

ALGUNAS NOTAS PROCEDIMENTALES EN TORNO A LA ADOPCIÓN ROMANA¹

SALVADOR RUIZ PINO

Profesor de Derecho Romano. Universidad de Córdoba

Resumen: Es objeto de este estudio apuntar algunas cuestiones relativas a los órganos a los que el ordenamiento jurídico romano reconocía competencia para conocer sobre las causas de adopción, tanto de la *adrogatio* como de la *datio in adoptionem*, así como de señalar algunas notas procedimentales distinguiendo entre las causas de *adoptio* y aquellas causas de *adrogatio* que, como bien es sabido, se desarrollaban con el recurso a las curias o, posteriormente, al *rescriptum principis*.

Palabras clave: adopción, *adoptio*, *adrogatio*, Derecho Romano.

Abstract: Investigation brings over of the competent organisms in reasons of adoption, both of the *adrogatio* and of the *datio in adoptionem*. Also there are studied some procedural questions of the roman *adoptio* and *datio in adoptionem*.

Key words: adoption, *adoptio*, *adrogatio*, Roman Law.

Sumario: I. Introducción.–II. Capacidad y requisitos para la *adrogatio*.–III. La capacidad activa de la mujer para adoptar *in solatium liberorum amissorum*.–IV. Procedimiento y requisitos formales de la *adrogatio*.–V. Órganos competentes para conocer sobre las causas de *datio in adoptionem*.–VI. Un breve apunte acerca de la posición del adoptado durante el procedimiento de la *datio in adoptionem*.

¹ Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-06460-C02-01, «La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento», dirigido y coordinado por el Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina científico humanista en general, historiadores, sociólogos y juristas, de manera prácticamente unánime, han venido a afirmar doctrinalmente que, en rasgos generales, la familia, en sus diversas concepciones a lo largo de la Historia, supone el principio fundamental sobre el que se ha asentado tradicionalmente la organización social, desde la cultura jurídico-social del mundo antiguo hasta nuestros días. No obstante esto, y pese a que el Derecho de familia es uno de los sectores más atractivos del Derecho privado, podemos considerar que, paradójicamente, en aspectos fundamentales constituye uno de las parcelas menos estudiadas por la romanística española e internacional, cuyas investigaciones en una gran mayoría han sido dirigidas al ámbito del Derecho patrimonial, obligacional o de derechos reales. Incidiendo aún más en el ámbito científico-técnico del Derecho de familia² es probablemente la filiación una de las cuestiones que presenta un menor tratamiento doctrinal, el que, sin duda, se acentúa en lo referente a la filiación adoptiva, la cual plantea, además, un doble aliciente, el interés progresivo que ha adquirido en los últimos tiempos, de un lado, y las constantes y continuas modificaciones que ha sufrido dicha institución a lo largo de toda su historia, de otro. No es posible entender el Derecho de familia en Europa y, por ende, en el pensamiento jurídico occidental, prescindiendo de la familia romana, afirmación que bien puede extenderse a todo lo relativo a la institución adoptiva.

Es objeto de este estudio apuntar algunas cuestiones relativas a los órganos a los que el ordenamiento jurídico romano reconocía competencia para conocer sobre las causas de adopción, tanto de la *adrogatio* como de la *datio in adoptionem*, así como de señalar algunas notas procedimentales distinguiendo entre las causas de *adoptio* y aquellas causas de *adrogatio* que, como bien es sabido, se desarrollaban con el recurso a las curias o, posteriormente, al *rescriptum principis*.

² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, págs. 265 y ss.: «El concepto y la significación de la familia en Derecho Romano, sufren una profunda evolución a lo largo de los siglos, manifestada, en las distintas etapas históricas, desde su originario alejamiento, en los primeros tiempos, de la noción actual de familia, hasta su notable proximidad, en la legislación justiniana, a la vigente concepción de la institución. Véase también, del mismo autor, *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1984. Cfr. ALBUQUERQUE, J. M., *La prestación de alimentos en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010.

II. CAPACIDAD Y REQUISITOS PARA LA ADROGATIO

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

Respecto a la capacidad activa para arrogar, la única exigencia del derecho antiguo viene a resumirse en la circunstancia de que el arrogante debe ser un varón *sui iuris*, lo que conlleva a declarar la explícita incapacidad de la mujer para poder arrogar, la cual queda fundamentada, de una parte, por su falta de capacidad comicial. Ciertamente, si la convocatoria de los Comicios Curiados por parte del Pontífice Máximo para realizar las interrogaciones oportunas, entre otros, al arrogante, era la formalidad exigida para la constitución de esta primitiva modalidad de la institución adoptiva, es razonable pensar que la ausencia de capacidad comicial de las mujeres las excluyera, al menos formalmente, de la posibilidad de arrogar. Más aún, como opina RODRÍGUEZ ENNES, L.³, este obstáculo formal no hubiese sido insuperable de no haber mediado también otros aspectos de carácter más sustancial.

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

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

Continuando con el análisis de la capacidad para poder arrogar, el propio GAYO nos informa que aún aquellos que no pueden engendrar, los eunucos (*spadones*), sí pueden adoptar⁴, siendo esto común tanto

³ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1978, pág. 53.

⁴ No obstante, parece ser que en el primitivo derecho tampoco los eunucos podrían adrogar; cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, cit., pág. 52.

a la *adoptio* como a la *adrogatio*. Tampoco se le niega al ciego la capacidad de adoptar o ser adoptado, como nos indica ULPIANO en el Libro primero de sus *Comentarios a Sabino*:

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

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

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

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

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

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

De la misma forma, el jurista nos indica con respecto a la arrogación de impúberes, que ésta unas veces estuvo prohibida y otras permitida⁵, pero que, por una epístola del emperador ANTONINO PÍO a los pontífices, se puede permitir con causa justa y ciertas condiciones. No obstante, la adopción de impúberes ante el pretor o ante el procónsul o el legado, en las provincias, está permitida:

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

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

est. Apud praetorem uero et in prouincis apud proconsulem legatumue cuiuscumque aetatis adoptare possumus.

Examinando el texto, no nos explicita GAYO cuáles son esas ciertas condiciones y esa justa causa que permitieran la adopción de impúberes. RODRÍGUEZ ENNES, L.⁶, nos indica, con base en la regulación justiniana que parece hacer referencia al rescripto de ANTONINO PÍO, que las circunstancias bien pueden ser las siguientes: en primer lugar, el necesario consentimiento del tutor; el patrimonio del arrogado retornaría a él si el arrogante muere antes de la pubertad de aquél; el arrogante tiene la obligación de restituir los bienes en caso de que el impúber arrogado muera *ante pubertatem* a los que serían herederos del arrogado si éste hubiese permanecido *sui iuris*; el arrogante debe restituir los mismos al arrogado si lo emancipa *ante pubertatem*; el arrogante no puede emancipar al impúber si no es *ex iusta causa* y no puede desheredarlo, y si hace alguna de estas dos cosas, debe darle la cuarta parte de sus bienes, que por ser establecida por un rescripto de ANTONINO PÍO se denomina *quarta divi Pii*; cuando el arrogado alcanza la pubertad puede solicitar la emancipación que le es concedida *causa cognitia*.

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

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

A esta cuestión deberemos responder con cautela, pues, aunque es cierto que los pontífices solían fijar algunos criterios al respecto por la potestad de control que ejercían sobre la *adrogatio*, RODRÍGUEZ ENNES, L.⁷, nos recuerda que la función originaria de la institución conduce de forma lógica a considerar irrelevante la edad de las partes. No obstante esta realidad jurídica, no faltaron los escándalos causados por la diferencia de edad en las adopciones, como el de CICERÓN ante la arrogación de CLAUDIO por FONTEYO, un ciudadano más joven que aquél. Aún así, como nos muestra este investigador⁸, la frase usada por CICERÓN⁹, *ut adoptio fili quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitate essevideatur*, no constituyó jamás una

⁶ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 70 y ss.

⁷ *Op. cit.*, pág. 61.

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, *op. cit.*, pág. 61, n. 130.

⁹ *De domo sua*, 14, 36.

regla inmutable del *ius pontificium*, por lo que la adopción de CLAUDIO por FONTEYO, aunque rara, fue válida. A pesar de ello, como dijimos, debemos tratar con cautela esta validez de arrogaciones de personas mayores que el *adrogans*, pues no tenemos que perder de vista la afirmación de ULPIANO, en el Libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, al dejar constancia de la imposibilidad de la arrogación de muchos sin justa causa, la de un liberto ajeno o, la que nos interesa ahora, la del menor al mayor (*nec maiorem minor*):

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

De la misma manera, aún cuando CICERÓN nos indique que la arrogación sólo se solía permitir cuando el *adrogans* alcanzase una edad en la que ya no cupiese esperar que tuviera hijos naturales¹⁰, nunca llegó a ser un verdadero obstáculo legal para adrogar el hecho de tener ya hijos legítimos, lo cual no dejaría de ser lógico analizando las causas del origen de la institución –principalmente la de continuación de la estirpe, que estaría garantizada de tener el arrogante ya una descendencia legítima–. Esto nos hace reafirmar, una vez más, la multiplicidad de las causas del origen y constitución de la institución adoptiva, que no pueden reducirse a las meramente dinásticas, aunque éstas cobren una particular relevancia. ULPIANO, en un texto el Libro XXVI de sus *Comentarios a Sabino*, recogido en D.1.7.15.2, nos indica que se debe examinar en las arrogaciones si el arrogante es menor de sesenta años pues debe atender preferentemente a la procreación de los hijos, salvo si una enfermedad o la mala salud fuere el motivo, o si hubiese otra justa causa para arrogar, como si quisiere adoptar a un pariente suyo. A esto se debe añadir lo señalado por un texto del libro VI de la *Doctrina de Casio* de JAVOLENO que se recoge en D.1.7.16, donde el jurista nos indica que la adopción tiene lugar en personas que pueden tener hijos de manera natural:

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

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

¹⁰ *De domo sua*, 15. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 61.

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

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

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

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

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

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

ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam.

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

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

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

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

Con respecto a la *adrogatio* de los libertos, un texto del Libro XLV de los comentarios al edicto de ULPIANO dice expresamente que *arrogatio liberti admittenda non est*¹¹, es decir, que no puede admitir-

¹¹ He aquí el texto íntegro del que procede, que relata la situación de un nieto manumitido por el abuelo que se dio en arrogación a su propio padre: D.37.12.1.2. (*Ulpianus libro 45 ad edictum*): *Nepos ab avo manumissus dedit se adrogandum patri suo: sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad eius successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret.*

se la arrogación de un liberto. No obstante, es de tener en cuenta un estudio de CRISTOFORO COSENTINI¹², en el que se deja constancia de la admisión de esta arrogación de libertos por parte de ingenuos en el derecho originario, de la que ya nos ofrece un relato histórico el mismo AULO GELIO:

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

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

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

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

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

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

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

C.8.47 (48). 3: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum eum, quem adrogare vis, libertum tuum esse profitearis nec ullam idoneam*

¹² COSENTINI, C., *Per la storia dell'adrogatio libertorum*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1948, págs 4 y ss.

causam precibus indideris, id est quod non liberos habes, intellegis iuris auctoritatem desiderio tuo refragari. * DIOCL. ET MAXIM. AA. MARCIANO. * <A 286 PP. XVI K. IUL. MAXIMO II ET AQUILINO CONSS.>

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

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

III. LA CAPACIDAD ACTIVA DE LA MUJER PARA ADOPTAR *IN SOLATIUM LIBERORUM AMISSORUM*

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

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

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

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

Las razones de esta apertura de la adrogación a favor de la mujer podemos verla en una doble vertiente. De un lado, la creciente influencia helénica de las provincias orientales pudo dejarse sentir por el mismo DIOCLECIANO. Pero del otro lado existen autores que argumentan que esta innovación es fruto de la inspiración cristiana, lo cual pasa por afirmar la propia interpolación del texto de la constitución imperial recogido en C. 8. 47(48).5. En este sentido, ALBERTARIO, E.¹³, defiende la interpolación del texto en cuestión en su segundo inciso, siendo auténtico el texto sólo en el primero, esto es, en la que hemos denominado afirmación general de la exclusión de la mujer de la institución¹⁴. Son varias las razones que esgrime este autor para concluir en el carácter no auténtico del texto, de entre las cuales cabe señalar el empleo de expresiones propias del latín del Bajo Imperio o la existencia de un rescripto del mismo emperador del año 294 d.C. (es decir, promulgado tres años después del texto en cuestión) en el que en un rescripto a Celso señala con rotundidad la ilicitud, sin excepción, de la adopción de la madre:

C.7.33.8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si is contra quem supplicas matris tuae quondam mancipia quasi filius ex causa tantum adoptionis defendit, adfectio destinatae illicitae adoptionis ad horum dominium ei quaerendum sola non sufficit. 1. Quapropter mancipia pe-*

¹³ ALBERTARIO, E., «La donna adottante», en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, XXVIII, Bolonia, 1934, págs. 170-178; Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales...*, op. cit., pág. 72, n. 169.

¹⁴ Es decir, C. 8. 47(48).5: *A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est.(...)*

tere non prohiberis nullam timens temporis praescriptionem, si hoc tantum initio procedente is contra quem supplicas horum possessionem adeptus est. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. CELSO.* <A 294 >

Así pues, podemos sostener con RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁵, que estamos en presencia de una innovación fruto de la inspiración cristiana que se sirvió de una institución que le ofrecía el Derecho griego, lo que permite considerar al texto de la constitución imperial recogido en C.8.47(48).5 una posible interpolación producto de este importante influjo greco-cristiano sobre el Derecho justiniano.

IV. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS FORMALES DE LA ADROGATIO

Tal y como se ha sugerido previamente, la *adrogatio* constituía un acto de enorme solemnidad y trascendencia que no se hallaba exento de cautelas jurídicas pues, parangonándolo a un instituto contemporáneo, bien podría corresponder casi a lo que hoy conocemos como un cambio de nacionalidad, pues el arrogado, que era sujeto *sui iuris*, se incorporaba como *alieni iuris* de una nueva jurisdicción, la del *adrogans*. Por eso no parece disparatado afirmar, con VALENTÍ ABREU, J.,¹⁶ que esta «naturalización» en la nueva familia conferían al *pater* arrogante prerrogativas semejantes al *ius gladii* de los magistrados permitiéndole, llegado el caso, disponer de la vida o la muerte del arrogado.

AULO GELIO, en sus *Noches Áticas*, explica que «la arrogación concierne a los que siendo *sui iuris* se someten voluntariamente a la autoridad del nuevo padre y por libre albedrío entran en la condición nueva». En cuanto a la formalidad que las rodea, el propio GELIO nos relata que «las arrogaciones no se hacen a la ligera y van rodeadas de medidas de precaución: se reúnen por decreto los pontífices, los comicios por curias; se examina (...) si su petición no es un ardid para apoderarse de los bienes de aquél a quien se quiere tomar por hijo y, en fin, se exige el juramento acostumbrado en tales casos según la fórmula prescrita por el pontífice máximo Q. MUCIO»¹⁷.

¹⁵ Glosando a RICCOBONO y ALBERTARIO. Cfr. *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 72.

¹⁶ VALENTÍ ABREU, J., *Paternalidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 17.

¹⁷ GELLIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 9.

Así pues, una vez realizada la investigación preventiva de los pontífices sobre la conveniencia de la *adrogatio*, a la que ya hicimos referencia, el *Pontifex Maximus* realizaba la convocatoria de los Comicios por curias. Es por esto por lo que, en opinión de RODRÍGUEZ ENNES, L.¹⁸, la *adrogatio* sólo se autorizaba a los *patres* que estuviesen en edad de poder participar en los comicios, y esto para que, de una parte, el honor y la carga de la familia fuese asumida con plena inteligencia y libertad de acción y, de otra, se valorase, merced a la intervención del pueblo, caso por caso, la importancia recíproca del núcleo familiar que se extinguía y el que se conservaba.

La convocatoria de los Comicios Curiados se realizaba, como de costumbre, oralmente y por escrito, mediante la promulgación de un edicto en el que se hacía constar el día (un día comicial, que no coincidía con días judiciales ni festivos, ni solían coincidir con días de mercado), el lugar (generalmente dentro del *pomerium*) y el objeto de la reunión, la *adrogatio* en cuestión¹⁹. Una vez convocados los Comicios Curiados, se realizan las interrogaciones de las que nos dan noticia las *Instituciones* de Gayo:

Gaius, *Inst.* I, 99: *Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an uelit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat.*

Estas tres interrogaciones, de las que la institución toma su nombre, cuentan con una capital y esencial importancia, tanto la interrogación a la persona del *adrogans* acerca de si quiere tener como hijo con arreglo a derecho a aquél que va a ser adoptado, como la interrogación sobre su consentimiento al que va a ser arrogado, y, cómo no, la interrogación al pueblo que, en ejercicio de la *publica potestas*, constituirá el vínculo con la promulgación de una *lex curiata*. Para poder realizarse una *adrogatio* son necesarios, por tanto, el concurso de los consentimientos de las personas del arrogante y arrogado²⁰ y del pueblo, representado por los Comicios por curias. No es de extrañar, por tanto, atendiendo a ULPIANO, que no pueda ser arrogado ni el ausente ni el que disiente:

¹⁸ *Bases Jurídico-Culturales de la institución adoptiva*, cit., pág. 50.

¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 127.

²⁰ Vid. BARBATI, M., *La rilevanza del consensus dell'adottando nell'adrogatio e nell'adoptio*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2000.

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

Las fuentes nos muestran cómo por el hecho de ser dueños de sí mismos (*sui iuris*), sólo se explora la voluntad del adrogado, no siendo necesaria ni siquiera la autoridad de aquellos entre quienes son consiguientes los derechos de agnación. Sólo en el caso de estar el arrogado bajo curatela debe la *adrogatio* ser autorizada por el curador, práctica jurídica que no fue necesaria, como nos indica MODESTINO, hasta tiempos del DIVINO CLAUDIO:

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

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

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

La fórmula utilizada para la *adrogatio* la hallamos en las *Noctes Atticae*, de Aulo Gelio:

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

De la fórmula utilizada para tan solemne acto, se extraen varias conclusiones:

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

En segundo término, sorprende que la propia fórmula que constituye el momento originario de la nueva relación paternofamiliar, como si de un «nacimiento para el derecho» se tratase, haga expresa alusión al sometimiento del arrogado al *ius vitae necisque* del arrogante. Esto, que explica por otro lado la inmensa cautela que se tiene al constituir arrogaciones, puede explicarse por ser este derecho sobre la vida y la muerte un paradigma de la potestad del nuevo *paterfamilias* a la que se somete el arrogado. Así, diciendo que se somete al *ius vitae necisque* se está indirectamente haciendo alusión a todos los demás caracteres de la potestad paternofamiliar, como si afirmáramos que aquel que tiene la potestad de la vida y la muerte de otro tiene también el resto de potestades.

Una vez realizada la interrogación al pueblo, en el seno de los Comicios Curiados, no había debate sobre la cuestión, la propuesta se aceptaba o rechazaba en bloque. De aceptarse, se procedía a la promulgación de la *lex curiata (lex rogata)*, que se conservaría, según la costumbre, en el erario público para su estudio e interpretación bajo la custodia de los cuestores²¹.

V. ÓRGANOS COMPETENTES PARA CONOCER SOBRE LAS CAUSAS DE *DATIO IN ADOPTIONEM*

Siguiendo el estudio de las fuentes jurídicas, encontramos en el ordenamiento jurídico romano que las causas de adopción o *datio in adoptionem*, pese a consistir en un procedimiento de jurisdicción voluntaria²², deben realizarse siempre ante un magistrado en quien re-

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., pág. 128.

²² Para todo lo referente a jurisdicción voluntaria en Derecho Romano y Derecho actual, cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1986 y 1999; Id., *La Jurisdicción Voluntaria (en el Derecho Procesal Español)*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2001; Id., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; Id., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2007; Id. y otros, *Protección Patrimonial de personas con discapacidad y Jurisdicción Voluntaria*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; Id., *Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria II*, Ed. Iustel, Madrid, 2008; «Convención de 2006 sobre los derechos de las persona con discapacidad y proceso de incapacitación», *Revista Icade, Universidad Pontificia de Comillas*, septiembre-diciembre de 2011; Id., «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n° 22, 2011; Id. «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del siglo XXI*, n° 31, mayo-junio 2010, Madrid, págs. 66-74; Id., «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona, n° 10, 2010, págs. 151-177; Id., «Dos reformas legislativas

pendientes: La Oficina Judicial y la Jurisdicción voluntaria», *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Problemas actuales de la Jurisdicción*, II, 2010, págs. 1462-1477; Id., «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», *Anuario de Justicia Alternativa. Tribunal Arbitral de Barcelona*, 10, 2010, págs. 140-177; Id., «Observaciones al Proyecto de ley de implantación de la Nueva Oficina Judicial», *Economist & Jurist*, Madrid, 2010; Id., «La nueva Oficina Judicial», *El Notario del siglo XXI*, n° 24, Madrid, marzo-abril de 2009; Id., «El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial», *Diario La Ley*, 8 de junio de 2009; Id., «El nuevo modelo de oficina judicial», *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, noviembre de 2009, págs. 693-706; Id., «La hora de la Justicia», *Estudios en homenaje al Prof. Elías Díaz, RJUAM*, n° 19, Madrid, 2009, págs. 129-153; Id., «La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido», *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008; Id., «Fundamentos históricos del arbitraje moderno», *El Notario del siglo XXI*, n° 20, Madrid, julio-agosto de 2008, págs. 44 y ss; Id., «Protección de las personas vulnerables: la atención a situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria» (Ponencia presentada en los Cursos de Verano de la Universidad Menéndez Pelayo (UIMP) Organizado por el Consejo General del Notariado en agosto de 2007), *La defensa Jurídica de las Personas Vulnerables*, Thomson-Civitas, Santander, 2008, págs. 405-444; Id., «Procura y Reformas Legislativas», *Revista del Consejo General de Procuradores*, n° 77, diciembre de 2008, págs. 32 y ss; Id., «Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria» (I y II), *Economist & Jurist*, n° 106, diciembre-enero de 2007, págs. 100-105; y n° 107, febrero de 2007, págs. 60-68; Id., «El Notario como órgano de la Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, 11, Madrid, Enero-Febrero de 2007, págs. 60-69; Id., «El procedimiento general aplicable a Jueces y Secretarios Judiciales en el Proyecto de Jurisdicción Voluntaria de 2006», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fortaleza*, Brasil, 2007; Id., «La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado Constitucional de Derecho», *El Notario del Siglo XXI*, 11, Madrid, julio-agosto de 2007, págs. 140-197; Id., «La Jurisdicción Voluntaria en Las Cortes Generales», *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2007, págs. 1-10; Id., «Esperando a la Jurisdicción Voluntaria», en *Diario ABC*, 11 de diciembre de 2007; Id., «La administración de Justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales», *Revista Latinoamericana de Derecho Romano*, Buenos Aires, 2007, págs. 1-12 (también en *Revista General de Derecho Romano* <http://www.iustel.com> (RGDR), n° 6, junio, 2006); Id., «Notariado y Jurisdicción Voluntaria», *RJUAM*, 15, 2007, págs. 91-108; Id., «Documentación y Notariado en Derecho Romano», *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDIH)*, Roma, 2007, págs. 389-401; Id., «Reflexiones a propósito del Anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria de 2005», *In onore de Luigi Labruna. Fides. Humanitas. Ius*, MMVII, Editoriale Scientifica, Napoli, págs. 1791-1812; Id., «El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005», en *Diario La Ley*, 8 de junio de 2006; Id., «El anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria de Junio de 2006», *El Notario del siglo XXI*, VIII, Madrid, julio-agosto de 2006, págs. 54-61; Id., «Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006» I y II, en *Diario La Ley*, 27 y 28 de noviembre de 2006; Id., «La nueva configuración de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de junio de 2006», *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, diciembre de 2006, págs. 48-57; Id., «La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 2006, págs. 3-38; Id., «La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», en *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2005 (también en *RGDR* n° 5, diciembre 2005); Id., «El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *RGDR*, n° 5, diciembre de 2005; Id., «La hora de la Jurisdicción Voluntaria». *Estudios Homenaje a Rodríguez*

Mourullo, 2005; Id., «Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro», *Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo*, 2005; Id., «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje», *Anuario de Justicia alternativa. Derecho arbitral*, Barcelona, 2005, págs. 119-145; Id., «La Jurisdicción Voluntaria: Problemas, Interrogantes y Soluciones», *Estudios en homenaje al Prof. Franciosi*, Saturas Editrice, Nápoles, 2005, págs. 793-819; Id., «La reforma de la jurisdicción voluntaria», *Otrosí. Revista del Colegio de abogados de Madrid*, Madrid, septiembre de 2005, págs. 16-19; Id., «Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria. Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia», *Revista de la Asociación de Derecho Romano de Argentina*, La Patagonia, Argentina, 2005; Id., «La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado», *Protección Jurídica del Discapacitado. II congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, Burgos, 2007, págs. 191-214; Id., «Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», Homenaje al Prof. González Campos, *RJUAM*, 13, Madrid, 2005, págs. 109-132; Id., «A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano», *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII, págs. 95-134; Id., «La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro», *Derecho de los Negocios*, n.º 163, 2004, págs. 5-15; Id., «Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)», *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; Id., «Carácter contractual del arbitraje», *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004; Id., «El procedimiento de Jurisdicción Voluntaria», *Derecho y Negocios*, Madrid, 2004; Id., «La sanción constitucional de la jurisdicción voluntaria», *Derecho y Negocios*, Madrid, 2004; Id., «Documentación y notariado en Derecho Romano», *RGDR*, n.º 3, 2004; Id., «Contribución al estudio histórico del arbitraje», *Revista Jurídica de la UAM*, número 8, Madrid, 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id., «De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles», *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2; Id., «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», en *Ivra, Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. 54, 2003. (También en *RGDR*, n.º 4, 2005; y en *RJUAM, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12, 2005, págs. 117-142); Id., «Anteproyecto de jurisdicción voluntaria», *Ilustre colegio de Abogados de Lugo*, Lugo, 2002, págs. 54-58; Id., «La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias», *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002, págs. 1997-2036; Id., «La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente», *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, págs. 537-606; Id., «Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria», en *Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano*, <http://www.iustel.com>, Portal-Derecho, 2002; Id., «Arbitraje», en *Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano*, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2002; Id., «Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria», *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, págs. 22-24 y 2002, págs. 18-22; Id., «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, págs. 89-149; Id., «Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa» (I y II), *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, págs. 1277-1316 y n.º 37, págs. 1317-1341; Id., «Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho romano», *Revista de Estudios Latinos*, Madrid, 2001, págs. 189-200; Id., «La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000», *Derecho y Opinión*, Córdoba, 2000, págs. 329-342; Id., «A propósito de la competencia en mate-

sida la plena acción de la ley –*apud quem plena legis actio est*. Esto lo podemos encontrar, entre otros textos, en:

D.1.7.4.(*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

D. 1.16.3 (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.*

D.1.20.1. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei legis actio.*

C.8.47(48).1: *Imperator Gordianus. Hi, qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt.* * GORD. A. MARCIAE. * <A 239 PP. K. IUN. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

Los textos vinculan la capacidad para presidir un procedimiento de adopción a esta circunstancia de que resida en el magistrado en cuestión la plena acción de la ley. Comprobamos como por faltar esa cualidad ULPIANO niega que se pueda adoptar ante el Legado del Procónsul (que tampoco puede manumitir²³), sí pudiéndose hacer ante el Jurídico (*Iuridicum*) porque se le otorgó a éste la acción de la ley. MODESTINO, por su parte, nos muestra la opinión de NERACIO según el cual el magistrado sobre el que resida la acción de la ley puede, ante sí mismo, emancipar a sus propios hijos y darlos en adopción. Se detecta de la misma forma en los textos propuestos cómo un rescripto del Emperador GORDIANO dirigido a MARCIA del año 239

ria de «iurisdictio voluntaria» en Derecho Romano», *Revista de Derecho Notarial, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, CXXXI, Madrid, 1996, págs. 95-134; Id., «Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano «Iurisdictio voluntaria», en D. 1.16.2.pr.», *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1988, págs. 197-215; Id., «Elenco de manifestaciones de iurisdictio voluntaria en Derecho clásico y en la praxis postclásica», *Revista de Historia de Derecho Húngaro*, Budapest, 1988, págs. 18-39; Id., «Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano», *Estudios Homenaje a A. D'Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, págs. 427-457; Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite de asesoramiento sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de siete de mayo de 2007, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 821, págs. 31-44; «Potestad Jurisdiccional» y «Jurisdicción Voluntaria», en *Diccionario*, Ed. El Derecho, Madrid, 2009. Véase también ALBURQUERQUE, J.M., «Perspectivas procesales romanas, conexiones actuales, y nomenclatura moderna de algunos principios procesales. Especial referencia al fundamento histórico y actual de la pareja nominal *iurisdictio voluntaria*», en *Revista General de Derecho Procesal* www.iustel.com, nº 8, febrero 2006.

²³ D. 1.16.2.1 (*Marcianus libro primo institutionum*): *Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.*

anuncia taxativamente que los que se hayan bajo la potestad de otro no pueden ser adoptados conforme al *Ius Civile* sino ante aquél en quien reside la plena acción de la ley. Por tanto, la vinculación de la capacidad de presidir las adopciones en aquellos magistrados en quienes reside la plena acción de la ley queda sobradamente demostrada según las fuentes jurídicas.

En Roma, por tanto, el magistrado competente para presidir las adopciones entre ciudadanos romanos era, sin duda alguna, el pretor urbano, al que las fuentes hacen constante referencia en los procedimientos de *datio in adoptionem*, tal y como se extrae de los fragmentos de las *Instituciones* gayananas.

No obstante esto, sabemos que las adopciones, a diferencia de la primitiva *adrogatio*, podían ser realizadas fuera de la *Civitas*, en el ámbito provincial. En las provincias deben sustanciarse las adopciones ante un magistrado al que le fuera atribuida una potestad semejante a la del pretor, haciendo las fuentes, como veremos, expresa referencia a los cargos de procónsul y legado²⁴.

Es en este punto en el que aparece una importante duda jurídica. Mientras nadie duda de la competencia del procónsul de cara a la capacidad para presidir adopciones, sí existe controversia con la figura del legado, pues se hace necesario diferenciar entre el *legatus Caesaris* y el *legatus proconsulis*. Esta incertidumbre jurídica, en parte, está motivada por la fluctuación de los testimonios de los juristas. Veamos a qué nos referimos:

D.1.16.2.1. (*Marcianus libro primo institutionum*): *Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.*

D.1.16.3. (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.*

D.40.2.17. (*Paulus libro 50 ad edictum*): *Apud proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus: sed et apud legatum eius manumittere possumus.*

D.40.2.7. (*Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*): *Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve caesaris.*

²⁴ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 329 y ss.

De la exégesis de las fuentes se deduce que existe una vinculación formal entre la capacidad de los magistrados para presidir las manumisiones y la de presidir las adopciones. En los textos que hemos propuesto para discernir sobre esta confrontación acerca de la competencia del *Legatus* para presidir dichos procesos, se ven serias diferencias de criterios jurídicos. Por un lado, MARCIANO y ULPIANO en los primeros textos referidos niegan en rotundo la capacidad del *legatus proconsulis* para manumitir y adoptar, sobre el fundamento ya referido de la ausencia en estos magistrados de la plenitud de la acción de la ley. Esta *opinio iuris* contrasta seriamente con la afirmación de PAULO, según el cual no sólo podemos manumitir mediante la *vindicta* ante el Procónsul, habiendo salido éste de la ciudad, sino que también podemos manumitir ante su Legado.

Esta confrontación doctrinal sobre la competencia de los legados de los procónsules en estas materias de manumisiones y adopciones, negada por MARCIANO y ULPIANO y aceptada por PAULO, no parece tener una solución clara y satisfactoria. Es por eso que creemos conveniente, para dar luz sobre esta cuestión jurídica, aportar el testimonio del último texto propuesto en el que GAYO, refiriéndose a las manumisiones, señala expresamente que no es necesario hacerla ante el tribunal, sino que es frecuente la realización de manumisiones «al paso», es decir, cuando el Pretor, el Procónsul o el Legado del César sale para ir a bañarse, a pasearse o para asistir a los juegos²⁵. Podemos, pues, aceptar en este punto la opinión de la doctrina²⁶ que cree que el legado al que se refiere PAULO no es, aunque así se desprenda del texto, el Legado del Procónsul, sino este Legado del César al que viene a referirse GAYO expresamente en el fragmento propuesto del Libro I de su *Diario*.

También, como ya observamos, la figura del *Iuridicus Alexandriae* o Jurídico de Alejandría, al cual los emperadores LEÓN y ANTE-

²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 55. Ciertamente, como nos indica este autor, en Derecho Romano quedaba admitido que los actos de *iurisdictio voluntaria* se pudieran realizar fuera del tribunal, por ejemplo, en opinión de NERVA, el magistrado puede manumitir a los esclavos mostrados por su dueño a través de una ventana o, como afirma GAYO se puede manumitir incluso en la calle, cuando el procónsul o el pretor van a las termas o al teatro. «Conforme a estos textos, parece evidente que en materia de *iurisdictio voluntaria* no resulta necesaria en todo caso la presencia del *consilium*, si bien en circunstancias normales el magistrado ejercitaría su potestad jurisdiccional valiéndose de su *consilium*. Por otra parte, tampoco parece preceptivo el ejercicio de la *iurisdictio voluntaria* en días habilitados para la administración de la justicia, *dies fasti*.»

²⁶ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 329 y ss.

MIO reconocían capacidad análoga al gobernador de la provincia, los magistrados o el defensor de la plebe²⁷, por la repetida razón de que se le dio a éste la acción de la ley, puede presidir adopciones, según el testimonio de ULPIANO:

D.1.20.1: (*Ulpianus libro 26 ad Sabinum*): *Adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei legis actio.*

PAULO, por su parte, apunta el testimonio de la capacidad de los magistrados municipales para manumitir y emancipar, condicionada a que tengan o no la plenitud de la acción de la ley, por lo que podemos, por analogía de las fuentes, atribuirles también la potestad para presidir adopciones bajo las mismas condiciones:

PAULUS, *Sententiae*, 2.25.4: *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest.*

Con respecto a esta potestad de los magistrados municipales, si atendemos a distintas leyes municipales como la propia *Lex Irnitana*²⁸, la *Lex Ursonensis* o la *Lex Salpensana*, observaremos que los magistrados *dunviros* tenían facultad para atender y resolver diferentes actos de jurisdicción voluntaria, tales como las manumisiones o los nombramientos de tutor²⁹.

²⁷ C.1.57: *Imperatores Leo, Anthemius. Iubemus apud Alexandrinae dumtaxat clarissimae civitatis iuridicum licitum et concessum esse singulis quibusque voluntibus donationis conscriptae sollemniter instrumenta reserare, eisdemque robur adiciet gestorum series apud eundem virum confecta, tamquam si apud virum clarissimum moderatorem provinciae vel magistratus vel defensorem plebis habita fuisse diceretur.* * LEO ET ANTHEM. AA. ALEXANDRO DUCI ET PRAEF. AUGUSTALI. * <A 469 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI ZENONE ET MARCIANO CONSS.>

²⁸ En 1981 se encontraron en El Saucejo, Sevilla, seis de las diez tablas de bronce que debían constituir el texto de la *Lex Flavia Irnitana*. El contenido del texto encontrado coincide con el de otras leyes municipales, como la *Salpensana* o la *Malacitana* y corresponde a la redacción interpolada de la época flavia de la que llamamos *Lex Flavia municipalis*, cuya redacción vino a adaptar a los diferentes municipios hispánicos la *Lex Iulia municipalis* que Augusto había dado para la organización de los municipios de Italia poco tiempo después del año 17 a.C., cuyo tenor subsiste a pesar de las interpolaciones actualizadoras y de acomodación provincial. Cfr. D'ORS, A., *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma, 1986, págs. 11 y ss.; *Vid.* también, Id., *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953; RODRÍGUEZ NEILA, J.F., y MELCHOR GIL, E., (Eds.), *Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de occidente*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

²⁹ Para todo lo expuesto en materia de derecho municipal, véase ALBURQUERQUE, J.M., «La administración provincial, colonial, municipal y la justicia en la Hispania romana (1): especial referencia a la Bética romana, su capital Corduba y los magistrados municipales y órganos con iurisdictio según la *Lex Irnitana*», en *RGDR*, nº 7, diciembre 2006; «La justicia en la Córdoba romana», Ponencia organizada por la So-

Queda, por tanto, en este punto esclarecer si los magistrados con competencia para presidir adopciones pueden, efectivamente, presidir las de sus propios hijos o, en caso de ser él mismo el *filiusfamilias*, si puede darse en adopción ante sí mismo. La respuesta a ambas cuestiones es afirmativa, según se desprende del testimonio de PAULO y MODESTINO, recogiendo éste último la opinión favorable de NERACIO:

D.1.7.3. (*Paulus libro quarto ad Sabinum*): *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.*

D.1.7.4 (*Modestinus libro secundo regularum*): *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse neratii sententia est.*

Unido a lo anterior, debemos mostrar también el testimonio de PAULO, que nos indica, refiriéndose a las emancipaciones –afectando por tanto a la primera fase, al menos, de la *datio in adoptionem*–, que si bien se puede manumitir ante un *filiusfamilias* magistrado, él mismo, como hijo de familia, no puede manumitir, así como no puede hacerlo el Pretor ante su colega:

D.40.2.18 (*Paulus libro 16 ad Plautium*): *pr. Apud filium familias magistratum manumitti potest, etiamsi ipse filius familias manumittere non potest. 1. Apud collegam suum praetor manumittere non potest.*

No debemos dejar de señalar la existente posibilidad de convalidar aquellas adopciones que, por mediar algún defecto formal, son consideradas *adoptiones non iure factae*. Efectivamente, las fuentes dan sobradas muestras de la posibilidad de realizar la denominada *confirmatio adoptionis* ante el pretor o ante los cónsules, que en época imperial será una *confirmatio Principis*³⁰.

ciudad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, VII Jornadas, *Pasado y presente de la administración de justicia en Andalucía*, Salón de Actos del Palacio de la Merced, Diputación de Córdoba, días 27 y 28 de Noviembre de 2006 (actas del Congreso en prensa). En referencia a lo señalado, aclara este autor que «en estas leyes referidas todavía no aparece mencionado expresamente el término jurisdicción voluntaria, si bien se desprende del tenor de los mismos. Capítulo 28 del texto Irnitano que estamos analizando preferentemente: Si un municipio del municipio Flavio Irnitano que sea latino manumitiera, de la esclavitud a la libertad, ante el *dunvir* presidente de la jurisdicción de ese municipio...; Capítulo 29 de la misma ley: Quien no tenga tutor o lo tenga incierto, si es un o una múnicepe del municipio Flavio Irnitano, y no es un pupilo o una pupila, y hubiera solicitado del *dunvir* que preside la jurisdicción de ese municipio que se le nombre un tutor...».

³⁰ Vid. RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, II, Dalla pretesa influenza ellenocristiana alla riforma giustiniana*, Pubblicazioni della Facoltà de Giurisprudenza della Università de Messina, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pág. 63 y ss.

D.1.7.38 (*Marcellus libro 26 digestorum*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

D.1.7.39 (*Ulpianus libro tertio de officio consulis*): *Nam ita divus Marcus Eutyichiano rescripsit: «quod desideras an impetrare debeas, aestimabunt iudices adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionis».*

D.1.7.29. (*Callistratus libro secundo institutionum*): *Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quam sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si iure facta esset.*

VI. UN BREVE APUNTE ACERCA DE LA POSICIÓN DEL ADOPTADO DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE LA *DATIO IN ADOPTIONEM*

Constituye, asimismo, un punto importante de reflexión la referencia al problema histórico-jurídico de la relevancia del consentimiento del *filiusfamilias* adoptado durante el proceso de la *datio in adoptionem* que concierne, sobre todo, a su propia persona.

En este orden de conceptos no cabe duda alguna en lo que se refiere a la necesidad, atestiguada por las fuentes, de la concurrencia del asentimiento, al menos tácito, del adoptado para que fuese posible en época justiniana la realización de la *datio in adoptionem*. El conflicto jurídico-doctrinal aparece al afrontar la cuestión de si esta manifestación favorable de la voluntad del que es dado en adopción era exigida como tal en la época clásica del Derecho Romano. Esta fluctuación jurídica se ve avivada, además, por lo referido en un texto atribuido a CELSO que se contiene en D.1.7.5.:

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

En este fragmento, de contenido clásico dudoso, el jurista nos expresa que para las adopciones de aquellos que están bajo su propia potestad se explora únicamente su voluntad, más para los que son dados en adopción por su padre es necesaria la manifestación de la voluntad de uno y otro, ya sea consintiendo, o ya no contradiciendo.

La doctrina dominante, presidida en este punto por BONFANTE, P.³¹, tiende a excluir el valor de la voluntad del adoptado en la época clásica, considerando interpolado el texto atribuido a CELSO pues la primera vez que se regula, indica el autor italiano, la necesidad de la adhesión del *filiusfamilias* es por disposición de JUSTINIANO, que manifiesta necesaria, si no una declaración favorable, sí el asentimiento pasivo exteriorizado por el silencio o la no contradicción del acto realizado por los dos padres.

Por su parte, RUSSO RUGGERI, C.³², opina que esta conjetura resulta excesivamente radical. Según su parecer, aún siendo posible que el texto de CELSO haya sido susceptible de interpolación por los Compiladores (lo cual puede desprenderse de la contradicción lógica existente entre la primera y la segunda parte del texto), no es, sin embargo, creíble que la exigencia de tener en cuenta, bajo ciertos límites, la voluntad del *filiusfamilias* adoptado surja *ex abrupto* sólo en época justiniana. Para fundamentar su posición nuestra autora otorga relevancia a un texto de una controversia de SÉNECA, sobre el caso del hijo de una persona pobre que habiendo sido dado en adopción a un padre rico sufre la *abdicatio* paterna. He aquí el texto en cuestión:

SÉNECA, *Contr.* 2.1: *Dives tres filios abdicavit. Petit a paupere unicum filium in adoptionem. Pauper dare vult; nolentem ire abdicat.*

Este texto puede, en efecto, vincularse con aquel inconveniente que JUSTINIANO observaba en la legislación antigua de la *datio in adoptionem* por la cual promovió su modificación cuando afirma la circunstancia de si al fallecimiento del padre natural el padre adoptivo hubiese disuelto los derechos de la adopción, no le quedaba al hijo adoptivo ninguna esperanza, ni contra la voluntad del padre natural, porque al tiempo de la muerte de éste él se hallaba constituido en la familia de otro, ni contra el padre adoptivo, pues por la emancipación fue excluido de su familia.

C.8.47(48).10.: (...) *et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat*

³¹ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 37 y n.3.

³² *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 335 y ss.

familia constitutus, neque cont ra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est (...)

Apoyada en el testimonio antes descrito del jurista cordobés, RUSO RUGGERI, C. mantiene que las fuentes inducen a creer que el consentimiento del hijo fuese indispensable para efectuar la adopción, no siendo probable el requisito de la explícita adhesión del adoptando en la época clásica, pero pudiendo constituir la positiva voluntad del hijo una condición de validez que el magistrado tendría en cuenta para proceder a la *addictio*. Por lo tanto, no siendo requerida, en efecto, una adhesión explícita del adoptando, no podemos, según nuestra investigadora, considerar, como lo hace la doctrina predominante, totalmente ininfluyente la voluntad del adoptando, tal y como se desprende del texto de SÉNECA o del denominado *ius vetus* contenido en C.8.48 (47).10. Así pues, teniendo en cuenta el hecho de que tanto uno como otro testimonio se refiere expresamente al caso del *filius invitus*³³, resulta, bajo el prisma de nuestra autora, perfectamente posible la idea de que la explícita contradicción fuese tenida en cuenta en derecho clásico: no la expresión positiva de voluntad sino la voluntad negativa o *contradictio*. Así, del mismo modo en que se considera requerida la voluntad positiva del arrogando en la *adrogatio*, puede considerarse suficiente la no contradicción del adoptando en la *datio in adoptionem*³⁴, lo cual bien puede ser aceptado.

³³ SÉNECA, *Contr.* 2.1.19: *Divisio: Non puto vos quaerere quomodo haec controversia divisa sit, cum habeas negotii nihil; Fuscus tamen sit divisit: dico licuisse mihi adoptari, dico licuisse mihi recusare adoptionem; dico, ut non licuerit, recte tamen recusasse: et quod iure fit verum est, et quod sine iure, quod quidem rationem habeas. recte fit. Cum de iure diceret, dixit: «sub arbitrio, inquit, patris est». Si ob hoc subicior patri quia filius sum, in hoc sine dubio, ut filius sim: et ad manum argumentum est: nempe abdicanti respondeo. Quid ita? Qui respondeo, scilicet id ago, ne desinam filius esse; atque idem ago, cum respondeo emancipanti. Quid enim ad amittendum patrem interest utrum eiciat an transferat? Si non licet recusare, cur potius abdicas me quam tradis? Cum de officio diceret, in haec divisit: dico non fuisse dandum sine magna causa filium in adoptionem; dico multo minus a te; dice minime illi.*

³⁴ RUSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem, I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, cit., págs. 338-339.

