantes y continuas modificaciones que ha sufrido dicha institución a lo largo de toda su historia, de otro.

En efecto, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el Derecho de Familia es uno de los sectores más atractivos, aunque en aspectos fundamentales menos estudiados por la romanística española e internacional, en el estudio del Derecho Privado Romano, del cual las investigaciones en una gran mayoría han sido dirigidas al ámbito del derecho patrimonial, obligacional o de derechos reales. Especial relevancia en el seno del Derecho de Familia cobra la institución adoptiva, la cual ha experimentado en la historia de la cultura jurídica profundas mutaciones, cuyas causas deben buscarse, ante todo, en las que afectan a las periódicas transformaciones a que se ve sometido el Derecho de familia¹, muy

¹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 117 y ss.: “El concepto y la significación de la familia en Derecho Romano, sufren una profunda evolución a lo largo de los siglos, manifestada, en las distintas etapas históricas, desde su

sensible a los cambios de las costumbres y de la vida social. Pero, al mismo tiempo, la adopción, en formas diversas, aparece normalmente con mayor o menor importancia, en todos los ordenamientos jurídicos, sin duda porque responde a hondas exigencias de orden familiar y social². Estos profundos cambios y mutaciones a las que se ha visto sometida la adopción a lo largo de la Historia han hecho de ella la institución, quizá, más variada e incluso contradictoria en su función y finalidad y, por ende, en su régimen jurídico³.

originario alejamiento, en los primeros tiempos, de la noción actual de familia, hasta su notable proximidad, en la legislación justiniana, a la vigente concepción de la institución. Véase también, del mismo autor, ID., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1984. Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., “Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)* www.iustel.com, nº 9, diciembre 2007.

² RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1978, pág. 17; *La adopción: Bases para una normativa vigente en España a partir de la experiencia histórica y del derecho comparado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1975, pág. 7. Cfr. MORENO FLOREZ, R. M., *Acto Constitutivo de la adopción*, Ed. Colex, Madrid, 1985, págs. 19 y ss.; GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, en *Estudios de Derecho Privado y Penal romano, feudal y burgués*, Orlandis 70, Barcelona, 1988, pág. 17. Señala este autor: “Si, sous des formes et avec des fins diverses, l’adoption se retrouve dans la quasi-totalité des droits antiques.”; ALBERTARIO, E., “In tema di adozione romana”, en *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934; CASTELLO, C., *Sull’età dell’adottante e dell’adottato in diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

³ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., Y OTROS, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989, pág 16; GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., loc. cit. : “les fins de l’adoption sont multiples. Elles ont varié selon les peuples et les temps et une même forme a pu être utilisée à des fins très différentes. L’étude comparative des droits antiques est à cet égard des plus instructives. L’Orient, la Grèce, Rome offrent les exemples nécessaires pour brosser un tableau de la diversité des formes et de la variété des buts d’un acte que l’on désigne du nom d’adoption.”. SALLER, R., “I rapporti di parentela e l’organizzazione familiare”, en MOMIGLIANO, A., y SCHIAVONE, A., *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989, pág 515. Señala este autor: “In effetti il diritto di famiglia romano è stato recentemente identificato come la causa fondamentale delle notevoli differenze tra il modello delle piccole famiglie nucleari caratteristiche dell’Europa meridionale.”; RUSSO RUGGERI, C., *La datio in*

En el estudio que nos proponemos realizar pretendemos profundizar en las instituciones romanas de la *adoptio* y la *adrogatio*, siempre con referencia al estudio de la patria potestad romana⁴, principio fundante del derecho romano de

adoptionem. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Messina, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

⁴ Para todo lo referente a patria potestad romana y parentesco, especialmente el derecho de alimentos entre parientes, vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, cit.; ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010; “Obligación de alimentos entre hermanos”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, www.iustel.com, nº 12, junio 2009; “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, en *RGDR*, nº 11, diciembre 2008; “De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos”, en *RGDR*, nº 10, junio 2008; “Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *RJUAM*, Madrid, 2007; “Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes”, en *RGDR*, nº 9, diciembre 2007; “Alcance de la prestación de alimentos en derecho romano”, en *RJUAM*, Madrid, 2006; “Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana “iurisdictio voluntaria” -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I-, hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006; “Algunos principios ya existentes en el proceso romano denominados con criterios modernos y claves actuales. (Denominación moderna: principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, aportación de parte o preclusión). Recensión a la obra de Antonio Fernández de Buján, Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje”, *RGDR*, nº 5, diciembre 2005; “Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*”, en *Revista General de Derecho Procesal* www.iustel.com, nº 8, febrero 2006; “Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano”, *RGDR*, nº5, Madrid, 2005; “Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de alimentos derivada de una relación de parentesco”, en *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, A Coruña, 2005, págs. 13-37; “Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de jurisdicción voluntaria.”, en *RGDR*, nº 4, junio 2005; “La prestación de alimentos entre parientes: introducción y antecedentes como deber moral”, en

familia. Una vez estudiadas y analizadas a fondo dichas instituciones, pretendemos contrastar su evolución histórica y pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico actual. Si atendemos en este ámbito a los numerosos cambios que ha sufrido la legislación española en torno a la adopción desde su redacción originaria del Código Civil de 1889⁵, la aprobación de leyes como la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y la novedosa Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, que le afectan directamente, la reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (Ley 13/2005) o la pendiente realización de una Ley de Jurisdicción

Personalidad y Capacidad Jurídica, XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Vol. 1, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 89-106; “La prestación de alimentos en Derecho Romano: Ascendientes y descendientes”, en *Revista Jurídica de la UAM*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007; “Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la Regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio”, en *RGDR*, nº 6, junio 2006; “Alimentos y provisiones: Observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9)”, en *RDUNED* nº 2, 2007; “La administración provincial, colonial, municipal y la justicia en la Hispania romana (1): especial referencia a la Bética romana, su capital Corduba y los magistrados municipales y órganos con iurisdictio según la Lex Irnitana”, en *RGDR*, nº 7, diciembre 2006; “La justicia en la Córdoba romana”, Ponencia organizada por la Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, VII Jornadas, *Pasado y presente de la administración de justicia en Andalucía*, Salón de Actos del Palacio de la Merced, Diputación de Córdoba, días 27 y 28 de Noviembre de 2006 (actas del Congreso en prensa); CASSINELLO Y CASSINELLO, J., *Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas*, Universidad Central, Madrid, 1873.

⁵ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, pág. 268. Podemos afirmar que la regulación jurídica española ha pasado del modelo de la *adoptio minus plena* del Derecho Justiniano a un modelo de *adoptio plena* como medio de integración familiar completa, análoga a la filiación natural. Ambos modelos convivieron durante determinadas épocas legislativas, habiéndose perdido por las últimas reformas esta dualidad. A esto se refiere ALBALADEJO, op. cit., pág 267, cuando se refiere a “la única adopción de hoy y su efecto básico de sacar legalmente al adoptado de su familia anterior e integrarlo en la del adoptante”.

voluntaria⁶, que afectan a la adopción de modo indirecto o procedimental,

⁶ Para todo lo referente a jurisdicción voluntaria en Derecho Romano y Derecho actual, cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones.”, en *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2005, también en *RGDR*, nº 5, diciembre 2005; “El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005”, en *Diario La Ley*, 8 de junio de 2006; “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *RGDR*, nº 5, diciembre de 2005; “Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006” I y II, en *Diario La Ley*, 27 y 28 de noviembre de 2006; Entre las publicaciones de interés en materia de jurisdicción voluntaria de este mismo autor, véase: En Derecho Romano: *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1999; *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; “A propósito de la competencia en materia de iurisdicção voluntaria en Derecho Romano”, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII pp. 95-134; “Diferencias entre los actos de iurisdicção contenciosa y iurisdicção voluntaria en Derecho Romano”, *Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “Iurisdicção voluntaria”, en D. 1.16.2.pr.”, *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1987, pp. 197-215; “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, en *Ivra, Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. 54, 2003. En Derecho Actual: *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria*, (I y II), Ed. Iustel, Madrid, 2007 (I) y 2008 (II); *La Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; “La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000”, *Derecho y Opinión*, Córdoba, 2000, pp. 329-342; “La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias”, *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; “Noción de iurisdicção y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, www.iustel.com, PortalDerecho, 2002; “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, pp. 89-149; “Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa”, *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, pp. 1277-1306 y n.º 37, pp. 1317-1341; “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro”, *Derecho de los Negocios*, n.º 163, 2004, pp. 5-15; “Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)”, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; “La hora de la Jurisdicción Voluntaria”. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005; “Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro”, *Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo*, 2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo autor, *Derecho Privado Romano*, cit.; “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, *Revista Jurídica de la UAM*,

podremos llegar a la conclusión de que no existe una investigación que haya afrontado este estudio desde estas mismas perspectivas, quedando así justificada la presente investigación. A todo ello, debemos sumar el creciente interés que ha despertado en los últimos años el derecho de familia, particularmente en los estudios romanísticos. A este respecto, podemos decir, con FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E.⁷, que este elevado grado de interés y renovado aire de atención que han despertado las instituciones jurídico familiares romanas bien pueden tener su origen en “la propia preocupación sentida en la sociedad en torno al porvenir que le espera a la familia de hoy por la evidente evolución que estamos experimentando: la nueva perspectiva de las relaciones de pareja, las nuevas técnicas de procreación que tan directamente afectan a cuestiones sobre la filiación, presunción de paternidad y maternidad, etc., nos conducen hacia una novedosa y no menos inquietante etapa histórica”. No faltan en estos tiempos autores que comienzan a reconocer en el legado jurídico-romano y en la experiencia histórica un importante fundamento de reflexión para alcanzar soluciones jurídicas a los nuevos interrogantes *de facto*, todo ello, obviamente, sin imponer soluciones anticuadas a los nuevos problemas, pero tomando de la

número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”, *Convegno internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2; “Arbitraje”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, www.iustel.com, PortalDerecho, 2002, “Carácter contractual del arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004. Véase también ALBURQUERQUE, J.M., “Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*”, en *Revista General de Derecho Procesal* www.iustel.com, nº 8, febrero 2006.

⁷ FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., “La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española 1940-2000*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2001, pág. 103.

experiencia del pasado las lecciones necesarias para los nuevos acontecimientos de derecho privado⁸.

En el transcurso de nuestras investigaciones hemos pretendido abordar aquellos aspectos que se consideran más relacionados con el tema de la institución adoptiva en Derecho Romano, entre los que cabe destacar el estudio de la familia romana, el significado y valor de esta institución, su evolución histórica y su estructura, así como las distintas doctrinas sobre la concepción romana de familia. Se estudiará, asimismo, la evolución de la institución adoptiva, tanto en época arcaica, donde se deberá hacer un especial hincapié en el carácter originario de la

⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Ciencia jurídica europea y Derecho Comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law”, en *RGDR* nº 10, julio 2008. Señala este autor (págs. 25-26) al hacer referencia a la importante labor que podría desarrollar el Derecho Romano en la previsible codificación del Derecho privado europeo y que podemos perfectamente extrapolar a los concretos interrogantes que plantea actualmente el Derecho de Familia: “Cabría afirmar, en definitiva, que el Derecho Romano puede cumplir un relevante papel como elemento de cohesión y de intermediación entre los distintos sistemas y Ordenamientos Jurídicos, sin pretender encontrar necesariamente -porque no sería posible en muchos casos- soluciones en las fuentes romanas a los nuevos problemas que se plantean en la dinámica de la realidad social y mucho menos caer en el error de pretender la validez intemporal de las soluciones romanas en su conjunto. Pero los grandes temas, los grandes problemas, las principales instituciones, las construcciones teóricas más consolidadas, han partido o se han derivado de las fuentes romanas y de ellas se ha nutrido la ciencia del derecho. El sustrato común de las soluciones romanistas en los ordenamientos de los distintos países europeos, así como la propia experiencia jurídica de la comunidad política romana, se configuran como un importante referente en la futura unificación o armonización del derecho en Europa, que ya se ha materializado , en buena medida, en los avances logrados en particulares ámbitos del derecho civil, así en materia de contratación, de derecho de obligaciones, de propiedad intelectual, y del derecho procesal civil, así como en relación con el recurso a los Principios Generales del Derecho, como ha resaltado Knütel y a los propios textos contenidos en las fuentes romanas, como ha puesto de relieve en forma reciente Reinoso, en las resoluciones dictadas por los Tribunales Comunitarios, en especial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

adopción en sus formas de *adrogatio* y *adoptio*⁹, de sus requisitos formales, procesales y personales, así como los efectos derivados de las distintas instituciones; analizaremos la evolución de la institución también en la época clásica, donde abordaremos cuestiones tan discutidas como la que rodea a la *adoptio per testamentum*, o la intervención del pretor en las distintas instituciones y fases de la *adoptio* y la *adrogatio*. También estudiaremos la institución adoptiva en la época del Bajo Imperio, donde podremos comprobar la influencia que las nuevas concepciones orientales y cristiana ejercieron sobre la institución adoptiva¹⁰, que derivó en la máxima *adoptio naturam imitatur* y en la admisión, en ciertos casos, de la arrogación de impúberes y de la facultad conferida a las mujeres para adoptar *in solacium liberorum amissorum*, analizando las formas procedimentales ya simplificadas en esta época mediante la *adrogatio per rescriptum principis* y su aplicación en las provincias, así como la pervivencia de las antiguas formas de la *datio in adoptionem* y la degeneración por el influjo de los usos provinciales (la *adoptio tabulis copulata*), incidiendo también en los procedimientos de *adoptio in fratrem*. Ya en la época justiniana, analizaremos las reformas introducidas por el emperador JUSTINIANO, que conducen a un nuevo concepto de *adoptio*, con nuevos procedimientos y distintos efectos, con la pervivencia en ocasiones de los efectos de la antigua arrogación y la creación de dos instituciones diferentes al referirnos a la *adoptio* en sentido estricto: la *adoptio*

⁹ Vid. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano*, Ed. Del Genal, Málaga, 2007, págs. 38-39.; Vid., del mismo autor, *Derecho privado romano y su práctica a través del Código Civil*, Ed. Del Genal, Málaga, 2007; *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006.

¹⁰ Respecto a las posibles interpolaciones en materia de derecho de adopción en la compilación justiniana, vid. BERGMAN, C. G., *Beiträge zum römischen adoptionsrecht*, Edizione anastatica, Studia Juridica LXXX, “L’erma” di Bretschneider, Roma, 1972, págs. 99 y ss.

plena y la *adoptio minus plena*. Fue bajo esta nueva forma, como la institución adoptiva pasó al Derecho moderno, con objetivos ya no de ámbito económico-político, como ocurría en las primeras épocas, sino en otros espacios de mayor carácter filantrópico-sentimental, constituyendo esta institución lo que puede considerarse el precedente histórico de la adopción que durante tanto tiempo estuvo regulada en nuestro Código Civil, de tal forma que hasta 1987 el Derecho español seguía distinguiendo, tal y como hiciera JUSTINIANO, la adopción plena de la simple¹¹. Así deberemos estudiar la institución adoptiva contemporánea en sus aspectos fundamentales, así como relacionar y extraer la influencia e interrelación jurídica entre la actual institución adoptiva y su antepasado jurídico-romano. Como dato de especial relevancia debido a su acuciente actualidad analizaremos los aspectos procedimentales de la institución adoptiva por el trámite de los actos de jurisdicción voluntaria vinculándolos con los procedimientos romanos de jurisdicción voluntaria, así como la relación con la nueva Ley de adopción internacional, ya citada anteriormente.

Es, pues, esta nuestra hipótesis de partida, la cual se desprende del estudio apriorístico de las fuentes jurídicas y de la doctrina. Se hace conveniente profundizar en el conocimiento de las diferentes articulaciones y aplicaciones que conjugaron la dinámica evolutiva de la *adoptio* para encontrar similitudes que demostrarían la pervivencia de aspectos concretos de la institución romana en los ordenamientos jurídicos vigentes en pleno siglo XXI.

¹¹ Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la *adoptio minus plena*”, en Ramón López-Rosa y Felipe del Pino Toscano (Eds.), *El Derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pág. 550; MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, Università degli studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

2. La familia romana: “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”.

Historiadores, sociólogos y juristas, de manera prácticamente unánime, han venido a afirmar doctrinalmente que, en rasgos generales, la familia, en sus diversas concepciones a lo largo de la Historia, supone el principio fundamental sobre el que se ha asentado tradicionalmente la organización social, desde la cultura jurídico-social del mundo antiguo hasta nuestros días¹². Ésta afirmación cobra particular relevancia en Roma, cuya formación, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “se produce como consecuencia de la agrupación de diversas familias o *gentes*, pertenecientes a diversos grupos étnicos (indoeuropeos y mediterráneos), y no como producto de la división de un grupo de entidad superior como una tribu o una horda”¹³. Es innegable y, por esta razón, no

¹² Cfr. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. I, Diritto di Famiglia, Giuffré, Milano, 1963, pág. 3: “Nel diritto romano debbono esser distinte due specie di rapporti e diritti famigliari: quelli che si ricollegano all’organismo della famiglia nel senso antico e romano e quelli che invece si richiamano al concetto della famiglia naturale nel senso moderno”.

¹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, Decimotercera Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2010, pág. 77. Vid. ALBURQUERQUE, J.M., “Algunos principios ya existentes en el proceso romano denominados con criterios modernos y claves actuales. (Denominación moderna: principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, aportación de parte o preclusión). Recensión a la obra de Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, www.iustel.com, nº 5, diciembre 2005. A este respecto, véase también OLIVER SOLA, M.C., *Tres modelos de reinserción familiar*, Editorial Popular, Madrid, 1991, págs.11 y ss. Señala esta autora: “La *civitas* romana formada durante mucho tiempo por grupos menores de familias, va constituyéndose poco a poco en un centro político vigoroso, donde la participación de las familias en lo público a través del derecho de voto y participación militar obligatoria, va consolidando aquella idea de la autonomía familiar donde, a pesar de su

debemos omitir, el importante valor y el significado de *familia* en Roma, la cual, como nos señala SALLER, “occupa un posto speciale nella storia della famiglia europea e, piú generalmente, nel pensiero politico e sociale dell’Europa occidentale”¹⁴. No debemos olvidar que fue CICERÓN quién definió como “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”¹⁵ a esta institución de carácter eminentemente natural, como nos señala CALÍSTRATO, en el Libro II de sus *Quaestiones*, recogido en D.50.16.220.3:

(Callistratus libro secundo quaestionum): Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.

jerarquizada organización, se da en considerar junto al <<paterfamilias>> como a los <<filiifamilias>> ciudadanos de derechos iguales, si bien el reconocimiento romano respeta siempre la singularidad autonómica de aquella grave responsabilidad de su cabeza. Y esto es así, de tal manera que el Derecho Privado Romano en la <<época romana>> fue siempre el derecho del <<paterfamilias>> o cabeza de familia”.

¹⁴ SALLER, R., “I rapporti di parentela e l’organizzazione familiare”, en MOMIGLIANO, A., y SCHIAVONE, A., *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989, pág 515. Señala este autor en la misma página: “In effetti il diritto di famiglia romano è stato recentemente identificato come la causa fondamentale delle notevoli differenze tra il modello delle piccole famiglie nucleari caratteristiche dell’Europa meridionale.”

¹⁵ *De officiis ad Marcum filium libri tres*, 1, 17, 54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae. Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur conubia et affinitates ex quibus etiam plures propinqui; quae propagatio et suboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem coniunctio et benivolentia devincit homines [et] caritate.*

De manera singularmente hermosa éste jurista clásico, de importante influencia griega¹⁶, les muestra a los “padres piadosos” cómo la naturaleza “también nos enseña que tomemos mujer con el ánimo y con el deseo de procrear hijos”, cuya denominación comprende a “todos los que descienden de nosotros”, no pudiéndosele llamar al nieto “con nombre más dulce que el de hijo”. Concluye el jurista este fragmento señalando la aspiración innata de todo ser, particularmente en el pensamiento antropológico romano, constituyente de la finalidad propia natural de la formación familiar: “engendramos y damos a luz hijos e hijas (...) para dejar con la prole de ellos o de ellas memoria duradera de nosotros en el tiempo”.

Lo primero que debemos resaltar al afrontar el estudio del Derecho de familia es que cualquier intento de concretar la noción de *familia* romana será, de por sí, insuficiente e inexacto. Recordemos en este punto el conocido texto de ULPIANO recogido en D. 50.16.195.1:

(Ulpianus libro 46 ad edictum): "Familiae" appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat.

¹⁶ Vid. MATEO, A., “Calístrato (Callistratus)”, en DOMINGO, R (ED.), *Juristas Universales*, Vol.1, *Juristas Antiguos*, Madrid, 2004.

“Es aceptada con variedad” (...*et quidem varie accepta est...*), nos muestra claramente ULPIANO en este texto, el vocablo “*familiae*”, el cual, tal y como veremos más adelante, alcanzará diversos significados dependiendo del ámbito temporal, jurídico, social e incluso político en el que nos encontremos. No es labor fácil intentar reconstruir desde un prisma histórico crítico la noción de familia que tenían los juristas romanos, pues como señala RODRÍGUEZ ENNES, “a pesar de que los investigadores hayan dedicado ampliamente su atención a instituciones relativas al matrimonio, a la condición de los hijos, a las donaciones entre cónyuges y a otras que, según las clasificaciones modernas, entran en el campo del Derecho de familia, no existen entre los juristas romanos, exposiciones que traten de una manera unitaria todas estas instituciones, considerándolas como una rama especial del Derecho Privado”¹⁷.

En este intento de sistematización de la realidad familiar, debemos comenzar afirmando que desde los primeros visos de civilización romana la institución familiar ocupó un puesto especialmente privilegiado. Como nos muestra RASCÓN GARCÍA, “la sociedad romana estuvo constituida desde sus orígenes por grupos familiares muy coherentes, lo cual ha permitido a algunos autores considerar la *civitas* primitiva como una confederación de familias, de manera que lo que hoy denominamos derecho privado no tendría su fundamento en el Estado, sino en el *pater familias*, tal como Ihering supuso”¹⁸. Son

¹⁷ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., págs. 31 y 32.

¹⁸ RASCÓN GARCÍA, C., *Manual de Derecho Romano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág 83.

abundantes los campos de contribución pública de la familia en la época romana, desde la participación política a través de las asambleas populares hasta la obligatoriedad de la participación militar. Ya BONFANTE¹⁹ percibía la primitiva sociedad romana como una confederación de status federados donde, pese a existir normas suprafamiliares, son de importante relevancia las que afectan al ámbito interno de la familia, de un marcado acento gentilicio y cuasifeudal, limitándose con ellas la libertad de los individuos que la integran bajo la potestad única del *paterfamilias*²⁰. No resulta descabellado, pues, manifestar que la familia romana, como han señalado numerosos autores, es, en el marco original de la sociedad romana y debido a su importante autonomía política y jurídica, el supremo y máximo ente político²¹, cuya agrupación territorial permitió la formación de la primitiva *civitas* romana, aquella legendaria tribu de Rómulo que relataba la tradición²².

¹⁹ Cfr. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., págs. 7 y ss.

²⁰ Cabe destacar la afirmación de OLIVER SOLA, M.C., *Tres modelos de reinserción familiar*, cit., loc. cit., basada claramente en las tesis de BONFANTE, P., cuando señala que se “va consolidando aquella idea de la autonomía familiar donde, a pesar de su jerarquizada organización, se da en considerar junto al <<paterfamilias>> como a los <<filiifamilias>> ciudadanos de derechos iguales, si bien el reconocimiento romano respeta siempre la singularidad autonómica de aquella grave responsabilidad de su cabeza”. Esta pretendida igualdad de trato del *paterfamilias* y los *filiifamilias* en la sociedad romana no deja de ser cuestionable, pues la célula política familiar, con base en el derecho primitivo, regula, entre otros, el *ius vitae necisque* del primero sobre los segundos, por lo que esta afirmación plantea, al menos, algunas reservas sobre la eficacia real de dicha igualdad de trato.

²¹ En parte, justifica esta postura la afirmación de Pomponio acerca de la ausencia de normas jurídicas (sin leyes ni derecho cierto) en los orígenes de la civilización romana: D.1.2.2.1. (*Pomponius, libro singulari enchiridii*): *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.*

²² Cfr. MOMMSEN, T., *Disegno del diritto pubblico romano*, Ed. Celuc, Milano, 1973: “La leggenda delle origini di Roma, schematica anche a questo riguardo, pone come germe Della comunità cento uomini non appartenenti a verum altro Stato, e cento donne conquistate mediante

Podemos hablar aquí, usando los términos de RESINA SOLA, P., de la proyección y relación entre el microcosmos y el macrocosmos romano: la *Urbs*, la *Domus* con mayúscula, y la *familia*, la *domus* con minúscula. En palabras de este autor: “Porque, no en vano, Hermogeniano afirma *hominum causa omne ius constitutum est*, y no, a mi entender, para justificar la importancia de lo que en la pandectística conocemos como sujeto del derecho *-ad personas pertinens*, que diría Gayo- sino como el referente último donde el individuo (*homo*), que protagonizará el universo jurídico, toma existencia, se inserta, y, con todas las variables que en el término ‘familia’ -como institución socioeconómica y elemento cultural- se dan cita, pone en marcha lo que metodológicamente discernimos como Derecho público y privado (en esta sede es donde tal vez podamos apreciar mejor la ruptura del binomio, o donde quizás esta dicotomía tenga una importancia relativa); al igual que la distinción, *a priori*, entre lo sagrado y lo laico, lo privado y lo público, lo económico y lo social, la vida doméstica y diaria, lo militar y lo político no ha lugar. En efecto, el individuo ha de ser considerado en su calidad de ciudadano o, y en total conexión, como hombre libre perteneciente a un grupo familiar, si bien su identidad cobra

rapina da questi uomini, e riguardando queste cento coppie come la più antica comunità gentilizia, dà a divedere il concetto della discendenza agnatizia, che è a base delle genti. Questa finzione giuridica non deve trarre in abbaglio: la gente, anche nel concetto romano, è indipendente dallo Stato quanto alla sua esistenza e alla sua fine, e quindi sottratta alla norma legale. E meno ancora nelle genti il numero dei membri può essere mai stato, sia pure approssimativamente, uguale”.

existencia respecto de la comunidad política de la *Ciuitas* y su participación en la vida de la misma mediante el *ius suffragii, ius honorum* y *ius militae*”²³.

- **Los orígenes y la estructura de la institución familiar: una investigación pendiente.**

En palabras de GAYO, “*et certe cuiusque rei potissima pars principium est*”²⁴, es decir, “el principio es la parte más principal de cualquier cosa”, también de la familia romana. Es esta una materia de importante enjundia pues no hemos de olvidar que son muchos los autores que han demandado la necesidad de un estudio global y de conjunto -romanístico, historiográfico y antropológico- que resuelva todo lo correspondiente al momento precívico de la familia romana, su estructura y organización, y su vinculación con el origen de las primitivas instituciones jurídicas -propiedad, sucesiones, derechos reales, obligaciones, derechos personales y patrimoniales, etc. Debemos poner de manifiesto que no es nuestra intención hacer dicho estudio en esta introducción a una tesis doctoral

²³ RESINA SOLA, P., “El estudio del Derecho de Familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española 1940-2000*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2001, págs. 23 y ss. Continúa este autor: “Algo que queda reflejado en expresiones tan manidas como *ius fasque, familia pecuniaque, domi militaeque*, con sus elementos íntimamente unidos mediante la enclítica *-que*. O como nos transmite Livio (44,39), en palabras de Paulo Emilio, “para el soldado el campamento representa la patria ausente, la trinchera y la tienda son su casa y sus penates”; esto es, el campamento, como nos dice J. Chevalier, es “Roma en miniatura que se desplaza con la tropa”, y que ya encontramos en el *arma uirumque cano, Troiae qui primus ab oris* de los analistas retomados por Virgilio: Eneas con su *domus*, con su familia (Julo-Ascanio y Anquises) a cuestas”.

²⁴ D. 1.2.1. *Libro primo ad leges XII tabularum*.

cuyo objeto de investigación es la institución adoptiva. No obstante, tenemos que señalar que siguen existiendo numerosas cuestiones sin respuesta en este campo de investigación jurídico-romana²⁵.

Desde los orígenes puede hablarse en Roma de una contraposición entre una esfera familiar amplia, la *gens*, y otra más estrecha. Tradicionalmente, se ha considerado que la *gens* era una comunidad familiar de naturaleza mixta, con trascendencia tanto en el derecho político como en el privado, constituida por varias familias *patricias* bajo la potestad de un *pater gentis*²⁶. Esto ha sido rebatido, entre otros, por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., que indica que “familia y *gens* serían agrupaciones humanas organizadas sobre la idea de la estirpe (*genus*

²⁵ RESINA SOLA, P., “El estudio del Derecho de Familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)”, cit., pág. 27: “-¿Qué carácter tuvo en los orígenes la familia? -¿Cuáles fueron sus primeras manifestaciones? -¿Qué papel jugó en la formación de la *Ciuitas* antecedente o consecuente, yuxtaposición o autonomía? -¿Cuál fue, a su vez, el papel desempeñado por la *gens* en la conformación del Estado, así como su relación con la familia? Dado que, como se sabe, en la mayoría de las sociedades existieron grandes grupos de parentesco que van mucho más allá de las estrictas relaciones familiares. -¿Cuál fue la organización de estos dos entes -*gens* y *familia*- antes y en los primeros pasos de la *Ciuitas*? ¿Cómo y cuándo se produce su transformación y disgregación, sobre todo de la primera? Teniendo presente que Gayo, en sus *Instituciones* (3,17) nos dice: *totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*. -¿Cómo se produjo el paso, en su caso, de una sociedad fundada sobre la parentela a una sociedad organizada políticamente? -Partiendo de la aceptación de la estrecha relación entre familia y propiedad -elemento económico-, y ésta a su vez en íntima relación con la herencia, ¿en qué situación se encuentran cada uno de estos elementos respecto de los demás: inclusión, exclusión, intersección, tangencial, antecedente, consecuente? -¿Cuál sería la significación de estos elementos -propiedad y herencia- en los primeros momentos de Roma, y cómo se pueden llevar esos resultados a la situación familiar?”.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 33. Afirma este autor que “de acuerdo con esta concepción, la *gens* sería el eslabón intermedio entre la *familia* y la *civitas*”, lo cual apoya en el hecho de que a la muerte del *paterfamilias* el patrimonio no se dividía entre los herederos, sino que se conservaba indiviso en una especie de comunidad de bienes perteneciente a todas las familias dependientes de un antepasado común (la *societas ex toto non cito*).

hominum) y en vínculos, por tanto, de generación con base en el culto ancestral a los antepasados simbolizado en el *paterfamilias*, puesto que no ha podido probarse la existencia de un *pater gentis* o jefe de la *gens*²⁷. Son estas familias gentilicias las que formaban la clase de los patricios, que, por esa misma razón, eran los únicos que ostentaban un *nomen* gentilicio y los únicos que podían, en principio, formar parte de la asamblea de los *patres* o, como se le denominará más tarde, el Senado²⁸. En palabras de BONFANTE, P., “la *gens* ha nelle origini una costituzione compatta, che essa è un organismo político autónomo ed anteriore allo Stato”²⁹.

Tratar el origen de la institución familiar en Roma nos supone, inevitablemente, sumergirnos en una discusión doctrinal abierta, que influye a su vez en otras múltiples áreas extra-jurídicas, particularmente la económica-social. Constituye éste un debatido campo del que ya hemos dejado constancia, que se manifiesta en la discusión principal en torno a la formación del Estado romano, la *Civitas*, en la segunda mitad del s. VIII a. C. Las teorías patriarcales de la familia

²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1984, pag. 21.

²⁸ Vid. ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho Romano* (Trad. Francisco de Pelsmaeker e Iváñez), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág 27 y 28. Con respecto a la relación entre el nacimiento del Senado o asamblea de los *patres* en época monárquica, mantiene este autor que “se ha querido establecer una íntima relación entre la denominación de *patres* dada a sus componentes y el uso de llamar, del mismo modo, a los cabezas de familia. Mas, como el sentido común se resiste a admitir que todos los cabezas de las familias patricias formasen parte del Consejo del Rey, se ha pensado que sólo lo constituirían los jefes de aquellas parentelas patriarcales más amplias que se conocieron con el nombre de *gentes* y que, desempeñaron, sin duda, un importante papel en la organización del antiguo patriciado”.

²⁹ BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, La proprietà, Parte I, Ed. Giuffrè, Milano, 1966, págs. 255.

romana, predominantes hasta el s. XX, que vislumbran en ésta la primera célula de la organización social, basada en la fuerza ancestral de los vínculos de sangre y la unión conyugal, han ido dejando paso a otras conjeturas, como las de MEYER, E., que defendió la hipótesis de la existencia de otras agrupaciones, como la horda, anteriores a la familia, surgiendo los grupos menores por segregación de los mayores; esto produjo una bifurcación de la doctrina en críticas a una y otra postura, generándose a su vez una multitud de nuevas interpretaciones³⁰, incluidas las teorías de la unidad económica defendida por ARANGIO RUIZ, de la unidad religiosa o de culto defendida por GIOFFREDI, GUARINO o DE FRANCISCI, o la del origen “stato-stirpe” o étnico arcaico defendida por LUZZATTO, PARADISI o FREZZA. Esta disparidad entre las tesis predominantes acerca de la estructura familiar romana, la patriarcal (carácter unitario de la familia bajo la autoridad del *paterfamilias*) y la de la comunidad doméstica (predominante en Alemania, que considera la familia como una situación comunitaria en la cual se podría ver un paralelo de la germánica *Hausgemeinschaft*) se han venido contraponiendo de modo antagónico, principalmente debido a los fuertes puntos de apoyo que sustentan a ambas³¹. No obstante, existen autores, como FUENTESECA, M., que

³⁰ FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., op. cit., págs. 106-107.

³¹ FUENTESECA, M., “Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del *paterfamilias*?”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 212 y ss. Mantiene esta autora que “por eso creemos posible un nuevo planteamiento que prescinda del carácter mutuamente excluyente de las dos teorías. El haberse presentado ambas explicaciones de la familia arcaica como excluyentes y distintas, hasta el extremo de parecer incompatibles, ha impedido quizá el hallar la vía media que recoja lo que hay de admisible en las dos posiciones. Las más fuertes razones que avalan la posición jerárquica del *pater* en la *familia* son, en nuestra opinión, las que aluden al papel de jerarquía religiosa del *pater*. El grupo familiar como núcleo de vida religiosa y las expresiones alusivas a este hecho como la expresión *parentare*, la figura del *parens*, y, en general, el culto a los antepasados, *dii parentes*, etc, conduce a una idea de autoridad

manifiestan que ambas posturas no son incompatibles ni excluyentes entre sí, sino coordinables, para lo que propone un ejercicio de interrelación y revisión de las interpretaciones romanísticas tradicionales acerca de todos los factores contribuyentes a la configuración de la comunidad familiar arcaica, como son el *consortium* o comunidad de los *domini* y su administración, el concepto de *res Mancipi*, y la función de la *domus* como centro del culto familiar agnaticio. En palabras de esta autora: “así, podemos coordinar las diversas teorías acerca de la estructura del grupo familiar arcaico si entendemos las *res Mancipi* como cosas pertenecientes al grupo familiar, de utilidad para la vida agrícola, con función económica al servicio del grupo familiar, y, en concordancia, el *consortium* como continuidad del vínculo jurídico-familiar, que existía incluso con anterioridad a la muerte del *paterfamilias*, en el que el *filius miles* podía actuar como *manceps* en nombre del *pater*, formando con ello un *mancipium* conjunto. Todo ello se aglutina en torno a la *domus*, sede del culto familiar doméstico, cuyo jefe era el *paterfamilias* y en esa misma función aparecía también como *dominus*”³².

religiosa basada en las generaciones de antepasados; la autoridad de un *parens* sobre la familia quizá en sentido amplio comprendiendo tres generaciones acaso con viviendas independientes. Ahora bien, las razones que apoyan la idea de una posible comunidad doméstica o *Hausgemeinschaft* se nos muestran bastante importantes y no rechazables, ni siquiera limitables a un *consortium post mortem patris*, como suele admitirse. La naturaleza del *consortium erecto non cito* parece arrastrar tras de sí raíces profundas que se remontan a una situación familiar arcaica. Entendemos que hay que conjugar muchos factores de las instituciones primitivas, privadas y públicas, para lograr una explicación más viable que las propuestas hasta ahora, si bien, como siempre que se trata de institutos arcaicos, hemos de movernos dentro de un margen hipotético”.

³² FUENTESECA, M., op. cit., pág. 224.

DE MARTINO, F.³³, por su parte, después del análisis de las distintas concepciones que han aportado de la familia romana diversos autores (FUSTEL DE COULANGES, MEYER, DE SANCTIS, ARANGIO RUIZ, BONFANTE, DE FRANCISCI, GUARINO, GIOFREDI, WESTRUP, WIEACKER, KASER, LUZZATTO, PARADISI, FREZZA, PUGLIESE) termina señalando que, a su parecer, “la storia de la famiglia rimane legata al processo di disgregazione gentilicia, dipendente dai mutamenti del regime economico primitivo e cioè l’evolversi dell’agricoltura verso forme di produzione intensiva; le sue caratteristiche politiche non costituiscono una semplice sopravvivenza dei gruppi maggiori, che erano stati veri gruppi sovrani, entro i quali già prima dello stato si era prodotta la più antica contrapposizione di classe con l’ingresso della clientela nella *gens*, ma piuttosto un inasprimento dei poteri dovuto all’esaurirsi del primitivo grupo domestico e a difficoltà materiali economiche”.

BONFANTE, P.³⁴, otorga un carácter político particular a la institución familiar al afirmar que la sociedad primitiva romana no está constituida por un sólo organismo o un sólo poder supremo, sino por varios organismos políticos: *familiae*, *gentes*, *tribus* y la *civitas*. La familia para BONFANTE es un organismo compacto e independiente con respecto al estado, aunque esté presente y participe de la vida política pública principalmente a través del derecho de voto y de la obligación de prestar servicio militar. En su opinión, la *civitas*, con base en dicha autonomía, consideró al *pater* y a los *filiifamilias* individualmente como

³³ DE MARTINO, F., “Famiglia. Diritto romano” en AZARA, A., y EULA, E., (DIR.), *Novísimo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1957.

³⁴ BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. I, Diritto di Famiglia, Ed. Giuffrè, Milano, 1966, págs. 8-10.

ciudadanos de derecho igual. El Estado, por tanto, respetó siempre la autonomía familiar, y por esta razón, la autoridad del *paterfamilias* sobre los sometidos a su *potestas*. Es por ello por lo que el autor italiano afirma contundentemente que el derecho privado romano es el derecho del *paterfamilias* o del jefe de la familia.

Supone un particular modo de entender el origen de la institución la relación patrimonial que destaca el mismo BONFANTE al abordar, en el seno del análisis de la propiedad, lo referente a “*familia pecuniaque*” y “*mancipium*”, comenzando con el examen del carácter inalienable de la propiedad familiar y continuando con un interesante estudio etimológico:

“Altro argomento diretto da cui si volle desumere l’originaria proprietà collettiva, o, per meglio dire, familiare, è la pretesa inalienabilità dell’antica proprietà immobiliare. (...) I testi romani provano soltanto che nell’antica età era considerato come un’onta vendere i beni aviti, e chi avesse dilapidato la sua sostanza poteva esser soggetto alla nota censoria. Ora in una società agricola nemmeno ai nostri giorni è cosa priva di ignominia spogliarsi delle terre, e tanto meno doveva esserlo quando al possesso della terra, oltre alla considerazione sociale, andava congiunta anche la posizione elettorale, come era nell’ordinamento primitivo dei comizii centuriati e tributi.

Sia per rincalzare l’argomento precedente, sia per corroborare indipendentemente la tesi dell’originaria proprietà collettiva, si è insistito e si insiste ancora a lungo sul significato di *mancipium* e su quello della formula *familia pecuniaque*, che sembra denotare tutti gli elementi del patrimonio in

origine. Si osserva: *mancipium* o *mancipatio*, la forma solenne di alienazione, deriva da manucapere: ciò vuol dire che la proprietà veramente individuale originaria, la proprietà veramente alienabile, in quanto è oggetto di mancipazione, consisteva unicamente di cose afferrabili, cioè beni mobili. *Familia*, poi, come è nell'uso classico e come dice la sua derivazione (da *famuli*, servi) significa gli schiavi, *pecunia*, da *pecus*, il gregge. Ciò vuol dire che la proprietà individuale originaria non constava se non di schiavi e greggi. Il resto era proprietà collettiva della gens. Senonché queste etimologie in parte sono tutt'altro che sicure, in parte non danno il menomo indizio di quel che si vuole dimostrare. *Familia* é stata posta in relazione con il sanscrito *dhāman-*, che significa <<sede>>, e il significato di <<servi>> sarebbe un senso derivato come quello della nostra parola <<domestici>>. Quanto al *mancipium*, più facilmente che all'afferrabilità la parola allude alla conquista, e precisamente alla conquista del territorio. Nel linguaggio primitivo anche i concetti più astratti sono espressi in un modo molto materialistico e con simboli concreti. *Pensare* non è altro che il nostro *pesare*, e la potestà è indicata con la *manus*. Del resto *ager manu capius* è frase comune anche nella lingua classica.”³⁵

Tras esta exposición, algo más adelante en el tema, el eminente autor italiano realiza un interesante estudio sobre la “aplicación del método naturalístico: el resultado de la evolución de las <<res Mancipi>> y <<nec Mancipi>>”, que nos parece adecuado citar por lo que supuso su carácter innovador, en lo que respecta a la correspondencia que se vislumbra entre el origen de la familia y la propiedad romanas:

³⁵ BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, La proprietà, Parte I, cit., 1966, págs. 253-254.

“Abbiamo visto come queste distinzioni di cose, ove si può risalire alle origini, si convertono in distinzioni profonde tra due forme di proprietà, collettiva e individuale, il che si può arguire anche dall’evoluzione stessa delle due categorie, risalendo indietro nel tempo. Abbiamo visto come questa distinzione fondamentale, e, si potrebbe dire, universale di cose, sia rappresentata nel diritto romano dalle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, e come in ordine a questa categoria, se non si può pervenire alle origini direttamente, tuttavia, risalendo indietro, si osserva una crescente ed intima connessione delle *res Mancipi* col gruppo familiare più vasto degli agnati e dei gentili. Noi sappiamo d’altra parte che la *gens* ha nelle origini una costituzione compatta, che essa è un organismo político autónomo ed anteriore allo Stato. L’analisi delle istituzioni quindi ci porta a credere che le *res Mancipi* fossero la proprietà collettiva della *gens*.

Ora le *res Mancipi* sono costituite da alcuni oggetti, cioè il fondo e gli annessi del fondo, inerenti ai bisogni di una società agricola; ma poiché la *gens* è un organismo político, il fondo adempie anche la funzione di territorio sovrano della *gens*”³⁶.

Haciendo referencia a esta teoría, podemos afirmar con FUENTESECA, M.³⁷, que supone un verdadero acercamiento a los postulados darwinistas y etnológicos de la época de BONFANTE, superándose en el ámbito de la organización social precívica el escollo que supone la unidad de poder del *paterfamilias* sobre

³⁶ BONFANTE, P., op. cit., págs. 255-256.

³⁷ FUENTESECA, M., “Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del *paterfamilias*?”, cit., pág. 211.

personas y *res Mancipi*³⁸. Señala esta autora que “para Bonfante *mancipium* sería un término exclusivamente referido a una forma de propiedad característica de las *res Mancipi*, y por tanto, vinculada a un grupo social (*familia* o *gens*)”. No obstante, a la luz de las fuentes debemos poner de relieve la dificultad de afirmar tajantemente la ausencia de vinculación de la propiedad de las *res Mancipi* con la potestas del paterfamilias:

GAIUS, *Inst. I*, 117: *Omnes igitur liberorum personae, siue masculini siue femeni sexus, quae in potestate parentis sunt, Mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam serui Mancipari possunt. (...) 119: Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est.*

Si en este punto comparamos las similitudes de *Inst. I*, 119 y ss. con *Inst. II*, 22 y ss., encontraremos que poca diferencia existe, en el ámbito de lo estrictamente jurídico, entre la venta de un buey y la del hijo, pues ambos se encuentran *in Mancipio* en el seno de la *potestas* del paterfamilias, de la que trataremos más adelante. No obstante, es bien cierto que el estudio del origen de la

³⁸ Cfr. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., pág. 257: “E come lo Stato-città ha perseguito l’opera di disgregazione delle gentes e le ha ridotte alle famiglie classiche, così ha perseguito la stessa opera di disgregazione della terra (coi suoi annessi), favorendo la divisione della proprietà gentilizia: l’*actio familiae erciscundae* è una istituzione decemvirale. Ma, ciò posto, questa proprietà familiare, incentrata ormai nel paterfamilias, il quale conserva anche le *res nec Mancipi*, non essendo una concessione della *gens*, bensì una prosecuzione della proprietà gentilizia, una divisione del territorio gentilizio favorita dallo Stato, ha conservato gli stessi caratteri della proprietà gentilizia.”

comunidad familiar está intrínsecamente ligado al estudio de otras instituciones políticas, económicas y sociales³⁹.

Volviendo a nuestro estudio, entre las fuentes jurídico romanas encontramos un conocido texto de ULPIANO, que nos muestra el significado de la palabra *familia*, apuntando la diferencia entre familia en sentido estricto o *proprio iure* y aquella otra concepción de la familia en sentido lato o impropio, también denominada *familia communi iure*.

D. 50, 16, 195, 2 (*Ulpianus*, libro XLVI *ad Edictum*): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt.*

³⁹ En el ámbito económico-patrimonial: “Hacia la mitad del siglo XIX la problemática de la propiedad romana, que había sido objeto de preocupación desde los glosadores y que continuó preocupando durante siglos a los estudiosos de las fuentes romanas -especialmente centrada la discusión en la significación de las *res mancipi*- amplió su perspectiva historiográfica y tendió a incluir en su ámbito de investigación acerca del grupo familiar. La estructura de la propiedad no podía ser investigada prescindiendo de la organización de la familia arcaica”. FUENTESECA, M., op. cit., pág. 209.

*Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*⁴⁰

Del texto de ULPIANO podemos extraer que la familia *proprio iure* está compuesta por un grupo de personas que por naturaleza o de derecho están sujetas a la potestad de uno sólo⁴¹. El *paterfamilias* es aquel que tiene el dominio de la casa, sea o no padre, en términos naturales (...*quamvis filium non habeat...*)⁴². Así,

⁴⁰ Respecto a las posibles interpolaciones en materia de derecho de adopción en la compilación justiniana, vid. BERGMAN, C. G., *Beiträge zum römischen adoptionsrecht*, Edizione anastatica, Studia Juridica LXXX, “L’erma” di Bretschneider, Roma, 1972, págs. 99 y ss.

⁴¹ Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano”, en *RGDR*, nº5, Madrid, 2005, pág. 3. Señala este autor: “Como escribe Ulpiano, llamamos familia en sentido propio (*familia proprio iure*) al conjunto de personas que están bajo una misma potestad, la del *paterfamilias*; con un significado más amplio (*familia commune iure*), como resume Ortega, entre otros, familia indica el conjunto de todas aquellas personas que habían estado sometidas a la misma autoridad si el común *paterfamilias* no hubiese fallecido. Conforme a este contexto, se podría comprender, aunque no justificar, la inexistencia de una regulación jurídica concreta inspirada en la costumbre social de la época y de la obligación indudable, como señala Sachers, del cabeza de familia, de la que se desprendan tímidos atisbos en relación a una obligación recíproca de alimentos entre cónyuges, o entre parientes”.

⁴² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., págs. 77 y ss. Señala este autor: “En sentido técnico jurídico, en Roma *paterfamilias* era el que no estaba sometido a potestad ajena. De ahí que no se identifique necesariamente el término con el de padre en sentido biológico y moderno. Si el *paterfamilias* era menor de edad estaría sometido a tutela durante la minoría de edad legal, por lo que tendría limitada no su capacidad jurídica, pero sí su capacidad de obrar hasta que no saliese de la tutela. Cabía asimismo que el *paterfamilias* no estuviese casado o no tuviese descendientes, lo que no le impedía ostentar tal título ni la plena capacidad jurídica y de obrar que se reconocía a quienes tenían tal condición.” En esta misma línea, señala MIQUEL, J., en *Instituciones de Derecho Privado Romano*, PPU, Barcelona, 1986, pág. 103, que “el vínculo de sangre no es aquí el hecho decisivo (...). *Paterfamilias* no es, pues, <<progenitor>>, sino,

cuando muere el padre de familia, cuantos individuos hubieren estado sujetos a él adquieren también el título de *paterfamilias*, lo que también ocurre cuando alguno es emancipado, porque se considera que tiene familia propia⁴³. Esto es así porque con el término *paterfamilias* “*non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus*”. En palabras de GARCÍA GARRIDO, “este jurista del final de la época clásica (siglo III d.C.), cuando ya se han dado importantes cambios en la estructura del grupo familiar, sigue recordando la concepción antigua y patriarcal de la familia. La concepción originaria es la que considera el fundamento de la familia en la potestad o parentesco civil (*adgnatio*) que predomina sobre el vínculo de sangre y filiación o parentesco natural (*cognatio*)”⁴⁴.

simplemente, <<cabeza de familia>>. En realidad, para ser *paterfamilias*, ni siquiera hace falta que tenga personas sometidas a su potestad. Basta, simplemente, que él mismo no esté sometido a la potestad de otra persona. De este modo, la palabra *paterfamilias* adquiere, como se ha dicho con sal, un cierto carácter <<honorífico>>: hasta el *impuber* será llamado *paterfamilias*, si no está sometido a la potestad de otra persona”. Id. *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 103.

⁴³ Cfr. MIQUEL, J., op. cit., pág. 104. Señala este autor que “el hecho que configura la familia romana es el sometimiento de varias personas a la *patria potestas* de un *paterfamilias común*. Este hecho determina el concepto de familia por antonomasia, es decir, la *familia propio iure*. De ahí se deduce necesariamente que a la muerte del *paterfamilias* se disuelve la *familia propio iure*: los descendientes varones, inmediatos del difunto (es decir tanto los hijos del difunto, como sus nietos a quienes hubiera premuerto su padre, se convierten en ese momento en otros tantos *paterfamilias*. Ahora bien, a la muerte del padre solía continuar una comunidad familiar (*el consortium erecto non cito* del que nos habla Gayo (...)), formada por el lazo que unía a los que habían estado bajo la patria potestad del *paterfamilias* común. Es la llamada *familia communi iure*”.

⁴⁴ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, Dykinson, 1989. Añade este autor: “Junto a esta concepción agnaticia de la familia, los juristas consideran otra nueva, que tiene como base los vínculos naturales de parentesco (*cognatio*). La familia natural y cognaticia prevalece sobre la familia agnaticia, durante la evolución histórica que va de la primitiva economía agrícola y familiar a la economía de la expansión imperial y del comercio; aunque ambas concepciones aparecen unidas en las ideas de Ulpiano. La liberación progresiva de los vínculos de potestad se produce, sobre todo, por una mayor participación de los sometidos en los negocios paternos y por un movimiento de emancipación de la mujer, de los hijos y de los esclavos. Sin embargo, esta lenta transformación de la familia, que se inicia en los comienzos de la época imperial, sólo se

Esta concepción original se fue transformando paliativamente, hasta el punto de que podemos afirmar con ALBURQUERQUE, J.M., que “el proceso evolutivo de las diferentes concepciones sociales y familiares, fue sustituyendo progresivamente la importancia de las relaciones agnaticias, y dando paso a una organización familiar en la que los vínculos de sangre constituyen el eje sobre el cual se asienta principalmente una nueva estructura en todas las relaciones entre parientes. Las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protección y asistencia, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protección más amplia a los hijos, y en general, a todo grupo familiar. Asimismo, no debemos olvidar la evolución progresiva que se advierte en el régimen patrimonial del *filiusfamilias*, que se va distanciando lentamente de las simples facultades de disposición, en el marco del sometimiento potestativo, hasta adquirir un mayor grado de independencia, lo que tampoco pasó desapercibido para el derecho”⁴⁵.

2.1 La potestas del paterfamilias romano: legislador, magistrado y señor⁴⁶.

puede considerar culminada con las reformas de Justiniano”. Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria...”, op. cit., pág. 2.

⁴⁵ ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 201.

⁴⁶ Cfr. CASSINELLO Y CASSINELLO, J., *Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas*, Universidad Central, Madrid, 1873, pág. 17. Estas tres notas características centraban, en opinión de este autor, la figura jurídica del *paterfamilias* romano.

Como hemos señalado, la familia, entendida en su sentido estricto como una comunidad doméstica formada por un grupo de personas y un conjunto de cosas sometida a la potestad de un jefe, el *paterfamilias*, investido de poderes jurídicos sobre toda ella, se fundamenta en la idea de *patria potestas*. El poder del *paterfamilias* es un derecho soberano, original y unitario. A este respecto, indica ALBURQUERQUE⁴⁷ que “resulta incuestionable que en una primera etapa, mientras subsiste la concepción de la familia basada primordialmente en el ámbito de la organización propia de la agnación, la función paterna despliega, y sobrepasa en ocasiones, la máxima discrecionalidad respecto a la estructura patrimonial y al ejercicio de la *patria potestas*, absoluta y perpetua, en relación a todos los sometidos a él”. Como indica DE FRANCISCI⁴⁸, “este poder original, unitario, que extrae su eficacia de la misma autoridad del *pater*, que lo crea, lo afirma y lo desempeña, fue designado, por eso, en sus principios, indistintamente con los términos *manus* o *potestas*”.

⁴⁷ ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria...”, op. cit., loc. cit. Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano y su práctica a través del Código Civil*, Ed. Del Genal, Málaga, 2004, págs. 35 y ss.; Vid. también Id., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, cit., págs. 21 y ss.

⁴⁸ DE FRANCISCI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág 154. Continúa este autor afirmando que “al correr del tiempo, cuando las diversas manifestaciones de aquel poder siguieron principios que no eran uniformes del todo respecto a los diversos objetos, empezaron a emplearse expresiones diversas, según sus aplicaciones. El señorío sobre las cosas, en un principio *manus* o *mancipium*, se designó con el nombre de *dominium* (...). En cuanto se refiere al señorío sobre las personas que componían el grupo se distinguió: la potestad sobre la mujer que había entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún *filiusfamilias*; la potestad ejercida sobre sus *filiusfamilias*; la ejercida sobre los esclavos, y, en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de servidumbre de hecho frente al *paterfamilias* (así, los *filiusfamilias* ajenos vendidos a un *paterfamilias*, y los *noxae dediti*, personas cedidas en expiación de un delito)”.

Podemos afirmar, con RODRÍGUEZ ENNES⁴⁹, que la *patria potestas* “indica el poder exclusivo y soberano que el *pater familias* tiene sobre los hijos procreados en un matrimonio legítimo o que han entrado bajo aquella por cualquiera de los medios hábiles al efecto”. Podemos afirmar, por ende, que el fundamento patriarcal de la familia romana desde su origen parece estar probado. Como nos muestran HERNÁNDEZ y TEJERO⁵⁰, “puede afirmarse que el fundamental sentido de familia ha sido, en el primitivo Derecho Romano, el conjunto de personas, incluidos los esclavos, que habitan la casa, grupo doméstico cuya cohesión se mantiene por la sumisión a la autoridad del *pater*”. Así, podemos mantener con estos autores que la familia en Roma adopta una condición patriarcal y exclusiva, “porque no sólo es el *pater* el jefe de la familia, sino que, en un principio, en vez de pertenecer a dos familias, la del padre y la de la madre, sólo se pertenecía a la primera”⁵¹. Acerca de este poder exclusivo y soberano que confiere la *patria potestas* podemos encontrar numerosos reflejos en los textos y fuentes jurídicas, siendo especialmente relevante lo que señala GAYO:

GAIUS, *Inst.* I, 55: *Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

⁴⁹ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 34.

⁵⁰ HERNÁNDEZ, F., y TEJERO, J., *Derecho Romano*, Ed. Escelicer, Madrid, 1959, pág. 145.

⁵¹ *Ibíd.*, pág. 146. Asimismo, continúan los profesores HERNÁNDEZ y TEJERO afirmando que “la posición de la esposa romana fue muy superior a la de la esposa y madre griega, con excepción de Esparta”, y señalando el carácter esencialmente monógamo de la familia romana, pues “no se puede citar ni un solo caso de poligamia, a diferencia de lo que sucede en otros países de Oriente, como Egipto, no sólo en la época de los Faraones, sino incluso en la época ptolemaica”.

Ciertamente, como nos muestra el jurista, este derecho era propio de ciudadanos romanos y muy pocas civilizaciones tenían semejante potestad sobre sus hijos como la que tenía un *paterfamilias* romano. Así pues, este poder concedido al *pater familias* le permite disponer arbitrariamente de las personas sometidas a esta *potestas*, lo cual podía llegar hasta el punto de decidir en cualquier momento la muerte de cualquier persona *in potestate* mediante el ejercicio del *ius vitae necisque*. Desde el mismo momento del nacimiento de un *filius familias* podemos observar la vigencia de este poder soberano, pues según una costumbre arcaica, el recién nacido debía ser depositado a los pies del *pater familias*, quien en ese momento podía tomar la decisión libre de tomarlo en brazos (*tollere liberum*), manifestando su voluntad de que viva y se integre en su familia, o no cogerlo, manifestando su decisión de que el niño fuese abandonado y que pereciera⁵². Así, este rito del *tollere liberos* constituye todo un signo, quizá el más importante (al margen de cuanto pueda tener de rito tradicional, religioso, moral o, en definitiva, extrajurídico), de la expresión de la soberanía del *pater*⁵³, bajo

⁵² Como nos aclara DE FRANCISCI, P., op. cit., pág. 157, “el *pater familias* puede considerarse como un soberano del grupo, del que es director y sacerdote, custodio de los *sacra* y de los *auspicia (privata)*, juez de los *fili familias*, respecto a los que su derecho de castigar puede llegar hasta la pena de muerte (*ius vitae et necis*). Al abstenerse la ciudad primitiva de intervenir dentro del área de la *familia*, el derecho del *pater* no tiene otro límite que las *mores* internas que imponían al *pater* la convocatoria de un *consilium domesticum* y escucharle antes de imponer las penas más graves.”

⁵³ Cfr. ROMANO, A., “<<Tollere liberos>>: uomo, donna e potere”, en *Sodalitas*, Scritti A. Guarino, II, Jovene E., Napoli, 1984, págs. 881 y ss.: “La vasta gamma di opinioni secondo le quali il tollere liberos sarebbe ora espressione della decisione sovrana del paterfamilias nell’attribuire (o negare) lo status di legittimità con conseguente ammissione (o esclusione) nella famiglia, ora conferma, convalida o ratifica di una situazione di legittimità scaturente da iustae nuptiae, ora condizione sospensiva, senza il verificarsi della quale il matrimonio non avrebbe prodotto i suoi effetti, mi sembra atteggiata, pur nella varietà delle sfumature, a una comune

cuya *potestas* no se entra, de forma particularmente rigurosa en los primeros siglos de civilización romana, sino por un acto de voluntad de éste. Es decir, que el mero nacimiento dentro de un matrimonio legítimo, como señala VALENTÍ ABREU, no otorga de por sí al hijo ningún título para exigir el estado de filiación legítima (ni mucho menos derechos hereditarios), ni los beneficios de la legitimidad contra la voluntad del *pater*⁵⁴.

posizione antistorica. Né pare che chi, al contrario, insiste sul carattere extraiuridico, morale o religioso dell'usanza -se si fa eccezione per qualche autore particolarmente sensibile a un certo ordine di problemi - tale carattere cali in una dimensione temporale sufficientemente definita.

Una precisazione, quindi, mi sembra necessaria. Nella pratica sociale di un contesto arcaico in cui le norme comportamentali si formano molto spesso sulla base di un substrato di gesti di magia mimetica - che hanno lo scopo di piegare ai propri fini le forze della natura - il rito ha un valore fondamentale perchè esprime la sostanza dei comportamenti. Al contrario in una società regolata dal diritto i riti, qualora non siano in esso assorbiti perchè ancora rispondenti alle esigenze attuali, si sclerotizzano, riduzendosi a meri involucri formali di contenuti di cui si è perso - o si è voluto perdere - il significato” (págs. 886-887).

⁵⁴ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 23. Señala este mismo autor que existe una corriente doctrinal, encabezada por GIMM, que considera que “el hijo nacido de matrimonium iustum queda sometido a la potestad del padre desde el momento en que nace, dado que con el nacimiento, el padre adquiere el poder más exorbitante de todos los que comporta la patria potestad el ius vitae et necis. El acto de tollere liberum manifiesta expresamente el deseo paterno de que viva el niño, si no lo recoge, expresa, por el contrario, su abandono. Abandono que supone un acto voluntario de extinción de la patria potestad”. Asimismo, nos aclara que hay autores que consideran que “la relación de filiación se constituye al recoger al recién nacido; acción que asimilan en alguna medida, a la adquisición de la propiedad por ocupación; se adquiere la patria potestas sobre el recién nacido como se adquiere originariamente la propiedad por la aprehensión de una cosa. Estos autores infunden al tollere liberum una significación jurídica de carácter patrimonial”. Finalmente, hace referencia la corriente doctrinal mayoritaria, según la cual el *tollere liberum* “constituía, en suma, la libre decisión del paterfamilias de someter al hijo a su patria potestad”, por lo que “surte los efectos jurídicos de crear por la voluntad unilateral del *pater* la patria potestad sobre el hijo”. Para GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 696, el *tollere liberos* era “una ceremonia de carácter religioso que suponía la entrada del hijo en el culto gentilicio”. Vid. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, págs. 7 y ss.; PEROZZI, “Tollere Liberum”, en *Studi Onore V. Simoncelli*, Napoles, 1915. BONFANTE señala claramente a este

Este poder omnímmodo que encerraba la *potestas* del *paterfamilias* ha llevado incluso a algunos autores como CASSINELLO⁵⁵ a afirmar que la familia romana “no está regida por leyes naturales”. Señala este autor que la familia “es una institución civil, pura creación de aquel derecho quirritario, es una sociedad verdaderamente política, que no reconoce otra autoridad que la del *paterfamilias*; así es que no tiene por fundamento los vínculos de sangre, sino los de un poder absoluto y despótico que todo lo absorbía, de tal suerte que parece que sólo el padre existe en la familia”.

Ante estas exageraciones mantenidas por parte de la doctrina, debemos afirmar, con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵⁶, que las relaciones de patria potestad en derecho romano no pueden ser juzgadas meramente por su aspecto jurídico, lo cual equivaldría a deducir la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones entre padres e hijos. Como señala este autor, “ciertamente en el

respecto: “Il tollere liberum , prender sulle braccia il figlio, non ha alcuna importanza giuridica, come pure non ne ha il non tollere”, cit. pág. 18.

⁵⁵ CASSINELLO Y CASSINELLO, J., *Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas*, op. cit., loc. cit. Este autor manifiesta, además, que “el Estado, la Religión, el Poder Paterno, la imprimen un carácter tal, que su organización le es peculiar y exclusiva, sin que en ningún pueblo aparezca constituida como lo está en el Romano. Ningún sentimiento natural predomina en esta organización. Su jefe, *paterfamilias*, es, como decíamos, la única persona; la mujer que sale de la potestad de su padre, va á caer en la del marido, *conveniebat in manum viri*, para ser considerada como *filius familiae*; los hijos sometidos a su poder carecen de personalidad, y sobre ellos ejerce una autoridad tan absoluta é ilimitada, que si Códigos y documentos no existieran, se resistiría á creerla, no acertaría á comprenderla la inteligencia humana. Tan bárbaro era su poder”. Así pues, señala este autor que la potestad del *pater* alcanza cuotas de poder desorbitadas para con las personas *in potestate*, sobre los que ejercía las facultades de “legislador, magistrado y señor”.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág 22.

campo del derecho no había límite alguno a la absoluta potestad del *pater*, y dado el concepto de la familia hubiera sido un contrasentido que ocurriese lo contrario, pero en la práctica, por una parte, había límites consuetudinarios establecidos por los *mores maiorum*, y por otra, la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*, que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno, que normalmente precedía a toda condena importante pronunciada por el *paterfamilias*; la posible desautorización mediante la nota censoria de los abusos cometidos por el *paterfamilias*, así como la progresista legislación imperial en defensa de los hijos maltratados por el *paterfamilias*, suponían una mitigación del poder absoluto que el derecho le concedía”.

Lo referente al contenido de la *patria potestas* y los elementos de la familia romana, con especial atención en la filiación y la asunción del *filiifamilias* en el seno de la potestad del *pater*, será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II. CONTENIDO Y ELEMENTOS DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA. LA FILIACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INCORPORACIÓN EN LA FAMILIA ROMANA.

1. Contenido de la *patria potestas*

Señalábamos en el capítulo anterior que la familia romana, como nos muestra FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵⁷, todavía en la época clásica “se presenta como un grupo de personas unido entre sí por la sumisión al *paterfamilias*.” Es por tanto este poder, como dijimos, omnímodo y cuasi ilimitado, al menos en lo jurídico aunque con limitaciones prácticas, el que constituye el eje vertebrador de la institución familiar y del mismísimo derecho privado. No pretendemos en este momento hacer un minucioso estudio del contenido de la patria potestad, entre otras razones porque es materia que puede encontrarse en la totalidad de manuales iusprivatísticos romanos. Sólo pretendemos en este punto hacer algunas referencias relativas a la potestad del *pater* que sirvan para poder adentrarnos en las formas de incorporación en la familia romana, siendo la *adoptio* y la *adrogatio* instituciones extraordinarias de esta incorporación a la *patria potestas*.

Cabe recordar de nuevo en este punto, la afirmación de GAYO, en la que el jurista declara, prácticamente asombrado, que apenas hay hombres que tengan semejante potestad sobre sus hijos como los que tienen los romanos y, citando a ADRIANO, asevera que “este derecho es propio de los ciudadanos de Roma”:

⁵⁷ *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1984, pág. 22.

GAIUS, *Inst. I, 55: Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

Como señalábamos en el capítulo anterior, hablar del *pater familias* supone hacerlo de aquella *potestas* unitaria, exclusiva y soberana, en la que la figura del padre supone la cohesión fundante de la institución familiar. No obstante, en sentido estricto, se puede afirmar que *pater familias* no es otro que aquel que no está sujeto a la *potestas*, *manu* o *mancipio* de otro, siguiendo la terminología gayana.

GAIUS, *Inst. I, 48-50: Sequitur de iure personarum alia diuisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri [sunt] subiectae sunt. Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. Videamus nunc de his quae alieno iuri subiectae sint, simul intellegemus quae sui iuris sint.*

Es más, conviene afirmar que un ciudadano romano puede ser *pater familias* aún siendo *impuber*, es decir, aún sin haber cumplido la edad necesaria para procrear, con tal de que sea un sujeto *sui iuris*. Así lo afirma ULPIANO al relatar la clasificación de los ciudadanos romanos:

D. 1. 6. 4. (*Ulpianus, libro primo institutionum*): *Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum,*

quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.

Señala así el jurista clásico que “son padres de familia los que son de su propia potestad”, ya sean púberes o impúberes. Y matiza a continuación que lo mismo ocurre con las madres de familia, que lo son independientemente de si han llegado o no a la pubertad.

1.1 Efectos de la patria potestas sobre las personas y los bienes de la mujer y los filiifamilias.

Como señalábamos anteriormente, la familia, entendida en su sentido estricto como una comunidad doméstica formada por un grupo de personas y un conjunto de cosas sometida a la potestad de un jefe, el *paterfamilias*, investido de poderes jurídicos sobre toda ella adquiere todo su fundamento en el concepto de *patria potestas*. Es por ello por lo que puede afirmarse la gravedad de los efectos del poder del *paterfamilias*, teniendo en cuenta de que se trata de un derecho soberano, original y unitario. Ya conocemos a este respecto la opinión de ALBURQUERQUE⁵⁸, quien excusaba que la función paterna desplegara, y

⁵⁸ ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 34 y ss: El *paterfamilias*, jefe de familia o

sobrepasara en ocasiones, la máxima discrecionalidad respecto a la estructura patrimonial y al ejercicio de la *patria potestas*, sobre el fundamento de la subsistencia de la concepción de la familia basada primordialmente en el ámbito de la organización propia de la agnación.

autoridad única, cabeza de familia, ejercerá todas las funciones potestativas tanto en el orden doméstico, aunque no tenga hijos (D. 50,16,195,2, ...*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet*), como en el contexto externo”. Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano y su práctica a través del Código Civil*, Ed. Del Genal, Málaga, 2004, págs. 35 y ss.; Vid. también Id., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, cit., págs. 21 y ss; BLANCH NOUGUÉS, J.M., “La filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritati locum superfore”, *RGDR*, nº 3, diciembre 2004, pág. 4: “La naturaleza de mando que inviste la figura del *pf.* relega a un segundo plano la de la paternidad biológica hasta el punto de llevar a negarla a un célebre romanista de principios del siglo XX muy influyente – nos referimos al italiano Bonfante-, a través de su famosa teoría sobre la soberanía del *pf.*, que hace aparecer a éste como titular de una potestad omnímoda al frente de la familia concebida como un micro-Estado. Apoyos para su formulación no le faltan si nos referimos a los diferentes poderes que ciertamente parecen asemejar el jefe de familia a un *rex*. Al *pf.* se le atribuye la *dominica potestas* (o poder en concepto de dueño sobre las cosas que integran el patrimonio familiar, incluidos esclavos); la *manus* sobre la mujer que ha ingresado en la familia mediante una *conventio in manum* (procedimiento realizado a través de ciertas formas con el fin apuntado y no con el de constituir formas de celebración del matrimonio); la *patria potestas* sobre hijos y descendientes incorporados a la familia biológicamente o artificialmente (adopción o arrogación). Ésta a su vez aparece integrada por un haz de poderes: *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte –en cierto modo similar al *ius gladii* o derecho de espada, es decir de dar muerte a los súbditos-), *ius exponendi* (derecho de abandono de hijos recién nacidos), *ius noxae dedendi* (derecho de entrega a la víctima de un delito cometido por una persona sometida a su potestad), *ius vendendi* (o derecho de venta de hijos bajo su poder). Incluso la paternidad biológica parece basarse en la regla que atribuye la condición de padre a los nacidos de justas nupcias en determinadas condiciones por lo que el vínculo que se destaca es el político (agnaticio) más que el de sangre (cognaticio). Sin embargo, una exasperación de estos indicios puede conducir a la conclusión errónea de no aceptar en la mentalidad romana la realidad física del engendramiento paterno.”

Podemos afirmar, con RODRÍGUEZ ENNES⁵⁹, que la *patria potestas* indica el poder exclusivo y soberano que el *pater familias* tiene sobre los hijos procreados en un matrimonio legítimo o que han entrado bajo aquella por cualquiera de los medios hábiles al efecto. Este poder del cabeza de familia con respecto a las personas sometidas a él se manifiesta a través de los denominados efectos de la patria potestad, reflejados sobre las personas⁶⁰ y los bienes de los *alieni iuris*, de entre los cuales reflejaremos un esbozo de los que consideramos más relevantes para nuestro estudio.

1.2.1. Efectos de la *patria potestas* del *paterfamilias* sobre las personas de los *filiifamilias*.

a) *Ius vitae necisque*.

La patria potestad del padre le otorgaba, efectivamente, el derecho de vida y muerte sobre los hijos, constituyéndose así como una de las potestades del *paterfamilias* más inveteradas y en cierto modo, como indica BLANCH NOUGUÉS, J.M.⁶¹, con aspectos similares al *ius gladii* o derecho de espada, es decir, de dar muerte a los súbditos. En efecto, la propia legislación decemviral recogía en la tabla IV la consagración de este poder del *paterfamilias*:

⁵⁹ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 34.

⁶⁰ Vid. MORDECHAI RABELLO, A., *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

⁶¹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., "La filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritatis locum superfore", *RGDR*, nº 3, diciembre 2004, pág. 4.

Lex Duodecim Tabularum⁶², Tabula IV (2a): *Cum patri lex – dederit in filium vitae necisque potestatem* (Pap., Coll., 4, 8 ; Cf. Dion., 2, 26 ; frag. Gai August., 4, 86).

Podemos en este punto señalar una interesante diferencia de trato entre las personas de los hijos y las hijas. No olvidemos que la tradición, recogida entre otros por DIONISIO DE HALICARNASO⁶³, indicaba la obligación de los *paterfamilias* de recoger y criar a los hijos y a las hijas primogénitas, no adquiriendo el derecho absoluto sobre ellos hasta los tres años. Por el contrario, el padre ostentaba la plena potestad sobre las demás hijas desde el mismo momento de su nacimiento. No obstante esta situación de diferencia de trato, apenas se conocen casos de ejercicio del *ius vitae necisque* en *filiaefamilias*, salvo la de L. VIRGINIO que mató a su hija VIRGINIA para evitar la persecución libinidosa de APIO CLAUDIO, o ATTILIO que mató a su hija por impúdica. Se conservó, no obstante, la posibilidad de que el padre pudiera matar a la hija y al cómplice en supuestos de adulterio, si fueron sorprendidos *in ipsa turpitudine*. PAPINIANO justifica este derecho en el razonamiento de que le inspiraba una mayor confianza la justa severidad del padre que la cólera ciega del marido ultrajado.⁶⁴

⁶² RICCOBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941, pp. 21-75.

⁶³ *The Roman Antiquities*, 2, 15. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, págs. 50-51.

⁶⁴ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit, pág. 51.

No obstante este derecho del *paterfamilias*, conviene afirmar con JÖRS y KUNKEL⁶⁵ que “la moral influyó dulcificando el rigor de este poder, y exigió al padre que las penas graves, sobre todo la de muerte, no fuesen impuestas por él arbitrariamente, sino como juez, y después de oír el consejo de parientes (*iudicium domesticum*)”. A este respecto señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁶⁶, que esta limitación ya se realizaba en la práctica desde los tiempos primitivos, a los que hubo de sumarse otros elementos disuasorios del ejercicio abusivo de la potestad familiar, como fueron la nota censoria y el progresiva reforzamiento de la posición de los hijos sometidos a patria potestad, por la legislación imperial, en este sentido en D. 37.12.5 se afirma que: «El emperador Trajano, de consagrada memoria, obligó a un padre a que emancipara a un hijo al que maltrataba...». De la misma forma, se obligó al *pater* a emancipar a su hija cuando la prostituía o intentaba prostituir.

VALENTÍ ABREU, J.,⁶⁷ apunta la posibilidad de que la convocatoria del *consilium* no pueda considerarse sólo una práctica social condicionada exclusivamente a la voluntad del *pater* en el ejercicio de la patria potestad, sino que se trataría de un instituto establecido y sancionado por el derecho positivo. Fundamenta este autor la citada posibilidad en el hecho de que en multitud de ocasiones la observancia del derecho, la costumbre inveterada y la *opinio iuris seu necessitatis* no se recoge en las normas del derecho vigente escrito. En las ocasiones en las que el *paterfamilias* ejercita el *ius vitae necisque* sobre los hijos

⁶⁵ *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937, pág. 411.

⁶⁶ *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 269.

⁶⁷ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 50.

sin convocar el citado *iudicium domesticum* no estaría aplicando, en opinión de VALENTÍ ABREU, J., las prerrogativas de la patria potestad sino que ejercería una jurisdicción sobre el hijo en virtud del *imperium consular* o cualquier otro título similar.

Esta concepción primitiva de la *patria potestas* que otorgaba al padre de familia el poder a decidir sobre la vida y la muerte del hijo sometido a él, se ve modificada mediante un proceso de evolución histórica en el que la influencia de las ideas cristianas fueron transformando esta *potestas* en un *officium*, forjándose el principio jurídico de *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*.⁶⁸ Así quedó transformada con el avance de los siglos y por influencia cristiana en un deber de protección y asistencia, pues, como señala adecuadamente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.,⁶⁹ “se puede constatar que el derecho no puede sustraerse a esa tendencia natural que es la protección, conservación y defensa de la vida humana”.

A pesar de todo, y pese a las limitaciones legislativas y/o sociales, el *ius vitae necisque* se conserva hasta época cristiana, pues CONSTANTINO lo menciona como institución vigente⁷⁰. Es VALENTINIANO I quien procede a su abolición, siendo desde entonces competentes para castigar a los hijos por faltas graves los

⁶⁸ Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Iuris Tantum, nº 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1984, pág. 24.

⁶⁹ *La vida, principio rector del derecho*, Madrid, 1999, p. 157.

⁷⁰ C. Teod. 4, 8, 6.

jueces⁷¹. Entre las causas que modificaron esta primitiva concepción de la *patria potestas* encontramos toda una evolución histórica de orígenes de índole político, moral y social, entre las que cobra importancia la influencia de la nueva concepción familiar cristiana. Efectivamente, en la concepción de la familia cristiana no era la soberanía del *paterfamilias* la constituyente del fundamento familiar, sino el matrimonio concebido como sacramento, el cual, en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “tiene una finalidad exclusivamente ética” y, “en cuyo ámbito nunca fue anulada la autonomía y la personalidad de sus componentes, y únicamente para estos fines éticos es reconocido un poder del *pater* sobre los hijos”⁷².

b) *Ius vendendi*.

La potestad del *ius vendendi* que el derecho confería al *paterfamilias* contenía el grave derecho de enajenar a un hijo de familia como si de un esclavo se tratara. Este derecho, como nos muestran los abundantes testimonios literarios, tuvo una gran importancia en la antigüedad.

CICERO, *Pro A. Caecina Oratio*, 98-100: *quaeri hoc solere me non praeterit ut ex me ea quae tibi in mentem non veniunt audias quem ad modum, si civitas adimi non possit, in colonias Latinas saepe nostri cives profecti sint. aut*

⁷¹ JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937, pág. 411.

⁷² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, cit., págs. 23 y 24.

sua voluntate aut legis multa profecti sunt; quam multam si sufferre voluissent, manere in civitate potuissent. quid ? quem pater patratus dedit aut suus pater populusve vendidit, quo is iure amittit civitatem ? Vt religione civitas solvatur civis Romanus deditur ; qui cum est acceptus, est eorum quibus est deditus ; si non accipiunt, Mancinum Numantini, retinet integram causam et ius civitatis. si pater vendidit eum quem in suam potestatem susceperat, ex potestate dimittit. iam populus cum eum vendit qui miles factus non est, [99] non adimit ei libertatem, sed iudicat non esse eum liberum qui, ut liber sit, adire periculum noluit ; cum autem incensum vendit, hoc iudicat, cum ei qui in servitute iusta fuerunt censu liberentur, eum qui, cum liber esset, censi noluisset, ipsum sibi libertatem abiudicavisse. quod si maxime hisce rebus adimi libertas aut civitas potest, non intellegunt qui haec commemorant, si per has rationes maiores adimi posse voluerunt, alio modo noluisse ? [100] nam ut haec ex iure civili proferunt, sic adferant velim quibus lege aut rogatione civitas aut libertas erepta sit. nam quod ad exsilium attinet, perspicue intellegi potest quale sit. exsilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplici. nam quia volunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est sedem ac locum mutant. itaque nulla in lege nostra reperietur, apud ceteras civitates, maleficcium ullum exsilio esse multatum ; sed cum homines vincula, necesse ignominiasque vitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exsilium. qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem quam vitam amitterent ; quia nolunt, non adimitur eis civitas, sed ab eis relinquitur atque deponitur. nam, cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur haec civitas denique, cum is qui profugit receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem.

Como podemos comprobar, cabía esperar efectos jurídicos diferentes dependiendo de si la venta del *alieni iuris* se producía dentro de los confines de la *Urbs* o fuera de ella. Efectivamente, si la venta se producía *trans Tiberim* el hijo se convertía en esclavo, de tal forma que si volviese posteriormente a Roma no se vería restituido ni en la ciudadanía romana ni en la libertad. Si, por el contrario, la enajenación se produjera en la *Civitas*, debido al principio de que un ciudadano no podía ser esclavo en Roma, pasaba a una mera situación de privación de libertad civil, situándose en el lugar de un siervo. Durante esta situación de semiesclavitud el *paterfamilias* no perdía su potestad sobre el *filiifamilias*, quedando ésta en suspenso hasta que se produjera la emancipación del adquirente. GAYO denomina esta enajenación del hijo de familia *in mancipio esse*, dado a que se producía, como la de los esclavos, por la vía de mancipación.

GAIUS, *Inst.* I, 117: *Omnes igitur liberorum personae, siue masculini siue femerini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam serui mancipari possunt.*

Cabría preguntarse cuáles son las causas que podrían llevar a un *paterfamilias* a enajenar o vender a un *filiusfamilias*. Una razón importante debía ser la posibilidad de emplear el trabajo de los hijos antes de que naciera la *locatio conductio operarum* o bien la garantía para las familias más necesitadas de prestar a los hijos el cuidado que el propio *pater* no podía asegurarles. No obstante estas dos razones de importante calado, quisiéramos resaltar la de la entrega del hijo a un tercero que hubiese sufrido un daño causado por él, lo que en las fuentes se denomina la *noxae deditio*.

I. 4. 8. 2.: *Summa autem ratione permissum est noxae deditioe defungi: namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

Efectivamente, en un principio, cuando una persona sometida a potestad paterna o dominical cometía un hecho delictivo, estaba el *paterfamilias* obligado a permitir al lesionado ejercer su venganza contra el autor y en el caso de interponerse ante esta venganza, negándose a entregar al autor del delito, se hacía personalmente responsable del acto delictivo. Esto, como nos indican las fuentes, independientemente de que el padre de familia o dueño conociera o no la comisión del delito, lo que perduró hasta principios de la República.

D. 9. 4. 2. 1 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*): *Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino*

paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit "si servus furtum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

Es a partir de los nuevos principios de causación y culpabilidad que aparecen a principios de la República cuando se establece que el *paterfamilias* es responsable de los actos cometidos por las personas constituidas bajo su potestad, pudiendo eximirse de ella entregando el ofensor al lesionado⁷³. Aún así, JUSTINIANO nos relata en sus *Instituciones* que “la moderna cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza”, preguntándose “quién sufriría dar a otro en noxa su hijo, y, sobre todo, su hija, de suerte que por el abandono de su cuerpo, casi más padezca el padre que el hijo, oponiéndose con razón a esto, respecto de las hijas, hasta la consideración al pudor”. Es por esto que el emperador ilustrado nos recuerda que fue por esta razón por la que se estableció que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, “como quiera que en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos”. Adviértase que ya en esta época justiniana se consideraba que la *noxia deditio*, si carecía de vigor contra los

⁷³ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág, 382. En la nota 3 de ésta misma página, señala: “Cada día alcanza mayor aceptación la idea de que la responsabilidad no procede del principio de que la familia o el jefe de ella respondían por el autor del delito, sino que surge de un conflicto entre el derecho de venganza del ofendido sobre el ofensor y la potestad del padre de familia.”

filiifamilias, cuanto más contra las *filiaefamilias*, según las fuentes por respeto al pudor. Podemos intuir por la expresión usada *-veteres legum comentatores-* que estos criterios ya estaban vigentes en la época clásica.

I. 4. 8. 7.: *Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus filii pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.*

No obstante estas posibles causas que llevarían al padre a enajenar a un hijo de familia, podemos afirmar que el mero hecho de admitirse el derecho de venta del hijo constituye una muestra del derecho de propiedad del *paterfamilias* sobre el *filius*. El mismo DIONISIO DE HALICARNASO (2-26 y 27) llega a esta misma conclusión manifestando que la condición del *filiusfamilias* resulta bastante más paupérrima que la de un esclavo vendido en el mercado pues, mientras éste recobra la libertad definitiva una vez manumitido, el hijo recae en la potestad paterna por tres veces. Efectivamente, la legislación de las *XII Tablas* reguló un límite a los abusos paternos según el cual, cuando un hijo hubiese sido dado tres veces *in mancipium*, al serle concedida la libertad por el último

adquirente no tornaba a la potestad paterna. Fue este precepto el que constituyó la piedra de fundamento de la emancipación del hijo de familia⁷⁴.

Lex Duodecim Tabularum, Tabula IV, (2b): SI PATER FILIUM TERVENUM DU[UIT] FILIUS A PATRE LIBER ESTO. (Ulp., *Reg.*, 10, 1 ; Cf. Gaius, 1, 132. 135 ; 4, 79 ; *D.*, 2, 14, 48 ; *Gai. epit.*, 1, 6, 3 ; *Iust., Inst.*, 1, 12, 6 ; *Dion.*, 2, 27).

GAIUS, *Inst. I*, 132: *Praetera emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: SI PATER <TER> FILIVM VENVM DVIT, A PATRE FILIVS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii -sed in usu est eidem mancipari- isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii -sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur- eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nomdum manumissus sit sed adhuc in causa mancipi...*

Como vemos, la *datio in mancipio* se ve paliada por la inscripción en el censo al hijo dado en *mancipio*, al que se le concedía por este medio la libertad al igual que al esclavo. Esto ha llevado a algunos autores a conjeturar que, como el

⁷⁴ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, pág. 80.

censo de los ciudadanos se confeccionaba cada cinco años, la *mancipatio* quedaría sin efecto obligando al *pater* a renovar dicha mancipación del hijo⁷⁵.

En los tiempos de crisis de los siglos III y IV d. C. volvió a manifestarse la costumbre de la enajenación de los hijos, que hubo de ser sancionada por CONSTANTINO, así como por DIOCLECIANO.

C. 4. 43. 1: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est. *DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIAE PAPINIANAE. *<A 294 D. XVI K. DEC. NICOMEDIAE CC. CONSS.>*

C. 4. 43. 2. *Imperator Constantinus. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem.*

No obstante, desde finales de la República, la *datio in mancipium* aparece únicamente en los casos de *noxae deditio*, siendo ya desconocida para el derecho justiniano.

⁷⁵ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 52.

c) Potestad de autorizar o prohibir el matrimonio de los *filiifamilias*.

Las fuentes son muy esclarecedoras al darnos testimonio de la necesidad de la autorización del *paterfamilias* para que los hijos contrajeran matrimonio, lo que en el caso del *filiusfamilias* alcanza hasta al consentimiento de todos los ascendientes varones que se hallen *in patria potestate*.

D. 23. 2. 2. (*Paulus libro 35 ad edictum*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*

D. 23. 2. 21. (*Clementius libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*): *Non cogitur filius familias uxorem ducere.*

La *filiafamilias*, en cambio, no necesita del consentimiento de su genitor y demás ascendientes, como es el caso del *filiusfamilias*, sino que le basta con que el *paterfamilias* no exprese su oposición a la celebración del matrimonio.

D. 23. 1. 7. 1. (*Paulus libro 35 ad edictum*): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

Siguiendo una línea contraria en esta diferencia de trato, recordemos también que el *filiusfamilias* no puede ser forzado a casarse contra su voluntad (D. 23.2.21: “*No se puede forzar al hijo de familia para que se case...*”), mientras que

durante muchos siglos el *pater* elegía el marido de la *filiafamilias*, que no podía rechazar la unión salvo que fuera *indignus vel turpis*⁷⁶.

No obstante, debemos recordar con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁷⁷, que si el *paterfamilias* denegaba injustamente el consentimiento, cabía la posibilidad de recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional. Efectivamente, a raíz de las reformas familiares de AUGUSTO, que tenían como finalidad el aumento de los matrimonios y la natalidad, con la promulgación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* se ofrece a los hijos un importante recurso legal, pues obliga al padre a invocar una *iusta causa* de su oposición al matrimonio.

D. 23.2.19. (*Marcianus libro 16 institutionum*): *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

⁷⁶ Encontramos en la *Vida de Catón el Censor* que nos narra PLUTARCO que cuando el magistrado estimó volver a casarse acudió directamente al foro para pedir la mano de su hija a Favorinus, concluyendo la promesa o *sponsio* en el mismo instante. Podemos observar que ni Catón ni el pater de la novia (Favorinus) consultaron el parecer de la mujer, cuya voluntad quedaba vinculada a la paterna. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 57.

⁷⁷ *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, págs. 289, 290.

Así, según las fuentes, si un *pater* no consentía injustamente o retardaba el matrimonio, los hijos podrían acudir a los magistrados quienes obligarían a consentir las nupcias. De la misma forma, una constitución de SEVERO y ANTONINO obligaba al pater a dotar a la hija, considerándose la negación de dote como una oposición al matrimonio, en cuyo caso la fijación de la dote la hacía el propio magistrado. En ocasiones pudo la obligación de la dote correr a cargo de los demás agnados e incluso del propio Estado, en caso de las hijas indigentes⁷⁸.

d) Otros efectos personales de la *patria potestas* en las personas de los *filiifamilias*.

Fruto quizá de la primitiva consideración de la *potestas* como dominio de los hijos, se concedía al *paterfamilias* una *vindicatio* frente a terceros que retuvieran indebidamente al hijo, que acabó configurándose como una acción restitutoria.

D.6.1.1.2. (*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit "filium suum" vel "in potestate ex iure Romano", videtur*

⁷⁸ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, págs. 56 y 57.

mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Vemos como ULPIANO, en este fragmento estimado formalmente sospechoso por la doctrina pero de contenido indudablemente clásico⁷⁹, la considera posible, siendo especialmente relevante para nuestro estudio global el hecho de que esta *vindicatio patria potestatis* fuese el instrumento procesal formalizante del negocio jurídico imitado que daría lugar a la adopción, como veremos. Tengamos en cuenta además que la práctica procesal de los magistrados generó también para los litigios sobre recuperación de la patria potestad el *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*, que recoge D. 43. 30.

Otro aspecto importante que muestra un capital efecto de la *patria potestas* sobre la persona del *filiusfamilias* lo constituye la transmisión del *nomen familiae*. Como sabemos, todo ciudadano romano tenía un *nomen*, signo distintivo de su ciudadanía. Recordemos con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁸⁰, que ya desde la época arcaica la comunidad sacral, que tenía su centro en la *domus*, suponía la continuidad del *nomen familiae* en el *census* de la *civitas*. Siguiendo a este autor, conocemos que cada ciudadano se veía identificado mediante el nombre propio, *praenomen*, que lo distingue de los demás miembros de su familia, el nombre de la *gens* o familia a la que pertenecía, *nomen gentilicium* o *familiae*, y un sobrenombre o nombre de la rama a la que pertenecía, en su caso, el *civis*, dentro

⁷⁹ JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 410, n. 2.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 238.

de la *gens*⁸¹. Como veremos en el estudio específico de la transmisión del *nomen familiae* como efecto del acto constitutivo de la adopción, el adoptado asumía el *nomen* y el *cognomen* del adoptante, efecto que pudo también lograrse a través de la denominada *condictio nominis ferendi* o cláusula *nomen ferre* incluida a través del acto de última voluntad de la adopción testamentaria⁸².

No obstante todas las limitaciones anteriores fruto de los efectos personales de la patria potestad del cabeza de familia sobre los hijos de familia, éstos, en el ámbito del derecho público, tenían sufragio activo (*ius suffragii*) y pasivo (*ius honorum*), es decir capacidad de votar y de ser candidato y acceder a las magistraturas⁸³.

Como ya hemos señalado en un punto anterior, las relaciones de patria potestad en Derecho romano no pueden ser juzgadas por su aspecto meramente jurídico, que equivaldría a deducir la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones entre padres e hijos. Conocemos la opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁸⁴, el cual, si bien reconoce que ciertamente en el campo del derecho no había límite alguno a la absoluta potestad del *pater*, en la práctica, existían límites consuetudinarios establecidos por los *mores maiorum*, a los que había que sumar la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*.

⁸¹ Id., op. cit., pág. 259.

⁸² Cfr. DICENTA MORENO, T., “La transmisión del *nomen familiae*”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 157 y ss.

⁸³ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. del Genal, Málaga, 2007, pág. 41; MIQUEL, J., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pág. 105; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 276.

⁸⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 22.

También, como nos recordaba este autor, la posible desautorización mediante la nota censoria de los abusos cometidos por el *paterfamilias* acompañada de la progresista legislación imperial en defensa de los hijos maltratados por el *paterfamilias* bien podían suponer una importante mitigación del poder absoluto que el derecho le concedía. Abundan las opiniones doctrinales entre la romanística, que mantienen y afirman que este poder omnímodo de la *potestas* del *paterfamilias* no se constituía como un imperio arbitrario detentado en beneficio propio individual. El poder del *paterfamilias*, influenciado por la creencia religiosa⁸⁵, tenía como orientación natural el cumplimiento de las funciones sociales, económicas y políticas necesarias para el crecimiento y la supervivencia del grupo familiar⁸⁶, cuyos abusos serían corregidos desde instancias privadas (*iudicium domesticum*) o públicas.

1.2.2. Efectos de la *patria potestas* del *paterfamilias* sobre los bienes de los *filiifamilias*.

Recordemos que sólo el *paterfamilias* era para el Derecho romano un sujeto *sui iuris*, lo que se traducía en que sólo a él se le podía reconocer en el

⁸⁵ Vid. FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 342 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., pág. 23: “En la época arcaica, la comunidad sacral que tenía su centro en la *domus* y que constituía la familia suponía la continuidad de los *sacra* y de un *nomen familiae* en el *census* de la *civitas*. (...) esta autoridad religiosa del *paterfamilias* es la base de su poder de vida y de muerte (*ius vitae necisque*) sobre todos los nacidos bajo la esfera de su jurisdicción familiar doméstica. Solamente en virtud de un carisma religioso puede explicarse la fuerza de este poder que aparece desde antiguo vinculado al *paterfamilias* y perdura teóricamente hasta época de Constantino”.

⁸⁶ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 60.

campo del derecho plena capacidad jurídica y de obrar, en el seno de la familia, en el marco del derecho privado y, en especial, el ámbito patrimonial⁸⁷. Podemos afirmar, con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁸⁸, que la propiedad en la época antigua estaba confundida con el poder familiar, con el poder doméstico; de ahí el término *manus*. Era el *paterfamilias*, precisamente por su característica de sujeto *sui iuris*, el único miembro con capacidad jurídica para ser titular de un patrimonio en el seno de la familia romana⁸⁹, y así lo muestran las fuentes al consagrar el principio *filius nihil suum habere potest*:

D. 41.1.10.1 (*Gaius libro secundo institutionum*): *Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest, et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur, perinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. Eet his convenienter scilicet legatum nobis per eundem acquiritur.*

La progresiva individualización e independencia que fue alcanzando la persona del *filiusfamilias* a lo largo de la historia (algunos autores indican incluso

⁸⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 276.

⁸⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 24. Continúa afirmando: “*Manus* y *mancipium* tienen que ver con estas ideas primitivas que reflejan la existencia de un poder único doméstico sobre cosas y personas que luego se va diversificando. No hay un concepto de propiedad fuera del ámbito de los bienes familiares probablemente hasta fines de la República. Ahora bien, suponiendo una familia amplia, comprensiva de tres generaciones por lo menos, es posible que existiese una comunidad familiar para ciertas cosas -como eran los esclavos, los animales de tiro y carga (es decir, los animales para el servicio agrícola), y los fundos en terreno itálico- que constituían las *res mancipi*.”

⁸⁹ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., op. cit., pág. 74.

que fue un proceso creciente a partir de la Segunda Guerra Púnica⁹⁰) fue flexibilizando este principio recogido en las fuentes de *filius nihil suum habere potest*, produciéndose la eventualidad de la detentación, posesión e incluso propiedad de bienes por parte de los hijos de familia⁹¹.

Siguiendo al Prof. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁹², podemos afirmar que, desde época primitiva, los hijos sometidos a patria potestad no pueden adquirir para sí mismos, de modo que lo que adquieren, ya sea por virtud de los negocios formales que le son accesibles, o bien por medio de los negocios libres de forma en los que intervienen, o de cualquier otro modo, incrementa en todo caso el patrimonio del *pater*. Esto constituía un grave conflicto en el seno del viejo *ius civile*, pues los sometidos a potestad podían mejorar pero no degradar la posición del titular de la patria potestad, lo que fue modificado por la acción de los magistrados mediante las denominadas *actiones adiecticiae qualitatis*, por las que el *paterfamilias* se obligaba a responder solidariamente junto al *filius familias* cuando actuaba en el tráfico negocial en virtud de una intervención o iniciativa paterna⁹³.

⁹⁰ Así KASER, que indica que el proceso se desarrolló desde el final de la época agraria. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., op. cit., págs. 83 (n.14) y 74.

⁹¹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág 24: “acaso cada hijo *púber* podría actuar como *manceps* o adquirente bajo la *auctoritas* del *paterfamilias* integrando así los bienes en el *mancipium* o titularidad dominical paternal. Se trataría, por tanto, de bienes de uso común y en este sentido *res communes* de todos los hijos *púberes* que podían realizar una *mancipatio* a nombre del *paterfamilias*, los cuales -según algunos testimonios todavía de la época clásica- *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*”; VALENTÍ ABREU, J., op. cit., págs. 71 y ss.

⁹² *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 276, 277.

⁹³ Id., op. cit., loc. cit. Señala este autor, además, que dicha intervención o iniciativa paterna bien podía ser “el haberle otorgado un *peculium*, haberle puesto al frente de un negocio o haberle

- *Peculium profecticium.*

Un primer signo de modificación o flexibilización del principio general *filius nihil suum habere potest* lo constituye la institución del *peculium*, que suponía la entrega de una parte de los bienes del *paterfamilias* al hijo (podía concederse también a los demás sometidos, incluso a los esclavos) para que los administrase o los destinase a alguna actividad. Esta entrega no se hacía, estrictamente hablando en términos jurídicos, en calidad de propiedad, sino de una concesión revocable, lo cual suponía el hecho de que, de premorir el *filiusfamilias*, el padre recuperaría los bienes *non in iure successionis*, sino *in iure peculii*⁹⁴. El hijo, por su parte, ostentaba la administración del peculio, pero no podía donarlo ni disponer del él por acto de última voluntad.

encomendado una gestión de tipo patrimonial”. En materia de la protección del menor a través de los recursos jurídicos proporcionados por la *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* (*actio legis Laetoriae*, *exceptio legis Laetoriae* y *restitutio in integrum*) véase un interesante estudio de GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del minor viginti quinque annis en Derecho Romano*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, al que nos remitimos en estas cuestiones.

⁹⁴ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 74; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 26 y ss.; DE FRANCICI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 455; JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 413: “mientras que el verdadero *peculium* es una porción de bienes que el *pater familias* confiere al hijo voluntariamente, y de la cual podía privarle en todo momento, con lo que, no sólo jurídica, sino también económicamente continuaba siendo una parte del patrimonio paterno, los peculios nuevos del derecho imperial son porciones de bienes cuya administración corresponde enteramente al hijo independientemente de la voluntad del padre, y de la cual éste no le podía privar”.

Este *peculium* recibía el nombre de *profecticium*⁹⁵, precisamente por tratarse de una concesión del *paterfamilias* (*quasi a patre profectum*), si bien en las fuentes encontramos que bastaba con que el padre de familia no suprimiese al *filius* o al *servus* lo que habían adquirido, no siendo estrictamente necesario el trámite de la concesión de bienes para la existencia de la institución:

D.15.1.7.1 (*Ulpianus libro 29 ad edictum*): *Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. Quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adicit "posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino. Ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat". Alia causa est peculii liberae administrationis: nam haec specialiter concedenda est.*

Más discutido por la doctrina resulta, por lo general, la etimología del término *peculium*. Si acudimos a las fuentes, encontramos un texto de ULPIANO en D. 15.1.5.3, que lo viene a definir como *cuasi pusilla pecunia*.

D.15.1.5.3. (*Ulpianus libro 29 ad edictum*): *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.*

⁹⁵ No obstante, téngase en cuenta que esta denominación bien puede ser post-justiniana.

Podemos afirmar con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁹⁶, que si bien un sector mayoritario de opinión considera que *peculium* es un diminutivo de *pecus*, ganado, no debemos olvidar la tesis de BONFANTE, para el que *peculium* es un diminutivo de *pecunia*⁹⁷, cobrando el significado de pequeño patrimonio, siendo probable que en época primitiva el peculio consistiese en una cantidad de dinero o en un pequeño patrimonio, por lo que su administración de enmarcaría dentro de la esfera del *creditum* y de ahí las *actiones adiecticiae qualitatis*.

Lo que es innegable es que el *peculium* sitúa a quién lo recibe en una posición de cierta independiencia económica y social, y si bien la propiedad del mismo correspondía en su totalidad al *paterfamilias*, no es menos cierto que constituía una masa de bienes separada del patrimonio de éste, cuya

⁹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 26 y ss; Cfr. ID., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 277.

⁹⁷ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 128 y ss.: “Questo piccolo patrimonio assegnato ai *filiifamilias* o da essi formato ed acreisciuto dicesi *peculium*. Il nome *peculium* è un diminutivo di *pecunia*, sicché non significa se non appunto piccolo patrimonio, e tale é la derivazione e la definizione che ne danno pure gli antichi: *peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*, dice Ulpiano nella L 5 § 3 D. *De pec.* 15, 1. A questo riguardo i moderni si sono rivelati nella etimologia e nella induzione storica piú varroniani degli antichi per il vezzo di saltare i gradi intermedi della derivazione linguistica. Senza dubbio *pecunia* deriva da *pecu*, e ciò ben significa che la ricchezza o piuttosto la moneta primitiva consisteva in bestiame; ma da *pecu* non può derivare direttamente *peculium*, onde non se può argomentare che il *peculium* fosse nell’età piú antica un gregge”. Añade este autor a pié de página la aclaración a su interpretación etimológica: “L’equivoco di simili etimologie-sofismi, fondate sul salto di un membro intermedio, è fenomeno purtroppo frequente, e non lieve il danno, per le conclusioni storiche errate che se ne traggono. Tale è la costante derivazione di *mancipare* da *manucapere* (anziché da *mancipium*), di *iudicare* da *ius dicere* (anziché da *iudicium*), di *superficies* da *super facere* (anziché da *super facies*) ecc.”. Así pues, podemos resumir que aún cuando *pecunia* deriva de *pecus*, pues la moneda primitiva venía a consistir en ganado, no debemos caer en el sofisma del salto de un miembro etimológico intermedio afirmando que de *pecus* derive directamente *peculium*, lo cual no parece razonable, pues, en palabras de BONFANTE, “no se puede argumentar que el *peculium* fuese en la época más antigua un rebaño”.

administración se entregaba a la persona sometida a potestad paterna⁹⁸. No obstante, el dogma de que el sujeto *alieni iuris* no puede ser propietario se mantuvo durante toda la República tardía y el Principado, aún habiendo caído en desuso ya a fines de la época republicana por hallarse en conflicto flagrante con las exigencias y realidades del momento. Fue CONSTANTINO, a partir del año 319 d.C., quien permite a los hijos -e hijas- recoger el peculio adventicio y ya en tiempos de JUSTINIANO la propiedad del peculio corresponde a los *filiifamilias*, configurándose el *paterfamilias* como un simple administrador y usufructuario. Hasta este momento no podemos afirmar, *strictu sensu*, que el *peculium* suponga una excepción de que todo lo adquirido por el *filiusfamilias* aumenta el patrimonio del *paterfamilias*, pues hasta entonces los bienes que integraban el peculio seguían constituyendo parte del dominio de este⁹⁹. Fue, por tanto, en época postclásica cuando se produjo un cambio de concepción en la situación jurídica de los *filiifamiliae* en el campo patrimonial, la cual se alcanzó, principalmente, mediante la progresiva extensión de la institución del *peculium*¹⁰⁰.

En cuanto a lo referente a la *administratio peculi*, podemos afirmar que esta facultad de disponer del peculio, obtenida mediante una *concessio administrationis* o *liberae administrationis*, no permitía, en cambio, “la

⁹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 277; Cfr., ID., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 27.

⁹⁹ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 78-79.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 28.; ID., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 277.

realización de ningún acto de disposición de las *res peculiares* que no llevase consigo una contraprestación”¹⁰¹, así en D. 39.5.7.pr.:

D.39.5.7.pr. (*Ulpianus libro 44 ad Sabinum*): *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur, libera peculii administratio, ut perdat.*

Así mismo, podemos mantener FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹⁰², que en el contexto de esta *administratio peculii* bien parece razonable pensar que los actos de venta y gravamen de los bienes del peculio requerirían una autorización expresa o tácita del *paterfamilias*. Según la tesis de este mismo autor, no obstante la capacidad del *paterfamilias* de revocar en cualquier momento el peculio, la revocación caprichosa del mismo quedaba impedida por la costumbre y los usos sociales que la desaprobaban. Socialmente era reconocido el *peculium* como perteneciente al *filius* o al *servus* -aún cuando no se constituyera jurídicamente como tal, por las razones ya expuestas- lo cual puede quedar probado con supuestos tales como: el esclavo a veces era vendido con su peculio; en el ámbito de la herencia yacente la actividad del *servus* en la esfera del *peculium* no se queda paralizada con el fallecimiento del *dominus*; en la realización de un acto posesorio por el *filius* o el *servus* con la ignorancia del *paterfamilias*, éste únicamente sería válido en la esfera del peculio respectivo, entendiéndose en estos

¹⁰¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 29.; ID., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 277-278.

¹⁰² *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 277.

casos que la concesión del peculio implica la autorización genérica para poseer *voluntate domini*¹⁰³:

D. 41.2.1.5 (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.*

- ***Peculium castrense.***

Esta modalidad de peculio, configurada institucionalmente durante época imperial, supone ya una consagración de la ruptura del principio general *filius nihil suum habere potest*.¹⁰⁴ El origen se le debe a AUGUSTO, el cual otorgó a los soldados que todavía se hallaran *in patria potestate* el derecho de disponer libremente *mortis causa* de los bienes adquiridos *in castris* o en servicio militar:

I. 2, 12 pr.: *Non tamen omnibus licet facere testamentum. statim enim hi qui alieno iuri subiecti sunt testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt,*

¹⁰³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 30-31.

¹⁰⁴ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., págs. 75 y ss.

quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare neque, patre mortuo, cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet his quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. praeter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

Afirmábamos al principio que esta institución suponía una consagración de la ruptura del principio general *filius nihil suum habere potest* y ciertamente se constituye como tal, pues la jurisprudencia imperial lo consideraba como un caudal del hijo sobre el cual el *paterfamilias* no podía pretender ninguna clase de derechos. Sólo en los casos en los que el hijo moría intestado se aplicaba las reglas del antiguo *peculium*, pasando el patrimonio al dominio paterno, no por sucesión, sino *iure peculii*, validándose, con efecto retroactivo, las disposiciones

tomadas por el *paterfamilias* sobre aquel peculio, lo cual quedó derogado por JUSTINIANO cuando se suprimió toda diferencia entre la sucesión de personas constituídas o no en potestad¹⁰⁵.

Novela 118 (CAPUT IV): *Nullam vero esse volumus differentiam in quacumque successione aut hereditate inter eos qui ad hereditatem vocantur masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionebus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem vel per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.*

¹⁰⁵ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 413 y ss.; VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 75; DE FRANCICI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, cit., pág. 455. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 280: “Por otra parte, en la esfera del *peculium* castrense, se vislumbran rasgos que suponen novedades esenciales respecto al *peculium profecticium*, empezando por la propia equiparación de los *filiifamiliae* militares, en este ámbito, a los titulares de plena capacidad jurídica, así en D. 14.6.2: «... los hijos de familia, respecto al peculio castrense, son como cabezas de familia». De forma progresiva se reconoce al *filiusfamilias* militar, en relación con el *peculium* castrense, capacidad de testar, de disponer *inter vivos* y de donar, si bien los bienes no pierden la consideración de peculiares, dado que si el *filius* no dispuso de ellos, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, a su fallecimiento, revierten automáticamente al *pater* o a sus herederos, no por derecho de sucesión, *iure successionis*, sino por derecho de peculio, *iure peculii*.”

BONFANTE, P.¹⁰⁶, afirma que durante toda la época clásica y verdaderamente romana, la unidad patrimonial de la familia sólo sufre una sola derogación, en la época imperial a favor de los militares, aunque con determinados límites para no infringir frontalmente el principio. Con base en los textos de las fuentes jurídicas afirma el autor italiano: “Augusto per il primo (forse anche Cesare) concesse ai figli di famiglia militari di far testamento sui beni che fossero acquistati in occasione del servizio. Nerva e Traiano confermarono il privilegio, Adriano lo estese ai congedati o veterani. Così venne a costituirsi il peculio castrense, cioè dei beni acquistati in campo (*in castris*). Non fu soltanto la ragione mera di favore per questa classe che mosse gli imperatori ad una siffatta deroga, non è dessa, vale a dire, la sanzione di uno schietto privilegio, bensì la costituzione di un *ius singulare*: a partire dall’imperatore Augusto il definitivo stabilirsi degli eserciti permanenti accampati alle frontiere, sulla linea dei grandi fiumi, collocava i *filiifamilias* militari in una stabile indipendenza di fronte al *paterfamilias*, con economia separata, e la disciplina militare sostituiva quasi la paterna”. Obsérvese que en opinión de BONFANTE, P., puede decirse que no se sanciona un simple privilegio, sino que se constituía un verdadero *ius singulare* que venía a otorgar a los militares *alieni iuris* una estable independencia al proporcionarle una economía separada a la del *paterfamilias*, lo que conlleva a afirmar que la disciplina militar casi sustituye a la paterna. Esto conduce a poder afirmar una incipiente equiparación de los *filiifamiliae* militares, en este ámbito, a los titulares de plena capacidad jurídica, que puede vislumbrarse en D. 14.6.2: «...

¹⁰⁶ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 129 y ss; Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 33-34.

los hijos de familia, respecto al peculio castrense, son como cabezas de familia». ¹⁰⁷

Al calcular los bienes que forman parte de este *peculium castrense*, BONFANTE, P. ¹⁰⁸, afirma que en la jurisprudencia clásica se realizaba con una cierta largueza: “esso comprende non soltanto il soldo ed il bottino di guerra, ma altresì i donativi in qualunque momento fatti. Fin qui forse poteva giungere anche l’interpretazione della giurisprudenza, ma certamente in questo campo l’opera precipua e l’intenso favore deve atribuirsi alle costituzioni imperiali: l’imperatore Adriano, come era passato sopra alla giustificazione possibile di questa deroga, con l’acordare il peculio ai veterani, così oltrepassò ogni limite logico circa il contenuto di questo peculio, pronunciando con un suo rescritto che vi dovesse rientrare anche l’eredità della moglie.”

Ciertamente, es este punto, el relativo a la determinación de los bienes que forman el peculio castrense, el que constituye un punto importante de controversia

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 280: “Respecto a las relaciones obligatorias entre un *paterfamilias* y un *filiusfamilias* en orden al *peculium* castrense, las opiniones encontradas pueden reducirse a dos posturas prevalentes. Para un sector doctrinal, mientras el *paterfamilias* podía llamar a juicio al *filiusfamilias* que tuviese un *peculium* castrense éste, por el contrario, no podía en ningún caso llamar a juicio a su padre. Correlativamente, el *filiusfamilias* militar con *peculium* castrense, podía mediante contrato obligarse en sus relaciones con su propio padre, mientras que no estaba admitido que el padre se obligase en las relaciones con su hijo. Por el contrario, para otro sector doctrinal, existe ya desde la época clásica, plena admisibilidad de las relaciones obligatorias entre un *paterfamilias* y su *filiusfamilias*, en orden al *peculium* castrense de éste y, de forma correlativa, posibilidad de que ambos sean partes, siempre por causa de dicho peculio, en un procedimiento judicial.”

¹⁰⁸ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 130.

doctrinal. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹⁰⁹, afirma que por los testimonios de las fuentes sabemos que éste estaba constituido por dos elementos: los bienes adquiridos *in castris* por una parte y los donativos y herencias por otra, y que el primero de estos elementos es el más antiguo, pero es objeto de controversia doctrinal la determinación del método por el que el segundo de estos elementos entró a formar parte del *peculium castrense* del *filiusfamilias miles*. Este mismo autor, glosando a ALBERTARIO¹¹⁰, señala que “a partir de una constitución imperial promulgada en torno al 200 d.C., fue considerado objeto de este peculio, lo que hubiese sido donado al *filius* soldado por sus padres, su mujer o sus parientes en el momento de su ingreso en la milicia. Innovaciones postclásicas y justinianas habrían ampliado el contenido del *peculium* castrense a los siguientes objetos: donativos hechos por terceros en la partida para el campamento, herencias recibidas por el *filiusfamilias miles* por parte de sus compañeros, y la herencia recibida por parte de su esposa”, si bien debemos tener en cuenta lo que se afirma en D. 49.17.19.pr., que la herencia debe haberse recibido con ocasión del servicio:

D. 49.17.19.pr. (*Tryphoninus libro 18 disputationum*): *De hereditate ab adgnato commilitone data Scaevola noster dubitabat, quia potuit et ante notus et amicus dare, potuit et non dare, nisi commilitium caritatem auxisset. Nobis ita videtur, si ante commilitium factum sit testamentum, non esse peculii castrensis eam hereditatem, si postea, contra.*

¹⁰⁹ *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 38-39.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 279-280; Cfr. ID., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 39-40: “finalmente Justiniano habría reservado como peculio castrense en beneficio del paterfamilias arrogado lo que éste hubiese adquirido en el periodo de su milicia”.

- *Peculium quasi castrense.*

Todas estas disposiciones establecidas en el alto imperio a favor de los militares, se extendieron en el bajo imperio a los funcionarios y a los clérigos cristianos, y partir de CONSTANTINO, al régimen del peculio castrense se equiparó también lo adquirido por los *filiifamilias* funcionarios de la Corte Imperial, beneficio que se extendió a los abogados, jueces y asesores por una constitución de HONORIO y TEODOSIO¹¹¹:

C.2.7.4: *Imperatores Honorius, Theodosius. Fori tui culminis et universorum iudiciorum advocati quidquid ex huiuscemodi professione vel ipsius occasione quaesierint vel quaesierunt, id post patris obitum praecipuum veluti peculium castrense ad exemplum militum proprio dominio valeant vindicare. **
HONOR. ET THEODOS. AA. EUSTATHIO PP. *<A 422 D. X. K. APRIL.
CONSTANTINOPOLI HONORIO XIII ET THEODOSIO X AA. CONSS.>

Estos distintos supuestos de equiparación al peculio castrense, algunos de ellos incluso llegando a admitir una sucesión abintestato, fueron agrupados por Justiniano bajo la denominación de *peculium quasi castrense*, a los que se les

¹¹¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 280: “León y Antemio extienden el beneficio a los Obispos, presbíteros y diáconos, y Anastasio a los funcionarios de la corte imperial encargados del silencio. Finalmente Justiniano consideró incluidos en este peculio los donativos hechos por el emperador o la emperatriz.”

sumó las donaciones del emperador o la emperatriz¹¹². El régimen jurídico regulador de esta modalidad de peculio se asemeja bastante al del peculio castrense, aunque no está ausente de controversia doctrinal. Efectivamente, la concesión al hijo de familia de esta facultad de testar respecto al *peculium quasi castrense* fue expresamente reconocida en las constituciones imperiales sólo a favor de los eclesiásticos, disputándose por los juristas de la época romano-helénica, si debía reputarse implícita una concesión similar respecto de los restantes peculios de este tipo previstos en la legislación. Dicha controversia fue resuelta por Justiniano al reconocer de forma explícita la facultad de testar en todos los supuestos de peculio *quasi castrense*, así como la consiguiente inatacabilidad en estos casos, del testamento otorgado por el *filiusfamilias*, mediante la *querella inofficiosi testamenti*.¹¹³

- ***Peculium adventicium.***

Constituye, sin duda, esta modalidad de *peculium* un importante avance hacia la plena adquisición del *filiusfamilias* de la titularidad sobre sus bienes. En palabras de BONFANTE, P.¹¹⁴, CONSTANTINO instituyó un importante impulso hacia una derogación más profunda de aquel principio *filius nihil suum habere potest*, pues “con una sua costituzione del 319 egli serbò legalmente ai figli l’eredità sia

¹¹² VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 75-76.

¹¹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 42-43.

¹¹⁴ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134.

legittima sia testamentaria della madre (*bona materna*), togliendo al padre il diritto di alienare a suo piacimento siffatti beni”.

Efectivamente, en esto consistía este *peculium adventicium*, en la capacidad otorgada a los filiifamilias de adquirir la herencia legítima o testamentaria de la madre, prohibiéndosele al paterfamilias los actos de disposición sobre estos *bona materna*, a los que, por equiparación de los emperadores sucesivos y siempre conforme a los usos helénicos, se les sumó los bienes heredados de ascendientes maternos (*bona maternis generis*) y, en época de JUSTINIANO, se equipara a estos *bona adventicio* todas las adquisiciones efectuadas por el hijo, salvo las adquiridas con dinero del *paterfamilias* y las entregadas por un tercero *ex contemplatione patris*.¹¹⁵

En opinión de BONFANTE, P., el derecho de administración del paterfamilias sobre estos bienes se concibe como un usufructo legal, “alquanto più ampio e libero dell’usudrutto ordinario, e in quella vece il diritto di aspettativa dei figli si riguardò veramente come proprietà”¹¹⁶.

¹¹⁵ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 76; Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134: “La precisa e diretta influenza dell’ellenismo qui si può costatare. I beni materni (μητρῴα) avevano nei diritti e negli usi ellenici un’entità distinta. Estesero questa riserva a tutti i beni ottenuti per eredità o lagato o donazione dagli ascendenti materni (*bona materni generis*), sempre conforme agli usi ellenici, Graziano, Valentiniano II e Teodosio I nel 379, e di nuovo Arcadio ed Onorio nel 395, ai lucri nuziali Teodosio II e Valentiniano III negli anni 426, 428 e 439, e di nuovo ai lucri nuziali e ai lucri sponsalizii Leone I ed Antemio negli anni 472 e 473.”

¹¹⁶ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134.

Podemos afirmar, por tanto, que ya en esta época justiniana queda prácticamente extinguida la incapacidad patrimonial de los *filiifamilias*, pues se declara como propiedad del hijo, con facultades paternas meramente de administración y disfrute, todos los bienes que el *filiusfamilias* hubiese adquirido por cualquier modo y de cualquier procedencia, con las dos excepciones antes mencionadas, los bienes adquiridos *ex re patris* (con dinero paterno o mediante un equivalente a costa del padre) y los entregados por un tercero *ex contemplatione patris* (por consideración o gratitud a la figura del padre)¹¹⁷.

1.2.3. La dimensión pública y el *status civitatis* de los *filiifamilias*:
<<*filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur*>>.

No quisiéramos terminar este punto sin hacer una referencia al *status civitatis* de los *filiifamilias*, así como de su dimensión en el Derecho público. Lo primero que debemos hacer constar en este apartado es el principio jurídico según el cual el hijo legítimo sigue la condición del padre, así como el hijo ilegítimo sigue la de la madre. Esto, según BONFANTE, P., cobra importancia sobre todo en torno a cuestiones como la libertad, la ciudadanía, el status familiar en sentido romano, la sujeción a una determinada potestad familiar, que puede ser la del mismo padre, si es sujeto *sui iuris*, o a la del *paterfamilias* a la que el padre esté sujeto¹¹⁸. Continúa el jurista italiano afirmando que “in secondo luogo importa per la successione a quegli statu ereditarii, a cui si riconnettono privilegi e norme giuridiche speciali, come era nell’epoca del principato lo stato senatorio,

¹¹⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 43-44.

¹¹⁸ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 377.

nell'epoca romano-ellenica lo stato di decurione, di colono, l'appartenenza ad una data corporazione, conforme ad un processo di stratificazione sociale, che è caratteristico della nuova epoca”.

Esto queda reflejado de forma esclarecedora en un texto del libro XVI de los *Comentarios a Quinto Mucio* de POMPONIO:

D.1.6.9 (*Pomponius libro 16 ad Quintum Mucium*): *Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

LOBRANO, G.¹¹⁹, interpreta este texto señalando que puede reconocerse una perspectiva de homogeneidad y continuidad de los poderes en la esfera pública y familiar, poder sostenido sobre las nociones de *potestas* y de *manus*, según la afirmación citada de POMPONIO: “*El hijo de familia es tenido en lugar de*

¹¹⁹ Vid. Lobrano, G., *Pater et filius eadem persona. Per lo Studio della patria potestas*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 63 y ss., en el que se establece una atractiva comparación entre este texto y el fragmento virgiliano Aen. 9, 448 s., “*dum domus Aeneae Capitoli immobile saxum / accolet imperiumque pater Romanus habebit*”. Señala este autor al respecto lo siguiente: “È ben vero che, in questo *pater Romanus* detentore dell’*imperium*, si intende lo stesso Juppiter, il Giove padre, *pater omnipotens, pater ipse*, appunto: non si tratterebbe, quindi, della secca affermazione che ad avere l’*imperium* debba essere un *civis romanus pater familias*, secondo la nota distinzione ulpiana (D.1.6,4) tra i *cives Romani*. Per altro, la trasfigurazione divina degli umani status e ruolo paterni non indebolisce la nozione giuridica che di questi ultimi risulta e che, in definitiva, è la stessa che troviamo ancora nei Digesta giustinianeï (...), almeno nella interpretazione che a me appare corretta: che, cioè, in *publicis causis* (<<per gestire la magistratura>>) occorre essere o <<fungere da>> *pater familias*.”

padre de familia en las cosas públicas, como para que desempeñe la magistratura, y sea nombrado tutor”.

No hace falta aclarar que para alcanzar el status de la afirmación anterior hubo de seguirse una evolución histórico-social de hondo calado jurídico. Efectivamente, en la sociedad primitiva no encontramos vestigios de un poder soberano supremo de carácter público que mantenga el orden interno y provea la defensa externa, sino que la autoridad pública, lejos de ejercerse sobre los individuos, se ejerce sobre los grupos sociales-familiares subordinados. Ello lleva a VALENTÍ ABREU, J.¹²⁰, a afirmar que “el poder del órgano público supremo no halla su límite en el valladar de la libertad individual, sino en la autonomía de grupo y la autoridad de su jefe”. Es decir, no podemos hablar de otro sujeto privado en la actividad de derecho público fuera de la persona del *paterfamilias* mientras dura la supremacía social de la *gens* y de las comunidades gentilicias. Será a raíz de la decadencia de la sociedad gentilicia, con la desaparición de las *gens* en tiempos de la República, cuando la acción estatal venga a menoscabar la autonomía del consorcio familiar, llegando la *Civitas* a regular directamente los derechos y obligaciones de los miembros de la familia considerando su dimensión individual (participación en los cargos públicos, servicio en la milicia, derecho de voto) y marginando, por ende, la autonomía jurídico-familiar sobre los *alieni iuris*, estableciéndose, a grandes rasgos, un cierto régimen jurídico de igualdad ciudadana de los *paterfamilias* y los *filiifamilias* en la vida pública¹²¹.

¹²⁰ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 98.

¹²¹ *Ibíd.*, pág. 99.

Esta situación de igualdad entre la vida pública, por un lado, y el sometimiento a la *potestas* del *paterfamilias*, por otro, no dejó, como podemos imaginar, de ser causa de conflicto cuando un *filiusfamilias* que alcanzaba la magistratura ostentaba la denominada *maiestas populi Romani*. Quisiéramos traer a colación un texto de AULO GELIO, recogido en sus *Noctes atticae* (2,2,):

AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 2, 2, 13: *Posuimus igitur verba ipsa Quadrigarii ex annali eius sexto transscripta: "Deinde facti consules Sempronius Gracchus iterum Q. Fabius Maximus, filius eius, qui priore anno erat consul. Ei consuli pater proconsul obviam in equo vehens venit neque descendere voluit, quod pater erat, et, quod inter eos sciebant maxima concordia convenire, lictores non ausi sunt descendere iubere. Ubi iuxta venit, tum consul ait: "quid postea?"; lictor ille, qui apparebat, cito intellexit, Maximum proconsulem descendere iussit. Fabius imperio paret et filium collaudavit, cum imperium, quod populi esset, retineret."*

Como podemos observar, el relato nos muestra el conflicto creado entre FABIO MÁXIMO y su padre, FABIO, cuando el primero fue nombrado cónsul junto a SEMPRONIO GRACO, cargo que el padre desempeñó en el año anterior. Ahora, el padre no era más que un procónsul y presentándose un día a caballo ante su hijo creyó que, por ostentar sobre él la *patria potestas*, no debía echar pie a tierra como mandaba el derecho. Pero al acercarse, el cónsul ordena al lictor que cumpliera con su deber y éste mandó al procónsul que se apease enseguida. El

paterfamilias obedeció y felicitó a su hijo por haber sostenido la dignidad de una magistratura que había recibido del *Populus*.¹²²

Esta primacía que otorga el Derecho romano a la dimensión pública sobre la privada, tiene su reflejo a este respecto en el reconocimiento legal de la subordinación de la *patria potestas* del cabeza de familia al *imperium* del *filiusfamilias*, el cual se desprende del estudio de las fuentes jurídicas, lo cual hace que se produzca un decrecimiento de la conflictividad en este sentido:

D.5.1.77 (*Africanus libro tertio quaestionum*): *In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest:*

D.5.1.78 (*Paulus libro 16 ad Plautium*): *Quippe iudicare munus publicum est.*

D. 36.1.13.5 (*Ulpianus libro quarto fideicommissorum*): *Si quis filius familias sit et magistratum gerat, patrem suum, in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem adire et restituere:*

D. 36.1.14. pr. (*Hermogenianus libro quarto iuris epitomarum*): *Nam quod ad ius publicum attinet, non sequitur ius potestatis.*

¹²² Igualmente, podemos observar intromisiones de la *patria potestas* en las actividades públicas del *filiusfamilias* en los casos de G. SERVILIUS, que ostentaba el cargo de *tribunus militum consulari potestate*, que por sometimiento a la voluntad paterna tuvo que renunciar al cambate en la campaña contra Lebicum; T. MANLIO TORCUATO, que en un *iudicium privatum* pronunció una sentencia tan rigurosa contra su propio hijo que le empujó al suicidio; o C. FLAMINO, tribuno de la plebe, que fue sacado a la fuerza por su padre del *concilium plebis* cuando exponía su proyecto de ley agraria. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 103.

Así pues, podemos afirmar que esta consideración jurídica individual del ciudadano romano como destinatario directo de las normas de carácter público viene a suponer un importante avance en el paulatino reconocimiento jurídico individual de los *filiifamilias*, que culminará, ya en época justiniana, con el reconocimiento, en la práctica, de una cierta capacidad jurídica en el ámbito del *ius privatum*.

1.2.4. La potestad marital: la *manus*.

El término *manus*, que originariamente viene a señalar a la potestad del *paterfamilias* sobre todos los que a él están sometidos (la mujer, los hijos, los esclavos, otros hijos ajenos entregados al *pater*), se va configurando en un significado cada vez más restringido para denominar a la *potestas* del *pater* sobre su mujer. Habría que recordar aquí, con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹²³, que “en los primeros siglos de existencia de la comunidad política romana, la mera situación de convivencia de hecho, con carácter estable, entre dos personas de distinto sexo, con intención de constituir un matrimonio, no produce, sin embargo, por sí misma, efectos jurídicos de especial relevancia, a no ser que esa relación matrimonial se configure en el marco de la familia agnaticia”. Recordando la célebre definición de familia de D. 50.19.195¹²⁴, es necesario señalar que

¹²³ *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 292.

¹²⁴ D. 50, 16, 195, 2 (*Ulpianus*, libro XLVI *ad Edictum*): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae*

ULPIANO denomina familia *proprio iure* a las personas que están sometidas a la potestad del *pater*, bien por naturaleza (consanguinidad), como es el caso de los hijos nacidos de justas nupcias, bien por vínculo jurídico, como es el caso de la mujer, si ésta ha contraído matrimonio *cum manu*¹²⁵.

El matrimonio *cum* y *sine manu*.

La definición de matrimonio que nos ofrecen las fuentes la podemos encontrar en dos textos de la compilación justiniana, una atribuida a ULPIANO y la otra perteneciente a su discípulo, ERENNIO MODESTINO, ambos del s. III.

I. 1.9.1: *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus. 1. Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens. 2. Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus. 3. Qui*

cognitionis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

¹²⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 292.

igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aequae in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius.

D. 23.2.1 (*Modestinus libro primo regularum*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

La definición de las *Instituciones*, de carácter eminentemente pedagógico como toda esta parte de la compilación, nos indica que las nupcias (o el matrimonio) no son sino la unión del varón y la mujer que contiene el comercio indivisible de la vida (o en el propósito de vivir en duradera comunidad¹²⁶). Esta definición, atribuida como dijimos a ULPIANO, cabe confrontarla con lo que el mismo jurista afirma en D. 1.1.3., dando una visión naturalista del matrimonio:

D. 1.1.3. (*Ulpianus libro primo institutionum*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.*

¹²⁶ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 19.

Así pues, al definir el derecho natural, ULPIANO lo ilustra con el matrimonio, así como con la función de procreación de la prole y la educación de la misma¹²⁷, señalando que “también los demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho”, que no es peculiar al género humano, sino “aquel derecho que la naturaleza enseñó a todos los animales”, y por esta razón es común a todos ellos, “los que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves”.¹²⁸

De la definición de MODESTINO, sin embargo, podemos extraer las que pueden denominarse las tres notas características del matrimonio romano: la unión conyugal del varón y la mujer, consorcio para toda la vida y comunicación del

¹²⁷ Cabe señalar aquí la posible continuidad histórico-jurídica de estas instituciones de derecho natural que nos señala ULPIANO en los fines del matrimonio canónico que nos define el canon 1055 del CICan: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento entre bautizados”.

¹²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 286: “La probable alusión ulpiana al deseo sexual como elemento común a hombres y animales, por mor de la naturaleza, había sido ya destacada por diversos autores, con anterioridad, entre ellos Cicerón, en *De officiis* I.40.11(6). Son varios los textos, sin embargo, en los que se señala que es la unión de las voluntades de los cónyuges, y no la unión de los cuerpos, lo que caracteriza el matrimonio. Así se manifiesta el propio Ulpiano en D. 24.1.32.13: «No es la unión sexual lo que hace el matrimonio, sino la afección, *affectio*, matrimonial». En este mismo sentido en D. 50.17.30: «No es la cohabitación lo que hace el matrimonio, sino el consentimiento» y D. 24.1.32.13: «Si los cónyuges hubieran vivido separados mucho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimonial,...creo que las donaciones no son válidas, como si el matrimonio no se hubiese interrumpido, pues no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino el afecto matrimonial...».”

derecho humano y divino. Como explica FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹²⁹, la referencia al consorcio para toda la vida no debe ser interpretada en el sentido de una posible indisolubilidad de la unión, sino en la idea según la cual no se concebía que los esposos acordasen permanecer unidos un período de tiempo determinado, pues la posibilidad de disolver el matrimonio, en el supuesto que no se mantuviese por los esposos la intención de permanecer juntos, *affectio maritalis*, era para el Derecho romano de todas las épocas, en especial en la etapa clásica, una solución inherente a la propia naturaleza de la institución. De la misma forma la mención a la puesta en común del derecho divino y humano, a la que ya había hecho alusión Cicerón en *De amicitia*, 6.20, haría referencia al conjunto de normas jurídicas y preceptos religiosos aplicables de consuno a los dos miembros de la unión conyugal.

No obstante, podemos extraer dos notas fundamentales de las nupcias romanas que se reiteran en las fuentes como configuradoras de esta institución: la unión heterosexual de un varón y una mujer y la vida en común continuada de los cónyuges.

Es en este vínculo matrimonial que se genera entre el varón y la mujer en el que podemos vislumbrar el sometimiento de ésta a la potestas o *manus* del marido a través de la celebración de la *conventio in manum*, que en las épocas arcaica y republicana constituían, si no la única formalización de las *iustae nuptiae*, sí la mayoría de matrimonios. Podemos afirmar que, en esta época primitiva, la constitución del matrimonio se formalizaba mediante la creación de

¹²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., pág. 287.

la *manus*, lo cual constituía un cambio de familia, es decir, un cambio de *potestas* por parte de la mujer que pasa a regirse por la del marido, *in loco filiae*, si éste es *sui iuris*, o por la del suegro, *in loco neptis*, si el marido es *alieni iuris*. Mediante la *conventio in manum* la mujer abandonaba los vínculos jurídicos y religiosos que la ligaban con su anterior *paterfamilias* (los derechos de sucesión, la tutela, el culto privado familiar de sus *lares*) para incorporarse a la de su nueva familia agnaticia. Si recordamos cuanto señalábamos de la importancia de la *patria potestas*, que en esta primera etapa del Derecho romano se configuraba como un Derecho privado, podemos concluir la enorme significación jurídica que reviste este acto de sometimiento a la *manus* del marido abandonando la *potestas* anterior a la que la mujer estuviese sometida, generalmente a la del padre de ésta. Era poco menos que el sometimiento a un nuevo ordenamiento jurídico, comparable, como ocurrirá con la *adoptio* y la *adrogatio* que estudiamos, a un contemporáneo cambio de nacionalidad.

En lo referido a las formas de incorporación de la mujer a la familia del marido, debemos acudir a las Instituciones gyanas, en las que el jurista nos señala la existencia de tres modalidades, la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*.

GAIUS, *Inst.* I, 111-114: *Vso in manum conueniebat quae anno continuo nupta perseuerabat; nam uelut annua possessione usucapiebatur, in familiam uiri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege dudodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti conuenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni <usum> interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. Farreo in*

manum conueniunt per quoddam genus sacrificit quod Ioui Farreo fit; in quo farreus panis adhiebetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cun certis et sollemnibus uerbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostri temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Coemptione uero in manum conueniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam uenditionem; nam adhibitis non minus quam v testibus ciuibus Romanis puberibus, item libripende, emit eam mulierem <is>, cuius in manus conuenit. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiducia; quae enim cum marito suo facit coemptionem, <ut> apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum uiro suo aut cum extraneo, uelut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.

Con el avanzar de los siglos, coincidiendo con la paulatina permuta del modelo familiar agnaticio con el cognaticio, lo que prácticamente se instauró ya a finales de la República, estos vínculos agnaticios de parentesco con la familia del marido fueron perdiendo importancia llegándose a admitir que la mujer permaneciera en su familia, surgiendo la existencia del matrimonio *sine manu*. No obstante, con anterioridad esta posibilidad ya vino recogida en las *XII Tablas*, al regular en su tabla VI la sobradamente conocida institución del *trinoctium*.

Lex Duodecim Tabularum, Tabula VI, 5: *lege XII tab. cautum est, ut si qua nollet eo modo (sc. usu) in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni [usum] interrumperet* (Gaius, 1, 111 ; Cf. Gell., 3, 2, 13 ; Serv., in *Georg.*, 1, 31 ; Cic., *top.*, 3, 14 ; Macr., *Sat.*, 1, 3, 9. 10 ; Cic., *p. Flacco*, 34, 84).

Recordemos que la tabla VI viene a recoger los negocios jurídicos de la época (siglo V a.C.) para adquirir o transmitir cosas, dinero o potestades sobre personas¹³⁰. Podemos apreciar, pues, que en la mentalidad del legislador decenviral la mujer se adquiere de forma análoga al resto de las cosas del patrimonio del marido, pues regula la entrada de la mujer en la *manus* del marido en la misma tabla donde se regula el régimen de venta, propiedad, posesión o prescripción. Siguiendo estas mismas normas de prescripción adquisitiva, el ejercicio continuado de la *manus* sobre la mujer durante un año provoca su adquisición. Es por esta razón por la que la mujer puede, ausentándose durante tres noches consecutivas de la casa del marido (*usurpatio trinotii*) evitar la adquisición de la *manus* por *usus*.¹³¹

La paulatina aparición de los matrimonios libres supuso un importante avance en el principio de igualdad de los cónyuges, pues la mujer ya no quedaba sometida a la *potestas* del marido o del suegro, sino que se mantenía en su familia

¹³⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 105.

¹³¹ MIQUEL, J., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, PPU, Barcelona, 1986, pág. 114.

originaria¹³². Esto constituye un capital progreso en el status de la mujer, aunque según la doctrina la reforma fue más en interés de la familia que de la propia *uxor*. Aunque la mujer fue una beneficiaria importante de estos cambios, no faltaron, sin embargo, los abusos producidos por los *paterfamilias* de algunas mujeres que, al detentar sobre ella su *potestas*, impusieron divorcios contra la voluntad de los cónyuges¹³³. En el matrimonio *sine manu* se producía un verdadero régimen de separación de bienes, lo que suponía que, de ser la mujer *sui iuris* (no sometida a potestad ajena), quedaría bajo tutela, debiendo el tutor o el magistrado, en su caso, autorizar la realización de determinados actos. Esta *tutela mulieris* quedó suprimida en la época clásica¹³⁴.

¹³² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., pág. 293: “La disminución de matrimonios *cum manu, conventio in manum*, en los que la mujer, como ya se ha señalado, se incorporaba a la familia de su marido y se sometía a la patria potestad de éste o del *paterfamilias* al que estuviese, en su caso, sometido su marido. Ello supuso, en consecuencia, el constante aumento de los matrimonios libres, que llega a ser la forma más usual de relación matrimonial a fines de la República, con régimen de separación de bienes y no integración en la familia del marido. Como se ha afirmado, de forma gráfica, en el viejo edificio de la familia agnaticia romana, la *manus* es el primer elemento que se desmorona. En la obra de Gayo, escrita a mediados del siglo II d.C., se afirma que la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, son formas matrimoniales que no comportan ya la adquisición de la potestad sobre la esposa.”

¹³³ Son abundantes los textos literarios de los siglos III. y II. a.C. que hacen referencia a la desesperación dramática de las esposas que se separan de los maridos por voluntad de su padre. Así en PLAUTO, ENNIO, AFRANIO, TERCENIO y otros. Bastaba para imponer el divorcio que el padre reivindicara a su hija o interpusiera el interdicto de *liberis exhibendis* (interdicto que acabó prohibiéndose contra la hija casada por MARCO AURELIO, que concedió al marido el interdicto de *uxore exhibenda* que le amparaba contra las pretensiones del *pater* de la mujer). El *paterfamilias* podía imponer la disolución del matrimonio si mediaba *magna et iusta causa*. Recordemos, además, que un vez que se permitió a las mujeres divorciarse del marido necesitaron también consentimiento del *paterfamilias* y, en cualquier caso, su consentimiento debe ratificar el divorcio decidido por los hijos.

¹³⁴ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 77: “La mujer a quién no se le permitió ostentar la potestas exclusivamente reservada al *paterfamilias* se halló en tiempos pretéritos sometida a la patria potestas paterna, a la *manus maritalis* o, a la *tutela mulieris* lo que dio lugar a que otras personas

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹³⁵, señala cuatro puntos en los que se ponen de manifiesto dichas reformas que son producto de la evolución de la mentalidad social romana y que se cristalizan mediante leyes públicas, así como en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los magistrados, que nos parece oportuno señalar al concluir este punto:

“a) El cuestionamiento de la conformación artificiosa de la familia agnaticia y de sus, en ocasiones, perniciosos efectos jurídicos, que de forma paulatina es relegada, en el tratamiento legislativo, en beneficio de la concepción de la familia basada en lazos de consanguinidad.

b) La atenuación del carácter absoluto de la potestad del paterfamilias, concretada no sólo en la limitación de sus facultades, sino también en la

dispusieran y administraran los bienes privativos de la mujer. Ello sin embargo, las mismas causas económicas y sociales que determinaron la progresiva individualización del filius, influyeron en que la tutela de las mujeres fuera desvirtuándose. En efecto, en los avanzados tiempos imperiales, carente de contenido, la tutela mulieris, se queda reducida a la cáscara de su formalismo jurídico. La tutoris optio concedió a la mujer, casada cum manu, la posibilidad de elegir, una vez viuda, un tutor a su gusto, lo que implicaba la posibilidad de elegir a quien bajo sus directrices administrase eficazmente sus bienes. En rigor, Augusto con la lex Iulia y Papia Poppaea libera directamente a ingenuas y libertas de la sumisión a la tutela mediante el ius liberorum. Pudiendo en estos casos disponer la mujer con entera libertad de sus bienes privativos. De hecho tenemos copiosa noticia histórica de mujeres propietarias de patrimonios -algunos de ellos fabulosos como lo de Lolia Paulina y Munatia Placina- que los destinaron a diversas actividades lucrativas como el comercio, la manufactura o la navegación, así como de muchas otras que subsistían con su modesto trabajo o vivían con holgura de sus oficios o profesiones tales como peluqueras, médicas, etc. Nos ha llegado noticia de que una mujer, Cafrania, fue abogado. Ello sin embargo, un fragmento del Digesto (D. 50.17.2.) parece restringir a las mujeres la posibilidad de ejercer las funciones y actividades civiles antes enumeradas. Tal vez la explicación de esta aparente contradicción es que al declinar el imperio romano parece que la mujer volvió a perder muchas de las prerrogativas que había alcanzado en los primeros siglos del imperio.”

¹³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., pág. 293-294.

imposición de nuevas obligaciones y, en general, en la progresiva conformación de su preeminente posición jurídica como tutiva de las personas que forman parte de su familia.

c) La disminución de matrimonios cum manu, conventio in manum, en los que la mujer, como ya se ha señalado, se incorporaba a la familia de su marido y se sometía a la patria potestad de éste o del paterfamilias al que estuviese, en su caso, sometido su marido.

(...)

d) La disolución de un matrimonio cum manu, produce la extinción de la potestad marital sobre la mujer, la segregación de ésta de la familia de su marido, así como la reincorporación a su familia originaria o bien la reintegración a su anterior posición jurídica, si era sui iuris.”

2. La incorporación en la familia romana. La filiación.

2.1. La filiación legítima.

Como hemos indicado con anterioridad, la *patria potestas* viene a señalar aquel poder unitario, exclusivo y soberano que el *paterfamilias* ostenta sobre los hijos procreados en un matrimonio legítimo o sobre aquellos sujetos que han entrado bajo aquella por cualquiera de los medios hábiles al efecto¹³⁶. GAYO muestra que se someten a la potestad del *paterfamilias* tanto los hijos tenidos naturalmente como los adoptados:

¹³⁶ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 34.

GAIUS, *Inst. I*, 97: *Non solum tanem naturales liberi secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, uerum et hi quos adoptamus.*

Efectivamente, los modos de adquisición de la patria potestad son éstos, el nacimiento en matrimonio legítimo¹³⁷, que estudiamos en este punto; la adopción en sentido lato, esto es, la adrogación y la adopción *stricto sensu*, que estudiaremos respectivamente en los capítulos siguientes; y la *conventio in manum* a la que ya hemos hecho referencia. Era por tanto a través de estos medios legales como un sujeto podía entrar a formar parte de la esfera de soberanía del *paterfamilias* romano: el nacimiento; la desvinculación de la familia de origen de la mujer del *paterfamilias* y de las mujeres de los hijos sometidos a su potestad, que se producía en los matrimonios celebrados con sometimiento a la potestad del marido, mediante la denominada *conventio in manum*; la legitimación; y la adopción¹³⁸.

El medio, digamos, natural para adquirir la patria potestad, es decir, para que un hijo se incorpore en la familia romana, lo constituía el nacimiento del mismo en el seno de un matrimonio legítimo¹³⁹, pues quedaba éste configurado

¹³⁷ También la legitimación de hijos nacidos de concubinato es una forma de adquisición de la patria potestad al que haremos referencia en este mismo punto.

¹³⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 269-270.

¹³⁹ Recordemos que para poder hablar de este matrimonio legítimo (y por tanto, de imputación de legítima filiación *ex iustae nuptiae*) debe mediar: capacidad de los contrayentes; autorización, en su caso, de los *paterfamilias* (e incluso de los ascendientes varones en el caso de la mujer, como ya vimos); ausencia de impedimentos legales y presencia de formalidad legal, así como la permanencia del matrimonio (recordemos que la naturaleza cuasi fáctica del matrimonio romano

como el modo ordinario de comienzo de la patria potestad, que continuaba, por regla general, hasta la muerte del *paterfamilias*, momento en el que los *filiifamilias* quedarían libres y adquirirían, a su vez la *patria potestas* de sus hijos y nietos¹⁴⁰. En palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹⁴¹, “el nacimiento de un hijo o hija procreado en justas nupcias, en terminología clásica, o legítimas nupcias, conforme a la denominación justiniana, es la forma ordinaria de quedar sometido a la potestad del *paterfamilias*”. De la misma forma, “los hijos nacidos de matrimonios no legítimos, espureos en terminología clásica y naturales, en expresión justiniana, no quedan sometidos a patria potestad”.

Podemos afirmar con DE FRANCICI, aunque no sin cierta cautela, que “la constitución del vínculo familiar, o sea el sometimiento a la *patria potestas* como *filius familias*, se produce como efecto de la procreación en matrimonio legítimo por un hijo varón de la familia, sea el *pater familias* o un *filius familias*”¹⁴². Esta afirmación, como hemos indicado, debe tomarse con cierta cautela, pues, como ya indicábamos en el capítulo anterior, según una costumbre arcaica, el recién nacido debía ser depositado a los pies del *pater familias*, quien en ese momento podía tomar la decisión libre de tomarlo en brazos (*tollere liberum*), manifestando su voluntad de que viva y se integre en su familia, o no cogerlo, manifestando su

exigía el continuo *consensus* en la conservación del vínculo entre los cónyuges) o la vigencia de los plazos de presunción legal en caso de disolución del mismo por cualquier causa.

¹⁴⁰ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 415 y ss: “Por el fallecimiento del *pater familias*, pues, la gran familia anterior se dividía en tantas familias nuevas como hijos dejaba”.

¹⁴¹ *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 270.

¹⁴² DE FRANCICI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, cit., pág. 453.

decisión de que el niño fuese abandonado y que pereciera¹⁴³. Es decir, como ya indicábamos precedentemente, el mero nacimiento dentro de un matrimonio legítimo, como señalaba VALENTÍ ABREU¹⁴⁴, no otorgaba de por sí al hijo ningún título para exigir el estado de filiación legítima ni cualquier otro beneficio asociado a la misma contra la voluntad del *pater*. El escollo doctrinal en este punto lo constituye, como ya vimos, la relevancia jurídica que históricamente tuviera este acto del *tollere liberos*, pues la doctrina se encuentra aquí dividida entre aquellos que lo consideran un acto de plena relevancia jurídica, por el cual el *paterfamilias* expresa la adquisición de la *patria potestas* del *filius*, casi como un modo de adquisición de la propiedad, y aquellos que lo limitan a efectos religiosos-culturales, sin ningún tipo de relevancia jurídica mayor que el que suponga la entrada del hijo en el culto gentilicio. A nuestro entender, nos parece más razonable la tesis citada por VALENTÍ ABREU, J., el cual, glosando a GIMM, considera que “el hijo nacido de *matrimonium iustum* queda sometido a la potestad del padre desde el momento en que nace, dado que con el nacimiento, el padre adquiere el poder más exorbitante de todos los que comporta la patria potestad, el *ius vitae et necis*. El acto de *tollere liberum* manifiesta expresamente el deseo paterno de que viva el niño, si no lo recoge, expresa, por el contrario, su

¹⁴³ Como nos aclara DE FRANCISCI, P., op. cit., pág. 157, “el *pater familias* puede considerarse como un soberano del grupo, del que es director y sacerdote, custodio de los *sacra* y de los *auspicia (privata)*, juez de los *fili familiae*, respecto a los que su derecho de castigar puede llegar hasta la pena de muerte (*ius vitae et necis*). Al abstenerse la ciudad primitiva de intervenir dentro del área de la *familia*, el derecho del *pater* no tiene otro límite que las *mores* internas que imponían al *pater* la convocatoria de un *consilium domesticum* y escucharle antes de imponer las penas más graves.”

¹⁴⁴ VALENTÍ ABREU, J., *Paternalidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 23; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 696; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 7 y ss.; PEROZZI, “*Tollere Liberum*”, en *Studi Onore V. Simoncelli*, Napoles, 1915.

abandono”¹⁴⁵. Este abandono sería el que viene a representar, por tanto, un acto formal y voluntario de extinción de la patria potestad, la cual estaría plenamente vigente desde el mismo momento del nacimiento del hijo en el seno del legítimo matrimonio.

La creciente importancia del fundamento de la legitimidad de la prole basada en el *iustum matrimonium* se encuentra íntima y sustancialmente ligada al decaer de la familia agnaticia y el matrimonio *cum manu*, en pro de la concepción cognaticia de la familia. En este sentido, podemos afirmar que en la evolución histórica del derecho romano de familia podríamos considerar al matrimonio como un factor que paulatinamente va aflorando a un primer plano hasta constituirse, como afirman algunos autores, en el centro primordial de imputación del parentesco legítimo¹⁴⁶. Así pues, en un primer momento histórico, la legitimidad del sometimiento a la patria potestad quedaría fijado por la *agnatio*,

¹⁴⁵ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 23. En la página 140, abordando el estudio del desconocimiento discrecional de la filiación legítima, afirma este autor: “Las justas nupcias constituían en estas primeras etapas la ocasión para expresar la voluntad del pater de contraer un *matrimonium iustum liberorum procreandum causa* que quedan sometidos a la patria potestad. Y ni aún de esta manera la voluntad del pater quedaba vinculada a la necesidad de reconocer la filiación, puesto que el nacimiento aunque proviniese de justas nupcias no suponía un hecho muy significativo para la filiación. Únicamente la voluntad del pater se vuelve a tomar en consideración para otorgar al nacimiento de constante matrimonio relevancia jurídica, dado que en lo concerniente a la filiación la paternidad podía ser afirmada o desconocida por el marido mediante el *tollere liberum*.”

¹⁴⁶ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., op. cit., pág. 139: “Antes de la fundación de la Civitas, la familia se estructura como un organismo jurídico-político constituido por un grupo de personas sometidas al poder soberano doméstico de un jefe. El vínculo que aglutina al grupo familiar carece de significación biológica. La *agnatio* constituye un vínculo de parentesco legal -legítima *cognatione iuncti sunt*- que liga a las personas del sexo masculino. Así el hijo resulta pariente de los parientes del padre exclusivamente.

que como señalara FUENTESECA, P.¹⁴⁷, no era el parentesco basado en vínculos sanguíneos, sino el vínculo sacral de sumisión a la potestad paterna por razón del nacimiento o por un acto de incorporación al grupo familiar tales como la *adrogatio* o la *adoptio*. No faltan autores que afirman en este punto que el derecho del *paterfamilias* sobre los hijos habidos por la procreación en justas nupcias traen su causa del previo derecho que el mismo *pater* ostenta sobre la madre por la *conventio in manum*, que la incluía en la familia agnaticia *in loco filia* o *in loco neptis*, dependiendo de que el marido fuese el propio *paterfamilias* o un *filiusfamilias* sometido a éste¹⁴⁸.

Según la tesis de BONFANTE, P., “il primo e naturale titolo, per cui si consegue la cittadinanza in un regime a parentela paterna è la nascita in nozze legittime da padre cittadino: la madre non è presa in considerazione. E per l’apunto nella famiglia romana il primo titolo per cui si è assoggettati alla potestà del capo di casa, e si diviene quindi membri del consorzio familiare, è la procreazione in nozze legittime (*iustae nuptiae*) da un individuo maschio della famiglia, sia esso un *paterfamilias*, sia esso un *filiusfamilias*; i discendenti per via di donna non sono membri de la famiglia; giacchè appartengono a quella del padre loro”¹⁴⁹. Es decir, el carácter marcadamente patriarcalista de la familia romana viene a reflejarse en que la procreación en justas nupcias sólo imputa la patria potestad a los hijos de los miembros varones de la familia, no a los de las mujeres, que quedarán imputados a los de la familia del padre de la criatura.

¹⁴⁷ FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 361.

¹⁴⁸ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 139, glosando a GIRARD, P.F..

¹⁴⁹ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 18.

Los textos nos muestran como, mientras que la maternidad se demuestra por el hecho del parto, es padre, en cambio, el que resulta serlo por el matrimonio:

D. 1.6.3 (*Gaius libro primo institutionum*): *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus: quod ius proprium civium Romanorum est.*

D. 1.6.4 (*Ulpianus libro primo institutionum*): *Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.*

D. 2.4.5 (*Paulus libro quarto ad edictum*): *Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*

Establece así el derecho una presunción de la paternidad legítima de los hijos nacidos con posterioridad a seis meses desde la fecha de conclusión del matrimonio, y con anterioridad a los diez meses siguientes a la, en su caso,

disolución del matrimonio, tal y como podemos comprobar del análisis de los textos:

D. 38.16.3.11 (*Ulpianus libro 14 ad Sabinum*): *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*

No obstante, pese a tratarse de una presunción legal *iuris tantum* que admite prueba en contrario, tengamos en cuenta que las circunstancias históricas no permitían, como hoy, las pruebas biológicas de paternidad que facilitan en mucho la labor jurídica para estos casos.

D. 1.6.6 (*Ulpianus libro nono ad Sabinum*): *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium ad cognoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.*

Una referencia merece en este punto la expresión jurídica que usa JUSTINIANO en una constitución del 531 sobre una cuestión de disputa de herencia, y que cobra un particular relieve en el estudio de la filiación legítima:

C. 6.26.11: *Imperator Justinianus. Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituit et verba testamenti ita composuerit: " quisquis mihi heres erit, et titius filio meo heres esto", secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuo impubere filio quaerebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocantur et titius in reliquam dimidiam, an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocantur? alia applicata dubitatione, si quis ita heredem scripserit: " titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt". Et in praesente etenim specie quaerebatur secundum ulpianum voluntas testantis: utrumne titium una cum suis filiis in dimidiam vocat et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem*

*I . Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem partem titio cum filiis, alteram autem partem Sempronio adsignari. * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 531 D. IIII K. AUG. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.>*

Para solucionar este conflicto, el emperador utiliza una expresión de índole naturalista: “*quum et natura pater et filius eadem esse persona paene intelliguntur*”, es decir, “así como casi se entiende que padre e hijo son por

naturaleza la misma persona”. JUSTINIANO refleja, aludiendo al derecho natural (“*per natura*”), que podemos entender que las personas del padre y del hijo casi constituyen una sola persona, lo cual puede interpretarse, en opinión de LOBRANO, G.¹⁵⁰, de dos maneras: una primera interpretación, según la cual el carácter, al menos en principio, ilimitado de los padres de familia sobre los hijos absorbe y cancela las personas de estos últimos; o una interpretación alternativa y bastante atractiva, que considera que la potestad personal del *paterfamilias* tiene un carácter constituyente de la persona del hijo de familia: “il *filius familias* non è impedito ad avere una propria persona a causa de la *patria potestas* ma, al contrario, la realizza precisamente in quella medesima potestas che costituisce la ‘essenza’ del *pater* e della sua persona”.

2.2. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Los hijos extramatrimoniales podían ser legitimados de varias formas: mediante adopción, por el padre natural; por subsiguiente matrimonio del padre con la madre natural; mediante la donación de un patrimonio suficiente para que el hijo, o el esposo de la hija natural, pudiera asumir del cargo de decurión en los senados municipales, o por resolución imperial, *rescriptum principis*.¹⁵¹

No debemos olvidar que en el Derecho romano, además del matrimonio, se concebía al concubinato como otra forma de comunidad conyugal permanente,

¹⁵⁰ Lozano, G., *Pater et filius eadem persona. Per lo Studio della patria potestas*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 30 y ss.

¹⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 271.

que se distinguía del primero tanto por la situación jurídica de los hijos como por la posición social que la concubina ocupaba, pues no disfrutaba del *honor matrimonii*, es decir, de la consideración de mujer casada y el otorgamiento del rango social del marido¹⁵². Las razones para constituir una vida en común sin mediación de matrimonio en el ordenamiento jurídico romano eran de diversa índole jurídica y social, coincidiendo siempre en la básica y fundamental ausencia de *affectio maritalis*¹⁵³.

¹⁵² Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 401 y ss.

¹⁵³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 295 y ss: “Las personas que iniciaban su vida en común, sin intención de constituir un matrimonio, dado que faltaba la *affectio maritalis*, pertenecían en muchos de los supuestos a diferentes estratos sociales, lo que en sí mismo condicionaba, en ocasiones, la decisión de no formalizar un matrimonio legítimo, *matrimonium iustum*. La propia ley presumía que la relación estable de convivencia entre personas de análoga condición social constituía un matrimonio, salvo que las personas fuesen de diferente condición social, en cuyo caso la ley presumía, siempre claro está salvo prueba o manifestación en contrario, que se estaba en presencia de una unión libre o de hecho, es decir, de un concubinato. Bastaba, en todo caso, un cambio de intención para que la unión de hecho pasase a ser un matrimonio o a la inversa, siempre que no existiese al respecto un impedimento legal. La tolerancia social y legal, llega incluso hasta el punto de propiciar la relación de hecho entre patrono y su liberta, así se manifiesta Ulpiano, en su comentario a la *Lex Iulia et Papia Poppaea nuptialis*, del 9 d.C. al afirmar que es más honorable para un patrono tener a su liberta como concubina que como mujer legítima, así en D. 25.7.1. La Ley de Augusto, si bien trataba de favorecer el matrimonio, en la práctica supuso un incremento de las uniones de hecho, al prohibir el matrimonio a los soldados, así como entre senadores y libertas y entre ingenuos y personas consideradas de mala reputación. En unos casos, la unión de hecho respondía a la prohibición de que la pareja pudiese contraer matrimonio, lo que por ejemplo se produciría en el caso de una relación estable entre personas del mismo sexo, que en todo caso no constituía un concubinato en sentido técnico, o en los supuestos de coexistencia de una relación matrimonial con una relación de hecho, lo que, por otra parte, no era, en principio, objeto de prohibición legal, si bien con Augusto se castigan penalmente las relaciones extramatrimoniales tipificadas como *adulterium*, *incestum* o *stuprum*, así en D. 48.5.35.pr. y 1: «Comete estupro el que cohabita con una mujer libre sin mediar matrimonio con ella; exceptuando, claro está, si es concubina. 1. Se comete adulterio con la mujer casada, y estupro con una mujer que no está casada». Se considera incesto la unión sexual entre personas ligadas por vínculos de parentela o afinidad, así en D. 48.5.39: «Si se comete adulterio incestuoso, por ejemplo con la hijastra, la nuera o la madrastra...». En otros supuestos, la

En lo que se refiere a los hijos habidos en concubinato, podemos mantener que, al menos en su origen jurídico, no tienen diferenciación alguna con el resto de hijos no matrimoniales y, por lo tanto, no entraban a formar parte de la potestad y familia del padre, sino que seguían la condición personal de la madre. Podemos afirmar con JÖRS, P., y KUNKEL, W.¹⁵⁴, que hasta la legislación postclásica que comienza con CONSTANTINO no son diferenciados los hijos habidos en concubinato (que se denominarían *liberi naturales*) de los demás hijos extramatrimoniales (*vulgo quaesiti, spurii*).

En materia de obligación de prestación de alimentos, ha señalado ALBURQUERQUE, J.M.¹⁵⁵, que en la época imperial clásica, “el padre está obligado solamente respecto a los hijos *iusti procreati*, es decir, los que han nacido en el

unión de hecho respondía a la libre voluntad de quienes no deseaban, por la razón que fuese, contraer matrimonio. Marciano, citando a Marcelo afirma, al respecto, en un texto contenido en el D. 25.7.3.1, que el concubinato no está penado por la ley, ya que son las mismas leyes las que dieron nombre al concubinato. La cuestión de la denominación de las uniones libres o de hecho preocupa también a los juristas y a la sociedad de su tiempo. Al cambio de vocablo para aludir a la mujer y evitar una posible connotación negativa se refiere Paulo cuando afirma que: para designar a la mujer que vive con el hombre sin ser su esposa legítima, los antiguos utilizaban la denominación de manceba y que en su tiempo con mayor discreción se le suele llamar amiga, así en D. 50.16.144: «Masurio Sabino, en *memorialia*, escribe que, entre los antiguos se tenía por *paellax* o manceba, la que vivía con un hombre, sin ser su mujer legítima, y que ahora suele conocerse con el nombre de “amiga”, y un poco más discretamente como “concubina”». El emperador Constantino aproxima la regulación del concubinato a la del matrimonio en cuanto a los requisitos exigibles, así en materia de monogamia, pubertad e impedimentos de parentela y afinidad, así en D. 25.7.1.3 y 4: «3. La que fue concubina de su patrono y luego se hizo concubina del hijo o nieto de aquél, o al revés, no creo que obre bien, pues tal unión es en cierto modo incestuosa, y debe prohibirse que se cometa tal delito. 4. Es manifiesto que la concubina puede ser de cualquier edad, con tal de que no sea menor de doce años», al tiempo que deroga algunas de las disposiciones penales de Augusto referidas a las uniones de hecho.”

¹⁵⁴ *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 401, n. 3.

¹⁵⁵ ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, cit., págs. 231 y ss., glosando a ALBERTARIO, E., al comienzo de la cita.

seno de un matrimonio legítimo *–iustae nuptiae–*, excluyendo, por tanto, los que han nacido de una relación de concubinato (...).” Prosigue nuestro autor señalando que “El derecho de alimentos se modifica y se dilata en la etapa justiniana (...), efectuándose unas modificaciones profundas, entre las cuales, hace referencia a la equiparación que se produce entre la familia legítima y la familia ilegítima, de lo que se desprende, entre otros aspectos, la obligación recíproca de alimentos también en estos supuestos entre padre e hijo. (...) A nuestro juicio, no supone un gran esfuerzo pensar en la lógica que se desprende de la familia legítima, dentro del marco contenido en D. 25,3,5 pr. y ss., donde las cuestiones que se plantean destacan implícita o explícitamente, que surgen en el seno de unas justas nupcias, y las cuestiones de potestad, se plantean principalmente a la hora de calcular el alcance de la obligación de alimentos a los emancipados. El reconocimiento de la obligación recíproca de alimentos en esta época imperial clásica entre padre e hijo resulta indudable. Alcanza a los emancipados y a los que puedan ser independientes por otras causas reconocidas en derecho romano *–adoptados–*. En los presupuestos de la familia legítima no aparecen suficientemente justificadas las sugerencias que incluyen a los hijos ilegítimos como objeto de la prestación recíproca, no obstante, en este marco, en el que prima el efecto de la cognación, nos preguntamos hasta que punto, al menos en el caso de los hijos nacidos de una relación de concubinato, el derecho extraordinario no se sintiera legitimado para abordar y afrontar reclamaciones de alimentos en circunstancias determinadas. Por otra parte, con la idea de llegar a conclusiones definitivas en derecho justiniano acerca del reconocimiento de este tipo de obligación entre padre e hijo nacido de una relación extramatrimonial, no hubiera sido necesario realizar una depuración tan profunda de los textos

precedentes. En esta nueva regulación justiniana, la obligación recíproca de alimentos entre padre e hijo también en la familia ilegítima, se desprende asimismo de las Nov. 12 cap. 2; Nov. 89, cap. 12, 6 y cap. 13, en la que los efectos sucesorios se destacan incluso cuando el padre que haya tenido hijos o nietos de uniones ilegítimas anteriores, no reprobadas. El pensamiento del legislador resulta lineal cuando se pretende justificar con estas palabras la vinculación precedente “aunque haya sido infractor de las leyes (la sucesión paterna debe prevalecer), porque aunque sea infractor es, sin embargo, padre”. Estos planteamientos y estas premisas se extienden a la hora de establecer la posible exigencia de los hijos en todo lo concerniente a la prestación de alimentos y todas las cosas necesarias para la vida. Connotaciones análogas, respecto a los efectos sucesorios –limitado a un sexto–, y especial consideración a propósito de los alimentos en relación a los hijos naturales, pueden verse en las Novelas citadas precedentemente”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ En toda la materia de la obligación de prestación de alimentos véase: ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, cit.; “Obligación de alimentos entre hermanos”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, www.iustel.com, nº 12, junio 2009; “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, en *RGDR*, nº 11, diciembre 2008; “De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos”, en *RGDR*, nº 10, junio 2008; “Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *RJUAM*, Madrid, 2007; “Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes”, en *RGDR*, nº 9, diciembre 2007; “Alcance de la prestación de alimentos en derecho romano”, en *RJUAM*, Madrid, 2006; “Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana “iurisdictio voluntaria” -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I-, hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006; “Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano”, *RGDR*, nº5, Madrid, 2005; “Aproximación a la perspectiva jurisprudencial

Será, como ya dijimos, en tiempo de los emperadores cristianos cuando el concubinato, que hasta entonces (sobre todo en época imperial) estaba tácitamente permitido y era hasta cierto punto corriente (incluso en los mismos emperadores, como VESPASIANO o MARCO AURELIO), pasara a considerarse contrario a la moral y perseguido con sanciones¹⁵⁷:

C. Teod. 4, 6, 2 y 3: ...ri fecit vel si ipsorum nomine comparavit, totum legi[tima] suboles recipiat. Quod si non sint filii legitimi nec fra[ter] consanguineus aut soror aut pater, totum fisci viribus [vind]icetur. Itaque Liciniani etiam filio, qui per rescriptum sanc[tissi]mum dignitatis culmen ascendit, omnis substantia au[ferat]ur et secundum hanc legem fisco adiudicetur, ipso verbe[rato] compedibus vinciendo, ad suae originis primordia redi[ghendo].
LECT. III K. MAI. CARTH(AGINE) NEPOTIANO ET FACUNDO CONSS. 3.
(IDEM A. AD) GREGORIUM. *Senatores seu perfectissimos, vel quos (in civ)itatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel fla[monii] vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, pla(cet m)aculam subire infamiae et*

sobre el contenido de alimentos derivada de una relación de parentesco”, en *Anuario* da Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, nº 9, A Coruña, 2005, págs. 13-37; “Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de jurisdicción voluntaria.”, en *RGDR*, nº 4, junio 2005; “La prestación de alimentos entre parientes: introducción y antecedentes como deber moral”, en *Personalidad y Capacidad Jurídica, XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Vol. 1, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 89-106; “La prestación de alimentos en Derecho Romano: Ascendientes y descendientes”, en *Revista Jurídica de la UAM*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007; “Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la Regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio”, en *RGDR*, nº 6, junio 2006; “Alimentos y provisiones: Observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9), en *RDUNED* nº 2, 2007.

¹⁵⁷ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 401.

peregrinos a Romanis legibus (fieri,s)i ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae (filia), sive Romana facta seu Latina, vel scaenica (vel scaenicae) filia, vel ex ta(bern)aria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel leno(nis ve)l harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, (suscep)tos filios in numero legitimorum habere voluerint (aut pr)op(r)io iudicio aut nostri praerogativa rescribiti, ita ut, (quidq)uid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos (seu natur)ales dixerit, totum retractum legitimae subo(li redda)tur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. Sed et (uxori t)ali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel empti(one c)onlatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ip(sas et)iam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, (si qui)d quaeritur vel commendatum dicitur, quod his red(dend)um est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis (subici) iubemus. Sive itaque per ipsum donatum est qui pater (dicitu)r vel per alium sive per suppositam personam sive (ab eo e)mptum vel ab alio sive ipsorum nomine comparatum, (stati)m retractum reddatur quibus iussimus, aut, si non exis(tunt, f)isci viribus vindicetur. Quod si existentes et in praesen(tia re)rum constituti agere noluerint pacto vel iureiu(rand)o exclusi, totum sine mora fiscus invadat. Quibus tacen(tibus et) dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum (temp)ora limitentur, intra quae si non retraxerint vel (propter) retra(hendum) rectorem provinciae interpellaverint, quidquid ta(libus fil)iiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus nos(ter inv)adat, donatas vel commendatas res (sub po)ena quadrupli severa quaestione perquirens. Licinniani autem filius, qui fugiens comprehensus est, compe[dibus vinc]tus ad gynaecei Carthaginis ministerium deputetur. L[ECTA XII] K. AUG. CARTHAG(INE) NEPOTIANO ET FACUNDO CONSS.

Apreciamos en las fuentes como CONSTANTINO trató de estimular a los concubinos a contraer matrimonio otorgándole la consecuencia de la legitimación de los hijos, con todos sus efectos, incluidos, como no, el ingreso en la *patria potestas* y en la familia del padre. Era la denominada *legitimatio per subsequens matrimonium*:

C. 5.27.5: Imperator Zeno. Divi Constantini, qui veneranda christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam: pactis, quae matrimonii tempore super dotalibus vel ante nuptias donationis rebus subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, ut una cum fratribus suis postea ex isdem parentibus forte progenitis, aut soli, si nullus alius sit procreatus, dotis et ante nuptias donationis pro tenore legum nec minus pactorum emolumenta recipiant. 1 . Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum

concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare. * ZENO A. SEBASTIANO PP. * <A 477 D. X K. MART. POST CONSULATUM ARMATI.>

Fue JUSTINIANO el que para suprimir cuanto de inmoral y contrario a las buenas costumbres tenía el concubinato, lo asemejó al matrimonio considerándolo una variedad de rango inferior del mismo, concediendo la *legitimatio per rescriptum principis*, es decir, legitimación de los hijos por gracia imperial cuando hubiese fallecido la concubina (y, por tanto, el matrimonio se tornaba imposible) o cuando por la conducta femenina no se pudiera exigir al concubino contraer matrimonio con la mujer¹⁵⁸.

A estas modalidades de legitimación, debemos añadir la *legitimatio per oblationem curiae*. BONFANTE, P.¹⁵⁹, explica este modo de legitimación instaurado en el año 443 d.C. por TEODOSIO II y VALENTINIANO III señalando que “questi imperatori non introdussero per vero l’istituto, bensì con l’intento di ripopolare le curie, cui incombevano gravi oneri e specialmente quello capitale di garantire per le imposte, permisero, in assenza di figli legittimi, di donare o lasciare per

¹⁵⁸ Cfr. *Ibíd.*, loc. cit. Vid. Nov. 74.

¹⁵⁹ En su *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 371 y ss., encontramos un interesante y completo estudio de la legitimación, al que nos remitimos.

testamento anche tutto il patrimonio ai figli naturali a patto che venissero iscritti tra i decurioni, se maschi, o maritate a un decurione, se femmine”. Este primer paso de conceder la posibilidad de testar a favor de los hijos naturales en ausencia de hijos legítimos, cobrará el carácter de una verdadera legitimación en una constitución de LEON y ANTEMIO del año 470 d.C. y finalmente será JUSTINIANO el que conceda la definitiva sanción legal de reconocimiento de la patria potestad y el derecho recíproco de sucesión.

No obstante, debemos advertir que este beneficio de la legitimación de hijos procedentes de la relación de concubinato no se hizo extensivo a todos los demás hijos extramatrimoniales hasta el Derecho Canónico de la Edad Media¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 401.

**CAPÍTULO III. LA ADOPCIÓN COMO MODO
EXTRAORDINARIO DE INCORPORACIÓN A LA PATRIA POTESTAS
(I): LA PRIMITIVA INSTITUCIÓN DE LA ADROGATIO.**

**1. Posibles causas del surgimiento de la institución adoptiva:
precedentes históricos. El pretendido carácter político de las
adopciones romanas.**

Con acierto se ha afirmado que la historia de las más grandes familias romanas, Escipiones, Fabios, Césares, es una historia de adopciones. No obstante, mientras permanece la supremacía de la familia agnaticia sobre la cognaticia, lo cual fue evolucionando desde el derecho clásico hasta su práctica desaparición en derecho justiniano, la *adoptio* respondía a preocupaciones y necesidades muy alejadas de la mera constitución de una relación paternofilial.¹⁶¹

Como ya indicábamos en los capítulos anteriores, la *adoptio*, en sus dos modalidades de *adrogatio* y *adoptio sensu stricto*, junto con el nacimiento *ex iustis nuptiis* y la legitimación, son las diferentes formas jurídicas de sumisión a la

¹⁶¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., Y OTROS, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, cit., pág. 16. Cómo señala este autor, “en su genuino tipo originario, la adopción no sólo es ajena a toda finalidad benéfica (protección a la infancia desvalida), sino que tampoco responde, propiamente, al interés personal de los adoptantes (consuelo para los padres sin hijos, satisfacción de sentimientos paternos), sino -como la concesión de ciudadanía a extranjeros-, para la agregación de un miembro al consorcio religioso-político de la familia, aumentando así su fuerza y garantizando su continuidad.” Vid. PITZORNO B., *L'adozione privata*, Unione Tipografica Cooperativa, Perugia, 1914, págs. 15 y ss.

patria potestas y de inclusión en la familia legítima¹⁶². Esto ya responde, en parte, el interrogante acerca de cuáles pudieron ser las causas que impulsaron la aparición de la institución adoptiva. Efectivamente, la adopción en Roma fue producto de una sucesión constante de causas religiosas, políticas, económicas y civiles. De hecho, podemos anticipar que la necesidad de asegurar el culto familiar fue una de las causas principales del surgimiento de la adopción, lo cual viene a justificar que sea en la nobleza, aquellas familias de mayor antigüedad, donde se producen el mayor número de adopciones¹⁶³.

Si ampliamos nuestra mirada al horizonte histórico-jurídico de otros pueblos de la antigüedad no nos será difícil encontrar algunos visos de esta institución desde épocas muy primitivas, lo cual nos ofrece un importante y revelador testimonio de su carácter prácticamente universal. Tenemos constancia

¹⁶² Vid., entre otros, VALENTÍ ABREU, J., op. cit., pág. 17; HERNÁNDEZ, F., y TEJERO, J., op. cit., pág. 429; GARCÍA GARRIDO, M.J., op. cit., loc. cit.

¹⁶³ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, en *Dos Estudios Histórico-Jurídicos*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1955, págs. 85 y ss. Señala este autor: “Mucho menos importante, aunque no por eso despreciable, debió ser la influencia que se derivaría de las leyes sociales como la ley Julia y Papia Poppea, cuyos beneficiarios podían muy bien alcanzarse por medio de la adopción, y se alcanzarían, según se desprende del senadoconsulto *ne simulata adoptio*.” Recordemos que las leyes matrimoniales de Augusto, principalmente la *lex Julia de maritandis ordinibus* (plebiscito rogado por el propio Augusto en virtud de la tribunitia potestas) y la *lex Papia Poppaea nuptialis*, establecían la obligación general de contraer matrimonio que compelmía a todos los romanos varones entre veinticinco y sesenta años y entre los veinte y cincuenta años para las mujeres, debiendo ser fecundos estos matrimonios (tres o más hijos para los ingenuos y de cuatro hijos en adelante para los libertos). Aquellos que cumplían esta fecundidad matrimonial obtenían ventajas tales como la preferencia para obtener cargos públicos, exención de determinadas munera o quedar, en el caso de la mujer, exenta de la tutela mulieris a través del *ius liberorum*. Contra los célibes y los que no tuvieran descendencia se dictaron sanciones como la incapacidad para suceder a una persona de la que no se sea pariente dentro del sexto grado. Cfr. MIQUEL, J., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., págs. 111-112.

de que entre los pueblos asirio-babilónicos ya aparece regulada la institución adoptiva, aún cuando ésta tuviera serios problemas para analogarse a la institución romana¹⁶⁴. Efectivamente, en el *Código de Hammurabi* la institución de la adopción (*mârûtu*) se encuentra ampliamente regulada, y desempeñaría el papel de proporcionar mano de obra a las familias necesitadas de ella¹⁶⁵. Incluso, como nos muestra RODRÍGUEZ ENNES, L., cerca de dos siglos antes de HAMMURABI, aparecen primicias de esta institución en un documento de finales de la dinastía de Ur, aunque, como dijimos, ya desde entonces la adopción babilónica distaba mucho de la concepción romana de la institución. Efectivamente, como nos señala nuestro autor, este documento, escrito en numérico y arcádico, al enumerar los casos en los que un sujeto puede acoger a los hijos de otro y determinar la situación jurídica en que queda tanto el sujeto acogido como el sujeto que acoge,

¹⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 22 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 85; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 25 y n.14: “El parágrafo 188 del Código de Hammurabi contempla el supuesto especial de una adopción realizada por un artesano con la finalidad de que el adoptado aprendiese su oficio. En este caso, al igual que en la adopción ordinaria, sólo cabe la revocación si el artesano incumple su obligación de enseñarle un oficio al adoptado. La idea jurídica básica de este precepto reside (...) en el principio de la equivalencia de las prestaciones. De un lado tenemos los gastos, las fatigas que ocasiona al artesano la educación del adoptado, del otro, la ayuda que le prestará una vez que haya aprendido el oficio. No sería justo que el muchacho abandonase a su padre adoptivo cuando aprendiese el oficio y retornase a su casa paterna para ponerse a trabajar en beneficio de sus padres, que no se habían gastado ni un céntimo en proporcionarle la enseñanza necesaria. Si así ocurriera, se vulneraría el principio de la equivalencia de las prestaciones, que constituye la norma suprema del Derecho babilónico”. Obsérvese en este punto, como señalábamos en un principio, cuánto dista la institución adoptiva, también en época babilónica, de cualquier finalidad benéfica o tuitiva, respondiendo a preocupaciones y necesidades muy alejadas de la mera constitución de una relación paternofilial, como la contemplamos hoy.

no muestra ningún punto de coincidencia con la concepción romana de la adopción¹⁶⁶.

Esta *mârûtu* o adopción babilónica se constituía con carácter contractual entre aquel que tiene potestad sobre el hijo (el padre o el dueño, en caso de siervos) o inclusive el mismo adoptado, si carecía de familia y el padre y/o la madre adoptiva, exigiéndose para el acto de adopción la entrega efectiva del sujeto adoptado, así como el otorgamiento de escritura¹⁶⁷.

Los efectos de la adopción babilónica o *mârûtu* sí que vienen a constituir los efectos comunes de una institución adoptiva, es decir, en primer lugar, el adoptado disuelve los vínculos paternofiliales que le ligaban a su familia de origen, perdiendo todo derecho de sucesión en ella, y, en segundo lugar, queda el mismo en todo equiparado a los hijos legítimos del adoptante, sometido, por tanto, a la potestad de éste y adquiriendo derechos sucesorios como cualquier otro hijo legítimo. En este ámbito nos recuerda RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁶⁸, cómo, con el fin de evitar la privación de todo derecho sucesorio en caso de revocación de la adopción, el *Código de Hammurabi* concede al adoptado que hubiese sido rechazado conservar un tercio de la porción hereditaria a la que hubiese tenido derecho de haber permanecido en el seno de la familia adoptiva.

¹⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 22-23.

¹⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, loc. cit. A este respecto, señala RODRÍGUEZ ENNES, L., que aún siendo posible que en épocas remotas se exigieran ciertas fórmulas de carácter sacramental, ello no deja de constituir una nueva hipótesis, pues no nos ha llegado rastro alguno de ellas.

¹⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 24.

Según la tesis de este autor, este precepto nos viene ya a sugerir que los padres no podrían abandonar arbitrariamente a sus hijos adoptivos en el derecho babilónico: “Los testimonios documentales nos confirman esta opinión (...); existen escrituras que estipulan que el padre adoptivo que le dijese al adoptado “tú no eres mi hijo” sería privado “de su casa y de sus bienes”. A la inversa, el hijo adoptivo que renegase de su padre o madre adoptivos es castigado severamente. En este sentido los párrafos 192 y 193 establecen que cuando se trata de la adopción de hijos de favoritas o cortesanas, “se les cortará la lengua” o “se les arrancarán los ojos”. Existen también testimonios escritos que demuestran que, incluso en las adopciones ordinarias, el hijo que reniegue de sus padres adoptivos es castigado frecuentemente con la reducción a la esclavitud”¹⁶⁹. Esta severidad en las penas de carácter personal a las que se someten los hijos que renieguen de sus padres adoptivos (o las de carácter patrimonial a las que se someten los padres que rechacen al hijo adoptado) nos indican, a nuestro parecer, la relevancia mágico-religiosa que cobra dicha institución en el pueblo que erigió la *Ley del Talión* a la categoría de norma escrita.

Sólo en dos casos se dispensa en el Derecho babilónico el principio de disolución de los vínculos familiares del hijo adoptado con la familia de origen, con la consecuencia de poder reclamar la devolución del hijo: en los casos en los que éste hubiese sido arrebatado con violencia o en aquellos en los que el

¹⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, loc. cit., pág. 24, n. 11.

adoptante no lo alimentara como si fuese propio, pues la adopción conllevaba la obligación del padre adoptante de prestar alimentos al adoptado¹⁷⁰.

Entre las causas de adopción en derecho babilónico, no falta la adopción tendente a adquirir la libertad de un esclavo. En este sentido, GAUDEMET, J., nos hace referencia a varios ejemplos: “un acte paléo-assyrien (circa 1800) opère l’affranchissement d’un esclave et son adoption. La Babylonie à l’époque de la 1ère. Dynastie (1894-1595) en offre aussi des exemples. Une tablette conserve un acte par lequel une prêtresse affranchit une jeune fille qui était son esclave, en déclarant qu’elle est « sa fille ». L’affranchie devra veiller à l’entretien de son ancienne maîtresse. Toute défaillance entraînerait le retour en servitude : La maîtresse « la vendrait », dit l’acte. L’anffranchie n’est d’ailleurs pas pleinement assimilée à une fille. Il n’est pas dit qu’elle « est son héritière », mention que l’on trouve dans les adoptions à fin successorale. Il s’agit donc bien d’un affranchissement avec charge, non de l’institution d’un héritier”¹⁷¹. Téngase en cuenta que el efecto de la libertad en esclavos adoptados aparecerá recogido en I. 1.11.12., donde JUSTINIANO recoge que CATÓN ya dejó escrito esta prerrogativa, siendo ampliada por el mismo emperador cristiano cuando de forma pública un esclavo fuera llamado por su señor “*filium suum*”, adquiriendo la libertad, aunque no los derechos de hijo:

¹⁷⁰ Código de Hammurabi, parágrafo 190. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 24-25 ; GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., págs. 28 y ss.

¹⁷¹ GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, en *Estudios de Derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Orlandis, 70, Barcelona, 1988, pág. 22.

I.1.11.12: *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servi si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit liberum esse constituimus, licet hoc ad ius filii accipiendum ei non sufficit.*

El antiguo Derecho egipcio, por el contrario, no contemplaba ninguna institución que pudiese asemejarse al instituto que estamos analizando. Es más, como nos muestra RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁷², en un documento fechado de la VI dinastía, la carta de IRTI a SEANKH-EN-PTAH, se niega la eventualidad de que un extraño sea hecho partícipe en la sucesión paterna en concurrencia con los hijos legítimos o se afirma la imposibilidad de legitimar a un hijo natural, probándose, a su juicio, la inexistencia de la institución entre los antiguos egipcios, pues de hecho aparece en el mismo documento que la declaración solemne hecha por una persona considerando a un extraño como hijo suyo carece de efectos jurídicos y no hace surgir entre ellos una relación de parentesco. La institución adoptiva egipcia cobra un carácter eminentemente patrimonial, no perdiendo el adoptado los vínculos que le unen con su familia natural y conservando su nombre y paternidad original, así como los derechos a la sucesión de su padre natural, adquiriendo a su vez derechos a la sucesión del adoptante.¹⁷³ Tendremos que esperar a la etapa tardía del periodo de dominación romana para encontrar la institución de la *Zesis*, la cual se nos muestra en unos papiros fechados en el 335 y

¹⁷² *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 25.

¹⁷³ VOLTERRA, E., *Diritto romano e Diritti orientali*, Bolonia, 1937, pág. 107; glosado por RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 25-26, n. 16.

381 d.C., a través de la cual una persona podía otorgar la cualidad de hijo sometido a su potestad a un extraño, asumiendo esta institución la misma finalidad sucesoria presente en la estructura jurídica de la *adoptio* romana postclásica. Como nos relata nuestro autor, “en el primero (...) HÉRCULES y su mujer ISARIÓN consienten que su hijo de dos años sea adoptado por HORUS, quién a su vez promete que instituirá heredero al niño. En el segundo estamos en presencia de un contrato por el que AURELIA TEEYS da en adopción a su hijo, AURELIOS SILBANOS, un nieto, nacido de otro hijo suyo premuerto; también aquí se le da relieve al hecho de que el adoptado sucederá al adoptante”¹⁷⁴.

Parece ser que el Derecho hebreo no necesitó de la institución adoptiva, lo cual se refleja en la ausencia de cualquier referencia a una institución semejante en las fuentes hebraicas¹⁷⁵. No obstante, una institución parecida la encontramos en la antigua norma del *levirato*, según la cual, si alguien muere sin tener hijos, su hermano se casará con la mujer de aquél para dar descendencia al hermano fallecido¹⁷⁶, recogida en *Deuteronomio* 25, 5-10:

¹⁷⁴ Los papiros en cuestión son: el Pap. Oxy. 1206 del año 335 d.C. y el Pap. Lips. 28 del año 381 d.C., MITTEIS, en *Archiv. Für Papyrusforschung*, III, p.173, referido por RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág.26 y n. 17.

¹⁷⁵ Cfr. GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., págs. 18 y ss. Hace referencia este autor, no obstante, a la adopción de Moisés por la hija del faraón, y la adopción de ESTHER y otros personajes bíblicos-históricos (JACOB y los hijos de JOSÉ, etc.), así como a los ejemplos que veremos a continuación de SARA o RAQUEL con las concubinas AGAR y BILHA, que califica de “*épouses de substitution*”.

¹⁷⁶ A esta norma, vigente aún en el s. I, hacen referencia los tres evangelios sinópticos al tratar la enseñanza sobre la resurrección de los muertos. Así aparece recogida la misma norma en Mt 22, 24, Mc 12, 19 y Lc 20, 28.

“Si unos hermanos viven juntos y uno de ellos muere sin tener hijos, la mujer del difunto no se casará fuera con un hombre de familia extraña. Su cuñado se llegará a ella, ejercerá su levirato tomándola por esposa, y el primogénito que ella dé a luz, llevará el nombre de su hermano difunto; así su nombre no se borrará de Israel. Pero si el cuñado se niega a tomarla por mujer, subirá ella a la puerta donde los ancianos y dirá: «Mi cuñado se niega a perpetuar el nombre de su hermano en Israel, no quiere ejercer conmigo su levirato.» Los ancianos de su ciudad llamarán a ese hombre y le hablarán. Cuando al comparecer diga: «No quiero tomarla», su cuñada se acercará a él en presencia de los ancianos, le quitará su sandalia del pie, le escupirá a la cara y pronunciará estas palabras: «Así se hace con el hombre que no edifica la casa de su hermano»; y se le dará en Israel el nombre de «Casa del descalzado.»”

Como podemos observar, el hijo que conciba de su cuñado la mujer del hermano fallecido llevará el nombre de éste último, considerándose en la práctica descendiente del mismo, con efectos semejantes a los de la institución adoptiva. Aunque algún estudioso ha encontrado en diversos pasajes del Antiguo Testamento alguna institución practicada por los antiguos hebreos semejante a la adoptiva, calificándola incluso como tal (así en los casos de asunción de una concubina por parte de la mujer legítima para proporcionar hijos legítimos al marido¹⁷⁷), consideramos más conveniente calificar tales sucesos, sin cercenar su

¹⁷⁷ Hijos que, en principio, pese a su carácter extramatrimonial, ostentan derechos sucesorios. Así lo podemos observar en Gn 21, 10, cuando SARA, la esposa de ABRAHAM, ordena a éste que despidiera a la criada AGAR y al hijo (ISMAEL) que había tenido con ésta última cuando su esposa aún era estéril para evitar que compartiera herencia con ISAAC, su hijo recién nacido: «Despide a esa criada y a su hijo, pues no va a heredar el hijo de esa criada juntamente con mi hijo, con

relevancia jurídica, como meros actos conducentes a la legitimación de hijos extramatrimoniales, pues carecen del esencial elemento de integración de un sujeto extraño en una familia adoptante, pues el hijo queda integrado, al fin y al cabo, en la familia del padre natural.

En el Derecho griego, la noción de “casa” (*oikos*) se ve necesitada de un jefe que, siendo ciudadano, ocupe el puesto de su titular y sea responsable ante la *polis*. Es por esta razón por la que, con efectos sucesorios en previsión de la muerte del titular del *oikos* sin descendencia masculina, se hace necesaria la constitución de la institución adoptiva, aunque con un rasgo propio de excepcional importancia: si quiere garantizar su estado y conservar y transmitir el patrimonio a su propia descendencia debe contraer matrimonio con una de las mujeres herederas del *oikos*, pues en el caso de que alguna de las mujeres del *oikos* tenga un hijo que alcance la mayoría de edad y la condición de ciudadano, el adoptado perdería su condición¹⁷⁸.

En este campo de la adopción ateniense, nos parece muy esclarecedora la lectura de la defensa judicial de MENEKLES por ISEO, en un proceso celebrado en Atenas hacia el año 354 a.C., que nos transcribe RODRÍGUEZ ENNES, L., en su estudio sobre la institución adoptiva¹⁷⁹. En este proceso, ISEO defiende la

Isaac». Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 22; GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., págs. 18 y ss.

¹⁷⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 26 y ss ; GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., págs. 33 y ss.

¹⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 28, n. 25.

legitimidad de su adopción realizada por MENEKLES veintitrés años antes de morir, recordando las razones que le llevaron a realizarla:

“MENEKLES no quería morir sin hijos, tenía que dejar después de él alguien para amortajarle y para hacerle en adelante las ceremonias del culto fúnebre. (...) Mi adversario quiere quitarme hoy la herencia paterna, privar al muerto de descendencia y abolir su nombre para que nadie celebre en el lugar del difunto el culto de los antepasados, ni cumpla en su memoria los sacrificios en sus aniversarios y para arrancarle los honores que le son debidos. MENEKLES lo había previsto, es por lo que para obtener todos estos honores me habían adoptado. (...) Si anuláis mi adopción, haréis que MENEKLES esté muerto sin dejar hijos después de él, que, en consecuencia, nadie hará los sacrificios en su honor, que nadie ofrecerá las comidas fúnebres y, en definitiva quedará sin culto.”

Así, ilustrándonos de este último ejemplo, podemos concluir del estudio de estas instituciones primitivas que se asemejan a la adopción, que en todas ellas surge un claro vestigio de la naturaleza religiosa de las razones que propician su aparición. En todas ellas, en mayor o menor medida, aparece la idea de continuidad y perpetuidad del culto familiar y del deber religioso de cuidar que no desapareciese la familia, junto con el deseo de tener un hijo que ejerciese el deber de piedad frente a los difuntos tras la muerte del adoptante y garantizase la dicha futura de la propia alma. Así, la garantía de la sucesión del adoptante fundamenta, en sus dimensiones familiar, patrimonial y religiosa, la existencia de esta institución de la adopción en los pueblos primitivos, con el fin principal de la

perpetuación del culto doméstico, y realizada con formas que algunos autores han querido ver semejantes a las medievales¹⁸⁰. Como señalara GAUDEMET, J.¹⁸¹, las finalidades diversas de la adopción en el mundo antiguo son tendentes a modificar la condición social del adoptado, o bien en cualidad de hijo o bien en cualidad de heredero, corrigiendo una deficiencia de la naturaleza por parte del adoptante (la falta de descendencia), siguiendo el principio de la célebre fórmula que recogería siglos más tarde las *Instituciones* de JUSTINIANO: *Adoptio enim naturam imitatur*.

No obstante, y ya en el ámbito propio de la época romana, la adopción, como nos señala OTERO VALERA, no sólo tiende a suplir la falta de descendencia, “sino que tiene el importante papel de corregir la discordancia establecida por el derecho romano entre la parentela civil y la de sangre”¹⁸². Así, la adopción venía a asegurar la continuación de la dinastía, y aunque significaba un acto privado, tenía como consecuencia cierta y esperada la accesión ulterior del adoptado a la situación política del adoptante.¹⁸³ Este carácter público-político queda reflejado de manera expresa en algunas adopciones, entre las que podemos citar la declaración de AUGUSTO al adoptar a TIBERIO: “*Hoc republicae causa factio*”. En palabras de PRÉVOST, M.H.¹⁸⁴, es en este sentido que las adopciones imperiales,

¹⁸⁰ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 85; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 28, n. 25.

¹⁸¹ GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, cit., págs. 17 y 21.

¹⁸² OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 86.

¹⁸³ Cfr. *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸⁴ PRÉVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, París, 1940, pág. 72 : “ Les caractères des adoptions romaines que nous avons qualifiées de « politiques » s’expliquent par ceux du milieu social dans lequel on les trouve pratiquées. Toutes, sont des adoptions « privées », si l’on entend par là des actes qui furent réalisés, dans l’ensemble, même quand l’adoptant était l’empereur, en conformité avec le *Ius Civile*, avec le droit commun des citoyens romains”. ; Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”,

al igual que las practicadas en la nobleza, son, de hecho parece que lo son, en la intención de sus autores y en el espíritu de la opinión, adopciones políticas.

- **La cuestión de las adopciones políticas en Roma.**

Habiendo asentado como razón fundamental del origen de la adopción en la necesidad de asegurar la perpetuidad del culto doméstico, no será difícil llegar a la conclusión de que esta continuidad del culto familiar cobraría mayor importancia cuanto más antigua fuese la familia. Esta razón bien puede explicar el hecho de que sea en el seno de la nobleza donde constatemos el mayor número de

cit., pág. 87. Este carácter público se mantiene, aunque no con la fuerza de causa política, en el derecho tardoimperial. A este respecto y haciendo alusión a la legislación diocleciana, cabe citar a MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, Università degli studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milán, 2001, págs. 262 y ss.: "È possibile osservare, in prima istanza, che l'adozione continua a produrre effetti giuridici sia di diritto pubblico che di diritto privato. Nel diritto pubblico, l'adozione compiuta da un decurione transmite e conserva al figlio adottivo (non solo, cioè a quello naturale) la *dignitas* paterna (con la conseguenza della illegittimità delle sanzioni corporali subite dall'adottato); inoltre, con l'adozione *non mutatur patria*, ma *additur*, e perciò *ius originis in honorum ac munerum obsequio per adoptionem non minui perspicis* (C. I. 8. 47. 7). Ad un profilo pubblico dell'adozione denso di implicazioni concrete, anche sotto il profilo fiscale, fa da contraltare una disciplina degli aspetti privatistici dell'adozione strutturata negativamente, cioè tesa a proibire anziché a permettere. Non è ammessa l'*adoptio in fratrem* (C. I. 6. 24. 7), né è consentito perfezionare l'adozione *tabulis* (C. I. 8. 47. 4), *epistulis* (C. I. 4. 19. 13), oppure *nudis adseverationibus nec ementita professio, liceo utriusque consentiant* (C. I. 4. 19. 4): la formulazione del divieto diventa occasione per ribadire in vario modo i requisiti richiesti per compiere validamente l'atto ed in genere per costituire efficacemente il vincolo di filiazione (C. I. 4. 19. 13: *sed natalibus vel adoptionis solemnitate coniungitur*; C. I. 4. 19. 14: *sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione sollemni filii civili iure patri constiuntur*; C. I. 8. 47. 4: *sed sollemni iuris ordine apud praesidem solet copulari*; C. I. 6. 55. 5: *solemniter in adoptionem dedit*). Una *adoptio* illicita non può essere addotta a fondamento di una *longi temporis praescriptio* opposta al figlio naturale (C. I. 7. 33. 8)".

adopciones. Debemos señalar también que, de la misma forma, la mayoría de las fuentes literarias que dan noticia de adopciones realizadas en Roma son referidas a emperadores o miembros destacados de la sociedad -lo cual no deja de ser normal-, destacando en ellas el medio social en que se realizan; como nos apunta PRÉVOST, M. H., “les adoptants appartenait à une classe bien caractérisée de la société romaine: « patrons » de clientèles étendues, ils sont les détenteurs d’une puissance sociale utilisée traditionnellement à des fins politiques. Il eût été périlleux de refuser aux détenteurs de cette puissance ce que von PREMERSTEIN qualifie de façon si suggestive les « compléments de droit public de leur domination ». L’intérêt non seulement de ces chefs de famille et de leurs clientèles, mais de l’État lui-même (parce qu’il fallait écarter les risques de guerre civile), appelait sur eux la collation, en forme juridique, des diverses compétences de droit public”¹⁸⁵. Estas eran las circunstancias sociales que rodeaban las adopciones en el seno de estas familias, ya detentadoras, como nos dice nuestro jurista, de una importante pujanza social, basada en extensas clientelas, que era utilizada tradicionalmente con fines políticos. Así las cosas, la institución adoptiva venía a salvaguardar el interés de los jefes de estas familias, de sus clientelas y del propio Estado, asegurando, como dijimos, la continuación de las dinastías.

Las fuentes nos relatan abundantísimos casos de adopciones entre la *nobilitas* romana¹⁸⁶. Podemos citar las realizadas en familias como la *gens*

¹⁸⁵ PRÉVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 71. Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs. 86 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. PRÉVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., págs. 18 y ss.

Aemilia, en la que M. AEMILIUS LEPIDUS adoptó a LIVIO¹⁸⁷; la familia de los *Annii Milones*, en la que T. ANNIUS MILO, de origen plebeyo, adopta a T. ANNIUS MILO PAPIANUS, que sería años más tarde tribuno de la plebe y candidato al consulado; la familia de los *Atilii*, de la que tenemos constancia por CICERÓN de que ATILIUS SERRANUS adroga a un individuo de la *gens Gavia*, SEXTUS ATILIUS SERRANUS GAVIANUS, que ostentaría más tarde los cargos de cuestor y tribuno de la plebe.; o la *gens* de los *Aufidii*, también de origen plebeyo, del que nos consta que CN. AUFIDIUS ORESTES, que fuese en los años 77 y 71 a.C. pretor urbano y cónsul, respectivamente, originariamente era un *Aurelio*. Encontramos también adopciones en la familia de los *Caecili Metelli*, en la que encontramos tres casos de adopción, incluso por testamento, como la adopción por Q. CAECILIUS METELLUS PIUS (hijo de METELLUS CALVUS, cónsul colega de SILA) de Q. CAECILIUS METELLUS PIUS SCIPIO, que sería más tarde tribuno de la plebe, pretor y cónsul. De la misma forma encontramos adopciones entre los *Claudios*, *Cornelio-Escipiones*, *Cornelio-Lentulos*, *Fabios*, *Junio-Silanos*, *Licinio-Crasos*, *Licinio-Nervas*, *Livio-Drusos*, *Manlio-Acidinos*, *Pastumio-Albinos*, *Servilio-Caepiones* o *Terentio-Varrones*, como podemos comprobar, algunas de las denominadas *gentes maiores*, lo cual se extiende si nos adentramos en el campo de las adopciones imperiales, PISÓN, TRAJANO, ADRIANO, L. CEIONIO COMMODO, MARCO AURELIO ANTONINO, etc.

Esta idea podría conducirnos a la conclusión de la existencia en Roma de una adopción de razón pura y formalmente política. No obstante, debemos alegar que concluir en esta afirmación supone no observar con rigor los efectos propios

¹⁸⁷ CIL I,2,27: *Mam. (Ai)milius (..Lepi)d(us) Livi(anus)*

de la adopción. Siendo rigurosos, el único efecto jurídico que el derecho concede a la institución adoptiva (su efecto esencial y fundamental) no es otro que establecer entre las personas del adoptante y del adoptado un vínculo jurídico paternofilial, es decir, hacer del adoptado un hijo legítimo, con todas las consecuencias que ello conlleva, en particular las de inclusión en la familia que lo acoge, el reconocimiento del derecho de sucesión y la admisión en la condición social del adoptante. En la época clásica del Derecho romano no se concebía en absoluto la sucesión en el poder público, pues sólo de manera legal y temporal puede ser revestido un magistrado romano de la potestad pública que le corresponde por su cargo. Como enseñara ANTONIO al joven OCTAVIO, jamás el pueblo romano ha permitido la transmisión del poder supremo por vía sucesoria. Tendrán que pasar aún algunos siglos para que se acepte la idea de monarquía hereditaria¹⁸⁸.

Aún afirmando lo anterior, el principal problema que se nos plantea en este punto lo encontramos al comprobar que en las adopciones que se realizaban en las familias romanas pertenecientes a la *nobilitas* podemos observar cómo, en la práctica, se producen auténticos casos de sucesión política. Esto puede explicarse por la incorporación del adoptado en el mismo rango social del adoptante, lo cual le hace partícipe del honor de éste, así como heredero de su clientela, con toda la importancia que ésta tenía en época republicana. Podemos interpretar, como ha hecho parte de la doctrina, que este tipo de adopciones en el seno de la nobleza romana, las cuales podemos calificar de adopciones esencialmente dinásticas, se convierte en un instrumento de acceso preeminente al *cursus honorum*, aún

¹⁸⁸ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs. 86 y ss ; PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 72.

cuando los cargos en Roma se caracterizaban por su carácter electivo. No faltan autores que han llegado a concluir que estos instrumentos de política dinástica comúnmente vienen a caracterizar una sociedad de estructura y espíritu paternalista, como lo es la romana republicana, que los viene a emplear en regímenes que jurídicamente son de carácter electivo¹⁸⁹. Téngase en cuenta, además, que, como afirma OTERO VALERA, A.¹⁹⁰, la atribución de competencias de derecho público son confiadas, prácticamente, a los detentadores de una cierta pujanza social, concretada por la posesión de clientelas. A nuestra opinión, es este el razonamiento que explica la afirmación de PREVOST, M. H.¹⁹¹: “c’est dans le cadre d’un système d’héritage politique que fonctionnent les adoptions pratiquées dans la *nobilitas*”.

Así pues, podemos concluir que, aunque en un sistema electoral de los cargos públicos como es el romano, al menos en época preclásica y clásica, donde el poder público no puede ser transmitido por la vía sucesoria, en la práctica, debido a que el adoptado alcanza el rango social del adoptante y hereda su clientela, bien podremos afirmar que la adopción realizada por familias tradicionalmente vinculadas a los cargos públicos se convirtió en un instrumento de acceso preeminente al *cursus honorum* de aquellos sujetos que, perteneciendo a familias con menos honores, pretendieran una vocación política. Esto podría contemplarse en el uso de la institución para el paso de un individuo de una clase social a otra, de plebeyo a patricio y viceversa, en virtud de los intereses públicos,

¹⁸⁹ Cfr. PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 72 ; OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 88.

¹⁹⁰ “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs. 87 y ss.

¹⁹¹ PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 28.

sociales y políticos del momento. Es en este punto en el que podemos hablar de casos de adopciones políticas en Roma en familias consulares, y después imperiales, aún cuando, en rigor, no fuese posible la transmisión del poder supremo por vía sucesoria.

Ya en el Principado, las adopciones son directamente utilizadas por los emperadores para la designación de sucesor, y así lo podemos observar en textos que nos dan noticia de adopciones como la de CLAUDIO, que adopta a NERÓN anteponiéndolo incluso a su hijo GERMÁNICO, o AUGUSTO que adoptó a TIBERIO una vez que éste adoptó a GERMÁNICO, con la intención de que éste último, GERMÁNICO, una vez hecha la adopción, principiase a ser nieto de AUGUSTO:

TÁCITO, *Annales*, 12, 25: *C. Antistio M. Suillio consulibus adoptio in Domitium auctoritate Pallantis festinatur, qui obstrictus Agrippinae ut conciliator nuptiarum et mox stupro eius inligatus, stimulabat Claudium consuleret rei publicae, Britannici pueritiam robore circumdaret: sic apud divum Augustum, quamquam nepotibus subnixum, viguisse privignos; a Tiberio super propriam stirpem Germanicum adsumptum: se quoque accingeret iuvene partem curarum capessituro. his evictus triennio maiorem natu Domitium filio anteponit, habita apud senatum oratione eundem in quem a liberto acceperat modum. adnotabant periti nullam antehac adoptionem inter patricos Claudios reperiri, eosque ab Atto Clauso continuos duravisse.*

I. 1.11.11: *Illud proprium est illius adoptionis, quae per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum*

ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes. sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit: ut protinus adoptione facta incipiat Germanicus Augusti nepos esse.

- **La adopción de OCTAVIO. La *adoptio per testamentum*.**

Una referencia particular merece el caso de la adopción de OCTAVIO, la cual suele calificarse, al igual que las anteriores, como adopción política o dinástica, pero con importantes diferencias esenciales al resto de adopciones políticas en la forma en que se realiza¹⁹².

El 13 de septiembre del año 45 a.C., a su regreso de Hispania, CÉSAR confecciona su testamento en el que declara la adopción *in familiam nomenque* de GAIUS OCTAVIUS. Como es de sobra conocido por todos, CÉSAR muere en los *idus* de Marzo del 44 a.C., fecha en la que OCTAVIO aún ignora que ha sido instituido heredero y adoptado por el que fuera su gran protector. Al anunciársele la muerte de CÉSAR, OCTAVIO, pese a los consejos de prudencia que le sugieren lo contrario, decide aceptar la herencia ante el pretor CAYO ANTONIO, al que pide la ejecución de la *lex curiata* que le hiciera entrar en la *gens Julia*, como hijo legítimo del

¹⁹² Vid. LEMOSSE, M., “L’adoption d’Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil », en *Studi in onore di Emilio Albertario I*, 1953; PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 29 y ss.

dictador fallecido, estatus que se le atribuye de una manera irrevocable mediante la ratificación por ley curiada el 22 de septiembre del 44 a.C., por PEDIUS¹⁹³.

La peculiaridad e importancia de este caso estriba en que ha sido el motivo que ha dado ocasión a la doctrina para vislumbrar la eficacia de un modo singular de practicar la arrogación, la denominada *adoptio per testamentum*, es decir, la declaración de adopción *mortis causa* hecha en testamento. La *adoptio testamentaria* constituye una de las denominadas por la doctrina adopciones privadas y fue muy difundida en el mundo romano, usada por miembros de familias de vetusta tradición cívica y por los mismos emperadores para procurarse un sucesor. Aunque esta forma de adopción no producía, por razones obvias, el sometimiento a la patria potestad ni hacía entrar al adoptado en la familia del adoptante -razones seguramente por las cuales le estaba permitida incluso a la mujer- sí le permitía la adquisición de la herencia, ya que se le consideraba como hijo¹⁹⁴. En opinión de RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁹⁵, no es posible aceptar esta adopción testamentaria como una verdadera y propia forma de adopción jurídicamente reconocida: en primer lugar porque esta forma de arrogación no aparece en las fuentes jurídicas, sino sólo en textos literarios; en segundo lugar, porque no es posible concebir la adquisición de una *potestas* por parte de un difunto; y en tercer lugar, porque, pese a la afirmación en contra de los textos histórico literarios, en los que era practicada incluso por mujeres, esto es inconcebible en una época en la que la mujer no podía otorgar testamento si no era

¹⁹³ Cfr. PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, cit., pág. 29 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 92.

¹⁹⁵ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 58 y ss.

saliendo de su familia agnaticia, y siendo así no podría asumir la representación del *paterfamilias* bajo cuya *potestas* ya no se encuentra -pues es jurídicamente imposible agregar por adopción un nuevo miembro a una familia agnaticia a la que ya no pertenece.

De estas tres razones expuestas, nos parece que cobra una mayor importancia la señalada en primer lugar, pues negar la validez de la *adoptio per testamentum* por la imposibilidad de la adquisición de una *potestas* por parte de un difunto supondría afirmar que ésta, la adquisición de la *potestas* del adoptante, constituye el único efecto de la institución adoptiva, no teniendo en cuenta la importante consecuencia de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante. Si concebimos que la adopción genera un vínculo con la familia adoptante, lo cual no exime, obviamente, de la sujeción del adoptado a la *potestas* del *paterfamilias*, esto no excluiría, en principio, la adopción testamentaria. Sin embargo, sí que nos parece relevante que una institución de tal calado, inclusive social, esté ausente en las fuentes jurídicas.

Son, sin embargo, los textos literarios los que nos dan testimonio de esta institución y entre ellos no es común la calificación de la institución como adoptiva. Entre los textos que la mencionan como *testamento adoptatus* o *adoptio testamentaria* encontramos: CICERÓN, *Brutus*, 58, 212; LIVIO, *Epít.*, 116; PLINIO, *Nat. hist.*, XXXV, 2, 8; VALERIO PATERCULO, II, 59; CORNELIO NEPOTE, *Atticus*, 5; SUETONIO, *Iulius*, 83; *Tiberius*, 6. Por otro lado, existen textos que, aún haciendo referencia al mismo acto de la *adoptio testamentaria*, lo califican como una simple designación de heredero. Entre estos últimos destacamos: CICERÓN, *de*

officiis, III, 18, 74; *Ad Atticum*, 7, 8; OVIDIO, *Met.*, XV, 834-836; SÉNECA, *de brev. vitae*, 15, 3; TÁCITO, *Ann.*, I,8, V, I y XI, II; SUETONIO, *Augustus*, 101; GALBA, 4 y 17; PLINIO, *Epist.*, VIII, 18, 4; EUTROPIO, VII, I; OROSIO, *adv. paganos*, VI, 18; DIÓN CASIO, XL, 51,3.¹⁹⁶

La solución, a nuestro entender, siguiendo el mismo ejemplo de la adopción de OCTAVIO, la tenemos en la necesidad de la ratificación a través de una *lex curiata*, lo que nos ofrece un importante testimonio de la insuficiencia original de la adopción realizada por CÉSAR en su testamento. Efectivamente, como ya vimos, OCTAVIO, después de declarar ante el pretor su aceptación de la herencia del dictador fallecido, la hace refrendar por una ley curiada. Algunos autores, entre los que se encuentra CUYACIO, han afirmado que se trata de una adopción *non iure facta*, un deseo del difunto con un defecto de origen que quedaría convalidado por las curias (también pudiéndose convalidar *per rescriptum principis*). Afirmar esto supone la, para nosotros, inconcebible falta de lógica jurídica de una institución, la *adoptio per testamentum*, que siempre nace con defecto de origen -recordemos que la lógica jurídica exige que la convalidación de irregularidades se realice en la condición de excepciones- y que siempre necesitaría de un acto de convalidación posterior. Bien podemos afirmar, entonces, que, a nuestro juicio, el verdadero acto de constitución de adopción lo constituye la propia *lex curiata* -o el rescripto del príncipe, en su caso-, aunque ésta tome como causa la disposición testamentaria en la que se nombra heredero y se declara la adopción. A este respecto, RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁹⁷, afirma que se

¹⁹⁶ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 93.

¹⁹⁷ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 58 y ss. Continúa afirmando este autor: “De ello se derivan consecuencias importantes; en efecto, ante todo, el hecho de que en

puede concluir que la adopción testamentaria no es una verdadera forma de arrogación, productora de los efectos de la *adrogatio per populum*, sino una normal institución de heredero bajo la condición para éste de tomar el nombre del testador (*nomen ferre*).

En opinión de este autor, “el ejemplo de la arrogación testamentaria de OCTAVIO no puede, pues, justificar un sistema, y debe más bien considerarse como una excepción, una anomalía, uno más de los muchos privilegios concedidos a su persona”¹⁹⁸. No obstante, existen autores que afirman que la adopción de OCTAVIO fue una arrogación destinada a tener efecto después de la muerte del arrogante donde la manifestación de voluntad del arrogador sería sustituida por la declaración en testamento ratificada por la curia después de la encuesta del pontífice y la aceptación del arrogado, siendo particular de este caso la *lex curiata* que reconocía la relación de filiación de forma solemne, que en los demás casos de *adoptio testamentaria* ni siquiera es mencionada. Esto, sin duda, sí fue un beneficio concedido a la persona del futuro princeps, un acto puramente

los usos sociales una institución de heredero de este tipo fuese llamada adopción, cuando no creaba sumisión a la patria potestad familiar, ni la agregación del adoptado a la familia agnaticia del adoptante, sino que tenía sólo el efecto moral de construir artificialmente, con la continuación del nombre, el resultado social que se habría producido con la filiación natural, demuestra que en la sociedad romana se había ya infiltrado la concepción de la adopción como relación ficticia de parentesco, propia del mundo helénico, quizá como consecuencia del influjo de la cultura griega que se opera precisamente en el último siglo de la República. En segundo y último lugar, del significado jurídico real de la llamada adopción testamentaria, deducimos que los nuevos puntos de vista sociales no tuvieron ninguna repercusión en el régimen jurídico de la *adoptio*, y encontramos sus cauces a través de otras formas.”

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ ENNES, L., op. cit., loc. cit.

accidental debido a la oportunidad política del momento y requerido expresamente por el mismo OCTAVIO¹⁹⁹.

2. La diferenciación de las dos modalidades básicas de adopción romana: *Adoptio* y *adrogatio*.

GAYO hace referencia expresa a estas dos modalidades de *adoptio* al señalar que se someten a la potestad del *pater familias* tanto los hijos tenidos naturalmente como los adoptados²⁰⁰:

GAIUS, *Inst.* I, 98-100: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus uel praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an uelit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestatem parentum sunt, siue primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, siue inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis. Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in prouinciis apud praesides earum fieri solet.*

La doctrina ha dado infinidad de definiciones del concepto de adopción. Por citar alguna de ellas, especialmente por su claridad de exposición, señalamos

¹⁹⁹ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs. 94-95.

²⁰⁰ GAIUS, *Inst.* I, 97.

la que nos ofrecen los autores HERNÁNDEZ y TEJERO²⁰¹, según la cual la adopción es una institución jurídica consistente en hacer ingresar en una familia, como hijo o como nieto, a quien no lo es por naturaleza. *Adoptio* es una palabra genérica en Derecho romano, que comprende dos acepciones: *adoptio* en sentido estricto y *adrogatio*. Se adoptan los *alieni iuris*, se arrogan los *sui iuris*. La primitiva institución de la *adrogatio* será objeto de estudio en este mismo capítulo, mientras que la *datio in adoptionem* la estudiaremos en el próximo capítulo.

2.1. La adopción de un sujeto *sui iuris*: la institución de la *adrogatio*.

La arrogación es el más antiguo de los medios de adopción y sucede, como hemos señalado, cuando un *paterfamilias* adopta a una persona *sui iuris*, es decir, a otro *paterfamilias*. Cuando esto ocurre no sólo se somete a su autoridad el adoptado, sino que toda su familia entra a formar parte de aquella del arrogante. La *adrogatio* representa, pues, la absorción de una familia por otra, de manera que un *pater* pasaba a tener la condición de *filius* en la familia del *pater* que le arrogaba²⁰². En el primitivo derecho, el adrogante adquiría a título universal todo el patrimonio del arrogado²⁰³. Esto fue evolucionando hasta que en derecho

²⁰¹ HERNÁNDEZ, F., y TEJERO, J., op. cit., pag. 430.

²⁰² RASCÓN GARCÍA, C., op. cit., pág. 85.

²⁰³ A esto hace referencia ARANGIO RUIZ, V., op. cit., pág. 27, cuando afirma: “la verdadera y propia función del Comicio curiado fue (...) la de autorizar que un padre de familia pudiese adoptar a otro *pater* (*adrogatio*) o, lo que en aquel tiempo era lo mismo, su testamento”. Vid. GÓMEZ RUIZ, C., “Adopción. Disolución del Matrimonio”, en *Base de conocimiento Jurídico. Derecho Romano*, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2001-2006; señala esta autora que como consecuencia derivada del acto de adrogación, “las personas libres, que antes del mismo estaban sometidas a la patria potestad del arrogado, eran arrastradas bajo el poder del *paterfamilias*

justiniano ya no se adquiere todo el patrimonio del arrogado a título universal, sino que se adquiere únicamente el usufructo y la facultad de administración del mismo²⁰⁴, quedando exceptuado incluso de la administración de los bienes los peculios castrenses y cuasicastrenses, de los que el propio JUSTINIANO nos deja constancia de que, según las antiguas leyes, “ni el usufructo permiten que tenga el padre, o el abuelo, o el bisabuelo”:

C. 6, 61, 6 : *Imperator Justinianus. Cum oportet similem providentiam tam patribus quam liberis deferri, invenimus autem in veteris iuris observatione multas esse res, quae extrinsecus ad filios familias veniunt et minime patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis vel quae ex maritali lucro ad eos perveniunt, ita et in his, quae ex aliis causis filiis familias adquiruntur, certam introducimus definitionem. 1 . Si quis itaque filius familias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, ea suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usum fructum adquirat, et eorum usus fructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiis familias inhaereat ad exemplum tam maternas quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitarum rerum.*

adrogans, quedando igualmente bajo su potestad, quien, además, adquiriría en bloque el conjunto de derechos transmisibles del arrogado, como una successio inter vivos. Sin embargo, no se le hacia responsable de las obligaciones asumidas por el arrogado en su estado anterior, excepción hecha de las hereditarias, aunque el pretor, para evitar la arrogación con fines espurios, concede a los acreedores del mismo una acción útil con ficción de que no se había producido la capitis deminutio y la actio de peculio contra el paterfamilias arrogante”.

²⁰⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., op. cit., pág. 39.

Sic etenim et parenti nihil derogabitur usum fructum rerum possidenti et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda adspicientes vel extraneos vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur. Exceptis castrensibus pecuniis, quorum nec usum fructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt: in his enim nihil novamus, sed vetera iura intacta servamus. Eodem observando etiam in his pecuniis, quae quasi castrensia pecunia ad instar castrensium pecuniarum accesserunt. Sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in successione quidem earum rerum, quae extrinsecus filiis familias acquiruntur, iura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt. 2. Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc seu iam mortui sperare audeant nec ratiocinia eis super administratione inferre, sed tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata rerum, habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus, quae per filios familias secundum praedictum modum acquiruntur. Et gubernatio earum sit penitus impunita et nullo modo audeat filius familias vel filia vel deinceps personae vetare eum, cuius in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare, vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est: sed habeat pater vel aliae personae, quae superius enumeratae sunt, plenissimam potestatem uti frui gubernareque res praedicto modo acquisitas. Et si quid ex usu earum pater avus vel proavus collegerit, habeat licentiam quemadmodum cupit hoc disponere et in alios heredes transmittere, vel si ex earum rerum fructibus res mobiles vel immobiles vel se moventes comparaverit, eas etiam quomodo voluerit habeat et transmittat et in alios transferat sive extraneos sive liberos suos seu quamlibet personam. Sin autem res sibi memorato modo acquisitas parens noluerit tenere, sed apud filium

vel filiam vel deinceps personas reliquerit, nullam post obitum eius licentiam habeant heredes alii patris avi vel proavi eundem usum vel quod ex hoc ad filios familias pervenit utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diurna donatione in filium celebranda, qui usum fructum detinuit, quem patrem habere oportuerat, ita causa intellegatur et eundem usum fructum post obitum patris ipse lucretur, parente ius exactionis quasi sibi debitae a filio, qui usum fructum consensu eius possidebat, suae posteritati vel successioni minime transmittente, quatenus in omni pace inter se successio eius permaneat nec altercationis cuiusdam maxime inter fratres oriatur occasio. 3. Cum autem Constantiniana lege cautum erat, si filii familias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patrem tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur, sancimus huiusmodi casu interveniente et emancipatione liberis imposita non tertiam partem dominii rerum minime acquisitarum, sed dimidiam usus fructus apud maiores qui emancipationem donant residere: exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil nec ex hac causa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscumque sexus aliquid dominii auferetur et patribus amplioris patrimonii usus fructus adsignabitur. Hoc obtinente et si in emancipatione sibi parentes hoc minime servaverint: sed nisi specialiter vel in emancipatione huic praemio renuntiaverint vel donatione facta sese et ab huiusmodi beneficio alienaverint et in liberos hoc transtulerint, manere ad eos etiam tacentes ius et beneficium usus fructus retinendi, ut post obitum eorum et usus fructus in omnibus memoratis causis ad eos perveniat, quorum dominium est, scilicet secundum, quod iam diximus, in successione eorum omnibus servandis,

quae de maternis et nuptialibus bonis consultissimis legibus definita sunt. Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt quam nos in maternis ceterisque, quas servare necesse est, et dubitabatur, ex quo hypothecas competere oportet, utrumne ab initio an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est, compendiosa narratione interpretamur initium gerendae vel deserendae administrationis vel observationis esse spectandum et non tempus, ex quo male aliquid fuerit gestum. * IUST. A. DEMOSTHENI PP. * <A 529 RECITATA SEPTIMO MILIARIO IN NOVO CONSISTORIO PALATII DN.IUSTINIANI. D.III K. NOV. DECIO VC. CONS.²⁰⁵

Como podemos imaginar, la *adrogatio* es un acto de suma importancia. Un *sui iuris* no es sino un jefe de familia independiente, por lo que el hecho de entrar bajo la *potestas* de otro jefe implica la extinción de un hogar y de un culto, hecho este ante el que el orden político y religioso romano difícilmente podría haber permanecido indiferente, como nos indica RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁰⁶. Es por ello que, como nos ofrece el testimonio del propio AULO GELIO, las arrogaciones no se hacen a la ligera y van rodeadas de medidas de precaución. La propia palabra *adrogatio* deriva de la fórmula utilizada (*rogatio*) por la cual el presidente del

²⁰⁵ Advertimos en este fragmento del emperador JUSTINIANO dirigido al prefecto pretorio DEMÓSTENES cómo los bienes adquiridos por un *filius familias* con otros bienes que no sean de aquel bajo cuya potestad está, sino por otras causas, bien por liberalidad de la fortuna o por su propio trabajo, no los adquiere plenamente para sus ascendientes, sino que será de dominio del *filius familias* que los adquirió, quedando el usufructo de dichos bienes en poder del *pater familias*.

²⁰⁶ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 50.

comicio por curias se dirigía al pueblo que debía aprobar o rechazar la sumisión de un *pater familias* por otro²⁰⁷, haciendo expresa mención de que el arrogado quedaría sometido al *ius vitae necisque* del arrogante y, por lo tanto, a su *patria potestas*²⁰⁸. Todo este acto solemne debía estar precedido, como nos recuerda ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ²⁰⁹, por la previa información del Colegio Pontifical acerca de la oportunidad de la arrogación. Efectivamente, los Pontífices realizaban una previa investigación sobre la oportunidad y conveniencia de la arrogación -recordemos que en juego está la supresión de un culto doméstico y la incorporación del arrogado en otro culto familiar, por lo que quedan justificados los actos propios del derecho divino (*fas*).

2.1.1. Capacidad y requisitos.

La importante relevancia que supone la constitución de una arrogación contrasta con la práctica ausencia de reglas legales a este respecto. Ciertamente, no debemos perder de vista el hecho de que la *adrogatio* se realice, como nos indicaba GAYO, *populi auctoritate*, esto es, por la autoridad del pueblo a través de los Comicios, lo que supone que nos encontramos realmente ante un acto legislativo.

²⁰⁷ Tal y como nos mostraba GAYO en el fragmento de las *Instituciones* que hemos reproducido: “*quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an uelit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat.*” (*Inst.* I, 99)

²⁰⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., págs. 50 y ss.

²⁰⁹ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano...*, op. cit., loc. cit.

Respecto a la capacidad activa para arrogar, la única exigencia del derecho antiguo viene a resumirse en la circunstancia de que el arrogante debe ser un varón *sui iuris*, lo que conlleva a declarar la explícita incapacidad de la mujer para poder arrogar, la cual queda fundamentada, de una parte, por su falta de capacidad comicial. Ciertamente, si la convocatoria de los Comicios Curiados por parte del Pontífice Máximo para realizar las interrogaciones oportunas, entre otros, al arrogante, era la formalidad exigida para la constitución de esta primitiva modalidad de la institución adoptiva, es razonable pensar que la ausencia de capacidad comicial de las mujeres las excluyera, al menos formalmente, de la posibilidad de arrogar. No obstante, como opina RODRÍGUEZ ENNES, L.²¹⁰, este obstáculo formal no hubiese sido insuperable de no haber mediado también otros aspectos de carácter más sustancial.

Efectivamente, la continua negativa de los Pontífices republicanos a formular propuestas femeninas de arrogación partía del hecho de que éstos no concebían la existencia de familias sostenidas por la adopción de mujeres, que, además, no tendría sentido jurídico según la primitiva concepción de la institución adoptiva, pues no cumplía la finalidad de la continuación de la estirpe. GAYO nos muestra claramente la negativa a la adopción por parte de la mujer *-nullo modo*, es decir, ni adopción ni adrogación-, fundamentando su postura en la falta de potestad de ésta incluso sobre sus propios hijos:

GAIUS, *Inst.* I, 104: *Feminae uero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.*

²¹⁰ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 53.

Continuando con el análisis de la capacidad para poder arrogar, el propio GAYO nos indica que aún aquellos que no pueden engendrar, los eunucos (*spadones*), sí pueden adoptar²¹¹, siendo esto común tanto a la *adoptio* como a la *adrogatio*. Tampoco se le niega al ciego la capacidad de adoptar o ser adoptado, como nos indica ULPIANO en el Libro primero de sus *Comentarios a Sabino*:

D. 1.7.2.1.(*Gaius libro primo institutionum*): *Illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.*

D.1.7.9. (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*): *Etiam caecus adoptare vel adoptari potest.*

En cuanto a la capacidad pasiva para poder ser arrogado, la circunstancia *sine qua non* para poder hablar de *adrogatio* la constituye el hecho de que el arrogado deba ser un sujeto *sui iuris*, como ya nos indicaba MODESTINO:

D. 1.7.1.1 (*Modestinus libro secundo regularum*): *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio*

²¹¹ No obstante, parece ser que en el primitivo derecho tampoco los eunucos podrían adrogar; cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., pág. 52.

similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.

Cabría preguntarse, pues, en este punto, si una mujer podría ser sujeto pasivo de una *adrogatio*. A este respecto, GAYO nos ilustra en sus *Instituciones* señalándonos que pareció más oportuno que las mujeres no fueran adoptadas por el pueblo -arrogadas-, aunque podían ser adoptadas ante el pretor, o ante el procónsul o el legado en el caso de hallarse en las provincias:

GAIUS, *Inst. I*, 101: *Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem uero uel in prouinciis apud proconsulem legatumue etiam feminae solent adoptari.*

De la misma forma, el jurista nos indica con respecto a la arrogación de impúberes, que ésta unas veces estuvo prohibida y otras permitida²¹², pero que, por una epístola del emperador ANTONINO PÍO a los pontífices, se puede permitir con causa justa y ciertas condiciones. No obstante, la adopción de impúberes ante el pretor o ante el procónsul o el legado, en las provincias, está permitida:

GAIUS, *Inst. I*, 102: *Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum et; nam ex epistula optimi imperatoris Antonini quam scripsit pontificibus, si iusta causa adoptionis esse uidebitur, cum*

²¹² GELLIO, A., *Noctes atticae*, 5, 19, 9, v.gr., nos indica expresamente que “para ser adoptado por arrogación es necesario haber llegado a la edad de la pubertad”.

quibusdam condicionibus permissum est. Apud praetorem uero et in prouinciis apud proconsulem legatumue cuiuscumque aetatis adoptare possumus.

Como podemos observar en el texto, no nos explicita GAYO cuáles son esas ciertas condiciones y esa justa causa que permitirían la adopción de impúberes. RODRÍGUEZ ENNES, L.²¹³, nos indica, con base en la regulación justiniana que parece hacer referencia al rescripto de ANTONINO PÍO, que las circunstancias bien pueden ser las siguientes: en primer lugar, el necesario consentimiento del tutor; el patrimonio del arrogado retornaría a él si el arrogante muere antes de la pubertad de aquél; el arrogante tiene la obligación de restituir los bienes en caso de que el impúber arrogado muera *ante pubertatem* a los que serían herederos del arrogado si éste hubiese permanecido *sui iuris*; el arrogante debe restituir los mismos al arrogado si los emancipa *ante pubertatem*; el arrogante no puede emancipar al impúber si no es *ex iusta causa* y no puede desheredarlo, y si hace alguna de estas dos cosas, debe darle la cuarta parte de sus bienes, que por ser establecida por un rescripto de ANTONINO PÍO se denomina *quarta divi Pii*; cuando el arrogado alcanza la pubertad puede solicitar la emancipación que le es concedida *causa cognitia*.

Es también GAYO quien nos abre los ojos a otra cuestión al hilo de nuestro estudio, si el más joven puede adoptar al de mayor edad, señalándonos el jurista que este interrogante también es común a una y otra adopción:

²¹³ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 70 y ss.

GAIUS, *Inst.* I, 106: *Sed et illa quaestio, na minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est.*

A esta cuestión deberemos responder con cautela, pues, aunque es cierto que los pontífices solían fijar algunos criterios al respecto por la potestad de control que ejercían sobre la *adrogatio*, RODRÍGUEZ ENNES, L.²¹⁴, nos recuerda que la función originaria de la institución conduce de forma lógica a considerar irrelevante la edad de las partes. No obstante esta realidad jurídica, no faltaron los escándalos causados por la diferencia de edad en las adopciones, como la de CICERÓN ante la arrogación de CLAUDIO por FONTEYO, un ciudadano más joven que aquel. Aún así, como nos muestra nuestro jurista²¹⁵, la frase usada por CICERÓN²¹⁶, *ut adoptio fili quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitate essevideatur*, no constituyó jamás una regla inmutable del *ius pontificium*, por lo que la adopción de CLAUDIO por FONTEYO, aunque rara, fue válida. No obstante, como dijimos, debemos tratar con cautela esta validez de arrogaciones de personas mayores que el *adrogans*, pues no debemos perder de vista la afirmación de ULPIANO, en el Libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, al dejar constancia de la imposibilidad de la arrogación de muchos sin justa causa, la de un liberto ajeno o, la que nos interesa ahora, la del menor al mayor (*nec maiorem minor*):

D.1.7.15.3 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Item non debet quis plures adrogare nisi ex iusta causa, sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.*

²¹⁴ *Op. cit.*, pág. 61.

²¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, *op. cit.*, pág. 61, n. 130.

²¹⁶ *De domo sua*, 14, 36

De la misma manera, aún cuando CICERÓN nos indique que la arrogación sólo se solía permitir cuando el *adrogans* alcanzase una edad en la que ya no cupiese esperar que tuviera hijos naturales²¹⁷, nunca llegó a ser un verdadero obstáculo legal para adrogar el hecho de tener ya hijos legítimos, lo cual no dejaría de ser lógico analizando las causas del origen de la institución - principalmente la de continuación de la estirpe, que estaría garantizada de tener el arrogante ya una descendencia legítima. Esto nos hace reafirmar, una vez más, la multiplicidad de las causas del origen y constitución de la institución adoptiva, que no pueden reducirse a las meramente dinásticas, aunque éstas cobren una particular relevancia. ULPIANO, en un texto el Libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, recogido en D.1.7.15.2, nos indica, no obstante, que se debe examinar en las arrogaciones si el arrogante es menor de sesenta años, pues debe atender preferentemente a la procreación de los hijos, salvo si una enfermedad o la mala salud fuere el motivo, o si hubiese otra justa causa para arrogar, como si quisiere adoptar a un pariente suyo. A esto se debe añadir lo señalado por un texto del libro VI de la *Doctrina de Casio* de JAVOLENO que se recoge en D.1.7.16, donde el jurista nos indica que la adopción tiene lugar en personas que pueden tener hijos de manera natural:

D.1.7.15.2 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.*

²¹⁷ *De domo sua*, 15. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 61.

D.1.7.16 (*Iavolenus libro sexto ex Cassio*): *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.*

No obstante lo dicho, ULPIANO nos deja constancia la cautela que se debe tener cuando el adoptante tenga uno o varios hijos, para que no se disminuya a los que hubiere procreado de justas nupcias “la esperanza que cada uno de estos hijos se procure con su obsequio” o para que el que fue adoptado “no perciba menos de lo que fuere digno que consiga”:

D. 1.7.17.3. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminuaturspes quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi, aut qui adoptatus fuit minus percipiat quam dignum erit eum consequi.*

Con respecto a la adopción del más pobre al más rico, ULPIANO nos deja constancia de que se permitirá eventualmente, siempre que se pueda demostrar la sobriedad de su vida o una afección honrada y evidente, señalando que, en estos casos, suele darse fianza, seguramente para evitar que la institución se convierta en un negocio económico:

D.1.7.17.4 y 5. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): 4. *Interdum et ditiozem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietas clara sit vel affectio honesta nec incognita.* 5. *Satisfatio autem in his casibus dari solet.*

El mismo jurista nos deja constancia, también, de las muchas cautelas que se toman con respecto a la arrogación por parte de aquel que haya administrado la tutela o la curatela del adrogado, no permitiéndose que esta se produzca hasta que el que se pretenda arrogar cumpla veinticinco años, para evitar que la arrogación tenga como fin la evasión de la rendición de cuentas, señalando además que habrá de evitarse que hubiese oculta alguna causa torpe tras la misma.

D.1.7.17. pr., 1 y 2. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): pr. *Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit.* 1. *Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere.* 2. *Et primum quidem excutiendum erit, quae facultates pupilli sint et quae eius, qui adoptare eum velit, ut aestimetur ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intellegi: deinde cuius vitae sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam: tertio cuius idem aetatis sit, ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam.*

Como hemos observado, el jurista nos deja claro que, aún permitiéndose por el derecho dicha adopción por parte de los que fueron tutores o curadores, ésta sólo debe autorizarse si se produce movida por el natural parentesco o de un purísimo afecto, evitando así que quede en el arbitrio de los tutores el poner término a la tutela, debiendo además salvaguardarse los bienes del pupilo. De esta forma, nos muestra nuestro jurista que se deberá examinar si la adopción es conveniente para el pupilo desde un punto de vista patrimonial, comparando los bienes de este y del adoptante; en segundo lugar, deberá examinarse de qué género de vida es aquel que quiera agregar al pupilo a su familia; y en tercer lugar, qué edad tiene el adoptante, por si sería mejor que pensara en procrear hijos que en reducir a su potestad a otro de una familia extraña.

También el jurista MARCELO nos deja constancia de las cautelas a seguir en la *adrogatio* de pupilos, para evitar los fraudes de ley que ésta pueda esconder tras de sí, haciendo de nuevo referencia a la prestación de las fianzas o cauciones necesarias, siendo complementado en este campo por el mismo ULPIANO:

D.1.7.18 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Non aliter enim voluntati eius, qui adrogare pupillum volet, si causam eius ob alia probabit, subscribendum erit, quam si caverit servo publico se restitutum ea, quae ex bonis eius consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu.*

D. 1.7.19 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): pr. *His verbis satisdationis quae ab adrogatore praestari debet "ad quos ea res pertinet" et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo, item legatariis, nemo dubitat. 1. Quae satisdatio si omissa fuerit, utilis actio in adroгатorem datur.*

Con respecto a la *adrogatio* de los libertos, un texto del Libro XLV de los comentarios al edicto de ULPIANO nos dice expresamente *arrogatio liberti admittenda non est*²¹⁸, es decir, que no puede admitirse la arrogación de un liberto. No obstante, debemos tener en este punto en cuenta un estudio de CRISTOFORO COSENTINI²¹⁹, en el que se deja constancia de la admisión de esta arrogación de libertos por parte de ingenuos en el derecho originario, de la que ya nos ofrece un relato histórico el mismo AULO GELIO:

GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19: *Libertinos vero ab ingenuis adoptari iure quidem posse Massurius Sabinus scripsit. sed id neque permitti dicit neque permittendum esse unquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant.*

²¹⁸ He aquí el texto íntegro del que procede, que relata la situación de un nieto manumitido por el abuelo que se dio en arrogación a su propio padre: D.37.12.1.2. (*Ulpianus libro 45 ad edictum*): *Nepos ab avo manumissus dedit se adrogandum patri suo: sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad eius successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret.*

²¹⁹ COSENTINI, C., *Per la storia dell'adrogatio libertorum*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1948, págs 4 y ss.

De esta misma arrogación de libertos por parte de un ingenuo, también nos ofrece testimonio MARCELO, que nos habla ya de cierta limitación de esta particular adopción, pues nos indica que, aún cuando el adoptado haya conseguido los derechos de ingenuo por la arrogación, ha de ser, sin embargo, repelido, por liberto, de las nupcias con la hija de un Senador:

D.23.2.32 (Marcellus libro primo ad legem Iuliam et Papiam): Sciendum est libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum, quamvis in eius familia ingenui iura sit consecutus, ut libertinum tamen a senatoriis nuptiis repellendum esse.

Esto viene a complementar en parte la afirmación de ULPIANO, que señala que ni adoptando el patrono a un liberto puede hacerlo ingenuo, no perdiendo el patrono su derecho sobre el liberto cuando éste es arrogado con engaño, como nos muestra PAULO:

D.1.5.27 (Ulpianus libro quinto opinionem): Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit.

D.38.2.49 (Paulus libro tertio sententiarum): Liberto per obreptionem adrogato ius suum patronus non amittit.

De lo que no cabe duda es que, aunque en algunas etapas históricas del Derecho romano estuviese permitida, aunque con limitaciones en ciertos casos, como hemos visto, la arrogación de los libertos, en época posclásica, por un rescripto de los emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO a MARCIANO, sabemos que, según los propios emperadores, se opone a la autoridad del derecho la misma si se esgrime sin justa causa, esto es, la falta de hijos:

C.8.47(48). 3: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum eum, quem adrogare vis, libertum tuum esse profitearis nec ullam idoneam causam precibus indideris, id est quod non liberos habes, intellegis iuris auctoritatem desiderio tuo refragari.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. MARCIANO. * <A 286 PP. XVI K. IUL. MAXIMO II ET AQUILINO CONSS.>

Con respecto a la posible cuestión de si se puede adrogar a un hijo propio emancipado o a alguno que hubiese estado anteriormente bajo la potestad del arrogante, cabe destacar, la curiosa afirmación de ULPIANO, que aparece en el Libro XIV de sus *Comentarios a Sabino*, y que se recoge en D.1.7.12, donde el jurista nos hace ver cómo la institución adoptiva se constituye como el único medio para aquel que quedó libre de la patria potestad de volver decorosamente a ella:

D.1.7.12 (*Ulpianus libro 14 ad Sabinum*): *Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reverti non potest nisi adoptione.*

2.1.2. La capacidad activa de la mujer para adoptar *in solatium liberorum amissorum*.

Como hemos indicado precedentemente, la continua negativa de los Pontífices republicanos a formular propuestas femeninas de arrogación partía del hecho de que éstos no concebían la existencia de familias sostenidas por la adopción de mujeres, la cual no tendría sentido jurídico según la primitiva concepción de la institución adoptiva, al no cumplir la finalidad originaria de la continuación de la estirpe. Esta perspectiva, lógica según el originario concepto del instituto jurídico que analizamos, sufrió una grave deformación en época ya postclásica al introducirse la posibilidad de la adopción por parte de la mujer *in solatium liberorum amissorum*. Son los emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO los que, en un rescripto a SIRA, permiten esta posibilidad. Veamos el texto de la constitución imperial recogido en C. 8. 48(47).5, así como la referencia que a esta misma institución hace JUSTINIANO en sus *Instituciones*:

C. 8. 47(48).5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est. Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SYRAE. * <A 291 S. PRID. NON. DEC. TRIBALLIS TIBERIANO ET DIONE CONSS.>

I. 1.11.10: *Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

Como podemos observar en el primer texto citado, datado en el 291 d.C., comienza con la proclamación del principio clásico por el cual la mujer no puede arrogar, por la razón de que no tiene bajo su potestad ni siquiera a sus propios hijos. No obstante, una vez afirmado el principio general, los emperadores proceden a explicar cómo, por consuelo de los hijos perdidos por la mujer, siendo su deseo adoptar a un hijastro en calidad de legítimo descendiente, se puede considerar la constitución de la institución adoptiva por rescripto imperial, creándose el consiguiente vínculo maternofilial, según los propios emperadores, “en concepto de hijo natural y legítimo lo mismo que si hubiere nacido de ti”.

Las razones de esta apertura de la adrogación a favor de la mujer podemos verla en una doble vertiente. De un lado, la creciente influencia helénica de las provincias orientales pudo dejarse sentir por el mismo DIOCLECIANO. Pero del otro lado existen autores que argumentan que ésta innovación es fruto de la inspiración cristiana, lo cual pasa por afirmar la propia interpolación del texto de la constitución imperial recogido en C. 8. 47(48).5. En este sentido, ALBERTARIO, E.²²⁰, defiende la interpolación del texto en cuestión en su segundo inciso, siendo auténtico el texto sólo en el primero, esto es, en la que hemos denominado

²²⁰ ALBERTARIO, E., “La donna adottante”, en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, XXVIII, Bologna, 1934, págs. 170-178; Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 72, n. 169.

afirmación general de la exclusión de la mujer de la institución²²¹. Son varias las razones que esgrime este autor para concluir en el carácter no auténtico del texto, de entre las cuales cabe señalar el empleo de expresiones propias del latín del Bajo Imperio o la existencia de un rescripto del mismo emperador del año 294 d.C. (es decir, promulgado tres años después del texto en cuestión) en el que en un rescripto a CELSO señala con rotundidad la ilicitud, sin excepción, de la adopción de la madre:

C.7.33.8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si is contra quem supplicas matris tuae quondam mancipia quasi filius ex causa tantum adoptionis defendit, adfectio destinatae illicitae adoptionis ad horum dominium ei quaerendum sola non sufficit. 1 . Quapropter mancipia petere non prohiberis nullam timens temporis praescriptionem, si hoc tantum initio procedente is contra quem supplicas horum possessionem adeptus est. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. CELSO.*<A 294 >*

Así pues, podemos afirmar, con RODRÍGUEZ ENNES, L.²²², que estamos en presencia de una innovación fruto de la inspiración cristiana que se sirvió de una institución que le ofrecía el Derecho griego, lo que permite considerar al texto de la constitución imperial recogido en C.8.47(48).5 una posible interpolación producto de este importante influjo greco-cristiano sobre el Derecho justiniano.

²²¹ Es decir, C. 8. 47(48).5: *A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est (...)*

²²² Glosando a RICCOBONO y ALBERTARIO. Cfr. *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 72.

2.1.3. Procedimiento y requisitos formales de la adrogatio.

Como ya hemos señalado precedentemente, la *adrogatio* constituía un acto de enorme solemnidad y trascendencia que no se hallaba exento de cautelas jurídicas, pues, parangonándolo a un instituto contemporáneo, podemos afirmar que correspondería casi a lo que hoy conocemos como un cambio de nacionalidad, pues el arrogado, que era sujeto *sui iuris*, se incorporaba como *alieni iuris* de una nueva jurisdicción, la del *adrogans*. Por eso no parece disparatado afirmar, con VALENTÍ ABREU, J.,²²³ que esta “naturalización” en la nueva familia conferían al *pater* arrogante prerrogativas semejantes al *ius gladii* de los magistrados permitiéndole, llegado el caso, disponer de la vida o la muerte del arrogado.

AULO GELIO, en sus *Noches Áticas*, nos explica que “la arrogación concierne a los que siendo *sui iuris* se someten voluntariamente a la autoridad del nuevo padre y por libre albedrío entran en la condición nueva”. En cuanto a la formalidad que las rodea, el propio GELIO nos relata que “las arrogaciones no se hacen a la ligera y van rodeadas de medidas de precaución: se reúnen por decreto los pontífices, los comicios por curias; se examina (...) si su petición no es un ardid para apoderarse de los bienes de aquel a quien se quiere tomar por hijo y, en

²²³ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 17.

fin, se exige el juramento acostumbrado en tales casos según la fórmula prescrita por el pontífice máximo Q. MUCIO²²⁴.

Así pues, una vez realizada la investigación preventiva de los pontífices sobre la conveniencia de la *adrogatio*, a la que ya hicimos referencia, el *Pontifex Maximus* realizaba la convocatoria de los Comicios por curias. Es por esto por lo que, en opinión de RODRÍGUEZ ENNES, L.²²⁵, la *adrogatio* sólo se autorizaba a los *patres* que estuviesen en edad de poder participar en los comicios, y esto para que, de una parte, el honor y la carga de la familia fuese asumida con plena inteligencia y libertad de acción y, de otra, se valorase, merced a la intervención del pueblo, caso por caso, la importancia recíproca del núcleo familiar que se extinguía y el que se conservaba.

La convocatoria de los Comicios Curiados se realizaba, como de costumbre, oralmente y por escrito, mediante la promulgación de un edicto en el que se hacía constar el día (un día comicial, que no coincidía con días judiciales ni festivos, ni solían coincidir con días de mercado), el lugar (generalmente dentro del *pomerium*) y el objeto de la reunión, la *adrogatio* en cuestión²²⁶. Una vez convocados los Comicios Curiados, se realizan las interrogaciones de las que nos dan noticia las *Instituciones* de GAYO:

GAIUS, *Inst. I*, 99: *Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est*

²²⁴ GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 9.

²²⁵ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 50.

²²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 127.

interrogatur, an uelit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat.

Estas tres interrogaciones, de las que la institución toma su nombre, cuentan con una capital y esencial importancia, tanto la interrogación a la persona del *adrogans* acerca de si quiere tener como hijo con arreglo a derecho a aquel que va a ser adoptado, como la interrogación sobre su consentimiento al que va a ser arrogado, y, como no, la interrogación al pueblo que, en ejercicio de la *publica potestas*, constituirá el vínculo con la promulgación de una *lex curiata*. Para poder realizarse una *adrogatio* son necesarios, por tanto, el concurso de los consentimientos de las personas del arrogante y arrogado²²⁷ y del pueblo, representado por los Comicios por curias. No es de extrañar, por tanto, como nos indica ULPIANO, que no pueda ser arrogado ni el ausente ni el que disiente:

D.1.7.24 (*Ulpianus libro primo disputationum*): *Neque absens neque dissentiens adrogari potest.*

Las fuentes nos muestran cómo, por el hecho de ser dueños de sí mismos (*sui iuris*), sólo se explora la voluntad del adrogado, no siendo necesaria ni siquiera la autoridad de aquellos entre quienes son consiguientes los derechos de agnación. Sólo en el caso de estar el arrogado bajo curatela debe la *adrogatio* ser

²²⁷ Vid. BARBATI, M., *La rilevanza del consensus dell'adottando nell'adrogatio e nell'adoptio*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2000.

autorizada por el curador, práctica jurídica que no fue necesaria, como nos indica MODESTINO, hasta tiempos del Divino CLAUDIO:

D. 1.7.5 (*Celsus libro 28 digestorum*): *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.*

D. 1.7.7 (*Celsus libro 39 digestorum*): *Cum adoptio fit, non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis consequuntur.*

D. 1.7.8 (*Modestinus libro secundo regularum*): *Quod ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione ante tenuerat, sub divo Claudio recte mutatum est.*

La fórmula utilizada para la *adrogatio* la hallamos en las *Noctes Atticae*, de AULO GELIO:

GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 9: *Velitis jubeatis, uti L. Valerius L. Tito tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita dixi, ita vos. Quirites rogo.*

De la fórmula utilizada para tan solemne acto, podemos extraer varias conclusiones:

En primer lugar, en el ruego que se le hace al pueblo representado a través de los Comicios por curias no deja de extrañar que lo que se le pida al mismo sea algo, en principio, imposible: que haga de este sujeto un hijo del arrogante, “como si hubiese nacido del mismo padre y de la misma madre”. Debemos entender, por tanto, esta afirmación en sentido puramente jurídico. Lo que se le pide, jurídicamente al pueblo es que el arrogado entre en la familia del arrogante con los mismos derechos que si hubiera nacido en ella. Esto, de por sí, supone un acto de suma importancia. Para el Derecho, a partir de este momento, no debe existir diferencia alguna entre éste y el resto de los hijos legítimos, pues el Derecho asume la *fictio iuris* de que el sujeto arrogado ha nacido en el seno de la familia arrogante.

En segundo término, no deja de sorprendernos que la propia fórmula que constituye el momento originario de la nueva relación paternofilial, como si de un “nacimiento para el derecho” se tratase, haga expresa alusión al sometimiento del arrogado al *ius vitae necisque* del arrogante. Esto, que explica por otro lado la inmensa cautela que se tiene al constituir arrogaciones, puede explicarse por ser este derecho sobre la vida y la muerte un paradigma de la potestad del nuevo *paterfamilias* a la que se somete el arrogado. Así, diciendo que se somete al *ius vitae necisque* se está indirectamente haciendo alusión a todos los demás caracteres de la potestad paternofilial, como si afirmáramos que aquel que tiene la potestad de la vida y la muerte de otro tiene también el resto de potestades.

Una vez realizada la interrogación al pueblo, en el seno de los Comicios Curiados, no había debate sobre la cuestión, la propuesta se aceptaba o rechazaba en bloque. De aceptarse, se procedía a la promulgación de la *lex curiata* (*lex rogata*), que se conservaría, según la costumbre, en el erario público para su estudio e interpretación bajo la custodia de los cuestores²²⁸.

2.1.4. Efectos de la *adrogatio*

Como llevamos señalando desde un principio, la *adrogatio* constituye un acto de suma importancia, comparables a un cambio de nacionalidad o ciudadanía o, como señala RODRÍGUEZ ENNES, L.²²⁹, paralelo a la anexión de un grupo político por otro. Esto conlleva a afirmar que la principal consecuencia de la arrogación viene a constituir el efecto de absorción del arrogado en la familia del arrogante, constituyéndose sobre aquel una *capitis deminutio minima*²³⁰. De la misma forma, este carácter originario de anexión hace imposible la existencia de cualquier pacto privado que pretendiera la única sumisión del arrogado a la patria potestad del arrogante, lo que haría libres, *sui iuris*, a los que de él dependen; muy al contrario, la arrogación exige que éstos sujetos salgan de su familia natural y entren también bajo la potestad del arrogante. Así se expresa ULPIANO en un texto el libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, recogido en D.1.7.15, y en la misma dirección apunta JUSTINIANO en sus *Instituciones*:

²²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 128.

²²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 55.

²³⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 272.

D.1.7.15 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): pr. *Si pater familias adoptatus sit, omnia quae eius fuerunt et adquiri possunt tacito iure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius liberi eius qui in potestate sunt eum sequuntur: sed et hi, qui postliminio redeunt, vel qui in utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur.*

I.1.11.11: *Illud proprium est illius adoptionis, quae per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.*

El jurista ULPIANO nos expone en el texto que hemos reproducido cómo pasa a la persona del *paterfamilias* adoptante por derecho tácito no sólo los bienes que fueron del adoptado y aquellos que éste pueda adquirir, sino también los hijos que están bajo su potestad, así como aquellos que vuelven a ella por el derecho de postliminio o los *nasciturus* en el momento de la arrogación, que se reducen de igual modo a la *potestas* del *adrogans*.

A este efecto, debe sumársele las consecuencias de carácter religioso, pues no olvidemos que la *adrogatio* se considera, en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., un acto político de naturaleza familiar y sacral²³¹.

²³¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 272.

Como la familia constituye en sí misma un organismo sagrado, el arrogado pierde los *sacra privata* que tenía para asumir los de la familia arrogante, lo que supone que a la *adrogatio* debía, en teoría, preceder una *detestatio sacrorum*, es decir, una ceremonia de declaración solemne realizada por el arrogado en la que renuncia a sus *sacra familiari*²³².

Con respecto a los efectos de carácter patrimonial, como ya hemos hecho referencia al citar el texto de D. 1.7.15²³³, todo el patrimonio del *adrogatus* pasaba al *adrogans* mediante una *successio in ius*, siendo esto sólo referente al activo del arrogado, pues las deudas contractuales del mismo quedaban extinguidas al producirse su entrada bajo la nueva *potestas*, perdiendo su status de *sui iuris*²³⁴. Este efecto del antiguo *ius civile*, fue corregido en la época clásica por el derecho de los pretores, pues para evitar el injusto perjuicio que a los terceros acreedores pudiera ocasionarles este paso del adrogado a la *potestas* del arrogante, el pretor concedió la posibilidad de exigir al segundo la deuda del primero mediante acciones pretorias ficticias. Es decir, el pretor, considerando que estos acreedores debían ser protegidos aún cuando el hecho de arrogación hacía imposible el ejercicio de la correspondiente acción civil contra el deudor originario, indicaba al juez que se fingiera que el deudor originario era el sujeto *sui iuris* arrogante o que

²³² Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 55, n. 113. Nos recuerda este autor, glosando a SCHULZ, que no obstante este acto no afectaba a la validez de la *adrogatio*, siendo esta la razón por la que GAYO ni siquiera lo mencione.

²³³ D.1.7.15. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): pr. *Si pater familias adoptatus sit, omnia quae eius fuerunt et adquiri possunt tacito iure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius liberi eius qui in potestate sunt eum sequuntur: sed et hi, qui postliminio redeunt, vel qui in utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur.*

²³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 56.

actúe como si la *capitis deminutio* no se hubiese producido²³⁵, concediéndose así una acción pretoria que amparaba y tutelaba el derecho de los acreedores²³⁶.

Si hacemos referencia a la arrogación de la mujer, debemos dejar constancia que ésta no se permitía mientras tuvo que efectuarse ante los Comicios curiados, pues como dijimos, las mujeres eran excluidas de estas asambleas. No obstante, algunos romanistas, como nos señala VALENTÍ ABREU, J.²³⁷, han querido explicar la génesis de la dualidad de las instituciones de *coemptio* y *confarreatio*, viendo en ellas la diferencia existente entre la *adoptio* y la *adrogatio*: así las cosas, “si la mujer que el *paterfamilias* pretende entronizar en su familia era *sui iuris*, sometida únicamente a tutela, basta la simple ceremonia religiosa de la *conferreatio*. Por tanto, en tiempos pretéritos, la *confarreatio* de la mujer *sui iuris* equivalía a la *adrogatio* de un *paterfamilias*”²³⁸. No obstante esta semejanza jurídica y aún cuando podemos afirmar la equivalencia de la *adrogatio* con la *confarreatio* de mujeres *sui iuris*, no es menos cierto que las causas y la intencionalidad en los distintos actos son muy diferentes, aunque ambos alcancen análogos efectos jurídicos. Afirmar lo contrario supondría decir que la intención de un *paterfamilias* cuando contrae matrimonio y cuando arroga a otro *paterfamilias*, se solapan, lo cual no es admisible bajo ningún prima, aún cuando el matrimonio coloque a la mujer *in loco filia*. Tendremos que esperar a la época postclásica para que se levante el impedimento a la arrogación de mujeres que constituía la formalidad de los *Comitia Curiata*, que al ser sustituidos por la

²³⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 272.

²³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pág. 136.

²³⁷ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, págs. 18 y ss.

²³⁸ ID, op. cit., loc. cit.

presencia de los lictores o del pretor en Roma, o ante el procónsul o el legado en las provincias, permitió el acceso de las mujeres a esta institución. En este sentido parece que se expresan las fuentes:

GAIUS, *Inst.* I, 101: *Item item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem uero uel in prouinciis apud proconsulem legatumue etiam feminae solent adoptari.*

Ya en el siglo III d.C., con los emperadores DIOCLECIANO Y MAXIMIANO, como éstos mismos nos indican en un rescripto a ISON, nos consta la permisibilidad de la adrogación de la mujer *per rescriptum principis*:

C. 8. 47(48).5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est. Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SYRAE. * <A 291 S. PRID. NON. DEC. TRIBALLIS TIBERIANO ET DIONE CONSS.>

No obstante, debemos dejar constancia en este punto de una interesante reflexión que realiza RODRÍGUEZ ENNES, L.²³⁹, al hilo de la prohibición de la

²³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 71, n.159.

arrogación de las mujeres, de la cual no basta afirmar la causa en el obstáculo de la forma comicial, que es superado para los impúberes. Este autor nos hace intuir cómo el hecho de que ésta estuviera prohibida en toda la época pagana y fuese admitida por los emperadores cristianos podría deberse a razones de causa religiosa, lo que llevó a JUSTINIANO, que encontró la arrogación de las mujeres permitida en el derecho tardío, a interpolar los textos clásicos que la negaban.

Conforme los *Comitia Curiata* reducían su importancia con el transcurso del tiempo, su función en el procedimiento de arrogación pasó de una intervención activa en la época arcaica a la mera presencia en época antigua, hasta que en época republicana fueron representados en las arrogaciones por treinta *lictors*, que, con carácter de mera formalidad, debían prestar su consentimiento²⁴⁰. Ya en el siglo III d.C., tales formalidades fueron reemplazadas por la decisión del emperador, que prestaba su autoridad -la denominada *adrogatio per rescriptum principis*²⁴¹ - o por una resolución del Gobernador, si la *adrogatio* se produce en una provincia²⁴².

²⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 52. A continuación realiza este autor una importante consideración: “Evidentemente, todo este procedimiento es desproporcionado para el simple fin de constituir una relación artificial de filiación, y no puede ser comprendido sino admitiendo que la arrogación, como en los grupos familiares primitivos soberanos, tenía importancia internacional, en cuanto que representaba la anexión, la incorporación, de un grupo soberano a otro igualmente soberano; ello tendría en el antiguo Estado importancia constitucional, puesto que suponía una modificación en su estructura, por la supresión de un grupo con autonomía mediante la incorporación a otro grupo, con la consiguiente desaparición de un consorcio religioso, lo que explicaría la intervención de los pontífices y de los Comicios, y la necesidad del consentimiento de ambos”.

²⁴¹ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano...*, op. cit., loc. cit.

²⁴² Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 272.

2.1.5. La *adrogatio per rescriptum principis*

Como ya hemos señalado, la práctica desaparición de las asambleas populares en la época clásica provocó, ya en época imperial, la abrogación de la primitiva forma de adrogación, que al no estar ya vinculada a las curias, que sólo podían convocarse en la *Civitas*, abrió su campo de actuación a las provincias mediante su celebración ante el gobernador.

El hecho de que los emperadores asumieran en sí mismos la condición de *Pontifex Maximus* facilitó la introducción de la adrogación *per rescriptum principis*, superándose de esta forma los escollos de carácter religioso de la primitiva institución adoptiva.

El origen histórico de esta modalidad de adrogación que vino a sustituir a la *adrogatio per populum* no deja de tener ciertos puntos oscuros en lo referente a su fechación. Por un lado, las fuentes imperiales recogidas en C. 8.48(47). nos dan noticia de su existencia, e incluso posible implantación, en época de los Emperadores DIOCLECIANO Y MAXIMIANO. Así lo podemos observar en los textos siguientes:

C. 8.47(48).2 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Impuberem, quem ad vicem naturalis subolis adrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitudine iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium habebis, ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo iudicio tuo, quam si*

*a te emancipatus fuerit, ei praebeatur et super patrimonio eius idoneis fideiussoribus datis servo publico caveatur, ne sub copulandae adoptionis obtentu in facultates eius, quae ei diligenti provisione servandae sunt, inruas. I . Adrogatio etenim ex indulgentia principali facta proinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset. * DIOCL. ET MAXIM. AA. TIMOTHEO. * <A 286 PP. V ID. MART. MAXIMO II ET AQUILINO CONSS.>*

C. 8.47(48).6: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia urbe nec in provinciis nisi ex rescripto principali fieri possunt. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. MELITONI. * <A 293 S. IIII NON. APRIL. BYZANTII AA. CONSS.>*

C. 8.47(48).8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. In adoptionem patre, in cuius est potestate, libertae filiam dante, matris patronus adoptare non prohibetur. Nam sui iuris adrogatio feminae nisi ex nostro rescripto numquam procedit * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ISIONI. * <A 294 S. V ID. FEBR. CC. CONSS.>*

No obstante esto, algunos autores, de los que nos da noticia RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁴³, nos advierten de la sospechosa posibilidad de que estos textos hayan sido interpolados, pues la *adrogatio per populum* es mencionada aún en textos posteriores, “como el epítome de GAYO, la *Lex Romana Wisigothorum* (II, 3,3) y los fragmentos de Autum (1,10)”.

²⁴³ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., pág. 65, n.146.

Quizá sobre esta polémica pueda arrojar luz el mismo texto que hemos citado recogido C. 8.47(48).2, procedente de un rescripto de DIOCLECIANO y MAXIMIANO a TIMOTEO, cuando los emperadores hacen constar expresamente que “*la arrogación hecha por indulgencia del príncipe es válida insinuada ante el pretor o el presidente, del mismo modo que si hubiese sido hecha por el pueblo con arreglo al antiguo derecho*”. No debemos, quizá, descartar la posibilidad, lógica por otro lado, de una eventual convivencia temporal de ambos regímenes, al menos en época de los emperadores paganos, los cuales, como ya hemos dicho, ostentaban también, como pontífices máximos, la suprema autoridad religiosa. Como nos muestra el mismo RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁴⁴, mientras duró el colegio pontifical no hay razón para pensar en eliminar la antigua forma de arrogación. Sería, más bien, con el triunfo definitivo del cristianismo, cuando se suprimió definitivamente dicho colegio de los pontífices, cuando la *adrogatio per rescriptum principis* se erigió como única forma de arrogación, lo cual siguió así hasta época de JUSTINIANO, lo que hizo que fuera acogida también como forma única en el *ius novum* y determinó la interpolación sistemática de las fuentes que aludían a la *adrogatio per populum*²⁴⁵.

Así llegó la institución de la adrogación a la época cristiana bajo la única modalidad de la arrogación por rescripto, y ésta desprovista de todo carácter sagrado. Obviamente, con el radical cambio de mentalidad, ya obrado siglos antes con la paulatina sustitución de la concepción agnaticia de la familia por la de la familia cognaticia, carece absolutamente de sentido la solemnísimas formalidad

²⁴⁴ Cfr. ID., op. cit., pág. 66.

²⁴⁵ Entre la que cabe destacar la interpolación que sufre el fragmento de GAIUS, *Inst.* I, 98-100 al ser recopilado en D.1.7.2.

exigida por el antiguo derecho, relacionada con el carácter político, familiar y religioso de la primitiva institución de la adrogación. La *adrogatio*, en esta época, ya sólo tiene la finalidad de generar un vínculo artificial de filiación, por lo que bastaría la nueva concepción formal de la institución, que pasó a convertirse, en estos tiempos, en un mero acto administrativo.

Atrás quedó, por tanto, uno de los actos jurídicos más solemnes y formales de todo el Derecho de Roma por el que un sujeto *sui iuris*, un *paterfamilias* estricta y jurídicamente hablando, dejaba tras de sí su status jurídico para someterse a la *potestas* de otro sujeto *sui iuris* arrogante, asumiendo un nuevo estatus público, familiar y religioso, que afecta de pleno en su propio estado de ciudadanía. No parece algo equivocado, por tanto, al finalizar este capítulo, plantear como tema a reflexionar por la romanística la posibilidad de un eventual cambio de concepción de esta institución que la acerque a lo que, a nuestro juicio, realmente es: una institución de Derecho público, o avanzando algo más, una institución de lo que un sector de la doctrina viene a denominar Derecho administrativo romano²⁴⁶. No parece desacertado, tras el análisis de la institución,

²⁴⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., págs. 241 y ss.; Para todo lo referente al Derecho Administrativo Romano, experiencia administrativa romana y a la línea de investigación que intenta demostrar la vital influencia ejercida por el Derecho Romano en el desarrollo y en la evolución del Derecho administrativo moderno, línea que le debe al Prof. Dr. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN su impulso y coordinación, nos remitimos a la publicación resultante de las unas jornadas de importante fruto académico que él mismo dirigió en el año 2005, con el título *Derecho administrativo histórico*, y organizadas por la Escola Galega de Administración Pública en Santiago de Compostela: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., (dir.), *Derecho administrativo histórico*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005; y particularmente a su estudio “Instituciones, hechos y actividad de orden administrativo en la experiencia jurídica romana”. Véase también los estudios de los profesores ALBURQUERQUE SACRISTÁN, BLANCH NOUGUÉS, GEREZ KRAEMER, LOZANO CORBI, PENDÓN MELÉNDEZ, PONTE

calificarla, con las debidas cautelas históricas, como un acto administrativo de máximo nivel, a través del cual, sobre todo en un primer momento histórico-jurídico, se produce la mutación del *status publico* del adrogado con la naturalización en una familia distinta, el sometimiento a una nueva jurisdicción e incluso a un nuevo *ius gladii* (manifestado en el *ius vitae necisque* del arrogante) que nos hace caer en la cuenta del análogo carácter cuasi-internacional que se vislumbra en este sometimiento a una nueva soberanía.

Podemos afirmar, pues, que pese a la tradicional contemplación de la familia como una institución de derecho privado, esto no debe ser obstáculo para saber reconocer aquellos efectos, o incluso aquellas instituciones familiares, que entran de lleno en el ámbito del *ius publicum*. Estaríamos, por así decirlo, ante una de esas instituciones que, pese a aparentar un carácter privado, cobra por causa de su especial relevancia e interés social y general, una esencia pública que podemos asociar a la concepción de “cosa pública” que en su origen histórico adopta la institución. Sólo así podemos explicar la estricta formalidad de carácter público que reviste un acto que podemos considerar, incluso, como perteneciente a ese ámbito de experiencia administrativa, que si bien por razones obvias de la concepción histórica de la institución no tuvo influencia en nuestra moderna

ARREBOLA Y RODRÍGUEZ ENNES, que hacen referencia a distintos ámbitos de experiencia romana administrativa. Asimismo, el Prof. Dr. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en su fecundo magisterio, es también director de la Sección de “Derecho Administrativo y Fiscal Romano” de la *Colección de Monografías de Derecho Romano* de la Editorial Dykinson, que supera la veintena de monografías elaboradas por los principales investigadores doctores en Derecho Romano versados en la materia, a las que nos remitimos para la profundización en lo concerniente a los ámbitos de la experiencia administrativa romana.

estructura administrativa (como sí lo han tenido otras instituciones romanas de carácter público), no por eso debe serle excluida esta denominación.

**CAPÍTULO IV. LA ADOPCIÓN COMO MODO
EXTRAORDINARIO DE INCORPORACIÓN A LA PATRIA POTESTAS
(II): LA DATIO IN ADOPTIONEM.**

6. La *adoptio* o *datio in adoptionem*.

Corresponde, por necesaria lógica expositiva, este capítulo al estudio de la otra modalidad de institución adoptiva de la que ya nos daba noticias MODESTINO tras darnos testimonio de que *no sólo la naturaleza, sino también las adopciones hacen hijos de familia*²⁴⁷:

D.1.7.1.1 (*Modestinus libro secundo regularum*): *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

Como ya hemos indicado y tal y como nos relata el jurisconsulto, el término adopción en Roma es un término genérico, que engloba la *adoptio* (que podemos denominar *sensu stricto* o *datio in adoptionem*) y la *adrogatio*, siendo la primera la utilizada para incorporar a la familia a un *alieni iuris* y la segunda, como ya hemos estudiado, para la incorporación de un sujeto *sui iuris*.

²⁴⁷ D.1.7.1.pr. (*Modestinus libro secundo regularum*): *Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.*

Mientras, como ya vimos, la *adrogatio* suponía un acto de máxima importancia, con relevancia de carácter público, político y religioso y, por ende, con una importante incidencia de interés social y general, la *adoptio* propiamente dicha no suscitaba de por sí tan desorbitado interés, lo cual explica su formalidad como acto meramente privado.

Como nos indica FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.²⁴⁸, la *adoptio*, surge con posterioridad a la *adrogatio* y supone un cambio de potestad familiar en la persona de un *alieni iuris*, en virtud del cual, el *alieni iuris*, adoptado por un *paterfamilias*, queda sometido a su potestad, al propio tiempo que se desvincula de la *potestas* del *paterfamilias* a la que hasta el momento mismo de perfeccionarse la adopción había estado sometido. Así pues, mediante la *adoptio* una persona *alieni iuris* sale de su familia de origen y entra a formar parte de la familia del adoptante²⁴⁹, lo cual, en principio, no suscita ningún interés en el seno de los poderes públicos o de la religión, pues no supone, como sí ocurre en la adrogación, la incorporación de un grupo soberano a otro grupo igualmente soberano, ni la extinción de un hogar o culto. Así pues, el acto de la *adoptio* no contemplaba la aprobación por parte de los *comitia curiata*, aunque sí debía contar con la supervisión del magistrado o pretor (*imperio magistratus*), aún

²⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág. 273.

²⁴⁹ Vid. ALBERTARIO, E., “In tema di adozione romana”, en *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, págs. 679 y ss. El autor realiza un breve pero interesante estudio sobre el texto de Gayo recogido en D. 23. 2. 55. 1., texto en gran medida dificultoso, en el que se recoge la posibilidad de que el hijo adoptivo, tras ser emancipado, pueda casarse con la madre del adoptante. He aquí el texto en cuestión:

D. 23. 2. 55. 1.: *Patris adptivi mei matrem aut materteram [aut neptem ex filio] uxorem ducere non possum, scilicet si in familia eius sim: alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, scilicet quia post emancipationem extraneus intellegor.*

cuando no ejerce aquí control alguno sobre la oportunidad del acto, a diferencia del Colegio Pontifical respecto a la *adrogatio*²⁵⁰.

1.1. Origen histórico de la institución.

Como ya hemos señalado en más de una ocasión, el origen de la *adoptio* en sentido estricto es bastante posterior a la primitiva institución de la *adrogatio*. Ello se explica, sin duda, por la distinta concepción familiar que exige una y otra institución. En efecto, la preeminencia primitiva de la familia agnaticia en los orígenes de la civilización romana, hacía en todo, prácticamente, innecesaria la existencia de una institución que regulase el paso de un sujeto de una familia a otra, lo que en esta concepción primigenia carece de sentido y explica, como veremos, la ausencia de una formalidad jurídica propia para su realización, que tuvo que sustanciarse mediante un negocio jurídico-procesal ficticio.

Este carácter agnaticio de la familia romana en los primeros siglos de la civilización, por la que se considera el fundamento de la misma sobre la potestad o parentesco civil (*adgnatio*) predominante por encima del vínculo de sangre y filiación o parentesco natural (*cognatio*), no propicia en absoluto, por estas mismas consideraciones, la creación de un instituto de derecho civil que sea creador de una relación de filiación, de la misma manera que sí podemos suponer la necesidad de la agregación de una persona o de un grupo a un organismo político religioso como es la familia originaria, lo que efectivamente ocurrió.

²⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 53.

Habrá que esperar, por tanto, a la progresiva evoluci3n de las diferentes concepciones sociales y familiares, que sustituyeron paulatinamente la importancia de las relaciones agnaticias dando paso a una organizaci3n familiar en la que los vínculos de sangre constituyen el eje sobre el cual se asienta principalmente una nueva estructura en todas las relaciones entre parientes²⁵¹. Será en este progresivo cambio de concepci3n cuando las orientaciones tuitivas de la patria potestad, entendidas como un derecho y un deber de protecci3n y asistencia, fueron atemperando y delimitando la disciplina potestativa paterna y favoreciendo una protecci3n más amplia a los hijos, y en general, a todo el grupo familiar, pudiéndose propiciar en este encuadre hist3rico la aparici3n de la instituci3n que pretendemos estudiar.

El caso más antiguo de adopci3n de que se tiene noticia, no obstante, corresponde a la adopci3n por parte del patricio L. MANLIO del hijo del plebeyo FULVIO FLACCO, que bien puede remontarse al año 550 a.C²⁵². Podemos afirmar que este se debi3 considerar como un caso extraño en la primitiva concepci3n, y desconocemos la forma que debi3 utilizarse para su realizaci3n debido a que todavía nos encontramos en época mon rquica²⁵³.

²⁵¹ Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., *La prestaci3n de alimentos en el Derecho Romano y su proyecci3n en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 201.

²⁵² Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 53, n. 107, glosando a PEROZZI, *Instituzioni di diritto romano*, I., Florencia, 1935, pág. 444., que fundamenta su tesis con base en VELLEIO, 2, 8, 2.

²⁵³ No hay que olvidar, no obstante, que la tradici3n atribuye a leyes regias antiquísimas el origen de la disposici3n decemviral “*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”, sobre la que se asentará la ficci3n procesal que permita la adopci3n en sentido estricto.

No obstante, debemos tener en cuenta, con RUSSO RUGGERI, C.²⁵⁴, que el origen de la *datio in adoptionem* “non può che farsi risalire ad un’epoca nella quale ci fossero non solo gli strumenti tecnico-giuridici che permettessero l’estinzione della patria potestas cui el figlio era sottoposto, ma soprattutto le condizioni socio-economiche e politico-ideologiche adatte perché potesse effettivamente avvertirsi l’esigenza di superar el principio tradicional de la indisponibilidad del poder paterno”.

Deberemos esperar, por tanto, para vislumbrar el origen de la institución, a la aparición histórica de la posibilidad jurídica de superar el importante escollo de la indisponibilidad del poder paterno, como nos indica nuestra autora, que se ofrecerá, como veremos, con la regulación en la legislación de las XII Tablas de aquel precepto que la tradición atribuye a los tiempos monárquicos y que vendrá a recogerse en la Tabla IV: “*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”.

Sólo así, superado de un lado el escollo de la concepción puramente agnaticia de la familia romana, y de otro, el del inexcusable jurídico de la indisponibilidad del poder paterno, se pudo dar origen a esta institución que, con sensibles e importantes transformaciones a lo largo de toda la Historia, ha perdurado hasta nuestros días como modalidad extraordinaria de incorporación de un miembro a la institución familiar en calidad de hijo.

²⁵⁴ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 45. Este estudio, sus dos partes (vid. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, II, dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustiniana*, A.G. Milano, 1995) constituye el más detallado análisis realizado sobre la institución adoptiva, por lo que nos remitiremos a él en otras ocasiones.

1.2. Sustanciación formal de la institución: la ficción procesal en la interpretación de la legislación decemviral.

No existiendo en el derecho arcaico la institución de la *adoptio* propiamente dicha, puesto que no se contemplaba como hemos señalado precedentemente la necesidad del paso de un sujeto *alieni iuris* a otra familia, hubo de procederse, cuando se quiso realizar este acto, mediante una ficción procesal sustanciada por principios e instituciones ya existentes en el antiguo derecho. De esta forma, como bien nos señala RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁵⁵, el viejo precepto decemviral “*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”, cuya finalidad era poner coto a los abusos del *ius vendendi*, fue aplicado con base en una sutil interpretación de la jurisprudencia pontifical para permitir la adopción de los sujetos *alieni iuris*.

Así las cosas, el procedimiento utilizado constaba de dos partes bien diferenciadas: la primera de cara a la cesación de la *patria potestas* del primer *pater* sobre el sujeto *alieni iuris*, y la segunda con la finalidad de someter a éste a la potestad del *paterfamilias* adoptante.

El cese de la *patria potestas* del *paterfamilias* originario se desarrollaba, como ya hemos insinuado, bajo el amparo del antiguo precepto decemviral contenido en la Tabla IV, según el cual *si pater filium ter venum duit, filius a*

²⁵⁵ Cfr. *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 53, n. 109.

patre liber esto. Como nos aclara FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,²⁵⁶ la interpretación de esta norma hizo que se utilizase la prescripción contenida en la misma como un instrumento idóneo para crear la institución conocida con la denominación de emancipación. Así pues, se procedía a la ficción de una triple transferencia del hijo a un tercero con el *pactum fiduciae* de manumitirlo, es decir, para que cesaran los efectos de la *patria potestas* sobre éste y así poder ser cedido en adopción.

1.2.1. La primera fase del proceso, la necesaria emancipación del adoptado.

Ciertamente, podemos coincidir con RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁵⁷, cuando afirma que el procedimiento de la *adoptio*, que a primera vista parece un proceso tortuoso, complicado e, incluso, inútil, se explica sobre el fundamento del primigenio carácter de la familia y en el significado de cambio real de ciudadanía que originariamente tenía la adopción. Como explica nuestro autor, en los organismos políticos no se considera posible la cesión directa de un ciudadano, sino que el procedimiento habitual es que el ciudadano se libere primero del vínculo que le une a su Estado para adquirir después la cualidad de súbdito de otro. Con éste símil contemporáneo bien podríamos explicar la necesidad de la previa emancipación del *alieni iuris* adoptado, pues el derecho no podría, aún en esta época, permitir la cesión de la *patria potestas* ni la directa cesión del *filius familias*.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 104.

²⁵⁷ *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 54.

Como ya explicábamos en el capítulo segundo, entre la *potestas* del *paterfamilias* se encontraba el denominado *ius vendendi*, que contenía el grave derecho de enajenar a un hijo de familia como si de un esclavo se tratara, derecho que tuvo una gran importancia en la antigüedad. Para corregir los abusos paternos en esta línea, la legislación de las *XII Tablas* reguló un límite según el cual, cuando un hijo hubiese sido dado tres veces *in mancipium*, al serle concedida la libertad por el último adquirente no tornaba a la potestad paterna. Una sutil interpretación de este precepto fue la que vino a constituir el fundamento de la emancipación del hijo de familia²⁵⁸. Así lo podemos atestiguar de las fuentes, de donde podemos, inclusive, vislumbrar el procedimiento utilizado para la liberación del vínculo de sometimiento a la *potestas* del *paterfamilias*:

Lex Duodecim Tabularum, Tabula IV, (2b): SI PATER FILIUM TERVENUM DU[UIT] FILIUS A PATRE LIBER ESTO. (Ulp., *Reg.*, 10, 1 ; Cf. Gaius, 1, 132. 135 ; 4, 79 ; *D.*, 2, 14, 48 ; *Gai. epit.*, 1, 6, 3 ; *Iust., Inst.*, 1, 12, 6 ; *Dion.*, 2, 27).

GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 1-3: *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum. Quod per praetorem fit, <<adoptatio>> dicitur, quod per populum, <<arrogatio>>. Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt terti mancipatione in iure ceduntur atque ab eo qui adoptat apud eum apud quem legis actio est vindicantur...*

²⁵⁸ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, pág. 80; Para el estudio de la problemática suscitada por el texto C.Th.8.18.1., vid. DALLA, D., *Praemium emancipationis*, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1983, al que nos remitimos.

GAIUS, *Inst.* I, 132: *Praetera emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: SI PATER <TER> FILIVM VENVM DVIT, A PATRE FILIVS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii -sed in usu est eidem mancipari- isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii -sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur- eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nomdum manumissus sit sed adhuc in causa mancipi...*

Al igual que el texto de AULO GELIO, el fragmento de las *Instituciones* de GAYO, al que siguen veinticuatro líneas ilegibles, nos muestra cómo se consiguió el efecto de la emancipación del *filiusfamilias* a través de la aplicación del principio decemviral “*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”. El jurista, al explicarnos los modos de liberarse de un poder ajeno, nos indica que la emancipación es un modo mediante el cual los descendientes dejan de estar bajo la potestad de los ascendientes, dejándonos ver que en el precepto decemviral del que venimos hablando el requisito de las tres *mancipationes* sólo afecta a la figura del hijo, y, por tanto, los demás descendientes, del sexo que fueren, ya masculinos ya femeninos, salen de la potestad de los ascendientes con una sola *mancipatio*. La sustanciación del acto de emancipación del hijo se desarrollaba de la siguiente manera, según nos relata el jurisconsulto: el padre da al hijo a alguien en

mancipatio; éste lo manumite por el procedimiento de la *vindicta*, produciendo tal hecho el reingreso en la potestad del padre. Éste realiza una nueva *mancipatio*, ya a favor de la misma persona ya a favor de otra (el jurista nos aclara que lo usual es que sea la misma), y esa persona vuelve igualmente a manumitir mediante la *vindicta*, produciendo ese hecho el reingreso nuevamente en la potestad del padre; el padre realiza por tercera vez una *mancipatio*, ya a favor de misma persona ya a favor de otra (aunque lo usual, vuelve a incidir el jurisconsulto, es que sea la misma), y con esa *emancipatio* pierde la potestad, aunque no se considere en rigor manumitido al hijo pues sigue aún en *mancipio*. Aún cuando el resto del fragmento de las instituciones que traemos a colación se encuentra ilegible, podemos preveer que en su contenido el jurisconsulto nos vendría a indicar que será cuando el *filius* vuelva a ser manumitido mediante el procedimiento de la *vindicta* cuando éste quede liberado de potestad, adquiriendo así la cualidad de *sui iuris*.

Como ya hemos señalado, este procedimiento extenso sólo se requería para la emancipación de los hijos (*fili*); tratándose de hijas o nietos/as, no se exigía la triple *mancipatio* previa, sino que bastaba una sola *mancipatio*: “Los hijos y nietos dejan de estar en la potestad paterna por emancipación. El hijo sale de la potestad paterna por tres *mancipationes*. Los demás, hijas o nietos, por una sola...”²⁵⁹.

Fundamentado en este procedimiento previo, el mismo jurisconsulto nos indica cómo se sustancia el procedimiento de adopción:

²⁵⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 275.

GAIUS, *Inst.* I, 134: (...); *et in filio quidem, si in adoptienem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo uindicat is qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est; sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris uero liberorum personis, seu masculini seu femerini sexos, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur. Eadem et in prouincis apud praesidem prouinciae solent fieri.*

Efectivamente, como podemos comprobar, el jurista nos muestra cómo, si se trata de dar en adopción a un hijo, se requieren tres *mancipationes* y dos manumisiones intercaladas, tal y como se procede para la emancipación del hijo. De la misma forma, nos anticipa que después de esto, o bien se hace otra *mancipatio* en favor del padre y aquel que va a adoptar lo reivindica ante el pretor como si fuese hijo suyo sin que el padre alegue cosa en contra, o, sin hacer esta última *mancipatio* al padre, el que va a adoptar reclama el hijo a aquel bajo cuyo poder está después de la tercera *mancipatio*; no obstante, el jurisconsulto nos indica que resulta más cómodo hacer esa nueva *mancipatio* al padre. Tras recordarnos el jurista que para la liberación de la potestad paterna de otros descendientes distintos de los *filiifamilias*, como ya hemos indicado precedentemente, basta con una sola *mancipatio* -y en estos casos unas veces se hace esa nueva *mancipatio* al ascendiente y otras no-, nos hace expresa mención a

la capacidad del gobernador provincial para presidir estos procedimientos en las provincias.

Este acto previo a la adopción, como ya dijimos, tiene como finalidad esencial la disolución del vínculo paternofilial con la familia de origen, pues, como afirma BONFANTE, P.²⁶⁰, “nelle origini più vetuste, l’adozione non può essere intervenuta se no per individui espulsi o staccatisi già dalla famiglia, in certo modo esuli. Ma nell’epoca storica, se formalmente la cessione della patria potestas non è possibile”.

Llegado a este punto, RUSSO RUGGERI, C.²⁶¹, nos advierte de los posibles y teóricos peligros inherentes a la tercera *mancipatio* que se pueden observar:

“a) che il terzo acquirente fiduciario, infrangendo il patto di in iure cedere o di remancipare il figlio, lo manomettesse, facendolo così diventare *sui iuris* e rendendone dunque improponibile la vindicatio da parte dell’adottante;

b) o che fosse lo stesso figlio a servirsi della possibilità di liberarsi censu di cui a *Gai.* 1.140²⁶², vanificando così il risultato perseguito dal padre”

²⁶⁰ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 23.

²⁶¹ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., pág. 321.

²⁶² Fragmento en el que el jurisconsulto nos muestra cómo el sujeto *alieni iuris* puede hallar la libertad mediante el procedimiento del censo incluso en contra de la voluntad de aquel bajo cuyo *mancipio* está: *GAIUS, Inst. I, 140: Quin etiam inuito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt...*

Efectivamente estos dos supuestos bien podrían imposibilitar el paso a la segunda fase del procedimiento de adopción y, por ende, haría inadmisibles la misma, pues el adoptado adquiriría la cualidad de sujeto *sui iuris*, siendo, a partir de ese momento la única posibilidad para su incorporación a la patria potestad del adoptante, la eventual constitución de una arrogación, bajo cualquiera de sus formas. Estos supuestos, en principio inocuos, adquieren sentido si reflexionamos en la participación del adoptado en todo el procedimiento de la *datio in adoptionem*. En efecto, al menos en una primera etapa histórica, el adoptado se constituía como objeto y no como sujeto del negocio, por lo que ni siquiera se requiere que éste manifieste su consentimiento a la adopción. Bien podría ocurrir que se realizaran adopciones contra la voluntad del adoptado, lo que explicaría que, avanzado el tiempo, con la relajación de las formalidades exigidas para adoptar, se requiriera al menos la presencia y el asentimiento tácito del mismo²⁶³. Siendo así las cosas en los orígenes históricos de la institución, constituía un verdadero peligro para las pretensiones de los *patresfamilias* de origen y adoptante que el sujeto *alieni iuris*, en este necesario trámite intermedio, saliese de la potestad a la que estaba sometido y se constituyera en sujeto *sui iuris*. Este grave inconveniente para los *patres* suponía una oportunidad muy preciada para el *alieni iuris* que iba a ser adoptado contra su voluntad, pues una vez constituido en *sui iuris* sólo mediante arrogación podría entrar bajo la potestad del malogrado adoptante y, cómo ya vimos, para ello sí que es imprescindible el consentimiento expreso del *adrogatus*.

²⁶³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 273.

1.2.2. La segunda fase del proceso adoptivo, la ficción procesal.

Como ya hemos anticipado, una vez liberados los lazos de pertenencia del sujeto que iba a ser adoptado con su familia de origen, se procedía al acto propiamente dicho de adopción, el cual se despachaba, como anteriormente nos había indicado GAYO, mediante un proceso fingido entablado entre el adoptante y el antiguo *pater*, en el que aquel reclamaba como hijo suyo al hijo que quería adoptar, no oponiéndose el padre originario, procediendo el magistrado a acceder a tal pretensión, constituyendo la *addictio* del adoptado como *filius* al que lo reclamaba como tal²⁶⁴:

GAIUS, *Inst.* I, 134: *Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur; (...)*

Este procedimiento, por tratarse, a diferencia del vetusto proceso de adrogación, de un acto jurídico y no político, bastaba que se realizara ante el pretor, sustanciándose formalmente de manera parecida a la *in iure cessio*. Como ya señalábamos en los capítulos anteriores, como consecuencia quizá de la primitiva concepción de la *potestas* como dominio de los hijos, se concedía al

²⁶⁴ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano...*, op. cit., pág. 39; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 54; RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 323 y ss.

paterfamilias una *vindicatio* frente a terceros que retuvieran indebidamente al hijo, que acabó configurándose como una acción restitutoria²⁶⁵.

D.6.1.1.2 (*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit "filium suum" vel "in potestate ex iure Romano", videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*

ULPIANO -en este fragmento, como dijimos, formalmente sospechoso pero de contenido indudablemente clásico²⁶⁶- considera posible con la expresión de una causa, la vindicación de la patria potestad, por lo que es posible afirmar que esta *vindicatio patria potestatis* bien podría haber significado el instrumento procesal formalizante del negocio jurídico imitado que daría lugar a la adopción, a través del cual, sin oponerse el padre originario, el adoptante declararía solemnemente « *filium meum esse aio ex iure Quiritium* » .

Cabe plantear en este punto la controversia suscitada por la doctrina sobre el carácter meramente confirmativo o, por el contrario, autorizativo, de la

²⁶⁵ Téngase en cuenta, además, que la práctica procesal de los magistrados generó también para los litigios sobre recuperación de la patria potestad, como ya hemos indicado precedentemente en algún capítulo, el *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis* (D. 43,30).

²⁶⁶ JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 410, n. 2.

intervención del magistrado. BONFANTE, P.²⁶⁷, nos indica que dicha intervención pública en el procedimiento de adopción es puramente formal. Según el autor italiano, “alla rivendicazione del paterfamilias estraneo l’antico *paterfamilias* non si opone; e el magistrado non fa che aggiudicare (*addicere*) al nuovo *paterfamilias* il figlio da lui rivendicato”²⁶⁸. WLASAK²⁶⁹, seguido posteriormente por la doctrina no procesalista, mantendrá también el valor de un pronunciamiento meramente confirmativo de la declaración de una parte -«*filium meum esse aio ex iure Quiritium*» - y, con base en la terminología de las fuentes -*apud praetorem* o *apud praesidem*- que parecen referirse a la mera presencia del magistrado, puede pensarse que el pretor no actúa en virtud de una intervención autorizativa. Así, el magistrado asumiría un control meramente formal de la regularidad externa del procedimiento. No obstante, siendo este el origen de la intervención del pretor u otro magistrado competente en el procedimiento de la adopción, según la doctrina procesalista, como nos señala RUSSO RUGGERI, C.²⁷⁰, la *addictio* que realizaba el magistrado, pasado el tiempo, fue revistiéndose del significado de “asignar” o “atribuir” una persona o una cosa a alguien, donde la actividad del magistrado pasaría a constituirse como un acto autoritativo, emanado, según nuestra autora, “in base ad un esame di merito”. Según la misma, “gli sforzi interpretativi del Wlassak, il quale, argomentando dal fatto che, in via alternativa, si parla anche di

²⁶⁷ *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 23.

²⁶⁸ Recordemos que GAYO utiliza justamente esta expresión: “*addicitur*”. GAIUS, *Inst.* I, 134: *Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur; (...)*

²⁶⁹ WLASAK, “Der Gerichtsmagistrat im gesetlichen Spruchverfahren, en *ZSS*, 25, 1904, págs. 110 y ss. Glosado por RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 324-325.

²⁷⁰ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 325-326.

adoptio apud praetorem, pretende di assegnare a queste espressioni un significato meramente locativo, non mi pare si possa in effetti mettere in discussione invece il valore chiaramente autoritativo dall'intervento magistratuale".

Este procedimiento fue simplificado con el transcurso del tiempo, quedando consumada la *adoptio* con una simple declaración concorde ante el magistrado del adoptante, adoptado²⁷¹ y *pater familias* originario. Así lo estableció JUSTINIANO en una constitución del año 530, en la que corrigiendo o suprimiendo los antiguos rodeos respecto a las adopciones, mandó que fuese lícito al ascendiente dar en adopción al descendiente prescindiendo de los trámites de emancipaciones-manumisiones, manifestando su deseo de realizar la *datio in adoptionem* ante el juez competente, mediando actas y hallándose presente el que es adoptado y no oponiéndose el adoptante:

C. 8.47(48).11: *Imperator Justinianus. Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat. * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 530 D. V K. NOV. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.>*

²⁷¹ Vid. BARBATI, M., *La rilevanza del consensus dell'adottando nell'adrogatio e nell'adoptio*, cit.

1.3. Órganos a los que el ordenamiento jurídico reconocía competencia para conocer sobre las causas de adopción.

Siguiendo el estudio de las fuentes jurídicas, encontramos en el ordenamiento jurídico romano que las causas de adopción o *datio in adoptionem* deben realizarse siempre ante un magistrado en quien resida la plena acción de la ley -*apud quem plena legis actio est*. Esto lo podemos encontrar, entre otros textos, en:

D.1.7.4.(*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

D. 1.16.3 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.*

D.1.20.1. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei legis actio.*

C.8.47(48).1: *Imperator Gordianus. Hi, qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt. **

GORD. A. MARCIAE. *<A 239 PP. K. IUN. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

Como podemos observar, los textos vinculan la capacidad para presidir un procedimiento de adopción a esta circunstancia de que resida en el magistrado en cuestión la plena acción de la ley. Comprobamos cómo por faltar esa cualidad, ULPiano niega que se pueda adoptar ante el Legado del Procónsul (que tampoco puede manumitir²⁷²), sí pudiéndose hacer ante el Jurídico (*Iuridicum*) porque se le otorgó a este la acción de la ley. MODESTINO, por su parte, nos muestra la opinión de NERACIO según el cual el magistrado sobre el que resida la acción de la ley puede, ante sí mismo, emancipar a sus propios hijos y darlos en adopción. Podemos observar de la misma forma en los textos propuestos cómo un rescripto del Emperador GORDIANO dirigido a MARCIA del año 239 nos indica taxativamente que los que se hayan bajo la potestad de otro no pueden ser adoptados conforme al *Ius Civile* sino ante aquel en quién reside la plena acción de la ley. Por tanto, la vinculación de la capacidad de presidir las adopciones en aquellos magistrados en quienes resida la plena acción de la ley queda sobradamente demostrada según las fuentes jurídicas.

En Roma, por tanto, el magistrado competente para presidir las adopciones entre ciudadanos romanos era, sin duda alguna, el pretor urbano, al que las fuentes hacen constante referencia en los procedimientos de *datio in adoptionem*, como pudimos comprobar en los fragmentos de las *Instituciones* gyanas.

No obstante esto, sabemos, como ya hemos comprobado, que las adopciones, a diferencia de la primitiva *adrogatio*, podían ser realizadas fuera de

²⁷² D. 1.16.2.1 (*Marcianus libro primo institutionum*): *Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.*

la *Civitas*, en el ámbito provincial. En las provincias, no obstante, deben sustanciarse las adopciones ante un magistrado al que le fuera atribuida una potestad semejante a la del pretor, haciendo las fuentes, como veremos, expresa referencia a los cargos de procónsul y legado²⁷³.

Es en este punto en el que aparece una importante duda jurídica. Mientras nadie duda de la competencia del procónsul de cara a la capacidad para presidir adopciones, sí existe controversia con la figura del legado, pues se hace necesario diferenciar entre el *legatus Caesaris* y el *legatus proconsulis*. Esta incertidumbre jurídica, en parte, está motivada por la fluctuación de los testimonios de los juristas. Veamos a qué nos referimos:

D.1.16.2.1. (*Marcianus libro primo institutionum*): *Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.*

D.1.16.3. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.*

D.40.2.17. (*Paulus libro 50 ad edictum*): *Apud proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus: sed et apud legatum eius manumittere possumus.*

D.40.2.7. (*Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*): *Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve caesaris.*

²⁷³ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 329 y ss.

De la exégesis de las fuentes jurídicas podemos extraer que existe una vinculación formal entre la capacidad de los magistrados para presidir las manumisiones y la de presidir las adopciones. En los textos que hemos propuesto para discernir sobre esta confrontación acerca de la competencia del *Legatus* para presidir dichos procesos, podemos observar serias diferencias de criterios jurídicos. Por un lado, MARCIANO y ULPIANO en los primeros textos referidos niegan en rotundo la capacidad del *legatus proconsulis* para manumitir y adoptar, sobre el fundamento ya referido de la ausencia en estos magistrados de la plenitud de la acción de la ley. Esta *opinio iuris* contrasta seriamente con la afirmación de PAULO, según el cual no sólo podemos manumitir mediante la *vindicta* ante el Procónsul, habiendo salido éste de la ciudad, sino que también podemos manumitir ante su Legado.

Esta confrontación doctrinal sobre la competencia de los legados de los procónsules en estas materias de manumisiones y adopciones, negada por MARCIANO y ULPIANO y aceptada por PAULO, no parece tener una solución clara y satisfactoria. Es por eso que creemos conveniente, para dar luz sobre esta cuestión jurídica, aportar el testimonio del último texto propuesto, en el que GAYO, refiriéndose a las manumisiones, señala expresamente que no es necesario hacerla ante el tribunal, sino que es frecuente la realización de manumisiones “al paso”, es decir, cuando el Pretor, el Procónsul o el Legado del César sale para ir a bañarse, a pasearse o para asistir a los juegos²⁷⁴. Podemos, pues, aceptar en este punto la

²⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 55. Ciertamente, como nos indica este autor, en Derecho Romano quedaba admitido que los actos de *iurisdictio voluntaria* se pudieran realizar fuera del tribunal, por ejemplo, en opinión de NERVA, el magistrado puede

opinión de la doctrina²⁷⁵ que cree que el legado al que se refiere PAULO no es, aunque así se desprenda del texto, el Legado del Procónsul, sino este Legado del César al que viene a referirse GAYO expresamente en el fragmento propuesto del Libro I de su *Diario*.

También, como ya pudimos observar, la figura del *Iuridicus Alexandriae* o Jurídico de Alejandría, al cual los emperadores LEÓN y ANTEMIO reconocían capacidad análoga al gobernador de la provincia, los magistrados o el defensor de la plebe²⁷⁶, por la repetida razón de que se le dio a éste la acción de la ley, puede presidir adopciones, según el testimonio de ULPIANO:

D.1.20.1: (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei legis actio.*

manumitir a los esclavos mostrados por su dueño a través de una ventana o, como afirma GAYO se puede manumitir incluso en la calle, cuando el procónsul o el pretor van a las termas o al teatro. “Conforme a estos textos, parece evidente que en materia de *iurisdictio voluntaria* no resulta necesaria en todo caso la presencia del *consilium*, si bien en circunstancias normales el magistrado ejercitaría su potestad jurisdiccional valiéndose de su *consilium*. Por otra parte, tampoco parece preceptivo el ejercicio de la *iurisdictio voluntaria* en días habilitados para la administración de la justicia, *dies fasti*.”

²⁷⁵ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 329 y ss.

²⁷⁶ C.1.57: *Imperatores Leo, Anthemius. Iubemus apud Alexandrinae dumtaxat clarissimae civitatis iuridicum licitum et concessum esse singulis quibusque volentibus donationis conscriptae sollemniter instrumenta reserare, eisdemque robur adiciet gestorum series apud eundem virum confecta, tamquam si apud virum clarissimum moderatorem provinciae vel magistratus vel defensorem plebis habita fuisse diceretur.* * LEO ET ANTHEM. AA. ALEXANDRO DUCI ET PRAEF. AUGUSTALI. * <A 469 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI ZENONE ET MARCIANO CONSS.>

PAULO, por su parte, nos ofrece el testimonio de la capacidad de los magistrados municipales para manumitir y emancipar, condicionada a que tengan o no la plenitud de la acción de la ley, por lo que podemos, por analogía de las fuentes, atribuirles también la potestad para presidir adopciones bajo las mismas condiciones:

PAULUS, *Sententiae*, 2.25.4: *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest.*

Con respecto a esta potestad de los magistrados municipales, si atendemos a distintas leyes municipales como la propia *Lex Irnitana*²⁷⁷, la *Lex Ursonensis* o la *Lex Salpensana*, observaremos que los magistrados *dunviros* tenían facultad para atender y resolver diferentes actos de jurisdicción voluntaria, tales como las manumisiones o los nombramientos de tutor.²⁷⁸

²⁷⁷ En 1981 se encontraron en El Saucejo, Sevilla, seis de las diez tablas de bronce que debían constituir el texto de la *Lex Flavia Irnitana*. El contenido del texto encontrado coincide con el de otras leyes municipales, como la Salpensana o la Malacitana, y corresponde a la redacción interpolada de la época flavia de la que llamamos *Lex Flavia municipalis*, cuya redacción vino a adaptar a los diferentes municipios hispánicos la *Lex Iulia municipalis* que Augusto había dado para la organización de los municipios de Italia poco tiempo después del año 17 a.C., cuyo tenor subsiste a pesar de las interpolaciones actualizadoras y de acomodación provincial. Cfr. D'ORS, A., *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma, 1986, págs. 11 y ss.; Vid. también, Id., *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953; RODRÍGUEZ NEILA, J.F., y MELCHOR GIL, E., (Eds.), *Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de occidente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

²⁷⁸ Para todo lo expuesto en materia de derecho municipal, véase ALBURQUERQUE, J.M., "La administración provincial, colonial, municipal y la justicia en la Hispania romana (1): especial referencia a la Bética romana, su capital Corduba y los magistrados municipales y órganos con

Queda, por tanto, en este punto esclarecer si los magistrados con competencia para presidir adopciones pueden, efectivamente, presidir las de sus propios hijos o, en caso de ser él mismo el *filiusfamilias*, si puede darse en adopción ante sí mismo. La respuesta a ambas cuestiones es afirmativa, según se desprende del testimonio de PAULO y MODESTINO, recogiendo éste último la opinión favorable de NERACIO:

D.1.7.3. (*Paulus libro quarto ad Sabinum*): *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.*

D.1.7.4 (*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

iurisdicció según la Lex Irnitana”, en *RGDR*, nº 7, diciembre 2006; “La justicia en la Córdoba romana”, Ponencia organizada por la Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, VII Jornadas, *Pasado y presente de la administración de justicia en Andalucía*, Salón de Actos del Palacio de la Merced, Diputación de Córdoba, días 27 y 28 de Noviembre de 2006 (actas del Congreso en prensa). En referencia a lo señalado, aclara este autor que “en estas leyes referidas todavía no aparece mencionado expresamente el término jurisdicción voluntaria, si bien se desprende del tenor de los mismos. Capítulo 28 del texto Irnitano que estamos analizando preferentemente: Si un múnicepe del municipio Flavio Irnitano que sea latino manumitiera, de la esclavitud a la libertad, ante el *dunvir* presidente de la jurisdicción de ese municipio...; Capítulo 29 de la misma ley: Quien no tenga tutor o lo tenga incierto, si es un o una múnicepe del municipio Flavio Irnitano, y no es un pupilo o una pupila, y hubiera solicitado del *dunvir* que preside la jurisdicción de ese municipio que se le nombre un tutor...”.

No obstante lo anterior, debemos mostrar también el testimonio de PAULO, que nos indica, refiriéndose a las emancipaciones -afectando por tanto a la primera fase, al menos, de la *datio in adoptionem*-, que si bien se puede manumitir ante un *filiusfamilias* magistrado, él mismo, como hijo de familia, no puede manumitir, así como no puede hacerlo el Pretor ante su colega:

D.40.2.18 (*Paulus libro 16 ad Plautium*): *pr. Apud filium familias magistratum manumitti potest, etiamsi ipse filius familias manumittere non potest.*
1. *Apud collegam suum praetor manumittere non potest.*

No debemos dejar de señalar la existente posibilidad de convalidar aquellas adopciones, que por mediar algún defecto formal, son consideradas *adoptiones non iure factae*. Efectivamente, las fuentes nos dan sobradas muestras de la posibilidad de realizar la denominada *confirmatio adoptionis* ante el pretor o ante los cónsules, que en época imperial será una *confirmatio Principis*²⁷⁹:

D.1.7.38 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

D.1.7.39 (*Ulpianus libro tertio de officio consulis*): *Nam ita divus Marcus Eutychiano rescripsit: "quod desideras an impetrare debeas, aestimabunt iudices*

²⁷⁹ Vid. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., pág. 63 y ss.

adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis".

D.1.7.29. (*Callistratus libro secundo institutionum*): *Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quam sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si iure facta esset.*

1.4. La posición del adoptado en el procedimiento de la *datio in adoptionem*.

Constituye este un punto importante de reflexión, la referencia al problema histórico-jurídico de la relevancia del consentimiento del *filiusfamilias* adoptado durante el proceso de la *datio in adoptionem* que concierne, sobre todo, a su propia persona.

En este sentido, no cabe duda alguna en lo que se refiere a la necesidad, atestiguada por las fuentes, de la concurrencia del asentimiento, al menos tácito, del adoptado para que fuese posible en época justiniana la realización de la *datio in adoptionem*. El conflicto jurídico-doctrinal aparece al afrontar la cuestión de si esta manifestación favorable de la voluntad del que es dado en adopción era exigida como tal en la época clásica del Derecho Romano. Esta fluctuación jurídica se ve avivada, además, por lo referido en un texto atribuido a CELSO que se contiene en D.1.7.5.:

D.1.7.5. (*Celsus libro 28 digestorum*): *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.*

Como bien podemos observar en este fragmento, de contenido clásico dudoso, el jurista nos indica que para las adopciones de aquellos que están bajo su propia potestad se explora únicamente su voluntad, más para los que son dados en adopción por su padre es necesaria la manifestación de la voluntad de uno y otro, ya sea consintiendo, o ya no contradiciendo.

La doctrina dominante, presidida en este punto por BONFANTE, P.²⁸⁰, tiende a excluir el valor de la voluntad del adoptado en la época clásica, considerando interpolado el texto atribuido a CELSO, pues la primera vez que se regula, indica el autor italiano, la necesidad de la adhesión del *filiusfamilias* es por disposición de JUSTINIANO, que manifiesta necesaria, si no una declaración favorable, sí el asentimiento pasivo exteriorizado por el silencio o la no contradicción del acto realizado por los dos padres.

Por su parte, RUSSO RUGGERI, C.²⁸¹, opina que esta conjetura resulta excesivamente radical. Según su parecer, aún siendo posible que el texto de

²⁸⁰ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 37 y n.3.

²⁸¹ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 335 y ss.

CELSE haya sido susceptible de interpolación por los Compiladores (lo cual puede desprenderse de la contradicción lógica existente entre la primera y la segunda parte del texto), no es, sin embargo, creíble que la exigencia de tener en cuenta, bajo ciertos límites, la voluntad del *filiusfamilias* adoptado surja *ex abrupto* sólo en época justiniana. Para fundamentar su posición, nuestra autora otorga relevancia a un texto de una controversia de SÉNECA, sobre el caso del hijo de una persona pobre que habiendo sido dado en adopción a un padre rico sufre la *abdicatio* paterna. He aquí el texto en cuestión:

SÉNECA, *Contr.* 2.1: *Dives tres filios abdicavit. Petit a paupere unicum filium in adoptionem. Pauper dare vult; nolentem ire abdicat.*

Este texto puede, en efecto, vincularse con aquel inconveniente que JUSTINIANO observaba en la legislación antigua de la *datio in adoptionem*, por la cual promovió su modificación, cuando afirma la circunstancia de si al fallecimiento del padre natural el padre adoptivo hubiese disuelto los derechos de la adopción, no le quedaba al hijo adoptivo ninguna esperanza, ni contra la voluntad del padre natural, porque al tiempo de la muerte de éste él se hallaba constituido en la familia de otro, ni contra el padre adoptivo, pues por la emancipación fue excluido de su familia.

C.8.47(48).10.: (...) *et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque*

cont ra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est
(...)

Apoyada en el testimonio antes descrito del jurista cordobés, nuestra autora mantiene que las fuentes inducen a creer que el consentimiento del hijo fuese indispensable para efectuar la adopción, no siendo probable el requisito de la explícita adhesión del adoptando en la época clásica, pero pudiendo constituir la positiva voluntad del hijo una condición de validez que el magistrado tendría en cuenta para proceder a la *addictio*. Por lo tanto, no siendo requerida, en efecto, una adhesión explícita del adoptando, no podemos, según nuestra autora, considerar, como lo hace la doctrina predominante, totalmente ininfluyente la voluntad del adoptando, tal y como se desprende del texto de SÉNECA o del denominado *ius vetus* contenido en C.8.48(47).10. Así pues, teniendo en cuenta el hecho de que tanto uno como otro testimonio se refiere expresamente al caso del *filius invitus*²⁸², resulta, bajo el prisma de nuestra autora, perfectamente posible la idea de que la explícita contradicción fuese tenida en cuenta en derecho clásico: no la expresión positiva de voluntad sino la voluntad negativa o *contradictio*. Así, del mismo modo en que se considera requerida la voluntad positiva del arrogando

²⁸² SÉNECA, *Contr.* 2.1.19: *Divisio: Non puto vos quaerere quomodo haec controversia divisa sit, cum habeas negotii nihil; Fuscus tamen sit divisit: dico licuisse mihi adoptari, dico licuisse mihi recusare adoptionem; dico, ut non licuerit, recte tamen recusasse: et quod iure fit verum est, et quod sine iure, quod quidem rationem habeas. recte fit. Cum de iure diceret, dixit: « sub arbitrio, inquit, patris est ». Si ob hoc subicior patri quia filius sum, in hoc sine dubio, ut filius sim: et ad manum argumentum est: nempe abdicanti respondeo. Quid ita? Qui respondeo, scilicet id ago, ne desinam filius esse; atque idem ago, cum respondeo emancipanti. Quid enim ad amittendum patrem interest utrum eiciar an transferar? Si non licet recusare, cur potius abdicas me quam tradis? Cum de officio diceret, in haec divisit: dico non fuisse dandum sine magna causa filium in adoptionem; dico multo minus a te; dice minime illi.*

en la *adrogatio*, puede considerarse suficiente la no contradicción del adoptando en la *datio in adoptionem*²⁸³, lo cual bien puede ser aceptado.

2. Los efectos de la *adoptio* o *datio in adoptionem*.

Como ya hemos señalado precedentemente, el efecto principal de la *adoptio*, al menos en su origen jurídico, no era otro que un cambio en el *status familiae* del adoptado, que salía de su familia de origen para entrar en la del adoptante. El pronunciamiento del magistrado con el cual, según GAYO²⁸⁴, «*a praetore vindicanti filius addicitur*», determinaba el estado de filiación legítima en el plano jurídico entre el *vindicante* y el *filius vindicado*, por el que el hijo se integraba en la familia del adoptante como si en ella hubiese nacido²⁸⁵, según el principio «*adoptivi filii naturalium loco sunt*»²⁸⁶. Efectivamente, mediante la constitución de la adopción, se rompía el vínculo agnaticio que ligaba al adoptado con su familia de origen, constituyéndose, a su vez, un nuevo vínculo que unirá a este con la nueva familia de la que entra a formar parte. El cambio del *status familiae* del *filiusfamilias* adoptado, por su parte, no implicaba ninguna

²⁸³ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 338-339.

²⁸⁴ GAIUS, *Inst. I, 134: Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur;* (...)

²⁸⁵ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 341.

²⁸⁶ Cfr. GAIUS, *Inst. II, 136*.

modificación en lo referente a su capacidad, debido a que éste permanece *alieni iuris*²⁸⁷.

Esta exigencia de la ruptura completa del adoptado con su familia de origen, que desde una concepción moderna podemos reconocer como un cierto sin sentido jurídico, se impone como una necesidad de la concepción romana de la familia, que cobra un importante carácter de exclusividad. Esto produce situaciones, sin duda, que generan cierto hastío desde nuestra evolucionada concepción de la familia, como puede ser la realidad de que si el *filiusfamilias* adoptado tenía hijos, éstos permanecerían en la familia originaria, mientras aquél pasaría, únicamente, a la familia adoptiva, perteneciendo así padre e hijos a familias distintas²⁸⁸.

Así pues, debido a que el *filiusfamilias*, una vez rotos los vínculos agnaticios con su familia de origen, se integraba en la familia adoptante, quedaba sometido, como no podía ser de otra forma, a la patria potestad del *paterfamilias* adoptante, como si de cualquier otro *alieni iuris* de la misma se tratara, y desplegando sobre él los efectos propios de dicha potestad paterna, en particular el *ius vitae necisque*²⁸⁹. El adoptado entraba en la misma en calidad de *filiusfamilias*,

²⁸⁷ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 273; OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 90; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 56.

²⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 56 y 57, n. 116.

²⁸⁹ Según la interpretación de los juristas, como la de PAPINIANO, sobre la *Ley Julia para la represión de los adulterios*, que recogía expresamente la potestad del padre para dar muerte a los hijos adúlteros, e incluso al amante de las hijas adúlteras, el prefecto pretorio nos señala que esta ley no hace distinción entre el padre natural y el adoptivo: D.48.5.23.pr. (*Ulpianus libro primo de adulteriis*): *Quod ait lex "in filia adulterum deprehenderit", non otiosum videtur: voluit enim ita*

como hijo o como nieto, asumiendo el culto privado del adoptante, del que adquiriría también la misma condición social que éste tuviese, los derechos públicos de ciudadanía o municipalidad, así como la esperanza hereditaria de los demás miembros *alieni iuris*. De la misma manera, dentro de la nueva familia el adoptado se hacía gentil de todos los gentiles, agnado de sus agnados y, por tanto, también cognado de éstos²⁹⁰, perdiendo de su familia original tanto cuanto ganaba de la familia adoptante, esto es, perdía su antiguo culto privado, la expectativa hereditaria que antes tenía con respecto al *paterfamilias* original, dejaba de ser agnado de sus agnados y cognado de sus cognados antiguos²⁹¹. Podemos observar esto en los textos expresado de la siguiente forma:

GAIUS, *Inst.* II, 136-137: *Adoptiui filii quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt; emancipati uero a patre adoptiuo neque iure ciuile quod ad edictum praetoris pertinet inter liberos numerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturales parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiua familia, extraneorum nuneor habeantur; si uero emancipati fuerint ab adoptiuo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*

D.1.7.7. (*Celsus libro 39 digestorum*): *Cum adoptio fit, non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis consequuntur.*

demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit in ipsis rebus veneris deprehensum occidi: et hoc est quod solo et draco dicunt en ergw.

²⁹⁰ Surgen, por tanto, los impedimentos matrimoniales propios de la filiación legítima. Cfr. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 398 y ss.

²⁹¹ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 90.

D.1.7.10. (*Paulus libro secundo ad Sabinum*): *Si quis nepotem quasi ex filio natum quem in potestate habet consentiente filio adoptaverit, non adgnascitur avo suus heres, quippe cum post mortem avi quasi in patris sui reccidit potestatem.*

El expreso reconocimiento del vínculo cognaticio del adoptado en el seno de la nueva familia lo encontramos en multitud de textos repartidos por toda la compilación justiniana²⁹², de los que podemos citar, por su claridad y relevancia, sendos fragmentos de ULPIANO y PAULO:

D.38.16.1.11. (*Ulpianus libro 12 ad Sabinum*): *Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati.*

D.1.7.23. (*Paulus libro 35 ad edictum*): *Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus vero non adgnascitur nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit: item nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.*

²⁹² Vid. respecto a la problemática agnaticia-cognaticia: D.23.2.12.4; D.38.8.1.4.; D. 38.8.3; D.38.10.4.10.; D. 38.16.2.3; D. 38.17.7; Cfr. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 390 y ss.

De la adopción surge también, como no podría ser de otra forma, el efecto jurídico de la asunción por el adoptado del rango social del adoptante. Esto podemos observarlo, en cuanto al rango senatorial se refiere, en D.1.9.5. y D.1.9.10. En el ámbito público, del mismo modo asume el adoptado no sólo la misma condición social que éste tuviese, sino también los derechos públicos de ciudadanía o municipalidad, como se desprende de la afirmación de ULPiano en D.50.1.1: *municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio*. También en este sentido se expresan, como podemos comprobar, los textos siguientes:

D.50.1.15.3 (*Papinianus libro primo responsorum*): *Ius originis in honoribus obsequiis ac muneribus suscipiendis adoptione non mutatur: sed novis quoque muneribus filius per adoptivum patrem adstringitur.*

C.10.40(39)7: *Imperatores Diocletianus, Maximianus . Cives quidem origo manumissio adlectio adoptio, incolae vero, sicut et divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. 1 . Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit. **
DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIO. * <A XXX >

C.8.47(48)7 : *Imperatores Diocletianus, Maximianus. In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato additur, non mutatur patria, ac propterea ius originis in honorum ac munerum obsequio per adoptionem non minui*

perspicis. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ATTICO. * <A 294 S. XI K. FEBR. SIRMI CC. CONSS.>

En lo que respecta a los efectos patrimoniales del hijo adoptado, PAPINIANO nos deja constancia de que quien daba en adopción a un hijo militar no podía quitarle el peculio que éste tuviera por derecho de milicia, pues ni emancipando al hijo puede quitarle el peculio que no hubiera podido quitarle ni reteniéndolo en la familia:

D. 49.17.12. (*Papinianus libro 14 quaestionum*): *Pater, qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non potest, quod semel iure militiae filius tenuit. Qua ratione nec emancipando filium peculium ei aufert, quod nec in familia retento potest auferre.*

De la misma forma, también en el ámbito patrimonial, las fuentes nos ofrecen testimonio de la validez del testamento de un hijo militar que hubiese sido capitidismuido, emancipado o dado en adopción por su padre natural. Así nos lo refiere MARCIANO:

D.29.1.22 (*Marcianus libro quarto institutionum*): *Miles filius familias si capite minutus fuerit vel emancipatus vel in adoptionem datus a patre suo, testamentum eius valet quasi ex nova voluntate.*

Haciendo referencia también al ámbito patrimonial de los efectos de la adopción, encontramos, en lo referente a la adquisición de la herencia la necesidad del *iusus patris adoptivi* para que pueda adquirir el adoptado los bienes a los que ha sido llamado:

D.37.4.10.2. (*Ulpianus libro 40 ad edictum*): *Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptivus.*

Así mismo, el adoptado está obligado a la *collatio bonorum* con respecto al hermano sólo si por causa de la herencia le hubiese quitado alguna cosa, como nos indica ULPIANO:

D.37.6.1.14. (*Ulpianus libro 40 ad edictum*): *Is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est non ipse, sed is qui eum habet, si maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere. Plane si hic adoptivus pater ante bonorum possessionem petitam emancipaverit eum, non cogetur ad collationem, et ita rescripto divorum fratrum expressum est: sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit.*

De la misma forma, ULPIANO nos da noticias de que JULIANO reconoció al padre adoptivo el derecho de repetir sobre la dote que él mismo dio a favor de la hija adoptiva (en caso de divorcio de la misma, se entiende):

D.23.3.5.13. (*Ulpianus libro 31 ad Sabinum*): *Iulianus libro nono decimo digestorum adoptivum quoque patrem, si ipse dotem dedit, habere eius repetitionem ait.*

Así pues, de la misma manera, en el ámbito patrimonial que estamos analizando, rige como principio general que las cargas de aquel que ha sido dado en adopción se transfieren al padre adoptivo, como nos indica PAULO. Así, el mismo jurista, nos muestra cómo el que adoptó a un decurión aceptó las cargas del decurionato de éste, a la manera del padre por cuya voluntad fue hecho decurión su hijo, o como dice POMPONIO:

D.1.7.45 (*Paulus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*): *Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.*

D.50.1.21.3. (*Paulus libro primo responsorum*): *Idem respondit eum, qui decurionem adoptavit, onera decurionatus eius suscepisse videri exemplo patris, cuius voluntate filius decurio factus est.*

Ser dado en adopción, pues, tiene múltiples efectos de carácter patrimonial, principalmente debido al cambio de estado del adoptado. Puede extraerse esta afirmación también del testimonio de AFRICANO, que señala que si se estipula a favor de alguien y éste cambia de estado (es dado en adopción, es desterrado, es hecho esclavo, etc.) pierde el derecho a cobrar por esta misma circunstancia:

D.46.3.38.pr. (*Africanus libro septimo quaestionum*): *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur "si in eadem causa maneat".*

Porque entraba en la nueva familia del adoptante, el adoptado también asumía en su persona el *nomen* de su nueva familia, lo cual se realizaba mediante la asunción de los tres nombres del padre adoptivo, añadiéndose su nombre gentilicio hereditario terminado en *-anus*. Así, por ejemplo, un individuo de la *gens Gavia* fue adoptado por ATILIUS SERRANUS, pasándose a denominar SEXTUS ATILIUS SERRANUS GAVIANUS, el que sería más tarde cuestor y tribuno de la plebe. De la misma forma, P. CORNELIUS SCIPIO AEMILIANUS era un hijo natural de L. AEMILIUS PAULUS que fue adoptado por P. CORNELIUS SCIPIO. Esta asunción del *nomen familiae* también cobra efecto *post mortem* tanto a través de la *adoptio testamentaria* como, aún cuando no se trate de una adopción, a través de la cláusula *nomen ferre* o *condicio nominis ferendi*²⁹³.

Como ya hemos visto, uno de los principales peligros para el *filiusfamilias*, que se desprende de la desvinculación que éste sufre con respecto a su familia de origen para incorporarse en la nueva familia adoptante, viene representado por la eventual situación de desamparo en que éste puede quedar en caso de ser emancipado o desheredado con respecto a su nueva familia. Este

²⁹³ Vid. DICENTA MORENO, T., "La transmisión del *nomen familiae*", op. cit.

escollo de injusticia vendrá a solucionarse con el avance evolutivo de la primitiva concepción agnaticia de la familia en otra fundamentada sobre los vínculos cognaticios, en la que el parentesco quedará basado en la *cognatio* sin distinción de líneas. Sobre esta nueva concepción jurídica de la familia, el pretor, que es el verdadero artífice del desarrollo de la institución, vendrá a corregir ya en época clásica las posibles injusticias derivadas de la aplicación de la *datio in adoptionem* conforme al *ius civile*, estableciendo que el adoptado entra como agnado en su familia adoptiva pero no se desvincula por completo de su familia de origen, de la que continúa siendo cognado²⁹⁴. A esto bien puede referirse GAYO cuando en el texto que referíamos anteriormente hacía constar que si el *filiusfamilias* adoptado es emancipado por el padre adoptivo, empieza a estar en la misma condición en la que se encontraría si hubiera sido emancipado por el propio padre natural:

GAIUS, *Inst.* II, 137: (...); *si uero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*

En el mismo sentido de asimilación del hijo adoptado al nacido de justas nupcias se pronuncia JUSTINIANO, lo que podemos comprobar en los siguientes fragmentos de sus *Instituciones*, el primero referido al derecho de herencia de los adoptados, que adquieren o pierden por desheredación de la misma forma que los hijos legítimos, mientras permanezcan en la familia adoptada; en el segundo texto, el emperador nos enseña que bajo muchos aspectos se asimila el hijo adoptado al

²⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 61-62.

nacido de legítimo matrimonio, pudiéndolo el padre adoptivo darlo también en adopción a otro:

I.2.13.4.: Adoptivi liberi quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, eiusdem iuris habentur cuius sunt iustis nuptiis quaesiti: itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt secundum ea quae de naturalibus euimus: emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris attinet inter liberos numerantur. qua ratione accidit ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere neque exheredare necesse sit. cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

I.1.11.8.: In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. et ideo si quis per imperatorem sive apud praetorem vel apud praesidem provinciae non extraneum adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare.

Porque el hijo adoptado se convierte en hijo legítimo del padre adoptivo y se asemeja en todo a los nacidos en la familia adoptiva, no puede pleitear el padre con aquel que, desde la adopción, se sometió a su potestad, salvo en lo referente al peculio castrense. De esto nos da noticia GAYO, siendo confirmado por ULPIANO que nos señala, además, que si bien el hijo adoptivo puede citar a juicio al padre adoptivo por causa del peculio castrense, no podrá, mientras esté en la potestad de aquél, pleitear contra el ascendiente natural. No obstante esto, aunque ningún

romano podía citar en juicio a sus ascendientes naturales, pues a todos los ascendientes había que guardar una misma reverencia, el hijo adoptivo puede litigar contra los ascendientes de su padre adoptivo, pues entiende ULPIANO que no son ascendientes suyos, porque el hijo adoptivo se hace cognado de aquellos de quienes también se hace agnado:

D.5.1.4. (*Gaius libro primo ad edictum provinciale*): *Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.*

D.2.4.8.pr. (*Ulpianus libro quinto ad edictum*): *Adoptivum patrem, quamdiu in potestate est, in ius vocare non potest iure magis potestatis quam praecepto praetoris, nisi sit filius qui castrense habuit peculium: tunc enim causa cognita permittetur. Sed naturalem parentem ne quidem dum est in adoptiva familia in ius vocari.*

D. 2.4.6(*Paulus libro primo sententiarum*): *Parentes naturales in ius vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.*

D. 2.4.7 (*Paulus libro quarto ad edictum*): *Patris adoptivi parentes impune vocabit, quoniam hi eius parentes non sunt, cum his tantum cognatus fiat quibus et adgnatus.*

Los juristas de la época imperial también dan pruebas de la equivalencia jurídica de los hijos adoptados con respecto a los hijos nacidos en la familia. Podemos destacar, entre otros, el siguiente texto de ULPIANO, en el que nos relata

cómo, cuando muere el abuelo, los nietos recaen en la potestad del hijo, es decir, del padre de éstos, y así también los biznietos y los demás descendientes, siendo esto de derecho no sólo respecto a los hijos naturales sino también de los hijos adoptivos:

D.1.6.5. (*Ulpianus libro 36 ad Sabinum*): *Nepotes ex filio mortuo avo recidere solent in filii potestatem, hoc est patris sui: simili modo et pronepotes et deinceps vel in filii potestate, si vivit et in familia mansit, vel in eius parentis, qui ante eos in potestate est. Et hoc non tantum in naturalibus, verum in adoptivis quoque iuris est.*

El mismo jurista, reafirmando su posición jurídica, manifiesta en el mismo parecer que por hijo de Senador se deben considerar no sólo al que es natural, sino también al adoptivo.

D.1.9.5. (*Ulpianus libro primo ad legem Iuliam et Papiam*): *Senatoris filium accipere debemus non tantum eum qui naturalis est, verum adoptivum quoque: neque intererit, a quo vel qualiter adoptatus fuerit nec interest, iam in senatoria dignitate constitutus eum susceperit an ante dignitatem senatoriam.*

D.1.9.10 (*Ulpianus libro 34 ad edictum*): *Liberos senatorum accipere debemus non tantum senatorum filios, verum omnes, qui geniti ex ipsis exve liberis eorum dicantur, sive naturales sive adoptivi sint liberi senatorum, ex*

quibus nati dicuntur. Sed si ex filia senatoris natus sit, spectare debemus patris eius condicionem.

También parece expresarse en este sentido MARCIANO, que recoge que si el hijo adoptivo, pasada la pubertad, hubiese probado que no le convenía estar reducido a la potestad del padre adoptivo, parece justo que sea emancipado por éste, recuperando así su antiguo derecho. Esto, sin perjuicio del derecho del padre adoptivo, al que el mismo jurista reconoce que los hijos, naturales o adoptivos, no pueden compeler de ningún modo a aquél para que no les tenga en potestad:

D.1.7.33. (*Marcianus libro quinto regularum*): *Et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo atque ita pristinum ius recipere.*

D.1.7.31. (*Marcianus libro quinto regularum*): *Non potest filius, qui est in potestate patris, ullo modo compellere eum, ne sit in potestate, sive naturalis sive adoptivus.*

En la misma dirección de manifestar la igualdad entre hijos naturales y adoptivos, también en el ámbito del derecho sucesorio²⁹⁵, se expresan igualmente GAYO y ULPIANO, regulada de la misma manera en el *senadoconstituto Tertuliano*:

²⁹⁵ Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A.Mª., “Los derechos sucesorios del hijo adoptado”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 15 y ss.

GAIUS, *Inst.* III, 2: (...) *Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptiui.*

D.37.4.1.pr. (*Ulpianus libro 39 ad edictum*): *In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.*

D.38.17.2.6. (*Ulpianus libro 13 ad Sabinum*): *Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam feminini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales. Adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta matri obstabit.*

No obstante, esta igualdad jurídica entre la prole natural y la adoptiva tiene marcado cómo límite legal la permanencia del hijo adoptado bajo la potestad del adoptante, perdiéndose los derechos que se adquirieron por la adopción en caso de emancipación²⁹⁶. Así se expresan PAPINIANO y POMPONIO en sendos textos recogidos consecutivamente en el Digesto, que recuerdan aquella condición de la que nos hablaba GAYO (*Inst.* II, 136-137): *Adoptiui filii quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt.*

²⁹⁶ Cfr. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 345.

D.1.7.13. (*Papinianus libro 36 quaestionum*): *In omni fere iure finita patris adoptivi potestate nullum ex pristino retinetur vestigium: denique et patria dignitas quaesita per adoptionem finita ea deponitur.*

D.1.7.14 (*Pomponius libro quinto ad Sabinum*): *Sed etiam nepos ex filio apud adoptatum patrem conceptus et natus per emancipationem iura omnia perdit.*

Esta afirmación jurídica queda confirmada por ULPIANO y PABLO, que afirman que los adoptados pierden después de la emancipación hasta el nombre de descendientes, pues pierden los derechos de la adopción:

D.38.6.1.6. (*Ulpianus libro 44 ad edictum*): *Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos. Sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione.*

D.38.6.4. (*Paulus libro secundo ad Sabinum*): *Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. Sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum.*

Esto mismo, podemos observarlo desde un prisma diferente a raíz de un texto de GAYO, que en sus comentarios al edicto provincial nos recuerda que mientras se halle el hijo adoptivo en la familia adoptiva, no puede casarse con la madre de su padre adoptivo, no con su tía materna ni con la nieta habida de su hijo; no obstante, nada impide las nupcias si hubiese sido emancipado, pues tras la emancipación es tenido por un extraño²⁹⁷:

D.23.2.55.1. (*Gaius libro 11 ad edictum provinciale*): *Patris adoptivi mei matrem aut materteram aut neptem ex filio uxorem ducere non possum, scilicet si in familia eius sim: alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, scilicet quia post emancipationem extraneus intellegor.*

En este mismo sentido se expresa también PAULO, al referirnos que el Senado no se refirió a los adoptivos emancipados cuando prohíbe el matrimonio del tutor, su hijo o su nieto con la pupila, pues después de la emancipación el hijo adoptivo se olvida por completo de la familia adoptiva:

D.23.2.60.6. (*Paulus libro singulari ad oratium divi Antonini et Commodi*): *Quid ergo si adoptivus filius tutoris duxerit pupillam illicite posteaque emancipatus fuerit? Credendum est de adoptivis emancipatis senatum non sensisse, quia post emancipationem in totum adoptivae familiae obliviscuntur.*

²⁹⁷ Sobre este fragmento del Digesto atribuido a Gayo hace un breve pero interesante estudio ALBERTARIO, al que nos remitimos: ALBERTARIO, E., "In tema di adozione romana", en *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934.

La exclusión de la familia adoptiva por emancipación tiene efectos no sólo privados, como el alzamiento de la prohibición de contraer matrimonio que hemos visto, sino también públicos. Así podemos observar en un texto de HERMOGENIANO que si uno es emancipado por el padre adoptivo, no sólo deja de ser hijo de aquel, sino que también deja de ser ciudadano de la ciudad de la que había adquirido este derecho por efecto de la adopción:

D.50.1.16. (*Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*): *Sed si emancipatur ab adoptivo patre, non tantum filius, sed etiam civis eius civitatis, cuius per adoptionem fuerat factus, esse desinit.*

Este límite condicionado a la permanencia del adoptado en el seno de la familia adoptiva por el cual por la emancipación queda excluido el *filiusfamilias* adoptado de los derechos adquiridos por la adopción, tiene, no obstante, la lógica excepción de los casos en los que el hijo adoptado hubiese sido anteriormente un hijo natural emancipado del mismo padre adoptivo. De esta manera se expresa un texto de PAULO, que ya hemos visto precedentemente, así como, en la misma línea, un texto de ULPIANO, que formula que este hijo natural emancipado, adoptado y emancipado de nuevo, obsta a la madre para la herencia del padre difunto:

D.38.6.4. (*Paulus libro secundo ad Sabinum*): *Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi*

fuert: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. Sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum.

D.38.17.2.6. (*Ulpianus libro 13 ad Sabinum*): *Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam feminini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales. Adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta matri obstabit.*

En el mismo orden de cosas, no obstante lo anterior, el padre adoptivo, a diferencia del natural, no obsta a la madre de la sucesión del hijo, según nos indica el testimonio de MODESTINO con fundamento en el *senadoconsulto Tertuliano*:

D.38.17.3. (*Modestinus libro octavo regularum*): *Patrem adoptivum matri non obesse plerique probant.*

A pesar de lo afirmado precedentemente, existen algunos puntos de diferenciación de los hijos adoptivos con respecto a los hijos naturales que no son sino excepciones a ese principio general de igualdad de los *filiusfamilias* adoptivos con respecto a los nacidos de justas nupcias. Así, sabemos por las fuentes que los hijos adoptivos no contaban para la *excusatio propter liberos* del

padre para no aceptar cargos civiles, como se desprende del texto de ULPIANO recogido en D.50.5.2.2.:

D.50.5.2.2. (*Ulpianus libro tertio opinionum*): *Adoptivi filii in numerum non proficiunt eorum liberorum, qui excusare parentes solent.*

JUSTINIANO sigue la misma tendencia con respecto a la *excusatio* para la tutela y curatela, considerada como carga pública por el emperador, que, si bien pueden excusarse por razón de los hijos (tres hijos vivos en Roma, cuatro en Italia o cinco en las provincias), no contando para este fin los hijos adoptados por el padre, aunque sí los naturales que han sido dados en adopción por el mismo:

I.1.25.pr.: *Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis: plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. si enim tres liberos quis superstites Romae habeat vel in Italia quattuor vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. sed adoptivi liberi non prosunt, in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant: ex filia non prosunt. filii autem superstites tantum ad tutelae vel curae muneris excusationem prosunt: defuncti non prosunt. sed si in bello amissi sunt, quaesitum est, an prosint. et constat, eos solos prodesse qui in acie amittuntur: hi enim, quia pro re publica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur.*

Tampoco encontramos igualdad de trato entre hijos naturales y adoptivos en lo referente al fideicomiso dejado a cargo de los hijos, en caso de constar “si alguno de ellos hubiere fallecido sin hijos”, pues para estos supuestos, como nos deja constancia PAPINIANO, el fideicomiso “no se extingue con la ficción de la adopción”:

D.35.1.76. (*Papinianus libro sexto responsorum*): *Fideicommissum a filiis relictum "si quis ex his sine liberis diem suum obierit" adoptionis commento non excluditur.*

El mismo criterio es seguido por ULPIANO cuando afirma que aquel a quién se le dejó la tercera parte de la herencia por testamento para cuando tenga hijos, “no podrá ciertamente adquirir dicha tercera parte adoptándolos”:

D.31.51.1. (*Ulpianus libro octavo ad legem Iuliam et Papiam*): *Is cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando tertiam partem consequi.*

Como nos indica en este punto RUSSO RUGGERI, C.²⁹⁸, “ciò chiarito, dalla circostanza per cui l’adottato (che non fosse stato emancipato) era considerato alla stregua di un filius naturalis derivavano, come è ovvio, delle consequence di

²⁹⁸ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale, cit., pág. 351.*

stremo rilievo sul piano giuridico, ciascuna produttiva a sua volta di numerosi altri effetti di natura personale e patrimoniale. Queste conseguenze erano:

- a) il ricadere dell'adottato sotto la patria potestas dell'adottante;
- b) il sorgere di un vincolo agnatizio nei confronti degli agnati del pater;
- c) e infine, il sorgere di un rapporto di *legitima cognatio* con i componenti agnatizi della famiglia adottiva.”

Son estos tres, sin lugar a dudas, los principales efectos de la adopción, emanados, como nos dice nuestra autora, de esa misma equiparación de los hijos adoptivos a los habidos de matrimonio legítimo, por la que, de la misma manera que éstos, aquellos se someten bajo la *patria potestas* del *paterfamilias*, quedan vinculados por los vínculos agnaticios de la familia adoptiva y se convierten en cognados de sus cognados. Todo esto, como ya hemos visto, con el marcado límite que nos señalaba GAYO: *quamdiu manent in adoptione*.

3. La adopción en las etapas postclásica y justiniana.

Una vez pasada la etapa clásica del Derecho Romano, la institución sufrió un importante cambio en el que, como nos hace ver RODRÍGUEZ ENNES, L.²⁹⁹, la

²⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 62.

influencia de las normas de la familia natural y la de las costumbres helénicas³⁰⁰, donde no existe una patria potestad en el sentido romano, contribuyeron a dar un nuevo sentido a la institución.

Prácticamente podemos afirmar que la concepción jurídica genuinamente romana de la patria potestad y, por ende, de la adopción, ya no existe en esta etapa histórico-jurídica. La familia, o mejor dicho, el grupo familiar, cobra un papel tuitivo y de asistencia con respecto al hijo adoptado en la adopción del Bajo Imperio, lo cual lleva a imponer al adoptante más deberes que derechos. Esto, que en palabras de BONFANTE, P.³⁰¹, constituye el paradigma del pensamiento heleno-cristiano (opuesto al pensamiento clásico romano), hace que no se considere en la adopción la adquisición de la patria potestad, sino “il diritto all’assistenza e alla successione da parte del figlio adottivo”. Como nos indica el autor italiano,

³⁰⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, págs. 201 y ss; vid. MIGLIORINI, M., *L’adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, Università degli studi dell’Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milán, 2001; RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., págs. 8 y ss. Nos indica esta autora cómo la doctrina considera que la transformación que desde la época postclásica-prejustiniana, hasta la reforma justiniana de la consideración jurídica de la adopción, así como de sus principales efectos es debido, principalmente, a dos factores: “Il primo sarebbe costituito dall’influenza preponderante esercitata, anche con riferimento al nostro istituto, dai diritti ellenici, che avrebbero conosciuto un tipo di adozione diverso, negli effetti e nella forma, da quello romano. (...) Il secondo fattore a cui la dottrina è solita imputare i cambiamenti subiti, nella concezione giuridica, dall’adozione in età postclassica è costituito dal sopravvento del cristianesimo, divenuto, a partire da Teodosio, come è noto, religione di stato”. Con respecto a éste último factor, el advenimiento del cristianismo como religión oficial del Imperio, podemos señalar con la autora citada que la idea cristiana de la *adopción espiritual*, desarrollada por la patrística, supuso una especial influencia en la concepción social y jurídica de la institución adoptiva, contribuyendo así a tan notables y profundos cambios estructurales.

³⁰¹ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, págs. 35-36; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 62.

coincidiendo con el decaimiento del espíritu romano y el advenimiento de las nuevas tendencias de las provincias orientales, en las que la adopción, efectivamente, era concebida como un negocio ficticio de parentela y contemplado del lado del hijo, hizo que, influenciada por las ideas cristianas, la adopción se transforme radicalmente para albergar un uso protectorio y afectivo. Este proceso culminará con JUSTINIANO, cuando se instituya el principio *adoptio imitatur naturam*³⁰², que vendrá, en opinión de BONFANTE, a cancelar definitivamente los efectos romanos de la verdadera y propia adopción.

En este proceso de intensa modificación de la concepción familiar de la patria potestad y, por ende, de la institución adoptiva debe un importante tributo a la influencia de la doctrina cristiana también en el ámbito jurídico. No debemos por ello desdeñar el derecho clásico, como ya lo hicimos ver anteriormente, como un derecho desnaturalizador, alejado de todo afecto paternofilial. Recordemos que las fuentes, ya en época de ADRIANO, según nos ofrece el testimonio de MARCIANO, afirmaban el principio según el cual *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*, como podemos ver a continuación:

D.48.9.5.(*Marcianus libro 14 institutionum*): *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

³⁰² Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Iuris Tantum, n° 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005;

La doctrina cristiana, no obstante, influyó propiciando la mayor relevancia de los principios de *pietas* y de *caritas* en las instituciones familiares y paternofiliales, sobre todo a través de la enseñanza de Padres de la Iglesia como SAN AGUSTÍN, que usan frecuentemente la institución adoptiva en sus enseñanzas. Efectivamente, podemos observar en un fragmento de los sermones del Obispo de Hipona algunos párrafos en los que se explica la filiación divina de los bautizados mediante el uso de la figura jurídica de la adopción, siguiendo el ejemplo de SAN PABLO según el cual los cristianos han recibido un espíritu de hijos adoptivos que les hace llamar a Dios “Padre”, y (siguiendo el símil de la adopción) porque son hijos son herederos de Dios (efecto patrimonial-sucesorio de la adopción) y coherederos (como lo son los hijos adoptivos con los hijos naturales) con CRISTO:

S. AGUSTINUS, *De serm. Dom.*, 1.23.78.: *Unus enim naturaliter filius est, qui nescit omnino peccare: nos autem potestate accepta efficimur filii, in quantum ea quae ab illo praecipuntur implemus. Unde apostolica disciplina adoptionem appellat, qua in aeterna haereditate vocamur, ut coheredes Christi esse possimus.*

Rom. 8, 15-17: *Non enim accepistis spiritum servitutis iterum in timorem, sed accepistis Spiritum adoptionis filiorum, in quo clamamus: “ Abba, Pater!”.* *Ipse Spiritus testimonium reddit una cum spiritu nostro, quod sumus filii Dei. Si autem filii, et heredes: heredes quidem Dei, coheredes autem Christi, si tamen compatimur, ut et conglorificemur.*

Aún afirmando la importante influencia que la doctrina cristiana pudo tener en la nueva concepción social de las relaciones familiares y, más allá, de todas las relaciones interpersonales, no podemos, como señala RUSSO RUGGERI, C.³⁰³, limitar a ésta los naturales valores de afecto y amor a los hijos, que subsisten a toda circunstancia social por tratarse de una ley natural. No obstante, sí que podemos reconocer el influjo importante en la humanización jurídica de las instituciones familiares que, en algunos casos, al menos en el aspecto puramente jurídico, bien parecían en este sentido actuar contra natura, como ya pudimos comprobar en capítulos anteriores³⁰⁴. Como bien indica RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁰⁵ “la doctrina cristiana, que había difundido una diversa concepción de la vida, nuevos ideales de paz, de caridad, inspiró al legislador nuevas motivaciones en la regulación de los intereses y los hechos humanos”. Esto explicaría, según este autor, la tendencia que se advierte en el derecho codificado justiniano a la consideración de bien y de la ventaja de la otra parte, a la protección del débil y a la *pietas*. Es en armonía con estas ideas, continúa RODRÍGUEZ ENNES, cómo la adopción pasa a asumir una función ético afectiva concebida como un acto destinado a proporcionar consuelo a los matrimonios sin hijos, lo que está en consonancia, además, con las nuevas corrientes cristianas que difunden los Santos Padres³⁰⁶.

³⁰³ *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., pág. 114.

³⁰⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, págs. 196 y ss.

³⁰⁵ Cfr. *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág.63.

³⁰⁶ Como S. Agustín, que afirma en su comentario al Evangelio joánico: “*Multi homines cum filios non habuerint peracta aetate adoptant sibi; et voluntate faciunt quod natura non potuerant*”; o en sus Sermones: “*et qui adoptant filios; castius eo corde gignunt quos generare no possunt*”. Glosado por RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág.64, n.138.

3.1. Algunos aspectos procesales de la adopción postclásica a la luz de las constituciones imperiales de GORDIANO y DIOCLECIANO.

El procedimiento de la adopción postclásica a la luz de las constituciones imperiales, como ya vimos, podían realizarse sólo ante aquellos magistrados en quienes residiera la plena acción de la ley (C.8.47(48).1). Esta normativa, que consta como vimos en una constitución de GORDIANO del 239 d.C., puede interpretarse, como nos indica RUSSO RUGGERI, C.³⁰⁷, de un intento de intervencionismo estatal o imperial sobre el uso de las simples convenciones privadas (como las recogidas por PAULO en D.45.1.132), a las que el emperador responde negando la relevancia de derecho civil a las adopciones no efectuadas *apud eum apud quem plena legis actio est*. Será DIOCLECIANO, en una constitución del 290 d.C. dirigida a PROCULIANO, quien niegue la validez de las adopciones hechas mediante *tabulis per tabellionem confectis* (escritura ante notario), declarando la necesidad de realizarla con la solemne formalidad del derecho ante el presidente:

C.8.47(48).4: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed sollemni iuris ordine apud praesidem solet copulari. * DIOCL. ET MAXIM. AA. PROCULIANO. * <A 290 PP. K. SEPT. IPSIS III ET III AA. CONSS.>*

³⁰⁷ *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana, cit., pág. 53.*

Así, de la misma forma DIOCLECIANO, posiblemente respondiendo a la existencia de arrogaciones mediante actos privados, niega en una constitución de, 293 d.C. la posibilidad de arrogar a los que están bajo su propio derecho si no se hace mediante un rescripto del emperador:

C.8.47(48).6: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia urbe nec in provinciis nisi ex rescripto principali fieri possunt. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. MELITONI. * <A 293 S. IIII NON. APRIL. BYZANTII AA. CONSS.>*

Recordemos la decisión del mismo emperador en una respuesta a CELSO, un año después, para solucionar una disputa de aquel, hijo natural, contra un presunto hijo adoptivo por la propiedad de unos esclavos pertenecientes a la difunta madre, que el adoptado decía que poseía *quasi filius ex causa tantum adoptionis*; DIOCLECIANO ofrece a CELSO la posibilidad de reclamar los esclavos sin temor de prescripción temporal alguna, pues considera que la adopción, a la que denomina ilícita, no basta para adquirir el dominio de dichos esclavos.

C.7.33.8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si is contra quem supplicas matris tuae quondam mancipia quasi filius ex causa tantum adoptionis defendit, adfectio destinatae illicitae adoptionis ad horum dominium ei quaerendum sola non sufficit. 1 . Quapropter mancipia petere non prohiberis nullam timens temporis praescriptionem , si hoc tantum initio procedente is*

contra quem supplicas horum possessionem adeptus est. * DIOCL. ET MAXIM.
AA. ET CC. CELSO.*<A 294 >

Algunos autores han querido ver en este texto el origen de esta ilicitud de la adopción en el hecho de tratarse de una mujer adoptante, pero no debemos olvidar que éste mismo emperador, años antes, permitió a SIRA la posibilidad de adoptar como consuelo por la pérdida de sus hijos, a su hijastro en calidad de legítimo descendiente, permitiéndole que lo tuviese como hijo natural y legítimo como si de ella hubiese nacido³⁰⁸:

C.8.47(48).5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est. Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SYRAE. *<A 291 S. PRID. NON. DEC. TRIBALLIS TIBERIANO ET DIONE CONSS.>

De la misma forma, el emperador se reserva la potestad de autorizar la arrogación de una mujer de propio derecho, sólo procedente por rescripto imperial:

³⁰⁸ Cfr. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., pág. 57.

C.8.47(48).8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. In adoptionem patre, in cuius est potestate, libertae filiam dante, matris patronus adoptare non prohibetur. Nam sui iuris adrogatio feminae nisi ex nostro rescripto numquam procedit* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ISIONI. * <A 294 S. V ID. FEBR. CC. CONSS.>

En cuanto al efecto de consanguinidad de la adopción y la constitución de la relación paternofilial, éstos quedan confirmados por le mismo DIOCLECIANO en sendas constituciones dirigidas a JUSTINO y MUNICIANO, que recogen la doctrina jurídica según la cual el parentesco de consanguinidad no se contrae sino por el nacimiento o la solemnidad de la adopción, y los hijos, por ende, se constituyen por las mismas causas, y sólo por ellas, como hijos por derecho civil:

C.4.19.13: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non epistulis necessitudo consanguinitatis, sed natalibus vel adoptionis sollemnitate coniungitur, nec adversus absentem hereditatis dividundae gratia velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter substantiae perimit veritatem. 1 . Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistulam emisisti, sive familiae erciscundae quasi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IUSTINO. * <A 293 D. K. DEC. AA. CONSS.>

C.4.19.14: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non nudis adseverationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed*

matrimonio legitimo concepti vel adoptione sollemni filii civili iure patri constituuntur. Si itaque hunc contra quem supplicas alienum esse confidis, per te vel per procuratorem adfirmationem eius falsam detege * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. MUCIANO. * <A 293 D. K. DEC. AA. CONSS.>

3.2. La reforma justiniana de la institución adoptiva.

Como ya hemos indicado, el proceso de modificación de la antigua *datio in adoptionem* por causa de la influencia heleno-cristiana alcanza su punto máximo con JUSTINIANO. Las nuevas características innovadoras de la adopción la transforman en una institución que viene a responder a nuevas exigencias sociales y familiares, donde la emancipación de los hijos se ha hecho delicadamente frecuente, propiciando una especial consideración, a su vez, hacia aquellas personas que no pudieron tener hijos o quisieran integrar de alguna forma a algún hijo en el seno de la familia para perpetuar la sucesión familiar tanto respecto del patrimonio como de los apellidos³⁰⁹. Esto vendrá a constituirse en un modelo de adopción donde la patria potestad del hijo adoptivo recayera en el padre natural de este. El emperador cristiano justificará estas modificaciones por la posible injusticia surgida en el seno de la adopción clásica en los supuestos de emancipación del padre adoptivo después del fallecimiento del padre natural, que dejarían en una precaria situación de desamparo al adoptado, el cual no tendría esperanza de heredar ni en la familia natural ni en la adoptiva. Así nos lo explica

³⁰⁹ Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la *adoptio minus plena*”, en RAMÓN LÓPEZ-ROSA y FELIPE DEL PINO TOSCANO (Eds.), *El Derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pág. 547.

el mismo JUSTINIANO en un extenso fragmento de una constitución dirigida al prefecto del pretorio, JUAN:

C.8.47(48).10: *Imperator Justinianus. Cum in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem (quam papinianus quidem negat, paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat), et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est: ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiat iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari, cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure vetere datur licentia et invitus transire ad aliam familiam non cogitur.*

Como podemos observar, el Emperador, arguye a favor del cambio esta causa de posible precariedad del hijo adoptado en los casos emancipación del padre adoptivo una vez que ha muerto el padre natural, además de la duda jurídica de si hubiese sido conveniente que el hijo adoptivo, de haber sido preterido por el padre natural, tuviera la acción de inoficioso contra el testamento (que le era negada por los jurisconsultos), para no perder la sucesión de uno y otro padre si el adoptivo se hallaba en situación de pobreza. Es para corregir esta duda y este inconveniente por lo que el emperador manda “que por la adopción hecha por una persona extraña no se disuelvan de ningún modo los derechos del padre natural, sino que permanezca de igual manera que si no hubiese sido transferido el hijo a otra familia”. Como podemos observar a simple vista, dicho mandato imperial constituye de por sí un absoluto cambio de concepción de la propia adopción clásica, con la que ya intuimos que va a distanciarse en mucho esta nueva adopción justiniana.

Continúa el Emperador en su particular exposición de motivos preguntando si, dado a que la adopción “es un negocio a su juicio tan frágil que en un mismo día uno puede ser hecho hijo y hallarse extraño mediante la emancipación”, “¿quién consentirá -pregunta JUSTINIANO- que por ludibrio sean defraudados los derechos del padre natural ligados por lazo divino -véase aquí la influencia de la concepción cristiana-, cuando en este caso al hijo que se opone se le da licencia por el derecho antiguo y no es obligado a pasar contra su voluntad a otra familia?”

Es por esta razón por la que JUSTINIANO confirma que deben subsistir íntegros “todos los derechos cuando el hijo es transferido a un padre extraño por la adopción, ya sea para la querrela de testamento inoficioso, ya para todas las demás sucesiones, que ora *ab intestato*, ora por testamento, se les defieren a los hijos, de suerte que así pueda él serle útil al padre natural, como percibir de éste lo debido naturalmente.”

Todas estas nuevas reglas de la institución adoptiva rigen, como nos indica el Emperador, cuando la adopción es realizada “*ad personam extraneam*”. Pero el mismo JUSTINIANO exceptúa que, si es el abuelo materno o el paterno (si el padre natural estuviese emancipado) el que recibe la adopción del hijo (del nieto), sí permanece estable el derecho del padre adoptivo (el abuelo paterno o materno) “unido al vínculo natural y estrechado por el legítimo modo de la adopción”, pues, según el Emperador, “concurren en una sola persona los derechos naturales como los de adopción”. De esta forma, manda al hijo atender a aquel “a quien la naturaleza lo agregó y la ley lo asignó por medio de la adopción”, siendo precedente -continúa JUSTINIANO- la opinión de PAPINIANO, “y ponga el hijo adoptivo en aquél toda su esperanza, y no se le permita molestar la sucesión de su padre natural, sino que sea protegido únicamente por la reverencia que guarde al abuelo y al bisabuelo, y adquiera para él las cosas que pueden adquirirse y aprovecharle, y entiéndase que es su padre aquel a quien la ley lo hizo tal y no dejó de serlo por la naturaleza”.

Aparecen así dos formas de adopción en época justiniana, clasificadas según sus efectos: la modalidad ordinaria, digámoslo así, realizada “*ad personam*

extraneam”, que recibirá el sobrenombre de *adoptio minus plena*, y la excepción a la regla general, para los casos de adopciones realizadas por ascendientes paternos y maternos, que recibiría la denominación de *adoptio plena*. Será bajo estas dos formas como sobrevivirá la institución adoptiva en esta nueva etapa justiniana³¹⁰, en la que las clásicas *adoptio* y *adrogatio* sólo perviven en cuanto a lo que su terminología se refiere.

No obstante, el emperador no tiene intención en su reforma de dejar la adopción de una persona extraña sin contenido, lo que expone en el fragmento siguiente:

C.8.47(48).10.1: *Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere.*

Como podemos observar, JUSTINIANO, para no dejar sin regla legal la adopción hecha por un extraño, otorga licencia al padre adoptivo para no dejar nada en testamento al hijo adoptivo, siendo liberalidad cualquier cosa que a éste le dejare, pues no quedaría compelido a ello por vínculo legal. Esta decisión, fundamentada en la vigencia y permanencia efectiva de los vínculos naturales del hijo adoptivo, conlleva que los bienes que el hijo adoptivo hubiese podido

³¹⁰ Y en esta doble modalidad funcional se perpetuará la recepción jurídica de la institución en los ordenamientos jurídicos nacionales, como veremos.

adquirir pasan, según la normativa legal, a usufructo no del padre adoptivo, sino del natural. Por contra, el hijo queda sometido a la potestad del padre adoptivo, como indica JUSTINIANO, “como si para él se hubiera adquirido cierto afecto convencional y nuevo”, y esto sin producir menoscabo en el primitivo parentesco. Pero viendo JUSTINIANO que es conveniente que la adopción aproveche al hijo adoptivo que permanece en la adopción, considera que no debe éste ser defraudado en la sucesión *ab intestato* del padre adoptivo, por lo que ordena que, aunque el hijo mantenga intactos los derechos de sucesión en su familia natural, adquiera también, de haber fallecido intestado del padre adoptivo, el derecho de heredero suyo en la sucesión de éste, sin adquirir, no obstante, derechos legítimos ni comunidad alguna con la familia del padre adoptivo, para la que es considerado un extraño.

Esta adquisición del derecho de sucesión del padre adoptivo permanecerá, sin embargo, siempre y cuando el hijo adoptivo no hubiese sido emancipado antes de la muerte intestada de aquél, pues, de ser así, dispone el Emperador que no se le conceda acción alguna para su reivindicación y que se considere que sigue reconociendo sólo al padre natural, como si no hubiese sido dado en adopción:

C.8.47(48).10.2: *Sin autem per emancipationem iura adoptiva fuerint dissoluta, tunc nullus ei penitus regressus ad adoptivum extraneum patrem, etsi moriatur intestatus, relinquatur, sed maneat tantummodo patrem naturalem cognoscens, tamquam non fuisset ab initio in adoptionem translatus.*

Que esta nueva normativa no admite excepciones en cuanto a la adopción por un extraño nos lo indica el mismo JUSTINIANO, al dejar sin efecto la práctica que era permitida por el *senadoconsulto Sabiniano*, de adopción de tres varones por un extraño:

C.8.47(48).10.3: *Quae autem de aliis adoptivis diximus, haec sancimus etiam de his, qui ex Afiniano senatus consulto ex tribus maribus fuerant ab extraneo adoptati, nulla penitus differentia inter alios adoptivos et eos introducenda.*

Esta normativa, asimismo, es válida, además de para los hijos, también para el resto de descendientes adoptados (hijas, nietos, nietas...), siempre y cuando los padres no les hayan precedido al tiempo de la muerte de su abuelo, pues de lo contrario, como nos indica JUSTINIANO, les quedan intactos todos los derechos de adopción, no imponiéndosele al abuelo la obligación de dejarle alguna cosa al nieto o a la nieta:

C.8.47(48).10.4: *Quae in filio diximus in adoptionem a patre dato, haec et in filia et in nepote et in nepte et deinceps personis utriusque sexus in sacris constitutis extendimus, si tamen tempore mortis avi sui parentes eos vel eas non antecedant. Si enim patres eos antecedant (ubi nec imponitur necessitas avo aliquid nepoti vel nepti relinquere), maneant omnia iura adoptiva ei intacta. Haec enim omnis sanctio de filio et filia et nepote et nepte et deinceps personis in sacris constitutis introducta est, ubi dubitabatur, quid statuendum est, quasi duobus patribus ei, uno ex natura, altero ex lege positi.*

En lo que respecta a la arrogación de un *sui iuris*, dispone el emperador que cuando ésta se hubiese producido por rescripto del príncipe se considere intactos todos los derechos del padre adoptivo, constituyéndose el adoptado heredero adoptivo de aquél, agregándose a su familia:

C.8.47(48).10.5: *Ubi autem homo sui iuris constitutus per adrogationem ex augusta liberalitate sese dederit in adoptionem, tunc omnia iura patris adoptivi habeat intacta. Cum enim nullum inter patres inducitur discrimen, sit suus heres adoptivus patri adrogatori et familiae eius adgregetur, et omnia, quae ad filium adrogatum veteres legum latores induxerunt, intacta illibataque in eorum personis reserventur.*

Por último, el emperador ordena, como ya vimos en otro punto, la reducción del trámite de emancipaciones-manumisiones fingido que era usado en el antiguo derecho con el fin de disolver el vínculo con la familia natural, lo cual parece lógico dado a esta nueva concepción en la que permanecen los vínculos naturales. Sólo es necesaria una declaración, mediando actas, del padre natural que da en adopción al hijo ante el órgano competente, con presencia del adoptado y sin contradicción del padre adoptante:

C.8.47(48).11.: *Imperator Justinianus. Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemur licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem*

dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat. * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 530 D. V K. NOV. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.>

Así pues, en el derecho justiniano se siguieron distinguiendo entre las dos formas de arrogación y adopción³¹¹, la primera por rescripto del príncipe dirigida, como de costumbre, a sujetos *sui iuris*, y la segunda a personas *alieni iuris*. En esta última, como hemos comprobado, JUSTINIANO ha abolido los preliminares de la emancipación requerida para la disolución de los vínculos originarios con la familia natural, sustituyéndose por un sencillo trámite administrativo. Como indica BONFANTE, P., por primera vez la adopción aparece como una cesión del hijo de un padre a otro, ordenando consustancialmente la adhesión del hijo de familia a la realización del negocio, si no es mediante una abierta declaración, al menos mediante un asentimiento pasivo manifestado por el silencio, mediante la no contradicción ante la declaración de ambos padres.

3.3. Los efectos de la nueva adopción: *adoptio plena y minus plena*.

³¹¹ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, págs. 37 y ss; Vid. DÍAZ-MELIÁN DE HANISH, M.V., “La adopción. Evolución histórica. Los efectos en Roma”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 149-155.

Como ya hemos indicado, la gran invención de JUSTINIANO en el ámbito de la adopción adoptiva se desarrolla en la nueva concepción de ésta, manifestada en los innovadores efectos que vendrá a desplegar la misma. Esta modificación vendrá motivada, como nos indica parte de la doctrina³¹², por un intento de reequilibrar la posición del adoptado, al que la evolución de la *patria potestas* le ha ido adjudicando dos padres, invirtiendo con la nueva adopción la tradicional concepción de la adopción del derecho antiguo. Efectivamente, mientras en el *vetus ius* el único y verdadero padre era el adoptivo, manteniéndose sólo el vínculo cognaticio con el padre natural, ahora, por la reforma justiniana, tratándose de una *adoptio in extraneam personam*, el único *pater* será el padre natural, reservándose para el padre adoptivo una simple *cognatio civilis* respecto al hijo que es recibido en adopción.

Esta diversificación de efectos en el seno de la adopción de un *alieni iuris*, que ya vimos en C.8.47(48).10, es confirmada por JUSTINIANO también en sus *Instituciones*:

I. 1,11,2 (*de adoptionibus*): *Sed hodie ex nostra constitutione quum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo*

³¹² Cfr. MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, cit., pág. 334.

aimili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.

Como podemos comprobar, JUSTINIANO establece, al explicar las modificaciones a aquella *cupidae legum iuventuti* a la que va dirigida su obra, que, por una constitución promulgada por él mismo, “cuando el hijo es dado por su padre natural en adopción a una persona extraña, no se disuelven en modo alguno los derechos de la potestad del padre natural, ni nada pasa la padre adoptivo, ni aquel que está bajo la potestad de éste, aunque se le hayan concedido derechos de sucesión *ab intestato*”. Únicamente en aquellos casos en los que el padre natural hubiese dado en adopción a su hijo, no a un extraño, sino al abuelo o bisabuelo materno o paterno -en caso de estar emancipado el padre natural- “queda subsistente el derecho del padre adoptivo, ligado por un vínculo natural y estrechado por el lazo legal de la adopción, de suerte que se halle en la familia y bajo la potestad de tal padre adoptivo”, debido a que en este caso, “concurrer en una misma persona así los derechos naturales como los de la adopción”.

Así las cosas, el adoptado, por regla general, debía quedar en su familia natural y bajo la potestad del *paterfamilias* originario, por lo que el adoptado no asume la condición de hijo en la familia que lo adopta. Sólo frente al adoptante se establece a favor del adoptado la posición, en parte, que habría tenido si hubiese

sido su hijo, adquiriendo el adoptado derechos sucesorios *ab intestato*³¹³. Este modelo de adopción fue denominado *adoptio minus plena*, la cual no supone la agregación a la familia romana de un nuevo miembro, sino sólo la creación de una filiación artificial a ciertos efectos. Es el interés del adoptado el principio que guía, pues, el régimen de la *adoptio* en derecho justiniano, conciliando de esta forma los lazos de unión entre el adoptado y su familia originaria con los nuevos vínculos adquiridos con la familia adoptiva. Aún así, existe aún un resquicio de la antigua adopción con efectos plenos en época justiniana, y esto sucede cuando el adoptante es un ascendiente consanguíneo por línea materna o paterna del adoptado, la cual es denominada por los comentaristas como *adoptio plena*.

En palabras de RODRÍGUEZ ENNES, L.,³¹⁴ “en el nuevo derecho de JUSTINIANO, la adopción asume un nuevo carácter: la asunción de la cualidad de hijo. Más, en este sentido, la adopción no es una institución natural, sino una ficción, no es una institución orgánica que forma parte integrante del sistema familiar, sino una institución excepcional”.

No obstante, encontramos autores, como MIGLIORINI, M.,³¹⁵ que inciden en la naturaleza clásica de esta concepción de la adopción como un instituto destinado a reglamentar el patrimonio jurídico privatístico del sujeto, no considerando esto como una invención justiniana. Según el autor citado, basta con examinar el contenido del título VII del primer libro del *Digesto* para verificar

³¹³ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 81.

³¹⁴ ID., op.cit. pág. 82.

³¹⁵ MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, cit., pág. 342 y ss.

que el interés de la jurisprudencia clásica estaba ya orientado en este sentido, considerando que JUSTINIANO simplemente conduce a extremas consecuencias, con respecto al proceso sucesorio, una “privatización” de la adopción que los juristas ya habían señalado, por lo que se podría afirmar, sin duda, que el Emperador, en la composición del *Digesto*, habría seleccionado el material en un modo tendencialmente coherente con la propia reforma. Según la interesante tesis de MIGLIORINI, la jurisprudencia clásica interpreta la adopción desde un sentido marcadamente privatístico, poniendo siempre de relevancia la consecuencia sucesoria del acto y la voluntad del sujeto llamado a participar, por lo que la adopción era desde este tiempo ya un negocio jurídico verdadero y propio. Del acto jurídico de naturaleza procesal que implicaba una modificación de la *patria potestas*, devenía un negocio en el cual la voluntad de las partes estaba principalmente ordenada a modificar el derecho y la expectativa sucesoria del adoptado en relación al padre natural y al adoptivo. Así pues, según la tesis de este autor italiano, podríamos vislumbrar ciertos vestigios histórico-evolutivos, incluso de época clásica, que hubiesen conducido a la nueva concepción justiniana del instituto.

No obstante esto, no podemos negar al espíritu innovador de JUSTINIANO, pese a la posible existencia de lógicos antecedentes históricos, su carácter meritorio en la modernización de la institución, pues no debemos olvidar que después de dos siglos y medio de silencio imperial respecto a la institución adoptiva, fue este emperador quién, mediante las dos constituciones que ya

conocemos, con un intervalo de tiempo intermedio de apenas dos meses, trata de regular el fondo y la forma de la misma³¹⁶.

3.3.1. *Adoptio plena*.

Recordemos, para proceder a su análisis, cómo introduce JUSTINIANO estos efectos de la denominada *adoptio plena* en los textos recogidos en el *Codex* y las *Instituta*:

C.8.47(48).10: *Si vero pater naturalis avo materno filii sui vel, si ipse fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptiva iura, maneat stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum: et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit, et papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.*

I. 1,11,2 (*de adoptionibus*): (...) *Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo*

³¹⁶ Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la adoptio minus plena”, cit., pág. 545.

paterno, vel proavo aimili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.

Como podemos comprobar y ya hemos hecho referencia precedentemente, este efecto de la denominada *adoptio plena* queda reservado sólo para aquella que es realizada por los ascendientes maternos o paternos, estos últimos en los casos en los que el padre natural haya sido previamente emancipado³¹⁷. Parece lógico, en el nuevo orden de la institución, en el que se confronta la paternidad natural con la adoptiva, que, en aquellos casos en los que ambas paternidades se confunden en la misma persona, este padre adoptivo que a su vez está vinculado por lazos naturales con el adoptado asuma en sí mismo las cargas y derechos que asumirían por separado los distintos padres adoptivo y natural de tratarse de una adopción *in extraneam personam*. Así mismo lo expresa JUSTINIANO al exponer las causas de este efecto pleno de la adopción en favor de un ascendiente, cuando indica que en estos casos “concurrer en una misma persona así los derechos naturales como los de la adopción”, por lo que subsisten el derecho del padre adoptivo que, ligado por un vínculo natural, se estrecha por el lazo legal de la adopción (*et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis nodo constrictum*³¹⁸). Así, según el mismo Emperador, el hijo debe “atender solamente” (haciendo referencia a esa dualidad de paternidades de las que hablábamos) “a

³¹⁷ Vid. MONIER, R., “A propos de l’”adoptio plena” du droit de Justinien”, en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1935, págs. 234-239.

³¹⁸ I. 1,11,2.

aquel a quién la naturaleza lo agregó y la ley lo asignó por medio de la adopción”, por lo que el hijo debe poner en este padre adoptivo toda su esperanza, sin molestar la sucesión de su padre natural, debiendo entender “que es su padre solamente aquel a quien la ley lo hizo tal y no dejó de serlo por la naturaleza” (*et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit*³¹⁹).

Así pues, de las propias fuentes propuestas podemos extraer que el efecto de adopción plena no produce otras consecuencias que las ya estudiadas en la adopción clásica, pero sin el trauma del traspaso a una familia distinta pues hablamos de la adopción realizada a favor de los ascendientes del mismo adoptado. Por lo demás, se sigue produciendo la entrada del adoptado en el grupo familiar del padre adoptante -si es que no lo estaba ya-, en el que ingresaba no sin desligarse jurídicamente de la familia del padre natural, sometiéndose a la *patria potestas* del padre adoptivo, lo que produce, por ende, un cambio en su *status familiae* -aunque mucho menor, repetimos, que si de una *adoptio in extraneam personam* se tratara- que sigue afectando a su *capitis deminutio minima*³²⁰.

Por lo tanto, en cuestión de derechos sucesorios del hijo adoptado en los supuestos de *adoptio plena*, podemos afirmar que éste, dado a que se siguen manteniendo los efectos de la adopción clásica, adquiere los derechos hereditarios del padre adoptante, tanto en la sucesión *ab intestato* como en la sucesión por testamento, quedando extintos, paralelamente, los derechos sucesorios con respecto a su familia natural³²¹.

³¹⁹ C.8.48(47).10.

³²⁰ Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la adoptio minus plena”, cit., pág. 546.

³²¹ Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.M^a., “Los derechos sucesorios del hijo adoptado”, cit., pág. 18.

3.3.2. *Adoptio minus plena.*

Como ya hemos indicado, la adopción plena que antes hemos mencionado no constituye sino una excepción a la regla general que, en este caso, está representada por el efecto de *adoptio minus plena*, excepción ocasionada, más que por una determinada decisión jurídico-legislativa, por la propia concurrencia de las dos paternidades ya referidas, la natural y la legal, en un mismo sujeto, como ya nos motivaba JUSTINIANO al justificar la modificación legal de la institución. Recordemos una vez más los textos jurídicos referidos a esta *adoptio minus plena* para proceder a su análisis:

I.1,11,2 (*de adoptionibus*): *Sed hodie ex nostra constitutione quum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sint.(...)*

C.8.47(48).10: *ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari, cum in hoc casu et contradicendifilio ex*

iure vetere datur licentia et invitus transire ad aliam familiam non cogitur. Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneat integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere.

Como ya hemos indicado en más de una ocasión, este efecto de la adopción *minus plena* se desplegaba en todos los supuestos de *adoptio in extraneam personam*, es decir, siempre que la adopción fuese hecha por una persona extraña al adoptado, no unida con éste por vínculos naturales. JUSTINIANO, corrigiendo el vicio y la duda jurídica surgida de algunos supuestos de la adopción clásica³²², dispone que la adopción *in extraneam personam* “no se disuelvan de ningún modo los derechos del padre natural, sino que aquel permanezca de igual manera que si no hubiese sido transferido a otra familia” (C.8.47(48).10.). Por lo tanto, tal y como asegura el propio emperador, por la adopción “nada pasa al padre adoptivo”, ni aún el adoptado queda bajo la potestad de éste, pues de ningún modo se disuelven los derechos de la potestad del padre natural.

Contemplamos, pues, desde un primer momento hasta qué punto ha variado la concepción clásica de la institución adoptiva en esta nueva etapa

³²² Recordemos que se trataba, fundamentalmente, de evitar una posible precariedad del hijo adoptado en los casos emancipación del padre adoptivo una vez que ha muerto el padre natural, así como de conceder la acción de inoficioso contra el testamento al hijo adoptivo, de haber sido preterido por el padre natural, la cual le era negada por los jurisconsultos. Cfr. C.8.47(48).10.

justiniana. En primer lugar, el carácter de exclusividad de la familia romana, que era el que exigía, en definitiva, la previa disolución de los vínculos familiares del adoptado con la familia de origen, parece haber sufrido con la modificación legislativa un duro golpe. No obstante, aunque efectivamente podríamos afirmar esto a simple vista, no debemos olvidar aquello que ya nos hacía intuir MIGLIORINI, M.,³²³ que la evolución de la *patria potestas* no ha propiciado sino una progresiva inversión de la tradicional concepción de la adopción del derecho antiguo. Efectivamente, como ya habíamos indicado precedentemente, mientras en el *vetus ius* el único y verdadero padre era el adoptivo, manteniéndose sólo el vínculo cognaticio con el padre natural, ahora, por la reforma justiniana, tratándose de una *adoptio in extraneam personam*, el único *pater* será el padre natural, reservándose para el padre adoptivo una simple *cognatio civilis* respecto del hijo que es recibido en adopción. Esto, en principio, no atenta contra este principio de exclusividad de la familia romana, pues mientras en el instituto clásico -así como en el efecto de la nueva *adoptio plena*- el adoptado pertenecía sólo y exclusivamente a la familia adoptiva (salvaguardándose el reducto cognaticio con la familia natural como garantía frente a una posible emancipación de la familia adoptiva, evitándose en parte la eventual situación de desamparo que pudiera producirse), en la nueva concepción de la adopción *minus plena* el adoptado pertenece sólo y exclusivamente -pues se conservan todos los derechos del padre natural- a su familia de origen (uniéndole a la familia adoptiva únicamente un vínculo de cognación civil que desplegará el sólo efecto de la sucesión intestada). Tanto en un modelo de adopción -la clásica, que pervive en la *adoptio plena*- como en otro -la *adoptio minus plena*- el adoptado pertenece sólo a

³²³ Cfr. MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, cit., pág. 334.

una familia y a una potestad, con la diferencia de que la evolución histórica del pensamiento jurídico ha determinado que en ésta última adopción los vínculos preeminentes sean los naturales, que, por influencia de la doctrina cristiana, eran considerados como de nexu divino por el propio JUSTINIANO.

El mismo emperador, continuando su exposición de las modificaciones introducidas en el instituto, señala, en defensa de la pervivencia de los vínculos naturales, que estos subsisten íntegros hasta el punto de que pueda el hijo adoptado serle útil al padre natural (*ut et ipse possit prodesse patri naturali*), como para recibir de aquél lo debido por naturaleza (*et ab eo naturalia debita percipere*), lo que parece indicarnos que también las obligaciones recíprocas de alimentos con respecto a su familia de origen permanecerían inalteradas³²⁴.

Es en C.8.47(48).10.1, como ya pudimos comprobar, donde se recoge el importante cambio en el ámbito sucesorio del efecto de la adopción cuando se realiza por una persona extraña:

C.8.47(48).10.1: *sed ne articulum adoptionis et in extraneam personam factae sine lege relinquamus, licentiam damus tali adoptivo patri, id est extraneo, si voluerit, nihil ei testamento suo relinquere, sed quidquid ei reliquerit, hoc libertatis sit, non legitimo vinculo adstrictum: cum enim per omnia naturae suae filium adgregavimus, manifestissimum est, quod et acquisitiones omnium rerum, quae ad filium familias pervenerint, secundum leges nostras non adoptivo extraneo patri, sed naturali usque ad modum usus fructus perveniunt, et remaneat*

³²⁴ ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 212 y ss.

in sacris patris naturalis, quasi imaginaria quadam et nova adfectione ei adquisita, non pristinae cognationis deminutione introducta. Sed si quidem remaneat in tali adoptione nulla interveniente emancipatione, in hoc tantummodo prodesse ei volumus adoptionem, ut non successione ab intestato patris extranei adoptivi defraudetur, sed habeat accessionem fortunae ex patris naturalis sibi voluntate adquisitam. Neque enim ex vetere iure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant iura adoptiva certis reliquiis ex iure naturali remanentibus, et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturalis fuerat cognatus. Quis enim materna iura possit abolere, cum videbatur et antiquo iure patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit. Et ideo sancimus, etsi habet huiusmodi filius iura integra naturae, tamen, si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui heredis ius ad eius tantummodo successionem, ut non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur.

El emperador recoge en este fragmento la ausencia de obligación legal alguna para con el padre adoptivo de beneficiar mediante testamento al adoptado, siendo cuestión de liberabilidad de aquél testar en favor del que ha sido acogido en adopción. Esta disposición vendría a salvaguardar los posibles escrúpulos que se pudieran producir por la pervivencia del vínculo natural, según el cual todos los bienes que hubiese adquirido el hijo adoptivo pasarían en usufructo, con arreglo a derecho, al padre natural, al ostentar éste todavía la titularidad de la *patria potestas*, que sigue desplegando sus efectos de administración patrimonial.

No obstante, para no dejar sin contenido la propia institución de la adopción *in extraneam personam*, JUSTINIANO dispone que en algo debe aprovechar la misma al hijo adoptivo, determinando que éste adquiera, siempre que permanezca en la adopción -sin mediar emancipación- hasta la muerte del padre adoptivo, los derechos sucesorios *ab intestato*. Por ello, el emperador manda que, aunque el hijo tenga íntegros sus derechos naturales, tenga, sin embargo, también, si hubiera fallecido intestado el padre adoptivo extraño, el derecho de heredero suyo solamente para la sucesión de éste, sin que esto suponga la adquisición de derechos legítimos ni comunidad alguna con la familia del padre adoptivo, de la que sigue siendo considerado un extraño. En sentido contrario, como sostiene C.8.47(48).10.2, el adoptado carecería de cualquier derecho hereditario respecto al padre adoptivo si hubiese sido emancipado antes de la muerte de éste, pues el hijo quedaría sólo en reconocimiento del padre natural como si no hubiese sido llevada a cabo la adopción:

C.8.47(48).10.2: *Sin autem per emancipationem iura adoptiva fuerint dissoluta, tunc nullus ei penitus regressus ad adoptivum extraneum patrem, etsi moriatur intestatus, relinquatur, sed maneat tantummodo patrem naturalem cognoscens, tamquam non fuisset ab initio in adoptionem translatus.*

Por lo tanto, con esta adopción menos plena, debido a que el hijo adoptivo conserva íntegros los vínculos con su familia de origen, se consagra la pervivencia de derechos hereditarios del hijo adoptivo respecto de su padre natural,

adquiriendo, en caso de permanecer en la adopción al tiempo de la muerte del padre adoptivo, los derechos sucesorios *ab intestato* respecto de éste último³²⁵.

3.3.3. Exigencias formales de la nueva *adoptio*.

Como ya comprobábamos con las paulatinas reformas postclásicas e imperiales, sobre todo las modificaciones de DIOCLECIANO en la materia, quedaban lejos ya los primitivos formalismos solemnes del *ius civile* para posibilitar la asunción de un miembro extraño en una familia adoptiva.

En esta etapa justiniana, la desaparición de los comicios que aconteció en época imperial, hizo que la fórmula *per principalem rescriptum* acabara en el procedimiento de arrogación sustituyendo definitivamente la vetusta *adrogatio per populum*, pudiendo verificarse en estos momentos la arrogación en las provincias ante el gobernador³²⁶.

En lo referente a la *datio in adoptionem*, fue JUSTINIANO quién de manera expresa vino a abolir el escabroso proceso decemviral compuesto, como vimos, de tres emancipaciones y dos manumisiones sucesivas en el caso de los *filiusfamilias*, lo que realizó a través de una constitución imperial del año 530 d.C., dirigida también al ya citado anteriormente prefecto pretorio JUAN, recogida en C.8.47(48).11:

³²⁵ Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, A.M^a., “Los derechos sucesorios del hijo adoptado”, cit., pág. 19.

³²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 77.

C.8.47(48).11: *Imperator Justinianus. Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemur licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat.* * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 530 D. V K. NOV. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.>

Como ya vimos anteriormente, el ánimo de JUSTINIANO no era otro sino el de corregir las antiguas formalidades suprimiendo lo que él mismo denomina “antiguos rodeos” (*veteres circuitos*), por lo que establece la abolición de éstos inútiles -para la nueva concepción de la institución- preliminares de la emancipación sustituyéndose por un sencillo trámite administrativo que viene a manifestarse como una cesión del hijo de un padre a otro, siendo para ello necesario, por vez primera, la adhesión del hijo de familia a la realización del negocio, si no es, como dijimos, mediante una abierta declaración, al menos mediante un asentimiento pasivo manifestado por el silencio³²⁷.

3.4. El principio *adoptio imitatur naturam*.

³²⁷ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, cit., págs. 37 y ss.

No debemos obviar que toda la mutación jurídica obrada en la institución adoptiva no se debe sino al otorgamiento de una mayor relevancia al principio, ya conocido por el derecho clásico, de “la adopción imita a la naturaleza”. Es por ello por lo que BONFANTE, P.³²⁸, advierte: “Ma più importante che non le forme è la sostanza della nuova adozione, quale si manifesta nei suoi requisiti e nei suoi effetti. L’adozione giustiniana non è più in genere l’aggregazione ad una nuova famiglia né rappresenta l’assoggettamento alla patria potestà dell’adottante. Ciò che prevale è oramai quello che pare il lato inverso, ma che in realtà presenta un pensiero diferente, l’acquisto della posizione e dei diritti di figlio rispetto al padre adottivo”. Es en este sentido en el que el autor italiano afirma, que el adagio *adoptio imitatur naturam* “rappresenta un concetto ispiratore della nuova legislazione e le norme che non vi si confanno sono da riguardare come rudimenti storico-giuridici”.

No obstante, este principio inspirador de la nueva legislación por el cual la adopción tiende a constituir una relación análoga a la derivada por la generación no parece ser una acuñación del propio JUSTINIANO, pues podemos advertir esta regla de *adoptio imitatur naturam* en un texto de CÍCERÓN³²⁹, en el que sostiene la nulidad de la arrogación de CLODIO por un ciudadano más joven que él. En opinión del jurista, esta adopción parece tener visos de un artificio polémico, por lo que recuerda, además, que era costumbre permitir la arrogación sólo cuando el arrogante alcanzase una edad en la que no le cabía tener descendencia natural,

³²⁸ *Corso de diritto romano*, cit., pág. 38.

³²⁹ CÍCERÓN, *pro domo*, 14.

como indica RODRÍGUEZ ENNES, L.³³⁰. Según este autor, pese a la afirmación de CICERÓN, *ut adoptio fili quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitate esse videatur*, esto no constituía una regla inmutable del *ius pontificium*, por lo que la adopción de CLAUDIO por FONTEYO no dejó de ser válida³³¹.

Efectivamente, en opinión de COMERCI, G.³³², la afirmación de CICERÓN según la cual una de las condiciones de la adopción era la ausencia de hijos naturales por parte del arrogante era una consecuencia del carácter naturalístico de la institución, cada vez más influyente por otra parte conforme avanza el cambio de concepción en la familia cognaticia, y de la convicción jurídica de que los hijos se generan “por naturaleza o por adopción”. En este contexto, como nos indica el autor citado, la adopción era entendida como un auxilio legal para la naturaleza, un medio para evitar que el culto y la descendencia de una familia se extinguieran por falta de hijos naturales.

Unido a esta ausencia de respeto al uso común de las costumbres mayores por la adopción llevada a cabo por un arrogante con descendencia natural, CICERÓN manifiesta, como hemos visto, su sorprendido escándalo por no haber seguido lo mandado por las leyes en cuestiones fundamentales como la edad del adoptante y la conservación del culto de la *gens*, manteniendo el orador una posición claramente crítica con las denominadas adopciones políticas, en las que se desvirtúa la finalidad de procurarse un hijo propia de la institución adoptiva³³³.

³³⁰ *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 61.

³³¹ ID., op. cit., pág. 61, n.130.

³³² Cfr. COMERCI, G., *Ex amore adoptio*, Rubettino Editore, 2007, pág. 34.

³³³ ID., op. cit., págs. 36-37.

Siguiendo a RUSSO RUGGERI, C.³³⁴, otro indicio de la transformación en un sentido naturalístico del concepto de *adoptio* viene constituido por la famosa apertura del título V del primer libro del *Epitome Gai*, que afirma:

Adoptio naturae similitudo est, ut aliquis filium habere possit, quem non generavit.

No podemos dejar de vincular esta afirmación -según la cual la adopción se asemeja a la naturaleza, otorgando a quien no generó hijos naturales la posibilidad de tener descendencia- a aquella de CICERÓN por la que se acostumbraba a permitir la arrogación sólo cuando el *adrogans* alcanzase una edad en la que no le cabía tener descendencia natural

De la misma forma, debemos hacer referencia al texto de la *Paráfrasis* de TEÓFILO³³⁵, según el cual la adopción es un *actus legitimus qui naturam imitatur in solatium eorum qui liberis carerent*. No obstante, en opinión de BONFANTE, P.³³⁶, “la definizione non quadra perfettamente, perché l’adozione è tuttavia permessa a coloro che hanno figli, ma nel rilievo dato all’imitazione della natura, alla qualità di figlio, al conforto di padre, essa illustra bene il nuovo concetto dell’adozione”.

³³⁴ *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., pág.102.

³³⁵ Pr.1,11,4.

³³⁶ *Corso de diritto romano*, cit., pág. 38; Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., págs. 73 y ss., n. 173.

La cuestión acerca de si es contraria a la institución adoptiva aquella que es realizada por un ciudadano más joven que el adoptado es un interrogante presente en la jurisprudencia, de la que ya GAYO nos ofrece testimonio sin proveer una solución:

GAIUS, *Inst. I*, 106: *Sed et illa quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est.*

Será JUSTINIANO en sus *Instituciones* quién establezca con base al principio inspirador ya citado, *adoptio imitatur naturam*, dicha diferencia de edad que debe mediar entre adoptante y adoptado:

I. 1, 11, 4 (*de adoptionibus*): *Minorem natu non posse maiorem adoptare, placet; adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut maior sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adoptionem vel arrogationem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis, praecedere.*

Según lo expuesto, el derecho justiniano establece que, en virtud del principio según el cual la adopción imita a la naturaleza, el adoptante debe aventajar al adoptado en toda la pubertad, esto es, en dieciocho años, debiendo ser siempre mayor el padre que el hijo, considerándose monstruoso lo contrario³³⁷.

³³⁷ Vid. CASTELLO, C., *Sull'età dell'adottante e dell'adottato in diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

Esta normativa, que supone una evidente modificación de concepción con respecto a la antigua adopción, pone fin a la genuina adopción romana en la que de ninguna forma, como señala RODRÍGUEZ ENNES, L.³³⁸, puede considerarse la inspiración de la misma en una construcción artificial de la descendencia natural, sino, antes bien, en la agregación de nuevos súbditos a la familia procedentes de fuera de ella, de lo emana la consecuencia de la esencial sujeción del adoptado a la *patria potestas* del *paterfamilias* adoptante, siendo irrelevante en la adopción puramente romana que existan condiciones tales que puedan hacer parangonable la adopción a la relación natural de filiación. Esta concepción del *vetus ius* respecto a la clásica institución adoptiva está en clara confrontación con la nueva normativa según la cual la adopción viene a constituir una figura jurídico-legal sustitutiva de la filiación natural.

Pese a los antecedentes histórico-jurídicos que hemos citado, no podemos determinar en qué época fue introducido este principio como inspirador de la adopción con manifestación jurídica-legal. Así, como podíamos comprobar con CICERÓN, ya desde la época republicana va apareciendo un cierto sentimiento de repugnancia respecto a la adopción de un ciudadano de más edad por parte de otro más joven, lo cual parece ir indicando una influencia del adagio naturalístico como un principio inspirador de la institución adoptiva, aún cuando no estuviese posiblemente formulado como tal.³³⁹ No olvidemos que ULPIANO ya parece hacer referencia a una inspiración de corte naturalístico al indicar que se debe examinar si es menor de sesenta años el que arroga (lo que considerando la esperanza de

³³⁸ *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 73.

³³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág.74.

vida de la antigüedad es una edad ampliamente avanzada) porque, se ser así, debería, señala expresamente el jurista, “atender preferentemente a la procreación de hijos”:

D.1.7.15.2 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.*

No obstante, aunque la idea de asemejar la adopción a la filiación natural no parece ser extraña a la época clásica, ésta se afirma gradualmente a medida que decae la antigua función de la institución adoptiva³⁴⁰, por lo que cabe afirmar que en dicha época clásica el principio *adoptio imitatur naturam* junto con sus exigencias y requisitos, como la prohibición de la adopción realizada por adoptantes de menor edad que el adoptado, nunca haya asumido el carácter de norma *iure civilis*, lo que parece perdurar al menos hasta la época de los Antoninos, pues recordemos la indefinición de GAYO frente esta cuestión. Esto no obsta para reconocer que en la práctica, como nos recordaba CICERÓN, en virtud de sus facultades discrecionales, los pontífices solían en las arrogaciones mantener el criterio, no *ex iure* pero sí *de facto*, de exigir una prudente separación de edad entre arrogante y arrogado. Es por ello que podemos afirmar que, aún existiendo ciertos precedentes histórico-jurídicos, no es sino hasta JUSTINIANO cuando se establece el requisito legal de edad que debe mediar entre adoptante y

³⁴⁰ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 91.

adoptado, plenamente inspirado, como expresa el emperador cristiano, en el principio *adoptio imitatur naturam*³⁴¹.

Esta pública proclamación legal del principio naturalístico realizada por JUSTINIANO conlleva un importante cambio en los requisitos exigidos para realizar una adopción. Así, buscando la continua semejanza de la filiación adoptiva a la filiación natural se exige, en primer lugar, como hemos visto en el texto de las *Instituciones*, el requisito legal de edad según el cual el adoptante debe exceder en al menos dieciocho años al adoptado. Es también aquí, en las *Instituciones*, donde nos aparece el impedimento legal de adoptar dirigido a los *castrati*, lo que parece ser obra de los compiladores pues, como nos recuerda BONFANTE, P.³⁴², el mismo GAYO declaraba en sus instituciones la posibilidad de adoptar de los *spadones*³⁴³, sin mencionar restricción alguna para los castrados, como sí hace JUSTINIANO:

I. 1.11.9: *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

Con un razonable fundamento en el principio de semejanza de la adopción a la filiación natural, se prohíbe igualmente adoptar a los hijos naturales, lo que originó la institución de la legitimación de los hijos nacidos de concubinato.

³⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., págs.74-75.

³⁴² *Corso de diritto romano*, cit., pág. 38; Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., págs.41-42.

³⁴³ GAIUS, *Inst. I*, 103.

Como nos recuerda RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁴⁴, la adopción imita a la naturaleza, pero no sustituye al matrimonio, por lo que al progenitor sólo le queda dejar que los hijos naturales (no legítimos) permanezcan en este estado, o proceder a legitimarlos, ya que las relaciones paternofiliales únicamente dimanar de la procreación, siendo independientes de la realización de cualquier acto jurídico. No obstante esto, sí se permite la adopción a aquellos que no están casados (que no tienen mujer en matrimonio):

D.1.7.30 (*Paulus libro secundo regularum*): *Et qui uxores non habent filios adoptare possunt.*

De la misma forma, se prohíbe, como nos indica D.1.7.37 sobre un texto de PAULO, la segunda adopción de aquel que, habiendo sido adoptado anteriormente, hubiere sido emancipado o dado en adopción a otro:

D.1.7.37 (*Paulus libro secundo sententiarum*): *pr. Adoptare quis nepotis loco potest, etiam si filium non habet. 1. Eum quem quis adoptavit, emancipatum vel in adoptionem datum iterum non potest adoptare.*

Tampoco cabe, por tanto, la adopción a término, según el testimonio del mismo PAULO sobre una *opinio iuris* de LABEÓN:

³⁴⁴ *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág. 79.

D.1.7.34 (*Paulus libro 11 quaestionum*): *Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

Respecto a la influencia legal del principio jurídico en el ámbito de la arrogación, debemos indicar que las medidas tomadas marcharon en la dirección de una mayor protección del adoptado y de los futuros -presuntos- herederos del arrogante, debido a las mayores consecuencias en el orden patrimonial de la misma³⁴⁵. En este orden de cosas, pues, además de la ya citada necesidad de indagar si el arrogador es mayor de 60 años, no permitiéndose la arrogación a los menores de esta edad si no es por justa causa, no se permite tampoco la arrogación de muchos si no es por justa causa, ni la de un liberto ajeno ni la de un sujeto mayor por otro menor³⁴⁶:

D.1.7.15.3 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Item non debet quis plures adrogare nisi ex iusta causa, sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.*

Para evitar que disminuya la esperanza en el orden hereditario de los hijos tenidos de justas nupcias, se limita de la misma forma la adopción no considerándose conveniente que se realice por aquellos que ya tienen uno o varios hijos. De la misma forma, por razonables escrúpulos económicos, se limita la

³⁴⁵ ID. op. cit., loc. cit.

³⁴⁶ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, cit., págs. 42 y ss.

arrogación del más rico por el más pobre, a no ser que sea evidente su sobriedad de vida y medie un afecto honrado y evidente, y aún así suele en estos casos darse fianza:

D.1.7.17.3-5 (*Ulpianus 26 ad Sabinum*): 3. *Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminuaturspes quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi, aut qui adoptatus fuit minus percipiat quam dignum erit eum consequi.* 4. *Interdum et ditiozem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietas clara sit vel affectio honesta nec incognita.* 5. *Satisfactio autem in his casibus dari solet.*

De la misma manera, se prohíbe arrogar a los pupilos por parte de sus tutores, permitiéndose sólo en aquellos casos en los que medie un natural parentesco o un purísimo afecto, y siempre examinando los bienes del pupilo y del adoptante, para confirmar si la adopción es conveniente para el pupilo:

D.1.7.17.pr. (*Ulpianus 26 ad Sabinum*): *Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit.* 1. *Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere.* 2. *Et primum quidem excutiendum erit, quae facultates pupilli sint et quae eius, qui adoptare eum velit, ut aestimetur*

ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intellegi: deinde cuius vitae sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam: tertio cuius idem aetatis sit, ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam.

En los casos de *adrogatio impuberis*, continuando con las disposiciones de ANTONINO³⁴⁷, se debe proceder a una previa y cuidadosa investigación de las circunstancias de moralidad, condiciones de familia y cualesquiera otras análogas referidas al arrogante, que debían ser apreciadas no sin cierta discrecionalidad por los magistrados competentes³⁴⁸, debiendo incluso en algunos casos ser oído el impúbero:

D.1.7.32.pr. (*Papinianus libro 31 quaestionum*): *Nonnumquam autem impubes qui adoptatus est audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret, idque causa cognita per iudicem statuendum erit.*

Como ya pudimos comprobar, fue bajo esta nueva concepción de la institución, influenciada por el principio naturalístico que le transfirió rasgos afectivo-tuitivos, cuando se procedió, como nos recuerda BONFANTE, P.³⁴⁹, a permitir la mujer la adopción *in solatium filiorum amissorum*, aunque esta desde una vía absolutamente excepcional.

³⁴⁷ GAIUS, *Inst.* I, 102.

³⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, op. cit., pág.79.

³⁴⁹ Cfr. *Corso de diritto romano*, cit., pág. 45.

Como bien ha sabido interpretar ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, que los criterios de la adopción justiniana son los mismos que informan nuestro Derecho lo demuestra el hecho de que nuestro Código Civil exige que el adoptante tenga al menos 25 años y, en todo caso, catorce años más que el adoptado³⁵⁰.

Bajo esta forma ficticia y excepcional fue como la institución adoptiva pasó al Derecho moderno, con objetivos ya no de ámbito económico-político, como ocurría en las primeras épocas, sino en otros ámbitos mucho más filantrópico-sentimentales³⁵¹. Así, podemos considerar, junto con un sector de la doctrina³⁵², que la *adoptio minus plena* constituye lo que puede considerarse el precedente histórico de la adopción que durante tanto tiempo estuvo regulada en nuestro Código Civil, de tal forma que hasta 1987 el Derecho español seguía distinguiendo, tal y como hiciera JUSTINIANO, la adopción plena de la simple.

4. Las adopciones privadas: *adoptio testamentaria* y *adoptio tabulis copulata*.

La doctrina viene a denominar adopciones privadas a aquellas que, sin mediar la intervención de autoridad pública alguna, se constituyen como negocios jurídicos perfeccionados entre adoptante y adoptado, así como entre los parientes

³⁵⁰ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., op. cit., pág. 39.

³⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 82.

³⁵² Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la *adoptio minus plena*”, cit., pág. 550.

de uno y otro. Así, como nos recuerda PITZORNO, B.³⁵³, aunque la *adrogatio* y la *datio in adoptionem* eran las formas de adopción típicas del *ius civile*, no fueron las únicas que aparecieron en el Imperio, pues a los peregrinos, a quienes no se les permitía adoptar pues eran incapaces de adquirir la patria potestad romana con arreglo a derecho, no se les prohibía, por contra, adoptar conforme a sus legislaciones locales³⁵⁴. De esta forma, podemos hablar en este ámbito de la *adoptio per testamentum* y la *adoptio tabulis copulata*.

4.1. La *adoptio testamentaria*³⁵⁵.

Como ya señalábamos en el capítulo anterior al proceder al análisis de la adopción de OCTAVIO por CÉSAR, la *adoptio per testamentum* o *adoptio testamentaria* no es sino la adopción del heredero instituido mediante declaración testamentaria. No obstante, aunque podemos incluir esta adopción testamentaria en el ámbito de las adopciones privadas, la intervención de la autoridad pública se hará necesaria al menos de cara a su convalidación, que debían realizar las curias. Efectivamente, como ya hicimos referencia en su momento, en opinión de CUYACIO, no nos encontramos ante una verdadera adopción sino ante una *adoptio non iure facta*, que expresa un deseo del difunto pero que debía y solía ser convalidado de la debida forma, de la misma manera que se debe confirmar por el

³⁵³ PITZORNO, B., *L'adozione privata*, Unione Tipografica Cooperativa, Perugia, 1914, pág. 21.

³⁵⁴ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 92.

³⁵⁵ Vid. en el primer punto del tercer capítulo, lo correspondiente a “La adopción de OCTAVIO. La *adoptio per testamentum*”, a lo que nos remitimos en esta materia para no extendernos en lo ya tratado.

magistrado el nombramiento de curador en el testamento paterno³⁵⁶. Así pues, la adopción testamentaria se debía convalidar, bien mediante el recurso a las curias, o bien mediante el rescripto del Príncipe, tal y como nos indicará MARCELO:

D.1.7.38 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

Podemos afirmar, por tanto, con BONFANTE, P.³⁵⁷, que “ad ogni modo quest’uso del termine e questo concetto dell’adozione adibita in un senso prevalentemente morale con un’efficacia giuridica, che è un’ombra rispetto alla vera efficacia dell’adozione, sono gli indici di un oscuramento e di un’alterazione dell’istituto nella coscienza sociale”. Así pues, el nombre en este caso no significa nada, pues como ya indicábamos siguiendo la opinión de RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁵⁸, se puede concluir que la adopción testamentaria no es una verdadera forma de arrogación, productora de los efectos de la *adrogatio per populum*, sino una normal institución de heredero bajo la condición para éste de tomar el nombre del testador (*nomen ferre*).

4.2. La *adoptio tabulis copulata*.

³⁵⁶ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, cit., pág. 27.

³⁵⁷ Op. cit., pág. 29.

³⁵⁸ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 58 y ss.

Es a través de las constituciones imperiales, en su intento de excluir esta forma de adopción del *ius civile*, por las que conocemos este tipo de adopción realizada en escritura ante notario, que se halla, como ya dijimos, al margen de la típica adopción romana. Así, tenemos noticia de este tipo de adopción privada, pues no media autoridad pública alguna, por una ya citada constitución de DIOCLECIANO dirigida a PROCULIANO:

C. 8.47(48).4: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed sollemni iuris ordine apud praesidem solet copulari.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. PROCULIANO. * <A 290 PP. K. SEPT. IPSIS IIII ET III AA. CONSS.>

Como hemos indicado, la intención de las constituciones imperiales al hacer referencia a esta modalidad de adopción privada no es la de prohibirlas, pues son de uso de los peregrinos, sino la de excluirla del sistema del *ius civile*. Es por ello que los juristas mantienen, sin una expresa prohibición de la *adoptio tabulis copulata*, una continua referencia a la *confirmatio principis* como forma de convalidar jurídicamente las adopciones *non iure factae*, así como una continua advertencia, como hemos visto en el texto anterior, acerca de la formalidad según la cual debe realizarse la adopción³⁵⁹. En estas últimas, podemos encajar, además de la constitución ya citada precedentemente, los textos siguientes³⁶⁰:

³⁵⁹ Cfr. OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 95.

³⁶⁰ Cfr. PITZORNO, B., *L'adozione privata*, Unione Tipografica Cooperativa, Perugia, 1914, págs. 22 y ss.

C.8.47(48).1, donde se advierte claramente que no se puede adoptar conforme al derecho civil si no es ante aquel en quién reside la plena acción de la ley:

C. 8.47(48).1: *Imperator Gordianus. Hi, qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt.* * GORD. A. MARCIAE. * <A 239 PP. K. IUN. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

C.8.47(48).6, que nos explicita que las arrogaciones sólo pueden realizarse por rescripto del príncipe.

C. 8.47(48).6: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia urbe nec in provinciis nisi ex rescripto principali fieri possunt.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. MELITONI. * <A 293 S. IIII NON. APRIL. BYZANTII AA. CONSS.>

O las constituciones recogidas en C.4.19.13 y 14, según las cuales el parentesco por consanguinidad sólo se contrae por nacimiento y por adopción, no por cartas, ni por aseveraciones, aunque exista consentimiento de ambas partes:

C.4.19.13: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non epistulis necessitudo consanguinitatis, sed natalibus vel adoptionis sollemnitate coniungitur, nec adversus absentem hereditatis dividundae gratia velut contra*

*fratrem pro ancilla petitus arbiter substantiae perimit veritatem. 1 . Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistulam emisisti, sive familiae erciscundae quasi pro coherede petitus arbiter doceatur , fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IUSTINO. * <A 293 D. K. DEC. AA. CONSS.>*

C.4.19.14 : *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Non nudis adseverationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione sollemni filii civili iure patri constituuntur. Si itaque hunc contra quem supplicas alienum esse confidis, per te vel per procuratorem adfirmationem eius falsam detege * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. MUCIANO. * <A 293 D. K. DEC. AA. CONSS.>*

De la misma forma, las fuentes no dejan de hacer referencia a la necesidad de convalidar dichas adopciones *non iure factae* para que sean consideradas conformes al *ius civile*, entre las que podemos destacar los textos siguientes:

D.1.7.29 (*Callistratus libro secundo institutionum*): *Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quam sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si iure facta esset.*

D. 1.7.38 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

D. 1.7.39 (*Ulpianus libro tertio de officio consulis*): *Nam ita divus Marcus Eutychiano rescripsit: "quod desideras an impetrare debeas, aestimabunt iudices adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis"*.

Son pocos los datos que obtenemos de las fuentes literarias³⁶¹ sobre esta *adoptio tabulis copulata*, que, si bien hacen referencia a estos casos de adopción realizados en las provincias, no indican los suficientes datos acerca de las formas y los efectos de ésta. No obstante, encontramos un importante testimonio de esta adopción en el Pap. Lips. 28, del año 381 d.C., redactado en Egipto, del que nos ha ilustrado grandemente MITTEIS³⁶². Es por este documento por el que conocemos del funcionamiento de esta modalidad de adopción privada en las provincias. El papiro contiene la arrogación realizada entre AURELIA TEEYS y su hijo más joven, AURELIO SILBANOS, por la cual AURELIA cede a SILBANOS su nieto de diez años de edad, PAESI, que es hijo del fallecido PAPNUTHIOS SILBANO, hijo de AURELIA, habiendo fallecido también la madre del pequeño. El adoptante declara expresamente obligarse a vestirlo y nutrirlo, cuidar su patrimonio y restituirselo cuando alcance la mayoría de edad, tratándolo como un hijo nacido

³⁶¹ LIVIO, 42, c.52, POLIBIO, 37; PLUTARCO, *Alex.*, 38; JUSTINO, *Hist.*, 18, 11, 18. Cfr. PITZORNO, B., *L'adozione privata*, cit., pág. 26, n.1; OTERO VALERA, A., "La Adopción en la Historia del Derecho Español", cit., págs. 94-95.

³⁶² MITTEIS, *Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig*, I, Leipzig, 1906; ID.-WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig, 1912. Glosado por PITZORNO, B., *L'adozione privata*, cit., pág. 26; y OTERO VALERA, A., "La Adopción en la Historia del Derecho Español", cit., pág. 96.

de justas nupcias, instituyéndolo además como heredero. El documento incluye cláusula de validez del acto así como la entrega de ejemplares del mismo³⁶³.

La singularidad del citado documento lo constituye el hecho de que no constituye en sí una arrogación conforme al *ius civile*, que en esa época supondría su formalización a través de rescripto imperial y un proceso jurídico formal ante el gobernador provincial, debiendo el arrogante otorgar la debida caución a través de la *quarta divi Pii*, de la que no hace mención alguna el texto³⁶⁴. Resulta obvio, además, que no constituye ninguna forma de adopción, pues aún sería necesaria en este tiempo la realización de la triple emancipación conforme al derecho decemviral. Y no obstante esto no cabe duda de que el papiro describe una definitiva adopción -no un mero trámite previo de preparación de un acto solemne posterior, lo que no tiene serio fundamento si consideramos que las partes parecen tener plena consciencia de haber realizado un acto formalmente completo³⁶⁵-, representando el documento una *tabula per tabellionem*, de las que DIOCLECIANO nos daba noticias en aquella constitución dirigida a PROCULIANO que recoge C. 8.47(48).4.

En lo referente a los efectos, parece, como nos indica PITZORNO, B.³⁶⁶, que, en la adopción de PAESI, estos tampoco parecen corresponder a los de la adopción romana, pues parece más bien estar dirigida a asegurar al adoptado la asistencia y la sucesión del adoptante, más que a procurar de éste último la patria

³⁶³ Cfr. PITZORNO, B., *L'adozione privata*, cit., pág. 26.

³⁶⁴ Cfr. OTERO VALERA, A., "La Adopción en la Historia del Derecho Español", cit., pág. 96.

³⁶⁵ Cfr. PITZORNO, B., *L'adozione privata*, cit., pág. 28; RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, cit., págs.34-35.

³⁶⁶ Op. cit., pág. 27-28.

potestad de aquel. En este sentido, nuestro autor se distancia de la opinión de MITTEIS, según el cual se trataría de una sucesión intestada, que PIZORNO no puede admitir al no existir patria potestad³⁶⁷. OTERO VALERA, A.³⁶⁸, resuelve la cuestión al recordar que PIZORNO olvida, en este caso, que la adopción en cuestión no corresponde al derecho romano, sino al provincial, y que el hijo de un provincial, no sujeto a la patria potestad de su padre en el sentido romano, podía suceder también *ab intestato*.

Así pues, esta adopción privada estaba dirigida a crear una serie de obligaciones contractuales convenidas y estipuladas entre las personas del adoptante, el adoptado y el padre de éste, que venían a crear las mismas relaciones que se derivarían del vínculo natural consanguíneo. Será esta fuerza de pacto entre las partes³⁶⁹, no prohibida por el derecho aunque sí desprovista del reconocimiento de adopción según el *ius civile*, la que disponga la eficacia de esta forma de adoptar que, bien mirado, suponía la única que se permitiría a los peregrinos provinciales.

5. La *adoptio in fratrem*

³⁶⁷ Op. cit., pág. 69, n.1.

³⁶⁸ “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 96.

³⁶⁹ Vid. ALBURQUERQUE, J.M., *En torno a la formulación edictal: pacta conventa...servabo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1990; Id., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995.

No queremos dar por terminado este capítulo sin hacer una referencia a la denominada *adoptio in fratrem* o pacto de fraternidad. Como podemos comprobar, el principal equívoco en esta institución lo provoca el mismo nombre que se le otorga a la institución, el cual, según parte de la doctrina, fue un error de categorización de los propios romanos, que en lugar de incluirla en la categoría de los contratos de sociedad, la integraron nominalmente en el mismo concepto de adopción³⁷⁰.

No es de extrañar, pues, en una concepción de la institución adoptiva como la romana, en la que la finalidad principal la constituye la integración de un *filiusfamilias* en el ámbito de la potestad paterna, se considere fuera de lugar y prácticamente un absurdo gramatical hablar de *adoptio in fratrem*. Esta institución antiquísima procedente de los derechos locales orientales y que parece seguir practicándose en el Dominado³⁷¹ perseguía mediante el llamado pacto de fraternidad una doble finalidad: de un lado, el hermanado asumía la obligación de la venganza de sangre cuando su análogo hubiese sido herido o muerto, mientras que, por otro lado, entre ambos contrayentes se adquirirían derechos de sucesión legítima. Que estas finalidades, propias como dijimos de los derechos orientales, no cabían en el ordenamiento jurídico romano, nos lo muestra el mismo emperador DIOCLECIANO, que en una constitución del año 285 d.C. dirigida a

³⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 68.

³⁷¹ Que continúa existiendo como institución significativa de los derechos nacionales orientales, incluso coexistiendo con el Derecho Romano, aún bajo el *Edicto* de CARACALLA. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 69.

ZIZÓN deja expresa constancia de la ilicitud de tal pacto de fraternidad, incluso entre los mismos peregrinos³⁷²:

C.6.24.7: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi curae habebit praeses provinciae* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ZIZONI. * <A 285 PP. III NON. DEC. DIOCLETIANO II ET ARISTOBULO CONSS.>

Obviamente, esta adopción en fraternidad no pudo sino ser declarada nula por DIOCLECIANO, pues su finalidad distaba mucho de lo que el ordenamiento jurídico romano podría permitir. Efectivamente, como bien nos indica RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁷³, no es conciliable con los principios morales y jurídicos de Roma aquella venganza exigida por el pacto de fraternidad en caso de ser herido o muerto el hermanado, que claramente contradice los principios jurídicos romanos. De la misma forma, la finalidad sucesoria de la fraternidad artificial no parece tener sentido en un sistema jurídico-sucesorio que permite, a través de la sucesión testada, la posibilidad de instituir heredero o legatario a un extraño. Esto justifica razonadamente la declaración de nulidad de tales pactos de fraternidad por DIOCLECIANO en la constitución que hemos citado precedentemente.

³⁷² KOSCHAKER, P., "Adoptio in fratrem", en *Studi in honore di Salvatore Riccobono*, 1974, pág. 361-376

³⁷³ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., págs. 68-69.

CAPÍTULO V. LA RECEPCIÓN DE LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA ROMANA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. La adopción en la época visigótica. La influencia germánica en la evolución de la institución adoptiva.

De sobra es conocido el famoso aforismo según el cual el Derecho, conformado por un importante concurso de conceptos e instituciones jurídicas, clasificaciones y soluciones, al que se añade un lenguaje propio y dinámico, se configura como un producto histórico³⁷⁴. Por esta razón, el Derecho romano, que en palabras de ZUBIRI constituía uno de los ejes, junto con la filosofía griega y la influencia cristiana, del pensamiento occidental, tiene un importante papel alumbrador del derecho contemporáneo mediante el estudio de su recepción en Europa y, por ende, en todo el pensamiento jurídico occidental.

Efectivamente, la Historia de Europa, y, con ella, la Historia española, al menos en su ser jurídico, no puede comprenderse si no es a la luz de la esencia genuinamente romana de sus instituciones jurídicas, a las que habrá que sumarle, en clara honradez científica, la importante influencia de las instituciones germánicas de las distintas tribus que vinieron a ocupar el occidente a la caída de Roma, que contribuyeron de forma directa, mediante la inclusión de instituciones

³⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., págs. 293 y ss. Añade este autor: “Aparte del ideal político democrático, Europa se configura sobre los pilares del pensamiento filosófico, científico y artístico griego, del Derecho Romano, de las instituciones germánicas y de la ética social cristiana”.

propias, o indirecta, contribuyendo en el proceso de vulgarización del derecho romano, en la formación de la futura ciencia jurídica europea. Como nos indica RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁷⁵, las raíces del pensamiento jurídico europeo vienen a hundirse en las tres últimas fuerzas básicas del mundo antiguo: Roma y su Derecho, el Cristianismo y la Iglesia Romana, y la nueva conciencia vital de los pueblos y razas que se apoderaron del territorio que dejó Roma en el occidente o fueron afectados por su cultura jurídica o conquistados por ella. De la conjunción de estos tres elementos obtenemos contribuciones insustituibles que configuraron la cultura y el pensamiento jurídico europeo.

Por lo tanto, el Derecho germánico cumple un papel ineludible en la formación del Derecho español, junto con el Derecho romano. No debemos olvidar que, debido a que los visigodos y otros pueblos germanos se establecieron en las provincias occidentales del imperio en virtud de los *foedera* y la *hospitalitas*, que los consideraba aliados y les otorgaba tierras en las que asentarse, no se efectuó una ruptura histórica que hubiese generado una organización política independiente y, consecuentemente, un nuevo ordenamiento jurídico distinto del romano³⁷⁶. Es más, los primeros monarcas de los nuevos territorios germánicos se consideraban a sí mismos como representantes y herederos de Roma, de la que reconocían la superioridad de sus antiguas leyes y la necesidad de mantenerlas, aspirando incluso a restaurar el pasado. Como de manera muy ilustrativa nos señala RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁷⁷, los godos querían ser romanos, y así ocuparon la Península en nombre de Roma, escribían en latín y

³⁷⁵ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 84.

³⁷⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., op. cit., pág. 86.

³⁷⁷ Op. cit., pág. 87.

dieron leyes basadas en la tradición romana a unos habitantes que no creían que Roma hubiese desaparecido. La legislación romana era considerada vigente junto con la tradición legal visigoda. Y por la influencia cristiana que se manifestó en los pueblos germánicos, la misma legislación visigoda intentó, sin éxito en ciertas ocasiones, desterrar algunas costumbres jurídicas germánicas que contrariaban a la nueva fe, así como a la misma soberanía del estado. Es por esto, pese a la supervivencia de algunas instituciones genuinamente germánicas, por lo que algunos autores han querido considerar el derecho de esta época como una expresión más del Derecho romano vulgar, ya desnaturalizado previamente por los usos provinciales.

1.1. La adopción en la *Lex Romana Visigothorum*

La primera referencia que encontramos en la época visigótica sobre la institución adoptiva la hallamos en la *Lex Romana Visigothorum*, también denominada *Breviario de Alarico* por tratarse, como es sabido, de un código legislativo encargado por el rey ALARICO III a una comisión de juristas, siendo aprobado en el año 506 por una asamblea de altos dignatarios, nobles y eclesiásticos. Dicho código estaba formado por una compilación de constituciones imperiales ya contenidas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como algunas constituciones posteriores a TEODOSIO, añadiéndose algunas opiniones de jurisconsultos de entre los que destacan PAPINIANO, GAYO y PAULO³⁷⁸. Obsérvese, por tanto, la altísima influencia romana

³⁷⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 339.

del ordenamiento jurídico visigodo, ya insinuada precedentemente, máxime si consideramos, como ya han manifestado algunos estudiosos, que ésta *Lex Romana Visigothorum*, que fue considerada modelo de ley romano-visigótica por otros códigos germanos, vino a derogar, si no es totalmente, sí en una importante parte, el anterior *Código* de EURICO, configurándose incluso como una legislación de ámbito territorial, aplicable tanto a romanos como a godos.

El *Epítome de Gayo*³⁷⁹ que recoge el Breviario define la adopción como *naturae similitudo, ut aliquis filium habere possit, quem non generaverit*, poniéndose de manifiesto, como nos indica OTERO VARELA, A.³⁸⁰, la falta de relieve que se le otorga al sometimiento del adoptado a la *patria potestas* del adoptante, característica esencial de la adopción romana clásica. En lugar de esto, sobresale en la definición aquel último significado de la adopción que la identifica como una institución dirigida a colocar en lugar de hijo a una persona que no lo es por nacimiento. Aún cuando se hace expresa distinción entre las figuras de la *adoptio* y de la *adrogatio*, no cabe duda que ésta se fundamenta en el *status* de la persona del adoptado, y no de una distinta formalidad entre una y otra, pues se omite a propósito el distinto procedimiento de éstas que describe GAYO en el Libro primero de sus *Instituciones* (98 y 99), lo que inclina a nuestro autor a creer que la arrogación había sufrido una profunda alteración. Es por eso, que el compilador, al no poder mantener la referencia a la *rogatio ad populum* que hace el jurista romano, conserva sólo en *Epít. Gai* 1,5,1 la referencia al nombre, omitiendo lo demás, aún cuando la verdadera fundamentación de aquella se encuentra precisamente en lo que omite el compilador. Incluso podemos afirmar

³⁷⁹ *Epít. Gai* 1, 5, pr.

³⁸⁰ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 97.

que la mención que se hace en *Epítome de Gayo* 2,3,3 a la dualidad *adoptio apud populum* y *adoptio apud praetorem* carece de valor real, representando su inclusión por parte del compilador un fruto de la inercia histórica que lo incluye más bien como recuerdo histórico-jurídico³⁸¹.

No obstante, la institución de la adopción que recoge la *Lex Romana Visigothorum* viene a producir los efectos de la institución romana clásica, es decir, provoca la inclusión de un extraño en la posición de hijo, adquiriendo el adoptante la patria potestad sobre aquél, lo que consecuentemente genera un vínculo de parentesco con el resto de miembros de la familia, siendo agnado de sus agnados y cognado de sus cognados, como la institución defendía en la época clásica del Derecho romano.

La doctrina, en lo referente a la formalidad exigida para el procedimiento de adopción en la *Lex Romana Visigothorum*, la ha considerado un acto de competencia de la curia. Así, tanto ARCHI como PITZORNO³⁸² han concluido, por razonamientos distintos, en esta misma afirmación. El primero deduciéndolo a raíz del procedimiento de emancipación, del que *Epít. Gai* 1,6,4 afirma: *quae tamen emancipatio solebant ante praesidem fieri, modo ante curiam facienda est*. Efectivamente, no es algo descabellado, como indica OTERO VARELA, A.³⁸³, pensar con buena lógica que lo exigido para la *mancipatio* bien podía servir para la adopción, pudiéndose conectar el texto, como lo hace ARCHI, con lo recogido en la *interpretatio* de *C.Th.*5,1,2 y de *Sent. Pauli* 1,7,2. PITZORNO, por su parte,

³⁸¹ OTERO VARELA, A., op. cit., pág. 98.

³⁸² Glosados por OTERO VARELA, A., Op. cit., loc. cit.

³⁸³ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., loc. cit.

como nos señala nuestro autor, realiza un análisis histórico comenzando por las afirmaciones de GAYO en sus *Instituciones* que “*apud praetorem uero uel in prouinciis apud proconsulem legatumue etiam feminae solent adoptari*” (*Inst. I*, 101), añadiendo después que “*apud praetorem uero et in prouincis apud proconsulem legatumue cuiuscumque aetatis adoptare possumus*” (*Inst. I*, 102). Esta labor del procónsul en las provincias fue asumida por el *praeses*, como nos indica *Reg. Ulpiani* 8,5: *per praetorem vel praesidem provinciae adoptari tan masculi quam feminae et tan puberes quam impuberes possunt*. Ya en una etapa posterior, vino a recaer dicha capacidad a los *iudices civitatum*, como aparece en *Sent. Pauli* 1,7,2, *Interpr.: quod per praetorem antea fiebat, modo per iudices civitatum agendum*. Entre estos *iudices civitatum*, como indica nuestro autor, podemos encontrar los curiales, de los que indicábamos eran competentes, como dijimos, para el procedimiento de adopción, que sería celebrado en la curia³⁸⁴. No obstante, aún cuando se admite dicha competencia de la curia, no podemos afirmar que existiesen procedimientos diferenciados para la adopción y para la arrogación.

Sí es significativo el hecho de que no conozcamos ni un sólo documento de naturaleza adoptiva celebrado en España en la época, por lo que se ha dado en hablar de cierta inexistencia en la práctica de esta institución. Es decir, aún cuando la *Lex Romana Visigothorum* la recoge como forma evolucionada del tipo clásico romano, esto no supone, como nos indica OTERO VARELA, A.³⁸⁵, una presunción en favor de su aplicación práctica. No obstante, como señala nuestro autor, las referencias que aparecen en la *Interpretatio* bien pueden tener algún valor en este

³⁸⁴ Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., pág. 98.

³⁸⁵ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 99.

ámbito, siendo posible hasta ver en ellas un indicio de la práctica vulgar, aunque no deja de ser significativo que en ella siempre se deriva a la comparación con una institución que en diversos textos viene a equipararse con la *adoptio*, que es la *adfiliatio*. Esto hace pensar a nuestro autor que dicha equiparación de instituciones, la *adoptio* y la *adfiliatio*, como intentando explicar la primera por medio de la segunda, revela que la institución romana no era apenas conocida para la sociedad en que se legisla, pudiendo ocurrir que, dadas las semejanzas que ambas instituciones presentan, se estuviera pretendiendo aplicar a la *adfiliatio* la regulación romana, con un carácter más técnico y preciso que la de carácter consuetudinario del instituto vulgar.

2. La *adfiliatio* o *perfiliatio*.

No cabe duda que el término *adfiliatio*, *affiliatio* o *perfiliatio*, como aparece en las fuentes hispanas, no deja de ser una expresión vulgarizada de la *adoptio* romana. Así aparece en *Epít. Gai* 1,4,1, que al hacer referencia a los impedimentos matrimoniales señala: “*Quod non solum de personis, quae nobis propinquitate coniunctae sunt, sed etiam vel adoptivis, hoc est affiliatis iussum (vel iustum) est observari*”. De la misma forma, podemos observar que la *Interpretatio* de *C.Th.* 5,1,2 dice del hijo adoptivo: “*id est gestis ante curiam affiliatum*”. Igualmente, siglos después, se expresa la *Epístola episcoporum Hispaniae ad Episcopos Franciae* del año 792, así como un documento fechado en 1271 de BERNARDO DE MONTECASINO, que como abad prohíbe la práctica de la *adfiliatio* en dicho monasterio, definiéndola como una *adoptionis species, quae legalem*

cognitionem inducit. ALFONSO X, por su parte, utiliza en sus *Partidas* las palabras “porfijar” o “porfijamiento” para referirse a la institución adoptiva³⁸⁶.

Como ya hemos señalado precedentemente, el *Breviario* nos ofrece noticias de dicha *adfiliatio* en dos textos que ya conocemos:

Interpretatio C.Th. 5,1,2: Si moriatur quis et relinquat matrem et fratrem consanguineum, id est, uno patre natum vel etiam adoptivum id est gestis ante curiam affiliatum, qui consanguinei loco habendus est, consanguineus frater adoptivus matrem in totum a successione mortui fratris excludunt.

Epít. Gai 1,4,1: Sed non omnes personas uxores ducere licet: quia nec patri filiam, nec filio matrem, nec avo neptem, nec nepoti aviam. Quod non solum de personis, quae nobis propinquitate coniunctae sunt, sed etiam vel adoptivis, hoc est affiliatis iussum (vel iustum) est observari

Aunque los textos podrían hacer suponer la existencia de una *adfiliatio* pública y otra privada, PIZORNO³⁸⁷ hace ver que la expresión *gestis ante curiam* que aparece en *Interpretatio C.Th. 5,1,2*, no viene recogida en *Epít. Gai 1,4,1* por un lapsus. No obstante, como observa OTERO VARELA, A.³⁸⁸, es evidente que en estos textos viene a establecerse una equiparación entre la *adoptio* romana y la *adfiliatio*, de lo que puede deducirse con certeza que una y otra eran instituciones

³⁸⁶ Para todo este proceso histórico de los términos *adfiliatio*, *affiliatio* o *perfiliatio* que hemos referido, cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 102-103.

³⁸⁷ Cfr. OTERO VARELA, A., *La adopción en la Historia del Derecho Español*”, cit., pág. 100.

³⁸⁸ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 99.

afines con efectos semejantes. De no ser así, como indica nuestro autor, no los hubiera equiparado el *Breviario* al intentar explicar una por medio de la otra, siendo explicada precisamente en los párrafos en los que aparece, que ponen aún más de relevancia la citada semejanza.

2.1. Origen de la *perfilatio*.

El antiguo derecho germánico permitía la creación de la parentela artificial por medio de dos vías, principalmente: mediante el ingreso de un extraño en el amplio círculo de la familia gentilicia o *sippe*, o bien mediante la constitución de un vínculo artificial de filiación o fraternidad, es decir, por medio de la adopción o de una fraternidad artificial dirigida a introducir a un extraño en el más restringido círculo familiar doméstico³⁸⁹. No faltan autores que califican esta fraternidad artificial como de origen romano-vulgar o, incluso, con precedentes en el antiguo Derecho quirritario, aludiendo a una posible semejanza de aquella con la *societas ercto non cito* a la que hace referencia GAYO, de la que LEVY-BRUHL³⁹⁰ dice que reviste los caracteres de una *adoptio in fratrem*. A estas dos tesis debemos responder, junto con RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁹¹, que en el Derecho romano postclásico sólo aparece una referencia a la fraternidad artificial en la ya referida

³⁸⁹ La opinión dominante la encabeza aquí PAPPENHEIM. Vid. ID., “Ueber künstliche Verwandtschaft”, ZRG, 29, págs. 308 y ss; Glosado por OTERO VARELA, A., La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 101.

³⁹⁰ Cfr. “Le consortium artificiel du nouveau Gaius”, en *Atti del IV Congr. Int. di papirologia*, Florencia, 1935, págs., 293 y ss ; citado por RODRIGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., pág. 95.

³⁹¹ Op. cit., loc. cit.

precedentemente constitución del emperador DIOCLECIANO del año 285 d.C. dirigida a ZIZÓN, recogida en C.6.24.7., que deja expresa constancia de la ilicitud de tal pacto de fraternidad, incluso entre los mismos peregrinos. Por otro lado, no deja de parecer incorrecto la asimilación de la *adoptio in fratrem* con el *consortium erecto non cito*, que a simple vista ya demuestran tener finalidades y estructura radicalmente opuestas, pues la unión con fines patrimoniales de determinados bienes que describe GAYO poco tiene en común con lo que significaría para el Derecho romano la incorporación de un extraño a la familia a través de una relación artificial de fraternidad³⁹².

No obstante no deja de cobrar cierto interés esta adopción en hermandad que practicaban los pueblos del norte, escandinavos y germanos. Denominada con los términos *adfratio*, *affraimentum* o simplemente *adoptio in fratrem*, viene a generar una especie de parentesco artificial entre dos o más personas con una finalidad de ayuda y asistencia recíproca mediante un negocio de sociedad esculpido sobre los elementos típicos de la comunión familiar. Esta asociación en fraternidad, que podía contraerse sin requisito de forma, no atribuía entre los hermanados ningún tipo de parentesco desde un punto de vista jurídico familiar: no otorgaba apellidos, no surgía impedimentos matrimoniales entre los hermanados y sus familias, ni confería ningún derecho distinto de los pactados negocialmente entre las partes. Así, no dejaba de constituir un contrato de sociedad entre los denominados hermanados con un amplísimo objeto jurídico, que podía variar desde la colaboración de mutuo beneficio en una actividad de interés recíproco de tipo agrícola, militar, religioso, etc., siempre respetando la

³⁹² Vid. KOSCHAKER, P., “*Adoptio in fratrem*”, cit., pág. 361-376.

igualdad entre socios y la *affectio societatis* como causa última del negocio. La realización formal del vínculo societario entre ambos hermanados, denominado *fóstrbraedraglag*, no dejaba de ser ilustrativa: los futuros hermanados arrancaban una faja de tierra cubierta por la hierba con la suficiente prolongación como para formar un arco sobre el suelo; una vez formado dicho arco, ambos contrayentes se colocaban debajo del mismo y procedían a sangrarse en cualquier parte del cuerpo para que su sangre cayese y se mezclara en la tierra; a continuación los futuros hermanados se arrodillaban y juraban defenderse y vengarse recíprocamente poniendo a Dios por testigo de su promesa. No obstante, como nos recuerda RODRÍGUEZ ENNES, L.³⁹³, aún cuando el deber de venganza mutua era el más importante, no era el único, pues ambos hermanados debían auxiliarse en cualquier circunstancia, procurarse hospitalidad y suministrarse sepultura decorosa. Dicha fraternidad artificial supo adaptarse al devenir de los tiempos y, con la conversión de los germanos al Cristianismo, modificó sus tradicionales formalidades simbólico-paganas para concertarse a través de una ceremonia religiosa consistente en el abrazo fraterno y la bendición sacerdotal, seguido de la libación del vino consagrado.

En lo que se refiere a la adopción, propiamente dicha, en varios troncos, como nos indica OTERO VARELA, A.³⁹⁴, como los de los francos, longobardos, ostrogodos, burgundios, y, en general, los pueblos germanos nórdicos, el adoptado era introducido mediante el acto de adopción en la comunidad doméstica del padre adoptivo. En dicho acto de constitución de la relación adoptiva el padre natural hacía entrega del hijo al padre adoptivo que lo recibía a través de varios

³⁹³ *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., pág. 97.

³⁹⁴ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 101.

gestos como podían ser el de sentarlo en el regazo, la tonsura, el abrazo y envolvimiento en el propio manto o la entrega de las armas familiares. Según nuestro autor hay suficientes evidencias para afirmar que los germanos conocieron la institución adoptiva desde antiguo, pero esta tenía un carácter principalmente sucesorio -*adoptio in hereditatem*-, ya que, estando dirigida a la continuación familiar y dado que la familia tenía por base el patrimonio doméstico, la adopción se convertía en una transmisión, junto con el nombre familiar, del patrimonio de la misma.

Pero cabe en este punto plantearnos cuál fue el origen de la *perfiliatio* o *adfiliatio* de la que nos hablaba la *Lex Romana Visigothorum*. Como veremos, esta cuestión no está exenta de debate doctrinal. Durante un importante periodo de tiempo los autores fueron unánimes en señalar que su origen no era otro que la ya conocida *adoptio in hereditatem* de origen germánico. Esta tesis germanista del origen de la *adfiliatio* no fue discutida hasta que PITZORNO, B.³⁹⁵, vino considerarlo como consecuencia de una serie de prácticas romano-vulgares. En defensa de esta tesis romanista, PITZORNO viene a observar los límites espaciales y temporales de surgimiento de la *adfiliatio*, que aparece en fuentes de tipo romanista - la *Lex Romana Visigothorum*- y en documentos en España, Francia o Italia, que habían sido provincias del imperio. Además, según este autor la *adoptio in hereditatem* era realizada siempre con intervención del poder público y con la condición de no tener hijos naturales, requisitos estos no contemplados en

³⁹⁵ *L'adozione privata*, cit., págs. 126 y ss. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 104 y ss.; OTERO VARELA, A., *La adopción en la Historia del Derecho Español*", cit., pág. 103.

la *adfiliatio*, que era un acto de naturaleza privada y no podía ser revocada por el advenimiento de un hijo natural. Además, desde un punto de vista formal, observaba PIZORNO que la *adoptio in hereditatem* se realizaba mediante el recurso a una *traditio* indirecta, mientras que de la *adfiliatio* sólo tenemos vestigios de su realización mediante una *traditio* directa.

Según PIZORNO, el origen de la *adfiliatio* debemos buscarlo en la doctrina de los Padres de la Iglesia, que en sus predicaciones venían a sugerir a los padres de familia a considerar a Cristo como un hijo más, y dejar, por ende, a la Iglesia, como deber de caridad, una parte igual a la que correspondía a cada uno de los hijos. Así, en palabras de este autor, “venne a crearsi una dottrina, la quale conciliava gli interessi dei legittimi eredi con quelli della Chiesa e elevava a forma giuridica concreta l’obbligo della carità e che, predicata fra gli altri da Cipriano di Cartagine nel terzo secolo, da S. Crisostomo, da S. Giovanni Damasceno, da S. Girolamo, e da S. Ambrogio, ebbe il suo massimo svolgimento in S. Agostino”³⁹⁶. Efectivamente, en varios textos de los sermones del Obispo de Hipona podemos encontrar un claro resumen de esta enseñanza de los Padres de la Iglesia:

S. AGUSTINUS, *Sermo LXXXII*, 12: *Fac locum Christum cum filiis tuis, accedat familiae tuae Dominus tuus, accedat ad prolem creator tuus, accedat ad numerum filiorum tuorum frater tuus. Cum enim tantum intersit, et frater esse dignatus est. Et cum fit Patri Unicus, voluit habere coheredes. Ecce ille quam largitur : tu quare tam steriliter ? Duos filios habes, tertium illum computa ; tres habes, quartus numeretur : quintum habes, sextus dicatur: decem habes,*

³⁹⁶ *L’adozione privata*, cit., págs. 44-45.

undecimun fit. Nolo amplius dicere: unius filii tui serva locum domino tuo et tibi proderit et filliis tuis: dabis autem portionem unam, quam unius filii deputasti. Deputa te unum amplius genuisse.

S. AGUSTINUS, *Sermo CCCLV*, 4: *Sed plane, si facit quod saepe hortatus sum: unum filium habet, putet Christum alterum; duos filios habet, putet Christum tertium; decem habet, Christum undecimum faciat et suscipio.*

De esta forma, como nos indica nuestro autor, el pensamiento de SAN AGUSTÍN y de la patrística en general aparece claro, “essi consigliavano e volevano che Cristo venisse numeratus tra i figli, assegnando a lui una quota ereditaria eguale a quella che sarebbe toccata a ciascuno degli altri figli carnali, ai quali egli era fratello, gli uomini essendo stati tutti adottati da Dio, suo padre. E così veniva a stabilirsi anche l’entità del diritto spettante a Cristo e per esso alla Chiesa sull’eredità dei difunti”³⁹⁷. No obstante, existe un problema de formalismo para esta finalidad, pues como bien indica el mismo PIZORNO, las formas romanas de la *adrogatio* y la *datio in adoptionem* no eran adecuadas, ya que sería a todas luces inconcebible la adquisición de la patria potestad sobre Cristo o su Iglesia. Es por esta razón por la que nuestro autor indica que aún cuando las formas y los requisitos de la *adrogatio* y la *datio in adoptionem* romanas no eran aplicables a este caso especial, sí podían ser utilizadas las ya conocidas formas de adopción privada, ya sea *inter vivos* -mediante la *adoptio tabulis copulata*- o *mortis causa* -*adoptio per testamentum*-, las cuales, al no general el efecto de adquisición de la patria potestad, siendo meras generadoras de efectos casi

³⁹⁷ PIZORNO, B., op. cit., págs. 45-46.

exclusivamente patrimoniales, bien podían servir para este objetivo de beneficiar a las instituciones religiosas. Por este razonamiento, nuestro autor considera que la *adfiliatio* tiene su origen en esta *adoptio per testamentum* en la que el mismo Cristo espiritualmente entraba a formar parte de la familia, siendo el término *adfiliatio* la forma vulgar de denominar a la adopción privada, en contraposición con la *adoptio*, que vendría a referirse a la institución adoptiva romana de formalidad clásica³⁹⁸. Así, por esta evolución histórico-jurídica, el término *adfiliatio* acabaría designando cualquier otro tipo de adopción que no fuese la genuina *adoptio* romana.

Esta tesis de PITZORNO fue duramente criticada y, como observa OTERO VARELA, A.³⁹⁹, incluso ridiculizada por SCHUPFER⁴⁰⁰, que no compartía el origen que el primero otorgaba a la *perfiliatio*, calificando dicha teoría como arbitraria e inexacta, pues considera un error el hecho de considerar en una categoría unitaria un acto de simple liberalidad a la Iglesia como y el resto de negocios jurídicos que, bajo una misma nomenclatura, hacían surgir relaciones análogas a las paternofiliales. Para este autor el término *adfiliatio* constituía una denominación genérica aplicable a diversas relaciones jurídicas, de carácter personal, patrimonial e incluso espiritual, tal y como se desprende de las fuentes cristianas⁴⁰¹.

³⁹⁸ ID., op. cit., pág. 47.

³⁹⁹ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 104.

⁴⁰⁰ Téngase en cuenta que su tesis crítica publicada mediante una reseña a la obra de PITZORNO en la *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*, Milán, 1915, llevaba como título “L’adozione privata. Dal mondo dei sogni”. A esta obra nos remitimos para el análisis de la crítica de SCHUPFER.

⁴⁰¹ SCHUPFER, “L’adozione privata. Dal mondo dei sogni”, cit., págs. 323 y ss. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 106-107; OTERO VARELA, A., *La adopción en la Historia del Derecho Español*, cit., pág. 104.

BRAGA DA CRUZ⁴⁰², por su parte, al rebatir la opinión de PITZORNO lo hace mediante el análisis de los argumentos que llevan a éste a realizar sus afirmaciones, llegando a la conclusión de que la *perfiliatio* tiene todas las características esenciales de las *adoptiones in hereditatem* germánicas, es decir, es un acto *inter vivos*, irrevocable y de carácter eminentemente patrimonial, cuyos efectos derivan de una *traditio*. Según este autor, no resulta relevante, como indicaba PITZORNO, que sea en fuentes romanistas donde aparezcan las primeras referencias a la *perfiliatio*, lo cual no demuestra más que un conocimiento extendido de la institución a la publicación del *Breviario*, no bastando para justificar su origen romano el hecho de que apareciera en antiguos territorios del imperio, lo cual conllevaría a suponerle un impensable origen romano a instituciones como la *affatomie* franca o al *thinx* lombardo, con el que la *perfiliatio* presenta grandes afinidades. Es cierto, como afirmaba PITZORNO, que la *adfilatio* se revistió siempre la naturaleza de acto privado, pero, en opinión de BRAGA DA CRUZ, también el *thinx*, como aparece en el *Edicto de Rotario*, se configura como un acto privado sin que esto sea óbice para considerarlo una *adoptio in hereditatem*, lo que también podría ocurrir con la *perfilatio*. De la misma forma, aún cuando PITZORNO afirma que la *adoptio in hereditatem* sólo podía realizarse a falta de hijos, BRAGA DA CRUZ, señala que la misma institución del *thinx*, que como dijimos es considerada una *adoptio in hereditatem*, puede celebrarse aún cuando el adoptante tuviese ya hijos, lo que recoge el mismo

⁴⁰² “Algunas considerações sobre a « perfiliatio », en *Boletín da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1938, págs. 463 y ss. Cfr. OTERO VARELA, A., La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 104; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 107.

Edicto de Rotario. Considera este mismo autor que la condición de irrevocable que otorga PIZORNO a la *perfiliatio* en el caso de superveniencia de hijos no es correcta, pues, como bien argumenta, en caso de haber *perfiliado* a alguien en toda la herencia, la aparición de hijos naturales es un justo y necesario motivo de revocación, o al menos de reducción de la *perfiliatio*. De la misma forma, con respecto a los distintos tipos de *traditio* por los que se desarrollaba la *perfiliatio* y la *adoptio in hereditatem* a los que hace referencia PIZORNO, BRAGA DA CRUZ aclara que aunque al concepto de *adoptio in hereditatem* no repugna la *traditio* directa, también la *perfiliatio* podía realizarse por medio de un *salmann* a quien el perfiliador hacía tradición de los bienes para que se los entregara al perfiliado, lo que parece deducirse del documento n. 351, del año 950, del *Becerro de Cardeña*⁴⁰³.

Sea cual fuere el origen histórico de la *adfiliatio*, podemos afirmar con OTERO VARELA, A.⁴⁰⁴, que aún cuando aparece equiparada a la *adoptio* romana en varios textos, se observan diferencias esenciales entre ambas instituciones. En efecto, el término *adfiliatio* no es sino un nombre genérico que podía aplicarse a relaciones muy distintas, desde una donación hasta la misma herencia que se adquiriría por su causa.

En el Derecho español, como ya vimos, la *perfiliatio* se equipara a la *adoptio* en la *Lex Romana Visigothorum*. Siglos más tarde, al tratar las *Partidas* de regular la adopción romano-justiniana viene a utilizar el término evolucionado

⁴⁰³ Cfr. OTERO VARELA, A., *La adopción en la Historia del Derecho Español*”, cit., págs. 104-105; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 108-109.

⁴⁰⁴ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 106.

porfijar o *porfijamiento*. Efectivamente, la legislación promulgada por ALFONSO X afirma: *Porfijados son una manera de fijos, a que dizen en latin adoptivi* (4,16 pr.); a lo que añade poco después: *Adoptio en latin tanto quiere dezir en romance, como porfijamiento* (4,16,1); señalando algo más adelante el rey sabio, que no deja dudas de su carácter romano, lo siguiente: *De suso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho por arrogación. E agora queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el profijamiento que es fecho por adopción* (4,16,9). Este empleo del término *porfijamiento* usado para la denominación de la adopción romana no deja de ser significativo, pues muestra, como señala OTERO VARELA, A.⁴⁰⁵, que los redactores de las *Partidas* encontraron tales semejanzas entre una y otra institución, que no sintieron escrúpulo alguno en denominar a la *adoptio* con el nombre de la institución más conocida de la *perfiliatio*, en su forma evolucionada *-porfijar* o *porfijamiento*.

2.2. Aspecto formal de la *perfiliatio*.

Podemos afirmar que tanto hombres como mujeres podían constituir *perfiliationes*, éstas incluso sin autorización⁴⁰⁶, aún cuando en ocasiones podía aparecer la del marido en casos de mujeres casadas, siendo, como indica OTERO VARELA, A.⁴⁰⁷, difícil precisar cuando el marido interviene para autorizar o para disponer de sus bienes junto con su mujer. Documentos recogidos en *Becerro de Cardeña*, n. 353 y 351, fechados en el 950, recogen expresiones que dan muestras

⁴⁰⁵ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 106.

⁴⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs. 119.

⁴⁰⁷ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs.117 y ss.

de perfoliations realizadas por mujeres, tales como: “*Ego Ositia placuit mici et spontanea mea voluntate sic facio profoliatione*” o “*Ego Urraca et filia mea Monina una pariter facimus tibi*”.

De la misma manera, tanto legos como religiosos podían constituir una *perfoliatio*, tal y como aparece en un documento recogido en el *Cartulario de S. Millán* (n.150) fechado en el 1051, en el que un presbítero y un lego perfilian al presbítero NUÑO: *Ego Garsia presbiter et ego Vigila, una pariter profoliavimus tibi dommo Munnio prebiter in*. Las personas colectivas podían no sólo ser porfijadas, como ya vimos en las *perfoliationes* en favor de iglesias y monasterios, sino que también podía porfijar a través de sus representantes, que realizaban la *perfoliatio* en nombre de las mismas⁴⁰⁸.

Como ya dijimos anteriormente, la existencia de hijos naturales no era impedimento para la constitución de una *perfoliatio*, que, además, puede constituirse en favor de cualquier persona, no existiendo limitaciones especiales para su realización. Así, podían ser perfilados hombres o mujeres, eclesiásticos o legos, personas físicas o personas jurídicas, e incluso a parientes, siendo común la *perfoliatio* de la propia esposa o de un sobrino o un primo, pudiendo llegar a ser varias personas perfiladas en un mismo acto jurídico.

Ya indicábamos, cuando hacíamos referencia al origen de la institución, que la *perfoliatio* tenía la consideración de un acto privado, el cual se efectuaba entre las personas de perfilador y perfilado sin intervención del poder público,

⁴⁰⁸ Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., págs. 118-119.

llevado a cabo mediante escritura, a semejanza de las donaciones o las compraventas⁴⁰⁹.

2.3. Efectos de la *perfiliatio*.

Que la *perfiliatio* tuvo cierto arraigo en la práctica se atestigua por su inclusión en los textos del *Breviario* y los posteriores *Fueros de Soria y Real* y en las *Partidas* de ALFONSO X, así como por la existencia de abundantes documentos de la época posterior a la invasión musulmana.

No obstante, debemos poner de relieve que esta institución se presenta como medio para alcanzar una doble finalidad, siendo la primera necesaria para alcanzar la segunda. Efectivamente, podemos afirmar que de los documentos de *perfiliatio* se muestra cómo ésta se utiliza para alcanzar el fin inmediato de creación de un vínculo de filiación entre dos personas, fin que se hace mucho más notable cuando hacemos referencia a los documentos más antiguos⁴¹⁰. No obstante, y de manera excepcional, también en ciertas ocasiones podía la

⁴⁰⁹ Cfr. ID., op. cit., págs. 119 y ss.

⁴¹⁰ Vid. *Cartulario de Sto. Toribio de Liébana*, f. 40 v. o *Cartulario de S. Vicente de Oviedo*, n.6, documentos fechados en los años 875 y 905 respectivamente, en los que el *porfijador* declara su voluntad de considerar al *porfijado* como hijo con expresiones tales como: “*placuit nobis... ut perfiliaremus te sicut lex docet in loco filio*”, o “*te prolicimus in loco filios constitutos*”. De la misma manera, esto mismo puede expresarse de forma indirecta, mediante la adjudicación al *porfijado* los mismos derechos patrimoniales que le corresponderían a los hijos; así se expresan documentos de los años 932 y 960 recopilados en *Becerro de Sahagún*, I, f. 203 f. 224 v. Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., págs. 109 y ss.

perfiliatio generar, en lugar de un vínculo de filiación, un vínculo de fraternidad que colocara al perfiliado en el lugar de hermano del perfiliador.

Pese a este efecto de generación de un vínculo de filiación o, excepcionalmente, de fraternidad, no era éste el fin último perseguido por la institución que estamos analizando. No podemos olvidar que la finalidad verdaderamente perseguida por esta institución no era sino la realización de un acto de carácter patrimonial⁴¹¹. Efectivamente, de la *perfiliatio* no surgen todos los efectos propios de la relación paternofilial, es decir, todos los derechos y deberes de cualquier hijo con respecto a los padres, sino solamente aquellos que vienen a estar estipulado en el contrato de *perfiliatio*, siendo éstos siempre de naturaleza patrimonial. Esto lleva a algunos autores a afirmar que no sería extraño que, debido a este arraigado carácter patrimonial de la *perfiliatio*, los contemporáneos la consideraran como un simple medio para la disposición de bienes. Así, de esta forma, la institución era comúnmente utilizada para fines patrimoniales tales como la realización de una donación *inter vivos* con transferencia inmediata y definitiva de los bienes, o la de donaciones *mortis causa* con verdaderas instituciones de heredero o de legatario; así mismo, también se podía llevar a cabo con la *perfiliatio* un pacto de *incommuniatio* mediante el cual dos personas ponían sus bienes presentes y futuros en común, incluso con la mutua y recíproca institución de herederos; de la misma forma, aunque menos frecuentes, aparecen casos de *perfiliatio* en los que se desarrolla una compraventa e incluso un contrato de enfiteusis⁴¹².

⁴¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs.109 y ss.

⁴¹² Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., págs. 110 y ss.

Es por esta razón por la que algunos autores han venido a calificar la institución como un negocio jurídico indirecto que, lejos de desarrollarse para alcanzar el fin de adopción que le es propio, se realiza con fines incluso fraudulentos, con el fin de eludir las consecuencias propias del principio germánico de la comunidad patrimonial familiar. Así se expresa OTERO VARELA, A.⁴¹³, que explica de esta manera que no se conserve ningún documento ni alguna otra alusión a la *perfiliatio* en la época visigótica -a excepción, claro está, del Breviario-, pues en el ámbito del derecho visigodo no se dan las circunstancias que aparecen en la Alta Edad Media. Efectivamente, como indica nuestro autor, si en Castilla se hubiesen observado las leyes visigodas que autorizaban al padre para disponer de una parte de su hacienda y fijaban la porción legítima de los hijos, no habría sido necesario fingir la filiación para eludir así las disposiciones de derecho germánico que consideraba a los hijos como partícipes de la propiedad del padre. A esta razón debe unirse una posible práctica de elusión de gravámenes fiscales que, entre otras cosas explicaría, como indica nuestro autor, las numerosas donaciones y ventas realizadas en favor de iglesias y monasterios con la finalidad de aprovecharse de cierta inmunidad eclesiástica.

Así pues, entre los efectos que se producen por la constitución de una *perfiliatio* debemos destacar, en primer lugar, su efecto como adopción, que se limita a la creación de un vínculo *sui generis* de parentesco entre el perfiliador y el perfiliado, pero que lejos de producir consecuencias personales sólo rige en el campo patrimonial contratado. Según esto, mediante la *perfiliatio* el perfijado no se somete a la patria potestad del perfijador (lo cual explica la posibilidad de

⁴¹³ Op. cit., págs. 108-109.

perfiliar a la Iglesia, lo que de otra forma sería impensable), ni tampoco genera entre aquél y los familiares de éste relación alguna de parentesco, tal y como sucedería con la *adoptio* romana.

Tampoco la *perfiliatio* hace surgir, en el ámbito patrimonial, todos los efectos propios de un vínculo de filiación. Así, el porfijado no adquiriría derechos de sucesión *ab intestato*, y otros derechos tales como el de alimentos o la copropiedad familiar sólo surgirían si así son estipulados en el contrato de *perfiliatio*. Así pues, la institución sólo produce los efectos patrimoniales que hayan sido estipulados en el acto constitutivo de la misma.

No hay que desdeñar, entre los efectos producidos por la institución que analizamos, el efecto de *traditio* que esta tiene por su carácter de *adoptio in hereditatem* germánica, usada incluso para la realización de donaciones. Así, puede ser utilizada junto con una *traditio corporalis* en aquellas *perfiliationes* que tenían por objeto una donación *inter vivos*, entregando el porfijador los bienes objeto de *perfiliatio* al porfijado. De la misma manera, podía procederse a una *traditio incorporalis* por medio de la cual se transfería *sub condicione* la propiedad de los bienes donados, que permanecía en suspensión hasta la muerte del porfijador. Además de estas formas de *traditio* directa cabía en la *perfiliatio*, como ya vimos en el estudio del origen de la institución, la posibilidad de la realización de una *traditio* indirecta a través de un intermediario *-salmann-* al que se le entregarían los bienes para que éste hiciera la posterior transferencia al perfiliado a la muerte del perfiliador⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., págs. 115 y ss.

No obstante lo explicado, podemos concluir que aún cuando la propia *Lex Romana Visigothorum*, como ya vimos, hacía una importante equiparación de la *perfilatio* con la *adoptio* romana, seguramente por su similitud en su carácter privado, esta no podía ser utilizada para su verdadero fin pues, como hace ver OTERO VARELA, A.⁴¹⁵, no existía en absoluto un clima propicio para la realización de cualquier tipo de adopción, por lo que se empleaba con fines distintos que acabaron, siglos después, dotándola de una forma solemne y pública, como lo es hoy el recurso a la jurisdicción voluntaria, que evitara el empleo fraudulento de la institución adoptiva.

3. El recibimiento de fijo regulado por el *Fuero de Soria* y el *Fuero Real*.

La institución de la *perfilatio* continuó su evolución histórica a lo largo de los siglos con una cada vez mayor rigurosidad en su regulación jurídica, lo que vendrá a verse reflejado en legislaciones intermedias como el *Fuero de Soria* o el *Fuero Real*. No cabe duda de la correspondencia jurídica existente entre el capítulo XLVII del *Fuero de Soria* y el Título 22 del Libro cuarto del *Fuero Real*, hasta el punto de llegar a considerarse por parte de los estudiosos como procedente éste último del primero, si bien es verdad con algunas modificaciones formales referentes, principalmente, a los requisitos necesarios, influenciados

⁴¹⁵ Op. cit., pág. 120.

estos últimos por el Derecho romano, así como por el cada vez mayor poder del rey.

Aquella *perfoliatio* que hemos visto regulada en el *Breviario* y referida en multitud de documentos aparece ahora en estas legislaciones con una importante romanización, como puede comprobarse en el § 456 del *Fuero de Soria* o el 4.22.1 del *Fuero Real*, donde se utilizan terminologías y principios de la institución justiniana. En opinión del tan citado OTERO VARELA, A.⁴¹⁶, en ningún otro lugar del *Fuero de Soria* ni en ningún estatuto municipal es tan clara, como en este punto, la influencia del derecho romano justiniano. Según nuestro autor, resulta evidente que la aplicación a la *perfoliatio* de los principios de la adopción romana se debe a los notables puntos de contacto que debían presentar ambas instituciones. Aún en este derecho intermedio de los *Fueros de Soria y Real* se respeta en parte la naturaleza de la *perfoliatio*, configurándose como una institución híbrida, con una parcial recepción del Derecho romano. Esto concluirá en la legislación de las *Partidas*, pues, dado que allí el Derecho romano inspirará toda la legislación, no tendrá razón de ser la naturaleza propia de la *perfoliatio*, que se conformará exclusivamente según las reglas y principios romano-justinianos de la institución adoptiva.

Aún así, pese a la importante romanización que reviste ya la institución en estas legislaciones, aún se ve deformada por un uso inapropiado en aras de otros fines jurídicos no propiamente dichos de adopción, aún cuando los textos ponen de relieve en varias ocasiones este carácter. Podemos atribuir este uso inapropiado

⁴¹⁶ Op. cit., pág. 121.

de la institución, aún cuando los textos le otorgan naturaleza y fines adoptivos, a la ausencia histórica, aún en esta época, de un clima apropiado, como ocurría anteriormente, para el florecimiento de la adopción.

Que estamos ante una adopción de corte justiniano nos lo confirman los textos recogidos en *Fuero de Soria*, § 456 y *Fuero Real* 4.22.2, que disponen acerca de esta institución del *recibimiento de fijo* lo siguiente:

Fuero de Soria, § 456: *Por que el rrecebimiento de ffijo es semeiable ala natura, non es rrazon que omne de menor edat pueda rreçebir por fijo a omne de mayor edat que sea, o de tanta como el. Mas qui alguno rreçibiere por fijo, rreçibal tal que por edat le pudiesse auer por fijo...*

Fuero Real 4.22.2: *Por que el recebimiento del fijo es semejable a la natura, no es de razón que home de menor edad pueda recibir por fijo á home de mayor edad que si, é de tanta como él es: mas quien alguno recibiere por fijo, recibale tal que por edad le pudiesse haber por fijo.*

Esta clara alusión al principio romano *adoptio imitatur naturam*, que inspiró toda la legislación justiniana, ya se encontraba presente en *Ep. Gai* 1, 5 pr., aún cuando ya en esta más avanzada legislación se lleva al extremo de las

limitaciones romano-justinianeas, esto es, la prohibición de la adopción de un hijo de mayor edad que el adoptante y la diferencia debida de edad en una pubertad⁴¹⁷.

Así pues, mediante el *recibimiento de fijo* se produce la incorporación de un extraño en la situación de un hijo, aún cuando, al igual que en el derecho justiniano, sin someter al porfijado bajo la patria potestad del porfijador, pues aquél sigue permaneciendo en la potestad y familia de origen, por lo que no se genera vínculo de parentesco entre el porfijado y la familia que lo recibe. Así parece desprenderse de la normativa del *Fuero de Soria* (§ 459) y del *Fuero Real* (4.22.5), que establecen que en caso de morir sin manda el que fuese recibido por hijo, será heredado por sus parientes y no por el que lo recibió o los suyos, o, como establecen dichas legislaciones en § 461 y en la misma ley 5, respectivamente, a la muerte del porfijado, una vez que este hubiese recibido los bienes del porfijador, dichos bienes serán ganancia de sus parientes de origen, y no de los parientes de aquel que lo recibió en su familia.

Cabe aquí hacer una importante excepción, pues cuando en el Derecho español medieval va generándose el clima propicio para la vuelta a la escena de la institución adoptiva, en sus justos términos, ésta será utilizada también con fines de legitimación. Así en *Fuero Real*, 4.22.7, se pone de manifiesto mediante la diferenciación establecida legalmente cuando el profijado sea un hijo natural que este prohijamiento bien podía ser una buena forma de legitimación de los hijos habidos fuera del matrimonio, como nos ponen de manifiesto las fuentes literarias

⁴¹⁷ Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., loc. cit.; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., págs.120-121.

al referirnos la adopción de MUDARRA GONZÁLEZ por DOÑA SANCHA o la del bastardo RAMIRO DE ARAGÓN por DOÑA MAYOR, esposa del REY SANCHO, EL MAYOR⁴¹⁸. La norma en cuestión disponía lo siguiente:

Fuero Real, 4.22.7: Quien quisiere recibir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, o ante homes buenos, e diga en tal manera: este es mi fijo que he de tal muger, nombrela, e desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que lo recibo por fijo: e si aquel que lo asi recibiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no hobiere, o nietos, o dende ayuso: e si manda quisiere facer fagala sin empescimiento de aquel fijo que asi recibio: y el fijo que asi fuere recibido, haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo: y esto se entiende de los fijos naturales.

⁴¹⁸ La descripción que hacen las fuentes de estas legitimaciones son, cuanto menos, curiosas, dándonos a conocer incluso el origen de algunas expresiones del sabio refranero español. Así, por ejemplo, en el caso de la adopción de MUDARRA, nos explica AMBROSIO DE MORALES (lib. 17, cap. 20): “En algunos originales antiguos, escritos de mano de la Cronica General, y señaladamente en uno que tiene el Colegio de Santa Catalina en Toledo, se cuenta con mucha particularidad la cerimonia acostumbrada entonces en el prohijar a uno, la cual Doña Sancha uso con su Alnado. Dice, que el día que fue bautizado Mudarra Gonzales, que tambien el Conde Don Garci-Fernandez le armo Cavallero, i que teniendo su madrastra vestida sobre sus ropas una camisa muy ancha para este efecto, tomo por la mano a su Alnado, i lo metio por la manga de aquella mui estendida camisa, i lo saco por el cabezon, i lo beso en el carrillo, i con esto quedo por su hijo, i heredero en el Señorío de Salas, i en toda su hacienda. La antigüedad es notable, i con ella se entiende el origen del Proverbio tan usado en Castilla: Meteldo por la manga, y salirse os ha por el cabezon”. También MARIANA nos describe la adopción de MUDARRA en *Historia de rebus Hispaniae*, lib. 8, cap. 9. La adopción de RAMIRO DE ARAGÓN por la esposa del REY SANCHO, EL MAYOR, DOÑA MAYOR, viene descrita en BAUTER, lib. 2, cap. 7, y en ZURITA, *Anales*, lib.1, cap. 13 e *Indices rerum ab Aragoniae regibu gestarum*, lib. 1, a. 1034. Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., pág. 128, n. 117.

3.1. Aspectos formales y efectos del *recibimiento de fijo*.

Como ya habíamos indicado, la escasa regulación de la que disponíamos de la *perfiliatio* recogida en el *Breviario*, viene a corregirse en las legislaciones posteriores de *Fuero de Soria* y del *Fuero Real*, así como de las *Partidas*, que vendrán a regular minuciosamente la institución con criterios y principios, como ya hemos indicado, de derecho romano justiniano.

En lo referente a los requisitos para poder recibir por hijo existen diferencias entre la regulación del *Fuero de Soria* y el *Fuero Real*. Mientras el primero permite la adopción a cualquier hombre o mujer que tuviese la suficiente edad y que no tuviese hijos o nietos legítimos o de soltero, el segundo exige autorización del Rey para el profijamiento en favor de la mujer, salvo que ésta hubiese perdido un hijo en servicio del rey, en cuyo caso podría recibir un hijo sin necesidad de autorización:

Fuero de Soria, § 456: *Tod omne o toda mugier que aya edat e non ouiere fijos o nietos o dent ayuso legitimos, o otros de soltero e de soltera, pueda recibir por fijos...*

Fuero Real 4.22.1: *Mandamos, que todo home varon que haya edad que no hobiere fijos, o nietos legitimos, o dende ayuso, que puede reçeber...*

Fuero Real 4.22.4: Mandamos que ninguna muger sin mandato, o sin otorgamiento del Rey, no pueda a ninguno recibir por fijo; pero si alguna muger hobo fijo, e lo perdio en servicio del Rey, tal como esta pueda recibir a quien quisiere, e pueda heredar por fijo, sin mandamiento, e sin otorgamiento del Rey.

No debemos sino hacer constar la influencia romana también en esta indulgencia del Rey con las mujeres que hubiesen perdido un hijo en servicio real, que parece tener un parecido importante con los supuestos ya estudiados de *adoptio in solacium liberorum amissorum* que recoge C.8.48(47).5 e I.1.11.10⁴¹⁹.

En lo referente a la edad, ya vimos que, en virtud del principio naturalístico de origen romano, sólo se permite porfijar a aquel que tuviese suficiente edad, es decir, hubiese llegado a la pubertad, y aventajase al que es recibido en la edad suficiente como para que pudiese éste ser hijo de quien lo recibe. El *Fuero de Soria* establece, además, que en caso de no cumplirse este requisito de edad, el porfijamiento no es válido, salvo que se hubiese hecho con el consentimiento de los herederos, otorgado antes o después. De la misma forma, el *Fuero Real* supedita la validez de estos porfijamientos que no respetan los límites de edad al otorgamiento real, realizado antes o después del acto del recibimiento:

⁴¹⁹ C.8,47(48),5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est. Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus.*

I.1,11,10: *Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

Fuero de Soria, § 456: Por que el rrecebimiento de ffijo es semeiable ala natura, non es rrazon que omne de menor edat pueda rreçebir por fijo a omne de mayor edat que sea, o de tanta como el. Mas qui alguno rreçibiere por fijo, rreçibal tal que por edat le pudiesse auer por fijo...

Fuero de Soria, § 457: qui dotra guysa lo reçibiere, non vala, si non fuere con otorgamjento delos herederos, ante odespues.

Fuero Real 4.22.2: Por que el recebimiento del fijo es semejable a la natura, no es de razón que home de menor edad pueda recibir por fijo á home de mayor edad que si, é de tanta como él es: mas quien alguno recibiere por fijo, recibale tal que por edad le pudiesse haber por fijo. (...) e quien de otra guisa lo recibiere, tal recebimiento no vala, si no fuere fecho con otorgamiento del Rey, ante, o despues.

Como ya hemos comprobado por las fuentes, no podía porfijar aquel que tuviera hijos o nietos legítimos, limitación que el *Fuero de Soria* hacía también a los que los tuviera de soltero o de soltera. El *Fuero Real* permite, como ya pudimos comprobar, a través de la ley 7 del título 22 que recoge el Libro cuarto, el recibimiento por hijo con efecto de legitimación de estos hijos extramatrimoniales:

Fuero Real, 4.22.7: Quien quisiere recibir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, o ante homes buenos, e diga en tal manera: este es mi fijo que he de tal muger, nombrela, e desde aqui

adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que lo recibo por fijo: e si aquel que lo asi recibiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no hobiere, o nietos, o dende ayuso: e si manda quisiere facer fagala sin empescimiento de aquel fijo que asi recibio: y el fijo que asi fuere recibido, haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo: y esto se entiende de los fijos naturales.

Recogen también los textos la posibilidad de revocar el porfijamiento en caso de la aparición posterior de hijos naturales, siendo en el *Fuero Real* causa de revocación los hijos legítimos, mientras que el *Fuero de Soria* recoge, además de éstos, a cualesquiera otros que tengan derecho de heredar. De esta manera, el profijado perdía mediante la revocación su esperanza sobre los bienes del que lo recibía, que sólo podía otorgarle, en su caso, lo correspondiente al quinto de libre disposición:

Fuero de Soria, § 456: (...) et si despues que lo ouiere rreçebido por ffijo, ouiere fijos legitimos o otros que ayen derecho de heredar, tal rreçebimjento non vala, mas sus fijos hereden lo suyo; e de su quinto de al fijo lo que quisiere.

Fuero Real, 4.22.7: (...) e si despues que lo hobiere recebido hobiere fijos legitimos, tal recibimiento no vale nada: mas si los fijos legitimos hereden lo suyo, e de su quinto de al fijo que recibiere lo que quisiere.

Otra influencia romana en este ámbito lo supone el hecho de que estas legislaciones prohiban el recibimiento de hijos a los castrados y a los *homes de*

Orden, que por norma eclesiástica debían ser célibes. Adviértase, como hemos indicado, la influencia del Derecho romano que, aún cuando permitía la adopción por parte de los *spadones*, no se lo permitía a los castrados. No obstante, el *Fuero Real* permitía eludir dicha prohibición mediante la autorización real, otorgada antes o después del acto de recibimiento:

Fuero de Soria, § 458: *Njngun omne de orden nj njngun castrado, no pueda rreçebir a njnguno por ffijo.*

Fuero Real, 4.22.3: *Ningun home de Orden, ni ningun castrado, no pueda recibir ninguno por fijo, sino por mandado, o por otorgamiento del Rey, ante, o despues.*

I.1.11.9.: *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

En lo concerniente a la capacidad para ser recibido por hijo, sólo se considera incapaces a aquellos a los que la misma legislación prohíbe *mandar, dar* o *heredar*. Por lo demás, cualquier hombre o mujer puede ser recibido por hijo:

Fuero de Soria, § 456: (...) *rreçebir por fijos aqui quisiere, quier uaron, quier mugier; sol que ssea tal que pueda heredar non daquellos aqui deffiende el fuero que non pueda mandar nj dar nj heredar.*

Fuero Real, 4.22.1: (...) que puede recibir por fijo a quien quisiere, quier uaron, quier muger, solo que sea tal que pueda heredar.

En lo que se refiere al recibimiento de personas jurídicas, OTERO VARELA, A.⁴²⁰, opina que este no sería lícito a tenor de los textos, pues los documentos de porfijamientos de este tipo siempre recurren al recibimiento simultáneo de la persona jurídica (por lo general, un Monasterio o Iglesia) y a una persona física que lo encarna (el abad o presbítero).

En cuanto a las formalidades requeridas para el recibimiento de hijos, comprobamos como el carácter privado de la *perfiliatio* ha ido modificándose en un acto cada vez más solemne y público, hasta que se hacen necesarias, como podemos comprobar, la realización de ciertas formalidades solemnes y la intervención del *Concejo*, según el *Fuero de Soria*, o del Rey o el Alcalde, como nos indicará el *Fuero Real*:

Fuero de Soria, § 462: Quando alguno quisiere rreçebir a alguno por fijo, reçibalo lunes en conçeio pregonado; e si otro dia o en otra manera fuere rreçebido, non vala. Et rrecibalo en esta gujsa: « Concejo, este -o esta- rreçibo yo por fijo, e desaqui adelante ande por mj fijo» de gisa que ssea manifesto ; e por que se non pueda negar quando menester ffuere, ssea escripto en el libro de conçejo.

⁴²⁰ “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág.124.

Fuero Real, 4.22.6: Quando alguno quisiere recibir a alguno por fijo, recibalo delante del Rey, o delante el Alcalde concejaramente, en tal manera: llamelo, e diga: Señor, si fuere ante el Rey, e si fuere ante el Alcalde diga: Alcalde, este rescibo por fijo de aqui adelante, e ande por mi fijo de guisa que sea manifiesto, e se no pueda negar quando fuere menester: y esto entendemos de los fijos que no son naturales, e que son recibidos por fijos.

Ya vimos anteriormente la formalidad exigida para el recibimiento de los propios hijos no matrimoniales con efecto de legitimación de los mismos⁴²¹, el cual se realizaba, según indicaba el *Fuero Real*, ante el Rey o ante otros *homes buenos*, también con su propia fórmula jurídica de declaración:

Fuero Real, 4.22.7: Quien quisiere recibir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, o ante homes buenos, e diga en tal manera: este es mi fijo que he de tal muger, nombrela, e desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que lo recibo por fijo: e si aquel que lo asi recibiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no hobiere, o nietos, o dende ayuso: e si manda quisiere facer fagala sin empescimiento de aquel fijo que asi recibio: y el fijo que asi fuere recibido, haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo: y esto se entiende de los fijos naturales.

⁴²¹ Téngase en cuenta que el *Fuero Real* viene a recopilar las formas de legitimación del Derecho Romano, como se refleja en 3.6.2 que recoge la legitimación del hijo natural por un posterior matrimonio, en 3.6.5 que permite el recibimiento del hijo de una barragana o en 3.6.17 que regula la legitimación por privilegio del rey. Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág.127.

En lo que se refiere a los efectos del recibimiento del hijo, como ya habíamos señalado, estos venían marcados por un carácter preeminentemente patrimonial. Así, podemos comprobar en la legislación que el porfijado adquiere, por el recibimiento, el derecho a la cuarta parte de la herencia del porfijador, tanto con testamento como con falta de éste, estando las otras tres cuartas partes destinadas al resto de parientes próximos:

Fuero de Soria, § 460: Conujene asaber que aquel que fuere rreçebido por fijo deue heredar la quarta parte delos bienes de aquel que lo rreçibio por fijo, tan bien de mueble como de rrayz, e non mas. Aquel que lo rreçibio por fijo non gela pueda toller, en vida nj en muerte, si non por alguna daquellas cosas que son puestas en el capitulo delos deseredamientos, o si el que lo rreçibio por fijo ouiere despues fijos o nietos, segund dicho es. E las otras tres quartas partes hereden la sus parientes, primera mjentre pagadas las deudas e las mandas de consouno ante que partan;

Fuero Real, 4.22.5: otrosi mandamos, que si aquel que los recibio por fijo muriere ante que aquel que recibio, e no ficiere manda, herede la quarta parte de sus bienes, e si manda ficiere, no le pueda toller la quarta parte, e las tres quartas partes hereden sus parientes mas popinquos.

Como podemos comprobar, este derecho de herencia podría ser revocado si concurre alguna causa de desheredación o, como ya hemos observado precedentemente, si el porfijador tiene posteriormente algún hijo, como señalaban

los textos, en cuyo caso sólo le cabe al porfijado esperar una posible esperanza sobre el quinto de libre disposición de aquel que lo recibió:

Fuero de Soria, § 456: (...) et si despues que lo ouiere rreçebido por ffijo, ouiere fijos legitimos o otros que ayen derecho de heredar, tal rreçebimjento non vala, mas sus fijos hereden lo suyo; e de su quinto de al fijo lo que quisiere.

Fuero Real, 4.22.7: (...) e si despues que lo hobiere recebido hobiere fijos legitimos, tal recibimiento no vale nada: mas si los fijos legitimos hereden lo suyo, e de su quinto de al fijo que recibiere lo que quisiere.

Dado que no se desprende de la institución ningún vínculo de parentesco del perfijado con la familia que lo recibe, dispone la legislación que, a la muerte de aquél, no dispone el porfijador ni sus parientes de derechos algunos de sucesión *ab intestato*:

Fuero de Soria, § 459: Sj aquel que fuere rreçebido por fijo muriese sin manda ante que aquel quel rreçebio por ffijo, sus parientes hereden lo suyo, e non aquel que lo recibio por fijo nj sus parientes.

Fuero Real, 4.22.5: Si alguno que fuere recebido por fijo de otro muriere sin manda, ante que aquel que lo recibio por fijo, los sus parientes mas propinquos hereden lo suyo, e non aquel que lo recibio por fijo, ni ninguno de sus parientes.

Lo mismo ocurre con los bienes heredados por el que fue recibido como hijo de aquel que lo recibió, lo cuales, a la muerte de aquél, los heredarán sus parientes naturales y no los parientes del perfijador:

Fuero de Soria, § 461: (...) Aquello que heredare el que fuere recebido por fijo dalguno, quando el muriere, hereden lo sus parientes, e no los daquel que lo rreçibio por fijo; e los bienes que el fijado ganare de tal herencia ssean yudgados por ganancia.

Fuero Real, 4.22.5: (...) e si despues murirere sin manda, los sus parientes mas propinquos hereden lo suyo, e no los parientes de aquel que lo recebio por fijo.

4. La adopción en las *Partidas* de ALFONSO X.

La influencia romana de esta obra legislativa cumbre de ALFONSO X es, en todo punto, incuestionable. Como bien ha señalado FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁴²², cobra especial relevancia el conocimiento y la aplicación del Derecho Romano en Castilla a través de las *Partidas* de ALFONSO X EL SABIO, las cuales constituyen un pilar esencial de nuestra legislación hasta el Código civil y fueron objeto preferente de estudio y aplicación por jueces, funcionarios, jurisconsultos y estudiantes de leyes. Esta influencia es de tal calibre que algunos autores no

⁴²² Cfr. *Derecho Público Romano*, cit., pág.341.

escatiman en denominarla “monumento del derecho común”, llegando incluso a calificarla como una versión en román paladino de la Compilación justiniana.

Esta influencia romano-justiniana se verá reflejada también, como no podía ser de otra forma, en lo referente a la institución adoptiva, que girará, como aquella lo hacía, en torno al principio capital *adoptio imitatur naturam* que, como hemos comprobado, ha vuelto a cobrar importancia en las legislaciones de los *Fueros de Soria y Real*. Así, la regulación de la adopción se recoge en los textos de *Partidas* 4, 16, así como 4, 7, 7 y 3, 18, 91-92, que corresponden a una exclusiva y total recepción del Derecho romano justiniano.

Si recordamos las palabras de MODESTINO recogidas en D.1.7.1.pr., según las cuales “no sólo la naturaleza, sino también las adopciones, hacen hijos de familia”, veremos una importante semejanza en la adopción de las *Partidas* (4,16,1), que regula que “*es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omnes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente*”. De esta forma, podemos reconocer ya desde un momento inicial que la adopción de las *Partidas* viene a generar un vínculo paternofilial por medio del cual un extraño entra en la familia de otro en el lugar y posición de hijo, adquiriendo los derechos, como veremos, que le correspondan según el tipo de adopción realizado⁴²³.

Conforme a esta recepción del Derecho romano justiniano, la adopción de las *Partidas* distingue, como lo hacía la institución romana, entre la adopción y la arrogación, que se diferencian tanto por el estatus de la persona del adoptado

⁴²³ Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág.130.

como por la formalidad exigida para su constitución. Así, la arrogación recae sobre personas que no están sometidas a la patria potestad de otro y se realizaba, como nos indica la propia legislación, ante el Rey y mediando el consentimiento expreso de arrogante y arrogado, lo que hacía surgir el vínculo paternofilial entre ambos sujetos, recayendo el segundo bajo la patria potestad del primero. Obsérvese aquí también la concordancia con las fuentes romanas:

Partidas, 4, 7, 7: E este porfijamiento, (...) se faze en dos maneras. La una se faze por otorgamiento del Rey, o del Príncipe de la tierra: e esta es llamada en latín: arrogatio; que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome que es por si, e non ha padre carnal; e si lo ha, es salido de su poder, e cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija.

D.1.7.2.pr. (*Gaius libro primo institutionum*): *Generalis enim adoptio duobus modis fit, aut principis auctoritate aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentis sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.*

La otra forma de adopción, que vendría a corresponder con la *datio in adoptionem* romana, estaría destinada, como aquella, a la adopción de un individuo que estuviese aún bajo la potestad de su padre natural, en cuyo caso bastaba para su realización con la no contradicción del adoptado ante la mutua declaración de voluntades del adoptante y el padre natural ante el juez. Las concordancias con el Derecho romano son más que evidentes:

Partidas, 4, 7, 7: (...) La segunda es, la que se faze por otorgamiento de cualquier Juez. E esta llamada en latin, adoptio; que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder.

I. 1. 11. 1: Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto aut imperio magistratus. imperatoris auctoritate adoptamus eos easve, qui quaeve sui iuris sunt. quae species adoptionis dicitur adrogatio. imperio magistratus adoptamus eos easve qui quaeve in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.

Esta última adopción, en una clarísima recepción de derecho justiniano, se divide en las partidas según sus efectos de *adoptio plena* y *adoptio minus plena*, que se corresponden a las consecuencias jurídicas romanas. De este modo, mediante la *adoptio plena* el adoptado, que es descendiente del adoptante, recae bajo la patria potestad de éste, adquiriendo los derechos de hijo natural y pudiéndose incorporar en la familia en el lugar de hijo, de nieto o de bisnieto; en la *adoptio minus plena*, que suponía la adopción de un extraño, el adoptado no

pasaría a la potestad del adoptante, tal y como ya vimos que ocurría en la legislación justiniana:

Partidas, 4, 16, 9: E dezimos que si alguno diese a su fijo a porfijar, a tal ome que non fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija. . Pero de tal porfijamiento como este siguiesse este pro al porfijado; que hereda todos los bienes de quel quel porfijo, si muriese sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como qualquier dellos.

Partidas, 4, 16, 10: Emancipado es dicho todo ome que es salido de poder de su padre, a plazer del. E si por aventura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfiasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en su poder de aquel quel porfijasse, para auer todos los derechos que fijo natural deue auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado; tambien para ser criado en ellos, como para heredarlos. E esto es por dos fuerzas de derecho, que se ayuntan en tal porfijamiento como este que es fecho por adopcion. La una, por la naturaleza, e el linaje que ha el porfijado. La otra es, por el establecimiento de las leyes, que otorgaron a los omes poder de porfijar.

Partidas, 4, 7, 7: E porende resciben por fijo, o por nieto, o por visnieto, aquel que non lo es carnalmente; (...) Ca el padre que porfija alguna muger, o la rescibe por nieta o por visnieta.

I.1.11.2: *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.*

D.1.7.6 (Paulus libro 35 ad edictum): *Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus, consensus filii exigitur, idque etiam Iulianus scribit.*

Podemos ver de esta manera cómo la institución adoptiva que recoge las *Partidas* se fundamenta, como lo hacía la de JUSTINIANO, en el principio esencial de *adoptio imitatur naturam*, por medio del cual la adopción viene a constituir una relación paternofilial similar a la que se deriva de la procreación⁴²⁴.

4.1. Aspectos formales de la adopción de las *Partidas*.

⁴²⁴ Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág.131.

Como se desprende del estudio de las fuentes, cualquier hombre libre que no se encuentre bajo la patria potestad de otro puede adoptar, siempre y cuando aventaje al adoptando en dieciocho años (adviértase que la diferencia de edad es la misma que dispone JUSTINIANO) y que tuviese la capacidad para engendrar de forma natural. No obstante, la legislación permite que puedan porfijar aquellos que, habiendo nacido aptos para engendrar, han perdido esta facultad por cualquier razón. Podemos intuir por la nada escrupulosa descripción que realiza el legislador que tan escabrosos acontecimientos masculinos eran, lamentablemente, mucho más habituales de lo que pudiera ser deseable:

Partidas, 4, 16, 2: Porfijar puede todo ome libre, que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer, que aya todas estas cosas: que sea mayor, que aquel a quien quiere profijar, de diez e ocho años: e que haya poder naturalmente engendrar, auiendo sus miembros para ello, e non seyendo tan de fria natura, por que se le embargasse.

Partidas, 4, 16, 3: Mala andanza, e ocasion muy grande auiene a las uegadas a los omes de manera que pierden aquellos miembros que son menester para fazer fijos. Assi como por enfermedad; o por fuerça que les fazen algunos; cortandogelos, o tollendogelos de otra guisa; o por ligamiento, o por otro mal fecho que les fazen; o por otras ocasiones que contescen a los omes de muchas maneras: onde estos atales que naturalmente eran guisados para engendrar, mas fueron embargados por algunas de las razones sobredichas, non tenemos que

deuen perder porende; mas que ayan poder de porfijar, pues que la natura non gelo tolo, mas fuerça, o ocasion.

I.1.11.4: *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est ut maior sit filius quam pater. debet itaque is qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere.*

I. 1.11.9: *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

La propia legislación nos permite observar cómo el hecho de tener ya hijos naturales no es óbice para poder adoptar a alguien⁴²⁵, pudiéndose adoptar también a varias personas, lo que parece desprenderse de textos como los siguientes:

Partidas, 4, 16, 9: (...) e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como qualquier dellos.

⁴²⁵ OTERO VARELA, A., hace referencia a la opinión doctrinal contraria de MORATÓ y SÁNCHEZ ROMÁN, que creen encontrar en el espíritu de la ley una prohibición tácita de adoptar dirigida a los que ya tuvieran hijos naturales, presente sobre todo en *Part. 4, 16, 4*. Nuestro autor rebate, a nuestro juicio muy acertadamente, esta opinión al afirmar que no puede admitirse dicha prohibición pues el texto referido de las *Partidas* viene a reproducir el contenido de D.1.7.17.3, que claramente justifica la conducta citada. Además, existen textos de la ley que claramente aceptan la adopción de quien tiene más hijos, sobre todo al hacer referencia a los derechos sucesorios de los mismos. Cfr. “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág.132.

Partidas, 4, 7, 7: Otrosi los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus padres o sus madres (...) Pero si alguno porfijasse muchos, assi que entre ellos ouiesse varones, e mugeres.

Siguiendo también en este punto la legislación romana, las *Partidas* tampoco permiten la adopción a las mujeres, salvo los supuestos, como ya vimos también aparecer en el *Fuero Real*, de los casos evolucionados de la antigua *adoptio in solacium liberorum amissorum*, esto es, en caso de consuelo para la madre que ha perdido un hijo en servicio del Rey o del bien común del *Concejo*, que debían realizarse por otorgamiento del Rey:

Partidas, 4, 16, 2: Otrosi ninguna muger non ha poder de porfijar; fueras ende en una manera, si ouiesse perdido algun fijo en batalla, en seruicio del Rey,; o en hacienda, en que se acertasse con el comun de algun Concejo. Ca si por esta razon quisiere porfijar a otro, por auer conorte de aquel que perdio, puedelo fazer con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa.

C.8.47(48).5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est. Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SYRAE. * <A 291 S. PRID. NON. DEC. TRIBALLIS TIBERIANO ET DIONE CONSS.>

D.1.11.10: *Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

También parecen influir las normas romanas en la adopción de un tutor hacia su pupilo, en las que, recordemos, los romanos ya impusieron obligaciones cautelosas para evitar que dichas adopciones fuesen fraudulentas -para evitar la rendición de cuentas- y en perjuicio del pupilo adoptado, realizando para estos efectos investigaciones al caso, así como obligando a la prestación de fianza ante una persona pública. En la legislación de las *Partidas*, dicha cautela se configura mediante una doble limitación temporal y formal, esto es, se prohíbe adoptar al pupilo hasta que el mismo alcance la edad de veinticinco años y haya concluido la tutela, pudiéndose realizar sólo por medio del otorgamiento real que evitaría el posible daño que pudiese producirse, actuando así el mismo Rey de garante del desgraciado muchacho. Es un claro ejemplo más de recepción evolucionada del Derecho romano:

Partidas, 4, 16, 6: Tutor es (...) E este atal non puede porfijar a tal moço como este; porque podrian sospechar contra el, que lo fazia con mala intencion, porque non le diesse cuenta de sus bienes, que habia tenido en guarda; o si gela diese, que non lo faria tan lealmente, nin tan bien, como deuia. Pero desde el moço ouiesse edad de XXV años, poderlo y a porfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto, porquel Rey lo guarde, que non resciba engaño en tal porfijamiento como este, que dicho auemos.

Partidas, 4, 16, 4: Empero el Rey, ante que otorgue poder de porfijar a tal moço como este, deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico, o si es pobre; o si es su pariente, o non; e si a fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias, que los pueda aun auer; e de que vida es; e de que fama; e otro si deue catar, que riqueza ha el niño. E todas estas cosas catadas, si entendiere que aquel que lo quiere porfijar, se mueue con buena intencion para fazerlo, e que sea a pro del moço, deuegelo otorgar que lo pueda fazer. Pero el Rey, ante que otorgue el prefijamiento de estos moços, deue catar, que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta: que deue fazer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriese el moço ante de los catorze años, que entregue todos sus bienes aquel, o aquellos, que los ouieren de auer de derecho. Esto se deue entender, de aquellos que los deuen heredar, o auer por razon de manda si el moço non ouiesse seydo porfijado. E tal racabdo como este deue ser dado por carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de los cumplir, assi como sobredicho es.

D. 1. 7. 17. pr., 1 y 2: (*Ulpianus 26 ad Sabinum*): pr. *Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit. 1. Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere. 2. Et primum quidem excutiendum erit, quae facultates pupilli sint et quae eius, qui adoptare eum velit, ut aestimetur ex comparatione earum, an salubris adoptio*

possit pupillo intellegi: deinde cuius vitae sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam: tertio cuius idem aetatis sit, ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam.

Si recordamos la regulación romana acerca de la adopción de libertos, nos vendrá a la memoria aquel texto del Libro XLV de los *Comentarios al edicto* de ULPIANO nos decía expresamente *arrogatio liberti admittenda non est*⁴²⁶, es decir, que no podía admitirse la arrogación de un liberto. Esta máxima es seguida por el derecho de las *Partidas*, el cual tampoco permite dichas adopciones ya que los libertos permanecen con un vínculo indisoluble ligados a su señor por la misma relación de patronato:

Partidas, 4, 16, 5: Libertos son (...) E tal como este non lo puede ninguno porfijar, por esta razon: ca maguer el señor aforre su siervo, siempre remanesce en el una rayz de naturaleza, que es como manera de señorío. E es esta: que el liberto siempre es tenuto de obedescerle, e de honrrarle, e de guardarse de fazerle pesar; e si contra esto fiziesse, poderlo y a el señor tornar en seruidumbre. E porende non le deue ninguno porfijar.

Si hablamos de arrogación de los impúberes, la legislación del rey sabio prohíbe, por causas evidentemente procesales, la arrogación de infantes, pues no pueden cumplir con el requisito necesario de la propia declaración de voluntad. En cambio, los impúberes que ya hubiesen pasado la infancia podían ser arrogados

⁴²⁶ Cfr. D.37.12.1.2.

mediante otorgamiento real, para garantizar mediante la actuación del Rey, como ocurría con los pupilos, que no iban a ser defraudados:

Partidas, 4, 16, 4: Infante es llamado, segund latin, todo moço que es menor de siete años; e este atal, non auiedo padre, non lo puede ninguno porfijar, porque non ha entendimiento para consentir. Mas el moço que fuesse mayor de siete años, e menor de catorze, bien lo pueden porfijar con otorgamiento del Rey; e non de otra guisa. E esto es por esta razon: porque tal moço como este, que es menor de catorze años e mayor de siete, non ha entendimiento cumplido; e otrosi, non es menguado de entendimiento del todo. Porende ha menester quel porfijamiento deste atal, que sea fecho con otorgamiento del Rey; porquel guarde, que el moço non sea engañado.

Así pues, como bien puede desprenderse de las fuentes, la adopción puede revestir dos formas distintas, la que se efectúa por intervención judicial y aquella que se realiza por otorgamiento del Rey. De esta forma, por otorgamiento del juez se realiza la adopción de aquellos que son *alieni iuris* -la romana *datio in adoptionem*-, la cual se formalizaba mediante una recíproca declaración de voluntades entre el padre natural y el padre adoptante sin confrontación del adoptado -como ya regulaba el derecho romano⁴²⁷-, levantándose carta de porfijamiento conforme a los requisitos procesales que la propia regulación recoge en *Partidas* 3, 18, 91⁴²⁸.

⁴²⁷ Vid. D. 1.11.5 y C.8.48(47).11.

⁴²⁸ Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 134.

Partidas, 4, 16, 1: E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legítimos, e naturales, a otros que los porfijen; porende en tal porfijamiento como este ha menester, que aquel a quien porfijan, que consienta; otorgandolo por palabra, o callandose non contradiziendo.

Asimismo, por otorgamiento del Rey se realizaban las adopciones de aquellos que no estaban sujetos a patria potestad de su padre natural, es decir, las arrogaciones, así como aquellas adopciones que, por necesitar de una especial cautela procesal en beneficio de los adoptados, como vimos en los casos de pupilos e impúberes que habían pasado la infancia, eran reservadas al Rey, que actuaría como garante de dicho beneficio. La formalidad procesal, en estas arrogaciones, se sustentaba sobre la declaración mutua de voluntades entre el porfijado y el porfijador, que eran interrogados por el Rey con objeto de obtener dicha manifestación de consentimientos de la forma que sigue:

Partidas, 4, 7, 7: (...) en esta manera, diziendo -el Rey- aquel que porfija a otro: ¿Plazete de rescibir a este por tu fijo legitimo? e deue estonce responder quel plaze: otrosi deue preguntar aquel que porfija: ¿Plazete de ser su fijo deste que te porfija? deue responder que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: Yo lo otorgo: e deuel ende dar su carta.

4.2. Efectos de la adopción de las *Partidas*.

Como ya indicábamos al comienzo de este punto, cabe diferenciar en el seno de los múltiples efectos que produce la institución adoptiva en la regulación de ALFONSO X entre aquellos que se despliegan cuando lo que se realiza es una arrogación y los que surgen de la adopción propiamente dicha. En esta última, que correspondía, como ya hemos indicado en varias ocasiones, a la *datio in adoptionem* romana, podemos observar como la legislación de las *Partidas* subdivide, tal y como lo hacía JUSTINIANO, efectos de adopción *plena* y efectos de adopción *minus plena*, como ya habíamos anticipado previamente.

Así pues, la arrogación de la legislación de las *Partidas*, como forma evolucionada que era de aquella *adrogatio* romana, hacía surtir el efecto esencial de surgimiento de un vínculo paternofilial entre las personas del arrogante y el arrogado, incluyendo el sometimiento de éste, así como de sus hijos (si los hubiere) y su patrimonio, bajo la potestad de aquél. Así lo podemos desprender de la misma normativa:

Partidas, 4, 16,7: Porfijando algun ome a otro que ouiesse fijos, e que non fuesse en poder de su padre, tal fuerça ha el porfijamiento, que tambien los fijos, como el, con todos sus bienes, caen en poder de aquel quel porfija; bien assi como fuesse su fiijo legitimo del.

D.1.7.15.pr. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Si pater familias adoptatus sit, omnia quae eius fuerunt et adquiri possunt tacito iure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius liberi eius qui in potestate sunt eum sequuntur: sed et hi,*

qui postliminio redeunt, vel qui in utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur.

Así pues, debido a que el arrogado queda, junto con todos los que hasta entonces estaban sometidos a él, bajo la potestad del arrogante, podemos afirmar que se produce una modificación en el estatus jurídico de aquél, una *capitis deminutio* que convierte al que hasta entonces era *sui iuris* en un sujeto *alieni iuris*, surtiendo todos los efectos que llevaban consigo la condición filial. Así, el arrogado adquiere derecho de sucesión testada y *ab intestato*, como si de un hijo natural se tratase. Si el arrogado fuese emancipado o desheredado sin mediar justa causa, el arrogante queda obligado a restituir todos los bienes que hubiera recibido del arrogado, así como todas las posibles ganancias que obtuviera después de la arrogación, exceptuando el usufructo que como administrador le correspondía. Además, debía el arrogante otorgar al arrogado en estos casos la cuarta parte de sus bienes, en una clarísima recepción de la *quarta divi Pii* que estudiábamos para los casos de arrogación de impúberes, que aquí se generaliza a cualquier tipo de arrogación⁴²⁹:

Partidas, 4, 16, 8: A tuerto e sin razon non deve ninguno sacar de su poder a aquel que ouiere porfijado, nin lo deve desheredar. Pero si alguno contra esto fiziesse, tenuto es de dar a aquel que porfijo, todo lo suyo con que entro en su poder, con todas las ganancias que despues hizo; sacado el usufruto, que rescibio de los bienes del porfijado, de mientras que lo tuuo en su poder. E demas desto, deve dar el porfijador, la quarta parte de todo lo que ouiere. E lo que

⁴²⁹ Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 136.

diximos en esta ley (...) entienda del porfijamiento que es fecho en la manera que es llamada en latin, arrogatio.

A esta norma caben dos excepciones que evitarían, en caso de emancipación del arrogado, la obligación del padre arrogante a entregarle la cuarta parte de su patrimonio, la romana *quarta divi Pii*, aunque en ningún caso le exonerarían de devolverle los bienes que le eran propios⁴³⁰. Estas excepciones son, de un lado, el supuesto en el que el arrogado fuese instituido heredero por otro en un testamento con la condición de que saliera de la potestad del arrogante y, de otro lado, por alguna acción especialmente grave del arrogado en contra del arrogante, que le haga moverse, como dice la propia ley, con *muy grand saña*. No obstante, estas causas de justificación deben ser probadas ante el juez:

Partidas, 4, 16, 7: (...) e no le puede sacar de su poder el porfijador, aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha, atal, que la pueda prouar antel Juzgador. E esto podria fazer por dos razones. La una es, quando el porfijado faze tal tuerto, o tal cosa, por que se ha de mouer a muy grand saña aquel quel porfijo. La otra es, quando a tal porfijado como este establece alguno otro por su heredero en su testamento so tal condicion, diziendo assi: Yo establezco a Fulano por mi heredero, si le sacare de su poder quel que le porfijo. E por qualquier destas dos razones puede sacar el porfijador de su poder a aquel que ouiesse porfijado. Pero tenuto es, de darle todos los bienes, e las cosas, con que entro en su poder.

⁴³⁰ Cfr. IBÍD.

Ya en el ámbito de la adopción propiamente dicha, el efecto de *adoptio plena* generaba, como lo hacía el modelo justinianeo, el efecto esencial de la extinción del vínculo paternofilial y de la relación de patria potestad que unía al adoptado con la persona del padre natural y su familia de origen para incorporarse, con el nacimiento de un nuevo vínculo familiar con la persona y familia del nuevo padre adoptante, quedando sometido a la patria potestad de este. Así, de forma simultánea a la extinción de los derechos que el adoptado tenía en su familia natural se genera la aparición de todos los derechos que, como hijo, le corresponde en el seno de la nueva familia adoptiva, incluyendo los derechos de sucesión testamentaria e intestada. Recoge también la legislación, como garantía del adoptado ante una posible emancipación por parte del arrogante, que vuelva aquél a reintegrarse bajo la potestad del padre natural:

Partidas, 4, 16, 10: Emancipado es dicho todo ome que es salido de poder de su padre, a plazer del. E si por auentura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfiasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en su poder de aquel quel porfijasse, para auer todos los derechos que fijo natural deve auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado; tambien para ser criado en ellos, como para heredarlos. E esto es por dos fuerzas de derecho, que se ayuntan en tal porfijamiento como este que es fecho por adopcion. La una, por la naturaleza, e el linaje que ha el porfijado. La otra es, por el establecimiento de las leyes, que otorgaron a los omes poder de porfijar. (...) Pero si el abuelo o bisabuelo sacasse de su poder a este moço sobredicho, tornasse despues en poder de su padre.

El efecto de la adopción menos plena, por su parte, como ya anticipábamos, surgía cuando el adoptado era un extraño. En estos casos, tal y como ya ocurría en la *adoptio minus plena* justiniana, el adoptado permanecía en su familia natural y bajo la potestad de su padre original, no incorporándose, como sí ocurría en la *adoptio plena*, a la familia y potestad del padre adoptante. De esta forma, el adoptado sólo alcanzaría el derecho a la sucesión intestada debiendo partir la herencia con los demás hijos legítimos, si los hubiere.

Partidas, 4, 16, 9: E dezimos que si alguno diese a su fijo a porfijar, a tal ome que non fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguiesse este pro al porfijado; que hereda todos los bienes de quel quel porfijo, si muriese sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como qualquier dellos.

Así pues, en virtud del vínculo que tanto en la arrogación como en la adopción (plena o menos plena) se genera entre el adoptado y el adoptante, así como con la familia de éste, la legislación de las *Partidas* recoge, además, como efecto del mismo, el impedimento matrimonial, que vendría a obstaculizar la unión conyugal del adoptante y adoptada (o de la adoptante con el adoptado, en su caso) o la del adoptado con las hijas del adoptante, permitiéndose, no obstante, el matrimonio entre dos adoptados, en caso de ser varios, incluso mientras se permanece en la adopción. Mientras el impedimento entre el adoptante y la

adoptada (o la adoptante y el adoptado) tiene carácter perpetuo, aquel que impide el matrimonio entre las hijas del adoptante y el adoptado sólo persiste mientras éste permanece en la adopción, desapareciendo por una eventual emancipación⁴³¹:

Partidas, 4, 7, 7: Porfijamiento es una manera de parentesco, que establescio el Fuero de los legos (...) E por este parentesco atal embarganse los casamientos. Ca el padre que porfija alguna muger, o la rescibe por nieta, o por visnieta, nunca puede con ella casar, maguer se desfaga el porfijamiento. Esso mismo seria, si alguna muger porfijasse algun ome por mandato del Rey, segun dize el Titulo ya dicho. Otrosi los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus padres, o sus madres, mientras durasse el porfijamiento. Mas si el porfijamiento se desfiziessse, bien podrian casar. Pero si alguno porfijasse muchos, assi que entre ellos ouiesse varones, e mugeres, estos atales bien podrian casar unos con otros, quier se desfaga el porfijamiento, o non.

5. Precedentes y reformas jurídicas de la adopción en las últimas décadas del Derecho español. Paso de una modalidad dual de adopción a una modalidad unitaria.

Con posterioridad a las Partidas, no aparecerán más referencias a las adopciones hasta el proyecto de Código Civil de 1851. Cabe en este punto, no obstante, hacer una sencilla referencia a la institución del prohijamiento de expósitos -que equivaldría al acogimiento familiar actual- que sí recoge la

⁴³¹ Cfr. OTERO VARELA, A., “La adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 136.

Novísima Recopilación (7,37), en la que se hace referencia particular a la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796 o a la Real Orden de 2 de junio de 1788, por la que se hace hincapié a los rectores de las casas de expósitos a que pongan el máximo cuidado en conocer a las personas que prohijan o acogen a estos niños huérfanos, debiendo cuidar que reciban la debida enseñanza y educación, procurándoles aplicación en oficios convenientes, no entregándolos si no es con las debidas seguridades. No obstante, como ya hemos indicado, no constituye esta institución un supuesto de adopción, sino de acogimiento familiar de huérfanos, realizado de forma administrativa con intervención de un organismo público, como era la Comisión Provincial⁴³².

Entrando en materia, debemos advertir en primer lugar que la adopción en el Derecho español ha sufrido varias mutaciones desde lo originariamente expuesto en el Código de 1889. Si nos remitimos a la propia Ley de bases de 11 de mayo de 1888, en la base 5^a, observamos que dispone:

“Se autorizará también la adopción por escritura pública y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzgue bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia.”

No podemos sino reparar en una cierta valoración negativa de la adopción en plena época codificadora a la luz del texto que hemos transcrito. Esto bien puede deberse a la poca trascendencia empírica de la institución durante el siglo

⁴³² Cfr. OTERO VARELA, A., op. cit., págs. 143 y ss.

XIX. Ya en el proyecto de 1851 hubo una práctica unanimidad en no codificar la adopción, la cual quedó finalmente regulada debido a que un vocal andaluz alegó que en su “país” había algunos casos, aunque raros, de adopción y arguyendo que esta institución podría conducir a sentimientos dulces y benéficos. En palabras del propio GARCÍA GOYENA, la adopción “no está en nuestras costumbres”. En contra de la adopción se objetaba que dicha institución favorecía el celibato, rompía o debilitaba los lazos de parentesco natural, fomentaba uniones ilícitas, retraía del matrimonio, permitía burlar la prohibición del reconocimiento de hijos nacidos de uniones reprobadas y ocasionaba antagonismos entre la familia natural y la adoptiva, e incluso se llegó a tachar de “una transacción con el vicio, disfrazado con máscara de virtud”⁴³³. Esto conllevó, sin duda a una regulación de la adopción en el primigenio Código Civil español realizada con cierto recelo, sobre la base de proteger a la familia natural, considerando preferente en la adopción el interés de los adoptantes sobre la protección del adoptado; así las cosas, el legislador de 1889 establece que el adoptado conserve frente a su familia natural los derechos que le corresponden (art. 177), y con respecto al adoptante, el adoptado sólo dispone de un derecho de alimentos⁴³⁴ (art. 176). De esta forma, la adopción se configura mediante la atribución al adoptante de la patria potestad del menor adoptado, pudiendo administrar y disfrutar del usufructo de los bienes del menor previa fianza (arts.154 y 166).⁴³⁵

⁴³³ Así lo expresaban ESCOSURA Y ZUGARRAMURDI en el Congreso de jurisconsultos aragoneses; cfr. COSTA, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pág. 264. Cit. por PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 14.

⁴³⁴ En relación a la obligación de alimentos, véase ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁴³⁵ Para todo lo anterior, cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, cit., págs. 13 y ss.

Las modificaciones más importantes que vinieron a afectar con posterioridad a la institución adoptiva son las de 24 de abril de 1958, 4 de julio de 1970, 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 24 de octubre de 1983 y la de mayor trascendencia y aún vigente en la actualidad, la reforma de 11 de noviembre de 1987, a las cuales hay que sumar las reformas incluidas por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección al menor. Como señala ALBALADEJO, lo común en todas estas reformas es la progresiva segregación del adoptado de su familia anterior y su correspondiente integración en la nueva familia adoptante⁴³⁶.

Hasta esta reforma de 1987, nuestro Código Civil comenzaba su sección 1ª (disposiciones generales) del capítulo V (de la adopción), inserto en el Título VII (de las relaciones paterno-filiales) del Libro I (de las personas), en el artículo 172 estableciendo que “la adopción puede ser plena y simple”, tal y como establecía el antiguo derecho justiniano y fue recibido por la legislación de las *Partidas*. Llama poderosamente la atención que el derecho derogado, aún cuando hacía la distinción entre uno y otro modo de adoptar, no establecía un concepto de lo que debía entenderse como adopción simple.

Ésta era la redacción que tomó el artículo 180, que regulaba la adopción simple, tras las reformas de mayo y julio de 1981:

Art. 180. *La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto del*

⁴³⁶ ALBALADEJO, M., op. cit., pág. 268.

cónyuge separado legalmente regirá lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 178.

En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos.

Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas.

En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes.

Como es sabido, al no establecerse un concepto legal de lo que debía entenderse por adopción simple, los estudiosos de aquel momento se dirigieron a las fuentes romanas. De esta forma se configuró este modo de adopción simple, previamente denominada menos plena, como aquel modo de adopción que, sin integrar al adoptado en la familia adoptiva, le confería derechos sucesorios en la hipótesis de que el adoptante muriera sin dejar testamento.

Esta dualidad presente en la institución adoptiva desaparece con la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, modificadora de determinados artículos del Código civil y de la LEC en materia de adopción, cuya exposición de motivos señala: “en cuanto a la eliminación de la adopción simple, es obligada consecuencia de la nueva ideología a la que responde este instituto”. Así, de los artículos 108.2º y

178 C.c. podemos extraer que la nueva legislación manifiesta expresamente que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior y la acogida en el nuevo seno familiar con los mismos efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial. Es así como desaparece definitivamente de nuestra normativa -al menos, hasta que vuelva, como veremos, a surtir sus efectos por la aprobación de la reciente Ley de adopción internacional- la originariamente denominada por Justiniano *adoptio minus plena*, posteriormente conocida como adopción simple.

6. Concepto y naturaleza de la adopción en el derecho vigente. Importancia del denominado interés del menor como eje central de la institución adoptiva.

6.1. Concepto, naturaleza y principios rectores.

Basándose en la exposición de motivos de la Ley de 1987, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN señalan que la adopción es “un instrumento de integración familiar” que se configura “mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales sobre la filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes”⁴³⁷. Según CASTÁN, la adopción es “un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan

⁴³⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 288 y 289.

relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y la filiación por naturaleza”.⁴³⁸ Este vínculo, como señala ALBALADEJO, no afecta únicamente a las personas del adoptante o adoptantes y adoptado, sino que afecta a toda la familia, pues en adelante el adoptado entra plenamente en la familia como hijo del adoptante, así que, “como si fuera *naturalmente* parte de ella, no es sólo hijo del dicho adoptante, sino también hermano de los hijos de éste, nieto de sus padres, sobrino de sus hermanos, etc.”⁴³⁹.

Con todo lo expuesto, podemos interpretar que mediante la adopción, el adoptado se desgaja de su familia de origen, extinguiéndose completamente los vínculos jurídicos de la relación paternofamiliar anterior, excepto con sus descendientes, que se integran con él en la familia del adoptante con los mismos efectos que la filiación natural, ya sea matrimonial o extramatrimonial.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza negocial o procesal de la adopción. Salvo excepciones, la mayoría de la doctrina considera que la adopción es de naturaleza procesal, pues ha sido suprimida la fase notarial de la misma y el propio art. 176 Cc. establece que “la adopción se constituye por resolución

⁴³⁸ Cit. por HERRERA CAMPOS, R., “La filiación”, en Francisco Javier Sánchez Calero (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 319. Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela*, Tomo IV, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, págs. 273 y ss. Podemos vincular dicha definición de CASTÁN al régimen de adopción previo a 1987, pues hace referencia a relaciones análogas, pero no idénticas, a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.

⁴³⁹ ALBALADEJO, M., op. cit., pág 267. Incide este autor en el hecho de que “la adopción de hoy, regulada por la Ley de 11 de noviembre de 1987, a diferencia de otras adopciones acogidas antes en nuestro Ordenamiento, no crea parentesco *sólo* entre adoptado (y, a lo más, sus descendientes) y adoptante, sino entre aquél y su descendencia y éste y toda su parentela”.

judicial”, por lo que ya no es defendible la naturaleza puramente negocial de la misma. El propio Preámbulo de la Ley de 11 de noviembre de 1987 señala que la adopción *no es un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza*. Aún así, hay quien afirma en la doctrina que la adopción tiene una naturaleza mixta o compleja, entendiendo que no ha desaparecido del todo el componente negocial por cuanto siguen siendo necesarios los asentimientos de ciertas personas implicadas, aunque al predominar el carácter procesal, puede prescindirse del asentimiento en algunos casos⁴⁴⁰.

Tres son, podemos señalar, los principios rectores de la institución adoptiva. El primero, ya señalado en el análisis histórico jurídico, es el principio *adoptio imitatur naturam*, mediante el cual la adopción imita la naturaleza, que ha regido la institución adoptiva prácticamente desde sus orígenes, como hemos visto. El segundo, con una definición jurídica mucho más moderna, es el principio de protección del menor, el cual analizaremos a continuación. El tercero es el principio de igualdad de las filiaciones, que establece una equiparación total ya sean éstas biológicas o adoptivas, legítimas o no legítimas, matrimoniales o no matrimoniales, no cabiendo en función a este principio ni siquiera dicha categorización⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Cfr. ALONSO CRESPO, E., *Adopción Nacional e Internacional: Panorámica procesal sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pág. 35 y ss; LACRUZ BERDEJO, J.L., Y OTROS, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, cit., págs. 87 y ss.

⁴⁴¹ Cfr. FELIU REY, M. I., “El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y “*adoptio imitatur naturam*”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1989, nº2, pág. 1091.

6.2. El interés del adoptando, fuente y eje central de la adopción.

Desde hace varias décadas se ha visto agravada la necesidad nacional e internacional de proteger los derechos de la infancia, lo cual ha llevado a los poderes públicos a responsabilizarse directamente de la protección de los menores de edad, supliendo, en unos casos, las deficiencias familiares y realizando, en otros, una labor social activa que hasta entonces ha sido desarrollada únicamente por entidades de beneficencia. Es especialmente prolífica la creación de convenios y tratados internacionales que vienen a reconocer la familia y la infancia como instituciones de carácter universal, orientando todas las normativas de referencia hacia la protección de los menores de edad. Pero ante toda esta multiplicidad de fuentes jurídicas protectoras de la infancia cabe realizarse la pregunta acerca de cuál es el concepto de *interés del menor*.

El propio artículo 2 de la Ley de Protección jurídica del menor, señala que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. En opinión de ALONSO CRESPO, el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que exige un estudio casuístico, valorativo de un amplio abanico de circunstancias concurrentes (familiares, sociales, culturales, económicas)⁴⁴².

⁴⁴² *Ibíd.*, pág. 6. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., “La intervención judicial en materia de adopción a partir de la ley de 1987”, en Ramón López-Rosa y Felipe del Pino-Toscano (Eds.), *op. cit.*, pág. 633.

Debemos señalar el acierto del legislador de 1987 de sustituir el término menor por el término adoptando, lo cual es especialmente relevante puesto que no todo adoptando será necesariamente menor de edad, como sabemos. El propio preámbulo de la nueva Ley de adopción señala como motivación de la nueva regulación que el sistema anterior “no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptando”. De hecho, según PÉREZ ÁLVAREZ, dicho principio de primacía del adoptando ha incidido en la reforma de 1987 en un sentido doble. El primero ya lo hemos señalado, como justificación de la necesidad de reformar el régimen de la adopción. El segundo hace referencia a que el interés del menor o adoptando ha actuado condicionando el contenido normativo que el legislador ha otorgado a la reforma⁴⁴³. Implica este interés del adoptando una conveniencia o provecho hacia el interesado, que debemos completar conforme a lo que nos dice el Preámbulo de la propia ley de 1987, en su párrafo 4º, cuando nos señala que dicha ley “basa la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución.” Continúa el legislador señalando que “tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los Artículos 108 y siguientes del código civil”. Así pues, la resolución judicial

⁴⁴³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 218.

que constituye la filiación adoptiva debe tener en cuenta siempre el interés del adoptando. Es más, el interés del adoptando alcanza un status de primacía, es decir, se sobrepone y prevalece sobre el interés de los adoptantes, padres, guardadores del adoptando, o cualquier otra persona a quienes afecte la constitución del vínculo adoptivo.

Dicha primacía del interés del adoptando sobre el de los padres se manifiesta, entre otras, de dos maneras muy implícitas: la voluntad de los padres no es óbice a los efectos de constituir el vínculo adoptivo (art. 177 Cc.) y el expediente puede tramitarse sin la intervención de los padres (art. 180.2 Cc., referido a los supuestos del art. 1831 de la LEC).

Además el interés del menor prima sobre el interés de los adoptantes, lo cual queda manifestado en el hecho de que en el procedimiento de adopción debe prestar consentimiento el adoptando mayor de doce años. Por otro lado, la constitución del vínculo adoptivo precisa una valoración judicial, como ya hemos señalado, acerca del interés del menor en la adopción.

Asímismo, el interés del menor prevalece también sobre el interés de los descendientes del adoptante, con respecto a los cuales ni siquiera se exige trámite de audiencia a los efectos de constituir la adopción.

El interés del menor tiene primacía, por último, sobre el interés de quienes ostentan la guarda de hecho o la tutela sobre el adoptado, lo cual queda reflejado

en el hecho de que la voluntad del tutor o del guardador no es decisoria para impedir la constitución del vínculo de adopción.

Así pues, el principio de primacía del interés del menor no se establece como una mera pauta determinante de la reforma y de su contenido normativo, ni una simple directriz que actúa de forma implícita en la Ley de 1987. En palabras de PÉREZ ÁLVAREZ, el interés del menor es “un criterio condicionante para atender a la integración familiar que se quiere propiciar”⁴⁴⁴.

Cabe plantearse en este momento el interrogante acerca de la competencia en orden a la valoración del interés del menor, el cual es causa de cierto reparo doctrinal. Podemos afirmar, con el autor citado anteriormente, que la Ley de 11 de noviembre de 1987 “administrativiza la valoración del interés del menor”⁴⁴⁵, pues establece que les corresponde a los servicios sociales apreciar el interés del menor y decidir, a expensas de dicha valoración, entre acordar la reinserción del menor en su familia (art. 172.4 Cc.) u optar por la integración del menor en un ámbito familiar diferente al originario, debiendo decidir en este caso entre una integración reversible, como supone el acogimiento familiar⁴⁴⁶ (art. 173.2 Cc.), o una integración irrevocable representada por la adopción, la cual la promueve la entidad por medio de la presentación de la propuesta previa y la selección de los eventuales adoptantes (art. 176.1 Cc.). Así es la entidad pública la encargada de valorar previamente el interés del adoptando y proponer las medidas respecto al

⁴⁴⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., op. cit., pág. 220.

⁴⁴⁵ Id., op. cit., pág. 223.

⁴⁴⁶ A este respecto, vid. AMORÓS, P., y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

menor que se encuentra en situación de desamparo, y, en los casos en que fuese preceptiva la propuesta de la entidad para iniciar el expediente de adopción, elaborar la lista de los eventuales adoptantes⁴⁴⁷.

No obstante, lo señalado no impide la apreciación judicial del interés del adoptando, la cual siempre, como hemos señalado, debe producirse. Así pues, la valoración administrativa del interés del menor o adoptando y las consecuencias de dicha valoración están bajo la posterior salvaguarda de la apreciación judicial, la cual es necesaria en los casos en los que se hubiera promovido la constitución de adopción (cfr.176.1 Cc.) y, en aquellos otros casos en los que, no prosperando la constitución administrativa del acogimiento familiar, debe promoverse la constitución por vía judicial (art. 1828 LEC). Y, de otra parte, caben señalar casos en los que la valoración judicial del interés del menor no va precedida de una valoración de la entidad pública competente: cuando la constitución de la adopción no precisa de propuesta previa de la entidad pública; cuando se pide, con arreglo al 180.2 Cc., la extinción de la adopción; o cuando se solicita la constitución de la tutela ordinaria (art. 239 Cc.).

Debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la protección como derecho autónomo del interés del menor, dicho interés se defiende a través

⁴⁴⁷ Para comprender bien este criterio tomado por el legislador de 1987, es imprescindible acudir a la Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, sobre la adopción de niños, la cual establece dos preceptos importantes en este sentido. En primer lugar, el art. 9.1 de dicha Convención prohíbe que se constituya la adopción si no se precede de un informe apropiado concerniente al adoptante, al adoptando -al niño, según el tenor literal- y a su familia. Por otro lado, el artículo 9.3 señala la necesidad, en la medida de lo posible, de que se confíe a trabajadores sociales cualificados por su formación y experiencia la elaboración de dicho informe preceptivo.

de cada uno de los derechos autónomos que le son propios, como el derecho a la educación, a ser oído en un proceso o a crecer en su propia familia. Podemos afirmar que tiene un carácter vinculante como principio general del derecho, inspirador y guía de interpretación de todo el ordenamiento jurídico referente a los menores de edad.⁴⁴⁸

La Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, sobre la adopción de niños, establece en el artículo 9.2 los criterios que deben conformar el informe que ha de preceder a toda adopción y que, en la medida de lo posible, debe confiarse a trabajadores sociales (cfr. arts. 9.1 y 9.3). Dichos criterios son los siguientes:

a) La personalidad, salud y la situación económica del adoptante, así como la vida familiar del adoptante y su aptitud para educar al adoptando.

b) Los motivos por los cuales el adoptante desea adoptar al niño.

c) En los casos en los que la solicitud de adopción procediera de un solo cónyuge, las razones por las que el otro no se hubiera asociado a la petición.

⁴⁴⁸ Cfr. ALONSO CRESPO, E., *Adopción Nacional e Internacional...*, op. cit., pág 7. Señala esta autora que “se puede entender que algunos principios, como el de no ser separado de los padres, se convierten en derecho en el momento en que se determina que la concreción de ese derecho es lo que conviene al menor, y se queda en mero objetivo a perseguir si, al final, no le interesa”. En opinión de esta autora, “el menor tiene derecho a que estos principios se materialicen, descendiendo de lo ideal o teórico a lo real y tangible, a lo exigible”.

d) La relación entre el adoptando y el adoptante y la duración del periodo durante el cual el menor ha sido confiado al cuidado de quien pretende adoptarle.

e) La personalidad, la salud del menor y, salvo que medie prohibición legal, los orígenes del adoptando.

f) Los sentimientos del adoptando respecto del adoptante propuesto.

g) Si procediera, la religión del adoptante y la del menor.

De todo lo escrito, y especialmente del hecho de que la regulación de la Ley de 11 de noviembre de 1987, pese a otorgar una destacada relevancia al interés del menor, no ha determinado de forma expresa los criterios para apreciar dicho interés por vía administrativa o judicial, podemos deducir que el contenido de este interés del menor deberá concretarse de forma casuística, con la valoración de las circunstancias concurrentes a cada caso. Esto puede ser formulado positivamente, como aquello que convenga al menor, o negativamente, como aquello que no le perjudique o lo que menos perjudicial le pueda ser. En algunas ocasiones será la propia legislación la que nos señale cuál es el interés del menor, como pueden ser los casos de los artículos 234 (*in fine*) y 172.4 Cc.

La valoración de este interés del menor corresponde, en primer lugar, al propio menor, tal y como puede desprenderse del articulado de la Ley del menor e introduce en su exposición de motivos:

“El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.”

Como bien señala ALONSO CRESPO, esto no implica “que el niño sea totalmente dueño de sus deseos, porque, precisamente, uno de sus derechos es el de ser protegido contra sus propias incapacidades o equivocaciones”⁴⁴⁹.

Esta valoración del interés del menor es competencia, también, de los padres o tutores del menor, que la ejercerán para cumplir el mandato constitucional de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o

⁴⁴⁹ ALONSO CRESPO, E., op. cit., pág. 9.

fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (art. 39.3 CE).

De forma subsidiaria, será el Estado a través de sus órganos administrativos creados a tal efecto o judiciales, los que deberán valorar dicho interés del menor, concretando *ad hoc* lo que más convenga o menos perjudique al menor o adoptando.

No parece correcto, como señala PÉREZ ÁLVAREZ, defender que en el régimen de la adopción posterior a 1987 la resolución judicial que constituye el vínculo de adopción se limite a homologar la constatación de las circunstancias legales exigibles para acceder a la adopción, entre otras cosas porque, al margen de dicha homologación, “la función más genuina del juez en el ámbito que tratamos es la que consiste en valorar el interés del menor”⁴⁵⁰, sobreponiéndose la valoración judicial a la valoración administrativa que puede en ciertos casos preceder a la ulterior resolución judicial.

Debido, igualmente, a que la valoración judicial no resulta vinculada por la valoración administrativa del interés del menor adoptando, ni a la propuesta de adopción o acogimiento realizada por la entidad pública competente, ni a la selección de adoptantes eventuales de la propuesta previa de adopción, podemos afirmar que dicha valoración judicial tiene un carácter discrecional⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, cit. pág. 226.

⁴⁵¹ Fundamentado en esto, el autor citado señala que “no podría prosperar una apelación frente al auto que hubiera acordado la adopción que, de modo exclusivo, se fundara en la alegación de que la adopción no se aviene con lo que es de interés para el menor.” PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva*

6.3. Personas que pueden adoptar y ser adoptadas. Requisitos y capacidades.

Los elementos subjetivos esenciales de la adopción son el adoptante y el adoptado. Pasaremos a continuación a analizar los requisitos y capacidades necesarias para poder adoptar y ser adoptado, que nos reflejará una clara concordancia con los principios rectores de la institución en Derecho romano, particularmente aquél de época justiniana. Para ello debemos hacer referencia al artículo 175 Cc., introducido por la Ley de 11 de noviembre de 1987 de reforma de la adopción, que regula lo dispuesto en relación a lo que nos disponemos a estudiar:

Artículo 175.

1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

adopción, cit., págs. 226 y 227. Vid. Rodríguez Ennes, L., “La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987”, en LÓPEZ-ROSA, R., y del PINO-TOSCANO, F., *El Derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 629-639.

2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

3. No puede adoptarse:

1º A un descendiente.

2º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

4. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

Observamos, pues, que el precepto citado establece el requisito de edad del adoptante y la debida diferencia de edad que debe mediar entre las personas de adoptante y adoptado -en una clara recepción, aún con límites temporales diferentes, a la tradición jurídico romana-, así como las personas que pueden ser

adoptadas, las prohibiciones para adoptar y los casos de adopción simultánea y sucesiva.

Debemos añadir, asimismo, que, según lo dispuesto en la Disposición final 3ª de la Ley 21/1987, “las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

6.3.1. Capacidad y requisitos del adoptante.

Según lo que hemos podido comprobar en el artículo 175 C.c., es posible afirmar que, requisitos de edad al margen, la reforma de 1987 ha propiciado en gran manera el libre acceso a la condición de adoptante.

Con base en la legislación actual, adoptante puede ser cualquier persona física, hombre o mujer, casada, soltera o viuda, separada o divorciada, siempre que haya cumplido los requisitos de la edad mínima y tenga, por lo menos, catorce años más que el adoptando, con capacidad suficiente para otorgar su consentimiento a la adopción, y no se encuentre incurso en alguna prohibición legal. Incluso puede adoptar una persona que ha fallecido, siempre que haya

prestado previamente su consentimiento a la adopción ante el juez (adopción *post mortem*, art. 176.3 C.c.)⁴⁵².

a) Requisitos de edad para ser adoptante:

El derecho español siempre ha establecido una edad mínima especial, superior a la de la mayoría de edad, para poder acceder a un procedimiento de adopción en calidad de adoptante. Las sucesivas reformas legales en materia de adopción han venido reduciendo sensiblemente dicha edad mínima especial: en su redacción original, el Código Civil exigía una edad mínima de 45 años para poder adoptar; la reforma de la ley de 24 de abril de 1958 rebaja dicha edad mínima hasta los 35 años, que vuelve a disminuirse hasta los 30 años por la ley de 4 de julio de 1970; por último, la reforma de 1987 avanza en la disminución de la edad mínima para ser adoptante hasta los 25 años.

La razón de esta progresiva disminución de la edad mínima exigida para poder adoptar, y en especial la de la última reforma de 1987, la podemos encontrar en un doble motivo: en primer lugar, en la necesidad de facilitar en la medida de lo posible la constitución del vínculo de filiación adoptiva con base en la conveniencia del principio de interés del adoptando. Por otro lado, el artículo

⁴⁵² Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol I., 1992, págs. 478 y 479.

7.1 de la Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, sobre adopción de niños, establece una edad mínima para ser adoptante ente los veintiuno y treinta y cinco años.

Así pues, podemos, en este requisito de la edad mínima del adoptante, observar un cambio importante de mentalidad jurídica en torno a esta institución, pasando de considerarse con base en el interés del adoptante a reconocer la primacía de interés del adoptando. En efecto, el hecho de que en su redacción originaria el Código exigiera una edad mínima de cuarenta y cinco años para poder adoptar, estableciéndose una prohibición para aquellas personas que ya tuvieran hijos, respondía a una concepción de la institución adoptiva como remedio a la esterilidad o a la falta de descendencia, protegiéndose asimismo los derechos sucesorios de los descendientes legítimos o legitimados. A este respecto, parte de la doctrina ha venido a plantearse que, una vez que se suprime la prohibición que afectaba a las personas que tenían descendientes y una vez rebajada la edad mínima exigida para ser adoptante de manera más que considerable, resulta muy difícil encontrar el motivo por el cual se explique satisfactoriamente el hecho de que la edad mínima no coincida con la de la mayoría de edad, ni tampoco con la que es menester para contraer matrimonio⁴⁵³.

⁴⁵³ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., págs. 480 y 481. Realiza este autor una interesante apreciación en torno al criterio de la doctrina respecto al cual el fundamento se halla en la conveniencia de evitar adopciones precipitadas o prematuras y en la necesidad de que el adoptante tenga una madurez de juicio que le permita cumplir adecuadamente los deberes a que la institución sirve. Señala a este respecto el autor: “Desde una perspectiva puramente teórica, este modo de argumentar es irreprochable; pero, en cambio, desde el punto de vista del Derecho positivo vigente resulta muy poco convincente, incluso me atrevería a decir que es contradictorio con la normativa del matrimonio e incluso con la propia regulación de la adopción. En primer lugar, es obvio que choca con el dato legal de que el matrimonio se puede

FELIU REY hace referencia a una posible razón de teleología jurídica, al señalar que “la importancia del vínculo civil de filiación que por la adopción se establece, y la seriedad de los deberes a que con él se obliga, justifica un mínimo de madurez que sólo por la edad puede objetivamente presumirse; la adopción imita a la naturaleza y el adoptante debe tener una edad idónea para el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad⁴⁵⁴”.

Dicha edad mínima de veinticinco años debe haberse alcanzado antes de que se inicie el procedimiento de adopción, y no durante la sustanciación del mismo⁴⁵⁵. Asimismo, el requisito de edad mínimo no tiene carácter absoluto, pues el propio art. 175.1 señala la dispensa de este requisito en el caso de la adopción conjunta por parte de ambos cónyuges⁴⁵⁶, en el que basta que uno sólo de los

contraer a partir de los dieciocho años o de los dieciséis en caso de emancipación, e incluso desde los catorce con dispensa de edad; pues, a *contrario sensu*, supone afirmar que los hijos de estos matrimonios (contraídos antes de los veinticinco años) han sido habidos prematura y precipitadamente, y que, por tanto, los padres carecerían de la madurez de juicio suficiente para cumplir con los deberes que se derivan de la relación paterno-filial; con la consecuencia de que, si esto es cierto, se debería proceder al acogimiento de estos menores, así como al aumento de la edad requerida para contraer matrimonio. Por otra parte, no cabe desconocer que la posible falta de madurez del adoptante, que efectivamente puede existir cualquiera que sea la edad que se fije, es un dato relevante a ponderar por el juez, y que le permite denegar la adopción que se pretenda; pues tampoco puede olvidarse que la adopción ya no se constituye mediante el consentimiento, aunque éste continúe siendo un presupuesto esencial, sino por la resolución judicial.” A juicio de este autor, la reducción de la edad mínima del adoptante responde a una cuestión técnica de política legislativa, de cara a otorgar preferencia al interés del adoptando y dar facilidades para la constitución del vínculo de filiación adoptiva, para lo cual se acerca la edad mínima a aquella en la que se permite contraer matrimonio. No obstante, señala que “no hay duda de que todavía se está muy lejos de la edad requerida para contraer matrimonio”.

⁴⁵⁴ FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 91.

⁴⁵⁵ Para la computación de los años, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 315 del C.c.

⁴⁵⁶ O integrantes de una pareja unida de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Cfr. Disposición final 3ª de la Ley 21/1987.

cónyuges haya alcanzado esta edad. Será nula toda adopción que se constituya sin cumplir el requisito de edad mínima, a excepción de esta dispensa para uno de los cónyuges en casos de adopciones conjuntas. A este respecto, señala MERINO Y HERNÁNDEZ que, “lejos de haber supuesto un avance en orden de la equiparación de la filiación adoptiva con la habida por la naturaleza, supuso un importante retroceso. Puede imaginarse una pareja en la que el marido haya cumplido los treinta años, en tanto que su mujer no cuente más que con veinte años de edad; si adoptan a un menor de, por ejemplo, catorce años, éste no tendrá más que seis años menos que su madre adoptiva, lo que parece notoriamente anormal y, en todo caso, sumamente distante a esa equiparación”⁴⁵⁷. A este respecto, debemos señalar que éste es un caso que, como veremos, no puede ocurrir, pues, aún cuando se dispensa a uno de los cónyuges del requisito de edad mínima para poder adoptar, en todo caso, también para la adopción conjunta, debe respetarse el requisito de diferencia de edad -por ambos cónyuges- y de capacidad.

Por otro lado, la reforma legislativa de 1987, fiel a nuestra tradición jurídica y a diferencia de lo que encontramos en el derecho comparado⁴⁵⁸, no establece una edad máxima o límite para ser adoptante. Esto también ha enfrentado a algunos sectores de la doctrina que señalan la necesidad de introducir dicho requisito de edad máxima, pues parece que cuando existe una diferencia elevada de edad, superior a la que media entre padres e hijos por naturaleza, el adoptante no podría cumplir los deberes de guarda y protección que asume con la adopción, pudiendo constituirse de esta forma adopciones que en ningún modo

⁴⁵⁷ Citado por FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, cit., pág. 93.

⁴⁵⁸ Podemos citar, entre otros, la edad máxima para poder adoptar establecida en cincuenta años en Holanda o en sesenta años en Portugal.

pueden cumplir su fin. A nuestro juicio, es más acertado el criterio del legislador en este caso, pues, como señala LETE DEL RÍO, “existirán siempre supuestos en los que, a pesar de la avanzada edad del adoptante o de la considerable diferencia de edad entre éste y el adoptando, pueda estimarse que la adopción es conveniente y beneficiosa para la persona que se pretende adoptar, como sería el caso del hijo retrasado mental del cónyuge del adoptante.”⁴⁵⁹ En efecto, debido a que todas estas circunstancias son datos relevantes a ponderar por el juez y que le permite denegar la adopción que se pretenda con una excesiva diferencia de edad, pues la adopción se constituye por resolución judicial y con base en el principio de primacía del interés del adoptando, parece, no obstante, prudente no negar por ley ciertas adopciones que podrían ser beneficiosas e incluso necesarias pese a no cumplir dichos requisitos de edad máxima⁴⁶⁰.

b) Requisitos de capacidad del adoptante.

Si de nuevo nos remontamos a la redacción originaria del Código Civil, comprobamos que el artículo 173 recogía expresamente que el adoptante debía hallarse en “pleno uso de sus derechos civiles”⁴⁶¹. Esto no se vio sometido a

⁴⁵⁹ LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., pág. 482.

⁴⁶⁰ Cfr. GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción, Ley 21/1987, Comentarios*, Dykinson, Madrid, 1991, págs. 69 y 70.

⁴⁶¹ Cfr. PIÑAR LÓPEZ, B., *La adopción y sus problemas jurídicos*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de enero de 1950, Editorial Reus, Madrid, 1954, pág. 165; este autor equipara la expresión legal “no hallarse en pleno uso de sus derechos civiles” con “no tener capacidad de obrar”, interpretando que la capacidad de obrar debía mantenerse

modificación hasta 1970, año en que mediante la Ley de reforma de 4 de julio se sustituía la expresión citada por otra mucho más controvertida: “que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles”. Tras recibir la crítica general de toda la doctrina por la expresión del precepto, se llegó a la conclusión general de interpretarlo como la exigencia de no haber sufrido una incapacitación general. El problema principal en la doctrina respecto a la nueva redacción surgía en los casos en los que se había producido una incapacitación especial⁴⁶².

La Ley 21/1987, por el contrario, no se pronuncia ante la necesidad de exigir expresamente que el adoptante posea el pleno uso de sus derechos civiles. Desconocemos el motivo de este silencio por parte del legislador, aunque debemos señalar que éste no conduce, en ningún caso, a conclusiones simplistas como que el legislador permite la adopción a cualquier persona que cumpla el requisito de edad, ni mucho menos. Debido a que el adoptante debe prestar su consentimiento a la adopción, debemos negar la posibilidad de ser adoptantes a aquellas personas que no son capaces para prestar dicho consentimiento⁴⁶³, de carácter personalísimo, que supone también la voluntad del adoptante de asumir los deberes que nacen de la adopción. Asimismo, ni que decir tiene que la

íntegramente. Esta misma interpretación fue tomada por un sector de la doctrina, encabezada por CASTÁN TOBEÑAS. Otro sector, encabezado por BERCOVITZ, interpretaba que dicho impedimento afectaba a las incapacitaciones generales, pero no a las especiales. Por su parte, DE MARINO interpretaba que dicha expresión hacía referencia, no tanto a la capacidad de obrar, cuanto a la capacidad jurídica. Éstas últimas opiniones doctrinales las recoge FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, cit., pág. 87.

⁴⁶² Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., pág. 483.

⁴⁶³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, op. cit., pág. 164. Señala este autor que el silencio legislativo introducido en la ley de 1987 acerca de la capacidad exigida al adoptante responde “al fin de evitar exclusiones de carácter general y propiciar que sea la entidad pública por medio de la propuesta de adopción, y en su caso el juez, quienes valoren la idoneidad o no del adoptante.”

discrecionalidad del juez valorará ciertas restricciones o incapacidades parciales que pudiera sufrir el adoptante, debido a que el propio art. 176 del C.c. exige la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad. No obstante, debido a que la sentencia de incapacitación debe determinar, entre otras circunstancias, la extensión y límites de la incapacidad, y a consecuencia de que dicha incapacidad debe ser interpretada siempre de forma restrictiva, pues las limitaciones a la capacidad nunca se presumen sino que deben ser establecidas expresamente por ley, debemos señalar que el juez debe tener en cuenta siempre dicha sentencia de incapacitación para permitir o negar la adopción por falta de capacidad del adoptante.

Cabe preguntarse qué ocurriría en el caso, bastante común, de aquella persona que aún concurriendo en las circunstancias que propiciarían una incapacitación general o especial, no han sido incapacitados por sentencia judicial. A nuestro juicio, el juez, al valorar la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad, debería, en estos casos, negar, basándose en la discrecionalidad que le permite el derecho, la adopción a estas personas por falta de capacidad, aún cuando no exista sentencia judicial de incapacitación.

c) El requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.

Debido a la trascendencia que ha tenido para nuestro derecho, volvemos a plantear aquí lo que a este respecto establece el Derecho justiniano:

I. 1, 11, 4 (*de adoptionibus*): *Minorem natu non posse maiorem adoptare, placet; adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut maior sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adoptionem vel arrogationem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis, praecedere.*

Es este uno de los puntos en los que expresamente se hace mención al principio *adoptio imitatur naturam*, considerándose como exigencia de este principio el establecer una diferencia mínima de edad entre las personas de adoptante y adoptado. El Derecho romano establecía, como podemos comprobar, una diferencia mínima de edad de dieciocho años, una pubertad, considerándose monstruoso que el adoptante fuese menor que el adoptado.

Nuestro Código Civil, en su redacción de 1889, estableció la diferencia mínima de edad en quince años. La reforma de 1958 fijó la diferencia de edad en los mismos términos que en Derecho romano, dieciocho años. La ley de 4 de julio de 1970 disminuyó dicha diferencia de edad hasta los dieciséis años.

El actual artículo 175.1, modificado por la ley de 1987, establece que “*en todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.*”

Vemos como, aún existiendo diferentes criterios a la diferencia de edad entre adoptante y adoptando, todos responden al mismo razonamiento romano, que fundamentó toda la institución adoptiva regulada por JUSTINIANO, según el

cual el adoptante debe aventajar al adoptado en una pubertad -que, según los casos, se considera de dieciocho, dieciséis, quince o catorce años- en virtud del principio *adoptio imitatur naturam*. Se considera beneficioso para el menor el hecho de que el adoptante le aventaje en un determinado número de años, evitando que surjan o se aparenten otro tipo de afectos distintos de los paternofiliales, por lo que, incluso en los casos de adopción conjunta, ambos adoptantes deben, aquí sí, observar la diferencia mínima de edad⁴⁶⁴.

Es de observar el hecho de que, debido a la exigencia de una diferencia mínima de edad entre las personas de adoptante y adoptando, la edad mínima para poder ser adoptante puede, ya en la casuística, verse ampliada a más de veinticinco años, pues para adoptar, por ejemplo, a un menor de doce años, el adoptante debe haber cumplido los veintiséis, un año más de la edad exigida legalmente.

d) Prohibiciones para poder adoptar.

Las prohibiciones para poder adoptar se recogen en el actual artículo 175.3 nuestro Código Civil, modificado por la Ley de 1987. Se establecen de la siguiente forma:

Art. 175: (...)

⁴⁶⁴ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., págs. 486 y 487.

3. *No puede adoptarse:*

1° *A un descendiente.*

2° *A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.*

3° *A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.*

Pasemos, pues, a analizar brevemente cada uno de los supuestos de prohibición:

1°. Aparece en primer lugar la prohibición de adoptar a un pariente por consanguinidad en línea recta descendiente, suponiendo una clara ruptura con la adopción romana, especialmente aquella *adoptio plena* justiniana. Esta prohibición, en principio, no tiene límite, por lo que se prohíbe la adopción de hijos, nietos, bisnietos, etc., cualquiera que sea su filiación, matrimonial o extramatrimonial. Podemos afirmar, con LETE DEL RÍO, que el fundamento de esta prohibición lo encontramos en “la equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial” y, por esa razón, “su antecedente se encuentra ya en la ley de reforma de 13 de mayo de 1981, que suprimió el párrafo 4° del anterior y derogado art. 172, en el que se permitía la adopción de los propios hijos naturales reconocidos”,⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., pág 488.

Desde un análisis precipitado podríamos pensar que la adopción de un hijo natural no es del todo acertada, pues sería una institución inútil la que estableciese una relación de filiación legal cuando existe una filiación natural que ya de por sí despliega efectos legales. Recordemos a este respecto que la filiación no sólo crea, en el actual régimen, una relación de filiación entre las personas de adoptante y adoptado sino que, por ende, extingue el vínculo de filiación entre el adoptado y su familia de origen. A través de esta prohibición se evita que un progenitor adopte a un hijo con el fin de que se extinga el vínculo de filiación entre éste y el otro progenitor, lo cual podría ser algo muy común en casos de separación y divorcio, cuando éstos no se han producido con la debida concordia.

Si hacemos una interpretación restrictiva de la norma podemos concluir, como señala un sector doctrinal, que cabe adoptar al hijo natural extramatrimonial no reconocido⁴⁶⁶. Podemos afirmar aquí, no obstante, que no resulta fácil explicar la razón por la cual un padre natural va a instar un procedimiento de adopción, con toda la dificultad de tramitación que ello supone, para conseguir unos efectos que, en cualquier caso, se alcanzarían mediante un reconocimiento de paternidad. Cabría, no obstante, dicha posibilidad en aquellos casos en los que el reconocimiento de paternidad no se ha producido por la razón de que el propio progenitor desconocía su paternidad. En cualquier caso, podemos señalar que la determinación sobrevenida de la filiación natural supondría, en cualquier caso, la nulidad de la adopción.

⁴⁶⁶ Ibid., pág. 489.

2°. Se prohíbe igualmente adoptar a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, es decir, a los hermanos y a los cuñados. Si nos ajustamos al tenor literal de la norma, encontramos que no se prohíbe la adopción del hermano por adopción, ni otros casos controvertidos de adopción como puede ser la de aquella persona con la que el adoptante tenga un hijo. Dichos supuestos, por norma general, serán tenidos en cuenta por el juez para, basándose en la discrecionalidad que le reconoce la ley, negar, en su caso, la adopción⁴⁶⁷.

3°. Sí existe una clarísima recepción del Derecho romano el tercer supuesto de prohibición jurídica dirigido contra la persona del tutor, al cual le impide el derecho adoptar al pupilo en tanto no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, evitando así que se eluda por medio de la adopción una supuesta responsabilidad por la mala administración de los bienes del pupilo. Así pues, el tutor único o el tutor encargado de la administración de los bienes no pueden adoptar al tutelado hasta que se haya aprobado, no basta la mera presentación, la cuenta general justificada de la tutela. El tutor que tenga la intención de adoptar al tutelado debe, en primer lugar, manifestar al juez su adopción de adoptar y solicitar la suspensión de sus funciones de administración, para lo que se nombra un defensor judicial; durante el propio procedimiento de adopción puede presentarse la cuenta general justificada de la tutela, por lo que el juez aprobaría simultáneamente ambos

⁴⁶⁷ LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., pág. 489.

asuntos, la cuenta y la adopción, extinguiéndose la tutela como consecuencia de la propia adopción⁴⁶⁸.

No recoge el artículo 175 del C.c. una prohibición que sí se incluía en el derecho derogado que, en la praxis, podemos considerar vigente: la prohibición de adoptar de la persona casada, que necesitaba el consentimiento de su consorte. Si nos fijamos en lo establecido en el artículo 177, observamos la exigencia jurídica de que medie el asentimiento del cónyuge que no adopta, a no ser que medie separación legal o de hecho, por lo que, *sensu contrario*, podemos decir que si no existe el asentimiento del otro cónyuge no adoptante, no cabe la adopción por parte de la persona casada.

f) *La adoptio post mortem.*

Cuando hacemos referencia a la institución de la adopción *post mortem* nos viene a la memoria aquella otra figura histórica que estudiábamos con la denominación de *adoptio per testamentum* o adopción testamentaria, figura, recordemos, singular de *adrogatio* que algunos historiadores y juristas han pretendido ver, aún sin el apoyo suficiente en las fuentes jurídico-romanas, hacia el final de la República. La *adoptio per testamentum* no hace referencia sino al hecho de que una persona declare en su testamento la intención de adoptar a una determinada persona, tratándose, afirma un sector doctrinal, de una adopción *non*

⁴⁶⁸ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., loc. cit.

iure facta, con un defecto de origen que viene a solventarse mediante la convalidación de las curias o del *princeps*, mediante rescripto.

Una vez hecha esta referencia histórica a la institución que ya estudiábamos en capítulos anteriores, pasemos al tratamiento de la adopción *post mortem* que recoge el artículo 176.3 del C.c:

Art. 176: (...)

3. En los tres primeros supuestos del número anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento.

Los supuestos a los que se refiere el precepto citado son los tres primeros recogidos en el punto segundo del mismo artículo 176:

1.^a *Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.*

2.^a *Ser hijo del consorte del adoptante.*

3.^a *Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.*

Así pues se reconoce la adopción por parte del adoptante difunto en los casos de sobrino huérfano por el tío consanguíneo o por afinidad, hijo del cónyuge del difunto o cuando ha transcurrido más de un año en régimen de acogida o tutela, siempre que ya se hubiese prestado el consentimiento debido ante el juez, considerándose los efectos de la adopción, no desde la fecha de firmeza de la resolución judicial, sino desde el momento en que el adoptante haya prestado su consentimiento.

Esta figura particular de adopción no supone, obviamente, sino una excepción al hecho de que no puede haber adopción si no existe la persona del adoptante. El reconocimiento de la adopción *post mortem* no hace disminuir el carácter procesal de la naturaleza de la adopción, pues el tenor literal de la norma establece que “podrá constituirse la adopción”, por lo que es en todo caso el juez quien, en virtud del interés del adoptando, procederá a constituir o no la adopción⁴⁶⁹.

En estos casos podemos afirmar que la finalidad que se pretende no es la de suplir mediante una medida tuitiva la situación de desamparo a través de la constitución de una relación de filiación, pues si el adoptante ha fallecido no puede cumplir la finalidad del ejercicio de la patria potestad sobre la figura del adoptado que exige la institución adoptiva. En esta figura encontramos, más bien, la intencionalidad de beneficiar al menor a través de un posible cambio en su estatuto personal y su constitución como heredero en los bienes del finado.

⁴⁶⁹ Para todo lo anterior, cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., págs. 491 y 492.

Podemos, pues, afirmar que, a través de esta institución, la constitución de la relación de filiación se establece para el adoptado de forma directa en una situación de orfandad que, si bien puede beneficiar al menor en algunos aspectos, puede, en otros casos, constituir una nueva situación de desamparo que provoque un nuevo procedimiento para solventar dicha situación a través de la guarda o la constitución de una nueva adopción. Es por esto que creemos que el juez debe considerar todos estos aspectos, en defensa del interés del adoptando, antes de constituir una adopción por parte de un adoptante ya fallecido.

- Adopciones plurales y sucesivas.

Se recogen estos supuestos en el artículo 175.4 del Código Civil.

Art. 175: (...)

4. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

Corresponde, como podemos comprobar, a la lógica de la institución, que pretende constituir una relación de filiación análoga a la filiación por naturaleza

erigiéndose como un instrumento de integración familiar, el hecho de que se prohíban las adopciones plurales al margen de los casos de adopciones en el seno del matrimonio, “por ambos cónyuges”. La excepción, como es sabido, responde al mismo razonamiento, pues, sin duda alguna, la adopción en el seno del matrimonio por parte de ambos cónyuges es la que más se equipara a la filiación por naturaleza y constituye el caso óptimo de integración familiar.

En estos casos de adopción por parte de ambos cónyuges, como hemos visto en apartados anteriores, basta con que uno de ellos haya cumplido los veinticinco años, aún cuando ambos deberán seguir cumpliendo el resto de requisitos de diferencia de edad con respecto al adoptando y de capacidad para prestar el consentimiento.

Igualmente será aplicable este precepto a aquellas parejas unidas de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal, tal y como establece la disposición adicional tercera de la ley de 11 de noviembre de 1987.

La adopción sucesiva, por el contrario, no supone una adopción múltiple pues la constitución de la nueva adopción extingue la anterior. Se permite dicha institución en caso de fallecimiento del adoptante o en aquel caso en que, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, el juez acuerde la exclusión de las funciones tuitivas del adoptante⁴⁷⁰, así como de los

⁴⁷⁰ A este respecto, vid. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Adopción, Acogimiento, Tutela y otras instituciones de protección de menores*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, págs. 637 y ss.

derechos que le correspondan respecto a la persona del adoptado, de sus descendientes o en sus herencias, si el adoptante hubiese incurrido en causa de privación de la patria potestad (cfr. art. 179 C.c.).

Esta institución, podemos señalar, no supone una gran novedad legislativa, pues es algo que se desprende de la propia lógica de la institución adoptiva y se venía realizando con precedencia a la ley de 11 de noviembre de 1987. Lo novedoso se encuentra, precisamente, en el hecho de que se recoja expresamente en la reforma legal⁴⁷¹.

- Una breve referencia a la adopción realizada por personas homosexuales o transexuales.

Atendiendo a la actual regulación de la institución adoptiva, el derecho no impide a una persona homosexual o transexual instar un procedimiento unipersonal de adopción y ser adoptante pues, como ya hemos señalado, el acceso a un procedimiento de adopción se ha regulado en la reforma de 1987 como un

Los motivos de exclusión los podemos encontrar en el propio art. 170 Cc.: incumplimiento de los deberes inherentes a la adopción, esto es, velar por él, tenerlo en compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral; cuando los padres tuvieren una excesiva dureza con los hijos o les diesen órdenes o consejos corruptores y cuando así lo acuerde una sentencia dictada en procedimiento criminal o matrimonial (cfr. pág. 637). Vid. también FELIU REY, M.I., “El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y <<adoption imitatur naturam>>”, cit.

⁴⁷¹ Cfr. GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción*, cit., pág. 41.

acceso libre, siempre que se cumplan aquellos requisitos propios de edad y capacidad para prestar consentimiento que ya hemos estudiado.

Cuestión distinta supone el hecho de que pueda o no considerarse la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad por parte de la entidad pública o el órgano judicial correspondiente con base en la discrecionalidad que, como hemos visto reiteradamente, le concede el derecho para velar por el interés del adoptando. Son, a este respecto, muchas las voces que señalan que constituye un claro ejemplo de discriminación por razón de opción sexual el hecho de negar la adopción por parte de personas homosexuales por el mero hecho de manifestar una opción sexual distinta.

Es inexcusable en este punto hacer referencia al precedente jurisdiccional que supuso la sentencia emitida por la sección tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en el caso FRETTE Vs. FRANCIA, con fecha de 26 de febrero de 2002, por la que el alto tribunal europeo declaró que la denegación de la adopción a un ciudadano francés, soltero y de condición homosexual, no violaba los artículos 8 y 14 de la Convención de defensa de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales, que prohíben, respectivamente, la discriminación por razón de sexo y establecen el respeto a la vida familiar, por entender que las autoridades francesas actuaron dentro del margen de discrecionalidad que permite la búsqueda del mejor interés del menor.

Así pues, aunque formalmente no exista ningún impedimento para la adopción unipersonal por parte de personas con esta cualidad, debemos hacer constar, no obstante, que no sería contrario a derecho ni constituiría un caso de discriminación por razón de sexo la negación de dicha adopción sobre esta misma circunstancia si, invocando el principio de beneficio del interés del menor, que es el eje central de la institución adoptiva, así lo hicieran los órganos judiciales o entidades públicas correspondientes en uso de la discrecionalidad propia que el derecho les concede con fines a discernir la idoneidad de estas personas para el ejercicio de la patria potestad. Esta interpretación, por lo demás, también estaría avalada por la pervivencia en nuestro derecho del principio *adoptio imitatur naturam*.

De la misma manera, si afrontamos la cuestión de la adopción por parte de uniones conyugales o de hecho formadas por personas homosexuales, debemos hacer, en primer lugar, referencia a la reciente aprobación y entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La finalidad de esta ley, según la propia exposición de motivos, en su punto II, no es otra que “*remover una larga historia de discriminación basada en la orientación sexual*”, estableciendo para ello “*un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad*”, lo cual, además, afirma el legislador, “*se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo*”.

Afirma, pues, el legislador en la exposición de motivos citada que: *“En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.”*

Fueron varias las veces en las que se trató el derecho a participar en un procedimiento de adopción por parte de personas homosexuales en los debates parlamentarios de aprobación de la citada ley. Entre otras podemos extraer las declaraciones de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, del Grupo Mixto, en los turnos de fijación de posición, que señaló que “la apertura a las personas con conducta homosexual debe quedar clara, con los mismos derechos, incluidos los de adopción, que se reconocen a las personas, tanto si mantienen solamente el criterio de convivencia en familias que no llevan consigo cualquier tipo de relación afectiva o sexual como en el caso de las parejas heterosexuales”⁴⁷². También se refirió a este tema URÍA ETXEBARRÍA, del Grupo Vasco, quien señaló que “la sociedad ha evolucionado, que los roles sociales ya no son los que eran y que no existen impedimentos serios para entender que la adopción por parejas del mismo sexo vaya a tener connotaciones distintas o perjudiciales para los menores que las que se evidenciaban en tiempos pretéritos, cuando esta separación de papeles era tan

⁴⁷² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Número 84, Sesión Plenaria núm. 79, celebrada el jueves 21 de abril de 2005, pág 4110.

radical o tan distante”⁴⁷³. Algo más exaltado se mostró el representante del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya, CERDÀ ARGENT, quien indicó que “la equiparación de los derechos de matrimonio y adopción son el único acto de desagravio histórico a los homosexuales por la persecución sufrida durante la Guerra Civil, la II Guerra Mundial y la dictadura franquista”⁴⁷⁴. El representante del Grupo Parlamentario Catalán, PIGEM I PALMÉS, señaló que “en el caso de la adopción no estamos hablando de un derecho a adoptar, que nadie, ni homosexuales ni heterosexuales, tenemos, sino únicamente de que a los homosexuales no les esté prohibido solicitarlo como pareja, porque individualmente no les está vedado. Todo ello con independencia de que luego se deberá acreditar, al igual que en el caso de las parejas heterosexuales, idoneidad para ello”⁴⁷⁵. El Grupo Parlamentario Popular, a través de TORME PARDO, apostó por “una regulación específica de las parejas de hecho, acabando con la discriminación de las parejas homosexuales mediante un conjunto de derechos y obligaciones equiparables a los del matrimonio, salvo en lo que se refiere a la adopción”⁴⁷⁶, tal y como fue defendida por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Consejo de Estado, entre otros. Por último, el Grupo Socialista en el Congreso hizo constar, a través de MONTÓN JIMÉNEZ, que “es una realidad que los homosexuales tienen hijos que viven en el seno de parejas homosexuales, por lo que los niños, al no estar reconocidos, están siendo desprotegidos y también discriminados”; igualmente hizo referencia a una serie de estudios internacionales independientes que

⁴⁷³ Ibid., pág., 4113.

⁴⁷⁴ Ibid., pág. 4114.

⁴⁷⁵ Ibid., pág. 4116.

⁴⁷⁶ Ibid., pág. 4118.

“demuestran que no hay diferencias entre los niños criados en parejas homosexuales y heterosexuales”, añadiendo que “quien defienda lo contrario es quien debe justificar que sus argumentos son así y avalar que no se basan en el hecho de discriminar por razones de orientación sexual”⁴⁷⁷.

Tras la reforma del Código Civil en materia de contraer matrimonio, el art. 44 queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 44.

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Por lo demás, el resto de la reforma se limita a sustituir los términos *marido* y *mujer*, por *los cónyuges*, lo cual lo hace en los artículos 66, 67, o los términos *padre* y *madre*, por *progenitores*, como se hace en el artículo 154.

Con base en lo establecido por la reforma legal, en principio, puesto que el matrimonio tiene los mismos efectos ya sea contraído por una pareja de distinto o del mismo sexo, las uniones conyugales de parejas del mismo sexo podrán participar, en igualdad de condiciones a un matrimonio heterosexual, en el

⁴⁷⁷ Ibid., pág. 4120.

procedimiento formal de adopción conjunta, así como las parejas de hecho homosexuales, las cuales conviven en una situación análoga de afectividad que una unión conyugal llevada a cabo por una pareja del mismo sexo.

No obstante esta nueva legislación, y aún cuando no impide la especial cualidad de estas parejas el poder acceder a un procedimiento de adopción, como ya pudimos ver anteriormente en lo referente a las adopciones unitarias por parte de personas homosexuales, podemos afirmar que, a nuestro juicio, y en virtud de la legalidad presente, la negación del carácter de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad llevada a cabo discrecionalmente por la entidad pública o el órgano judicial correspondiente por causas derivadas a la cualidad especial de los adoptantes no contradeciría, en principio, el derecho fundamental de no discriminación, como ya habíamos indicado, pues, como la propia Ley del Menor indica en su artículo 2, debe primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, incluyendo el interés de los adoptantes, cualquiera que fuere su opción sexual.

6.3.2. Personas a las que se puede adoptar.

Para poder hacer referencia a la capacidad del adoptando o aquella potencialidad para que un sujeto pueda ser adoptado, debemos acudir, en primer lugar, al contenido del artículo 175.2. C.c.

Art. 175: (...)

2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

El propio preámbulo de la Ley 21/1987 señala en su párrafo 5º que “en el futuro la adopción sólo cabrá, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad”, debido a que la adopción se basa, entre otros, en el principio de “configuración como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan” (cfr. párrafo 4º).

Así pues, el adoptante debe ser, en primer lugar, una persona física⁴⁷⁸ menor de edad no emancipado, salvo que nos encontremos en el caso excepcional de mayores de edad o menores emancipados que, inmediatamente antes de la emancipación, hubieren mantenido con el adoptante una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, que en todo caso debió iniciarse antes de que el adoptando cumpliera los catorce años.

⁴⁷⁸ Se sobreentiende que no cabe la adopción de personas jurídicas. A este respecto, y antes de las últimas reformas en materia de adopción, señala GAMBÓN ALIX, G., *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 113, que “la llamada adopción en determinadas localidades por el Caudillo para ciertos efectos económicos y fiscales no guarda relación, naturalmente, con la adopción del Derecho privado y debe más bien considerarse una expresión metafórica”.

La adopción del *nasciturus*, es decir, el concebido no nacido, ha generado a lo largo de las diferentes reformas legales un prolífico debate doctrinal acerca de su pertinencia y legalidad. Antes de la reforma de 1987 nos encontramos con un sector doctrinal que defendía la posibilidad de adopción de un concebido no nacido. A este respecto, cabe citar a GAMBÓN ALIX, quien funda así su razonamiento:

“Téngase presente que con arreglo a los arts. 29 y 30 Cc., el nacimiento determina la personalidad y que sólo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Pero no se olvide tampoco que el primero de los citados artículos declara que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Parece claro que en términos generales ha de serle beneficioso el derecho de ser adoptado y, más aún, si se piensa que en cada caso concreto, y aunque la ley no lo establezca expresamente, el Juez velará para que toda adopción aprobada lo sea tan sólo si puede reputarse beneficiosa para el adoptado.

Por lo tanto, aunque no negamos que habrá de parecer anómalo, creemos que, en principio, debe admitirse la posibilidad de que el “nasciturus” pueda ser sujeto de una adopción desde el lado del adoptado, pues es aquel en que cabe algún beneficio.”⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ GAMBÓN ALIX, G., *La adopción*, op. cit., loc. cit.

Por el contrario, CASTRO LUCINI negaba la capacidad para que pudiera ser adoptado plenamente el concebido no nacido, pues el artículo 178.2 de la ley de 1958 establecía en tres años la edad mínima para poder ser adoptado, así como en la *adoptio minus plena*, “pues el concebido no tiene personalidad anticipada y, al no ser persona, no podrá ser adoptado”⁴⁸⁰. Admitía, no obstante, este autor que podía comenzarse a instruir el expediente de adopción durante el embarazo de la madre, aún cuando no fuese posible una efectiva adopción antes del nacimiento. A esta corriente de negación de la adopción del *nasciturus* se sumaron también CUEVAS CASTAÑO, BERCOVITZ, GULLÓN BALLESTEROS y DíEZ PICAZO. Por el contrario, GÓMEZ DE LIAÑO, GARCÍA CANTERO, SANCHO REBULLIDA y DE MARINO admitían la postura defendida por GAMBÓN ALIX.

Podemos afirmar que, al no señalarse en la Ley de 1987 nada en contra de la posibilidad de adoptar a un concebido no nacido, ésta posibilidad no se prohíbe. No obstante, opina la mayoría de la doctrina que al exigirse el asentimiento de la madre y debido a que ésta no podrá prestarlo hasta treinta días después del parto (cfr. art. 177.2), no cabe en ningún caso la adopción del *nasciturus*⁴⁸¹.

Por otro lado, sí parece haber unanimidad en la doctrina al negar la posibilidad de adoptar a un *concepturus*, es decir, al todavía no concebido, lo cual

⁴⁸⁰ Esta opinión doctrinal y las que siguen son recogidas por FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, cit., pág. 113.

⁴⁸¹ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, cit., pág. 493; por FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, cit., págs. 114 y 115; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 859.

parece lógico debido a que no puede establecerse una relación de filiación con base en un futuro, por la gran incertidumbre jurídica que esto traería consigo.

7. La adopción internacional

No podemos concluir este breve repaso a la legislación actual de la institución adoptiva y su posible carácter de recepción jurídica romana sin hacer referencia a la aún reciente Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que tanto ha dado que hablar incluso en ámbitos no científicos, y que cobra un especial interés en nuestro estudio precisamente porque hace revivir para nuestro ordenamiento jurídico los derogados hasta entonces efectos de la adopción simple, aquella *adoptio minus plena* que denominaba JUSTINIANO.

En primer lugar, debemos hacer constar a este respecto que esta institución difícilmente habría podido aparecer en la legislación romana, pues tanto la adopción como la arrogación, recordemos, estaban reservadas al *ius civile* que era privilegio de ciudadanos romanos, y no fue hasta la extensión de esta cualidad, la ciudadanía, a todos los habitantes del imperio, cuando también se hizo posible que la adopción rebasara sus propios límites personales. De hecho, como explicábamos en capítulos anteriores, la aparición de las denominadas adopciones privadas estuvo directamente relacionada con la imposibilidad de los peregrinos de poder adoptar, pues tampoco eran titulares de la patria potestad romana. Por lo tanto, no es fácil admitir la posibilidad de la adopción de un peregrino por parte de

un ciudadano romano o viceversa, al menos hasta que no pasara la época clásica del Derecho romano.

Comencemos haciendo una breve referencia a lo que el legislador argumenta en la exposición de motivos de esta Ley 54/2007, de 28 de diciembre, publicada un día después en el Boletín Oficial del Estado. Según aduce la propia exposición de motivos en su párrafo tercero, la Ley tiene por objeto una regulación “*normativa sistemática, coherente y actualizada*” que permita dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España, pues, como explica en su primer párrafo, debido a circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo, unido al descenso de la natalidad en España, se ha originado en los últimos años un notable incremento en el número de menores extranjeros adoptados por españoles o residentes en España. Esta Ley, por tanto, vendría a dar respuesta a aquellas nuevas necesidades y demandas sociales que han surgido de esta circunstancia y de las que se han hecho eco numerosas instituciones tanto públicas como privadas. El aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone, como el mismo legislador reconoce, un desafío jurídico de grandes proporciones, debiendo la nueva regulación “*facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio*”, “*todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redunda siempre en beneficio de todos los participantes en*

la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado”.

La Ley de adopción internacional, por tanto, se configura como una normativa de derecho internacional privado dirigida, como ya se indica desde su primer artículo, a regular *“la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras”* (art. 1.1). Así pues, según define la misma normativa en su artículo 1.2, *“se entiende por «adopción internacional» el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”.*

Si tenemos en cuenta debidamente lo que el propio legislador pone de manifiesto en el párrafo segundo de su exposición de motivos, según el cual la nueva ordenación recoge los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986), en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio

de 1995, entenderemos que también aquí el interés del menor suponga el fundamento de todo acto constitutivo de adopción. En este sentido se expresa la propia legislación en su artículo 2.1, que dispone que *“la presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor”*. Así pues, la Ley de adopción internacional recoge como propios los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, como recoge el artículo 3.

Especial referencia merece también el artículo cuarto de la Ley de adopción internacional, que se ofrece como garantía ante un posible tráfico de menores provocado por la guerra u otros desastres naturales, así como por la inexistencia de un control en el país de origen que garantice la legalidad de la misma. De ahí que el art. 4.1 recoja que *“no se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias:*

a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural.

b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción.

c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del

menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.”

Esta guarda debida de las garantías necesarias para evitar posibles abusos de sobra conocidos en este ámbito de la adopción internacional lleva al legislador a disponer en el punto segundo del mismo artículo cuarto que *“las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas.”* De la misma forma, si la adopción viene a suceder a una acogida en el seno de un programa humanitario de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, debe atestiguar que tal acogimiento finalizó conforme a las condiciones para las que se constituyó y que en su país de origen participe en programas de adopción debidamente regulados, tal y como se recoge en el punto tercero del propio artículo cuarto de la Ley de adopción internacional. Como aspecto importante en el seno de estas cautelas para la adopción internacional, y en garantía frente a un posible abuso mercantilista de la misma, regula el artículo 4.6 que *“en las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios”*.

La legislación en cuestión, una vez regulado lo referente a la intervención de las Entidades Públicas de Protección de Menores, la actividad de

intermediación en la adopción internacional, la acreditación, seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, la relación de los solicitantes de adopción y las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, así como la debida comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados, se dispone a reglamentar lo que concierne al importante aspecto de la capacidad y requisitos para la adopción internacional, a los que dedica los artículos del 10 al 13. En este ámbito, regula el artículo décimo lo referente a la idoneidad de los adoptantes, que define en el punto primero como *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional”*, la cual requerirá, como nos dirá el punto segundo del citado artículo, *“una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional”*. Del artículo 10.3 se deduce que esta declaración de idoneidad, de carácter discrecional reglado, corresponde a las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores, aún cuando *“el proceso de declaración de idoneidad, se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia”* (art. 10.5). Este último inciso de la Ley, la prohibición de cualquier discriminación, no debe exigir, como ya explicábamos en anteriores puntos, que circunstancias relativas a la persona adoptante no sean tenidas en cuenta por el organismo al que corresponde la declaración de idoneidad, pues, ante todo y sobre

todo, debe primar, como ya hemos indicado, el principio de interés del menor que constituye un principio rector de toda la institución adoptiva.

Aún cuando en la adopción internacional se sigue la normativa general por la cual el adoptado se desvincula jurídicamente de la familia de origen para integrarse en la familia adoptiva como hijo de la misma, recoge la Ley en su artículo 12 el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos o, al menos, los datos que en este aspecto obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores.

De entre toda la Ley de adopción internacional, cobra para nuestro estudio un especial y relevante interés lo dispuesto en su artículo 30, por el cual aquella adopción simple o menos plena justiniana que recogía nuestro derecho y que había sido derogada por la nueva ley de adopción, como ya vimos, vuelve a cobrar vigencia para aquellos casos en los que la adopción fue constituida por una autoridad extranjera como adopción menos plena o simple. Así se expresa dicho artículo 30.1 cuando afirma que *la adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o menos plena, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del Código Civil*, que disponía, recordemos, que las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley personal o de residencia habitual del hijo, por lo que *“la ley nacional del adoptado en forma simple o menos plena determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad”* (art. 30.2)

No obstante lo afirmado precedentemente, dichas adopciones menos plenas no pueden ser consideradas una adopción en sentido propio, precisamente porque la nueva legislación española no reconoce más tipo de adopción que la anteriormente denominada adopción plena, lo que conlleva, como nos indica el punto tercero del artículo 30, a que no puedan inscribirse como adopciones en el Registro Civil ni comporten la adquisición de la nacionalidad española, lo que supone un duro perjuicio para el menor adoptado en cualquier caso. No obstante, se prevé en la legislación de adopción internacional la convalidación de dichas adopciones simples para convertirse en adopciones plenas, siempre y cuando concurren una serie de requisitos, de entre los que cabe destacar los siguientes que recoge el mismo artículo 30.4:

a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.

c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.

d) *Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del niño.*

e) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.*

f) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído.*

g) *Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.*

Así pues, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional viene a poner de nuevo de manifiesto una importante referencia al Derecho romano de época justiniana. Si a partir del año 1987 desaparecía de nuestro Código Civil la que JUSTINIANO denominaba *adoptio minus plena* mediante la extinción legal de cualquier vínculo jurídico con la familia de origen y la consecuente acogida en el nuevo seno familiar como si de un hijo natural se tratase⁴⁸², la nueva ley de adopción internacional, veinte años después, vuelve a hacer revivir sus efectos para aquellos supuestos en los que, en virtud del principio de aplicación de la ley personal del menor en las relaciones paternofiliales, se hubiese constituido una adopción simple ante una autoridad extranjera. Una vez más contemplamos la vigencia de las instituciones y principios romanos que crearon la institución adoptiva que conocemos y que

⁴⁸² Cfr. PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la *adoptio minus plena*”, cit. pág. 552.

siguen presentes, de manera obviamente evolucionada, en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que, como afirmábamos al comienzo de este capítulo, el derecho, como producto histórico que es, no puede desvincularse de tan importantes antecedentes jurídicos, como los romanos, que no hacen sino perfeccionarlo en la finalidad esencial que debe cumplir como *ars boni et aequi*.

CAPÍTULO VI. LA ADOPCIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. DE ROMA AL DERECHO ACTUAL, PASANDO POR EL MALGRADO PROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

1. La *iurisdictio voluntaria* romana.

Realizar un estudio sobre la institución adoptiva romana debe suponer también, como no, introducirnos en el intenso debate jurídico que rodea a la jurisdicción voluntaria. No en balde ha escrito FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁴⁸³, que ésta, la jurisdicción voluntaria, constituye un tema polémico en la actual doctrina europea sobre la determinación de cual sea su concepto, su contenido y su naturaleza jurídica, manteniendo las más diversas posiciones y los más variados puntos de vista. Y es que, efectivamente, como nos indica nuestro autor, “desde posiciones opuestas, se ha considerado a la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional, y se ha sostenido su naturaleza administrativa” mientras que, “desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha mantenida su consideración como actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales y se ha afirmado, asimismo, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa”. No faltan quienes han propugnado “su individualización como categoría o actividad autónoma —como *tertium genus* entre administración y jurisdicción—, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública

⁴⁸³ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág.51; *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 23.

sobre relaciones o intereses jurídicos privados”, e, incluso, la doctrina italiana ha llegado a afirmar que “la expresión jurisdicción voluntaria tiene hoy un valor sólo convencional, y que no cabe hablar, en relación con los actos que se encuentran dentro de la misma, ni de jurisdicción ni de voluntariedad”⁴⁸⁴.

Siendo este el estado de la cuestión, no podemos sino volver a manifestar, con la doctrina, la ausencia de un análisis específico de la cuestión que otorgue cierta claridad a una materia tan incierta como la que supone esta jurisdicción voluntaria⁴⁸⁵, oscuridad que, a juicio de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁴⁸⁶, viene determinada por no estar “suficientemente apuntalado el andamiaje científico que proporciona el Derecho moderno”, y esto pese a que el romano dualismo *iuridictio contentiosa / iuridictio voluntaria* no viene a diferir mucho del actual.

Como es bien sabido, la primera aparición en las fuentes jurídicas de este binomio, *iuridictio voluntaria*, aparece en el primer libro de las *Institutiones* de MARCIANO, y que recoge el *Digesto* al tratar los cargos de procónsul y legado:

D. 1. 16. 2. pr. (*Marcianus libro primo institutionum*): *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.*

⁴⁸⁴ Cfr. ID., *Derecho Privado Romano*, loc. cit.; *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pág. 24.

⁴⁸⁵ Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 105 y ss.

⁴⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág.51; *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pág. 23.

Como podemos observar, el texto de las *Institutiones* de MARCIANO, que en opinión de autores como FERRINI⁴⁸⁷, fue escrito poco después de la muerte de CARACALLA y estaba dirigido especialmente al uso de los burócratas y funcionarios provinciales, particularmente del Oriente, deja expresa constancia de que el cargo de procónsul tiene capacidad de jurisdicción una vez que han salido de la Ciudad, pero no jurisdicción contenciosa sino voluntaria, haciendo referencia particular a la capacidad de estos cargos públicos de manumitir hijos o esclavos y presidir adopciones.

Con el texto del jurista se pone de manifiesto la estrecha vinculación existente, por tanto, entre la institución adoptiva, de la que trata nuestro estudio, y los procesos de la denominada *iurisdictio voluntaria*, expresamente vinculados a aquella, entre otras instituciones, para cumplimentar su exigida formalidad legal.

No debemos olvidar, al hacer referencia a la *iurisdictio voluntaria*, que esta, como nos pone de manifiesto el mismo MARCIANO, viene a definirse en contraposición a aquella otra *iurisdictio contenciosa*, que no es otra que aquella que tiene lugar entre litigantes y es ejercida por el magistrado en el seno de un proceso civil o penal. Por lo tanto, cuando nos referimos al término *voluntaria* en relación a la *iurisdictio* nos estamos refiriendo a aquellos procesos que se desarrollan *inter volentes*, es decir, entre sujetos que, sin mediar contradicción de

⁴⁸⁷ Glosado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág.52; *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pág. 25.

gravedad ni conflicto de intereses, reclaman voluntariamente la intervención del magistrado, estando de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, debiendo persistir dicho acuerdo hasta la resolución magistratorial y no mediar perjuicio de terceras personas. Es por ello que podemos concluir que en dicha jurisdicción voluntaria no existe un conflicto entre partes, por lo que la intervención del magistrado se limita a un control de legalidad, sancionando, ratificando, colaborando o legitimando la constitución, en los casos de adopción, de la misma institución adoptiva, limitándose a recibir y sancionar con su mera presencia las declaraciones de los concurrentes⁴⁸⁸.

Si atendemos a lo que nos expone GAYO, bien en la versión de sus *Instituciones* o en aquella que recoge el *Digesto* de JUSTINIANO, comprenderemos que los procedimientos de jurisdicción voluntaria se aplican, en esta materia, en la denominada *adoptio stricto sensu* o *datio in adoptionem*, ya que la arrogación se despachaba mediante el extraordinario procedimiento, ya estudiado, de la propuesta a las curias o el rescripto del príncipe:

GAIUS, *Inst.* I, 98-100: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus uel praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an uelit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestatem parentum*

⁴⁸⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, cit., pág. 27, glosando a VOLTERRA.

sunt, siue primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, siue inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis. Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in prouinciis apud praesides earum fieri solet.

D.1.7.2.pr. (*Gaius libro primo institutionum*): *Generalis enim adoptio duobus modis fit, aut principis auctoritate aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentis sunt, siue primum gradum liberorum optineant, qualis est filius filia, siue inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.*

Así las cosas, y considerando que la afirmación de MARCIANO (*ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri*⁴⁸⁹) hace expresa referencia a la emancipación y a la adopción, es decir, a los dos necesarios trámites para proceder a la *datio in adoptionem* clásica, analicemos por separado cada uno de ellos.

⁴⁸⁹ D. 1. 16. 2. pr.

1.1. La *iurisdictio voluntaria* en la primera fase del proceso, la previa emancipación del adoptando.

Si recordamos todo el procedimiento previo que la *datio in adoptionem* exigía para la previa separación del adoptando de la que hasta ahora había sido su familia, rememoraremos que este se tornaba en un procedimiento tortuoso y formalista, en la que, a través de una sutil interpretación del precepto *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*, recogido en la Tabla IV del código decemviral. Volvamos, en este punto, a los textos de AULO GELLIO y GAYO, que nos ofrecían un valioso testimonio del procedimiento exigido para la previa emancipación del *filiusfamilias* o cualquier otro *alieni iuris*, necesaria de cara a su posterior adopción:

GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 1-3: *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum. Quod per praetorem fit, <<adoptatio>> dicitur, quod per populum, <<arrogatio>>. Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt terti mancipatione in iure ceduntur atque ab eo qui adoptat apud eum apud quem legis actio est vindicantur...*

GAIUS, *Inst. I*, 132: *Praetera emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: SI PATER <TER> FILIVM VENVM DVIT, A PATRE FILIVS LIBER ESTO. Eaque res*

ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii -sed in usu est eidem mancipari- isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii -sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur- eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nomdum manumissus sit sed adhuc in causa mancipi...

Si contemplamos estos procedimientos a la luz del texto de MARCIANO, podemos llegar a la conclusión de que todo este formalismo se desarrollaba ante el magistrado competente como un procedimiento de *iurisdictio voluntaria*, en el que el padre natural y el padre adoptante requieren voluntariamente la presencia dicho magistrado para que éste legitime el negocio jurídico que se pretende, la emancipación previa de la persona del adoptando, necesaria para su posterior *datio in adoptionem*.

Como ya vimos en el capítulo anterior, para poder presidir adopciones el magistrado debía estar en posesión de la plena acción de la ley *-apud quem plena legis actio est-*, como nos indicaban entre otros, los textos recogidos en D.1.7.4., D. 1.16.3, D.1.20.1. o C.8.47(48)1.:

D.1.7.4. (*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

D. 1.16.3 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.*

D.1.20.1 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei legis actio.*

C.8.47(48)1: *Imperator Gordianus. Hi, qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt.* *
GORD. A. MARCIAE. *<A 239 PP. K. IUN. GORDIANO A. ET AVIOLA
CONSS.>

Así, llegábamos a la conclusión que los magistrados competentes para la realización de la necesaria emancipación previa, así como de presidir la adopción posterior, eran, en Roma, el Pretor Urbano, y en las provincias, aquellos magistrados que tuviesen atribuidas competencias análogas a las de los pretores, ofreciéndonos las fuentes expresa referencia al Procónsul, al Legado del César y al *Iuridicus Alexandriae* o Jurídico de Alejandría, así como a los magistrados municipales⁴⁹⁰, que tenían capacidad para manumitir y emancipar condicionada a que tuvieran la plenitud de la acción de la ley, como nos indicaba PAULO:

⁴⁹⁰ Recordemos que leyes municipales como la propia *Lex Irnitana*, la *Lex Ursonensis* o la *Lex Salpensana* nos hacían referencia a la facultad de los magistrados *dunviros* para atender y resolver diferentes actos de jurisdicción voluntaria, tales como las manumisiones o los nombramientos de tutor. Vid. ALBURQUERQUE, J.M., “La administración provincial, colonial, municipal y la justicia en la Hispania romana (1): especial referencia a la Bética romana, su capital Corduba y los magistrados municipales y órganos con iurisdictio según la Lex Irnitana”, en *RGDR*, nº 7, diciembre 2006; “La justicia en la Córdoba romana”, Ponencia organizada por la Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, VII Jornadas, *Pasado y presente de la administración de justicia en Andalucía*, Salón de Actos del Palacio de la Merced, Diputación de Córdoba, días 27 y 28 de Noviembre de 2006 (actas del Congreso en prensa); “En estas leyes referidas todavía no aparece mencionado expresamente el término jurisdicción voluntaria, si bien se desprende del

PAULUS, *Sententiae*, 2.25.4: *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest.*

De la misma manera, también se podía manumitir ante el Prefecto de Egipto, como se desprende de la siguiente afirmación de MODESTINO:

D.40.2.21 (*Modestinus libro primo pandectarum*): *Apud praefectum Aegypti possum servum manumittere ex constitutione divi Augusti.*

El efecto de la emancipación del *filiusfamilias* se consigue, como ya vimos, a través de la aplicación del principio decemviral “*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”. Recordemos que la sustanciación del acto de emancipación del hijo se desarrollaba de la siguiente manera, según nos relataba GAYO: iniciado el procedimiento de jurisdicción voluntaria ante el magistrado competente, se efectuaba la ficción jurídica de la triple emancipación seguidas de las correspondientes manumisiones a través del recurso a la *vindicta*, con lo que se lograría la perseguida pérdida de la potestad del padre natural sobre el hijo que va a ser dado en adopción, necesaria por la ya explicada concepción exclusivista de

tenor de los mismos. Capítulo 28 del texto Irnitano que estamos analizando preferentemente: Si un múnice del municipio Flavio Irnitano que sea latino manumitiera, de la esclavitud a la libertad, ante el *dunvir* presidente de la jurisdicción de ese municipio...; Capítulo 29 de la misma ley: Quien no tenga tutor o lo tenga incierto, si es un o una múnice del municipio Flavio Irnitano, y no es un pupilo o una pupila, y hubiera solicitado del *dunvir* que preside la jurisdicción de ese municipio que se le nombre un tutor...”.

la familia romana clásica. Como ya dijimos en su momento, este procedimiento extenso sólo se requería para la emancipación de los hijos de familia (*filiifamilias*), ya que tratándose de hijas, nietos o nietas no se exigía la triple *manicipatio* previa, bastando con la realización de una sola: “Los hijos y nietos dejan de estar en la potestad paterna por emancipación. El hijo sale de la potestad paterna por tres *manicipationes*. Los demás, hijas o nietos, por una sola...”⁴⁹¹.

De la misma forma, debido al carácter no contencioso del procedimiento, se permite que el magistrado sobre el que recae la acción de la ley pueda emancipar a sus hijos y darlos en adopción ante sí mismo, e incluso, en caso de que el magistrado sea un *filiusfamilias*, puede emanciparse o darse en adopción ante sí. Como hemos indicado, esto, que en un procedimiento contencioso vulneraría los rectos principios de equidad y neutralidad, es permitido en los procedimientos de emancipación y adopción por ser considerados, podemos entender, como procedimientos de jurisdicción voluntaria, donde no existe litigio ni enfrentamiento entre las partes. En estos casos, debido a la actividad meramente confirmadora y legitimadora del magistrado, no supone una violación de tales principios el hecho de que éste sea, dicho vulgarmente, juez y parte:

D.1.7.3 (*Paulus libro quarto ad Sabinum*): *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.*

⁴⁹¹ GAIUS, *Inst.* I, 132; Vid: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 275.

D.1.7.4. (*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

Siendo esta, la legitimación y garantía formal, la actividad fundamental en el procedimiento, no es de extrañar que, al no existir confrontación entre los solicitantes del proceso, el ordenamiento jurídico permita una mayor flexibilización formal del mismo, hasta llegar al punto, que ya pudimos ver precedentemente, de la no exigencia de que estos procesos se realizaran incluso ante el tribunal, encontrando en las fuentes testimonios como el de GAYO, refiriéndose a las manumisiones, que señalaba expresamente que era frecuente la realización de manumisiones “al paso”, es decir, cuando el Pretor, el Procónsul o el Legado del César salía para ir a bañarse, a pasearse o para asistir a los juegos⁴⁹² Por otro lado, ULPIANO ofrece su testimonio acerca de una ocasión en la que él mismo, estando en una casa de campo junto al pretor, permitió que éste se manumitiera ante él mismo aún sin la preceptiva presencia del lictor⁴⁹³:

⁴⁹² Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 55. Ciertamente, como nos indica este autor, en Derecho Romano quedaba admitido que los actos de *iurisdictio voluntaria* se pudieran realizar fuera del tribunal, por ejemplo, en opinión de NERVA, el magistrado puede manumitir a los esclavos mostrados por su dueño a través de una ventana o, como afirma GAYO se puede manumitir incluso en la calle, cuando el procónsul o el pretor van a las termas o al teatro. “Conforme a estos textos, parece evidente que en materia de *iurisdictio voluntaria* no resulta necesaria en todo caso la presencia del *consilium*, si bien en circunstancias normales el magistrado ejercitaría su potestad jurisdiccional valiéndose de su *consilium*. Por otra parte, tampoco parece preceptivo el ejercicio de la *iurisdictio voluntaria* en días habilitados para la administración de la justicia, *dies fasti*.”

⁴⁹³ D.40.2.23. (*Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*): *Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba sollemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.*

D.40.2.7 (*Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*): *Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve caesaris.*

D.40.2.8 (*Ulpianus libro quinto ad edictum*): *Ego cum in villa cum praetore fuisset, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.*

Como ya sabemos, la reforma justiniana vendrá a simplificar todo este procedimiento de la triple emancipación del hijo de familia (o la emancipación simple de cualquier otro descendiente *alieni iuris*) haciéndola innecesaria para la *datio in adoptionem*, que vendría constituirse en este momento mediante una simple cesión del hijo entre los padres con asentimiento de aquel, no siendo necesaria la previa desvinculación con la familia de origen que exigía el *vetus ius*, debido, fundamentalmente, en la nueva concepción de pervivencia de los vínculos agnaticios naturales:

C.8.47(48).11: *Imperator Justinianus. Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemur licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et*

eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat. * IUST. A. IOHANNI PP. * <A 530 D. V K. NOV. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTE VV. CC. CONSS.>

1.2. La *iurisdictio voluntaria* en la segunda fase del proceso, la adopción.

La adopción del hijo de familia por parte del padre adoptante seguía al procedimiento previo de emancipación que ya hemos visto, constituyendo un procedimiento único de jurisdicción voluntaria, en el que, ante el pretor u otro magistrado sobre el que recayera la plena acción legal, una vez realizadas las emancipaciones-manumisiones requeridas por el *vetus ius*, el padre adoptivo reivindicaba ante el pretor como si el adoptando fuese hijo suyo sin que el padre natural realizara ninguna alegación en contra, procediendo el magistrado a la adjudicación del hijo al reclamante:

GAIUS, *Inst.* I, 134: (...); *et in filio quidem, si in adoptienem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo uindicat is qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est; sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris uero liberorum personis, seu masculini seu femenini sexos, una scilicet mancipatio*

sufficit, et aut remancipantur. Eadem et in prouincis apud praesidem prouinciae solent fieri.

Como ya hacíamos observar precedentemente, nos encontramos, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de arrogación, ante un acto jurídico y no político, que formalmente parecía sustanciarse de manera análoga a la *in iure cessio*. Como pudimos ver precedentemente, como consecuencia la primitiva concepción de la *potestas* como dominio de los sometidos *alieni iuris*, el derecho venía a conceder al *paterfamilias* una *vindicatio* frente a terceros que retuvieran indebidamente al hijo⁴⁹⁴, que acabó configurándose como una acción restitutoria⁴⁹⁵, lo que fue utilizado en este procedimiento ficticio como un medio para la cesión del hijo de un *paterfamilias* a otro. Así, ULPIANO, en D.6.1.1.2., considera posible con la expresión de una causa, la vindicación de la patria potestad, por lo que podemos afirmar que esta *vindicatio patria potestatis* bien pudo constituirse como el instrumento procesal formalizante del negocio jurídico imitado que daría lugar a la adopción, a través del cual, sin oponerse el padre originario, el adoptante declararía solemnemente «*filium meum esse aio ex iure Quiritium*».

⁴⁹⁴ D.6.1.1.2. (*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit "filium suum" vel "in potestate ex iure Romano", videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*

⁴⁹⁵ Téngase en cuenta, además, que la práctica procesal de los magistrados generó también para los litigios sobre recuperación de la patria potestad, como ya hemos indicado precedentemente en algún capítulo, el *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*. (D. 43,30)

De esta manera, el efecto principal de la *adoptio*, el cambio en el *status familiae* del adoptado, se desprendía directamente de los formalismos derivados del procedimiento, que como mantenemos, era de *iurisdictio voluntaria*. Efectivamente, el pronunciamiento del magistrado con el cual, según GAYO⁴⁹⁶, «*a praetore vindicanti filius addicitur*», determinaba el estado de filiación legítima en el plano jurídico entre el *vindicante* y el *filius vindicado*, por el que el hijo se integraba en la familia del adoptante como si en ella hubiese nacido⁴⁹⁷, según el principio «*adoptivi filii naturalium loco sunt*»⁴⁹⁸. De esta forma, el procedimiento de adopción, a través de las dos fases mencionadas, rompía el vínculo agnaticio que ligaba al adoptado con su familia de origen, constituyéndose, a su vez, un nuevo vínculo que unirá a este con la nueva familia de la que entra a formar parte, lo que, como dijimos, no implicaba ninguna modificación en lo referente a la capacidad del adoptado, que permanecía *alieni iuris*⁴⁹⁹.

Ya hicimos constar en el capítulo anterior la discusión planteada en la doctrina acerca del carácter meramente confirmativo o, por el contrario, autorizativo, de la intervención del magistrado. Como dijimos allí, existen autores,

⁴⁹⁶ GAIUS, *Inst.* I, 134: *Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante <a> praetore uindicanti filius addicitur; (...)*

⁴⁹⁷ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 341.

⁴⁹⁸ Cfr. GAIUS, *Inst.* II, 136.

⁴⁹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 273; OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, cit., pág. 90; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 56.

como BONFANTE, P.⁵⁰⁰, que señalan la circunstancia meramente formal de dicha intervención pública en el procedimiento de adopción, debido, en parte, al valor de un pronunciamiento meramente confirmativo del magistrado ante la declaración de una parte reivindicante (el padre adoptante) y el allanamiento de otra (el padre natural), y, con base en la terminología de las fuentes *-apud praetorem* o *apud praesidem-* que parecen referirse a la mera presencia del magistrado, por lo que puede pensarse que el magistrado asumiría un control meramente formal de la regularidad externa del procedimiento. El sector procesalista de la doctrina, por contra, como veíamos en RUSSO RUGGERI, C.⁵⁰¹, opina que la *addictio* que realizaba el magistrado, pasado el tiempo, fue revistiéndose del significado de “asignar” o “atribuir” una persona o una cosa a alguien, donde la actividad del magistrado pasaría a constituirse como un acto autoritativo. Sea de uno u otro modo, está claro que dicha circunstancia en nada entorpece que el procedimiento por el que se tramiten las adopciones sea de jurisdicción voluntaria, ya que, fuese para sancionar y legitimar, o fuese para asignar o atribuir, esto queda en el ámbito del *officium* del magistrado que sigue interviniendo *inter volentes*, sin que surja ningún tipo de contradicción entre los interesados.

Parece claro que el procedimiento de *iurisdictio voluntaria* es instado por los padres adoptante y natural, respectivamente, que son los que solicitan voluntariamente la intervención magistratorial para que éste sancione el negocio jurídico de la adopción que entre éstos se quiere desarrollar. En este

⁵⁰⁰ *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 23.

⁵⁰¹ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 325-326.

procedimiento la voluntad del adoptado, en época clásica, al menos, parece que, según la doctrina dominante, presidida en este punto por BONFANTE, P.⁵⁰², carece de valor, pese a lo que manifiesta CELSO en D.1.7.5., texto que este sector de la doctrina considera, no sin razón, interpolado o de dudoso contenido clásico:

D.1.7.5. (*Celsus libro 28 digestorum*): *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.*

No obstante esta postura de la romanística mayoritaria, RUSSO RUGGERI, C.⁵⁰³, considera, como ya vimos en el capítulo anterior, la posibilidad de que la explícita contradicción sí fuese tenida en cuenta en derecho clásico, aún cuando no fuese necesaria la expresa declaración de voluntad, bastando, por tanto, con el simple silencio o asentimiento tácito para que se procediera a la *datio in adoptionem*.

Sí se hace necesario, no obstante, el consentimiento del hijo si lo que se adopta es en el lugar de nieto como nacido de aquél, no siendo, según las fuentes, sin embargo, necesario el consentimiento del resto de los agnados. Si en el primer supuesto el hijo no muestra su consentimiento, como se desprende de D. 1.7.11.,

⁵⁰² Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 37 y n.3.

⁵⁰³ *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 335 y ss.

una vez que muere el adoptante, el hijo de éste no asume la *patria potestas* del que fue adoptado en el lugar de un nieto:

D.1.7.6 (*Paulus libro 35 ad edictum*): *Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus, consensus filii exigitur, idque etiam Iulianus scribit.*

D.1.7.10 (*Paulus libro secundo ad Sabinum*): *Si quis nepotem quasi ex filio natum quem in potestate habet consentiente filio adoptaverit, non adgnascitur avo suus heres, quippe cum post mortem avi quasi in patris sui reccidit potestatem.*

D.1.7.7 (*Celsus libro 39 digestorum*): *Cum adoptio fit, non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis consequuntur.*

D.1.7.11 (*Paulus libro quarto ad Sabinum*): *Si quis qui filium haberet in nepotis locum adoptasset perinde atque si ex eo filio natus esset, et is filius auctor factus non esset: mortuo avo non esse nepotem in potestate filii.*

ULPIANO permite también en el seno de este procedimiento de *iurisdictio voluntaria* que pueda adoptar y ser adoptado un ciego, como ya vimos, tal y como nos muestra un fragmento de sus *Comentarios a Sabino*:

D.1.7.9 (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*): *Etiam caecus adoptare vel adoptari potest.*

Como ya pudimos comprobar, las reformas de carácter eminentemente procedimental llevadas a cabo por DIOCLECIANO vinieron a revalorizar estos procedimientos de jurisdicción voluntaria frente a la práctica de adopciones privadas como las realizadas mediante *tabulis per tabellionem confectis*, a las que se le negaron todo efecto jurídico *ex iure civilis*:

C.8.47(48).4: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Adoptio non tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed sollemni iuris ordine apud praesidem solet copulari.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. PROCULIANO. * <A 290 PP. K. SEPT. IPSIS III ET III AA. CONSS.>

Si recordamos la constante referencia que hacían las fuentes respecto a la necesidad de convalidar las adopciones *non iure factae* para que sean consideradas conformes al *ius civile*, podemos preguntarnos si dicha convalidación o confirmación de la adopción puede realizarse también mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Si atendemos a las fuentes, aunque MARCELO sólo nos ofrece el testimonio de la posibilidad de confirmar la adopción por el Príncipe, ULPIANO sí que nos hacía referencia a la posibilidad de sustanciar dicha convalidación ante los jueces, como podíamos observar de los textos ya analizados previamente:

D.1.7.38 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

D.1.7.39 (*Ulpianus libro tertio de officio consulis*): *Nam ita divus Marcus Eutychiano rescripsit: "quod desideras an impetrare debeas, aestimabunt iudices adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis"*.

No obstante, del texto de ULPIANO, referido a una constitución de MARCO dirigida a EUTIQUIANO, no se desprende directamente que pueda procederse según la *iurisdictio voluntaria*. Es más, la directa referencia a la posible contradicción que pueda surgir con unos eventuales perjudicados parece indicarnos todo lo contrario, es decir, la sustanciación de la misma a través de un procedimiento contencioso de jurisdicción. No obstante, no quisiéramos cerrar del todo la puerta a la posible sustanciación de la convalidación de una *datio in adoptionem non iure factae* mediante un procedimiento de *iurisdictio voluntaria*. Efectivamente, si atendemos a lo que nos indica FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵⁰⁴, en la jurisdicción voluntaria no procede ni el conflicto o confrontación grave entre las partes ni el posible perjuicio a terceros, para cuyo caso debe iniciarse la vía de la jurisdicción contenciosa. No obstante esto, cabe preguntarse qué ocurriría en los supuestos de necesidad o voluntad de las partes de convalidar o confirmar una adopción que no hubiese sido realizada conforme a derecho, sin que entre ellos exista contradicción y parezca probada la inexistencia de terceros que pudiesen ser perjudicados, como nos decía ULPIANO, con la confirmación de dicha adopción. En este caso no existe causa grave que nos impida aceptar la posibilidad de desarrollar la convalidación

⁵⁰⁴ *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 53

de la adopción no realizada conforme a derecho por la vía de la jurisdicción voluntaria, que, por otro lado, como sabemos, es la formalidad ordinaria por la que se desarrollan las adopciones que, esta vez sí realizadas conforme a derecho, despliegan la totalidad de sus efectos jurídicos según el ordenamiento civil romano. Esta conjetura, además, no obsta para la eventual aparición de terceros contradicentes que alegaran ser perjudicados por la confirmación de la adopción pues, en este caso, siempre cabe la posibilidad de transformar el procedimiento de jurisdicción voluntaria en una jurisdicción contenciosa, del mismo modo que si en el transcurso del proceso aparece contradicción grave entre las partes.

Como ya hemos indicado en repetidas ocasiones, la simplificación del procedimiento dispuesta por JUSTINIANO en la ya conocida constitución del año 530, hizo que el procedimiento de *iurisdictio voluntaria* por la cual se constituía la *datio in adoptionem* se desarrollara, como no podía ser de otra forma, ante el juez competente, mediando actas y hallándose presente el que es adoptado y no oponiéndose el adoptante:

C. 8.47(48).11: *Imperator Justinianus. Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat. * IUST. A.*

IOHANNI PP. *<A 530 D. V K. NOV. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET
ORESTE VV. CC. CONSS.>

2. El procedimiento de adopción en el Derecho español a través de la jurisdicción voluntaria. La frustrada regulación prevista en el desechado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Si echamos un vistazo a la reforma del proceso civil llevada a cabo mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, podremos comprobar cómo ésta parece no haber afectado en gran medida al aspecto técnico-procesal de la adopción, pues la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria siguen llevándose a cabo por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, en esta materia, continúa en vigor. No debemos olvidar que la nueva LEC señalaba, no obstante, en su disposición final decimoctava que en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la citada ley, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, por cuyos trámites se deberán resolver los procedimientos de adopción. Tras casi cuatro años de retraso legislativo, pues dicho plazo expiró el 8 de enero de 2002⁵⁰⁵, fue publicado en octubre de 2005 en el Boletín de Información del

⁵⁰⁵ Téngase en cuenta que la Ponencia que debía redactar el borrador del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, integrada por siete juristas de reconocido prestigio, entre los cuales se hallan un magistrado, dos catedráticos de universidad, un notario, un abogado, un registrador mercantil y de la propiedad y un secretario judicial, los cuales, como señala la Memoria que acompaña al Anteproyecto de Ley, trabajaron intensamente durante dos años y medio, fue constituida por Orden Ministerial de 22 de noviembre de 2002, diez meses después de expirar el plazo que señalaba la disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En junio de

Ministerio de Justicia, el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria emanado de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, “como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión”, tal y como afirma la propia nota editorial que antecede toda la publicación del Anteproyecto, que constaba de una Exposición de Motivos, 306 artículos y 10 disposiciones complementarias, todo ello precedido de una Memoria Explicativa. Tras la revisión interna en el Ministerio de Justicia de la Propuesta de la Ponencia, se procede a una nueva publicación del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, el cual quedaba compuesto por la Exposición de Motivos, 184 artículos repartidos en nueve Títulos y 18 disposiciones complementarias, de las cuales ocho eran adicionales, una transitoria, una derogatoria y ocho finales. De la misma forma, el 20 de octubre de 2006 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del “Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil”, el cual constaba de la Exposición de Motivos, 202 artículos distribuidos en diez Títulos y 17 disposiciones complementarias, cuyo texto reproducía, con escasas modificaciones, el texto del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de junio de 2006. En mayo de 2007 se dio lugar a la comparecencia y posterior debate de catorce expertos en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y, ya en trámite de enmiendas, fueron presentadas 323 enmiendas al articulado y ninguna enmienda a la totalidad del texto; el

2005 concluía la Propuesta de Anteproyecto elaborada por la Ponencia con un contenido de 308 artículos y 10 disposiciones complementarias.

Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria fue aprobado el 27 de junio de 2007 en la ya citada Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con Competencia Legislativa Plena. En el Senado se presentaron 239 enmiendas a su articulado. El 24 de octubre de 2007, cuando estaba prevista la votación del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en el Senado, el Gobierno decidió retirarlo⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Para todo lo anterior, cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones.”, en *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2005, también en *Revista General de Derecho Romano* <http://iustel.com>, nº 5, diciembre 2005; “El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005”, en *Diario La Ley*, 8 de junio de 2006; “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *RGDR*, nº 5, diciembre de 2005; “Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006” I y II, en *Diario La Ley*, 27 y 28 de noviembre de 2006; Entre las publicaciones de interés en materia de jurisdicción voluntaria de este mismo autor, véase: En Derecho Romano: *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1999; *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; “A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano”, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII pp. 95-134; “Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano”, *Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “Iurisdictio voluntaria”, en D. 1.16.2.pr.”, *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1987, pp. 197-215; “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, en *Ivra, Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. 54, 2003. En Derecho Actual: *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2007; *La Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; “La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000”, *Derecho y Opinión*, Córdoba, 2000, pp. 329-342; “La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias”, *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; “Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2002; “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, pp. 89-149; “Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa”, *Actualidad Civil*, n.º 36,

Es por esta especial circunstancia por la que consideramos interesante afrontar el estudio del procedimiento de jurisdicción voluntaria de adopción según el derecho vigente, planteando la comparación con aquel otro correspondiente al malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que, de no haber sido retirado por las Cortes, bien podría suponer hoy el derecho aplicable para los actuales procedimientos de adopción. No obstante, recordemos que el legislativo adquirió una importante obligación con la LEC 1/2000 según la cual, incurriendo en mora desde enero de 2002, tiene el deber de presentar y dotar al sistema judicial español de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, que suponemos que, en lo esencial, no distará mucho de lo recogido en el último proyecto de 2006, al menos en lo referente a la materia de la adopción, que es lo que nos ocupa.

2001, pp. 1277-1306 y n.º 37, pp. 1317-1341; “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro”, *Derecho de los Negocios*, n.º 163, 2004, pp. 5-15; “Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)”, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; “La hora de la Jurisdicción Voluntaria”. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005; “Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro”, *Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo*, 2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo autor, *Derecho Privado Romano*. cit.; “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, *Revista Jurídica de la UAM*, número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”, *Convegno internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2; “Arbitraje”, en *Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano*, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2002, “Carácter contractual del arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004. Véase también ALBURQUERQUE, J.M., “Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*”, en *Revista General de Derecho Procesal* <http://www.iustel.com>, n.º 8, febrero 2006.

Entrando en materia, lo primero que debemos tener presente es que no debemos olvidar que la adopción, como muestra el artículo 179 del C.c., la se constituye por resolución judicial. El procedimiento actual de adopción se encuentra recogido en el Código Civil, arts. 176 a 180 y en la LEC de 1881, en el Libro III (Jurisdicción voluntaria), Título II (del acogimiento de menores y de la adopción), sección 3ª (de la adopción), en los artículos 1829 a 1832, los cuales fueron modificados por la Ley de adopción de 1987.

Como podemos observar, la tramitación de la adopción se realiza mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, donde todas las actuaciones se practicarán con presencia e intervención del Ministerio Fiscal, pudiendo los interesados actuar con abogado, debiendo el juez asegurarse de que la adopción es beneficiosa para el menor, para lo cual podrá ordenar las diligencias que estime oportunas. En la tramitación de este expediente debe evitarse en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, lo cual, en opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “carece de justificación, pues si los padres del adoptado han de asentir a la adopción o ser oídos en el expediente, se les puede privar de un dato esencial a estos efectos”⁵⁰⁷.

El artículo 176.2 del C.c. señala que el expediente de adopción debe iniciarse con la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. Dicha declaración de idoneidad podrá, incluso, ser previa a la

⁵⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., pág. 290.

propuesta de iniciación del expediente de adopción. No obstante, esta propuesta no es necesaria cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el mismo artículo 176.2. En estos casos, la solicitud para la adopción ha de hacerla directamente el adoptante o adoptantes a la autoridad judicial, justificando la concurrencia de la circunstancia de la que se trate.

El adoptante y el adoptado, según señala el art. 177 del C.c., deberán prestar su asentimiento. Asimismo, deberán prestar su asentimiento el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, y los padres del adoptando no emancipado, si no han sido privados de la patria potestad por sentencia firme o no están incurso en causa legal para dicha privación. El asentimiento de la madre no podrá prestarse, asimismo, hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto. Dichos asentimientos no serán necesarios si los que deben prestarlos están imposibilitados para ello.

De igual manera, serán simplemente oídos por el juez, en virtud de lo que señala el punto 3 del artículo 177, los padres que continúen ejerciendo la patria potestad (cuando su asentimiento no fuese necesario), el tutor o guardador, en su caso, el adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio, y la entidad pública, la cual deberá apreciar la idoneidad del adoptante cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

Según lo establecido en los artículos 1829 y siguientes de la LEC de 1881, aún vigente en materia de jurisdicción voluntaria, en la propuesta de adopción, formulada al juez por la entidad pública, se deberán expresar especialmente:

a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando.

c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta al juzgado.

Asimismo, en los supuestos en que no se requiere propuesta previa de la entidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del C.c., la solicitud formulada al juez por el adoptante debe expresar las indicaciones contenidas en los apartados anteriores en cuanto fueren aplicables, y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicho artículo. Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

Con respecto a la prestación de los consentimientos, el asentimiento a la adopción que hayan de prestar el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez. Si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el juez. Determina también la Ley que en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados.

La Ley regula, igualmente, las citaciones, señalando en su artículo 1831 que si en la propuesta o la solicitud de adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio. En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, prevé la ley una segunda citación, una vez que hayan transcurrido quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado en el juzgado. Cuando no hayan podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del C.c. La conclusión del expediente de jurisdicción voluntaria se realiza mediante auto, el cual es susceptible de apelación.

Señala el artículo 179 del C.c. que en los casos en que el adoptante incurra en causa de privación de la patria potestad, el juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o del representante de este, lo privará de la misma, de forma que quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que le correspondan respecto del adoptado, sus descendientes o sus herencias, lo cual, según establece el artículo 1832 LEC, se sustanciará por los tramites del juicio declarativo ordinario que corresponda, al igual que los trámites de extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente, tal y como señala el artículo 180 del C.c. El mismo artículo 1832 de la LEC establece que durante la sustanciación del procedimiento el juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz.

Como señalábamos anteriormente, con fecha de 20 de octubre de 2006, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las cortes generales del “Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil”, procediéndose en mayo de 2007 a la comparecencia y posterior debate de catorce expertos en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, siendo presentadas, como ya indicábamos al principio, 323 enmiendas al articulado y ninguna enmienda a la totalidad del texto. Su aprobación Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con Competencia Legislativa Plena, tuvo lugar el 27 de junio de 2007. Siendo discutida la normativa propuesta en el Senado, fueron presentadas 239 enmiendas a su articulado. Finalmente, como ya hicimos referencia, el 24 de octubre de 2007,

precisamente el día que estaba prevista la realización de la votación definitiva del Proyecto en el Senado, el Gobierno decidió retirarlo. El frustrado intento de Ley de Jurisdicción Voluntaria recogía en la Sección 3^a, del Capítulo III, del Título IV, en los artículos 52 a 58, lo referente al procedimiento de adopción⁵⁰⁸. Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵⁰⁹, esta nueva regulación, ahora frustrada,

⁵⁰⁸ Con fecha de 11 de junio de 2007 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, las enmiendas e índice de enmiendas al articulado del proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. En lo que nos atañe, las enmiendas que fueron propuestas por los diferentes grupos parlamentarios para los artículos referentes al procedimiento de adopción eran las siguientes: Sección 3.^a: De la adopción. Sin enmiendas; Artículo 52. Propuesta de la Entidad Pública y solicitud del adoptante: Enmienda núm. 13 del G.P. Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (GIU-ICV), apartado 2; Enmienda núm. 160 del G.P. de Esquerra Republicana (ERC), apartado 2; Artículo 53. Consentimiento del adoptante y del adoptando: Sin enmiendas; Artículo 54. El asentimiento: Enmienda núm. 247 del G.P. Popular, apartado 4; Artículo 55: Citaciones. Enmienda núm. 14 del G.P. Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (GIU-ICV), apartado 3. Enmienda núm. 161 del G.P. de Esquerra Republicana (ERC), apartado 3; Artículo 56. Recurso: Sin enmiendas; Artículo 57. Procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante y extinción de la adopción: Sin enmiendas; Artículo 58. Adopción internacional: Sin enmiendas. Podemos comprobar que las enmiendas propuestas hacen referencia, por parte de los grupos parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y Esquerra Republicana, a la supresión de la referencia a algunos artículos del Código Civil (176 y 180, concretamente) en el texto los artículos 52 y 55 del Proyecto, para así incluir más fácilmente el derecho propio de las Comunidades Autónomas en materia de adopción, mientras que el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propone para el apartado 4 del artículo 54 la siguiente redacción: “*No se admitirá oposición del expediente salvo que los padres pretendan que se les reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción conforme al procedimiento regulado en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso se procederá a la suspensión del expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento.*”

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005”, en Diario *La Ley*, 8 de junio de 2006, pág. 2. También en *RGDR*, nº 6, junio de 2006. Vid. Id., “La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones” y “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *RGDR*, nº 5, diciembre de 2005; *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, ed. Iustel, Madrid, 2006; ALBURQUERQUE, J.M., “Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*”, en *Revista General de Derecho Procesal* <http://www.iustel.com>, nº 8, febrero 2006.

prevista para la jurisdicción voluntaria, acometida desde una posición reflexiva, metódica y alejada de doctrinarismos, debía propiciar la superación de la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la jurisdicción contenciosa y, por ende, el escaso interés, con valiosas excepciones, manifestado en la obra científica de la doctrina y en el desarrollo argumentativo de la jurisprudencia, al propio tiempo que contribuya a que el debate sobre su naturaleza jurídica, polarizado y distorsionante en el estado actual de heterogeneidad de supuestos encuadrados en el marco de la jurisdicción voluntaria, deje de resultar estéril e infructuoso. La propia exposición de motivos del Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria señalaba, en su último punto, que “la jurisdicción voluntaria no ha de ser ya un campo de experimentación del legislador”. Asimismo se hacía constancia de que se había intentado con esta Ley “adaptar el Derecho al progreso de la civilización tomando en consideración los logros de la especulación intelectual de la doctrina científica y las aportaciones y experiencias de los demás operadores jurídicos, articulando así una regulación de la jurisdicción voluntaria que combine las soluciones de política jurídica con la realidad social actual y con una adecuada proyección hacia el futuro”. “Quizá esta Ley” -continuaba la inacabada legislación- “constituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental.”

Creemos, no obstante, que debemos hacer alguna referencia a lo dispuesto en el articulado del no nato Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, el cual

recogía, como hemos dicho, el procedimiento de la adopción en los artículos 52 a 58, dentro del Capítulo III del Título III, regulador también del acogimiento de menores, que, como señalaba la Memoria del propio Anteproyecto, adoptaba como novedad más importante la declaración de competencia de los juzgados de primera instancia de la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores, y sólo en su defecto el domicilio del adoptante, con lo cual reconocía la importancia de estas instituciones que han adquirido un gran protagonismo en la materia; asimismo, toda la regulación del Proyecto de LJV se había realizado teniendo en cuenta y respetando meticulosamente lo establecido al respecto en el Código civil.

El artículo 52 del PLJV regulaba la *propuesta y solicitud* de adopción de forma idéntica a como lo hace el artículo 1829 de la antigua LEC, modificado en su nueva redacción por la Ley de adopción de 1987.

El artículo 53 venía a recoger lo establecido en el artículo 177.1 del C.c., pues regulaba la necesidad de manifestar el consentimiento en el expediente del adoptante o adoptantes y del adoptado mayor de doce años.

El artículo 54 reproducía lo actualmente recogido en el artículo 1830 de la LEC de 1881, relativo a la forma de prestar los asentimientos necesarios del cónyuge del adoptante y de los padres del adoptado, en su caso.

El Anteproyecto de LJV establecía en su artículo 63 que no se admitiría oposición en el expediente, a lo cual exceptuaba la oposición de los padres que pretendiesen que se les reconociera la necesidad de su asentimiento para la adopción conforme al procedimiento regulado en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso se procedería a la suspensión del expediente hasta que recayese resolución en dicho procedimiento. Este precepto no aparecía recogido en el texto del articulado del Proyecto que pasó a tramitarse en el Congreso de los Diputados.

El régimen de *citaciones* que recoge el artículo 1831 de la LEC de 1881 se mantenía en el artículo 55 del Proyecto de LJV. El párrafo final del citado artículo 1831 señalaba que “el auto por el que se acuerde la adopción será susceptible de apelación en ambos efectos”, lo cual era levemente modificado por el artículo 56 del Proyecto, que señalaba que “contra la resolución definitiva del expediente cabrá recurso, con efectos suspensivos”.

El artículo 57 del desaparecido Proyecto establecía el *procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante y extinción de la adopción*, lo cual se regulaba de la misma forma que establece el artículo 1832 de la LEC de 1881, con el inciso de la posibilidad expresa del tribunal de adoptar de oficio las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz (art. 57.2 PLJV).

Por último, se incluía en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria un artículo referente a la *adopción internacional*, que señalaba que para estos casos se estaría a lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, así como a lo establecido al respecto en los convenios Internacionales en que España sea parte (art. 58 PLJV).

Pese a que el Proyecto de Jurisdicción Voluntaria realizaba una apuesta firme por la integración activa de secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación prefirió mantener esta materia en sede judicial, al igual que los procedimientos que tenían por objeto proceder a la restricción de derechos y libertades fundamentales y como el resto de supuestos que afectaban directamente al Derecho de familia o a la condición o estado civil de las personas, que eran consideradas acertadamente materias sobre las que los interesados no pueden disponer libremente. A juicio de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵¹⁰, el mantenimiento de estas atribuciones en la órbita judicial obedece “a su consideración de competencias incardinadas en el marco de la potestad jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, conforme al art. 117.3 de la CE”. Así pues, aquellas materias que corresponden en exclusiva a los jueces y tribunales, porque tienen un marcado carácter jurisdiccional, como es el caso de la adopción, hubiesen seguido en esta nueva regulación teniendo sede judicial aún cuando fuesen actos de jurisdicción voluntaria, pues como bien ha señalado el Tribunal Supremo, “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no

⁵¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria...”, cit, pág. 4.

están ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la Constitución”⁵¹¹. Así el juez se erigiría en la frustrada regulación, como lo es hoy, como el rector de este procedimiento de jurisdicción voluntaria con fines a la constitución de la adopción, donde ejerce una doble misión de control de legalidad y de oportunidad, comprobando que existen y concurren todos los requisitos legales de carácter material y procesal y comprobando que la adopción es conveniente para el adoptando en cuyo interés se realiza⁵¹², siendo prioritario ante cualquier otro interés que pudiese surgir en el procedimiento, pues, como ya hemos señalado repetidas veces, es éste y no otro, el interés del menor o adoptando, el eje central, fuente y presupuesto primero que debe regir todo el procedimiento de constitución de la relación paternofamiliar de adopción, seguido de los principios de equiparación e igualdad entre filiaciones y el tan repetido principio romano *adoptio imitatur naturam*.

⁵¹¹ STS de 22 de mayo de 2000., cit. por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria...”, op. cit., loc. cit.

⁵¹² Cfr. ALONSO CRESPO, E., *Adopción Nacional e Internacional...*, op. cit., pág. 40 y ss.

CAPÍTULO CONCLUSIVO

Tras haber realizado el estudio de la institución adoptiva, sus orígenes en el seno del derecho de familia y sus características principales en el orden romano de todas las épocas, así como de su posterior evolución en el derecho español, creemos haber obtenido datos suficientes que avalan la teoría jurídica que manifestábamos en nuestra hipótesis de partida, que recordemos no era otra que profundizar en el conocimiento de las diferentes articulaciones y aplicaciones que conjugaron la dinámica evolutiva de la *adoptio* para encontrar similitudes que demostrarían la pervivencia de aspectos concretos de la institución romana en los ordenamientos jurídicos vigentes a lo largo de todo el derecho histórico español y presentes aún en la legislación del pleno siglo XXI. Como indicábamos al comienzo de nuestro estudio, la doctrina científico humanista en general, historiadores, sociólogos y juristas, de manera prácticamente unánime, han venido a afirmar doctrinalmente que, en rasgos generales, la familia, en sus diversas concepciones a lo largo de la Historia, supone el principio fundamental sobre el que se ha asentado tradicionalmente la organización social, desde la cultura jurídico-social del mundo antiguo hasta nuestros días. No obstante esto, y pese a que el Derecho de Familia es uno de los sectores más atractivos del Derecho privado, podemos considerar que, paradójicamente, en aspectos fundamentales constituye uno de las parcelas menos estudiadas por la romanística española e internacional, cuyas investigaciones en una gran mayoría han sido dirigidas al ámbito del derecho patrimonial, obligacional o de derechos reales. Incidiendo aún más en el ámbito científico-técnico del derecho de familia es probablemente la

filiación una de las cuestiones que presenta un menor tratamiento doctrinal, el que, sin duda, se acentúa en lo referente a la filiación adoptiva, la cual plantea, además, un doble aliciente, el interés progresivo que ha adquirido en los últimos tiempos, de un lado, y las constantes y continuas modificaciones que ha sufrido dicha institución a lo largo de toda su historia, de otro. Es por ello que quisiéramos recoger en este punto, a grandes rasgos, los principales conocimientos que ha generado nuestro estudio a modo de CONCLUSIONES:

PRIMERA.- No es posible entender el Derecho de familia en Europa e incluso, con sus debidas reservas, en el pensamiento jurídico occidental, prescindiendo de la familia romana. Ya las fuentes literarias nos la definían como “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”, dando constancia del importante valor que la familia tenía en todo el ensamblaje social y jurídico romano. No obstante, como reconocíamos al comienzo del estudio de la institución familiar, debido al carácter plurisemántico del propio vocablo familia, incluso en el ámbito puramente jurídico, cualquier intento de concretar la noción de *familia* romana será, de por sí, insuficiente e inexacto, pues ésta alcanzará diversos significados dependiendo del ámbito temporal, jurídico, social e incluso político en el que nos encontremos. Estas dificultades técnico-históricas se acentúan cuanto más retrocedemos en torno al origen de la institución familiar, pues a los inconvenientes ordinarios ya citados se unen, en muchos casos, la ausencia de fuentes, de carácter dudoso en abundantes casos. Es por ello que, en este aspecto, hacíamos referencia a la necesidad todavía en la romanística de elaborar la investigación pendiente que resuelva las oscuridades doctrinales en

torno a los orígenes y la estructura de la institución familiar romana. No debemos ocultar que nuestro estudio, en este aspecto, está influenciado por la tesis política de BONFANTE según la cual la primitiva sociedad romana vendría a constituirse como una confederación de status federados donde, pese a existir normas suprafamiliares, son de importante relevancia las que afectan al ámbito interno de la familia, de un marcado acento gentilicio y cuasifeudal, limitándose con ellas la libertad de los individuos que la integran bajo la potestad única del *paterfamilias*, por lo que podemos afirmar, con parte de la doctrina, que lo que hoy denominamos derecho privado no tendría su fundamento en el Estado, sino en el *pater familias*. Son abundantes los campos de contribución pública de la familia en la época romana, desde la participación política a través de las asambleas populares hasta la obligatoriedad de la participación militar. No resulta descabellado, por lo tanto, manifestar que la familia romana, como han señalado numerosos autores, es, en el marco original de la sociedad romana y debido a su importante autonomía política y jurídica, el supremo y máximo ente político, cuya agrupación territorial permitió la formación de la primitiva *civitas* romana, aquella legendaria tribu de Rómulo que relataba la tradición, de ahí que podamos hablar en los orígenes romanos del binomio *Urbs - Domus*.

SEGUNDA.- La familia, entendida en su sentido estricto como una comunidad doméstica formada por un grupo de personas y un conjunto de cosas sometida a la potestad de un jefe, el *paterfamilias*, investido de poderes jurídicos sobre toda ella, se fundamenta en la idea de *patria potestas*. El poder del *paterfamilias* es un derecho soberano, original y unitario, por lo que podemos

afirmar, con parte de la doctrina, que el padre de familia romano asume, al menos en las primeras etapas del Derecho romano, el importante papel de legislador, magistrado y señor de la familia. Por lo tanto, esta *patria potestas*, que indica el poder exclusivo y soberano del padre de familia sobre los hijos procreados en un matrimonio legítimo o que han entrado bajo aquella por cualquiera de los medios hábiles al efecto, como la *conventio in manu* o la adopción, extrae su eficacia de la misma autoridad del *pater*, que lo crea, lo afirma y lo desempeña. Por lo tanto, la familia en Roma adopta una condición patriarcal y exclusiva, porque no sólo es el *pater* el jefe de la familia, sino que, en un principio, en vez de pertenecer a dos familias, la del padre y la de la madre, sólo se pertenecía a la primera, dando lugar a aquella expresión de GAYO que llegaría a afirmar que “*quod ius proprium ciuium Romanorum est*”. Ciertamente, como nos muestra el jurista, este derecho era propio de ciudadanos romanos y muy pocas civilizaciones tenían semejante potestad sobre sus hijos como la que tenía un *paterfamilias* romano. No olvidemos que este poder concedido al *pater familias* le permite disponer arbitrariamente de las personas sometidas a esta *potestas*, lo cual podía llegar hasta el punto de decidir en cualquier momento la muerte de cualquier persona *in potestate* mediante el ejercicio del *ius vitae necisque*. Y esto desde el mismo momento del nacimiento de un *filius familias*, como podemos observar representado por el rito del *tollere liberos*, según el cual el recién nacido debía ser depositado a los pies del *pater familias*, quien en ese momento podía tomar la decisión libre de tomarlo en brazos (*tollere liberum*), manifestando su voluntad de que viva y se integre en su familia, o no cogerlo, declarando tácitamente su decisión de que el niño fuese abandonado y que pereciera. Es por esto por lo que podemos afirmar que bajo la potestad de un *paterfamilias* sólo se entra por un acto

de voluntad de éste, es decir, que el mero nacimiento dentro de un matrimonio legítimo no otorga de por sí al hijo ningún título para exigir el estado de filiación legítima (ni mucho menos derechos hereditarios), ni los beneficios de la legitimidad contra la voluntad del *pater*.

La incorporación a la familia romana, y por ende el sometimiento a la patria potestad del *paterfamilias*, se efectuaba, según determinaba el derecho, por el nacimiento en matrimonio legítimo, la adopción en sentido lato, esto es, la *adrogatio* y la *datio in adoptionem*, y la *conventio in manum*, para el caso de la mujer. Asimismo, el ordenamiento jurídico romano permitía la legitimación de los hijos extramatrimoniales, lo cual podía realizarse por diversos procedimientos: mediante adopción, por el padre natural; por subsiguiente matrimonio del padre con la madre natural; mediante la donación de un patrimonio suficiente para que el hijo, o el esposo de la hija natural, pudiera asumir el cargo de decurión en los senados municipales, o por resolución imperial, *rescriptum principis*. También, en una época jurídica más tardía, cabrá la posibilidad de legitimar a los hijos naturales mediante la confección de testamento en favor de éstos, siempre en ausencia de hijos legítimos, que cobrará el carácter de una verdadera legitimación en una constitución de LEON y ANTEMIO del año 470 d.C. y finalmente, gracias a JUSTINIANO, se le concederá la definitiva sanción legal de reconocimiento de la patria potestad y el derecho recíproco de sucesión.

TERCERA.- La institución adoptiva romana no fue sino el producto, como vimos, de una sucesión constante de causas religiosas, políticas, económicas y

civiles. Que la propia adopción surgiera también, aún con diferencias notables con la institución romana, en el seno de los ordenamientos jurídicos de la antigüedad, como podían ser el babilónico, el egipcio o el griego, nos habla de las hondas razones de índole social, político y religioso de una institución de carácter prácticamente universal. No obstante, la adopción romana adquiere tal perfeccionamiento jurídico que es difícil encontrarle parangón en el resto de los pueblos antiguos.

La adopción romana en su origen histórico no sólo tiende a suplir la falta de descendencia, sino que tiene el importante papel de corregir la discordancia establecida por el derecho romano entre la parentela civil y la de sangre, por lo que se constituye como una institución que garantiza la continuación de la dinastía, y aunque significaba un acto privado, tenía como consecuencia cierta y esperada la accesión ulterior del adoptado a la situación política del adoptante. Es en este sentido en el que podemos hablar de un cierto carácter político en el origen de las adopciones romanas. Efectivamente, aún cuando la causa fundamental del origen de la adopción se centra en la necesidad de asegurar la perpetuidad del culto doméstico, razón por la cual es en el seno de la nobleza, por encontrarse en ella las familias más antiguas, donde constatemos el mayor número de adopciones, no debemos desechar cierta importancia a posibles causas políticas de constitución de adopciones en este contexto social.

No obstante, tal y como se desprende de nuestro estudio, no podemos aceptar totalmente la tesis de la existencia en Roma de una adopción de razón pura y formalmente política, y ello por dos razones: en primer lugar, y siendo

rigurosos, el único efecto jurídico que el derecho concede a la institución adoptiva no es otro que establecer entre las personas del adoptante y del adoptado un vínculo jurídico paternofilial, es decir, hacer del adoptado un hijo legítimo; y en segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que en el Derecho romano clásico no se concebía en absoluto la sucesión en el poder público, pues sólo de manera legal y temporal puede ser revestido un magistrado romano de la potestad pública que le corresponde por su cargo. No obstante esto, no podemos negar que, aún cuando jurídicamente la cuestión es clara, en la práctica se suceden casos de auténticas sucesiones políticas, como hemos visto. Es por ello que, como concluíamos en el estudio de estas adopciones políticas aún cuando nos hallamos en un sistema electoral de los cargos públicos donde, al menos en época preclásica y clásica, el poder público no podía ser transmitido por la vía sucesoria, en la práctica, y debido a que el adoptado alcanza el rango social del adoptante y hereda su clientela, podemos afirmar que la adopción realizada por familias tradicionalmente vinculadas a los cargos públicos, se convirtió en un instrumento de acceso preeminente al *cursus honorum* de aquellos sujetos que, perteneciendo a familias con menos honores, pretendieran una vocación política. Esto podría contemplarse en el uso de la institución para el paso de un individuo de una clase social a otra, de plebeyo a patricio y viceversa, en virtud de los intereses públicos, sociales y políticos del momento. Es en este punto en el que podemos hablar de casos de adopciones políticas en Roma en familias consulares, y después imperiales, aún cuando, en rigor, no fuese posible la transmisión del poder supremo por vía sucesoria. Es por eso por lo que, ya en la época imperial, las adopciones serán directamente utilizadas por los emperadores para la designación de sucesor.

CUARTA.- *Adoptio* es una palabra genérica en Derecho romano, que comprende dos acepciones: *adoptio* en sentido estricto o *datio in adoptionem* y *adrogatio*. Como indicábamos en nuestro estudio, la arrogación es el más antiguo de los medios de adopción y sucedía cuando un *paterfamilias* adopta a una persona *sui iuris*, es decir, a otro *paterfamilias*. Cuando esto ocurría no sólo se somete a su autoridad el adoptado, sino que toda su familia entraba a formar parte de aquella del arrogante. La *adrogatio* representaba, pues, la absorción de una familia por otra, de manera que un *pater* pasaba a tener la condición de *filius* en la familia del *pater* que le arrogaba, lo que hacía de la *adrogatio* un acto de suma importancia. Como sabemos, un *sui iuris* es un jefe de familia independiente, por lo que el hecho de entrar bajo la *potestas* de otro jefe implicaba la extinción de un hogar y de un culto, hecho este ante el que el orden político y religioso no podía permanecer indiferente. Era por esta razón por la que, como nos indicaba AULO GELIO, las arrogaciones no se hacían a la ligera e iban rodeadas de medidas de precaución.

No obstante esta importante relevancia que suponía la constitución de una arrogación, apenas encontramos reglas legales que regularan dicha institución. Esto sin duda tiene que ver con el hecho de que la *adrogatio* se realice, como nos indicaba GAYO, *populi auctoritate*, esto es, por la autoridad del pueblo a través de los *Comitia curiata*, lo que hace que nos encontremos ante un acto legislativo en toda regla. Desde un primer momento jurídico pueden arrogar los varones *sui iuris*, incluso si son eunucos o ciegos, no pudiendo arrogar las mujeres, por causas

formales, pues estas no tienen capacidad comicial, y sustanciales, no se cumple la finalidad original de la continuación de la estirpe.

En cuanto a la capacidad pasiva para poder ser arrogado, este debe ser un sujeto *sui iuris*. En lo referente a la arrogación de mujeres, es GAYO quien nos indicaba que pareció más oportuno que las mujeres no fueran adoptadas por el pueblo -arrogadas-, aunque podían ser adoptadas ante el pretor, o ante el procónsul o el legado en el caso de hallarse en las provincias. La arrogación de impúberes, sin embargo, nos ilustra el mismo jurista, “unas veces estuvo prohibida y otras permitida”, y fue por una epístola del emperador ANTONINO PÍO a los pontífices que se permitió con causa justa y ciertas condiciones, que bien pueden ser las siguientes:

1º- El necesario consentimiento del tutor;

2º- El patrimonio del arrogado retornaría a él si el arrogante muere antes de la pubertad de aquél;

3º- El arrogante tiene la obligación de restituir los bienes en caso de que el impúber arrogado muera *ante pubertatem* a los que serían herederos del arrogado si éste hubiese permanecido *sui iuris*;

4º- El arrogante debe restituir los mismos al arrogado si los emancipa *ante pubertatem*;

5º- El arrogante no puede emancipar al impúber si no es *ex iusta causa* y no puede desheredarlo, y si hace alguna de estas dos cosas, debe darle la cuarta parte de sus bienes, que por ser establecida por un rescripto de ANTONINO PÍO se denomina *quarta divi Pii*;

6º- Cuando el arrogado alcanza la pubertad puede solicitar la emancipación que le es concedida *causa cognitiva*.

En lo referente a la posibilidad de arrogar a alguien de mayor edad que el arrogante, debemos seguir la *opinio iuris* según la cual la función originaria de la institución conduce de forma lógica a considerar irrelevante la edad de las partes. No obstante, no es menos cierto que los pontífices solían fijar algunos criterios al respecto por la potestad de control que ejercían sobre la *adrogatio*, y no faltaron los escándalos causados por la diferencia de edad en las adopciones como la de CICERÓN ante la arrogación de CLAUDIO por FONTEYO, un ciudadano más joven que aquel. Avanzado el derecho ciertamente la diferencia de edad supuso un límite a la arrogación, límite que ya GAYO nos consideraba vigente al indicarnos que “*Sed et illa quaestio, na minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est*” (*Inst. I, 106*).

Como hemos visto en nuestro estudio, aún cuando CICERÓN nos indicaba que la arrogación sólo se solía permitir cuando el *adrogans* alcanzase una edad en la que ya no cupiese esperar que tuviera hijos naturales, nunca llegó a ser un verdadero obstáculo legal para arrogar el hecho de tener ya hijos legítimos. No obstante, en la lógica evolución del Derecho, conforme avanza también la

concepción social de la institución familiar, comienzan a regularse ciertos límites al respecto, como el que nos pone de manifiesto ULPIANO, en un texto el Libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, recogido en D.1.7.15.2, que nos indica que se debe examinar en las arrogaciones si el arrogante es menor de sesenta años, pues debe atender preferentemente a la procreación de los hijos, salvo si una enfermedad o la mala salud fuere el motivo, o si hubiese otra justa causa para arrogar, como si quisiere adoptar a un pariente suyo. Estas arrogaciones, además, deben estar rodeadas de ciertas garantías para que no se disminuya a los que hubiere procreado de justas nupcias su justa esperanza sucesoria, o para que el que fue adoptado no perciba menos de lo que fuere digno que consiga.

También puede eventualmente arrogar un ciudadano más pobre a otro más rico, siempre que se pueda demostrar la sobriedad de su vida o una afición honrada y evidente, aunque en estos casos suele darse fianza para evitar que la institución se convierta en un negocio económico. De la misma forma, debe procederse con cierta cautela en las arrogaciones de los pupilos por los que hubiesen administrado su tutela o curatela, no permitiéndose que esta se produzca hasta que el que se pretenda arrogar cumpla veinticinco años, para evitar que la arrogación tenga como fin la evasión de la rendición de cuentas o cualquier otra causa fraudulenta.

Aún cuando en un primer momento histórico podríamos tener dudas acerca de la admisión de la *adrogatio* de los libertos, un texto del Libro XLV de los comentarios al edicto de ULPIANO nos dice expresamente *arrogatio liberti*

admittenda non est, es decir, que no puede admitirse la arrogación de un liberto. En época postclásica conocemos por las fuentes que ésta no se permite si no es mediando justa causa, como puede ser la ausencia de hijos.

QUINTA.- Como hemos contemplado en nuestro estudio, aún cuando la arrogación por parte de mujeres no estuvo permitida por el *ius civile*, sin embargo en la época postclásica, a través de un rescripto del año 291 d.C. de los emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO a SIRA, se introduce la posibilidad de la adopción por parte de la mujer *in solatium liberorum amissorum*, o lo que es lo mismo, por consuelo de los hijos que se han perdido. Ciertamente esto supone una novedad jurídica hasta la época pues la misma constitución imperial comienza exponiendo el principio jurídico-clásico por el cual la mujer no puede arrogar, pues esta no tiene bajo su potestad ni siquiera a sus propios hijos. No obstante, una vez afirmado el principio general, los emperadores proceden a explicar cómo, por consuelo de los hijos perdidos por la mujer, siendo su deseo adoptar a un hijastro en calidad de legítimo descendiente, se puede considerar la constitución de la institución adoptiva por rescripto imperial, creándose el consiguiente vínculo maternofilial, según los propios emperadores, “en concepto de hijo natural y legítimo lo mismo que si hubiere nacido de ti”. Esta innovación jurídica, fruto temprano de la influencia heleno-cristiana en el ordenamiento jurídico romano, tuvo, como hemos contemplado en nuestro estudio, una importante recepción en nuestro derecho intermedio, hasta aparecer casi literalmente en las propias *Partidas* de ALFONSO X.

SEXTA.- En lo referente a la formalidad exigida para la constitución de la arrogación, hemos indicado en abundantes ocasiones en nuestro estudio que ésta constituía un acto de gran solemnidad y trascendencia que no se hallaba exento de cautelas jurídicas, pues, parangonándolo a un instituto contemporáneo, podemos afirmar que se generaban los efectos propios de lo que hoy conocemos como un cambio de nacionalidad, pues el arrogado, que era sujeto *sui iuris*, se incorporaba como *alieni iuris* de una nueva jurisdicción, la del *adrogans*.

La *adrogatio* comenzaba con una previa investigación de los pontífices sobre la conveniencia de la misma. Una vez realizada estas pesquisas preventivas, el *Pontifex Msximus* realizaba la convocatoria de los Comicios por curias, que se realizaba, como de costumbre, oralmente y por escrito, mediante la promulgación de un edicto en el que se hacía constar el día (un día comicial, que no coincidía con días judiciales ni festivos, ni solían coincidir con días de mercado), el lugar (generalmente dentro del *pomerium*) y el objeto de la reunión, la *adrogatio* en cuestión. Una vez convocados los *Comitia curiata*, se realizan las interrogaciones (*rogationes*) que dan nombre a la propia institución, la interrogación a la persona del *adrogans* acerca de si quiere tener como hijo con arreglo al Derecho a aquel que va a ser adoptado, la interrogación sobre su consentimiento al que va a ser arrogado, y, como no, la interrogación al pueblo que, en ejercicio de la *publica potestas*, constituiría el vínculo con la promulgación de una *lex curiata*. Para poder realizarse una *adrogatio* eran necesarios, por tanto, el concurso de los consentimientos de las personas del arrogante y arrogado y del pueblo, representado por los Comicios por curias. Por esta causa no puede ser arrogado ni

el ausente ni el que disiente. No era necesaria, sin embargo, la autorización de aquellos entre quienes son consiguientes los derechos de agnación. Sólo en el caso de estar el arrogado bajo curatela debe la *adrogatio* ser autorizada por el curador.

La fórmula utilizada para la *adrogatio* la hallamos en las *Noctes Atticae*, de AULO GELIO:

GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 9: *Velitis jubeatis, uti L. Valerius L. Tito tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita dixi, ita vos. Quirites rogo.*

De la fórmula utilizada para tan solemne acto, podemos extraer, como ya hicimos referencia en nuestro estudio, varias conclusiones:

En primer lugar, en el ruego que se le hace al pueblo representado a través de los Comicios por curias no deja de extrañar que lo que se le pida al mismo sea algo, en principio, imposible: que haga de este sujeto un hijo del arrogante, “como si hubiese nacido del mismo padre y de la misma madre”. Debemos entender, por tanto, esta afirmación en sentido puramente jurídico. Lo que se le pide, jurídicamente al pueblo es que el arrogado entre en la familia del arrogante con los mismos derechos que si hubiera nacido en ella. Esto, de por sí, supone un acto de suma importancia. Para el Derecho, a partir de este momento, no debe existir diferencia alguna entre éste y el resto de los hijos legítimos, pues el Derecho

asume la *fictio iuris* de que el sujeto arrogado ha nacido en el seno de la familia arrogante.

En segundo término, no deja de sorprendernos que la propia fórmula que constituye el momento originario de la nueva relación paternofilial, como si de un “nacimiento para el derecho” se tratase, haga expresa alusión al sometimiento del arrogado al *ius vitae necisque* del arrogante. Esto, que explica por otro lado la inmensa cautela que se tiene al constituir arrogaciones, puede explicarse por ser este derecho sobre la vida y la muerte un paradigma de la potestad del nuevo *paterfamilias* a la que se somete el arrogado. Así, diciendo que se somete al *ius vitae necisque* se está indirectamente haciendo alusión a todos los demás caracteres de la potestad paternofilial, como si afirmáramos que aquel que tiene la potestad de la vida y la muerte de otro tiene también el resto de potestades.

Una vez realizada la interrogación al pueblo, en el seno de los Comicios Curiados, no había debate sobre la cuestión, la propuesta se aceptaba o rechazaba en bloque. De aceptarse, se procedía a la promulgación de la *lex curiata* (*lex rogata*), que se conservaría, según la costumbre, en el erario público para su estudio e interpretación bajo la custodia de los cuestores.

SÉPTIMA.- La principal consecuencia de la arrogación viene a constituirla el efecto de absorción del arrogado en la familia del arrogante, constituyéndose sobre aquel una *capitis deminutio minima* , pasando también bajo la potestad del arrogante los bienes que fueron del adoptado y aquellos que éste pueda adquirir,

los hijos que están bajo su potestad, así como aquellos que vuelven a ella por el derecho de postliminio o los *nasciturus* en el momento de la arrogación, que se reducen de igual modo a la *potestas* del *adrogans*. En el ámbito religioso, el arrogado pierde los *sacra privata* que tenía para asumir los de la familia arrogante, lo que supone que a la *adrogatio* debía, en teoría, preceder una *detestatio sacrorum*, es decir, una ceremonia de declaración solemne realizada por el arrogado en la que renuncia a sus *sacra familiari*. Entre los efectos patrimoniales que surgen de la arrogación, destaca aquel según el cual todo el patrimonio del *adrogatus* pasaba al *adrogans* mediante una *successio in ius*, siendo esto sólo referente al activo del arrogado, pues las deudas contractuales del mismo quedaban extinguidas al producirse su entrada bajo la nueva *potestas*, perdiendo su status de *sui iuris*. Este efecto del antiguo *ius civile*, fue corregido en la época clásica por el derecho de los pretores, pues para evitar el injusto perjuicio que a los terceros acreedores pudiera ocasionarles este paso del arrogado a la *potestas* del arrogante, el pretor concedió la posibilidad de exigir al segundo la deuda del primero mediante acciones pretorias ficticias.

OCTAVA.- El hecho de que los emperadores asumieran en sí mismos la condición de *Pontifex Maximus* facilitó la introducción de la arrogación *per rescriptum principis*, superándose de esta forma los escollos de carácter religioso de la primitiva institución adoptiva. No debemos, sin embargo, descartar la posibilidad, lógica por otro lado, de una eventual convivencia temporal de ambos regímenes, la de la arrogación ante el pueblo y la arrogación por rescripto del Príncipe, al menos en época de los emperadores paganos, debido a que éstos,

como ya hemos indicado, ostentaban también, como pontífices máximos, la suprema autoridad religiosa. Tendremos que esperar a la cristianización del imperio, cuando quede suprimido el colegio de los pontífices, para que la *adrogatio per rescriptum principis* se erija como única forma de arrogación. Es por esto que en época de JUSTINIANO la nueva forma de arrogación era considerada como la única forma de la institución, y así se contempló en el *ius novum*, lo que determinó la sistemática interpolación de las fuentes que aludían a la *adrogatio per populum*. De esta forma, la institución de la adrogación permaneció vigente aún en época cristiana, no obstante bajo la única modalidad de la arrogación por rescripto y desprovista de todo carácter sagrado. Obviamente, con el radical cambio de mentalidad, ya obrado siglos antes con la paulatina sustitución de la concepción agnaticia de la familia por la de la familia cognaticia, carece absolutamente de sentido la solemnísimas formalidad exigida por el antiguo derecho, relacionada con el carácter político, familiar y religioso de la primitiva institución de la adrogación. La *adrogatio*, en esta época, ya sólo tiene la finalidad de generar un vínculo artificial de filiación, por lo que bastaría la nueva concepción formal de la institución, que pasó a convertirse, en estos tiempos, en un mero acto administrativo.

NOVENA.- Como señalábamos en nuestro estudio, planteamos como tema a reflexionar por la romanística la posibilidad de un cambio de concepción de esta institución que la acerque al ámbito del Derecho Público, o incluso, avanzando algo más, a las instituciones que vendrían a englobar la experiencia administrativa romana. Como ya dijimos, no parece desacertado, tras el análisis de la institución,

calificarla, con las debidas cautelas históricas, como un acto administrativo de máximo nivel, a través del cual, sobre todo en un primer momento histórico-jurídico, se produce la mutación del *status publico* del adrogado con la naturalización en una familia distinta, el sometimiento a una nueva jurisdicción e incluso a un nuevo *ius gladii* (manifestado en el *ius vitae necisque* del arrogante) que nos hace caer en la cuenta del análogo carácter quasi-internacional que se vislumbra en este sometimiento a una nueva soberanía. Es por ello que, como señalábamos en nuestro estudio, pese a la tradicional contemplación de la familia como una institución de derecho privado, esto no debe ser obstáculo para saber reconocer aquellos efectos, o incluso aquellas instituciones familiares, que entran de lleno en el ámbito del *ius publicum*. Estaríamos, por así decirlo, ante una de esas instituciones que, pese a aparentar un carácter privado, cobra por causa de su especial relevancia e interés social y general, una esencia pública que podemos asociar a la concepción de “cosa pública” que en su origen histórico adopta la institución. Sólo así podemos explicar la estricta formalidad de carácter público que reviste un acto que podemos considerar, incluso, como perteneciente a ese ámbito de experiencia administrativa, que si bien por razones obvias de la concepción histórica de la institución no tuvo influencia en nuestra moderna estructura administrativa (como sí lo han tenido otras instituciones romanas de carácter público), no por eso debe serle excluida esta denominación.

DÉCIMA.- La *adoptio* o *datio in adoptionem* surge originariamente con posterioridad a la *adrogatio* y se constituye como un cambio de potestad familiar en la persona de un *alieni iuris*, en virtud del cual éste es adoptado por un

paterfamilias, quedando sometido a su potestad y desvinculándose, simultáneamente, de la *potestas* del *paterfamilias* a la que hasta el momento mismo de perfeccionarse la adopción había estado sometido. Así pues, mediante la *adoptio* una persona *alieni iuris* sale de su familia de origen y entra a formar parte de la familia del adoptante, lo cual, en principio, no suscita ningún interés en el seno de los poderes públicos o de la religión, pues no supone, como sí ocurre en la adrogación, la incorporación de un grupo soberano a otro grupo igualmente soberano, ni la extinción de un hogar o culto. Así pues, el acto de la *adoptio* no contemplaba la aprobación por parte de los *comitia curiata*, aunque sí debía contar con la supervisión del magistrado o pretor (*imperio magistratus*), aún cuando no ejerce aquí control alguno sobre la oportunidad del acto, a diferencia del Colegio Pontifical respecto a la *adrogatio*. Como hemos indicado en varias ocasiones en nuestro estudio, el origen de la *datio in adoptionem* es bastante posterior a la primitiva institución de la *adrogatio*, lo cual se explica por la distinta concepción familiar que exige una y otra institución. En efecto, la preeminencia primitiva de la familia agnaticia en los orígenes de la civilización romana, hacía en todo, prácticamente, innecesaria la existencia de una institución que regulase el paso de un sujeto de una familia a otra, lo que en esta concepción primigenia carece de sentido, lo cual se revela, como hemos visto, en la ausencia de una formalidad jurídica propia para su realización, que tuvo que sustanciarse mediante un negocio jurídico-procesal ficticio.

UNDÉCIMA.- El procedimiento utilizado para la sustanciación formal de la *datio in adoptionem* constaba de dos partes bien diferenciadas: la primera de cara

a la cesación de la *patria potestas* del primer *pater* sobre el sujeto *alieni iuris*, y la segunda con la finalidad de someter a éste a la potestad del *paterfamilias* adoptante.

El cese de la *patria potestas* del *paterfamilias* originario se desarrollaba, como vimos, bajo el amparo del antiguo precepto decemviral contenido en la Tabla IV, según el cual *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*. Así pues, como bien hemos podido extraer en nuestro estudio de las fuentes, los juristas nos muestran cómo, si se trata de dar en adopción a un hijo, se requieren tres *mancipationes* y dos manumisiones intercaladas, tal y como se procede para la emancipación del hijo para que se haga independiente. No obstante, este requisito de la triple emancipación es necesario solo para la figura del *filiusfamilias*, ya que si se trata de otros descendientes distintos de los *filiifamilias* (esto es, las hijas, los/as nietos/as, los/as bisnietos/as, etc.) bastaría con la formalización de una sola *mancipatio*.

Una vez liberados los lazos de pertenencia del sujeto que iba a ser adoptado con su familia de origen, se procedía al acto propiamente dicho de adopción, el cual se despachaba mediante un proceso fingido entablado entre el adoptante y el antiguo *pater*, en el que aquel reclamaba como hijo suyo al hijo que quería adoptar, no oponiéndose el padre originario, procediendo el magistrado a acceder a tal pretensión, constituyendo la *addictio* del adoptado como *filius* al que lo reclamaba como tal. Este procedimiento quedaba sustanciado, por tanto, de manera parecida a la *in iure cessio*, mediante el ejercicio ficticio por parte del *paterfamilias* adoptante de la *vindicatio* que el derecho tenía reservada para la

defensa de la patria potestad frente a terceros que retuvieran indebidamente al hijo.

En Roma el magistrado competente para presidir las adopciones entre ciudadanos romanos era, sin duda alguna, el pretor urbano, al que se le reconocía la plena acción de la ley. En las provincias, las adopciones debían estar presididas por un magistrado al que le fuera atribuida una potestad semejante a la del pretor, esto es, la plena acción de la ley. Así, por las fuentes sabemos que podían presidir adopciones el Procónsul, el *Legatus Caesaris*, el *Iuridicus Alexandriae* y los magistrados municipales que tuviesen concedida la plena *legis actio*. Conocemos por las fuentes también que el ordenamiento jurídico permite convalidar aquellas adopciones que, por mediar algún defecto formal, son consideradas *adoptiones non iure factae*. Efectivamente, las fuentes nos dan sobradas muestras de la posibilidad de realizar la denominada *confirmatio adoptionis* ante el pretor o ante los cónsules, que en época imperial será una *confirmatio Principis*.

Este procedimiento, en gran medida dificultoso y formalista, fue simplificado por JUSTINIANO en una constitución del año 530, en la que corrigiendo o suprimiendo los antiguos rodeos respecto a las adopciones, mandó que fuese lícito al ascendiente dar en adopción al descendiente prescindiendo de los trámites de emancipaciones-manumisiones, manifestando su deseo de realizar la *datio in adoptionem* ante el juez competente, mediando actas y hallándose presente el que es adoptado y no oponiéndose el adoptante. Así pues, ya en el derecho romano justiniano quedaría consumada la *adoptio* con una simple

declaración concorde ante el magistrado del adoptante, adoptado y *pater familias* originario.

En lo que respecta a la posición del adoptado en el procedimiento de la *datio in adoptionem* podemos afirmar que, aún cuando la doctrina dominante, tiende a excluir el valor de la voluntad del adoptado en la época clásica, por considerarlo un acto privado realizado exclusivamente entre los dos padres, natural y adoptante, la explícita contradicción del adoptado en el procedimiento bien podía ser tenida en cuenta en derecho clásico por el magistrado para no adjudicar en adopción al mismo. Es por ello que afirmábamos en nuestro estudio que, del mismo modo en que se consideraba requerida la voluntad positiva del arrogando en la *adrogatio*, bien podía considerarse suficiente -pero necesaria en la práctica- la no contradicción del adoptando en la *datio in adoptionem*. En la época justiniana no cabe duda alguna en lo que se refiere a la necesidad, atestiguada por las fuentes, de la concurrencia del asentimiento, al menos tácito, del adoptado para que fuese posible la realización de la *datio in adoptionem*.

DUODÉCIMA.- El efecto principal de la *adoptio*, al menos en su origen jurídico, no era otro que un cambio en el *status familiae* del adoptado, que salía de su familia de origen para entrar en la del adoptante. Efectivamente, mediante la constitución de la adopción, se rompía el vínculo agnaticio que ligaba al adoptado con su familia de origen, constituyéndose, a su vez, un nuevo vínculo que unirá a este con la nueva familia de la que entra a formar parte. El cambio del *status familiae* del *filiusfamilias* adoptado, por su parte, no implicaba ninguna

modificación en lo referente a su capacidad, debido a que éste permanece en su condición de *alieni iuris*. Así pues, debido a que el *filiusfamilias*, una vez rotos los vínculos agnaticios con su familia de origen, se integraba en la familia adoptante, quedaba sometido, como no podía ser de otra forma, a la patria potestad del *paterfamilias* adoptante, como si de cualquier otro *alieni iuris* de la misma se tratara, y desplegando sobre él los efectos propios de dicha potestad paterna, en particular el *ius vitae necisque*. El adoptado entraba en la misma en calidad de *filiusfamilias*, como hijo o como nieto, asumiendo el culto privado del adoptante, del que adquiriría también la misma condición social que éste tuviese, los derechos públicos de ciudadanía o municipalidad, así como la esperanza hereditaria de los demás miembros *alieni iuris*. De la misma forma, dentro de la nueva familia el adoptado se hacía gentil de todos los gentiles, agnado de sus agnados y, por tanto, también cognado de éstos, perdiendo de su familia original tanto cuanto ganaba de la familia adoptante, esto es, perdía su antiguo culto privado, la expectativa hereditaria que antes tenía con respecto al *paterfamilias* original, dejaba de ser agnado de sus agnados y cognado de sus anteriores cognados. Se produce, por tanto, una asimilación jurídica del hijo adoptado con el hijo nacido de justas nupcias, lo cual tiene reflejo también en el ámbito patrimonial, incluidos los derechos sucesorios, que se rige por el mismo derecho que si de un hijo legítimo más se tratase, lo cual permanece mientras perdura la adopción (*quamdiu manent in adoptione*), esto es, mientras no se emancipe al hijo adoptado.

DECIMOTERCERA.- En una época postclásica del Derecho romano la institución sufrió un importante cambio debido a la nueva concepción familiar que

se iba forjando en el ordenamiento jurídico, en la que se comenzaba a filtrar el influjo de de las costumbres helénicas y de las recientes ideas cristianas, donde no existe una patria potestad en el sentido romano, lo cual contribuyó de manera determinante a dar un nuevo sentido a la *adoptio*. Es en armonía con estas nuevas concepciones jurídico-sociales cómo la adopción pasa a asumir una función ético afectiva concebida como un acto destinado a proporcionar consuelo a los matrimonios sin hijos.

Este proceso de modificación de la antigua *datio in adoptionem* por causa de la influencia heleno-cristiana alcanza su punto máximo con JUSTINIANO. Las nuevas características innovadoras de la adopción la transforman en una institución que viene a responder a nuevas exigencias sociales y familiares, donde la emancipación de los hijos se ha hecho delicadamente frecuente, propiciando una especial consideración, a su vez, hacia aquellas personas que no pudieron tener hijos o quisieran integrar de alguna forma a algún hijo en el seno de la familia para perpetuar la sucesión familiar tanto respecto del patrimonio como de los apellidos. De esta forma se constituiría un modelo de adopción donde la patria potestad del hijo adoptivo seguiría recayendo en el padre natural de este, lo cual queda justificado por el mismo emperador cristiano debido a la injusticia surgida en el seno de la adopción clásica en los supuestos de emancipación del padre adoptivo después del fallecimiento del padre natural, que dejaría en una precaria situación de desamparo al adoptado, el cual no tendría esperanza de heredar ni en la familia natural ni en la adoptiva. Aparecen así dos formas de adopción en época justiniana, clasificadas según sus efectos: la modalidad ordinaria, realizada “*ad personam extraneam*”, que recibirá el sobrenombre de *adoptio minus plena*, y la

excepción a la regla general para los casos de adopciones realizadas por ascendientes paternos y maternos, que recibiría la denominación de *adoptio plena*.

Así pues, la gran invención de Justiniano en el ámbito de la adopción adoptiva se desarrolla en la nueva concepción de ésta, manifestada en los innovadores efectos que vendrá a desplegar la misma. Esta modificación vendrá motivada, como nos indica parte de la doctrina, por un intento de reequilibrar la posición del adoptado, al que la evolución de la *patria potestas* le ha ido adjudicando dos padres, invirtiendo con la nueva adopción la tradicional concepción de la adopción del derecho antiguo. Efectivamente, mientras en el *vetus ius* el único y verdadero padre era el adoptivo, manteniéndose sólo el vínculo cognaticio con el padre natural, ahora, por la reforma justiniana, tratándose de una *adoptio in extraneam personam*, el único *pater* será el padre natural, reservándose para el padre adoptivo una simple *cognatio civilis* respecto al hijo que es recibido en adopción.

Como hemos podido comprobar en nuestro estudio, JUSTINIANO establece en sus *Instituciones* (1,11,2), que “cuando el hijo es dado por su padre natural en adopción a una persona extraña, no se disuelven en modo alguno los derechos de la potestad del padre natural, ni nada pasa al padre adoptivo, ni aquel que está bajo la potestad de éste, aunque se le hayan concedido derechos de sucesión *ab intestato*”. Únicamente en aquellos casos en los que el padre natural hubiese dado en adopción a su hijo, no a un extraño, sino al abuelo o bisabuelo materno o paterno -en caso de estar emancipado el padre natural- “queda subsistente el derecho del padre adoptivo, ligado por un vínculo natural y estrechado por el lazo

legal de la adopción, de suerte que se halle en la familia y bajo la potestad de tal padre adoptivo”, debido a que en este caso, “concurren en una misma persona así los derechos naturales como los de la adopción”.

Así las cosas, el adoptado, por regla general, debía quedar en su familia natural y bajo la potestad del *paterfamilias* originario, por lo que el adoptado no asume la condición de hijo en la familia que lo adopta. Sólo frente al adoptante se establece a favor del adoptado la posición, en parte, que habría tenido si hubiese sido su hijo, adquiriendo el adoptado derechos sucesorios *ab intestato*. Este modelo de adopción fue denominado *adoptio minus plena*, la cual no supone la agregación a la familia romana de un nuevo miembro, sino sólo la creación de una filiación artificial a ciertos efectos. Es el interés del adoptado el principio que guía, pues, el régimen de la *adoptio* en derecho justiniano, conciliando de esta forma los lazos de unión entre el adoptado y su familia originaria con los nuevos vínculos adquiridos con la familia adoptiva. Aún así, existe aún un resquicio de la antigua adopción con efectos plenos en época justiniana, y esto sucede cuando el adoptante es un ascendiente consanguíneo por línea materna o paterna del adoptado, la cual es denominada por los comentaristas como *adoptio plena*.

DECIMOCUARTA.- Es en este ámbito jurídico postclásico en el que cobra una relevancia particular el principio *adoptio imitatur naturam*, que ya acompañará a la institución adoptiva hasta nuestros días, como hemos comprobado en nuestro estudio. Recordemos que toda la mutación jurídica obrada en la institución adoptiva justiniana no se debe sino al otorgamiento de una

mayor relevancia a este principio, ya conocido, como hemos visto, por el derecho clásico, de “la adopción imita a la naturaleza”. Este principio inspirador de toda la institución adoptiva sale a relucir de forma particular ante el interrogante, como nos indicaba GAYO, de la posibilidad de realizar una adopción de un ciudadano mayor por otro más joven que el adoptado, que será definitivamente solucionado por JUSTINIANO en sus *Instituciones* (1, 11, 4) quién establecerá, con base en principio inspirador ya citado, la diferencia de edad que debe mediar entre adoptante y adoptado. Así pues, el derecho justiniano establecerá que, en virtud del principio según el cual la adopción imita a la naturaleza, el adoptante debe aventajar al adoptado en toda la pubertad, esto es, en dieciocho años, debiendo ser siempre mayor el padre que el hijo, considerándose monstruoso lo contrario.

Esta pública proclamación legal del principio naturalístico realizada por JUSTINIANO conlleva, como hemos visto en nuestro estudio, un importante cambio en los requisitos exigidos para realizar una adopción. Así, buscando la continua semejanza de la filiación adoptiva a la filiación natural se exige, en primer lugar, el requisito legal de edad según el cual el adoptante debe exceder en al menos dieciocho años al adoptado. De la misma forma aparece el impedimento legal de adoptar dirigido a los *castrati*, lo que parece igualmente ser obra de los compiladores. Con un razonable fundamento en el principio de semejanza de la adopción a la filiación natural, se prohíbe igualmente adoptar a los hijos naturales, lo que originó la institución de la legitimación de los hijos nacidos de concubinato. Tampoco cabe, por tanto, la adopción a término, pues es igualmente contrario al principio naturalístico.

DECIMOQUINTA.- Como hemos contemplado en nuestro estudio, aún cuando la *adrogatio* y la *datio in adoptionem* eran las formas de adopción típicas del *ius civile*, no fueron las únicas que aparecieron en el Imperio, pues a los peregrinos, a quienes no se les permitía adoptar pues eran incapaces de adquirir la patria potestad romana con arreglo a derecho, no se les prohibía, por contra, adoptar conforme a sus legislaciones locales. De esta forma, podemos hablar en este ámbito de las denominadas adopciones privadas: la *adoptio per testamentum* y la *adoptio tabulis copulata*.

La *adoptio per testamentum* o *adoptio testamentaria* no es sino la adopción del heredero instituido mediante declaración testamentaria. No obstante, aunque podemos incluir esta adopción testamentaria en el ámbito de las adopciones privadas, la intervención de la autoridad pública se hará necesaria al menos de cara a su convalidación, que debían realizar las curias. Como hemos analizado en nuestro estudio, nos encontramos ante una *adoptio non iure facta*, que expresa un deseo del difunto pero que debía y solía ser convalidado de la debida forma, bien mediante el recurso a las curias, o bien mediante el rescripto del Príncipe. Así pues, se puede concluir que la adopción testamentaria no es una verdadera forma de arrogación, productora de los efectos de la *adrogatio per populum*, sino una normal institución de heredero bajo la condición para éste de tomar el nombre del testador (*nomen ferre*).

La *adoptio tabulis copulata*, de la que tenemos noticia por una constitución de DIOCLECIANO dirigida a PROCULIANO recogida en C.8.48(47).4,

equivale a un acto privado realizado en escritura ante un notario, sin mediación alguna de autoridad pública, a la que las constituciones imperiales hacen referencia en su intento de excluir esta forma de adopción del *ius civile*. Así pues, esta adopción privada estaba dirigida a crear una serie de obligaciones contractuales convenidas y estipuladas entre las personas del adoptante, el adoptado y el padre de éste, que venían a crear las mismas relaciones que se derivarían del vínculo natural consanguíneo. Será esta fuerza de pacto entre las partes, no prohibida por el derecho aunque sí desprovista del reconocimiento de adopción según el *ius civile*, la que disponga la eficacia de esta forma de adoptar que, bien mirado, suponía la única que se permitiría a los peregrinos provinciales.

DECIMOSEXTA.- También hicimos en nuestro estudio una referencia a la denominada *adoptio in fratrem* o pacto de fraternidad, en la que, como dejamos escrito, el principal equívoco lo provocaba el mismo nombre que se le otorgaba a la institución, el cual, según parte de la doctrina, fue un error de categorización de los propios romanos, que en lugar de incluirla en la categoría de los contratos de sociedad, la integraron nominalmente en el mismo concepto de adopción.

No es de extrañar, pues, en una concepción de la institución adoptiva como la romana, en la que la finalidad principal la constituye la integración de un *filiusfamilias* en el ámbito de la potestad paterna, se considere fuera de lugar y prácticamente un absurdo gramatical hablar de *adoptio in fratrem*. Recordemos que el histórico pacto de fraternidad cumplía en la antigüedad una doble finalidad: de un lado, la obligación del hermanado de ejecutar la venganza de sangre cuando

su análogo hubiese sido herido o muerto, y la adquisición entre ambos contrayentes de los derechos de sucesión legítima. Obviamente, esta adopción en fraternidad no pudo sino ser declarada nula por DIOCLECIANO, pues su finalidad distaba mucho de lo que el ordenamiento jurídico romano podría permitir.

DECIMOSÉPTIMA.- La primera referencia que encontramos en la época visigótica sobre la institución adoptiva la hallamos en la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviario de Alarico*. La adopción aquí regulada viene a producir los efectos de la institución romana clásica, es decir, provoca la inclusión de un extraño en la posición de hijo, adquiriendo el adoptante la patria potestad sobre aquél, lo que consecuentemente genera un vínculo de parentesco con el resto de miembros de la familia, siendo agnado de sus agnados y cognado de sus cognados, como la institución defendía en la época clásica del Derecho romano. El *Epítome de Gayo* que recoge el Breviario define la adopción como *naturae similitudo, ut aliquis filium habere possit, quem non generaverit*.

No obstante, no tenemos constancia de la existencia de ningún sólo documento de naturaleza adoptiva celebrado en España en la época, por lo que se ha dado en hablar de cierta inexistencia en la práctica de esta institución. Es decir, aún cuando la *Lex Romana Visigothorum* la recoge como forma evolucionada del tipo clásico romano, esto no supone una presunción en favor de su aplicación práctica. Parece ser que la institución vulgar de la *adfiliatio*, que en el Breviario sirvió para explicar la *adoptio* y fue equiparada a esta, era mucho más conocida y usada en la práctica, como hemos podido comprobar en nuestro estudio.

DECIMOCTAVA.- Aún cuando el origen de la institución de la *perfiliatio* o *adfiliatio* sigue siendo, como hemos comprobado, muy discutido por la doctrina, afirmábamos en nuestro estudio que aún cuando aparece equiparada a la *adoptio* romana en varios textos, se observan diferencias esenciales entre ambas instituciones. En efecto, el término *adfiliatio* no es sino un nombre genérico que podía aplicarse a relaciones muy distintas, desde una donación hasta la misma herencia que se adquiriría por su causa. La *perfiliatio* tuvo, como hemos dicho, un importante arraigo en la práctica, lo cual se atestigua por su inclusión en los textos del *Breviario* y los posteriores *fueros de Soria y Real* y en las *Partidas* de ALFONSO X, así como por la existencia de abundantes documentos de la época posterior a la invasión musulmana. No obstante, debemos poner de relieve que esta institución se presenta como medio para alcanzar una doble finalidad, siendo la primera necesaria para alcanzar la segunda. Efectivamente, podemos afirmar que, aún cuando la *perfiliatio* producía el efecto inmediato de la creación de un vínculo de filiación entre dos personas, la finalidad verdaderamente perseguida por esta institución no era sino la realización de un acto de carácter patrimonial. De la *perfiliatio* no surgen todos los efectos propios de la relación paternofilial, es decir, todos los derechos y deberes de cualquier hijo con respecto a los padres, sino solamente aquellos que vienen a estar estipulado en el contrato de *perfiliatio*, siendo éstos siempre de naturaleza patrimonial, por lo que bien pudo ser considerada en su tiempo como un simple medio para la disposición de bienes. Así, de esta forma, la institución era comúnmente utilizada para fines patrimoniales tales como la realización de una donación *inter vivos* con

transferencia inmediata y definitiva de los bienes, o la de donaciones *mortis causa* con verdaderas instituciones de heredero o de legatario; así mismo, también se podía llevar a cabo con la *perfiliatio* un pacto de *incommuniatio* mediante el cual dos personas ponían sus bienes presentes y futuros en común, incluso con la mutua y recíproca institución de herederos; de la misma forma, aunque menos frecuentes, aparecen casos de *perfiliatio* en los que se desarrolla una compraventa e incluso un contrato de enfiteusis.

Por lo tanto, aún cuando la propia *Lex Romana Visigothorum*, como ya vimos, hacía una importante equiparación de la *perfiliatio* con la *adoptio* romana, seguramente por su similitud en su carácter privado, esta no podía ser utilizada para su verdadero fin pues aún no existía en absoluto un clima propicio para la realización de cualquier tipo de adopción, por lo que se empleaba con fines distintos que acabaron, siglos después, dotándola de una forma solemne y pública, como lo es hoy el recurso a la jurisdicción voluntaria, que evitara el empleo fraudulento de la institución adoptiva.

DECIMONOVENA.- La institución de la *perfiliatio* evolucionó a lo largo de los siglos con una cada vez mayor rigurosidad en su regulación jurídica, lo que vendrá a verse reflejado en legislaciones intermedias como el *Fuero de Soria* y el *Fuero Real*, donde aparecerá con una importante romanización. No obstante, pese a la importante romanización que reviste ya la institución en estas legislaciones, aún se ve deformada por un uso inapropiado en aras de otros fines jurídicos no propiamente dichos de adopción, aún cuando los textos ponen de relieve en varias

ocasiones este carácter. Podemos atribuir este uso inapropiado de la institución, aún cuando los textos le otorgan naturaleza y fines adoptivos, a la ausencia histórica, aún en esta época, de un clima apropiadamente maduro, como ocurría anteriormente, para el florecimiento de la adopción.

Así pues, mediante el *recibimiento de fijo* se produce la incorporación de un extraño en la situación de un hijo, aún cuando, al igual que en el derecho justiniano, sin someter al porfijado bajo la patria potestad del porfijador, pues aquél sigue permaneciendo en la potestad y familia de origen, por lo que no se genera vínculo de parentesco entre el porfijado y la familia que lo recibe.

La influencia romano-justiniana en la institución regulada por el *Fuero de Soria* y el *Fuero Real* es, como hemos comprobado en nuestro estudio, innegable. Así, por citar algunas coincidencias jurídicas, tanto el *Fuero de Soria* (§ 456: *Por que el rrecebimiento de ffiijo es semeiable ala natura*) como el *Fuero Real* (4.22.2: *Por que el recebimiento del fijo es semejable a la natura*) recoge una clara alusión al principio romano *adoptio imitatur naturam*, del que ya hemos comprobado su pervivencia junto a la institución adoptiva a lo largo de la recepción que hace el derecho de ésta institución romana. Es en virtud de este principio naturalístico de origen romano por lo que quedan establecidos en estas legislaciones los límites de edad, también en clara consonancia con la legislación justiniana, según los cuales sólo se permite porfijar a aquel que tuviese suficiente edad, es decir, hubiese llegado a la pubertad, y aventaje al que es recibido en la edad suficiente como para que pudiese este ser hijo de quien lo recibe.

El *Fuero Real* (4.22.4) recogía, como hemos visto en nuestro estudio, aquella indulgencia del Rey con las mujeres que hubiesen perdido un hijo en servicio real, del que no podemos sino hacer referencia al enorme parecido que guarda con los supuestos estudiados de *adoptio in solacium liberorum amissorum* que recoge C.8.48(47).5 y D.1.11.10. Aún cuando a la mujer se le permitía porfijar en estos contextos, el *Fuero de Soria* y el *Fuero Real* prohíban, como ya comprobábamos en nuestro estudio, el recibimiento de hijos a los castrados y a los *homes de Orden*, que por norma eclesiástica debían ser célibes. Adviértase aquí también, como indicábamos, la influencia del Derecho romano que, aún cuando permitía la adopción por parte de los *spadones*, no se lo permitía a los castrados. Como hemos comprobado en nuestro estudio, los efectos jurídicos, tanto de carácter personal como patrimonial, reflejan una importante evolución de la recepción jurídico-romana de la institución adoptiva en la institución de la *perfilatio*, que poco a poco ha ido equiparándose, también en la práctica, a la adopción romana justiniana, dejando prácticamente olvidado su contenido de derecho germánico para abrazar el más elaborado y seguro derecho romano, aún cuando conservase su nombre original.

VIGÉSIMA.- La influencia romano-justiniana que de por sí ya se refleja en todo el texto de las *Partidas* de ALFONSO X, cobrará también especial relevancia, como no podía ser de otra forma, en lo referente a la institución adoptiva, que girará, como lo hacía la adopción justiniana, en torno al principio capital *adoptio imitatur naturam*, el cual, como hemos comprobado, ya había vuelto a cobrar importancia en las legislaciones de los *Fueros de Soria y Real*. Así, como vimos

en nuestro estudio, la regulación de la adopción que se recoge en los textos de *Partidas* 4, 16, así como 4, 7, 7 y 3, 18, 91-92 corresponden a una exclusiva y total recepción del Derecho romano justinianeo. Conforme a esta recepción romana, la adopción de las *Partidas* distingue entre la adopción y la arrogación, que se diferencian tanto por el estatus de la persona del adoptado como por la formalidad exigida para su constitución. Así, la arrogación recae sobre personas que no están sometidas a la patria potestad de otro y se realizaba, como nos indica la propia legislación, ante el Rey y mediando el consentimiento expreso de arrogante y arrogado, lo que hacía surgir el vínculo paternofilial entre ambos sujetos, recayendo el segundo bajo la patria potestad del primero. La otra forma de adopción, que vendría a corresponder con la *datio in adoptionem* romana, estaría destinada, como aquella, a la adopción de un individuo que estuviese aún bajo la potestad de su padre natural, en cuyo caso bastaba para su realización con la no contradicción del adoptado ante la mutua declaración de voluntades del adoptante y el padre natural ante el juez. Esta última adopción, en una clarísima recepción de derecho justinianeo, se divide en las *partidas* según sus efectos de *adoptio plena* y *adoptio minus plena*, que se corresponden a las mismas consecuencias jurídicas romanas. De este modo, mediante la *adoptio plena* el adoptado, que es descendiente del adoptante, recae bajo la patria potestad de éste, adquiriendo los derechos de hijo natural y pudiéndose incorporar en la familia en el lugar de hijo, de nieto o de bisnieto; en la *adoptio minus plena*, que suponía la adopción de un extraño, el adoptado no pasaría a la potestad del adoptante, tal y como ya vimos que ocurría en la legislación justiniana. Así pues, como hemos comprobado en nuestro estudio, la institución adoptiva que recoge las *Partidas* se fundamenta, como lo hacía la de JUSTINIANO, en el principio esencial de *adoptio*

imitatur naturam, por medio del cual la adopción viene a constituir una relación paternofilial similar a la que se deriva de la procreación.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La recepción del derecho romano justiniano en la legislación del Rey sabio no sólo se percibe en cuanto a los efectos de la adopción se refiere, sino que también se puede afirmar la misma de los aspectos y requisitos formales necesarios para su constitución. Así, como vimos en nuestro estudio y por citar algunas coincidencias jurídicas en este ámbito, la legislación de las *Partidas* permite adoptar a cualquier hombre libre que no se encuentre bajo la patria potestad de otro, siempre y cuando aventaje al adoptando en dieciocho años (advírtase que la diferencia de edad es la misma que dispone JUSTINIANO) y que tuviese la capacidad para engendrar de forma natural.

Siguiendo también en este punto la legislación romana, las *Partidas* tampoco permiten la adopción a las mujeres, salvo los supuestos en caso de consuelo para la madre que ha perdido un hijo en servicio del Rey o del bien común del Concejo, que suponían una clara recepción de la antigua *adoptio in solacium liberorum amissorum*.

También parecen influir las normas romanas en la adopción de un tutor hacia su pupilo, en las que, recordemos, los romanos ya impusieron obligaciones cautelosas para evitar que dichas adopciones fuesen fraudulentas -para evitar la rendición de cuentas- y en perjuicio del pupilo adoptado, realizando para estos efectos investigaciones al caso, así como obligando a la prestación de fianza ante

una persona pública. En la legislación de las *Partidas*, dicha cautela se configura mediante una doble limitación temporal y formal, esto es, se prohíbe adoptar al pupilo hasta que el mismo alcance la edad de veinticinco años y haya concluido la tutela, pudiéndose realizar sólo por medio del otorgamiento real que evitaría el posible daño que pudiese producirse, actuando así el mismo Rey de garante del desgraciado muchacho.

De la misma forma, como hemos comprobado en nuestro estudio, el derecho de las *Partidas* no permite las adopciones de los libertos, como tampoco las permitía el derecho romano, ya que los libertos permanecen con un vínculo indisoluble ligados a su señor por la misma relación de patronato.

Otro supuesto de una clarísima recepción del Derecho romano lo supone la pervivencia de la *quarta divi Pii* en los supuestos en los que el arrogado fuese emancipado o desheredado sin mediar justa causa. En estos casos el arrogante quedaba obligado a restituir todos los bienes que hubiera recibido del arrogado, así como todas las posibles ganancias que obtuviera después de la arrogación, exceptuando el usufructo que como administrador le correspondía. Además, debía el arrogante otorgar al arrogado en estos casos la cuarta parte de sus bienes, en una clarísima recepción de la ya citada *quarta divi Pii* que estudiábamos para los casos de arrogación de impúberes, que aquí se generaliza a cualquier tipo de arrogación.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Con posterioridad a las *Partidas*, no aparecerán más referencias a las adopciones hasta el proyecto de Código Civil de 1851, donde, como hemos contemplado en nuestro estudio, la institución adoptiva bien podría haberse ignorado, pues hubo una práctica unanimidad en no codificar la adopción. Si ésta fue definitivamente integrada en el mismo fue debido a que un vocal andaluz alegó que en su “país” había algunos casos, aunque raros, de adopción y arguyendo que esta institución podría conducir a sentimientos dulces y benéficos. En palabras del propio GARCÍA GOYENA, la adopción “no está en nuestras costumbres”. En contra de la adopción se objetaba que dicha institución favorecía el celibato, rompía o debilitaba los lazos de parentesco natural, fomentaba uniones ilícitas, retraía del matrimonio, permitía burlar la prohibición del reconocimiento de hijos nacidos de uniones reprobadas y ocasionaba antagonismos entre la familia natural y la adoptiva, e incluso se llegó a tachar de “una transacción con el vicio, disfrazado con máscara de virtud”. Esto conllevó, sin duda a una regulación de la adopción en el primigenio Código Civil español realizada con cierto recelo, sobre la base de proteger a la familia natural, considerando preferente en la adopción el interés de los adoptantes sobre la protección del adoptado. Como hemos podido atestiguar en nuestro estudio, el legislador de 1889 establece que el adoptado conserva frente a su familia natural los derechos que le corresponden (art. 177) y con respecto al adoptante, el adoptado sólo dispone de un derecho de alimentos (art. 176). De esta forma, la adopción se configura mediante la atribución al adoptante de la patria potestad del menor adoptado, pudiendo administrar y disfrutar del usufructo de los bienes del menor previa fianza (arts.154 y 166).

Las modificaciones más importantes que vinieron a afectar con posterioridad a la institución adoptiva son las de 24 de abril de 1958, 4 de julio de 1970, 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 24 de octubre de 1983 y la de mayor trascendencia y aún vigente en la actualidad, la reforma de 11 de noviembre de 1987, a las cuales hay que sumar las reformas incluidas por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección al menor, siendo común en todas estas reformas la progresiva segregación del adoptado de su familia anterior y su correspondiente integración en la nueva familia adoptante.

Hasta esta reforma de 1987, nuestro Código Civil comenzaba su sección 1ª (disposiciones generales) del capítulo V (de la adopción), inserto en el Título VII (de las relaciones paterno-filiales) del Libro I (de las personas), en el artículo 172 estableciendo que “la adopción puede ser plena y simple”, tal y como establecía el antiguo derecho justiniano y fue recibido por la legislación de las *Partidas*. Llama poderosamente la atención que el derecho derogado, aún cuando hacía la distinción entre uno y otro modo de adoptar, no establecía un concepto de lo que debía entenderse como adopción simple, lo que provocó que los estudiosos no tuvieran más remedio que dirigirse a las fuentes romanas. De esta forma se configuró este modo de adopción simple, previamente denominada menos plena, como aquel modo de adopción que, sin integrar al adoptado en la familia adoptiva, le confería derechos sucesorios en la hipótesis de que el adoptante muriera sin dejar testamento.

Esta dualidad presente en la institución adoptiva desaparece con la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, modificadora de determinados artículos del Código

civil y de la LEC en materia de adopción, cuya exposición de motivos señala: “en cuanto a la eliminación de la adopción simple, es obligada consecuencia de la nueva ideología a la que responde este instituto”. Así, de los artículos 108.2º y 178 C.c. podemos extraer que la nueva legislación manifiesta expresamente que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior y la acogida en el nuevo seno familiar con los mismos efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial. Como afirmábamos en nuestro estudio, de esta manera desaparece del derecho español la *adoptio minus plena*, posteriormente conocida como adopción simple. No obstante, como hemos podido comprobar, los efectos de la adopción simple han vuelto a tener vigencia por la aprobación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que en su artículo 30 establece que, en virtud del principio de aplicación de la ley personal del menor en las relaciones paternofiliales, si se hubiese constituido una adopción simple ante una autoridad extranjera, ésta surtirá efectos en España, como adopción simple o menos plena, aún cuando no puede ser considerada una adopción *stricto sensu*, por lo que no pueden inscribirse como adopciones en el Registro Civil ni comportan la adquisición de la nacionalidad española. Es por tanto por lo que podemos afirmar, como ya lo hicimos en nuestro estudio, que la influencia romana en el ámbito de la institución adoptiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico incluye, aún hoy, la vigencia en casos excepcionales de la que JUSTINIANO denominó *adoptio minus plena*.

VIGÉSIMO TERCERA.- Tres son, como hemos tenido la oportunidad de señalar en nuestro estudio, los principios rectores de la actual institución adoptiva.

El primero y fundamental, que constituye el eje sobre el que gira la moderna institución de la adopción, es el principio de protección del menor o, mejor dicho, del adoptando. El segundo, es el principio de igualdad de las filiaciones, que establece una equiparación total ya sean éstas biológicas o adoptivas, legítimas o no legítimas, matrimoniales o no matrimoniales, no cabiendo en función a este principio ni siquiera dicha categorización. El tercero, de raíz y esencia romana, como hemos señalado en multitud de ocasiones, es el principio *adoptio imitatur naturam* que ha regido la institución adoptiva prácticamente desde sus orígenes romanos y que se mantiene en una vigencia incólume en pleno siglo veintiuno.

La principal concordancia del derecho español contemporáneo con el Derecho romano en materia de adopción la constituyen, junto con la propia concepción de la institución adoptiva, aquellas normas referentes a los requisitos y capacidades necesarias para poder adoptar y ser adoptado, entre las que destaca la referente al requisito de edad del adoptante y la debida diferencia de edad que debe mediar entre las personas de adoptante y adoptado, que, aún cuando establece límites diferentes a los romanos, se rige por una misma concepción de la institución con base en el principio *adoptio imitatur naturam*, tantas veces mencionado en nuestro estudio.

De la misma forma, existe una clarísima recepción del Derecho romano la prohibición que el ordenamiento jurídico dirige contra la persona del tutor con respecto a la adopción del pupilo, la cual se imposibilita en tanto no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, evitando así que se eluda por medio de la adopción una supuesta responsabilidad por la mala

administración de los bienes del pupilo. La recepción de los principios romanos aquí, por tanto, es evidente, no sólo en la prohibición en sí misma, sino también en el razonamiento jurídico que lleva al legislador a establecerla en estos particulares supuestos de adopción.

VIGÉSIMO CUARTA.- Hemos comprobado en nuestro estudio cómo las adopciones romanas -dejando al margen la *adrogatio*, que recordemos, se formalizaba mediante un trámite legislativo ante los *Comitia curiata*- se desarrollaban formalmente según los criterios de los denominados procesos de *iurisdictio voluntaria*, ampliamente atestiguados por las fuentes jurídicas, que regían tanto la primitiva *datio in adoptionem* sustanciada en dos fases, así como la forma simplificada que apareció en época posclásica. De la misma forma, también el ordenamiento jurídico español vigente prevé que los procedimientos destinados a la constitución de adopciones se desarrollen por medio de la jurisdicción voluntaria, en lo que podemos ver un reflejo más de la recepción de la institución adoptiva romana, ahora incluso en el ámbito procesal.

Como hemos expuesto en nuestro estudio, la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria siguen sustanciándose con arreglo por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, en esta materia, continúa en vigor, pues no fueron incluidos en la reforma del proceso civil realizada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que, no obstante señalaba en su disposición final decimoctava que en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la citada ley, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria, por cuyos trámites deberían ser resueltos los

procedimientos de adopción. Debido a que, tras un arduo procedimiento legislativo, el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria fue desechado en octubre de 2007 por los poderes ejecutivo y legislativo, aún carece nuestro ordenamiento jurídico de una normativa actual adecuada para las adopciones, pues no parece oportuno que éstas sigan rigiéndose por una norma de finales del siglo XIX.

Creemos que nuestra exposición bien podrá servir para atestiguar la importante herencia jurídica que debemos al genio inspirador romano en esta materia propia del derecho de familia, cual es la regulación de la institución adoptiva. Aún siendo conscientes que este estudio, como prácticamente sucede con la inmensa mayoría de trabajos científicos, no agota la investigación referente a la adopción romana, que consideramos conveniente continuar en futuras labores investigadoras, creemos haber encontrado suficientes similitudes jurídicas que han demostrado la pervivencia de abundantes aspectos de la institución romana en los ordenamientos jurídicos vigentes a lo largo de todo el derecho histórico español y presentes aún en nuestra legislación actual, más de veinte siglos después. Si nuestra aportación a la comunidad científica puede, al menos, contribuir a la consolidación de estas convicciones jurídicas que expresan la importancia y la novedad permanente e imperecedera del Derecho Romano para con los ordenamientos jurídicos históricos y actuales, podemos, sin lugar a dudas, darnos por sobradamente satisfechos.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006.

ALBERTARIO, E., “In tema di adozione romana”, en *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934.

Id., “La donna adottante”, en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, XXVIII, Bolonia, 1934,

ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010;

Id., *En torno a la formulación edictal: pacta conventa...servabo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1990;

Id., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1995.

Id., “Obligación de alimentos entre hermanos”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, www.iustel.com, nº 12, junio 2009;

Id., “Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges”, en *RGDR*, nº 11, diciembre 2008;

Id., “De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el

cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos”, en *RGDR*, nº 10, junio 2008;

Id., “Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, *RJUAM*, Madrid, 2007;

Id. “Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes”, en *RGDR*, nº 9, diciembre 2007;

Id. “Alcance de la prestación de alimentos en derecho romano”, en *RJUAM*, Madrid, 2006;

Id., “Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana "iurisdictio voluntaria" -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I-, hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006;

Id., “Algunos principios ya existentes en el proceso romano denominados con criterios modernos y claves actuales. (Denominación moderna: principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, aportación de parte o preclusión). Recensión a la obra de Antonio Fernández de Buján, Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje”, *RGDR*, nº 5, diciembre 2005;

Id., “Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*”, en *Revista General de Derecho Procesal* <http://www.iustel.com>, nº 8, febrero 2006;

Id., “Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano”, *RGDR*, nº5, Madrid, 2005;

Id., “Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de alimentos derivada de una relación de parentesco”, en *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, A Coruña, 2005, págs. 13-37;

Id., “Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de jurisdicción voluntaria.”, en *RGDR*, nº 4, junio 2005;

Id., “La prestación de alimentos entre parientes: introducción y antecedentes como deber moral”, en *Personalidad y Capacidad Jurídica, XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Vol. 1, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 89-106;

Id., “La prestación de alimentos en Derecho Romano: Ascendientes y descendientes”, en *Revista Jurídica de la UAM*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007;

Id., “Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la Regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio”, en *RGDR*, nº 6, junio 2006; Id., “Alimentos y provisiones: Observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9), en *RDUNED* nº 2, 2007;

Id., “La administración provincial, colonial, municipal y la justicia en la Hispania romana (1): especial referencia a la Bética romana, su capital Corduba y los magistrados municipales y órganos con iurisdictio según la Lex Irnitana”, en *RGDR*, nº 7, diciembre 2006;

Id., “La justicia en la Córdoba romana”, Ponencia organizada por la Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, VII Jornadas, *Pasado y presente de la administración de justicia en Andalucía*, Salón de Actos del Palacio de la Merced, Diputación de Córdoba, días 27 y 28 de Noviembre de 2006.

ALEMÁN MONTERREAL, A. M^a., “Los derechos sucesorios del hijo adoptado”, en *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual*, LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

ALONSO CRESPO, E., *Adopción Nacional e Internacional: Panorámica procesal sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, Ed. La Ley, Madrid, 2004.

AMORÓS, P., y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho Romano* (Trad. Francisco de Pelsmaecker e Iváñez), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.

BARBATI, M., *La rilevanza del consensus dell'adottando nell'adrogatio e nell'adoptio*, Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 2000.

BERGMAN, C. G., *Beiträge zum römischen adoptionsrecht*, Edizione anastatica, Studia Juridica LXXX, “L’erma” di Bretschneider, Roma, 1972.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., “La filiación en el pensamiento jurídico romano: *ueritati locum superfore*”, en *Revista General de Derecho Romano* www.iustel.com, nº 3, diciembre 2004.

Id., *El dictamen de un antiguo jurisconsulto (Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti) (En defensa de la mujer casada)*, Dykinson, Madrid, 1999.

BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, “Diritto di famiglia”, Milan, 1963;

Id., *Corso di diritto romano*, Vol. II, “La proprietà”, Parte I, Milan, 1966.

BRAGA DA CRUZ, “Algunas considerações sobre a « perfiliatio », en *Boletín da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1938.

CASSINELLO Y CASSINELLO, J., *Historia de la Patria Potestad en el Derecho Romano, con indicación de las fuentes para el estudio de esta institución en sus diversas épocas*, Universidad Central, Madrid, 1873.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CASTELLO, C., *Sull’età dell’adottante e dell’adottato in diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

COMERCI, G., *Ex amore adoptio*, Rubettino Editore, 2007, pág. 34.

COSENTINI, C., *Per la storia dell'adrogatio libertorum*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1948.

COSTA, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883.

DALLA, D., *Praemium emancipationis*, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1983.

DE FRANCISCI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

DE MARTINO, F., "Famiglia. Diritto romano" en AZARA, A., y EULA, E., (DIR.), *Novísimo Digesto Italiano*, Ed. Utet, Torino, 1957.

DÍAZ-MELIÁN DE HANISH, M.V., "La adopción. Evolución histórica. Los efectos en Roma", en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

DICENTA MORENO, T., “La transmisión del nomen familiae”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.

D’IPOLITO, F., *Forme giuridiche di Roma arcaica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

D’ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953.

Id., *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma, 1986.

FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., “La familia en Roma: entre los “mores maiorum” y la norma escrita”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española 1940-2000*.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, Decimotercera Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2010.

Id., *Derecho Privado Romano*, Tercera edición, Ed. Iustel, Madrid, 2010.

Id., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

Id., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria II*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

Id., “La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones.”, en *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2005, también en *Revista General de Derecho Romano* <http://iustel.com>, nº 5, diciembre 2005.

Id., “El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005”, en *Diario La Ley*, 8 de junio de 2006.

Id., “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *RGDR*, nº 5, diciembre de 2005.

Id., “Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006” I y II, en *Diario La Ley*, 27 y 28 de noviembre de 2006.

Id., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1999.

Id., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

Id., “A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano”, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII pp. 95-134.

Id., “Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano”, *Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457.

Id., “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “Iurisdictio voluntaria”, en D. 1.16.2.pr.”, *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1987, pp. 197-215.

Id., *La Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Id., “La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000”, *Derecho y Opinión*, Córdoba, 2000, pp. 329-342.

Id., “La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias”, *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002, pp. 1997-2036.

Id., “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606.

Id., “Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en *Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano*, <http://www.iustel.com> , PortalDerecho, 2002.

Id., “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, en *Ivra, Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. 54, 2003.

Id., “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, pp. 89-149.

Id., “Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22.

Id., “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa”, *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, pp. 1277-1306 y n.º 37, pp. 1317-1341.

Id., “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro”, *Derecho de los Negocios*, n.º 163, 2004, pp. 5-15.

Id., “Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)”, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004.

Id., “La hora de la Jurisdicción Voluntaria”. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005.

Id., “Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro”, *Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo*, 2005.

Id., “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, *Revista Jurídica de la UAM*, número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez.

Id., “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”, *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2.

Id., “Arbitraje”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, <http://www.iustel.com> , PortalDerecho, 2002.

Id., “Carácter contractual del arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004.

Id., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1984.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *La vida, principio rector del derecho*, Madrid 1999.

Id., *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en derecho romano*. Madrid 1995.

Id., “Ius naturale. Fundamenti di diritto europeo”, en *Lezioni I. Quaderni di Archivio Giuridico I. Occasione dei 140 anni della Rivista*, 2008.

Id., “Un apunte sobre el concepto del derecho en relación con la ley”, en *Revista General de Derecho Romano (RGDR)* www.iustel.com , nº 11, Madrid, 2008.

Id., “La protección a la vida y el derecho”, en *RGDR*, nº 10, Madrid, 2008.

FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989.

Id., “El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y “*adoptio imitatur naturam*”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1989, nº2.

FUENTESECA, M., “Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del *paterfamilias*?”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978.

GAMBÓN ALIX, G., *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, Dykinson, 1989.

GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del minor viginti quinque annis en Derecho Romano*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

GAUDEMET, J., “Formes et fonctions de l’adoption dans le monde antique”, en *Estudios de Derecho Privado y Penal romano, feudal y burgués*, Orlandis 70, Barcelona, 1988.

GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción, Ley 21/1987, Comentarios*, Dykinson, Madrid, 1991.

GÓMEZ RUIZ, C., “Adopción. Disolución del Matrimonio”, en *Base de conocimiento Jurídico. Derecho Romano*, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2001-2006.

GONZÁLEZ POVEDA, B., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y formularios*, Aranzadi, Madrid, 1997.

HERNÁNDEZ, F., y TEJERO, J., *Derecho Romano*, Ed. Escelicer, Madrid, 1959.

HERRERA CAMPOS, R., “La filiación”, en Francisco Javier Sánchez Calero (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

KOSCHAKER, P., “Adoptio in fratrem”, en *Studi in honore di Salvatore Riccobono*, 1974,

KURYŁOWICZ, M., *Die Adoptio im klassischen römischen recht*, Studia Antiqua, Warszawa, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.L., Y OTROS, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

LEMOSSE, M., “L’adoption d’Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil », en *Studi in onore di Emilio Albertario I*, 1953.

LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol I., 1992.

LEVY-BRUHL, “Le consortium artificiel du nouveau Gaius”, en *Atti del IV Congr. Int. di papirologia*, Florencia, 1935.

LOBRANO, G., *Pater et filius eadem persona. Per lo Studio della patria potestas*, Giuffrè Editore, Milano, 1984.

MIGLIORINI, M., *L’adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio romano*, Università degli studi dell’Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

MIQUEL, J., en *Instituciones de Derecho Privado Romano*, PPU, Barcelona, 1986.

Id., *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987.

MONIER, R., “A propos de l’”adoptio plena” du droit de Justinien”, en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1935.

MORDECHAI RABELLO, A., *Effetti personali della “patria potestas”*. Dalle origini al periodo degli Antonini, A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

MORENO FLOREZ, R. M., *Acto Constitutivo de la adopción*, Ed. Colex, Madrid, 1985.

MORENO QUESADA, “La tutela de los hijos adoptivos”, en *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965.

OLIVER SOLA, M.C., *Tres modelos de reinserción familiar*, Editorial Popular, Madrid, 1991.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano y su práctica a través del Código Civil*, Ed. Del Genal, Málaga, 2004.

Id., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006.

OTERO VALERA, A., “La Adopción en la Historia del Derecho Español”, en *Dos Estudios Histórico-Jurídicos*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español,

Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1955.

PAPPENHEIM, “Ueber künstliche Verwandtschaft”, en *ZRG*, 29, págs. 308 y ss.

PENDÓN MELÉNDEZ, E., “Cuestiones sobre la *adoptio minus plena*”, en Ramón López-Rosa y Felipe del Pino Toscano (Eds.), *El Derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Adopción, Acogimiento, Tutela y otras instituciones de protección de menores*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.

PEROZZI, “Tollere Liberum”, en *Studi Onore V. Simoncelli*, Napoles, 1915.

PIÑAR LÓPEZ, B., *La adopción y sus problemas jurídicos*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de enero de 1950, Editorial Reus, Madrid, 1954.

PITZORNO B., *L'adozione privata*, Unione Tipografica Cooperativa, Perugia, 1914.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela*, Tomo IV, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

PREVOST, M. H., *Les adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, París, 1940.

RASCÓN GARCÍA, C., *Manual de Derecho Romano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

RESINA SOLA, P., “El estudio del Derecho de Familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)”, en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española 1940-2000*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2001,

RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1978.

Id., *La adopción: Bases para una normativa vigente en España a partir de la experiencia histórica y del derecho comparado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1975

Id., “La intervención judicial en materia de adopción a partir de la ley de 1987”, en LÓPEZ-ROSA, R., y del PINO-TOSCANO, F., *El Derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

Id., “La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo”, en PERIÑÁN GÓMEZ, B (COORD.), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ NEILA, J.F., y MELCHOR GIL, E., (Eds.), *Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de occidente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

ROMANO, A., “<<Tollere liberos>>: uomo, donna e potere”, en *Sodalitas*, Scritti A. Guarino, II, Jovene E., Napoli, 1984

RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politicosociali in età repubblicana ed imperiale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990;

Id., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Pubblicazioni della Facoltà de Giurisprudenza della Università de Messina, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

SALLER, R., “I rapporti di parentela e l’organizzazione familiare”, en MOMIGLIANO, A., y SCHIAVONE, A., *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989.

SCHUPFER, “L’adozione privata. Dal mondo dei sogni”, en *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*, Milán, 1915.

VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.

WIEACKER, F., “Zum ritual der adoptio”, en *Eos*. XLVIII, 1, Ossolineum, Vratislaviae, 1956.

