

# Eclipse y Renacimiento de la Adopción en su Devenir Histórico

**Luis Rodríguez Ennes**

Professor catedrático de Direito Romano na Universidade de Vigo (Espanha)

sdefdo@uvigo.es

**Sumário:** I. Introducción. II. Singularidad de la *adoptio* romana. III. Vicisitudes ulteriores.

**Resumen:** En mi opinión, una de las más especiales características de la adopción como institución jurídica es su larguísimo eclipse y su singular renacimiento. La extraordinaria importancia, incluso política, que tiene durante toda la historia de Roma, se desvanece con la caída del Imperio y, tras 1.500 años de ostracismo, no vuelve a renacer hasta el siglo pasado. Bastaría con lo ya señalado para justificar la actualidad del tema, como consecuencia de este panorama general. Pero el interés de la presente investigación se acrecienta cuando este fenómeno del “eclipse” y del “renacimiento” de la adopción se examina en la historia legislativa española.

**Palabras clave:** Eclipse. Renacimiento. Precedentes históricos. Derecho español.

## I

*Prima facie*, se hace necesario dar pronta respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Es la adopción un modo de crear una relación paterno-filial? ¿Es, acaso, una institución o relación de carácter patrimonial sucesorio? o ¿Es, quizá, un procedimiento técnico-jurídico, sin contenido específico propio, pura fórmula que ha servido y puede servir para el cumplimiento de las más variadas finalidades familiares, patrimoniales, políticas y religiosas...?

En otras palabras: la adopción es una institución que ha variado, no ya a lo largo de la historia –donde ha sufrido una profunda evolución– sino que, dentro de una misma época las diferencias entre unos y otros países son básicas. Y, aún más, pues sucede que, en un mismo país, se suelen reconocer tipos radicalmente distintos. Y es aquí cuando surge la interrogante. Desde el momento en que unos y otros reciben la misma denominación genérica “adopción”, ¿es lícito pensar que en todas existe un trasfondo común, una esencia y naturaleza unitarias? O, por el contrario, estas diferencias son

tales que cabría pensar si esta homonimia encubre solamente las consecuencias finales de diversos procesos de transformación que únicamente tienen en común un origen aproximadamente unitario.

La respuesta a estos interrogantes exige la previa delimitación de cuál ha sido la finalidad perseguida por la institución adoptiva a lo largo de todo su devenir histórico. En este sentido, cierto sector de la civilística ha entendido que el hecho de que la adopción se configure en cada época o país de una forma distinta para el logro de los fines concretos que en cada momento se persiguen, viene predeterminado por ser la adopción una creación ficticia de la Ley. Esta es una posición mayoritaria en la doctrina. Así se expresa, por ejemplo, López Alarcón: “No es la adopción una institución que haya mantenido rasgos uniformes, permanentes y definitivos a lo largo de la Historia. Al constituir una ficción jurídica, su consistencia es muy débil y la ratio essendi de la misma entronca con las necesidades políticas, sociales y éticas del momento evolucionando al compás de las mismas, con radicales alternativas en su existencia hasta llegar a la época moderna, en que la ficción se anula o reduce (¡o quizá aumenta!) en aras de una función protectora que tiene su fundamento en sentimientos caritativos políticos o de solidaridad humana.”<sup>1</sup>

Esta misma idea ha sido repetida o, al menos pensada, por casi todos los autores desde Aguilera<sup>2</sup> en el Primer Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, recogiendo el común sentir de los asistentes – al que se opuso Costa con brillante oratoria<sup>3</sup> –, pasando por Comas<sup>4</sup>, hasta llegar a Pío Cabanillas, quien en su defensa del proyecto de reforma

<sup>1</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M.: “La adopción y el Registro Civil”, en *Pretor* (enero-febrero 1965) p. 5.

<sup>2</sup> El Sr. Aguilera calificó a la adopción de “institución artificial, repugnada por la razón natural” [Cfr. COSTA, J.: *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, Madrid, 1883, p. 271]. En otro lugar de este mismo trabajo (cfr. pp. 263-264) recoge Costa la opinión manifestada en el mismo sentido por los Srs. Escosura y Zugarramundi: “La adopción es hija del sentimiento tan natural de la familia: se inventó para conservarla y perpetuarla, para consolar a las personas a quienes la naturaleza negó la dicha de tener hijos, o que habiéndolos tenido los perdieron. Ahora bien, cuando la Naturaleza ha dado satisfacción a ese sentimiento, la adopción no tiene razón de ser y es innecesaria (...) Su introducción en las sociedades modernas ha sido fruto de la filantropía, que es la caridad de los banqueros y de las damas del gran mundo, una falsificación y como remedo grotesco de la verdadera caridad. En el fondo es una transacción con el vicio disfrazado con máscara de virtud”.

<sup>3</sup> “¡Ah! –exclamaba el gran polígrafo aragonés– si la adopción es una institución artificial, el Derecho todo es artificio, un artificio el matrimonio, un artificio la tutela, un artificio el seguro mutuo, un artificio la sociedad cooperativa. Benditos artificios de cuyo juego ordenado depende la existencia de la humanidad y el progreso de la historia, y sin los cuales el hombre sería víctima y juguete de la naturaleza, y la tierra más que un valle de lágrimas, un verdadero infierno artificial que no ha ideado un gran árbitro soñador, sino que han brotado como un producto espontáneo de las entrañas mismas de la historia y ante las cuales debemos bajar humildemente la cabeza. No hay más que una soberanía en la sociedad, la soberanía del pueblo: cuando el soberano declare por sí su voluntad, no les queda a sus representantes más sino acatar sus resoluciones. El pueblo ha introducido en sus hechos la adopción, y al legislador no le es lícito prohibirla ni menoscabarla con limitaciones tan absurdas como la de las Partidas (cfr. COSTA, *La libertad civil*, cit. pp. 271-272).

de 1970, llegó a decir: “dado que la adopción es una creación jurídica, no debe olvidarse nunca que la finalidad de la institución ha variado con las circunstancias históricas...”.

Todas estas afirmaciones son parcialmente ciertas: en primer lugar y sustancialmente, en cuanto que toda institución lo es “jurídica” desde el momento en que el Derecho lo recoge y regula, atribuyéndole consecuencias jurídicas. Y en segundo término, en cuanto se quiera expresar así que por la adopción se crea una relación de parentesco, sin un substrato generacional, físico, en la naturaleza. Pero con otro aspecto son inexactas, si con ellas se pretende decir que se crea un parentesco ficticio, pues el que no se funde en la generación física no quiere decir que no sea real: así la afinidad, que es una auténtica y real relación jurídica familiar, y no tiene base natural.

En este orden de ideas, creemos que merece ser traída a colación la experiencia histórica romana por lo mucho que puede ayudarnos a encontrar una explicación a tan interesante problema. Ante todo, hay que señalar que la artificialidad del vínculo derivado de la adopción es una nota inexistente en el Derecho romano clásico y postclásico, en el que el ingreso en la familia era independiente del hecho biológico de la generación<sup>5</sup>. Se entraba a formar parte de la familia como se entra a formar parte del Estado, o por haber nacido de un miembro de la familia, o sometándose a la patria potestas del pater mediante la adrogatio o la adoptio y perdiendo, de este modo, toda relación o vínculo con la familia a la que se pertenecía antes. El ingreso del adoptado o arrogado en la familia del adoptante o arrogante producía las mismas consecuencias jurídicas que si fuese si hijo legítimo, ya que la pertenencia al núcleo familiar venía determinada, única y exclusivamente, por la sumisión a la patria potestas de una misma persona. Así las cosas, en Roma sería absurdo hablar de artificialidad del vínculo adoptivo: tan *filii familias* es el adoptado que ingresó en la familia por un acto voluntario del pater, como el descendiente legítimo de éste<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> “No hay que olvidar que la adopción no es una verdad, es una mera ficción, y si toda ficción es vituperable, aún en los asuntos ordinarios de las relaciones humanas, es mucho peor cuanto la ficción procede del legislador. Y no es una ficción a la manera que lo es la legitimación por subsiguiente matrimonio, que al fin en esta se parte de un hecho verdad, y lo que únicamente se finge es que el hijo nacido fuera del matrimonio nació después que éste se hubo celebrado; en la adopción se finge más, se finge que es hijo el que no lo es en realidad, y se subvierten las relaciones de la vida y se da un mentís a la naturaleza. No, no puede hacerse esto; el Derecho no crea personas, ni cosas, ni relaciones (...); por esto entiendo que es profanar la paternidad y la filiación el otorgar la patria potestad a una institución puramente artificial y ficticia que está fuera de la realidad de la vida, y para la cual es bastante modelar una institución jurídica más en armonía con la verdad y más adecuada a la relación meramente afectiva, de protección y de piedad, a que únicamente la adopción puede dar lugar” [cfr. COMAS, A.: La revisión del Código Civil (Madrid, 1902) pp. 406-407].

<sup>5</sup> Sobre la adoptio romana, vid.. RODRÍGUEZ ENNES, L.: Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva, Santiago de Compostela, 1978, con abundante bibliografía.

<sup>6</sup> A este respecto es claramente explícita la definición de familia que formula Ulpiano en D. 50, 16, 1-3: *Iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate.*

La nota de ficción, de artificialidad, va introduciéndose paulatinamente a partir de la época postclásica. Originariamente la familia romana sólo comprendía a los agnati, es decir, las personas que permanecían bajo la potestas del pater. Con la evolución de las instituciones, a la que coadyuvó en gran medida el desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia las provincias orientales, donde no existe una patria potestad en el genuino sentido romano, se introduce en el Derecho romano la *cognatio*, que es el parentesco basado en la comunidad de sangre.

Los vínculos cognaticios van sustituyendo progresivamente a los agnaticios hasta el punto de que –en la época justiniana- puede decirse que, tanto de la antigua institución de la patria potestas como de la concepción jurídica de la adopción, sólo sobrevive el nombre. La proclamación con carácter general en las fuentes justinianas del principio *adoptio naturam imitatur*, consecuencia lógica del triunfo del parentesco por la sangre, implica la aparición de una nueva adopción radicalmente diferente a la genuina *adoptio romana*, por cuanto aquella, a diferencia de ésta, ya no está inspirada en la idea de procurar la agregación de nuevos súbditos a la familia, para lo que es irrelevante que existan condiciones tales que puedan hacer parangonable la adopción a la relación de filiación, sino que se funda en una construcción artificial de la descendencia natural; el principio de la *imitatio naturae* denuncia que la adopción se concibe –al igual que en su moderna regulación como un sustitutivo de la filiación natural.

Las consecuencias de un giro tan radical en la concepción de la institución son de enorme importancia. La primacía del parentesco por la sangre, el hecho de que la procreación en matrimonio legítimo constituyera el único medio de ingresar en la familia, originó el nacimiento de la tradicional desconfianza hacia la institución adoptiva. Es a partir de Justiniano cuando la adopción deja de ser una institución natural que forma parte integrante del sistema familiar, para pasar a constituir una ficción, una institución excepcional. De ahí que se establezcan requisitos que no repugnan directamente a la ficción, de ahí la máxima *adoptio naturam imitatur*; de ahí, finalmente, la restricción en punto a los efectos y, por ende, el que la equiparación entre los hijos adoptivos y los legítimos no haya pasado de ser un mero *desideratum* de los legisladores. Con lo que acabamos de exponer, creemos que queda suficientemente claro que tan sólo desde Justiniano puede hablarse de la adopción como ficción de la naturaleza. Pretender predicar esta afirmación de toda la larga evolución de la institución desde Roma es, cuando menos, distorsionar la evidencia de las fuentes.

Entre la civilística moderna se ha ido abriendo paso –no sin dificultades- una dirección doctrinal que –siguiendo el camino iniciado tan brillantemente por Joaquín Costa<sup>7</sup> - pone en duda la artificialidad del vínculo adoptivo. En este contexto, merece

---

<sup>7</sup> Sobre la opinión de Costa, vid., la nt. 3.

ser reseñada la opinión de Roca Juan<sup>8</sup>, quien afirma: “sin embargo, aunque no parece dudoso que, desde un punto de vista biológico, la familia es una entidad extra-jurídica no es menos cierto que –como ya escribía Colin<sup>9</sup> - puede establecerse la distinción entre “vínculo de parentesco”, fundado en el vínculo de consanguinidad y “vínculo de familia”, que se funda en un acto de voluntad, y que la característica esencial de la familia está en ser una entidad que aparece como un grupo social organizado por la costumbre o por la ley, de modo más o menos artificial, por lo que sus principios pueden variar según las épocas y según las razas (...) De manera que hablar de la “artificialidad”<sup>10</sup> de la adopción y de la familia adoptiva para contraponerla a la “naturalidad”<sup>11</sup> del matrimonio y de la familia legítima, basada en éste, pierde su valor absoluto, porque, desde e punto de vista legal, los dos serían igualmente artificiales”<sup>12</sup>.

Aclarado este punto, creemos estar en disposición de analizar siquiera sucintamente, cuál ha sido la finalidad perseguida por la adopción o, mejor dicho, el interés principalmente protegido por el legislador al organizar su regulación en cada época. La adopción ha atravesado por tres grandes etapas a través de los tiempos. La primera, correspondiente a los derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi-pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante; una intermedia, en la que pierde el favor de que anteriormente gozaba -al variar los presupuestos socio-políticos- regulándose como acto desprovisto de las antiguas formalidades solemnes e, incluso, en ocasiones, como acto meramente privado y en la que se considera como una institución filantrópica, con un sentido marcadamente paternalista, al que responden las codificaciones decimonónicas; y un período final en el que vuelve a gozar del favor legislador, por imposiciones sociales, quien la somete a rigurosas condiciones o requisitos de fondo y de forma, en interés primordial del hijo adoptivo menor.

<sup>8</sup> S ROCAJUAN, JUAN: Sobre la nueva adopción. Discurso inaugural del curso 1971-72, La Laguna, 1971, p. 29.

<sup>9</sup> COLIN, A., “De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation”, en RTDC (1902) p. 206: “Lo que produce la familia es un acto de voluntad: el matrimonio, la adopción, el reconocimiento”.

<sup>10</sup> En bastardilla en el original.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> El mismo autor añade en su impecable argumentación: “Si el parentesco se funda en la comunidad de sangre que origina un vínculo entre personas que descienden unas de otras, o de un tronco común, significando el título o “porqué” se está en una determinada relación familiar no deriva de la generación, sino de un acto solemne de voluntad, que es el matrimonio. Análogamente pueden verse hoy en la adopción los efectos correspondientes a una situación familiar, creando efectos personales y patrimoniales característicos de la familia, por un acto de voluntad” (cfr. ult. loc. cit.) Sobre el trabajo de Roca Juan, vid. nuestra recensión publicada en el ADC (26) fasc. 1, pp. 331 ss.

## II

La *adoptio*, en sentido genérico, es la forma jurídica por la que una persona extraña a la familia, distinta de la mujer, es agregado a la misma en calidad de *filius familias*. La *adoptio* se subdistingue en *adoptio* o adopción propiamente dicha, y *adrogatio*, que es la adopción de un jefe de familia o *sui iuris*, conllevando la agregación de todos sus bienes y de todas las personas a él sometidas. El nombre de la adopción expresa en el Derecho moderno un residuo de las dos mencionadas instituciones, pero no sirve para comprender la institución romana en su época más antigua<sup>13</sup>.

En efecto, la *adoptio* romana responde a preocupaciones tan alejadas de las actuales que no nos es posible comprender su verdadera naturaleza si no nos trasladamos a aquel ambiente, a aquel mundo<sup>14</sup>. No está inspirada en la idea de construir artificialmente la relación de filiación y en el fin sentimental de suplir la falta de prole natural. La comprensión del régimen de la *adoptio* romana exige, por el contrario, colocarse en la perspectiva de lo que esa institución significa en la época arcaica, es decir, cuando *adoptio* y *adrogatio*, en las relaciones entre grupos familiares que tenían un carácter de organismo político-religioso soberanos significaban una concesión de la ciudadanía individual de un grupo soberano a otro grupo soberano, esto es, la concesión de la ciudadanía a toda una comunidad extraña<sup>15</sup>.

El mismo nombre de *adoptio* se manifiesta ya lejano de la concepción moderna y coherente con la ahora descrita. *Adoptio* no alude a la construcción de ninguna relación, aunque sea ficticia, de filiación, sino que expresa sólo la agregación de un extraño elegido para acrecentar el grupo familiar, es decir, de un nuevo sujeto de la potestad del pater familias. *Adrogatio* es también un término que se mueve dentro del mismo orden de ideas.

Por otra parte, la coexistencia de ambas modalidades es difícil de conciliar con la idea de que la *adoptio* antigua tratara de satisfacer la carencia de hijos naturales. Aquella finalidad podía ciertamente colmarse con la asunción de un individuo –como en la *adoptio*– pero resulta difícil comprender que lo mismo se persiga con la asunción de una familia completa, que puede ser muy numerosa, tanto más cuanto se observa que la *adrogatio* no es un fenómeno excepcional, sino muy frecuente. La incongruencia desaparece si se admite que la *adoptio*, en sus dos formas, tenía en la era arcaica el significado que le hemos dado, esto es, el de la agregación de nuevos ciudadanos, puesto

<sup>13</sup> S. DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* 4, Valencia, 2009, p. 429 ss.

<sup>14</sup> MAYNZ, C.: *Curso de Derecho romano precedido de una introducción que contiene la Historia de la legislación y de las instituciones políticas de Roma*, trad. esp. A. J. Pou y Ordinas, III, Barcelona, 1888, p. 328, nt. 1.

<sup>15</sup> BONFANTE, P.: *Corso di Diritto romano, I, Diritto di Famiglia*, Roma, 1925, p. 19.

que esta institución servía entonces a los grupos romanos primitivos para los mismos fines para los que se la ve funcionar en todas las demás organizaciones primitivas, con distintas denominaciones: reforzar y vigorizar las comunidades con elementos extraños<sup>16</sup>. Se manifiesta así, aquí, el mismo medio con el que posteriormente la Roma ciudadana procedió para revitalizar sus propias fuerzas sociales, incorporando a la ciudadanía a enteras comunidades y regiones<sup>17</sup>.

Todo ello determinó la gran importancia que llegó a alcanzar esta institución, hasta el punto de que puede afirmarse sin ambages que la historia de las familias romanas más ilustres –los Escipiones, los Césares, los Claudios– es una historia de adopciones<sup>18</sup>: sirven para evitar la extinción de las grandes familias republicanas; en el Principado son utilizadas por los emperadores para designar sucesor<sup>19</sup>. La división de clases sociales entre patricios y plebeyos, sus protagonismos y luchas por el poder y las vicisitudes por las que pasaron las magistraturas públicas que las representaban, fueron causas muy abonadas para que se considerara la adopción como el instrumento mediante el cual se pasaba de una clase a otra, haciéndose adoptar un patricio por un plebeyo y viceversa, e introduciendo de este modo personas extrañas a la familia natural<sup>20</sup>. Pero es sobre todo el régimen más antiguo de la institución el que depone a favor del originario valor de la *adoptio*, ya que esta institución está todavía construida de forma que no se presenta idónea para establecer una relación de filiación, mientras que sí lo es para verificar la agregación de una persona o de un grupo a un organismo de naturaleza político-religiosa.

<sup>16</sup> Ello explicaría la intervención comicial en la *adrogatio* que analiza con precisión A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje* 11, Madrid, 2009, p. 73 ss.

<sup>17</sup> Vid., a este respecto: BRAVO BOSCH, M. J.: *El largo camino de los “hispani” hacia la ciudadanía*, Madrid, 2009, *passim*.

<sup>18</sup> Cfr. Para las fuentes literarias: Cic., *Pro domo sua*, 24; Gel., *Noctes Atticae* 5, 19, 9; Liv., *Ab urbe condita* 45, 50; Suet.; Claudio 5, 39; Tac., *Annales* 12, 25. Una recopilación de ejemplos históricos de adopciones puede verse en VOIGT, M., *Die Zwölf Tafeln II*, Leipzig, 1883-84, p. 309, nt. 14. Vid., también OTERO, A., *Sobre la realidad histórica de la adopción*, en *AHDE XXVIII* (1958) p. 1145.

<sup>19</sup> Es lugar común a este respecto, la cita del texto de Tácito (*Annales*, 12, 25) en el que pone de manifiesto como el emperador Claudio adopta a Nerón anteponiéndolo a su propio hijo Germánico. Una referencia a la adopción de Tiberio por Augusto puede verse en Inst., 1, 11, 11. Sobre la adopción imperial vid. PARADISI, B., *Designation et Investiture de L'Empereur Romain (I<sup>a</sup> e II<sup>a</sup> après J.C.)*, París, 1963. Vid., también JAVIERRE, J. M., *El tema literario de la sucesión*, Zurich, 1963 p. 38-64. Sobre sucesión en el Principado, vid d'ORS, A., *Introducción al “Panegírico de Trajano” de Plinio el Joven*, Madrid, 1955 p. XXXII-XXXIV; LEMOSSE, M.; “L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du Droit civil”, en *Studi Albertario*, I, Milán, 1953; GESCHE, H., “Hat Caesar den Octavian Zum Magister equitum designiert? (Ein Beitrag zur Bauerteilung der Adoption Octavians durch Caesar)”, en *Historia* 22 (1973) p. 468 ss.

<sup>20</sup> GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit Romain* 3, París, 1929, p. 186, nt. 4; HORVAT, M., “Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome”, en *Studi Grosso* 6, Turín, 1970, p. 45 ss.

Durante siglos estas dos modalidades de la adopción van a seguir su evolución propia, permaneciendo todavía separadas en la época justinianea la denominación y las formas de ambas instituciones, lo que en opinión de Arangio-Ruiz “constituye una de las notas más características del espíritu conservador de la jurisprudencia romana”<sup>21</sup>. Empero, pese al antedicho conservadurismo jurisprudencial, la intervención del pretor, aquí como en todas las instituciones romanas, va a ser decisiva. El Imperio y, sobre todo el Bajo Imperio, van a acabar de simplificarlas y de dotarlas de una nueva estructura en consonancia con las necesidades y las concepciones de una sociedad fuertemente evolucionada. Al término de este trabajo plurisecular, las dos instituciones se fundieron en una sola, del mismo modo que permanecen unidas en la moderna concepción de la adopción.

En efecto, fue en la época postclásica cuando *adoptio* y *adrogatio* sufren radicales transformaciones<sup>22</sup>. La influencia de las normas de la familia natural junto con el influjo de las costumbres helénicas, donde no existe una patria potestad en el genuino sentido romano, contribuyeron en gran medida a dar un nuevo sentido a la institución<sup>23</sup>. Como acertadamente señala Bonfante: “en la adopción –postclásica- no se considera la adquisición de la patria potestad, que ni siquiera es mencionada, sino el derecho a la asistencia y a la sucesión por parte del hijo adoptivo. Esto constituye el paradigma del pensamiento heleno-cristiano y, precisamente, el punto de vista opuesto al pensamiento de los romanos”<sup>24</sup>.

La adopción romana se establece en el interés del adoptante y de la familia considerada como grupo, la nueva adopción es en el interés del adoptado y, en consecuencia, le atribuye al adoptante más deberes que derechos hasta el punto que puede decirse que, tanto de la antigua patria potestas como de la concepción jurídica de la adopción, sólo sobrevive el nombre. Esta transformación tan radical de la adopción se debe –como ya apuntábamos- a la influencia preponderante del punto de

<sup>21</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano* 11, Nápoles, 1952, p. 466.

<sup>22</sup> WATSON, A., *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford, 1967.

<sup>23</sup> SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 148: “This archaic and petrified law was drastically reformed in the postclassical period”. Esta frase no es exagerada en opinión de BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, III, Milán, 1954, p. 59.

<sup>24</sup> BONFANTE, P., *Corso*, cit., I, p. 59. Esta nueva concepción de la adopción aparece en documentos greco-egipcios: Pap. Lips. 28 (a. 381 d. C.) Pap. Oxy. 9, 1206 (a. 335 d. C.); cfr. TAVBENGCHAG, R., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri* 2, Varsovia, 1955, p. 135. Sobre las innovaciones postclásicas en el Derecho de Familia, ver entre otros: AMELOTTI, M., *Per le interpretazioni della legislazione privatistica di Diocleciano*, Milán, 1960, p. 109 ss.; GAUDEMET, *Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Christianisme*, en *Romanitas* 4 (1962) p. 58 ss.; VOLTERRA, E., en *ED* 16 (1967) p. 723 ss.

vista heleno-cristiano que, en decir de Riccobono “penetra como una llama viva en la legislación justiniana”<sup>25</sup>. De acuerdo con esta opinión —que podemos considerar tradicional— la doctrina cristiana que había difundido una diversa concepción de la vida, nuevos ideales de paz, de caridad, inspiró al legislador otras motivaciones en la regulación de los intereses y los hechos humanos. Así se explica la tendencia que se advierte en el derecho codificado de Justiniano a la consideración del bien y la ventaja de la otra parte, a la protección del débil y de la pietas. En armonía con las ideas anteriormente expuestas, la adopción pasa a asumir una función ético-afectiva en tanto en cuanto se concibe como un acto destinado a proporcionar consuelo a los matrimonios sin hijos<sup>26</sup>. Esta concepción está en consonancia con las nuevas corrientes cristianas difundidas por los Santos Padres<sup>27</sup>.

Algunos autores como Ferrini<sup>28</sup>, Mitteis<sup>29</sup> y Arangio-Ruiz<sup>30</sup>, señalan la influencia preponderante del derecho helénico en la radical transformación de esta institución. Otros, por el contrario, como Albertario<sup>31</sup>, Biondi<sup>32</sup> y Bonfante<sup>33</sup>, entienden que la consagración a nivel legislativo de la nueva concepción ética de la adopción, se debe a la interpretación de ambos elementos: el derecho griego difícilmente habría podido determinar una transformación tan profunda sin el apoyo de las nuevas

<sup>25</sup> RICCOBONO, S., “Cristinaesimo e diritto privato”, en RDC (1911) p. 36. En la segunda mitad del siglo XIX era lugar común entre los romanistas la opinión de que el cristianismo ejerció su benéfica influencia en la sociedad medieval, no en la romana: en el Derecho romano no se encontraba el influjo cristiano salvo en las *piae causae* y en la relación contra el divorcio. La única voz disidente procede de un cultivador del Derecho civil, TROPLONG, R. T., quien en 1843 publicó en París una obra titulada *L'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains* en la que se pone de manifiesto el influjo de la doctrina cristiana, al menos en punto al derecho de la persona y de la familia. Este libro fue duramente criticado por la Escuela Histórica porque adolecía de un defecto fundamental: presuponer que los principios esenciales de la religión cristiana estaban difundidos en un estado latente en todas las clases sociales romanas al tiempo de los grandes jurisconsultos, a los cuales, por tanto, se atribuían lenguaje y sentimientos perfectamente cristianos [Cfr. PADELLETTI, G., en AG, XII (1918) p. 191] dice del trabajo de TROPLONG, R. T., que “está escrito con una increíble ligereza y con inconcebible ignorancia del tema”.

<sup>26</sup> D'ORS, A., *Derecho Privado Romano* 3, Pamplona, 1973, p. 247.

<sup>27</sup> S. AGUSTÍN, en Johan. Evang. Tract., 2, 1, 3=P.L., 35, 1394 dice: *Multi homines cum filios non habuerint peracta aetate adoptant sibi, et voluntate faciunt quod natura non potuerant* y el Sermo, 61, 16=P. L., 38, 348: *Nam et qui adoptant filios; Cassius eos corde gignunt quos carne non possunt*. Un amplio estudio de la influencia de la patristica en la concepción postclásica de la institución adoptiva puede verse en BIONDI, B.; *Il Diritto Romano Cristiano*, cit., III, p. 61-64.

<sup>28</sup> FERRINI, C.; *Manuale di Pandette* 4, revisado por Grosso, Milán, 1953, p. 887.

<sup>29</sup> MITTEIS, L., *Rechtsrecht und Volksrecht in den ostlichen Provinzen des römischen kaisersreich*, Leipzig, 1891, p. 214, 229 ss.

<sup>30</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 470.

<sup>31</sup> ALBERTARIO, E., “La donna adoptante”, en AG 28 (1934) p. 13 ss.

<sup>32</sup> BIONDI, B., *Il Diritto romano Cristiano*, cit., III, p. 60.

<sup>33</sup> BONFANTE, P., Corso, I, *Diritto di Famiglia*, cit., p. 26.

corrientes religiosas; por otra parte, el influjo cristiano habría resultado inoperante de no existir estas nuevas exigencias de carácter ético. En nuestra opinión entendemos –siguiendo a Volterra<sup>34</sup>, que para una investigación acerca de la influencia del cristianismo en el Derecho de Familia, es difícil encontrar bases seguras de apoyo en las fuentes jurídicas, habida cuenta de que continúan proclamando principios e instituciones clásicas. Otro gran inconveniente lo constituye la legislación fluctuante del Bajo Imperio sometida a variadísimas influencias. Estamos en presencia de una época que bien podríamos calificar de tormentosa para el Derecho romano y, especialmente, para el Derecho de Familia; cada emperador que accede al poder está inflamado de un espíritu de reforma que le arrastra a la destrucción de la obra legislativa de su predecesor. Las transformaciones operadas por el cristianismo se encuentran ocultas en gran medida, incluso en la etapa de Justiniano que conserva en el Código y en el Digesto algunos principios e instituciones ya periclitados. El influjo cristiano aparece con más celeridad en el Derecho bizantino.

Hemos visto como en la oscura etapa postclásica la antigua adopción comienza a ser minada en su forma y sustancia por las instituciones provinciales. La progresiva helenización del Imperio, el desplazamiento de su centro de gravedad a Bizancio y la consolidación del cristianismo van a ocasionar la desaparición de los caracteres originarios de esta institución jurídica<sup>35</sup>. El golpe definitivo lo dará Justiniano fijando y desarrollando, sobre la base de las escuchas, el principio de que la adopción imita a la naturaleza, cancelando todos los efectos de la adopción propia y verdadera e insertándola plenamente en los nuevos fines éticos asignados a la familia.

El *ius novum* viene, simplemente a consagrar el cambio que ya se había producido en las relaciones familiares. El parentesco agnaticio fue rechazado y hubo de ceder el puesto al parentesco cognaticio, es decir, por vínculos de sangre. La familia, en lugar de estar fundada sobre la potestad del pater y agrupar en torno a él a quienes estaba ligados por la agnación, presentará a partir de la Novela 18 (año 453) los mismos caracteres que la familia actual. A través de la nueva reglamentación de la adopción Justiniano trata de consolidar el triunfo del parentesco por la sangre<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 14 ss. Hay traducción española por J. Daza Martínez, Madrid, 1986.

<sup>35</sup> Sobre las influencias oriental y cristiana del bizantinismo, vid.: DIEHL, E., *Justinien et la civilisation byzantine au VI<sup>e</sup> siècle*, París, 1901; COLLINET, P., *Etudes historiques sur le droit de Justinien: le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien*, París, 1912; DE FRANCISCI, P., “Premesse storiche alla critica del Digesto”, en Conferencia IV Cent. Pandertte, París, 1931, p. 1 ss.; VOLTERRA, E., *Diritto romano e diritti orientali*, Bolonia, 1937; D'ORS, A., “La actividad legislativa del emperador Justiniano”, en *Orientalia christiane periodica*, 13, Roma, 1947, p. 119-142; BIONDI, B., *Diritto Romano Cristiano*, cit., III, p. 100 ss.; ID., “Giustiniano”, en *IVRA* 16 (1965) p. 1 ss.; DE MALAFOSSE, JI., “La loi et la coutume a Byzance”, en *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, 23 (1962) p. 59 ss.; BONINI, R., *Ricerca de diritto giustiniano*, Milán, 1968; ARCHI, J. G., *Giustiniano legislatore*, Bolonia, 1970; GUARINO, A., “Giustiniano nel suo tempo”, en *Labeo* 16 (1970) p. 379 ss.; AMELOTTI, M., *Giustiniano tra teologia e diritto*, Roma, 1976.

<sup>36</sup> DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, cit., p. 433 ss.

### III

La adopción es una institución cuyo efecto inmediato es crear entre personas una relación jurídica de paternidad y filiación puramente civil, porque no se asienta en el hecho biológico de la generación. Tal es su esencia que, aún siendo la misma desde que aparece, hace, sin embargo, de la adopción una de esas instituciones que presentan un largísimo “eclipse” y un singular “renacimiento”. Con la característica de que –por lo general– las instituciones cíclicas satisfacen una sola necesidad social, mientras que la adopción reaparece y sale de su eclipse siendo infiel a sí misma, a su inicial razón de ser<sup>37</sup>.

Perdida la especial significación política y religiosa que tuvo en la antigüedad, el vínculo jurídico en que quedó eran tan débil y presentaba tantas dificultades prácticas, que hasta tiempos muy recientes sugería la idea de que la institución de la adopción se encontraba como en el desván del viejo edificio de los Códigos donde se guardan viejas instituciones venerables, sin una vida social intensa y arraigada. En este sentido, los códigos del siglo XIX no la acogen, en general, más que con dificultad y como a disgusto<sup>38</sup>.

Al iniciarse el movimiento codificador, la adopción aparecía regulada en el Codex Fredericianus de 1751, y en Francia en un Decreto de la Convención de 18 de enero de 1792, el que por primera vez mandaba que el Comité de Legislación comprendiera en su plan general de leyes civiles las relativas a la adopción. Sin embargo, no se incluyó en el primer proyecto del Código de Napoleón, y en el Consejo de Estado una parte considerable de sus miembros repudió la institución de manera absoluta. Demolombe recoge la argumentación empleada: que les parecía una institución “inútil”, porque las leyes ofrecen a la beneficencia otros medios de ser ejercitada; “peligrosa”, porque alentaba las vanidades del régimen nobiliario y favorecía el celibato y la corrupción de costumbres; “inmoral”, por último, porque colocaba a un niño entre la fortuna y el abandono de sus padres<sup>39</sup>. De todas maneras, aún entre aquellos que la proponían como institución civil, se discutía sobre el carácter y los efectos que debería tener<sup>40</sup>. Ahora

<sup>37</sup> LÉAUTÉ, J.: *Les éclipses et les renaissances d'institutions en Droit civil français*, París, 1949, pp. 49-50.

<sup>38</sup> ANCEL, M.: *L'adoption dans les législations modernes*, París, 1958, p. 5.

<sup>39</sup> DEMOLOMBE, J. CH.: *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse. De la puissance paternelle*, París, 1886, p. 4.

<sup>40</sup> El criterio triunfante fue el del Consejero de Estado M. Berlier, quien en su defensa del proyecto de ley relativa a la adopción y tutela oficiosa, declaró: he indicado ya que supuesto que la adopción no produce ningún cambio de familia, el adoptante no será más que un protector legal que no gozará –ni aún por ficción– de los derechos de la paternidad completa, a pesar de que le corresponden algunos de ellos: esa institución será, si cabe expresamente en tales términos, una cuasi paternidad fundada en el beneficio de una parte y en el reconocimiento de otra” (cfr. Código de Napoleón. Con las discusiones, I, Barcelona, 1839, pp. 375-376).

bien, aparte de la intervención personal de Napoleón<sup>41</sup>, cuyo toque se ve en aquellas regulaciones que detallan la posición de los soldados, los derechos de los extranjeros y con relación a la posición de la mujer, a la adopción y al divorcio de mutuo acuerdo<sup>42</sup>, el principal motivo que influyó en los redactores del Código de 1804 para incluir esta institución se deduce del dictamen de la Cour de Cassation sobre la conveniencia de implantar la adopción “Hay peligro en la introducción de ciertas leyes, que no están en armonía con las costumbres, cuando se imponen imperativamente; pero aquellas otras de simple facultad, leyes permisivas, que conceden un derecho, no hay peligro de ningún género en su reconocimiento y admisión<sup>43</sup>”.

Parece que la enérgica intervención del Primer Cónsul puso en vigor la adopción, y que su opinión consistía en que la adopción debía imitar perfectamente a la naturaleza y producir un cambio completo de familia. El padre adoptivo debería ser preferido al natural, “no sólo a los ojos de la ley, sino en el corazón del niño adoptado”, y se ponen también en boca de Bonaparte las siguientes palabras: “Los hombres no tienen más que los sentimientos que se les inculcan, y si la adopción acoge al niño todavía pequeño y se pronuncia solemnemente, de manera que impresione la imaginación, o sea, por el poder legislativo, la paternidad ficticia reemplazará por completo a la paternidad natural<sup>44</sup>”. Estamos, pues, en presencia de dos concepciones antitéticas: una –la de Napoleón– amplia, abierta, visión anticipada de la adopción moderna, demasiado avanzada en su tiempo; y otra –la de la Cour de Cassation y la del Consejero de Estado M. Berlier– restringida y llena de hostilidad hacia la institución adoptiva.

---

<sup>42</sup> C. Según THIBADEAU (Ibid.), Napoleón se preparó para los debates y sus discursos se prepararon con la ayuda de Tronchet, entre otros. Su papel como jurista en las discusiones técnicas fue secundario. Pero, por el contrario, en los debates sobre principios generales, sus opiniones eran contundentes. Asistió alrededor de 57 de las 106 sesiones de discusión del Code, mostrando un gran interés en aquello que repercutía en derechos civiles, matrimonio, divorcio y adopción. Su punto de vista autoritario en reacción a los “excesos revolucionarios” se pone de manifiesto en su voluntad de establecer un orden familiar, fundado sobre una magistratura moderna. Manteniendo las conquistas de la Revolución –abandono de privilegios, supresión del régimen feudal– el Código Civil se funda sobre un poder paterno marital y fuerte, la afirmación de la propiedad privada y el reconocimiento de una libertad contractual que no excluye el control del Estado.

<sup>43</sup> Este fue el principal motivo que influyó en los redactores de los Códigos civiles decimonónicos para incluir esta institución en los mismos, ya que como dice Berlier en su discurso sobre la adopción, el bien necesita ser, las más de las veces, indicado para ser cumplido (loc. cit. en nt. 40). Tal dirección de pura tolerancia fue seguida por el Code francés de 1804, italiano de 1865, rumano de 1864, uruguayo de 1868, colombiano de 1867 y más tarde el Código suizo de 1907, que regulan la adopción sujetándola la mayoría de ellos a tal cúmulo de requisitos que la hicieron impracticable.

<sup>44</sup> DEMOLOMBE, J. CH.: *Traité de l'adoption*, cit, p. 376.

Las interpretaciones de la postura avanzada, defendida por Bonaparte son diversas<sup>45</sup>. Supone Ancel que la concepción del Primer Cónsul se debió a que pensaba en la posibilidad de procurarse un sucesor adoptivo, y quería una perfecta imitación a la naturaleza que reposara en una especie de sacramento civil<sup>46</sup>. “La adopción –decía Napoleón– no es ni un contrato civil ni un acto judicial ¿Qué es pues? Una imitación por la que la sociedad quiere remedar la naturaleza. Es una especie de nuevo sacramento, pues no encuentro en nuestro idioma palabra alguna que pueda definir bien este acto. El hijo de los huesos y la sangre pasa por voluntad de la sociedad a los huesos y la sangre de otro. Es el acto más grande que uno puede imaginarse”. Y concluye: “il donne des sentiments de fils á celui qui ne les abatí pas et réciproquement, de père”<sup>47</sup>. Acaso por la influencia de la autoridad del Primer Cónsul estas ideas fueron recogidas en las primeras redacciones del Proyecto. Demolombe cita el siguiente texto de una de ellas: “El hijo adoptivo sale de su familia y pertenece a la familia del adoptante, en todos sus grados, directos y colaterales”<sup>48</sup>. Pero esta auténtica ficción jurídica de carácter irrevocable, que llevaba consigo una ruptura total de los lazos que ligaban el adoptado con su familia de origen, no pudo franquear los obstáculos que se le interponían<sup>49</sup>. Tampoco prevaleció la idea de los viejos juristas –Maleville, Tronchet– de crear una adopción política a favor de ciudadanos distinguidos por servicios prestados al Estado<sup>50</sup>. La consecuencia de todo ello fue que la adopción sólo se admitió como un modo de consuelo y de beneficencia pero con las garantías necesarias –y esto es clave en la regulación de la institución– para que no pudiera servir a culpables intenciones; garantías no siempre eficaces sin embargo, a juicio de los exegetas, para evitar que siguiera siendo un medio para eludir las prohibiciones de la Ley<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> C. Cfr. VELIOUNSKY, R.: *La légitimation adoptive*, París, 1952, pp. 31 ss.

<sup>46</sup> ANCEL, M.: *La fonction sociale de l'adoption*, París, 1954, p. 333, quien añade: “trataba de encontrar la respuesta al problema de su falta de descendencia... soñaba con adoptar a Eugène de Beauharnais”.

<sup>47</sup> FENET, H.: *Travaux préparatoires du Code civil*, T. X., París, 1803, p. 420.

<sup>48</sup> DEMOLOMBE, J. CH.: *Traité de l'adoption*, cit., p. 5.

<sup>49</sup> “Se juzgó inmoral esta abdicación de los sentimientos naturales así como su sustitución por afectos fundados en una ficción jurídica” (cfr. ROUAST, A.: “L'oeuvre civiliste de Georges Ripert”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 57, París, 1959, p. 1 ss.

<sup>50</sup> Discusión del Consejo de Estado, sesión de 6 de frumario del año X (MALEVILLE, J.: *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 2ª ed., T. I., París, 1807 p. 251.

<sup>51</sup> HUC, F.: *Commentaire théorique et pratique au Code Civil*, T. III, París, 1892, p. 127 afirma que “los redactores del Código habían consagrado un sistema equívoco, que en realidad no es más que una institución de heredero y cuya utilidad práctica es permitir a un padre natural el dar a sus hijos los derechos de un hijo legítimo”. MOURLON, H.: *Repetitions écrites sur le Code Civil*, T. I., París, 1877, p. 508 concreta qué peligros presenta y cómo la Ley trata de evitarlos.

Y las garantías fueron rigurosas. la limitación de edad a cincuenta años para el adoptante (art. 343); la necesidad de que fuera el adoptado mayor de edad (art. 346); el carácter esencialmente contractual del acto de adopción, la prohibición de adoptar por quien tuviera hijos legítimos (art. 343); dejaban a la adopción prácticamente reducida al nivel de un pacto sucesorio. Esta normativa tan rigurosa constituye, a nuestro juicio, la expresión cabal del temor de que la adopción fuera utilizada para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales, pretendiendo así defender a la familia legítima de toda posible perturbación de su estabilidad y tranquilidad: para ello se procuró que la adopción no asumiera las características de una verdadera estructura familiar. Un prejuicio condicionante de toda la normativa de la adopción en la etapa codificadora<sup>52</sup>.

En España tuvo un reflejo más débil ese prejuicio, pero lo tuvo a la hora de la Codificación a juzgar por el informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, al acudir a la información pública suscitada a propósito del Proyecto del Código civil de 1851, en cumplimiento de la R. O. de 12 de junio del mismo año, manifestando: “Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece, la Comisión las respeta por una justa consideración a los autores del Proyecto”<sup>53</sup>. El criterio de que la adopción debía mantenerse como un medio de ejercitar la beneficencia privada, que no debía excluirse, pero con escasa realidad práctica, fue una opinión general: García Goyena nos relata que entre los autores del Proyecto de 1851 hubo casi unanimidad para pasar la institución en silencio, pero porque un vocal andaluz hizo presente que en su país había algunos casos, aunque raros, se consintió en dejar el Título de la adopción y “porque al fin este Título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos”<sup>54</sup>. Benito Gutiérrez, abundaba en el criterio de que “no había por qué abolir lo que sin causar daño puede en un caso ser útil”, ya que la adopción “sería innecesaria o indiferente, pero no podemos conceder que sea inmoral”<sup>55</sup>. En

<sup>52</sup> A este respecto señala ROUAST, A.: “Comentaire de la loi du 19 juin 1923, en Dalloz Précise, 4, 1924, p. 257: “Institución de carácter patrimonial, sin consideración alguna de carácter afectivo, la adopción, sin embargo, sobrevive aunque vejeta. Implantada en nuestro Derecho por voluntad del legislador de la Revolución y después por la del Primer Cónsul, esta institución, que carecía de raíces en nuestro pasado, encuentra numerosos adversarios que tuvieron éxito llegando –sino a suprimirla– al menos a encerrarla en unas reglas tan severas que no tuvo más que raras aplicaciones en el siglo XIX”.

<sup>53</sup> MADRUGA MÉNDEZ, J.: “La adopción”, en Anuario de Derecho Civil, 12, 1967, p. 751.

<sup>54</sup> GARCÍA GOYENA, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, T. I.; Madrid, 1852, p. 148. Es curioso el paralelismo que se observa entre las palabras del A. del proyecto isabelino y el dictamen de la Cour de Cassation francesa al que ya nos hemos referido. Amplia bibliografía sobre este “Proyecto” en RODRÍGUEZ ENNES, L.: “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, en Anuario de Historia del Derecho Español, T. 79, 2006, pp. 705 ss.

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ, B.: Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español, T. I., Madrid, 1882, pp. 600-601.

términos semejantes se expresa Falcón cuando señala: “como remedio de la orfandad y consuelo a las personas que no tienen sucesión, la adopción tendrá siempre de una parte la razón y a la equidad<sup>56</sup>; y Del Viso que afirma: “A nosotros nos parece que el autorizar esta institución puede conducir a sentimientos de humanidad y beneficencia y esta circunstancia nos decide a considerarlo de gran utilidad”<sup>57</sup>. Y Escriche, en su *Diccionario razonado*<sup>58</sup>, se muestra igualmente favorable a la adopción.

Lo que no asoma en los autores citados es el prejuicio contra los posibles abusos de la adopción, en cuanto pudiera significar un ataque a la familia legítima y que en nuestro país mantiene en solitario Hernández de la Rúa<sup>59</sup>. Al contrario, es cierto que García Goyena<sup>60</sup> parte de la afirmación de que “la ley no reconoce por hijos, para los efectos civiles, sino a los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio...”, y que al comentar el art. 151 del Proyecto isabelino escribe que “por más que se diga y haga repugnaré siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima o natural”. Pero en el “Apéndice número 2” de sus Concordancias, cuando relata la polémica sobre la condición de los hijos naturales, parece anticiparse a una de las funciones que hoy se reconocen a la adopción: “... no merecen consideración alguna –escribe- los que falso coelibatus nomine ni tienen la virtud de castidad conveniente al celibato, ni el valor suficiente para arrastrar las cargas y trabajos del matrimonio, y últimamente que, si después de sus fragilidades o extravíos quieren mostrarse padres hacia el fruto de ellos fuera del matrimonio, les queda abierta la puerta de la adopción sin escandalizar dándole publicidad, y sin ocultar al legislador

<sup>56</sup> FALCÓN, A.: Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral, 5ª ed., T. I, Barcelona, 1897, p. 314.

<sup>57</sup> DEL VISO, J.: Lecciones elementales de Derecho civil, 6ª ed, T. I., Valencia, 1889, p. 169.

<sup>58</sup> A este propósito señala en la p. 304: “Es una institución muy ventajosa a la sociedad; porque además del bien que se produce a los que se ven sin descendencia, procura, por otra parte, a las familias de escasa tortura los medios de asegurar una suerte feliz a sus hijos, y excita de este modo entre ellos, la noble emulación de las virtudes que ejercitarán a porfía para merecer la estimación, la confianza y el interés de la beneficencia”.

<sup>59</sup> Lecciones de Derecho español, T. I, Madrid, 1838, pp. 127-128 en las que apunta: “El consuelo de los que perdieron sus hijos tampoco puede ser, y si lo fuese no es una razón fundada, porque ni el amor paternal se sacia más que con los verdaderos hijos, ni el que los perdió ve en el adoptado más que un recuerdo que le representa a cada momento la triste idea de lo que perdió. Sería, pues, más ventajoso no tolerar tales adopciones, y se evitaría ligar a los hombres con unos lazos que les pueden ser muy pesados, por tener que sufrir las desazones consiguientes a la discordancia de genio y de educación. La experiencia patentiza con toda evidencia la impertinencia de la licencia adoptiva, puesto que en medio de la permisión se ven raras solicitudes de esta especie”.

<sup>60</sup> GARCÍA GOYENA, F.: Concordancias, cit., p. 152.

en el arreglo enojoso de sus consecuencias<sup>61</sup>. Así se expresaba al autor del Proyecto de 1851, pero de modo explícito también Escriche, quien se mostraba partidario de la adopción de los propios hijos naturales, no siendo “inmoral porque lo mismo ocurre con el reconocimiento”<sup>62</sup>, idea que guarda proximidad con lo que muchos años más tarde llama Goguey “reconocimiento de complacencia”, que permite, a la inversa, realizar verdaderas adopciones al margen de la ley<sup>63</sup>.

El prejuicio aparece, en cambio, en la Base 5ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, cuando decidió que “el Código regularía la adopción fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de este derecho pudiera traer consigo para la *organización natural de la familia*”. Consecuencia de ello fue una regulación híbrida y borrosa, mantenida intacta durante sesenta y nueve años, que mereció los juicios más desfavorables. Mucius Scaevola<sup>64</sup> compara la adopción a un árbol corpulento y frondoso del que se hubiesen podado ramas hasta dejar sólo el tronco, para expresar que en nuestro Código dicha institución había quedado reducida a la mínima expresión. Resumiendo su juicio crítico sobre la disciplina de la adopción en nuestro Código escribe: “Que la misma, por una parte, busca en las apariencias personales por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre el padre y el hijo, por otra, cercena los derechos del adoptado o los somete a un formulismo jurídico”<sup>65</sup>. Más recientemente Royo Martínez afirmó en punto a la prístina regulación del Código que la adopción originaba tan sólo “una situación híbrida, mal definida y poco justificada”<sup>66</sup>.

Y lo cierto es que el Código llegó a una regulación que, en decir de Castán Tobeñas, estableció unos efectos de modo tal que se nos mostraba como institución establecida en beneficio del adoptante, más que del hijo adoptivo, y de una finalidad muy borrosa, pues ni puede afirmarse que creara una relación de paternidad y filiación ni con mucho semejante a la paternidad legítima; ni significaba una protección de los menores de edad, ante la posibilidad de adoptar también a los mayores; ni a los huérfanos, porque podían ser adoptados –según el propio Código– los sometidos a la patria potestad de otro<sup>67</sup>.

Más quien formula –a nuestro juicio– una crítica más constructiva es Augusto Comas. En la concepción de este autor, la adopción no respondía, ya en la época del

<sup>61</sup> Ibid., “Apéndice número 2”, p. 487.

<sup>62</sup> Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, T. I, Madrid, 1874, s. v. “arrogación”, p. 752.

<sup>63</sup> GOGUEY, A.: Les reconnaissances et légitimations de complaisance, París, 1959, p. 203.

<sup>64</sup> Código civil comentado y concordado, 5ª ed., Madrid, 1842, p. 630.

<sup>65</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Comentarios al Código civil, 4ª ed., T. III, Madrid, 1903, p. 498.

<sup>66</sup> ROYO MARTÍNEZ, M.: Derecho de familia, Sevilla, 1949, p. 308.

<sup>67</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho civil español común y foral, T. V, vol. 2, 8ª ed., Madrid, 1966, p. 216.

Código, a una ficción, ni a su organización tradicional, porque se habían introducido modificaciones en la vida de familia y en la patria potestad; porque debía acomodarse a una función protectora, y sólo autorizarse en beneficio de la infancia, por ser la época más apta para conseguir el favor de la obra de la Ley, cimentándose en verdaderos sentimientos de generosidad y desinterés<sup>68</sup>. Como veremos enseguida –lo que corrobora cuanto hemos dicho acerca de la opinión de Comas– una más amplia concepción de la familia, la función protectora, el que se establezca precisamente en beneficio de la infancia, y el fundamento en los sentimientos de generosidad y desinterés, han sido las ideas impulsoras del sorprendente desarrollo de la institución.

El recelo frente a la institución adoptiva también está patente en el Codice civile italiano de 1865. El Ministro de Justicia, Pisanelli, la excluyó del primer proyecto porque –a su juicio– se trataba de una “institución contraria a las costumbres”, “irracional”, ya que alteraba el estado civil de las personas y falseaba la naturaleza, “inmoral”, porque permitía legitimar la prole respecto de la que no se admitía el reconocimiento legal y, finalmente, porque “situaba frente a la familia legítima una familia ficticia provocando, de esta manera, celos, odios y rencores”<sup>69</sup>. Frente a la posición del Ministro de Justicia se alzaron diversas voces en defensa del mantenimiento de la adopción en el Código proyectado. En este sentido, Vigliani afirmó en el Senado que se trataba –de una institución “che nutre e aviva i piu nobili sentimenti di generosità e di beneficenza”; señalando que el peligro de que mediante la adopción pudieran ser reconocidos hijos ilegítimos no naturales, podía obviarse mediante la prohibición de que los padres adoptasen a los hijos fruto de sus relaciones ilícitas<sup>70</sup>. Manzini, en la discusión de la Cámara de Diputados calificó a la adopción de institución “morale e benefica, vincolo di affetto e di gratitudine tra gli individui e tal volta di riavvicinamento tra le diverse classi sociali”<sup>71</sup>. Triunfante el criterio permisivo, la adopción fue incluida en el articulado del Código de 1865, pero a imitación del sistema del Código francés, limitando sus efectos al adoptante y adoptado, que permanecía ligado a su familia de origen. En el mismo sentido se manifiesta el Código rumano de 1864, que acoge a la adopción someténdola a condiciones extremadamente restrictivas, inspiradas en el Code Napoléon<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> COMAS, A.: La revisión del Código civil, Madrid, 1890, p. 253.

<sup>69</sup> DEGNI, C.: Il Diritto di famiglia nel nuovo Codice civile Italiano, Padua, 1943, p. 382, nt. 3.

<sup>70</sup> Ibid., p. 214.

<sup>71</sup> Ibid., p. 190.

<sup>72</sup> ANCEL, M.: L'adoption dans les législations modernes, cit., p. 7.

Muchos códigos latinos o de inspiración latina de la misma época la excluyen completamente, como el Código de los Países Bajos de 1838, el Código chileno de 1857<sup>73</sup>, el portugués de 1867, el argentino de 1871 y muchos otros códigos hispanoamericanos. Es significativo, a este respecto, destacar que cuando el Código colombiano de 1873, separándose en este punto de su modelo chileno de 1857, consagra un capítulo a la adopción, no lo hace más que por respetar la tradición jurídica española, lo que motivó acerbas críticas por parte de los juristas colombianos de fines del siglo pasado, que llegaron a declarar preferible la medida adoptada por el legislador chileno “que se ha separado de una institución desusada”<sup>74</sup>. Como conclusión para la etapa codificadora, podemos señalar con Ancel<sup>75</sup>, que la adopción es tolerada en la práctica, sin que se estime necesario reconocerla a nivel legislativo, y esto acaece bajo las latitudes y sistemas jurídicos más dispares.

### III

Con el advenimiento del siglo XX y, sobre todo, a raíz del estallido de la primera conflagración mundial con su secuela de huérfanos desvalidos y hogares destrozados, se hace urgentísima una transmutación de principios. Como ha dicho Planiol<sup>76</sup> -afirmación que aún cuando referida al Code francés podemos extender a todos los códigos decimonónicos-: “Los defectos del Código, aunque señalados desde hace mucho tiempo, resultaron más patentes después de la guerra de 1914 a 1918. Los huérfanos de la guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres habían sido muertos por el enemigo, y la adopción pareció a muchos como medio de reparar parcialmente estas desgracias. Pero era necesario que la adopción de los

---

<sup>73</sup> Se han dado varias razones para justificar esta actitud legislativa; así, se ha dicho que “la adopción... como que contraría la naturaleza y los principios de Derecho civil que reglan la familia y la sucesión no ha sido admitida por el Código” (cfr. CHACÓN, J.: Comentarios y concordancias al Código civil, Santiago de Chile, 1890, p. 235). Otros han explicado esta derogación tácita de la institución señalando que tiene sus fundamentos en razones de orden público, “en la esencia misma de nuestro sistema de legislación y... en el respeto debido a las leyes naturales y a las conveniencias de la sociedad” (cfr. VALENZUELA, L.: La adopción ante la ley chilena, Santiago de Chile, 1885, p. 5). Sin embargo, para JARA MIRANDA, J. La legitimación adoptiva, Santiago de Chile, 1968, p. 38, el motivo de la no inclusión de la adopción en el Código chileno fue de índole puramente práctica. Según este autor, en Chile no se encuentran antecedentes de que la adopción -a pesar de estar vigente en el período que va hasta 1857 -hubiera tenido una aplicación amplia. “Frente a esta actitud casi general de repudio -concluye Jara- el legislador chileno juzgó superfluo, seguramente, establecerla en nuestro Derecho”.

<sup>74</sup> CHAMPEAU Y URIBE A.: Tratado de Derecho civil colombiano, T. I., Bogotá, 1899, p. 492.

<sup>75</sup> L'adoption dans les législations modernes, cit., p. 8.

<sup>76</sup> PLANIOL-RIPERT, G.: Tratado práctico de Derecho civil francés, trad. esp., T. II, La Habana, 1939, p. 787.

menores fuera posible y que las condiciones y formalidades se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de la adopción. En lugar de una adopción de constitución lenta y llena de dificultades, concebida en beneficio del adoptante, de interés privado, debería existir una institución simple, práctica y útil en beneficio del huérfano y de la infancia desvalida, de constitución fácil y carente de rigorismos y formalidades.

En efecto, hoy se asignan a la adopción funciones de interés social muy concreto: aportar una vía de solución al problema de la infancia abandonada, con ventajas para el adoptado sobre las soluciones institucionales de beneficencia pública que pueden –a lo sumo– prestar al niño atenciones en sus necesidades materiales primarias, mientras que la adopción crea un clima de normalidad, que es social y<sup>77</sup> psicológicamente el más seguro. Por otra parte, se ha producido un cambio de mentalidad respecto a la adopción, porque no se ve su fundamento en la idea de “caridad” o “beneficencia” – que en realidad no es muy compatible con la exigencia de seguridades y poderes sobre el hijo que la adopción confiere y los adoptantes exigen– sino en la idea de que alguien se siente feliz de acoger y educar a un niño en familia<sup>78</sup> y funciones de trascendencia individual, porque como se ha destacado por una socióloga francesa,<sup>79</sup> la adopción constituye una respuesta al problema posible de la esterilidad con todas sus derivaciones y conexiones de índole social y psicológica cuando se presentan, cumpliendo también funciones económicas, educativas e incluso, de transmisión del factor cultural.

La adopción, en efecto, responde a una serie de exigencias humanas que pugnan por encontrar su fórmula correspondiente. Por eso los legisladores se han visto obligados bien a aminorar o a dulcificar las onerosas condiciones con que aparecía regulada en los primeros códigos, o bien a recibirla sin dificultad en el cuadro de sus instituciones<sup>80</sup>. A este respecto en el área legislativa el panorama es muy extenso.

---

<sup>77</sup> S En este sentido, vid.: ARCE Y FLOREZ VALDÉS, J. A.: *La adopción de expósitos y abandonados*, Madrid, 1968, p. 44 en la que señala: “A través de tal instituto jurídico, se logra adecuadamente el objetivo de integración deseado y, con ello, el ambiente natural necesario para potenciar la formación integral del menor. Aún más, la adopción no solamente redime, por decirlo así, al menor directamente beneficiado con ella, sino que, a la vez, abre un camino ideal a otro niño necesitado de ingreso que puede ocupar la plaza que aquél ha dejado y, aunque normalmente las necesidades exceden a los medios de satisfacerlas, siempre logrará ir archivando la distancia. En todo caso, en ello se tiende a esa meta ideal de plena atención por cuanto el índice de absorción que en el conjunto de Instituciones puede favorecer la adopción es mayor que el que a primera vista cabe pronosticar”.

<sup>78</sup> LOJACONO, F.: *Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione*, Milano, 1966, pp. 222-223, que añade: “En nuestro caso, la fecundidad espiritual, que corresponde a la naturaleza humana y se concreta en la nueva comunidad de vida surgida de la integración recíproca de los cónyuges, se materializa en el hijo del afecto, cuyo ingreso en la familia adoptiva es debido a un acto consciente en el plano de la autorresponsabilidad”.

<sup>79</sup> Sobre el tema véase particularmente el libro de MARIE PIERRE MARMIER, *Sociologie de l'adoption. Etude de sociologie juridique*, París, 1969, pp. 297 ss.

<sup>80</sup> MADRUGA MÉNDEZ, J.: loc. cit. en nt. 53.

Dejando aparte los primeros pasos que se dieron en su favor hace algún tiempo, como la Ley francesa de 19 de junio de 1923<sup>81</sup>, el reconocimiento de la adopción en el Reino Unido por Adoption of Children Act de 4 de agosto de 1926 y la primera ley noruega de 1917, la proliferación legislativa parece iniciarse –poco más o menos- a partir del año 1948, y aún está en pleno desarrollo.

Desde otro punto de vista, el evidente renacimiento normativo de la institución – hasta avanzado el siglo XX en “eclipse” – planteaba la cuestión de si en parte el auge se debe al cambio de función que a la adopción se asigna hoy en el que está latente una nueva concepción de la familia. Sin embargo, esta política legislativa favorable a la adopción, puede comportar algunos peligros que el legislador trata de frenar; y así, por una especie de efecto reflejo bastante curioso, las facilidades dadas a la institución determinan la introducción de algunas limitaciones y de nuevas intervenciones de la autoridad pública<sup>82</sup>. Frecuentemente, estas disposiciones son promulgadas con el fin de evitar fraudes fiscales o ciertas prácticas ilícitas que la adopción puede suscitar por parte de intermediarios sin escrúpulos<sup>83</sup>. Por todas partes la adopción se encuentra sometida a un control más riguroso por parte de los poderes públicos, lo que constituye un testimonio patente del dirigismo jurídico del derecho moderno o, dicho en otros términos, de la inexorable estabilización de las instituciones del derecho privado. Bastaría con lo ya señalado para justificar la actualidad del tema, como consecuencia de ese panorama general. Pero el interés se acrecienta cuando este fenómeno del “eclipse” y del “renacimiento” de la adopción se examina en la historia legislativa española.

Desde 1889, el capítulo V del Título VIII del Libro I del Código, referido a la adopción, estuvo petrificado y quieto hasta la Ley de 24 de abril de 1958. Sesenta y nueve años<sup>84</sup>. En cambio cuando sólo han transcurrido doce desde esta reforma,

---

<sup>81</sup> En Hispanoamérica uno de los factores que más ayudó a formar conciencia acerca de la necesidad de dictar normas que fomentasen la adopción fue la realización de Congresos Internacionales, como los Panamericanos del Niño en Buenos Aires, 1916; en Santiago de Chile en 1924, en Montevideo, Río de Janeiro y Lima.

<sup>82</sup> ANCEL, M.: *L'adoption dans les législations modernes*, cit., p. 10.

<sup>83</sup> Tal era el objeto de la Adoption of Children (Regulation) Act inglesa de 1939, inspirada en la necesidad de poner punto final a la práctica de ciertas sociedades dedicadas a proporcionar niños a personas deseadas de adoptar (cfr. MAC WHINNIE, A.: *Adopted children. How they grow up*, London, 1968, p. 289).

<sup>84</sup> De manera que, en casi setenta años, la adopción estuvo casi ignorada, salvo un Decreto del Gobierno Republicano de 10 de abril de 1937 (Preámbulo: “Son muchos los españoles que llevados de este humanitarísimo deseo de adoptar y con el convencimiento de que la razón del afecto está por encima de la ley de la sangre, se han dirigido a este Ministerio en solicitud de que se modifiquen las disposiciones del Código civil en materia de adopción, sometida a una reglamentación rígida y severa”) y la alusión del preámbulo de la Ley de 17 de octubre de 1941 (“... Las normas sobre la adopción contenidas en el Código civil, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales dados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en torno de una casa de expositos o recogidos en otros establecimientos benéficos”).

el legislador ha sentido la necesidad o la conveniencia de establecer una regulación nueva, llevada a cabo por la Ley de 4 de julio de 1970 y diecisiete años después – el 11 de noviembre de 1987- se acomete una importante reforma que, posteriormente, ha sufrido retoques puntuales. Así las cosas, pocas instituciones han sido objeto de tantas modificaciones legislativas desde la promulgación del Código civil, señal de que la normativa sobre ella no sintonizaba con la realidad social que debía regular, o que rápidamente ha sido superada por esa realidad. Por lo que hace a la primera – la de 24 de abril de 1958 – no hay duda de que esa reforma constituyó un importante cambio de orientación, sobre todo teniendo en cuenta el carácter rígido, severo y poco generoso de la regulación originaria del Código; pero sus efectos – en principio prometedores- no fueron suficientes<sup>85</sup>. La nueva regulación llevada a cabo por la Ley de 4 de julio de 1970 constituyó una reforma importante porque, pese a la afirmación de la Exposición de Motivos de que “ahora lo nuevo no se traduce en una mutación de rumbo”<sup>86</sup>, respecto a la normativa de 1958, parece claro que la de 1970 ha supuesto una modificación casi radical en muchos aspectos, aunque, desde luego – y como veremos- quedó muy alejada de la línea de las legislaciones más avanzadas.

Esto dicho, tampoco nos parece que el legislador de 1970, aún habiendo desechado algunos de los viejos prejuicios que encadenaban la institución, haya conseguido una ordenación normativa satisfactoria. Hay que subrayar que las perturbadoras tensiones políticas de muy preciso signo habidas en las Cortes franquistas de la época, impidieron llevar a cabo una reforma de serio alcance y cristalizaron en una regulación plena de ambigüedades e innecesarias repeticiones conceptuales incompatibles con la técnica legislativa deseable en la elaboración de la norma. El juicio que nos mereció la norma – tras el análisis de las innovaciones realizadas<sup>87</sup> – fue el de estimar que la nueva regulación – pese al avance que supuso respecto de la anterior- seguía quebrantando fundamentales exigencias de justicia, como son las de que la equiparación entre los hijos adoptivos y los legítimos sea proclamada a todos los efectos. Por lo que hace a la intervención judicial, la Ley de 1970 exigía para el nacimiento de la relación adoptiva la concurrencia de una triple formalidad: judicial, notarial y registral “todo ello con igual valor constitutivo”. Con el establecimiento

---

<sup>85</sup> Acerca del verdadero alcance de esta reforma, vid. RODRÍGUEZ ENNES, L.: “La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987, en *El Derecho de familia de Roma al derecho actual*, Ramón López-Rosa, Felipe del Pino-Toscano (eds.), Actas del Sexto Congreso Internacional y IV Iberoamericano de Derecho Romano, Huelva, 2004, pp. 629 ss.

<sup>86</sup> Párrafo 3º de la Exposición de Motivos de la Ley de 4 de julio de 1970.

<sup>87</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., “La adopción (análisis crítico-sistemático de la Ley de 4 de julio de 1970)”, en *Foro Gallego. Revista Jurídica General*, núms. 169-170-171 y 172, A Coruña, 1976, pp. 5 ss.

de este complejo procedimiento, el legislador trató de poner punto final –un tanto salomónicamente- a las fuertes discusiones doctrinales acerca de la naturaleza del acto constitutivo de la adopción. El resultado de esta política conciliatoria y transaccional ha sido la instauración de un procedimiento todavía más complejo e híbrido que el de la normativa anterior que contribuyó a alejar en mayor medida a nuestra legislación de entonces de las modernas tendencias del derecho comparado. En efecto, así como la intervención judicial en la adopción es exigida por la totalidad de los ordenamientos, son escasos, empero, los que dan intervención en la misma al Notario y, más aún, los que atribuyen al otorgamiento de la escritura valor constitutivo. Concluimos nuestra crítica a la legislación de 1970 señalando que el sistema judicial anglosajón y de otros muchos países, debió quedar implantado en toda su pureza por dicha reforma. Para ello bien se pudo escoger una fórmula semejante a la empleada por los legisladores portugués e italiano que proclamase claramente que la adopción nace en virtud de un auto judicial. La inscripción en el Registro podría practicarse en virtud de dicho auto, sin necesidad de pasar por el inútil trámite de la escritura pública. Así se hace en nuestro Derecho con los autos de cambio de nombre y de apellidos y otras muchas resoluciones que afectan al estado civil.

De esta suerte, no cabía más que poner punto final a nuestro análisis, postulando por la necesidad de acometer una nueva revisión de tan problemática materia que llevase, por fin, la equiparación a las últimas consecuencias, de tal modo que más que de equiparación pudiese hablarse de auténtica integración de los adoptados en la familia adoptiva y abogando, al propio tiempo, por la necesidad imperiosa de simplificar el procedimiento proclamando sin ambages la naturaleza judicial del vínculo adoptivo y suprimiendo, por inútil y vacío de contenido, el trámite de la escritura pública. Por fortuna, el legislador español ha sido sensible a ello y el juicio que nos merece la actual normativa vigente introducida por la Ley de 11 de noviembre de 1987, en general, es positivo por cuanto mejora indudablemente la legislación anterior, acogiendo la mayor parte de las propuestas que, en su día, planteamos<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Para una exposición exhaustiva de la normativa vigente en materia de adopción, me remito a DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 10ª ed., Madrid, 2006, pp. 273 ss.

## **ECLIPSE E RENASCIMENTO DA ADOÇÃO NA SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA**

**Resumo:** Uma das características mais especiais da adoção, como instituição jurídica, é seu grande eclipse e seu singular renascimento. A importância extraordinária, inclusive política, que tem durante toda a história de Roma se desvanece com a queda do império e, após 1500 anos de ostracismo, só renasce no século passado. Isto já bastaria para justificar a atualidade do tema. Entretanto o interesse desta pesquisa aumenta quando o fenômeno de “eclipse” e “renascimento” da adoção é examinado na história legislativa espanhola.

**Palavras-chave:** Eclipse. Renascimento. Precedentes históricos. Direito espanhol.