CUESTIONES SOBRE LA *ADOPTIO MINUS PLENA*

ESTHER PENDÓN MELÉNDEZ
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

1. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ADOPCIÓN

Cuando se analizan los métodos a través de los cuales es posible entrar a formar parte de una familia, las fuentes se refieren, en primer lugar a la forma *aut natura aut iure*, es decir, de modo natural y por medio del nacimiento en justas nupcias (*natura*); en segundo lugar, se puede llegar a ser miembro de un grupo familiar, en virtud de ciertos actos jurídicos como la *conventio in manu* o la adopción[1]. La doctrina se manifiesta casi unánime al afirmar que la expresión *adoptio* acoge en su seno un significado mucho más extenso del que aparentemente, nos pueda parecer[2]

En términos muy genéricos la adopción puede conceptuarse como la inclusión voluntaria, por parte del padre de familia de un extraño o *extraneus* (cognado o no), en el seno familiar como si fuese un *filius familia*, a través de determinados actos jurídicos. En otras palabras, puede definirse como una institución que crea artificialmente la *patria potestas*, propiciando que una persona *alieni iuris* pueda ingresar en una familia quedando sometido a la *potesta* como un *filius familias* y como si fuese un hijo o un nieto[3].

La adopción de manifiesta de dos formas diversas durante toda la época clásica, a través de la *adrogatio* y de la *adoptio*. Detengámonos brevemente en cada una de estas dos instituciones[4].

1.2. LA ADROGATIO

La arrogación consiste en la adopción de una persona *sui iuris* que junto a todos los sujetos dependientes de su potestad, ingresa en el seno familiar de

[1] *Vid.* KASER, *La famiglia romana arcaica*, en *Conferenze romanistiche*, Trieste, 1950, págs. 40 y ss.

[2] *Vid.*, entre otras, las opiniones de BAUDRY, en *Daremberg-Saglio*. Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d´après les textes et les monuments, GRAZ-AUSTRIA, 1877, voz "*adoptio*".

[3] *Vid.* GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 1948, voz "*Adoptio*".

[4] Obviaremos otros tipos de instituciones relacionadas con la adopción como la *adoptio testamentaria* cuyo análisis se aleja en exceso del objeto de nuestro estudio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

aquella cuyo *pater familias* la acoge[5]. El motivo último de esta institución parece hallarse en la intención de evitar la extinción de la familia adoptante[6].

Tres fueron los modos sucesivos a través de los cuales tuvieron lugar las arrogaciones; en primer lugar, ante los comicios curiados; en segundo lugar, ante treinta lictores cuando éstos representaban la antigua función de las asambleas; y en tercer lugar, por rescripto imperial[7]. La *adrogatio per populum* constituía la fórmula originaria de realizar las arrogaciones. Esta ceremonia, tenía lugar una vez que el colegio pontificial revisaba el caso y estimaba adecuado el ingreso de una persona *sui iuris* en el seno familiar del arrogante. Previamente los comicios curiados habían llegado a un acuerdo, sometiendo al criterio del Pontífice Máximo la decisión final sobre dicha arrogación[8]. Aunque en época pagana subsistió el control ejercido por el Colegio de Pontífices desaparecieron los comicios curiados de modo que las formas referentes a la arrogación cambiaron llevándose a cabo ante treinta lictores que, en realidad, simbolizaban a las antiguas curias. Además, los cambios se operan respecto del fondo y comienza a exigirse concordancia entre las declaraciones de las partes[9]. La *adrogatio per rescriptum principis* fue una institución originada en época imperial y a favor de las mujeres que, dado que no podían acudir a los comicios (ni ante los lictores que los sustituyen en estas funciones) tampoco podían ser arrogadas[10]. De esta forma, y previa solicitud de los interesados, se concedía rescripto imperial que otorgaba la posibilidad de arrogar. Esta decisión imperial producía los mismos efectos que aquella que se llevaba a cabo ante las asambleas[11].

1.3. La ADOPTIO *en época clásica.*

Como se adelantaba unas líneas más arriba, la adopción en sentido estricto tiene lugar en los supuestos en los que el *pater familias* incluye dentro del ámbito familiar a una persona *alieni iuris* a la cual se le atribuye la condición jurídica y familiar de un *filius familia*[12]. Creada por la jurisprudencia cautelar de época republicana, la doctrina advierte que esta institución no fue un acto menos artificial que la *adrogatio*[13].

[5] *Vid.* GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, op.cit., voz " *Adrogatio*".

[6] *Vid.*, entre otros, BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1972, págs. 554 y ss. Por tanto, la función de este tipo de adopción dista de las causas modernas de esta institución que se regía, e este aspecto, por el espíritu dominante en época primitiva entre los romanos.

[7] *Vid.* D.1,7,2.

[8] *Vid.*, en este sentido, G.1,98 y ss. Esta institución desapareció en el siglo IV de nuestra era.

[9] *Vid.* VOCI, *.cit.*, pág.556.

[10] *Vid.* GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, op.cit., voz, "*Adrogatio per rescriptum principis.*

[11] *Vid.*, en este sentido, C.8,47,2,1.

[12] *Vid.* KASER, *Derecho Romano Privado*. Versión Directa de la quinta edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1982, pág. 282.

[13] *Vid.* SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pág.139.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

La adopción tenía lugar a través de determinados actos jurídicos que hallaban su origen en las XII tablas entre cuyas normas se encontraba prevista la posibilidad de que un hijo de familia restase libre del poder paterno en el supuesto de que el *paterfamilias* hubiera procedido a la venta de dicho hijo tres veces consecutivas[14]. Posteriormente, en el periodo clásico, esta circunstancia dio lugar a una ceremonia jurídica a través de la cual se procedía a realizar la adopción en virtud de dos actos formales seguido el uno del otro: el primero de ellos consistía en la salida oficial de su familia de origen del hijo que ulteriormente sería adoptado, o lo que es lo mismo, debía operarse la extinción de la *patria potestas* ejercida hasta ese momento sobre el mencionado *filius familia*; el segundo de aquellos actos, pretendía el ingreso del futuro adoptado en el nuevo núcleo familiar que lo acogía.

Los actos formales de la adopción, se llevaban a cabo a través de las formalidades previstas para realizar una emancipación y que (como se acaba de adelantar) se hallaban disciplinadas en las XII tablas. De esta forma, la *adoptio* comenzaba con la triple venta[15] del hijo por *mancipatio* (y con el *pactum fiduciae* de manumitirlo) y de acuerdo con el principio *si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*[16]. Así pues, el adquirente (adoptante) concedía al *filius* la libertad después de la primera y la segunda *mancipatio* sirviéndose para ello de la *manumissio vindicata*, de este modo, el hijo quedaba nuevamente sometido a la potestad de su originario *pater familias*. Posteriormente, y solamente después de la tercera mancipación, se extinguía la *potestas* originaria[17]. A continuación, tenía lugar una *in iure cessio* a través de la cual el adoptante (o *adoptans*) reclamaría al futuro adoptado (o *adoptandus*) como hijo suyo. De este modo, el *adoptans* declaraba ante el pretor, la adquisición de su nuevo poder paterno. De otro lado, la parte contraria se abstenía de realizar declaración alguna sobre su originaria potestad, lo cual propiciaba que el magistrado, a través de la *addictio*, adjudicase el *filius* al nuevo *pater familias*[18].

De todas las formalidades referidas para proceder a las adopciones, nos informa Gayo en sus Instituciones[19]:

[14] Independientemente, la adopción podía tener lugar ante los comicios, sin embargo, este tipo de *adoptio* que se realizaba en época preclásica no será analizado en este breve análisis.

[15] *Vid.* SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pág.139.En el caso de que el *adoptandus* fuese una hija o un nieto, solamente era necesaria la realización de una venta; KASER, op.cit., pág. 282.

[16] *Vid.* XII Tablas, IV,2.

[17] *Vid.*, entre otros, IGLESIAS, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Barcelona, 1994, pág.472; KASER, *op.cit.*, pág. 282.

[18] *Vid.* KASER, *op.cit.*, pág. 282. Explica el autor, que en la antigüedad las adopciones también se realizaban respeto de los esclavos con una *manumissio vindicta*. Durante el periodo postclásico se llevaba a cabo a través de documentos escritos.

[19] Además de este fragmento de las Instituciones es posible hallar otro fragmento en el Digesto (D.1,7,2 pr), en el que también Gayo diferencia dos formas generales para llevar a cabo la adopción; en primer lugar, mediante la autoridad del Príncipe (para la arrogaciones); en segundo lugar, por medio del imperio del magistrado (para las adopciones).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

> G.1,134: *Preterea parentes etiam liberos in adoptionem datos in potetate habere desinunt. et in filio quidem, si in adoptionem 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, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adptat, apud quem in tertia mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari...*

A juicio de Schulz, en una hipótesis como esta, la jurisprudencia tardía romana sólo hubiese exigido la realización de una *in iure cessio*, sin embargo, los juristas de la época antigua estimaron necesaria la utilización del Código Decemviral para anular la sagrada *patria potestas*[20].

Respecto de las formalidades procesales exigidas para proceder a la realización de todos estas actuaciones, puede afirmarse que las partes debían presentarse ante el magistrado (*in iure*), el cual solía ser el Pretor, si se trataba de Roma, o un gobernador si la adopción tenía lugar en una provincia, de modo que una vez llevada a cabo la tercera emancipación el adoptante declaraba: *Aio hunc hominem esse filium meum*. De esta forma, sólo restaba que el magistrado pronunciara la adición de la propiedad típica de la mancipación a quien correspondiese, es decir, al adoptante. Este procedimiento que en realidad era ficticio, se denominaba de forma específica *cessio in iure* y procedía del *imperio magistratus*[21]. Como pone de manifiesto A.Fernández de Bujan, la adopción es uno de los actos más comunes pertenecientes a la Jurisdicción Voluntaria y se halla entre las potestades reconocidas a los magistrados provistos de *imperium* y que ejercían actos correspondientes al ámbito de la *legis actio*[22].

Por otra parte ha de añadirse, como advierte Biondi, que la persona del adoptado no interviene si no es con su presencia física en ninguna de las actuaciones formales de todo el proceso y, por tanto, queda excluido de cualquier tipo de manifestación de voluntad o consentimiento[23].

Respecto de los efectos jurídicos, puede afirmarse, en primer lugar y de modo genérico que una vez que la persona adoptada entraba a formar parte de la familia adoptante adquiría para sí todos los derechos hereditarios que le hubiesen correspondido de haber nacido de forma natural en dicha familia y, por tanto, adquiría los caracteres gentilicios, agnaticios y familiares de su nuevo grupo[24].

[20] *Vid.* SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pág.139.

[21] Vid. BAUDRY, en *Daremberg-Saglio*, voz "*Adoptio*"..., op.cit.

[22] Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986, pág.34. El autor, que a su vez pone relieve la opinión de algunos sectores doctrinales como el que se halla encabezado por Gonnet, afirma que en el ámbito de la mencionada *legis actio* del magistrado pueden incluirse además otros actos que pertenecen asimismo a la Jurisdicción Voluntaria, como la posibilidad por parte del magistrado de manumitir ante sí mismo y como la opción de emanciparse ante sí mismo y emanciparse él mismo.

[23] *Vid.* BIONDI, op.cit., pág. 558.

[24] *Vid.* BAUDRY, en *Daremberg-Saglio*..., op.cit., voz, "*Adoptio*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

Así, en primer lugar, la adopción produce la adquisición de una *potestas* nueva, de modo que da lugar, también, a la extinción de la potestad correspondiente a su familia originaria. Paralelamente, sin embargo, permanecen en el *status familiae* del adoptado algunos condicionamientos jurídicos propios de la familia natural. Así por ejemplo, las relaciones jurídicas de carácter público restan al margen de la adopción y prácticamente lo mismo sucede con el cambio en los apellidos, cuya variación trata de evitarse frecuentemente. Además, se comienza a exigir como requisito fundamental que el adoptante sea *maior natu*, es decir mayor que el adoptado[25].

Sin embargo, como expresa la doctrina y en cuanto a la capacidad del adoptado no se experimentan cambios después de la adopción, dado que la persona que parte de su familia originaria e ingresa en una nueva sigue manteniendo la condición de *alieni iuris*[26].

2. La adopción en época justinianea

Durante el periodo justinianeo, la *adoptio* no volverá a producir algunos de los efectos jurídicos que hasta entonces habían sido comunes[27] además, se producirán diversas consecuencias a partir de su evolución desde época clásica hasta la justinianea y es que, respecto de esta institución, se operan tantos cambios que algunos de ellos no han llegado a conocerse en profundidad[28].

Explica Nardi que después de dos siglos y medio de silencio imperial respecto de la adopción, Justiniano, a través de dos Constituciones, trata de regular algunas cuestiones referentes a la *adoptio*; la primera, de gran extensión, sobre el fondo de la institución; la segunda, algo menos extensa, sobre la forma y los modos de llevarla a cabo. Entre la publicación de una y otra, el emperador dejó correr un intervalo de dos meses[29].

Lavaggi, pone de manifiesto en un profundo estudio sobre algunos problemas de terminología referentes a estas instituciones, que Justiniano al exponer las normas que regulaban la *adoptio plena* y *minus plena* se contentó innovando decisivamente la disciplina de la *arrogatio* añadiendo algunos aspectos respecto de la adopción que, al menos aparentemente, no poseían la mayor relevancia[30].

[25] Vid. IGLESIAS, *Derecho Romano...*, op.cit., pág.472. Según el autor, la influencia de la cultura helénica en la cual no existía patria potestad tal como era entendida por los romanos, determina de modo relevante el nuevo concepto de esta institución.

[26] *Vid.* BIONDI, *Istituzioni...*, op.cit., pág. 558.

[27] En esta época, por ejemplo, el adoptante no siempre adquirirá la patria potestad sobre el adoptado.

[28] *Vid.*, al respecto la opinión de LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano. Adrogatio plena* e *minus plena*, en *SDHI*, 1946, págs.45 y ss.

[29] *Vid.* NARDI, *Giustiniano e l'adozione* en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, III, Madrid, 1988, pág. 1947.

[30] Vid. LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano. Adrogatio plena e minus plena*, en *SDHI*, XII,1-2,1946, pág. 54.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

Uno de los cambios más característicos producidos respecto de esta institución durante la época que ahora nos ocupa y en cuanto a la forma, consistió en el hecho de que se hacen desaparecer las ceremonias y las rígidas formalidades exigidas en épocas previas. De modo general, puede afirmarse que el proceso se redujo a la comparecencia de las partes y la declaración de los interesados ante el magistrado competente. Se incorpora, además otra novedad, dado que el adoptado debía hallarse presente y consentir en el propio acto de la adopción. Veamos separadamente en qué cauces deriva esta institución[31].

La ADOPTIO PLENA

Durante el periodo justinianeo prevalecen dos tipos singulares de adopciones, nos referimos a la *adoptio plena* y a la *adoptio minus plena*. A este respecto advierte Biondi que aunque en algunas fuentes se hable de *adrogatio*, en realidad se trata de una cuestión de terminología que determina que permanezca esta última la expresión, sin embargo, continúa el autor, respecto de los efectos debe hablarse de *adoptio*[32].

La adopción plena, tenía lugar en los supuestos en los que el adoptante no era otro que un ascendiente paterno o materno del adoptado. Este tipo de institución, producía los mismos efectos que la *adoptio* llevada a cabo durante la época clásica, sobre todo porque el adoptado entraba a formar parte del grupo familiar en el que ingresaba quedando desligado jurídicamente de su familia de origen y sometiéndose a la *patria potestas* del nuevo *pater familias*, así parece extraerse de las fuentes cuando se afirma:

> IJ.1,11: *...Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno; vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno vel proavo simili modo materno vel paterno filium suum dederit in adoptionem: hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis iura, manet stabili ius patris adoptii, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit.*

Por tanto, es sólo este tipo de *adoptio* la que produce un cambio en el *status familiae* del adoptado y, de este modo, afecta a su *capitis deminutio minima*, de forma que el adoptante ejercerá la *patria potestas* sobre el *alieni iuris*.

[31] *Vid.* BAUDRY, en *Daremberg-Saglio...*, op.cit., voz *Adoptio*.

[32] *Vid.* BIONDI, *Istituzioni...*, op.cit., pág.558. A este respecto, *vid.*, también con mayor profundidad, el estudio de LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano. Adrogatio plena e minus plena*, en *SDHI*, 1946, XII, 1-2, págs.45 y ss. El autor reproduce la mayor parte de los textos que se refieren a estas instituciones clasificando aquellos que se refieren a la adopción y distinguiéndolos de aquellos que se refieren a la arrogación.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

La adoptio minus plena

La segunda forma en la que tiene lugar la adopción durante esta época, carece por completo de los efectos jurídicos que hemos examinado con anterioridad. En realidad, tanto la forma como el fondo de la institución o las consecuencias previstas para este tipo de *adoptio* constituirían una gran novedad jurídica. Siguiendo a Manresa y Navarro, puede afirmarse que Justiniano actuó bajo el impulso de un nuevo sentimiento natural de familia e introdujo en la institución de la adopción algunas innovaciones que supondría el preludio de su estructura y también de su función moderna[33].

La adopción posee nuevas características durante este periodo dado que Justiniano pretende innovar *ex imis fundamentis* la adopción, cosa que logra hacer con una clara tendencia a transformarla en una institución que responda a las nuevas exigencias sociales y familiares que propician la consideración hacia aquellos que, por diferentes circunstancias (físicas o de otra índole), no pudieron tener hijos, o bien hacia quienes (aún pudiendo procrear) desean integrar de algún modo en el seno familiar a menores para que éstos continúen la sucesión familiar tanto respecto del patrimonio como en cuanto a los apellidos[34]. Por ello, el emperador en la primera de las Constituciones que regulaban la adopción, se refiere a un tipo de *adoptio* que haría posible que la *patria potestas* del hijo adoptivo restase en el padre natural de éste[35].

La *adoptio minus plena* no incorporaba (al menos físicamente) a un *alieni iuris* en un grupo familiar ajeno, antes al contrario, este tipo de adopción, aún llevándose a cabo por un extraño implicaba que el adoptado permaneciese en su familia de origen conservando de ella cada uno de los derechos que le correspondían, sin embargo, a través de la *adoptio minus plena*, el menor adquiría además los derechos sucesorios *ab intestato* una vez que había fallecido el adoptante[36]. Por tanto, como afirma Serafini, el emperador reservó la posibilidad de que el adoptante adquiriese la patria potestad sobre el adoptado, cuando la adopción se llevase a cabo respecto de un descendiente, sin embargo, en las hipótesis en las que se adoptase un extraño, la patria potestad restaría en manos del padre biológico (o en su caso del *pater familias* de su familia de origen)[37].

Según algunos sectores doctrinales la causa fundamental que determina la creación de este tipo de adopción lo constituye el hecho de que durante aquél periodo era frecuente que los padres adoptantes emanciparan con demasiada

[33] *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español, Tomo II*, Madrid, 1957, pág. 107.

[34] *Vid.* LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano. Adrogatio plena e minus plena*, en *SDHI*, XII, 1-2, 1946, pág.45.

[35] *Vid.* NARDI, *Giustiniano e l'adozione...*, *op.cit.*, pág. 1497. El autor reproduce y traduce casi por completo las dos Constituciones Imperiales que regulan detalladamente la *adoptioplena* y la *minus plena*.

[36] *Vid.*, en este sentido, HUALDE, *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Pamplona, 1979, pág. 24.

[37] *Vid.*, con mayor profundidad, SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano,* Tomo II, Barcelona, 1911, págs. 297-298.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

frecuencia a sus hijos adoptivos de modo que el adoptado se hallaba en una situación jurídica en la que no conservaba ni los derechos sucesorios correspondientes a su familia de origen ni tampoco los que le hubiesen sido atribuidos por su nueva familia. Para evitar estas consecuencias, Justiniano ideó una institución relativa a la adopción a través de la cual el *alieni iuris* se viese perjudicado lo menos posible[38].

En cuanto al modo a través del cual se lleva a cabo la *adoptio*, hemos de mencionar a Gayo quien distinguía desde épocas previas dos formas generales: en primer lugar, mediante la autoridad del Príncipe; en segundo lugar, por medio del imperio del magistrado. Recordemos también que la primera de estas fórmulas era utilizada para proceder a las arrogaciones o a las adopciones de sujetos *sui iuris*. A través del *imperium* del magistrado, afirmaba el jurista, se realizaban las adopciones de los sujetos que se hallan bajo la potestad de un ascendiente[39]. Pues bien, en época justinianea y en lo que respecta a la forma, el emperador suprime la necesidad de la triple emancipación para realizar la *adoptio minus plena*, además, como se acaba de adelantar, el magistrado competente será el encargado de llevar a cabo la adopción a través de los poderes que le han sido conferidos[40].

Algunas de las nuevas consecuencias jurídicas previstas para esta institución son descritas por Justiniano del siguiente modo:

> IJ.11,2: *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patr naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura iura 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.*

Por tanto, explica el emperador en sus Instituciones que cuando un padre natural entrega a su hijo en adopción a una persona extraña, este adoptado no pierde los derechos que le hubiesen correspondido de su familia originaria y de no haberse producido la adopción. Además, este *filius familias* no se hallaría bajo la *potestas* del padre adoptivo, sin embargo, adquiría de él y a partir de la adopción derechos de sucesión *ab intestato*[41].

Por tanto, la nueva disciplina justinianea establece una serie de consecuencias y requisitos distintos respecto de aquellos establecidas en el periodo clásico así, en primer lugar, el adoptante no adquiere la *patria potestas* sobre el adoptado, ni tampoco derecho alguno sobre sus bienes[42]. En segundo lugar, el

[38] *Vid.*, HUALDE, *La adopción...*, *op.cit.*, pág. 24. El autor a su vez cita a PASTOR Y ALVIRA, *Manual de Derecho Romano*, Madrid, 1914, pág.75.

[39] *Vid.* D.1,7,2 pr.

[40] En general, se excluye la triple venta para los dos tipos de adopción creados en el periodo justinianeo.

[41] En este mismos sentido, *vid.*, también BAUDRY, *op.cit.*, voz "*adoptio*".

[42] En este sentido cabe afirmar que las mujeres podían adoptar, dado que no ejercían potestad alguna. *Vid.*, en este sentido y con mayor profundidad, la opinión de RUSSO RIGGERI, *Ancora sulla donna adottante* en LABEO,36, 1990,1, págs.57 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

adoptado no pierde los derechos sucesorios correspondientes a su familia de origen. En tercer lugar, se establece la necesidad del consenso con el adoptado, de modo que, para que la adopción sea lícita, se requerirá su consentimiento[43]. En cuarto lugar, se requiere que el adoptante sea mayor que el adoptado, al menos dieciocho años[44].

Paralelamente a la disposición de estos efectos y requisitos, se establecen también algunas limitaciones para llevar a cabo la adopción, así, en primer lugar (como se acaba de adelantar), la edad, dado que no pueden adoptar personas que no tengan al menos dieciocho años más que el adoptado, en segundo lugar, no pueden adoptar los castrados y, en tercer lugar, no puede volverse a adoptar a una persona por segunda vez y por la misma persona que lo dio en adopción o emancipado[45].

Puede afirmarse siguiendo a Biondi, que algunos de los requisitos exigidos en esta época provenían de la época clásica y de la propia arrogación y que, en términos muy generales, Justiniano se inspira en el siguiente criterio *adoptio imitatur naturam*[46], es decir, la adopción debe inclinarse a crear una relación familiar similar a la que se consideraba como natural, más que a la vieja jefatura política y agnaticia[47].

Además, otros principios del periodo clásico rigen la nueva disciplina de la adopción dado que se permite, como había sido habitual, que pudiesen llevar a cabo una *adoptio* las personas *qui generare non possunt*, es decir las que no podían engendrar[48].

Según Arias Ramos, las influencias provinciales determinaron en gran medida que este régimen de adopción se extendieran hacia Roma y, posteriormente por todo el Imperio y es que, según su opinión, en las provincias orientales se hizo frecuente, a pesar de las prohibiciones imperiales, un modo especial de *adoptio per tabulas* o *per tabellionem* que consistía no en una adquisición de la *patria potestas* por parte del adoptante sino en una cesión de este último de derechos de asistencia y de sucesión *mortis causa*[49].

Lo cierto es que la Codificación posterior recogería siglos después esta clasificación de la *adoptio* y, por tanto, dicha organización ha estado vigente en nuestros ordenamientos durante un periodo no muy lejano hasta que, como

[43] Si bien debe tenerse presente que dicho consentimiento al menos se requería de forma pasiva y con la simple abstención del adoptado que con su silencio dotaba de eficacia jurídica a la adopción.

[44] Justiniano afirma en I.1,11,4, que se consideraba "monstruoso" que el adoptante fuese menor que el adoptado.

[45] Vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, 18ª edición, Madrid, 1990, págs. 736-737.

[46] Este principio inspirado en las obras de Cicerón (*Pro Domo*, 14).

[47] *Vid.* BIONDI, *op.cit.*, pág. 559.

[48] *Vid.* G.1,103.

[49] *Vid.*, en este sentido, ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Cuarta Edición, Madrid, pág. 458, en nota al pie. Téngase presente, sin embargo, que la adopción sufre una gran transformación con la reforma de mil novecientos ochenta y siete.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

afirmaba Hualde, entró en vigor la legitimación adoptiva que posteriormente dio lugar a la adopción plena muy similar a la *adoptio plena* justinianea[50].

Son, sin duda, algunas de estas circunstancias (además de requisitos como el consentimiento del adoptado o la edad exigida al adoptante), las que han hecho suponer a un gran sector doctrinal 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[51].

Antes de que la mencionada regulación civil sufriera una gran reforma[52] y hasta el año 1987, el Código Civil distinguía aún entre la adopción plena y simple tal como hiciera Justiniano tantos siglos antes[53]. A partir de aquél cambio legislativo no se vuelve a distinguir entre ambos tipos de instituciones dado que la mencionada reforma implica entre otras cuestiones que una vez que tenía lugar una adopción se rompieran definitivamente cualquier tipo de vínculo jurídico con la familia originaria. Pese a ello, con carácter previo a la Ley 21/1987 de reforma del Código Civil se establecía entre otras cuestiones, que para adoptar se requería la aprobación del juez con la intervención del Ministerio Fiscal[54]. Nosotros nos detendremos en algunos aspectos jurídicos correspondientes a la normativa vigente y la inmediatamente anterior que hemos considerado más relevantes sin entrar a determinar cuáles son las diferencias y las connotaciones jurídicas que distinguen a ambos tipos de adopción la moderna y la clásica[55].

Como se acaba de adelantar hasta el año mil novecientos ochenta y siete subsistía en el Código Civil español la clasificación entre ambos tipos de adopción. Veamos algunos aspectos concernientes a la adopción simple de entonces acordes con la normativa creada por Justiniano.

La primera cuestión que llama poderosamente nuestra atención lo constituye el hecho de que el artículo 172 del Código, anterior a la reforma, diferencia claramente entre adopción plena y simple afirmando que la segunda podrá transformarse en la primera de producirse los requisitos generales de la adopción. Posteriormente se precisan los requisitos generales para que se produzca una adopción plena y no es hasta el artículo 180 donde nuevamente la norma-

[50] *Vid.* HUALDE, *La adopción...*, op.cit., pág. 24.

[51] *Vid.*, entre otros la opinión de ARIAS RAMOS, *Derecho Romano...*, *op.cit.* pág. 458. Insistimos el autor se refería a la regulación vigente en aquél momento que, respecto de la adopción, era sustancialmente diferente a la que rige actualmente.

[52] Previamente dicha normativa había sido reformada en el año mil novecientos ochenta y uno, sin embargo, no nos detendremos en cada uno de los cambios experimentados por la regulación de la adopción y nos centraremos en algunas de las similitudes que poseía la *adoptio* justinianea con la actual.

[53] Esta afirmación debe tomarse con la precaución que ello requiere y es que ambas instituciones, la moderna y la antigua, poseen diferencias sustanciales.

[54] Lo que podría entenderse(con la debida cautela) como algo muy similar al requisito previsto por JUSTINIANO que exigía la intervención del magistrado competente.

[55] Se trata, insistimos una vez más, de un breve estudio, que no nos permite analizar la materia con la profundidad que ello merece.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

tiva se refiere a la adopción simple. En esta ocasión son detalladas las condiciones precisas para que se lleve a cabo una adopción simple. Por tanto, la primera conclusión que puede extraerse de la regulación que afectaba a esta institución es sin duda, la falta de un concepto que defina de modo preciso que deba entenderse por "adopción simple". De este modo, hemos de acudir a la utilización de diversos comentarios del Código Civil u otras fuentes como diccionarios jurídicos, o bien, a la deducción de una noción a través de la enumeración de los requisitos.

Respecto de esta primera cuestión sobre el concepto de adopción simple, puede ponerse de manifiesto, como lo hacía gran parte de la doctrina de aquella época, que éste es el aspecto más impreciso referente a la adopción tal como se hallaba regulada entonces[56]. Para hallar un concepto y una solución, los estudiosos de aquel momento se dirigieron a las fuentes romanas. Así es, sólo entonces se acierta a comprender como ya en Roma era posible que un sujeto adquiriese para sí derechos sucesorios de otra persona que, inicialmente, era extraña a su familia natural. Este régimen jurídico, continúa la doctrina, pasó íntegramente a la Codificación y también a nuestros sistemas forales. De esta forma, permaneció en nuestra legislación hasta el año 1987, un tipo de adopción denominada "menos plena" que confería al adoptado derechos sucesorios en la hipótesis de que el adoptante muriera sin dejar testamento[57]. De todo ello puede deducirse la idea de que si este tipo de institución proviene del antiguo Derecho Romano y dado que los códigos posteriores no conceptúan la adopción simple hemos de remitirnos a la definición establecida por Justiniano tratando de acercarnos a un concepto genérico afirmando que la adopción simple es un instituto jurídico a través del cual un sujeto puede otorgar a otro que no pertenece a su familia natural derechos sucesorios en caso de que se produzca una sucesión *ab intestato*, creándose de este modo cierto parentesco entre adoptante y adoptado simplemente. Estos derechos establecidos a través de la *adoptio minus plena* o adopción simple, sin embargo, ocupan una posición secundaria, dado que sólo se anteponen a los colaterales[58].

Independientemente de las condiciones generales previstas para la adopción general el primer aspecto que se plantea referente a la adopción simple es si existe o no cambio y de apellidos y el orden establecido para éstos. Respecto de esta cuestión el Código Civil vigente hasta el año 1987 resuelve con un criterio bastante elástico y deja la solución de dicho problema en manos de los interesados. Con anterioridad, sin embargo, se imponía un criterio diferente

[56] *Vid.* CASALS, *Nueva enciclopedia jurídica*, Voz " Adopción" Barcelona, 1950. Que a su vez expone los criterios de autores como, CASSO, CASTÁN, NAVARRO AMANDI, SÁNCHEZ ROMÁN, amén de algunas sentencias del Tribunal Supremo correspondientes a la época.

[57] *Vid.* CASALS, *Nueva enciclopedia jurídica...*, *op.cit.* Para llegar a estas conclusiones el autor se basa en la opinión de GLÜCK.

[58] *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil de ALBADALEJO*, 1982, art. 180.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089

obligando al adoptado a conservar los apellidos de su familia natural junto con los del adoptante. Sin embargo, a partir de mil novecientos cincuenta y siete se admitió expresamente la posibilidad de anteponer el primer apellido del adoptante a los de la familia de origen del adoptado[59].

En último lugar, el Código Civil establecía dos cuestiones referentes a la los derechos sucesorios, los derechos legitimarios y el supuesto de la sucesión *ab intestato*. Así, en primer lugar se optaba por no conceder derechos legitimarios respecto del adoptante y también del adoptado. En segundo lugar, se atribuía una posición secundaria a ambos sujetos en la sucesión *ab intestato* anteponiéndoles en el orden sucesorio a los parientes colaterales.

En realidad, esta regulación suponía una disminución de los efectos en comparación con la normativa correspondiente 1970, de modo que en cuanto a la adopción simple el Código Civil se remitía de modo parcial a la redacción originaria de la institución derivada de la reforma legislativa llevada a cabo en 1958. De este modo, explicaba Bercovitz, ni el código Civil de 1889 (art.170) ni en el de 1958 (art.180) atribuían la legítima al adoptado, sin embargo, existía excepcionalmente la posibilidad de introducir pactos sucesorios en la escritura de adopción. Pese a ello, insistimos en que en el Código Civil vigente hasta el año 1987 esta última posibilidad examinada desapareció dado que la normativa se refería expresamente a esta materia prohibiéndola con carácter general en el artículo 1271 del referido Código. Paralelamente, sin embargo, se introduce la sucesión *ab intestato* que trata de compensar de alguna manera la situación jurídico del adoptado bajo la forma *minus plena* o simple. Para Bercovitz, la legislación anterior supone un cambio y una disminución de efectos jurídicos beneficiosos para el adoptado, visto que la trayectoria legislativa vigente desde 1889 hasta 1970 había estado provista de un carácter del todo diverso dado que se trataba de mejorar la situación del adoptado y concretamente su situación sucesoria frente al adoptante intentando que este aspecto se extendiera a la adopción simple[60].

A partir del año 1987, como se ha adelantado previamente, el Código Civil establece expresamente que la adopción implica la desaparición de cualquier vínculo jurídico con la familia de origen y la acogida en el nuevo seno familiar como si efectivamente el adoptado fuese un hijo natural y, por tanto, desaparece definitivamente de nuestra normativa civil la adopción simple o la denominada por Justiniano, *adoptio minus plena*. En el preámbulo de la nueva normativa todo lo que se dice respecto de esta supresión es lo siguiente: *En cuanto a la eliminación de la adopción simple, es obligada consecuencia de la nueva ideología a la que responde este instituto*[61].

[59] *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil de ALBADALEJO*, 1982, art.180.

[60] *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil de ALBADALEJO,* 1982, art. 180.

[61] *Vid.* Ley 21/ 1987 de 11 de Noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la LEC en materia de adopción. (BOE, nº 275, de 17 de Noviembre de 1987).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0089