

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ROMANO() (525)*

L. CARLOS ROSENFELD

SUMARIO

I. Introducción. II. Concepto. III. "Adoptio". IV. "Adrogatio". V. El "alumnato".

I. INTRODUCCIÓN

La familia constituye en Roma el basamento de toda la estructura social. A través de sus distintas etapas, como núcleo gentilicio, agnado y "proprio iure", manifiesta su carácter de verdadera unidad política, económica, religiosa sujeta a la fuerte jefatura de un "pater".

Conforme a Dussel, la familia romana participa del "ethos" trágico de los pueblos indoeuropeos, entendiendo aquel concepto de raíz helénica como la significación del propio mundo que lleva a concebir la existencia humana como un ciclo que nace y recomienza con la muerte.

De allí que la familia exige de la descendencia del "pater" la continuidad de la jefatura en los distintos órdenes, y por sobre todo el político - cultural; morir sin posteridad, sin descendientes, importa tanto como interrumpir el ciclo que permite proyectar, a través de la muerte, el retorno sobre sí mismo; quizás radique en ello la importancia que esta institución revistió para los romanos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. CONCEPTO

Con un criterio amplio, puede definirse a la adopción como el acto jurídico en virtud del cual un extraño ingresa como "filius" en una familia, admitiendo la inmediata sumisión a la "potestas" del "pater".

La acción consiste, pues, en el consentimiento y acogida que hace el cabeza de familia; si el nuevo "filius" revestía la categoría de "alieni iuris" se conforma la figura típica: "adoptio"; si contrariamente el adoptado era un "sui iuris" se aplicaba el procedimiento de la "adrogatio".

Tomando el criterio seguido por la mayoría de los romanistas, para un mejor análisis del tema en ese momento histórico, detallaremos las formas, los requisitos y los efectos en cada uno de los regímenes, que por otra parte presentan diferencias notables según se trate de la etapa inicial que corresponde al derecho antiguo y clásico, o a un momento posterior ubicado en el derecho justinianeo.

III. "ADOPTIO"

Derecho antiguo y clásico:

Guardando identidad con los patrones generales que reglamentan la vida jurídica en estos períodos, el rubro formas se presenta un tanto complejo. Básicamente, se admiten dos fases:

I) "las tres ventas", consistente, conforme a la Lex XII Tabularum, en que se considera libre de la potestad paterna al hijo que hubiera sido vendido tres veces por su padre natural; esto se desarrolla bajo la forma de la "mancipatio", que implica el pasaje del "filius" al "mancipium" o dominio de un tercero.

II) la "in iure cessio", por la cual se transmite la "potestas" al nuevo "pater familias" que simula reivindicar su poder como si ya le perteneciera de antemano, actitud ante la que se allana al "pater" natural.

Vemos entonces que al no admitir el derecho romano que un jefe de familia pudiese ceder su potestad a otro, para llegar a la "adoptio" es preciso que las partes apelen a subterfugios, cumpliéndose así con el rígido formalismo y ceremonial imperante, los que no fueron creados por la ley, sino por la práctica y la interpretación de los pontífices.

Es un acto que se cumple "imperio magistratus", es decir por autoridad de un magistrado (el pretor en Roma y los gobernadores en las provincias) que en la segunda etapa del proceso, ante la "vindicatio" reclamada por el adoptante, termina por otorgarle la "potestas" definitiva sobre el "filii" emancipado.

En cuanto a los requisitos, el más elemental lo constituye un criterio de reciprocidad en el elemento volitivo, que se traduce en el consentimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del "pater" que pierde la "potestas" así como en el que la adquiere por la "adoptio".

La jurisprudencia tiende a establecer que el adoptante sea mayor que el adoptado, y originariamente sólo se admitió para los varones y púberes. Más tarde se extendió a los impúberes aunque su "adoptio" presentaba el inconveniente grave de que era aun incierto que el impúber pudiese tener hijos ya que, muriendo antes de la pubertad, no sería el continuador del culto doméstico del "pater" ni participaría, como todo jefe, de los comicios; luego se establecieron ciertas condiciones: el consentimiento de los parientes más próximos y de sus tutores; la conservación para el adoptado de la propiedad de sus bienes; que no sería emancipado por el "pater" sin causa justa antes de la pubertad, y en garantía del adoptante de que si el adoptado moría impúber, restituiría a sus herederos todos los bienes. Siéndoles en principio prohibido, recién con Diocleciano las mujeres adquieren el derecho de adopción para consolarse de los hijos eventualmente perdidos, aunque ello con más de ficción que de realidad puesto que el adoptado no pertenece a la familia de la adoptante, no se transforma en agnado suyo, y la madre adoptiva no puede ejercer la patria potestad; se busca en todo caso asegurar al adoptado derechos sucesorios sobre los bienes de la adoptante. Finalmente la mujer, sujeta a tutela perpetua, no podía ser adoptada porque ella era "caput et finis familiae suae", situación que no obstante comienza a variar en tiempos de la República.

Respecto de los efectos, equivalen a una "capitis deminutio" mínima, en tanto el individuo modifica su situación o "status familiae"; así para el adoptado variará el culto doméstico a los lares, divinidades protectoras de la casa, y a los manes, espíritus de los antepasados muertos; tomará el nombre de adoptante agregándole su propio nombre gentilicio con la desinencia "ianus"; al separarse del grupo primitivo pierde como consecuencia todos los derechos sucesorios inherentes a su situación anterior, pero en cambio adquiere posición y derechos en el nuevo grupo, quedando siempre latente el peligro de que si después de muerto el padre natural, su padre adoptivo lo emancipaba, perdía también la esperanza de heredar al adoptante.

Por la "adoptio", el "filius" queda sujeto a la "potestas" del "pater" adoptante adquiriendo la situación de hijo nacido en "iustas nuptias" con el vínculo de agnación.

La institución no escapa al matiz político, esto es, que posiblemente haya sido utilizada como un medio para la consecución de determinados fines de este tipo, siendo probables hipótesis el que por la "adoptio" se adquiriera la ciudadanía, o se transformara a plebeyos en patricios.

De todas maneras resulta innegable la grande influencia que el núcleo originario, es decir la familia natural, deja sentir, al punto que, en la práctica y conforme al proceso evolutivo, las condiciones o calidades del adoptado (magistraturas, nombres, honores, posición) no sufrirán cambios externos, o al menos no se los propugnarán con el rigorismo inicial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derecho justiniano:

Como característica principal se da una simplificación del procedimiento: ésta es notoria en lo referente a las formas; la acción consiste ahora en la comparecencia ante el magistrado de los interesados: el "pater" natural, el adoptante y el "filius"; ya no se requiere la triple venta, sino que sólo se registra la declaración de voluntades. La "adoptio" puede realizarse en calidad de hijo, lo que implica una sumisión inmediata, o bien como nieto, dándose entonces una relación mediata; este grado de parentesco en apariencia intrascendente influirá más tarde en todo lo concerniente a los derechos de sucesión.

También los requisitos sufren innovaciones; encontrarán su fundamento en el axioma "adoptio naturam imitatur" y se orientará a fortalecer la semejanza entre la adopción y la paternidad natural, con lo cual se consolida la corriente que tiende a humanizar la vida jurídica en este plano.

Así el vínculo de agnación subsiste, pero desvaído, por cuanto el ingreso se realiza antes bien al núcleo natural que a la familia agnaticia en su concepción primigenia.

Se contempla ahora el consentimiento del interesado; ello es entendido como la gran innovación de Justiniano, ya que coloca la voluntad del adoptado en un pie de igualdad a la de los "pater familias".

Se establece como impedimento el que el adoptante sea castrado, aunque pueden adoptar los imposibilitados de procrear por cualquier otra razón; del mismo modo vale la prohibición para aquel que pretende adoptar por segunda vez a quien habiéndolo sido ya, fue luego emancipado o dado en "adoptio" a un tercero.

De conformidad al principio de las Institutas ya enunciado, se dispone que el adoptante debe tener por lo menos 18 años más que el adoptado, basándose en que la ficción se aproxime cada vez más a la realidad, siendo tema de debate la posible exigencia de 36 años de diferencia entre uno y otro si el primero recibe al adoptado en calidad de nieto.

Para evitar que el adoptado, "mancipatio", perdiese toda capacidad hereditaria, el derecho justiniano distingue por sus efectos dos tipos de "adoptio": la plena y la "minus" plena.

La primera, llamada también "propriamente dicha", era la concedida a un ascendiente del adoptado; producía efectos similares a los de la adopción en el derecho antiguo, obrando por ende como una "capitis deminutio" mínima y sometiendo al "filius" a la "potestas" del nuevo "pater"; este sistema ofrecía al adoptado un cierto margen de seguridades, pues habiendo sido emancipado queda unido igual al adoptante por el vínculo consanguíneo, pudiendo por ello ser tenido en cuenta por el pretor para ser llamado al repartirse la herencia.

Respecto de la "minus" plena era aquella otorgada a un "extraneus", es decir, no ascendiente del adoptado; no provocaba la "capitis deminutio", por tanto la autoridad del "pater" natural continuaba, implicando la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

permanencia del adoptado en el núcleo familiar originario pero con derecho a la sucesión "ab intestato" del adoptante, y puesto que este tipo de adopción no transmite la patria potestad se permitió que las mujeres usaran de ella cuando por cualquier causa hubieran perdido a un hijo propio.

Cabe acotar que junto a estas formas de adopción se dio otro, llamado testamentario, que hoy es aun materia de análisis y controversias.

Suetonio, en su obra Los Doce Césares, narra el caso de Octavio adoptado por Julio César mediante testamento; así esta fuente histórico-literaria aportó un nuevo tema para el estudio de la institución en general. Pero el silencio que al respecto guardan los textos jurídicos, sumado a la carencia de otros elementos que pudieran clarificar las peculiaridades de esta nueva forma de "adoptio", llevaron en definitiva a que entre los romanistas no hubiera consenso, o al menos a que mayoritariamente se expidieran sobre el particular.

Así se manejan distintas hipótesis; para una corriente francesa, Girard entre otros, la anomalía de la no adquisición de la "potestas", por producirse los efectos de la "adoptio" recién después de la muerte del adoptante, quedaría borrada por la convalidación hecha por las curias en la etapa republicana o el rescripto del príncipe en la época imperial.

Otros sostienen la teoría de que se trataría de un uso social impuesto consuetudinariamente, cuya mayor relevancia jurídica sería que el adoptado tomara el nombre del adoptante, siendo instituido heredero bajo tal condición, o durante el Imperio se empleara este tipo de "adoptio" como mecanismo para designar al sucesor político; tal sería el caso de César, que había adoptado ese criterio, inmerso como estaba en una época de convulsas luchas intestinas, agravadas por el carácter de transición entre una etapa antigua y otra nueva.

IV. "ADROGATIO"

Era básicamente la adopción de un "sui iuris". Implica la absorción de una familia por otra, la sujeción a la "potestas" de un "pater", de otro "pater" junto con los suyos y su patrimonio, transformándose el adrogado en un "alienis iuris".

Derecho antiguo y clásico:

La trascendencia de la institución requería ciertas formas que tienen un origen relacionado con el derecho público, revistiendo a la adrogación de un carácter político - religioso vital. Se requería de la "autoritas" del "populus" a través de los comicios curiados, luego sustituidos por los centuriados con Servio Tulio, y del Colegio de los Pontífices.

Desde que la "adrogatio" traía implícito la extinción de un núcleo familiar, lo que modificaba el orden de la comunidad, se comprende la exigencia de una información previa por parte del Colegio Pontifical; este cuerpo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presidido por el Pontífice "maximus", "arbiter rerum divinarum et humanorum", realizaba la "notio quaerere" o sea la investigación de los motivos de la "adrogatio" mediante un interrogatorio a las partes y al pueblo que desde los comicios da el consentimiento. Caída la República, la formal representación del "populus" en esta ceremonia es confiada a treinta lictores.

Por tanto, como requisito principal surge el solemne acuerdo de las partes. Los impúberes y las mujeres no podían ser adrogados porque no tenían acceso a los comicios y sus tutores no podían reemplazarlos allí. Se requiere que el adrogante no tenga hijos y no puede tenerlos. Siendo los pontífices quienes asienten o no el deseo de las partes, los cambios que posteriormente se dieron en las formalidades fueron introducidos por ellos conforme a la evolución social; así, durante la dinastía de los Antoninos, al ser reemplazadas las curias por los lictores, consienten que la "adrogatio" sea practicada por mujeres e impúberes.

También aquí los efectos se traducen en una "capitis deminutio" mínima; por tanto es fácil de comprender que el "pater familias" se transforma de "sui" en "alieni iuris", y con él, todos los componentes de la familia agnaticia debían abandonar el antiguo culto doméstico; era la "detestatio sacrorum". Se produce al mismo tiempo una verdadera sucesión, ya que el "pater" adquiere todos los bienes del adrogado incorporándolos a su patrimonio; el activo, sin dificultad, pero en cuanto al pasivo, es decir las deudas, buscando no perjudicar a los terceros el pretor concede a los acreedores el derecho de accionar directamente contra el adrogado, que podía incluso vender los bienes que el mismo había poseído, como si su nueva situación fuera inexistente, o bien la facultad de actuar contra el adrogante ejercitando una "actio" de peculio.

En caso de que el adrogante emancipara posteriormente al adrogado, debía devolverle su patrimonio. Gayo informa en sus Institutas que si el adrogado tiene descendientes libres ("liberi"), estos se encuentran sometidos a la autoridad del "pater" adrogante en calidad de nietos.

Derecho justiniano:

La "adrogatio" en esta etapa se verifica por la "rescriptum principis", esto es, la rescripto del príncipe en Roma y en las provincias ante el gobernador. Ignórase la época en que la nueva forma reemplaza a la originaria ficción de las curias, por cuanto si bien del análisis del "Corpus Iuris" parece desprenderse que se la implantó en tiempos del emperador Diocleciano, textos posteriores, caso en la "Lex Romana Visigothorum" el Epítome de Gayo, mencionan aun el uso de la "adrogatio ad populum".

En atención a que las consecuencias económicas provocadas por el cambio son realmente importantes, con Justiniano se adoptan una serie de medidas que apuntan a proteger tanto al adrogado como a los presuntos herederos del adrogante; así se sumarán como requisitos: una edad mínima para el adrogante de 60 años, debiendo tener de cualquier manera 18 años más que el adrogado, y en general que se presumiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su imposibilidad física para tener descendientes; además, ciertas circunstancias sujetas a juicio de la autoridad, tales como el "status", moralidad, ambiente familiar, etc., y así se la prohíbe a los tutores respecto de sus pupilos, al padre natural respecto de sus hijos nacidos de concubina, al pobre respecto del rico con la sola excepción de la honorabilidad probada, o bien en supuestos tales como que el adrogado no esté en mejor posición económica que el adrogante a fin de evitar las especulaciones de este tipo.

Y en los efectos, aquéllos contemplados por el derecho antiguo, no sufren mayores modificaciones. pero al avanzar el vínculo consanguíneo en la vocación hereditaria, desde el punto de vista de las sucesiones queda eliminado el efecto que se opera primitivamente con relación al grupo familiar agnado. También el derecho imperial se preocupó de rodear de ciertas cautelas a los impúberes y en cuanto a sus bienes el adrogante sólo adquiere el usufructo y la administración de los mismos, ya que el patrimonio del impúber es entendido como una especie de peculio adventicio.

En un principio la "adrogatio" no tenía lugar sino en favor de las familias patricias.

V. El "ALUMNATO"

"Junto a la «adrogatio» y la «adoptio», instituciones que fundamentalmente tenían en cuenta el interés del adrogante o adoptante, el «alumnato» o alumnado coexistió a aquellas como verdadera institución de protección a favor de impúberes de corta edad abandonados, mediante la alimentación y la educación".

Según Coll y Estivill, constituía lo que hoy llamamos adopción de hecho; se lo consideraba como una medida de beneficencia. Se diferencia de la adopción, porque el alumno podía tener su propio patrimonio y era capaz de adquirir.

En el "alumnato" el protector no ejercía la "potestas" sobre el alumno, e incluso tampoco era sucesor o heredero.

Ha dicho C. Lapousse:

"En derecho, más que en ningún otro campo, únicamente el tiempo permite apreciar los méritos de una institución. Aquella que no encuentra ningún eco en la sociedad ambiente caduca rápidamente. Por el contrario, la que se implanta corresponde siempre a necesidades verdaderas".