

***ADOPTIO A MULIERE FACTA* EN DERECHO ROMANO Y EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA ROMANO NO CASAMENTO DE FATO**

Walenka Arévalo Caballero

Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad de Alicante

I.- CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA EN DERECHO ROMANO.

Antes de adentrarnos en el problema de la incapacidad de la mujer para ser sujeto activo o pasivo en la institución adoptiva romana, debe concretarse el efecto esencial que producía la incorporación de un extraño como *filiusfamilias* en la organización familiar romana; para determinar este vínculo debemos basarnos en la concepción de la familia que muestran las fuentes¹, a través de las cuales se contempla la institución familiar como un grupo de personas sometidas a la *potestas* de un jefe: el *paterfamilias*².

El poder absoluto de sumisión sobre los hijos que, como es sabido, residía en el *pater* se denominaba *patria potestas*³ y los juristas romanos lo presentan como un *ius proprium civium romanorum*, que no se daba en otros pueblos, así lo indica Gayo en Instituciones I, 55.

Gai, I, 55 - Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur.

Conocidos por todos son los modos mediante los cuales tenía lugar el sometimiento a la *patria potestas*; los procedimientos se regulaban por el *ius civile* y, podían revestir diversas formas: nacimiento en *iustae nuptiae*, *adrogatio*, *adoptio* y *conventio in manu*.

Centrándonos en las personas extrañas que entraban a formar parte de la familia como *filiifamilias*, debemos señalar que existieron en Roma dos formas por las que un ciudadano romano podía incorporarse al grupo familiar: la *adrogatio*⁴ y

¹ D. 50.16.195.2 -Ulpianus 46 ad ed. -... *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.*

² BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, I, Milano, 1963, p. 7.

³ Sobre el tema vid entre otros: CICOGNA, G., *La patria potestà in diritto romano*, en *Studi Senesi*, 59, 1945, pp. 44 ss.; GALLO, F. *Osservazioni sulla signoria del pater familias en epoca arcaica*, en *Studi De Francisci*, 2, 1956, pp. 195 ss.; DENOYEZ, J., *Le paterfamilias et l'evolution de sa position*, en *Synthese Arangio-Ruiz*, 1964, pp. 441 ss.; VOLTERRA, E., *L'acquisto della patria potestas a la morte del paterfamilias*, en *BIDR*, 18, 1976, pp. 193 ss.; VOGLI, P., *Storia della patria potestas da Constantino a Giustiniano*, en *SHDI*, 51, 1985, pp. 1 ss.; TORRENT, A., *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, en *INDEX*, 35, 2007, pp. 159 ss.

⁴ Sobre el tema en general, entre otros, vid.: ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957, pp. 466 ss.; DONATUTTI, G., *Contributi allo studio dell'adrogatio impuberis*, en *BIDR*, 3, 1961, pp. 127 ss.; BONFANTE, P., *Corso*, cit. pp. 18 ss.; CASTELLO, C., *Il problema evolutivo della adrogatio*, en *SHDI*, 33, 1967, pp. 199 ss.; RODRIGUEZ ENNES, L. *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 49 ss.; ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pp. 218 ss.; CORBINO, A., *La capacità deliberativa dei "comitia curiata"*, en *La estrada del potere. Maiestas populi Romani, imperio, coercitio, commercium*, Catania, 1995, pp. 65 ss.

la *adoptio*⁵, de las que informa Gayo en Instituciones, I, 98:

Gai, I, 98 - Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut imperio magistratus velut praetoris.

La *adrogatio*, cuya vigencia se remonta a principios de la época arcaica⁶, consistía en la adopción⁷ de un ciudadano romano *sui iuris*⁸ por un *paterfamilias*, quedando sometido el primero a la *patria potestas* del segundo; este efecto motiva que Gayo incluya la arrogación entre las *species adoptionis*, porque tanto la *adrogatio* como la *datio in adoptionem* sujetaban al ciudadano a la *patria potestas* del *pater*, cumpliendo ambas un mismo fin⁹:

Gai, I, 99. Populi 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 patiat; et populus rogatur, an id fieri iubeat...

La solemnidad de la *adrogatio* exigía que se realizara ante los *comitia curiata*—*adrogatio per populum*— presididos por el *pontifex maximus*, quien después de haber realizado un interrogatorio al arrogante y al arrogado se dirigía a los comicios presentándoles una *rogatio*¹⁰, en la que solicitaba la aprobación de las treinta curias para que el *adrogandus* fuese declarado hijo legítimo del *adrogator*¹¹; posteriormente, en época republicana, se sustituyeron los comicios por treinta *lictors*¹², si bien, la *adrogatio per populum*, continuó conservando los mismos efectos jurídicos que poseía hasta la época de Diocleciano¹³.

5 Para conocer más sobre el tema, vid. entre otros: PITZORNO, B., *L'adozione privata*, Perugia, 1914; BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, III, *La famiglia*, Milano, 1954, pp. 59 ss.; BONFANTE, P., *Corso*, cit., pp. 37 ss.; VOLTERRA, E., *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i iuristi romani del II e del III secolo D.C.*, en *BIDR*, 69, 1966, pp. 109 ss.; MIGLIORINI, M., *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo imperio Romano*, Milano, 2001; PENDON, E., *Cuestiones sobre la adoptio minus plena*, en *El Derecho de Familia: de Roma al derecho actual*, 2004, pp. 541 ss.; RUIZ PINO, S., *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, nº 7, diciembre 2006. IDEM, *Regimen jurídico de la adopción en Derecho romano y su recepción en Derecho español*, Córdoba, 2010 (Helvia. uco.es).

6 BONFANTE, P. *Corso*, cit., pp. 20-21, expone que la adopción y la arrogación son instituciones precívicas en su esencia; de hecho, sólo se entiende su función en estas sociedades donde las personas y las familias representaron centros efectivos de la vida política.

7 CASTELLO, C., *Il problema*, cit., p. 133.

8 La mujer y el impúber *sui iuris* no podían ser arrogados al estar excluidos de los comicios, *Gai*, 101 y 102.

9 CASTELLO, C. *Il problema*, cit., p. 133.

10 GELLIO en *Nottes Atticae*, 5, 19, 9, proporciona la fórmula de la *adrogatio*: “*Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.*”.

11 Entre otros: PITZORNO, B., *L'adozione*, cit., p. 16; BONFANTE, P., *Corso*, cit., p. 22; CASTELLO, C., *Il problema*, cit., p. 137; FUENTESECA, P. *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, p.353.

12 CICERON, *De lege agraria*, 2, 12, 31.

13 BONFANTE, P., *Corso*, cit., p. 34; CASTELLO, C. *Il problema*, cit., p. 133.

En época postclásica se sustituye la *adrogatio per populum* por la *adrogatio per rescriptum principis*. En primer lugar, porque el ceremonial de la *adrogatio* solamente podía cumplirse en Roma¹⁴, lo que suponía un obstáculo para los ciudadanos que tenían su residencia en las provincias, ya que, debían desplazarse a la *Urbs*, si deseaban legitimarla; este inconveniente determinó que el emperador permitiese, en beneficio de los provinciales, que la arrogación pudiese concluirse ante el gobernador provincial¹⁵ y, en segundo, porque desde Augusto, el pontificado máximo fue asumido por el emperador, teniendo competencia para realizar las solemnidades pertinentes; este cargo será ejercido por sus sucesores hasta que Graciano renuncie al mismo por su condición de cristiano¹⁶.

En cuanto a la *adoptio* en sentido estricto o *datio in adoptionem*¹⁷, de fecha más reciente, puede decirse que consistía en la sumisión a la *familia* de un *alieni iuris*, esto es, una persona que estaba bajo la *potestas* de un *pater* pasaba a la familia de otro que lo adoptaba ante el magistrado, haciendo nacer la *patria potestas* sobre el adoptado:

Gai, I, 99 ... Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.

Ahora bien, la transmisión directa de la *patria potestas* no era posible en Derecho romano¹⁸, por lo que, previamente debía emanciparse al hijo¹⁹; posteriormente, el *paterfamilias* adoptante, que tenía *in mancipium* al hijo, solicitaba al pretor una *reivindicatio filii*; el padre, que había vendido por tres veces al hijo, no se oponía y a través de la *in iure cessio* se le transmitía la *patria potestas* al que pretendía adoptar; esta forma de adopción es descrita por Gayo en Instituciones I, 134:

Gai, I, 134 - Praeterea parentes etiam liberos in adoptionem datos in potestate 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 adoptat, apud quem in tertia mancipatione est: Sed sane commodius

¹⁴ *GAI, I, 100 - Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet.*

¹⁵ *C. 8. 47(48), 2 - Imperatores Diocletianus, Maximianus.- Adrogatio etenim ex indulgentia principali facta proinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset. <a 286 pp. v id. mart. Maximoll et Aquilino cons. >*

¹⁶ *CASTELLO, C., Il problema, cit. p. 153.*

¹⁷ Para un examen exhaustivo de la adopción vid.: *RUSSO RUGGERI, C., La datio in adoptionem*, Milano, 1990.

¹⁸ *VOLTERRA, E., La nozione, cit., p. 111.*

¹⁹ Se recurría a la norma de las XII Tabas, según la cual el padre que mancipaba por tres veces a su hijo, o una para la hija o el nieto, perdía la *patria potestas* sobre ellos. El hijo quedaba sometido al *mancipium* de aquel *pater* al que había sido vendido por tercera vez.

est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri.

Las formalidades se simplificaron posteriormente, quedando constituida la adopción ante el magistrado, mediante la redacción de una escritura que debía ser ratificada por las partes²⁰. Será Justiniano quien, dando sanción legal a esta práctica, dicte una constitución en el año 530 suprimiendo el ceremonial antiguo y facilitando la adopción ante el juez competente:

*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. cons. >*

Por lo que se refiere a las limitaciones que, en principio, había para que una persona pudiese ser arrogada o adoptada, se advierte por Gayo en Instituciones, I, 101, que, entre otras personas²¹, la mujer no podía ser arrogada *per populum*; la razón primordial de esta prohibición se basaba en el principio de que solo aquel que podía acceder a los comicios podía ser *adrogatus* y, desde luego, la mujer no gozaba del *ius suffragii* que hubiese posibilitado su inclusión en las curias, por lo tanto, aun siendo *sui iuris*, se hacía imposible su arrogación²².

En cambio, el procedimiento para la *datio in adoptionem* no contemplaba la aprobación comicial y, en consecuencia, no existía impedimento para su adopción, aunque debía realizarse con la aprobación del pretor en Roma o, ante el procónsul o el legado en las provincias:

*Gai, I, 101 - Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumve etiam feminae solent adoptari.*²³

En realidad, no sólo hubo impedimentos para que la mujer fuera sujeto pasivo de arrogación, sino que se le prohibió la posibilidad de ser sujeto activo tanto de arrogación como de adopción; el fundamento de esta exclusión se basó

²⁰ PITZORNO, B; *L'adozione*, cit., p. 78

²¹ Los impúberes tampoco pudieron ser arrogados hasta la época de Antonino Pío, quien, por una epístola dirigida al colegio de Pontífices, la autorizó en determinadas circunstancias, así lo expone Gayo en Instituciones, I, 102.

²² CASTELLO, C., *L'intervento statuale negli atti costitutivi di adozione*, en *Ann. Fac. Giur. Genova*, 16, 1977, p. 711, manifiesta que Gai, I, 101, establece la imposibilidad de arrogar a una mujer *sui iuris*. Sin embargo, en D. I, 7, 21, se establece la posibilidad de que pudiese arrogarse *per rescriptum principis*.

²³ En el mismo sentido, Gelio, Nott. Att. 5, 19, 10; Tit. Ulp., 8, 5; Epitome Gai, I, 5, 2.

en que, con las dos formas de adopción, el adoptado se sometía a la potestas familiar del adoptante y sólo el varón *sui iuris* –*pater familias*– ostentaba la patria potestad sobre los hijos²⁴. Por tanto, la mujer que, como manifiesta Ulpiano, era cabeza y fin de su propia familia²⁵, no podía someter bajo su potestad ni siquiera a sus propios hijos porque seguían la condición de su padre²⁶ y en consecuencia se le prohibió arrogar y adoptar, así lo indica Gayo en Instituciones, I, 104:

Gai, I, 104 - *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.*²⁷

Sin embargo, se ha tratado de demostrar a través de la interpretación de fuentes literarias que la mujer *sui iuris* pudo adoptar, ya en los últimos tiempos de la República y primeros del Principado, a través de disposiciones testamentarias.

El primer fragmento que se refiere a una pretendida adopción testamentaria realizada por una mujer²⁸, se revela en una carta de Cicerón a su amigo Atico, en el año 50 a.C., en la que el autor le comunica que Dolabella es instituido heredero en el testamento de Livia, en un tercio de su herencia con la condición de que cambie su nombre:

Cic. ad Att. 7, 8, 3 - *Dolabellam video Liviae testamento cum duobus coheredibus esse in triente sed iuberi mutare nomen. est politikon skemma rectumne sit nobili adulescenti mutare nomen mulieris testamento. sed id philosophoteron dieukrinesomen, cum sciemus quantum quasi sit in trientis triente.*

Al respecto, Nardi²⁹ manifiesta que: “E non par dubbio che il nome nuovo dovesse essere quello della testatrice: non risulta però in quale rapporto fossero i due, né quindi il fundamento di quella che appare una specie di affiliazione *post mortem*”. Sobre el tema declara Bonfante³⁰ que en la adopción testamentaria se observa un extraño fenómeno, porque, siendo numerosos los ejemplos de esta figura en las fuentes históricas y literarias, existe un silencio absoluto en los textos jurídicos. No es extraño, continua el autor, que se produzca este silencio

24 D. 50, 16, 195, 2, Ulpianus 46 ad ed. - ...*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...* y D. 50, 16, 196pr. -*Gaius 16 ad ed. provinc. - Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur.*

25 D. 50, 16, 195, 5 Ulpianus 46 ad ed. - *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

26 D. 50, 16, 196, 1 - *Gaius 16 ad ed. provinc. - Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur, patris familiam sequuntur.*

27 En el mismo sentido, Tit. Ulp. 8, 8 a.; Gai Epit. I, 5, 2; I. I, 11, 10; C. 8, 47(48), 5; Theoph. Paraphrasis, I, 11, 10; Bas. 33, 1, 44; Bas. 33, 1, 52,

28 PIZZORNO, B., *L'adozione*, cit. 33 ss.; DELL'ORO, A., *Confirmatio adoptionis non iure factae*, en Labeo, 5, 1959, p. 16-17; BONFANTE, P., Corso, cit. pp. 27-28; NARDI, E., *Poteva la donna, nell'impero romano, adottare un figlio?*, en Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, 70, 1981-82; RUSSO RUGGERI, C., *La datio*, cit., p. 260 ss.; SAMA, E., *Sulla capacità della donna in diritto romano*, en INDEX, 27, 1999, p. 12; SCIORTINO, S., *Sull'adozione da parte delle donne*, en www.unipa.2006.

29 NARDI, E., *Poteva*, cit. p. 113.

30 BONFANTE, P., Corso, cit. p. 26-27

jurisprudencial, pues permitir adoptar en testamento a la mujer, aunque fuese una forma irregular de adopción, sería un hecho sorprendente. Sin embargo, Russo Ruggiere³¹ hace constar que no ve el motivo para sorprenderse de que la mujer pudiese adoptar en testamento, puesto que, en este supuesto, no se presentaría la adquisición de la *patria potestas* que impedía a la mujer adoptar; además, se limitarían sus efectos, manifiesta la autora, “al piano onomastico e, soprattutto, al campo successorio, respecto al quale la dona era, como è noto, certamente capace”³². Estamos de acuerdo con la autora sobre la posibilidad de que no había impedimento para que una mujer adoptase en testamento, ya que ésta podía otorgarlo³³, manifestando sus deseos para después de su muerte; no obstante, la adopción testamentaria sería considerada como *non iure facta*³⁴, y como tal debían posteriormente ser confirmada bien por el *comicio* o *per rescriptum principis*, como se dispone en D. I, 7, 38:

D. I, 7, 38, Marcellus 26 Dig. - *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

Esta condición, a nuestro juicio, supondría un privilegio que difícilmente, en esta época, se concedería a la mujer.

El segundo caso de adopción realizada por una mujer, es narrado por Suetonio en su libro sobre la vida del emperador Galba,

Svet. Galb. 4 - *Ser. Galba imperator M. Valerio Messala Cn. Lentulo cons. natus est VIII. Kal. Ian. in villa colli superposita prope Tarracinam, sinistrorsus Fundos potentibus, adoptatusque a noverca sua Livia nomen et Ocellae cognomen assumptis, mutato praenomine; nam Lucium mox pro Servio usque ad tempus imperii usurpavit.*

Este episodio de la adopción de Galba por su madrastra, Livia Ocellina³⁵,

31 RUSSO RUGGERI, C., *Ancora sulla donna adottante*, Labeo, 36, 1990 p. 62.

32 RUSSO RUGGERI, C. *La datio in adoptionem*, Milano, 1990, p.261, nt. 25, advierte que un último indicio a favor de que la mujer podría adoptar en testamento se deduce del hecho de que Cicerón, tras discutir sobre la oportunidad política y social de esta clase de adopción, nada añade sobre la validez jurídica del acto y si hubiese tenido contradicciones jurídicas lo habría puesto de manifiesto. Sin embargo, moviéndonos en el plano de la hipótesis, bien podría ser que Cicerón únicamente comentara el hecho con Atico sin pretender justificar su legalidad.

33 Es cierto que la mujer *sui iuris* podía otorgar testamento desde los doce años cumplidos, pero hasta época de Adriano tiene que contar con la autorización de su tutor. Así lo determina Gayo en Instituciones II, 112. [...] *ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est sui iuris feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII; scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.*

34 BONFANTE, P., *Corso*, cit., p. 27, expone que ante el silencio de los juristas, la mayor parte de los romanistas han entendido que este instituto no se configura como una verdadera adopción. Algunos la reconducen a la condición de asumir el nombre (*nomen ferre*) y continua manifestando el autor que: “Il gran CUIACIO è l'autore di una opinione, seguita da più, abbastanza semplice e seducente: è questa di una *adoptio non iure facta*, cioè non una vera adozione, bensì l'espressione di un desiderio del difunto, ma può e suole esser convalidata nelle debite forme, come se procede appunto in ordine al curatore nominato nel testamento paterno, che suole esser confermato dal magistrato”.

35 NARDI, E., *Poteva*, cit. p. 113, considera que la relación entre Galba y Livia era de madrastra e hijastro y que ella le induce a que asuma su nombre y apellido por la adopción que realiza.

ha sido considerado por parte de la doctrina³⁶ una adopción testamentaria. En el texto Suetonio se limita a relatar la adopción, pero no indica la forma en que se llevó a cabo³⁷. En contra de la probabilidad de que se tratase de una adopción testamentaria, Russo Ruggeri³⁸ estima que debe tenerse en cuenta la cronología de la narración de Suetonio, que sitúa la adopción en los primeros años del emperador, en el periodo inmediatamente posterior al matrimonio de Livia con su padre S. Sulpicio Galba.

No estamos totalmente de acuerdo con Russo Ruggieri, porque se nos presenta una pregunta acerca de la obra de Suetonio, y es si el autor pretendió hacer un relato cronológico de la adopción de Galba o únicamente quiso poner de manifiesto el hecho de que fue adoptado por su madrastra. A nuestro juicio, Suetonio informa del episodio porque en un determinado momento de su vida Galba utilizó el *nomen* y *cognomen* de la mujer de su padre, pero no precisa ni el momento en que se realizó la adopción ni la forma en que fue llevada a cabo, porque este acontecimiento no engendró efectos jurídicos significativos en la vida del emperador.

Por otro lado, si Livia hubiera querido que el futuro emperador asumiera su nombre y fuese su heredero, no lo hubiese conseguido mediante una *adoptio inter vivos*, porque, dejando aparte la prohibición jurídica de adoptar y arrogar que tenía la mujer, el acto de la adopción no concedía derechos sucesorios al adoptado, ya que, en esa época no estaba vigente el *Senatus consultum Orphitianum* –año 178 d.C.– que otorgaba a los hijos la posibilidad de adquirir la herencia de su madre³⁹. Sin embargo, si la adopción se hubiera hecho por testamento, a nuestro juicio, podría haberle nombrado heredero, con la condición del cambio de nombre –*condicio nominis ferendi*–⁴⁰

Analizados los fragmentos de las fuentes literarias que informan sobre adopciones testamentarias concluidas por mujeres en época clásica, debemos observar que la doctrina no se ha mostrado unánime al abordar los efectos que producía. Mientras que unos autores⁴¹ le conceden simplemente relevancia social y su repercusión se limitaría al cambio de nombre del heredero, otros⁴² sostienen

36 Sobre el tema vid.. MOMMSEN, T., *Droit public Romani*, t. 6, Paris 1889 (reimpr. Paris, 1985), pp. 42 y 43, nt. 4.; LEFAS, A., *L'adoption testamentaire à Roma*, en *NRH*, 21, 1897, p. 734; BONFANTE, P., *Corso*, cit. 26 nt. 1; DELL'ORO, A., *Confirmatio*, cit., p. 16 nt. 30.

37 NARDI, E., *Poteva*, cit. p. 113.

38 RUSSO RUGGERI, C., *Ancora*, cit., p. 61.

39 Para conocer más sobre el tema, vid. la reciente monografía de POLO AREVALO, E.M., *Igualdad y filiación: Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Pamplona, 2011, pp. 77 ss.

40 RUSSO RUGGERI, C., *La datio*, cit., p. 264, nt. 33, cita a FABRICOTTI, *Galba*, Roma, 1976, p. 1, nt. 1, Appendici A.B., para expresar que la asunción del *nomen* y el *cognomen* de la adoptante está expresamente confirmada en las fuentes a partir del año 32 en Aquitania y en el 68 en la Hispania Tarraconense, porque se denomina a Galba con el apelativo de *L. Livius Ocella Sr. Sulpicius Galba*.

41 Sobre el tema, vid entre otros: KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte II*, Lipsia, 1901, pp. 246-247; BONFANTE, P., *Corso*, cit. p. 28; AMELOTTI, M., *Le forme classiche di testamento I*, Torino, 1996, pp. 192 ss.

42 CUIACIO, *Observationes et emendationes*. 7, 7, Napoli, 1722, p. 170 ss., establece que la adopción testamentaria sería una *adoptio non iure facta*, que necesitaría para su plena eficacia la convalidación bien por los comicios o *per rescriptum principis*; MOMMSEN, T., *Droit*, cit. p. 43; sobre la teoría del autor

que la *adoptio per testamentum* tuvo plena eficacia jurídica. Esta diversidad de opiniones permite confirmar la complejidad que entraña aceptar un instituto contrario a los principios del derecho romano sobre la adopción en época clásica⁴³.

Por lo que se refiere a las noticias que pueden hallarse en las fuentes jurídicas sobre la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo o pasivo de arrogación, debemos advertir que hasta comienzos de época postclásica no se encuentran testimonios de disposiciones concernientes a esta eventualidad.

Hay que señalar que, en ésta época, por la influencia de las instituciones provinciales, la arrogación y la adopción propiamente dicha, tal como se entendían en el derecho antiguo, se vieron claramente alteradas; aunque los emperadores se pronunciaron en contra de adopciones que se llevaban a cabo a través de contratos privados –*per tabellionem*–⁴⁴, no obstante, hay fragmentos en el Digesto que permiten interpretar que fueron indulgentes con esta clase de adopción, puesto que, podían ser confirmadas por autoridad del Príncipe⁴⁵.

No obstante, la alteración más importante que se realizó *per rescriptum principis* fue la de permitir a la mujer arrogar⁴⁶. Aunque, por autoridad del emperador se permitió que una mujer *sui iuris* fuese arrogada y así se constata en C. 48(47), 8 en un rescripto del año 294:

C. 8, 48(47), 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. cons. >*⁴⁷

La innovación revolucionaria⁴⁸ fue introducida por Diocleciano al conceder

BONFANTE, P., *Corso, cit.*, p. 28, explica que Mommsen estaría de acuerdo en la adopción testamentaria de la mujer, manifestando que: "Anche l'adozione da parte de la donna sarebbe stata pienamente riconosciuta in questo sistema: l'adozione fatta nel testamento della donna si riguardava come fatta nel testamento paterno per una spee di rappresentanza del *pater* difunto assunta dalla dona, di guisa che con l'adozione l'adottato veniva ad esser giuridicamente fratello della donna adottante"; En el sentido de conceder eficacia jurídica a la *adoptio* realizada por una mujer, RUSSO RUGERI, C., *Ancora sulla dona, cit.* p. 64.

43 SAMA, E., *Sulla capacità, cit.* p. 122.

44 C. 8, 48(47), 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. cons. >*

45 D. 1, 7, 38 - *Marcellus 26 Dig. Adoptio non iure facta a principe confirmari potest. D. 1, 7, 39 (Ulpianus 3 Off. Cons.).*

46 BONFANTE, P., *Corso, cit.*, pp. 34-35; PIZTORNO, B., *L'adozione, cit.*, p. 76.

47 El rescripto comienza aceptando la validez de la adopción de la hija de una liberta por el patrono de la madre, aunque ésta, casada en justas nupcias, se encuentra bajo la potestad de su patrono; nos encontramos ante la adopción de una mujer *alieni iuris* y es su padre natural el que la entrega en adopción. En el segundo inciso, establece que la arrogación de una mujer *sui iuris*, sólo podrá realizarse *per rescriptum principis*. Con esta constitución, aunque no se autoriza la arrogación directa de ninguna mujer, se introduce la posibilidad de realizarla, contando siempre con la autorización imperial. AMELOTI, M., *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, p.29.

48 BONFANTE, P., *Corso, cit.* p. 34, manifiesta que Diocleciano introduce una innovación que deforma el concepto mismo de la adopción romana a través de rescripto, con la posibilidad de que una mujer pudiese arrogar, cuando esto, "è absurdo, perque i rescritti non fanno apertamente diritto nuovo e

la *venia adoptandi* a una mujer, en un rescripto del año 291, recogido en C. 8, 47,(48), 5:

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 „filiis 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 cons. >*

En el texto Diocleciano, después de constatar, en el primer inciso, que la mujer no puede arrogar porque no ostenta la potestad sobre sus propios hijos; en el segundo, concede a Sira autorización para arrogar a su hijastro, al haber perdido a sus propios hijos⁴⁹.

Nos encontramos ante una concesión personal y por motivos muy especiales, por lo que, a nuestro juicio, y dado el momento en que se dicta, ha de entenderse que el emperador tenía plena potestad para otorgarla.

En época postclásica no son extraños testimonios que constatan la concesión *per rescriptum principis* de derechos otorgados a peticiones de gracia y dispensa que los particulares dirigían al emperador y que éste no tenía inconveniente en conceder, si así lo creía oportuno⁵⁰; por ello, nada hay de extraño en que Diocleciano autorizase la solicitud de Sira y le reconociera la condición de madre legítima del hijo de su marido. Además, en este periodo, la institución adoptiva se impregnó de las nuevas tendencias orientales en las que no se distinguía la arrogación de la adopción, incluidas ambas en el termino *υιοθεσία*, institución en la que no se adquiría la *patria potestas*, sino que, por influencia del derecho griego, únicamente se creaba una relación de filiación con protección del hijo adoptivo y con derecho a suceder al adoptante⁵¹.

La constitución diocleciana ha sido interpretada por Amelotti⁵², con el que estamos totalmente de acuerdo, en el sentido de estimar que el emperador únicamente autorizó a Sira a que reconociese a su hijastro como si fuera su hijo

specialmente di natura così rivoluzionaria". En el mismo sentido de considerar revolucionaria la admisión, AMELOTTI, M., *Per l'interpretazione*, cit. p. 129.

49 El texto ha sido denunciado de interpolación por diversos autores quienes piensan que la autorización para arrogar fue concedida a la mujer por Justiniano, ALBERTARIO, *la donna*, cit. p. 227 ss.; BELLELLI, C., *Sull'origine dell'arrogazione attiva delle donne*, en *SHDI*, 3,(1), 1937, p. 144; CASTELLO, C. *Il problema evolutivo della adrogatio*, en *SHDI*, 33, 1967, p. 159; IDEM, *L'intervento statuale negli atti costitutivi di adozione*, en *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, 16, 1977, p. 746.

50 VOCI, P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en *IVRA*, 31, 1980, p. 94.

51 BONFANTE, P., *Corso*, cit. p. 35, nt. 4, cita los documentos greco-egipcios que informan sobre esta clase de adopciones (Pap. Lips, 28 (año 381 d.C.) publicado en 1906; *P. Oxy.*, 9, 120, etc.). AMELOTTI, M., *L'innovazione*, cit., p. 131, nt. 46, recuerda que los provinciales no concebían la adopción como un medio directo para instaurar una relación potestativa, sino como un medio para constituir una parentela ficticia. Desde éste punto de vista, el deseo de una mujer de adoptar un hijo no resulta extraño y, en efecto, se encuentra este deseo explicado en *P. Oxy.* 593 (119-20).

52 AMELOTTI, M., *L'innovazione*, cit., p. 130 ss.

legítimo, compadeciéndose de la situación de la mujer al haber perdido a sus propios hijos; pero, no le concede la *patria potestas* sobre él, porque, como menciona al inicio del rescripto, ésta no podía tenerla ni siquiera sobre los hijos que ella hubiese procreado; por ello, la concesión se limita a crear una filiación ficticia, con efectos de orden familiar y sucesorios.

El emperador, explica el autor, no piensa en modificar el sistema jurídico sino que, reafirmada en la primera parte del rescripto la regla clásica, presenta una formula para dar una solución humanitaria a la solicitud de Sira; añade que: “La soluzione che è poco più un palliativo, perchè sbaglia chi attribuisce a Diocleziano la concesión alla donna de compiere valide adozioni. A questa novità, cui Diocleziano fornisce appena lo spunto, arriveranno i postclassici o addirittura i gisustiniani. C. 8, 47(48), 5, prova –nonostante e anzi per la sua stentata, faticosa e volutamente eccezionale indulgenza– ad un influsso provinciale”. En otros términos, como puntualiza Bellelli⁵³, el emperador concede a la suplicante Sira, que no es más que la mujer de su padre, el derecho que le correspondería si fuese la madre natural, pero no el derecho de arrogar, además, continúa el autor que “Trattandosi di una concessione particolare, priva di effectti giuridici, si spiega agevolmente come anche Diocleziano si sia lasciato ispirare da un sentimento di pietà”⁵⁴,

La regla particular deviene en general al incluirla Justiniano en sus Instituciones I, II, 10⁵⁵:

I. I, II, 10 - *Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

Justiniano le concede a la mujer *ex indulgentia principis* el derecho de adoptar un hijo, pero *ad solatium liberorum amissorum*, esto es, sólo como consuelo en el caso de que hubiese perdido a los suyos.

Así, el derecho justiniano impone limitaciones a la posibilidad de adopción por parte de la mujer, en primer lugar, porque si no había tenido hijos no se le concedía el derecho a tenerlos adoptivos y, en segundo lugar, porque debía haber perdido todos los que hubiese procreado, ya que, sin este requisito no iba a obtener la *indulgentia principis* para adoptar⁵⁶.

53 BELLELLI, C., *Sull'origine*, cit., p. 144 y nt. 13.

54 El texto, como ya se ha mencionado, está gravemente interpolado en su segundo inciso, como se ha puesto de manifiesto por ALBERTARIO, E., *La dona*, cit., 226 ss.; sin embargo, BELLELLI, C., *Sull'origine*, cit. p. 144., esta de acuerdo con Albertario en advertir que la arrogación activa de la dona fue una creación justiniana, aunque opina que no cree que el rescripto tratase, en origen, el problema de la concesión a la mujer de arrogar, sino que fueron los compiladores los que la añadieron en C. 8, 48(47), 5, a través de interpolación.

55 NARDI, E., *Poteva*, cit. p. 119

56 NARDI, E., *Poteva*, cit. p. 120.

Esta limitación, a nuestro juicio, podía haberse solucionado por Justiniano, puesto que, el emperador reforma la institución adoptiva y aunque conserva las dos formas, *adrogatio* y *adoptio*, la primera, se concedía únicamente *per rescriptum principis*, con todos los derechos que para el arrogado disponía el *ius civile*⁵⁷, y en este caso, es lógico que se le negara la arrogación a la mujer, al adquirir el arrogante la *patria potestas* sobre el arrogado; sin embargo, en la segunda, Justiniano distingue dos tipos: la realizada por el abuelo paterno o materno – *adoptio plena*– y la realizada por un extraño –*adoptio minus plena*–⁵⁸, en la que el adoptado no rompe sus lazos con la familia originaria y el adoptante no adquiere la *patria potestas* sobre el adoptado; en este tipo de adopción no hay razón, o al menos nosotros no la advertimos, para que la mujer fuese adoptante y pudiese transmitir, sin condiciones, su nombre y derechos sucesorios al adoptado.

2.- LA CAPACIDAD DE ARROGAR Y ADOPTAR POR LA MUJER EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA.

Una vez expuesta la situación de la mujer frente a la adopción en Derecho romano, como se ha podido comprobar únicamente por la autoridad del emperador y con limitaciones muy particulares, podía la mujer adoptar un hijo. Seguidamente trataremos de investigar si en derecho español se le permitió adoptar y, en su caso, qué requisitos se exigieron para que pudiese formalizarla.

La institución adoptiva no debió tener un gran arraigo en el derecho

⁵⁷ C. 8, 48(47).10.5: *Imperator Justinianus 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. <a 530 d. k. sept. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons. >*

⁵⁸ C. 8, 48(47), 10pr.;... *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 patitur iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari, cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure vetere datur licentia et invitatus transire ad aliam familiam non cogitur? * iust. a. iohanni pp. * <a 530 d. k. sept. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons. >*. En la constitución el emperador expresa su deseo de solucionar las dudas que surgieron entre los juristas antiguos y mirando siempre el beneficio del hijo adoptivo, para que no quedase desamparado cuando era adoptado por un extraño, que pudiera haber engañado al padre natural o emancipado al hijo inmediatamente después de la adopción quedando fuera de una y otra familia, ordena que en la adopción hecha por una persona extraña no se disuelvan los derechos que le correspondiesen a su padre natural y quedase de igual manera que si no hubiese sido transferido.

español⁵⁹, puesto que no existen vestigios de ella en el Fuero Juzgo⁶⁰ y no aparece en las fuentes legislativas hasta la promulgación del Fuero Real⁶¹.

La regulación de la adopción no tiene repercusión en los Fueros municipales, excluyendo, el de Daroca con mención muy sucinta, el de Soria, que analizaremos más adelante y los Fueros de Valencia cuya regulación se contempla en los *Furs* VIII-VI, bajo la rúbrica que lleva el título: *Com pusque hom e dee altre affillar e emancipar*. Según opinión de Arcadi García⁶², se disciplinan ambas instituciones bajo el mismo título, al ser la adopción un modo relativo de emancipación.

Como puede constatarse la institución no se denomina adopción sino *affillament* y está prohibido *affillar* a quien tiene hijos o descendientes legítimos (*Fur* VIII, VI, 1). Para poder adoptar, el hombre debe tener al menos veinte años,

Fur VIII, VI, 4, *Si alcun volrrà altre affillar que o puesque fer, si aquell qui affillarà haurà complida edat de XX anys a ensús...*⁶³

Asimismo, se admite en el *affillament* el principio romano *adoptio naturam imitatur*⁶⁴, al establecerse en los *Furs* que el adoptante debe tener veinte años más que el adoptado y así se dispone en el *Fur* VIII, VI, 6:

Fur VIII, VI, 6: *Si aquell qui affillarà altre serà de menor edat que aquell que serà affillat, aytal affillament no valla, car affillament deu semblar la natura, car maravillosa cosa serie que'l fill fos de mayor edat que'l pare,*

59 Al respecto, expone D'Ors, en las inscripciones relativas a la larga etapa de dominación romana no aparece ninguna referencia a la adopción o a la arrogación D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, p. 401; por su parte RODRIGUEZ ENNES, L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, p. 125 y ss., declara que "la inexistencia de fuentes no constituye motivo suficiente para deducir que los hispano-romanos no practicaron la adopción" y "que tal vez la negativa doctrinal a la existencia de la adopción en la España romana se deba a la tendencia a operar con pre-conceptos jurídicos –identificar la adopción con la *adoptio* romana– y no ver las instituciones en sentido funcional, prescindiendo de su nomenclatura". Tampoco parece que en las fuentes visigodas se recoja la institución, puesto que no aparece en el Código de Eurico, en la Ley de Teudis, ni en el Código de Leovigildo, como informa MINGUIJON, S., *Historia del Derecho español*, Madrid, 1943, p. 64. sin embargo la única fuente que recoge la institución es el *Breviario de Alarico*, aunque comparando la *adoptio* con la *perfilatio* y la *affiliatio*. Para conocer más sobre el tema: OTERO VALERA, A., *La adopción en la Historia del Derecho Español*, en el libro *Dos estudios histórico-jurídicos*. Madrid-Roma, 1955, pp. 44 ss. (= en

60 GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1997, p. 84. manifiesta que la adopción estuvo en las costumbres de los godos y que ningún vestigio de ella se encuentra en el Fuero Juzgo

61 VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil de España*, T. 4, Valladolid, 1938, p. 189, sostiene que la adopción no debió ser utilizada frecuentemente en la Hispania visigoda y tampoco en los primeros siglos de la Reconquista, por ello, no aparece en la historia legislativa hasta la promulgación del Fuero Real.

62 GARCIA I SANZ, A., *Institucions de dret civil valencià*, Castellón de La Plana, 1996, p. 140.

63 Todos los textos valencianos a los que se hace referencia son copia de la Edición Crítica de COLON G. y GARCIA I SANZ, A., *Furs de valència*, vol. VI, Barcelona 1944.

64 La regulación concuerda con lo dispuesto en I. 1, 10, 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*. donde se establece que la adopción imita a la naturaleza y por ello no debe permitirse que el hijo sea de mayor edad que el padre.

e per ço aquell que affille altre deu haver més vint ans que aquell qui serà affillat.

Abandona el Fuero de Valencia la legislación romana, al permitir el *affillament* a la mujer; ahora bien, siempre que no tenga hijos, ni antes, ni después de la adopción; no obstante, se exige a la mujer mayor edad que al hombre para *affillar*, puesto que debe haber cumplido treinta años:

Fur VIII, VI, 7: Tota fembra pus que haje de XXX anys a ensús pusque affillar qui's volrrà, si altres fills no há o haurà après l'affillament.

Además, sostiene Arcadi García que con la adopción “quan es tracta de fills en la potestat de llur pare natural, suposa l'extinció d'aquesta potestat paterna, per subjetar-los a la de l'adoptant”, sin distinguir si se trata de hombre o mujer y, a pesar de que en el derecho valenciano no se encuentra disposición alguna al respecto, a nuestro juicio, podría basarse para realizar esta declaración, en la interpretación que realiza Taraçona⁶⁵ sobre el cese de la patria potestad en el los *Furs*. En este sentido, se determina que, muriendo el padre, la madre adquirirá la potestad sobre sus hijos. Por consiguiente, si la mujer no tenía impedimento para ejercer la patria potestad sobre sus hijos legítimos, también podría adquirirla por adopción.

Pasando a analizar la legislación municipal castellana, debemos señalar que será el Fuero de Soria el que discipline la institución, no denominándola adopción ni, como posteriormente se designará en Partidas, *porfijamiento*, sino que acoge la nomenclatura de *recebimiento por fijo*, con elementos comunes a la adopción justinianeas⁶⁶.

Esta regulación será recogida posteriormente por el Fuero Real⁶⁷. No obstante, la normativa sobre la adopción no es coincidente en el Fuero de Soria y en el Fuero Real⁶⁸, ya que las disposiciones que se encuentran sobre la institución en el primero son mucho más abiertas que en el segundo al no imponer límites de sexo. En el Fuero de Soria se admite la adopción por cualquier persona – hombre o mujer⁶⁹– que tuviese la edad pertinente y no tuviese hijos ni nietos legítimos o hijos naturales, y así se observa en el § 456:

⁶⁵ TARAÇONA, P.J., *Institucions del Furs i Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia, 1580, p. 171-172, que interpreta la rubrica: *De adopcions, emancipacions, e de patria potestat* y al declarar las formas en que cesa la patria potestad, establece: “Cessa la patria potestat, asi en fill com en la filla per emancipación, o per mort del pare, o per matrimoni del fill, o filla. Y quant morra lo pare, o la mare, resten los fills en la potestat del que sobreuiu...”

⁶⁶ OTERO VARELA, A., *La adopción*, cit. p. 107, VALLÈS AMORES, M.L., *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*. Madrid, 2004, p. 45.

⁶⁷ El Fuero Real regula esta institución en el Libro 4º, Tit. 21, que lleva por nombre: “De los que son recebidos por fijos”.

⁶⁸ Para conocer más sobre el tema del *recebimiento por fijo*, vid. entre otros: OTERO VARELA, A., *La adopción*, cit. pp. 120 y ss.; RUIZ PINO, S., *Regimen*, cit. pp. 317 ss.

⁶⁹ Se excluía adoptar a los castrados y los clérigos en el Fuero de Soria § 458: *Njngun omne de orden nj njngu castrado non pueda rreçebir a ninguno por ffijo*. No obstante en el Fuero Real se permitía la adopción a estas personas por otorgamiento real, Libro 4º, Tit. 21, ley 3: *Ningun home de Orden, ni ningun castrado, no pueda recibir por fijo, sino por mandato, o otorgamiento del Rey, antes o después*.

Fuero de Soria, § 456: *Tod omne o toda mugier que aya edat e non ouviere fijos o nietos o dent ayuso legitimos o otros de soltero e de soltera, puede recebir por fijos...*

Sin embargo, en el Fuero Real se advierte una patente recepción del derecho romano postclásico y justiniano al impedir la adopción a la mujer cuando no obtiene la autorización real —*per rescriptum principis*, como establecía el derecho romano⁷⁰—, condicionándola a que hubiese perdido a su hijo en servicio del monarca, en cuyo caso se permitía el *recebimiento por fijo* sin necesidad de la venia real.

Fuero Real Lib. 4º, Tit. 21, ley 4ª: *Mandamos que ninguna muger sin mandato, o sin otorgamiento del Rey, no puede recibir por fijo: pero si alguna muger ovo fijo, e lo perdio en servicio del Rey, tal como esta pueda recibir a quien quisiere, que pueda heredar por fijo, sin mandamiento, e sin otorgamiento del Rey*

Aunque la institución que estamos analizando situaba a un extraño en la posición de hijo, no surgía para el *recedido* la patria potestad sobre el *recedido*, por lo que de igual manera que en la *adoptio minus plena* justiniana, permanecía bajo la potestad de su padre natural sin romper los lazos con la familia de origen. Ello puede deducirse, según opinión de Otero Varela⁷¹, de las normas contenidas en los § 459 y 461⁷² del Fuero de Soria y de la Ley 5ª del Título 21, del Libro 4º del Fuero Real⁷³, en las que se establece la sucesión *ab intestato* en los bienes del *recedido por fijo*, disponiendo que, deberán heredarle sus parientes originarios más cercanos y no el que lo *recedió* o sus familiares.

El hecho de continuar vinculado el *recedido* a su familia natural y no adquirirse la patria potestad por el que lo *recedió*, es motivo suficiente, a nuestro juicio, para que se permitiese adoptar a la mujer sin limitaciones, como ya se ha indicado, en el Fuero de Soria y con la autorización del Rey en el Fuero Real.

Los efectos que producía el *recebimiento por fijo* eran esencialmente patrimoniales, pues se trataba de que heredara *ab intestato* los bienes del *porfijador* si este carecía de parientes y, si los tenía, sucedía al causante en una cuarta parte del patrimonio hereditario; cuarta legítima que no podía negársele incluso cuando el *porfijador* realizara testamento.

70 C. 8, 47 (48), 5, rescripto por el que se concede a Syra adoptar a su hijastro e l, l. l. l. 10, norma que permite adoptar a la mujer *in solacio liberorum amissorum*.

71 OTERO VALERA, A., *La adopción*, cit., p 122.

72 Fuero de Soria § 459: *Sj aquel que fuere rreçebido por fijo muriese sin manda ante aquel quel rreçebio por ffijo, sus parientes hereden lo suyo, e non aquel que lo recibio por fijo nj sus parientes.*

73 Fuero Real, Libro 4º, Tit. 21, Ley 5ª: *Sy alguno que fuer recebido por fijo dotre moriere sin manda ante que aquel que lo recibió por fijo, los sus parientes mas proincos hereden lo suyo, e non aquel que lo recibió por fijo, ni ninguno de sus parientes. Otrosi mandamos que si aquel que lo recibió por fijo moriere ante que quel que recibió por fijo, e si non ficiere manda, herede la quarta parte de sus bienes, e si manda ficiere non le pueda toller la quarta parte, e las tres cuartas hereden sus parientes mas propincos, e si él después moriere sin manda, los sus parientes mas propinaos hereden lo suyo, e non los parientes daquel que lo recibió por fijo.*

Por lo que se refiere a la regulación de la institución adoptiva en Partidas, hay que señalar que, como es sabido, este cuerpo legal y doctrinal constituye una manifestación clara de la recepción del Derecho justiniano⁷⁴. Con el nombre genérico de *porfijamiento* se regula en el Título I 6, Partida VI, nuestra institución⁷⁵, distinguiendo entre arrogación y adopción no sólo por las características de los adoptandos sino, también, por la forma de celebración⁷⁶.

En concordancia con el Derecho romano, por arrogación se *porfijan* los que no están sometidos a patria potestad –huérfanos y emancipados–; debía realizarse con el consentimiento expreso del arrogante y del arrogado, puesto que el *porfijador* adquiría la patria potestad sobre el *porfijado* y, además, exigía la autorización real⁷⁷.

La adopción *strictu sensu*⁷⁸ podía realizarse de dos formas, de la misma manera que en derecho justiniano, la plena, en la que nacía para el *porfijador* –ascendiente materno o paterno– la patria potestad⁷⁹ y la menos plena en la que el *porfijado* no se desvinculaba de su familia originaria y no se sometía a la patria potestad del *porfijador*⁸⁰; ambas debían formalizarse ante el juez y no era necesario el consentimiento expreso del *porfijado*, bastaba únicamente que no contradijera la voluntad del padre natural de entregarlo en adopción.

Por lo que se refiere al problema del *porfijamiento* por parte de la mujer, se debe indicar que, al transcribir el Código de las Siete Partidas la normativa del derecho justiniano, se vuelve a prohibir cualquier forma de

74 GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1886, p. 127; OTERO VARELA, A., *La adopción*, cit. p. 130 nt. 121.

75 Part. IV, Tit. 16, pr.: *Porfijados son una manera de fijos á quien dicen en latin adoptivi, á quien reciben los homes por fijos, maguer non nascan dellos por casamiento nin de otra guisa...*

76 Part. IV, Tit. 16, Ley 1ª: *Adoptio en latin tanto quiere decir en romance como porfijamiento, et este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la qual pueden los homes seer fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente. Et puédese facer en dos maneras segunt dice en el título del compadradgo et del porfijamiento por que se embargan los casamientos en la ley que comienza: Porfijamiento es una manera de parentesco. Et porque dan los homes algunas vegadas sus fijos legítimos et naturales á otros que los porfijen, por ende en tal porfijamiento como este ha mester que aquel á quien porfijan que consienta, otorgándolo por palabra, o callándose non contradiciendo. Pero si porfijasen á alguno que non hobiere padre, ó si lo hobiese fuese salido de su poder, entonces conviene por fuerza que este atal que consienta manifestamente, otorgándolo por palabra...* Para conocer más sobre el tema, vid. entre otros: OTERO VARELA, A. *La adopción*, cit. pp. 130 ss.; RODRIGUEZ ENNES, L., *Bases*, cit. pp. 138 ss.; VALLES AMORES, M.L., *La adopción*, cit. pp. 47 y ss.; RUIZ PINO, S., *Regimen*, cit. pp. 326 ss.

77 Part. IV, Tit. 7, Ley 7ª: *Et este porfijamiento o parentesco... se face por otorgamiento del rey ó del principe de la tierra: et este es llamado en latin arrogatio, que quiere tanto decir en romance como porfijamiento de home que es por si et non ha padre carnal, ó si lo ha, es salido de su poder et cae nuevamente en poder de aquel que le porfija...*

78 Part. IV, Tit. 7, Ley 7ª: *... Et la segunda manera es la que se face por otorgamiento de cualquier juez, et esta es llamada en latin adoptio, que quiere tanto decir en romance como porfijamiento de home que ha padre carnal et es so poder del padre, et por ende non cae en poder de aquel quel porfija;...*

79 Part. IV, Tit. 16, Ley 10ª: *... Et si por ventura tal home como este diese a porfijar su fijo que hobiese en su poder, á su abuelo del mozo ó a su visabuelo quier fuese de padre o de su madre de aquel quien porfijasen, caidrie lleneramente este porfijado atal en poder de aquel quel porfijase, para haber todos los derechos que fijo natural debe haber en los bienes de su padre de quien fue engendrado...*

80 Part. IV, Tit. 16, Ley 9ª: *...Et decimos que si alguno diese su fijo a porfijar á tal home que non fuese abuelo del mozo, ó visabuelo de parte de su padre nin de su madre, que el que es porfijado desta manera non pasa á poderio de aquel quel porfija.*

adopción por parte de esta, puesto que no tenía capacidad para adquirir la patria potestad sobre sus hijos⁸¹.

Como puede comprobarse la regulación de Partidas supone un paso atrás en el derecho de las mujeres para ser sujeto activo en la institución adoptiva; puesto que, anteriormente en el Fuero de Soria podían adoptar sin limitaciones y, en el Fuero Real, aunque se restringe la adopción por la mujer al tener que contar con autorización real para realizarla, si el hijo moría al servicio del rey ésta era libre para adoptar a quien quisiera. Ahora bien, la legislación de Partidas no sólo incapacita a la mujer para *porfijar* por derecho propio, sino que lo condiciona al otorgamiento real, aun en el caso de que hubiese perdido un hijo en la guerra al servicio del rey o, por el bien común del Concejo y, así se dispone en la Ley 2ª, Título I 6, Partida IV:

Part. IV, Tit. I 6, ley 2ª: ...*Otrosi ninguna mujer non ha poder de porfijar, fueras ende en una manera, si hobiese perdido algunt fijo en batalla en servicio del rey, ó en facienda en que se certase con el comun de algunt concejo; ca si por esta razon quisiere porfijar á otro por haber conorte de aquel que perdió, puédelo facer con otorgamiento del rey, et non de otra guisa; ca si por sí mesmas lo pudiesen facer, podrie seer que las engañarien los homes, ó ellas a ellas, de manera que nascerie ende mucho mal.*

No se entiende la razón de esta prohibición, puesto que no se hace mención expresa en el texto al inconveniente esencial para permitir la adopción a la mujer, esto es, su incapacidad para adquirir la patria potestad de sus propios hijos⁸²; asimismo, al recoger el legislador de Partida la *adoptio minus plena* justinianeana, en la que no se transmitía la patria potestad al prohijador⁸³, negar la facultad de adoptar a la mujer parece una limitación excesiva; máxime, cuando el derecho municipal lo había permitido anteriormente sin restricciones.

Por otro lado, el último inciso de la ley segunda establece: *ca si ellas por si mesmas lo pudiesen facer, podrie seer que las engañarien los homes*; por lo que nos preguntamos si el legislador de Partidas al incorporar este párrafo quiso realmente proteger a la mujer; proposito que debemos rechazar, porque inmediatamente después determina que podrían ser las mujeres las que incurriesen en dolo —ó ellas a ellos—. Por tanto, debemos concluir que, la única razón que tuvo el legislador para excluir a la mujer de una adopción sin limitaciones, como bien manifiestan Gómez de la Serna y Montalbán⁸⁴, fue la de reproducir la normativa justinianeana.

81 La patria potestad sobre los hijos viene regulado en el Título I 7, Partida IV, que lleva por rúbrica: *DEL PODER QUE HAN LOS PADRES SOBRE LOS FIJOS, DE QUAL NATURA QUIER QUE SEAN*.

82 En la Part. IV, Tit. I 7, ley 2ª: ... *Et como quier que el padre haya en poder sus fijos legitimos, et sus nietos et sus visnietos que decenden de sus fijos, non se debe entender por eso que los puede haber la madre en poder...*, así se dispone claramente que la patria potestad no se transmite a las mujeres. Aunque, a la madre y la abuela se les permitiese que obtuviesen la tutela sobre sus hijos y nietos en la Part. VI, Tit. I 6, ley, 4ª: *El que fuere dado por guardador de huerfanos ... et debe seer mayor de veinte et cinco años; et varon et n muger, fueras ende si fuese madre ó abuela que fuese dada por guardador dellos;...*

83 Part. IV, Tit. 7, ley 7ª

84 GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MANUEL MONTABAN, J., *Elementos de Derecho Civil y Penal de*

Por lo que se refiere a la legislación sobre esta materia promulgada con posterioridad al Código de las Siete Partidas, hay que señalar que, salvo las leyes relativas al prohijamiento de expósitos en la Novísima Recopilación (7,37), no se aprecian referencias a la adopción en nuestros cuerpos legales⁸⁵.

Finalmente, en la etapa de la codificación, al tratarse de una institución con escasa repercusión en nuestras costumbres, a punto estuvo de no ser incluida en el Proyecto del Código Civil de 1851, al respecto García Goyena manifiesta⁸⁶: “Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo por lo tanto en la sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y estraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo ó facultativo, y de una cosa que puede conducir á sentimientos dulces y benéficos; téngase sin embargo presente que ni en los Códigos modernos ni en este título se hace la distinción Romana entre arrogación y adopción en especie: por esta consideración será breve en los comentarios”.

La adopción se reguló en el Título V, artículos 133 al 141 del Proyecto del Código Civil de 1851 y, presenta algunas analogías con la *adoptio minus plena* justiniana. Sin embargo, abandona el Derecho romano y Partidas al admitir la adopción sin distinción de sexo, así se dictamina en el artículo 133:

Artículo 133.- *Las personas de ambos sexos que hayan cumplido la edad de 45 años pueden adoptar. El adoptante ha de tener 15 años más que el adoptado.*

Por lo que se refiere a la regulación de la institución adoptiva en el Código Civil de 1889, ha de indicarse que no se le concedió gran importancia, abarcando su normativa los artículos 173 al 180, admitiendo la adopción sin distinción de sexos.

A partir de ese momento, la mujer pudo adoptar sin ninguna restricción, salvo las que fueron estableciendo las distintas leyes que modificaron posteriormente el Código civil en materia de adopción⁸⁷, que en un primer momento acogen la distinción romana de las dos categorías adoptivas: la plena y menos plena, disponiendo que la adopción plena se reservaba para los menores de catorce años abandonados y que éstos sólo podían ser adoptados, bien por matrimonios que llevaran casados cinco años sin descendencia o por personas viudas sin distinción de sexo; asimismo sus efectos se asimilaban a la de los hijos

España, Tomo I, Madrid, 1861, p. 404.

85 OTERO VARELA, A., *La adopción*, cit. p. 139

86 El párrafo –copia literal del escrito por GARCIA GOYENA, F., en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (reimp. Zaragoza, 1974), p. 84-85– esta escrito en castellano del siglo XIX.

87 Leyes de 24 de abril de 1958, 4 de julio de 1970 y la de 13 de mayo de 1981.

legítimos. La adopción menos plena esencialmente se establecía para otorgar derechos sucesorios *ab intestato* a los adoptados.

Sin embargo, la modificación que introduce la ley 21/1987, de 11 de abril, será decisiva para que el Código termine con las reminiscencias, aunque solo fueran terminológicas, de la adopción romana, puesto que, suprime la adopción menos plena o simple, imponiendo una única forma de adopción –la plena–, que integra al adoptado en la familia con los mismos derechos que se conceden al hijo legítimo, esto es, equipara la filiación por adopción a la filiación por naturaleza⁸⁸. Además, al adoptante únicamente se le exige que sea mayor de veinticinco años y, que tenga, al menos, catorce años más que el adoptado⁸⁹.

En definitiva, como ha podido comprobarse a través del análisis que, sin ánimo de ser exhaustivo, se ha realizado, la concepción doctrinal unitaria por razón de la capacidad personal de la institución adoptiva encuentra su base en la evolución histórico-jurídica que se desarrolla a partir del Derecho romano y su tradición medieval. En este ámbito, debe concederse especial consideración no sólo al Fuero Real y Partidas sino que influyen considerablemente, también, los cuerpos normativos regionales y locales.

⁸⁸ La Ley 21/1987, de 11 de abril, permite únicamente la adopción de menores de catorce años no emancipados y salvo raras excepciones se admitirá la adopción de una persona mayor de edad, así se determina en el art. 175, punto 2, del Cc.: “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”.

⁸⁹ 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.*