

## PRECEDENTES ROMANOS SOBRE ADOPCIÓN, TUTELA Y CURATELA

María Cruz Oliver Sola\*  
Universidad Pública de Navarra

### Resumen

En el presente artículo se plantea un estudio del derecho de familia como acontecimiento histórico a partir del Derecho Romano. La familia debe estudiarse dentro del sistema de investigación histórica porque sería un error prescindir de la vertiente jurídica que el Derecho Romano proporciona. El romanista aquí debe utilizar un método propio para determinar su correspondiente incidencia en el estudio de datos cuyo contenido sustancial, depurado a través del tiempo proporcione la justificación de tales antecedentes.

El Derecho Romano es además un elemento esencial del Derecho Europeo, ya que, tradicionalmente constituye la base del Derecho Civil codificado de los países que constituyen la Europa Occidental. Sin embargo, no solo es eso, sino que también nos aporta conceptos fundamentales de Derecho "Constitucional" Romano que han influido en la configuración del Derecho Público Europeo que hoy subsiste en los Estados modernos; no podemos olvidar la influencia del Derecho Bizantino Romano que así mismo constituye el fundamento de las legislaciones de las naciones del Este europeo<sup>1</sup>.

También queremos destacar la utilidad del Derecho Romano como conjunto de los principios de Derecho que han regido la sociedad romana en las diferentes épocas de su existencia desde su origen en la primitiva Monarquía etrusca (753 a/EC) hasta la muerte del emperador Justiniano (535 d/EC).

Su estudio no ha cesado de constituir con justo título la base de toda educación jurídica verdaderamente digna de este nombre y por ello los mejores espíritus universitarios no han dejado jamás de ser sus defensores ardientes y convencidos.

Como dice el profesor PETIT<sup>2</sup>, el Derecho Romano debe ser estudiado como un modelo donde no se incluyen solamente el estudio de sus leyes sino las aplicaciones prácticas que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y de deducción.

---

Recibido: 27/11/09. Aceptado: 18/12/09

\* Titular de Derecho Romano en la Universidad Pública de Navarra. Profesora Tutora Derecho Romano e Historia del Derecho en la UNED.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano*, 11ª edición, págs. 43 y 62, Editorial Aranzadi, Zizur Menor, 2008.

<sup>2</sup> EUGÈNE PETIT, Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Poitiers: *Tratado elemental de Derecho Romano*, 8ª Ed., págs. 17 y ss., Editorial Porrúa, Méjico, 1991.

Sabido es que los romanos tuvieron, en efecto, una aptitud especial para el derecho así como los griegos la tuvieron para la filosofía; si a esto añadimos que el Imperio Romano abarcó en su dominación todo el Universo civilizado, fácilmente se comprenderá que éste Derecho es el resultado del trabajo del espíritu humano en lo que tiene de culto. Respecto de la institución de la familia, en sentido propio, *familia iure es un grupo de personas que quedan bajo la potestad de una de ellas, que es el paterfamilias*, el cual ejercita toda autoridad que trasciende, incluso el ámbito ordinariamente doméstico. Palabras clave: Personas físicas. Familia. Patria potestas, presunción de paternidad, Adopción, Adrogación, Guarda, Tutela Curatela .

### Abstract

In the present article the author discuss about a study of the family right appears as historical event from the Roman law. The family must be studied inside the system of historical research because it would be a mistake to do without the juridical slope that the Roman law provides. The romanist here must use an own method to determine it corresponding incident in the study of information which substantial content purified across the time provides the justification of such precedents

The Roman law is in addition an essential element of the European Law, since, traditionally it constitutes the base of the codified Civil law of the countries that constitute the Western Europe. Nevertheless, not only it is it, but also it contributes with fundamental concepts of "Constitutional" Roman Law that have influenced the configuration of the European Public law that today survives in the modern States; we cannot forget the influence of the Byzantine Roman Law that likewise constitutes the foundation of the legislations of the nations of the European East<sup>3</sup>.

Also we want to emphasize the utility of the Roman law as set of the principles of Law that have applied the Roman society in the different epochs of her existence from her origin in the primitive(original) Etruscan Monarchy (753 a/EC) up to the death of the emperor Justiniano (535 d/EC).

The study has not stopped constituting with just degree the base of any juridical really worthy education of this name and for it the best university spirits have never stopped being his ardent and convinced defenders.

As says the teacher PETIT, the Roman law must be studied as a model where there are not included only the study of his laws but the practical applications that were done by the lawyers, all which differ for a notable logic and for a great sensitivity of analysis and of deduction.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano*, 11ª edición, págs. 43 y 62, Editorial Aranzadi, Zizur Menor, 2008.

Everybody Known that the Romans had, in effect, a special aptitude for the right as well as the Greeks had it for the philosophy; if to this we add that the Roman Empire included in his domination the whole civilized Universe, easily there will be understood that this one Law is the result of the work of the human spirit in what it has of worship.

Respect of the institution of the family, in own sense, family iure is a group of persons who stay under the legal authority of one of them, which it is the *paterfamilias*, which exercises any authority that comes out, enclosedly the ordinarily domestic area.

**Keywords:** Physical Persons, Family, Native legal authority, Presumption Of Paternity Adoption, Adrogacion, Guardianship.

### I. La familia romana

El fenómeno de la familia romana nos recuerda bastante, por ser de análogo base, a aquella familia bíblica patriarcal<sup>4</sup>.

En sentido lato *communi iure*, la familia significa una estrecha unión de personas a la autoridad del *paterfamilias*, mientras éste vive.

La institución familiar es interesante por la original condición social primitiva y por las circunstancias particulares de consolidación a las que ha contribuido la sociedad romana regulando un Derecho propio.

La familia por tanto es el supremo órgano político donde se limita la libertad de los individuos subordinados en grupos. Tal es la característica de la organización de marcado cuño gentilicio.

Nos dice BONFANTE<sup>5</sup>, que atribuye una concepción política y patriarcalista de la familia, que podríamos imaginar a esta institución como una federación de status federados. Aquel grupo agnaticio o gentilicio, distinto de otro, compone originariamente la tribu de Rómulo, que finalmente forma la *civitas*.

Así mismo FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.<sup>6</sup> indica que la formación de la ciudad de Roma se dio como consecuencia de la agrupación de diversas familias o gentes, pertenecientes a diversos grupos étnicos (indoeuropeos y mediterráneos), y no como producto de la división de un grupo de entidad superior como una tribu o una horda.

<sup>4</sup> BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*. Volume primo, pág. 7. Milano, 1943.

<sup>5</sup> BONFANTE, P.: *La gens e la familia*, <<Scritti giuridici varii>>, I Turín, 1926, págs. 1 y ss.

En opinión mayoritaria de la doctrina parece probado que durante los primeros siglos la familia en Roma tuvo un carácter patriarcal y a ello obedece el que el *paterfamilias* fuera el titular de los derechos y al mismo tiempo el representante de todas las personas sometidas a su *potestas*.

En sentido técnico-jurídico, en Roma el *paterfamilias* era el que no estaba sometido a potestad ajena, por ello no debemos identificar semejantemente el término con el de padre en sentido biológico y moderno. El *paterfamilias* incluso podía ser un menor de edad que estuviera sometido a tutela durante la minoría de esa edad legal, por lo que únicamente tendría limitada no su capacidad jurídica, pero sí su capacidad de obrar hasta que lo saliera de la tutela. Podemos incluso pensar que este *paterfamilias* no estuviese casado y no tuviera descendientes, lo que no le impediría ostentar tal título ni la plena capacidad jurídica y de obrar que se reconocía siempre a quienes tenían tal condición. Por decirlo de una manera más rotunda, el título de *paterfamilias* equivale al de "jefe" de la familia. Sin embargo lo más frecuente era que el *paterfamilias* lo fuese asimismo en sentido biológico y ejerciese su autoridad sobre las personas bajo su *potestas* en virtud de una relación jurídica denominada agnación, que no es otra que la de aquellas personas nacidas o que se encuentran junto al *pater* en una situación de sometimiento permanente.

La agnación es un concepto jurídico que se opone a la idea natural de cognación con la que se hace referencia a personas vinculadas entre sí por lazos de sangre.

Por tanto, la *civitas* romana formada durante mucho tiempo por grupos menores de familias, va constituyéndose poco a poco en un centro político vigoroso, donde la participación de las familias en lo público a través del derecho de voto y participación militar obligatoria, va consolidando aquella idea de la autonomía familiar donde, a pesar de su jerarquizada organización, considerara junto al *paterfamilias* a los *filiifamilias* ciudadanos con derechos iguales, no obstante, el reconocimiento romano respeta siempre la singularidad autonómica y la responsabilidad en su cabeza. En tal sentido podemos afirmar que el derecho Privado Romano desde la llamada "época romana arcaica" fue siempre el derecho del *paterfamilias* o cabeza de familia.

En épocas más tardías (República, Principado, Dominado) se va operando una disolución de la familia que se precipita en la época romano-hele-

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN A.: *Derecho Público Romano* Op. Citada, págs. 73 y ss.

nística. No obstante, la organización externa de la familia conserva el carácter primitivo que llegará hasta la época justiniana<sup>7</sup>.

Los poderes del *paterfamilias* no se definen desde el principio, sino que van evolucionando y concretándose con el paso del tiempo. Como hemos dicho el término *pater* era extraño a la idea de generación ya que evocaba la idea de protección o poder pues el *pater* era el ciudadano *sui iuris* que como hemos visto, no dependía más que de sí mismo. Sin el no había familia o *domus*. Sobre todo lo que integraba a la familia, ya fueran personas como cosas, tenía no solo un derecho emanado de la costumbre o la Ley, sino un poder <<potestas>> cuya fuente originaria y definitiva era el *paterfamilias*. Éste poder unitario comprendía cuatro clases de potestades: la *patria potestas* sobre los hijos; la *manus maritalis* sobre la esposa; la *dominica potestas* sobre los esclavos y el *mancipium* o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *paterfamilias*. A estas potestades, además había que agregar el *dominium* o señorío absoluto sobre las cosas.

Durante largo tiempo la potestad tanto sobre personas como el poder sobre las cosas se consideraron de la misma naturaleza, y el Derecho Romano los reconoció y rodeó de garantías. Estos poderes tuvieron un carácter tan absoluto que ni la autoridad pública podía intervenir y así encontramos frente a los individuos libres y no libres sujetos a potestad el señorío del *pater* le otorgaba el Derecho de vida y muerte (*Ius vitae nevisque*), el Derecho de exponer (*Ius exponendi*) y de vender a los hijos (*Ius vendendi*) y de entregarlos en noxa (*Ius noxae dandi*) a la víctima del delito por ellos cometido, como resarcimiento por los daños que de un hecho ilícito pudieran derivarse.

A partir de la época republicana, se pudo suavizar esta *potestas* del *pater* y fue constituyéndose y cambiando la fisonomía de la familia romana con una nueva transformación y atenuación a favor de poderes tan inhumanos como el de la vida y muerte que para aplicarlo era necesaria una consulta previa a un consejo de parientes. El *Ius vendendi* se limitó por una prescripción de las XII Tablas que sancionaba al *pater* con la pérdida de la *potestas* si el hijo había sido objeto de tres ventas sucesivas.

En la época imperial, y sobre todo en tiempo de Trajano se obligó a un padre que maltrataba a su hijo a emanciparlo, y ya Adriano condenó a la

<sup>7</sup> ARGÜELLO, R.L.: *Manual de derecho romano, historia e instituciones*; 3ª edición corregida, págs. 413 y ss., Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

deportación, al padre que mató al hijo, reservando solo a los jueces la aplicación de penas capitales. El Emperador Constantino declaró reo de parricidio a quien mataba a su hijo; y a partir de Valentiniano III fue castigada con pena capital la muerte de los recién nacidos.

En época justiniana (sin duda debido a la influencia cristiana y helénica) la patria potestad quedó reducida a un mesurado poder de corrección y disciplina, ya que, el Derecho justiniano solo permitió la venta del hijo en caso de extrema necesidad, conservando el padre el derecho a recuperar o rescatar la libertad del vendido mediante oferta al comprador. Quedaron abolidos los exorbitantes derechos de *noxae deditio*, el *Ius exponendi* y del *Ius vitae et necis* solo quedó un menor recuerdo.

A través de esta evolución histórica observamos que se instaura un principio moral: "la patria potestad debe consistir en la piedad no en la atrocidad" (*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*). Con lo cual podemos concluir que el Derecho del *paterfamilias*, así entendido, ha alcanzado rango jurídico.

## II. Las personas físicas en relación con la familia (tradición romana)

Como acabamos de señalar, las concepciones romanas sobre conceptos tales como persona, *caput*, *status*, que nos proporciona el estudio de las fuentes clásicas, no son enteramente concordantes con los conceptos modernos actuales.

Para poseer determinados poderes jurídicos (tanto sobre personas, cosas o actos de personas) se condicionaba a su titular a que se hallara en determinada situación respecto del "Estado"<sup>8</sup> y la familia; era preciso que fuera ciudadano romano, lo cual suponía que gozaba de libertad, es decir, que no fuera esclavo, y que fuese jefe de familia *sui iuris*, que no estuviera sometido a la autoridad de un *pater* (que no fuera *alieni iuris*).

La exigencia de estas dos condiciones descansa ciertamente en la idea de que para ser titular de aquellos poderes hace falta poseer lo que hoy llamamos "capacidad jurídica", concepto que sólo empezó a utilizarse por la

---

<sup>8</sup> NOTA DE LA AUTORA: Término no romano y ciertamente anacrónico ya que la idea del "Estado" es posmedieval, pero que sería el paralelo al concepto de "Populo Romano" que sí es una idea más universal del genio jurídico romano.

Jurisprudencia en la época del Principado, pues hasta entonces los romanos no hablaron de *capacitas*, y este concepto estuvo ligado a la aptitud para adquirir la condición de heredero o legatario y no hallarse inmerso en ninguna de las circunstancias que, por obra de las leyes matrimoniales de Augusto, podían determinar su exclusión de las expectativas hereditarias.

También se habló de *capacitas* para poder intervenir en los negocios jurídicos formales típicos, aludiendo a la posesión de determinadas condiciones físicas y mentales tales como: edad, sexo, salud mental..., y que nos llevan directamente a lo que hoy conocemos como "capacidad jurídica de obrar".

La palabra "persona" (cuya originaria significación es o proviene de la voz *per-sonare*, emisión de la voz a través de la máscara de un personaje de teatro cuya concepción ideal viene tomada del teatro helenístico), se utiliza para designar pura y simplemente al hombre sea cual sea su condición.

Por todo ello, el término <persona> se conecta al concepto de <capacidad jurídica de obrar>. La palabra persona que en principio solo designaba en Roma al hombre que cobraba existencia mediante el nacimiento, va a constituir y evolucionar hacia el hombre que una vez nacido, adquiere condiciones que han de cumplirse para que goce de plena capacidad jurídica, es decir para que pueda ser <sujeito de derechos>. Tales condiciones dependerán de la situación en que el hombre se encuentre respecto de la libertad, de la ciudadanía y de la familia; sólo el hombre libre, ciudadano romano y jefe de familia es en Roma <capaz de ser titular de derechos y de obligaciones>. Es, pues, necesario estudiar la situación (*status*) en que el hombre pueda encontrarse en orden a la <libertad>, a la <ciudadanía> y a la <familia>. Donde mejor se aprecia el juego jurídico que integran estos tres conceptos, es a través del estudio de la institución del *Ius postliminii*,<sup>9</sup> que consiste en una situación especial de aquel ciudadano romano caído en esclavitud de un extranjero (*servus hostis*).

En Roma no es concebible y por tanto juega como principio inquebrantable del ordenamiento jurídico de Roma, que un ciudadano romano, no puede ser esclavo en Roma misma. La razón de este principio hay que incardinarla en la íntima conexión existente entre ciudadanía y libertad, a virtud de la cual solo podía ser ciudadano el hombre libre, ya que no era posible

<sup>9</sup> ALVAREZ SUAREZ, U. *Instituciones de Derecho Romano-III. Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Romano -Madrid 1977 pag. 41.

imaginar un ciudadano que fuera esclavo. Por lo cual, en determinados casos, la pérdida de la ciudadanía arrastra consigo la pérdida de la libertad. Si por alguna causa un ciudadano romano llegare a sufrir en concepto de pena, o como consecuencia de ejecución personal de un acreedor, la venta de su persona a otra distinta, tal venta debía realizarse *trans Tiberin*, es decir más allá del Tiber, <en el extranjero>, que en la época de las XII Tablas<sup>10</sup>, era ya la Etruria.

Por ello, la cautividad de guerra que podía sufrir un ciudadano romano, desde el punto de vista del *ius civile*, no le hace perder su ciudadanía y tampoco su "libertad". Se entendió y se apreció que no es un *servus iustus* sino un simple *servus hostium*, su servidumbre es tan solo una situación de hecho<sup>11</sup>, ocasional e interina (no permanente como la del auténtico esclavo del extranjero en Roma), sino que viene determinada por la sujeción que entraña el hecho mismo de la cautividad que sucede por el *Ius bellicum*. Por ello, se estima que si este ciudadano afectado por el cautiverio muere estando cautivo, se estima que muere esclavo; mas, si por el contrario, recuperara la libertad, aquellos derechos de libertad que habían quedado "suspendidos" siguen subsistiendo y en virtud del *postiminii*, cuando cesa la cautividad y el ciudadano regresa a su patria, al recobrar su libertad, recobran con ella en toda su plenitud su ciudadanía y resurgen todos los derechos y relaciones jurídicas que antes poseyera como tal ciudadano, estimándose que nunca los hubiera perdido, lo cual afecta no solo a los derechos públicos (*ius sufragii*, *ius honorum*, etc), sino también a los privados (*patria potestas*, *manus*, tutela, propiedad, derechos y obligaciones, etc.). Naturalmente, se exceptúan de este elenco aquellas <situaciones de hecho> que quedaron rotas por la cautividad, tales como el matrimonio *sine manu*, que según la concepción romana, necesitaría restablecer la *affectio maritalis* con su antiguo cónyuge, a través de un nuevo matrimonio, si esto fuera posible ya que requiere de nuevo el consentimiento de la esposa, debido a que en el intervalo, ésta ha podido contraer nuevas nupcias<sup>12</sup>, sin embargo la *manus* que no es un hecho sino un derecho, sí se recupera; asimismo debe realizar de nuevo la aprehensión de las cosas para engendrar una nueva posesión.

<sup>10</sup> LEY DE LAS XII TABLAS 3,5.

<sup>11</sup> INSTITUCIONES de Gayo 3,129. Reglas de Ulpiano, 10,4. Juliano habla de que se encuentra *in potestate hostium* (Digesto.28,6,29).

<sup>12</sup> PAULO, Digesto 49,15,8.

Gayo en sus Instituciones<sup>13</sup>, cuando se refiere a las *personae*, está refiriéndose no sólo a los hombres libres, sino también a los esclavos, a los ingenuos, a los libertos, a los *sui iuris* y *alieni iuris*, y también así lo hace cuando habla de los latinos y los *dedicticios*.

En cambio, ni Gayo, ni cualquier otra fuente, recoge el término persona referido a lo que hoy llamamos personas sociales (asociaciones o fundaciones) y la persona romana no fue de manera alguna equivalente a <sujeito de derechos> que no fueron en Roma ni los *alieni iuris*, ni los *dedicticii*.

Teniendo en cuenta, la conexión e íntima relación existente y de acuerdo con los anteriores planteamientos, podemos llegar a afirmar que lo que garantiza la perpetuación y continuidad de la familia, son los hijos. A los hijos, por tanto, presta el Derecho Romano una especial atención.

### III. Los hijos

Un breve comentario sobre los hijos de Roma:

En el momento del nacimiento, cuando la comadrona los depositaba en la tierra o en el suelo al recién nacido, podía hacerlo de dos maneras: *sublatus* (tomarlo) y *expositus* (abandono).

Pasados ocho días del nacimiento, las niñas recibían un nombre, a diferencia de los niños que pasados nueve días, recibían tres nombres: *praenomen* (personal), *nomen* (familia) y *cognomen* (antepasado). Tanto para los niños, como para las niñas, la celebración de la ceremonia *illustratio* se realizaba ante el altar doméstico colocándoles la "bullae" al cuello. En el plazo de treinta días, se procedía al registro del nacimiento en el Templo de Saturno.

Hasta la época de Augusto, no existió en Roma un <registro de nacimientos>. Octavio lo establece para poder dar aplicación a las disposiciones respecto de la edad que la *Lex Aelia Sentia* del año 4 d/EC, exigía en el dueño manumisor y en el esclavo a manumitir para que la manumisión produjera sus efectos legales; e igualmente para poder probar el número de hijos a los efectos del *ius liberorum* establecido por la *Lex Papia Poppaea* del año 9 d/EC. Los hijos legítimos y también (desde Marco Aurelio), los ilegítimos, deben ser inscritos dentro del plazo de 30 días a partir del nacimiento. Las partes inte-

<sup>13</sup> INSTITUCIONES de Gayo 1,3:10 *De iure personarum*.

resadas pueden obtener testimonios de la inscripción (*testaciones*), en los que constará el nombre del hijo y de los padres, fecha de nacimiento e indicación sobre la ciudadanía del hijo; para que un hijo legítimo adquiriese la ciudadanía romana era necesario que se inscribiese en el registro dentro de los tres días siguientes a su nacimiento<sup>14</sup>.

Los hijos menores de edad, iban ataviados con una túnica corta y *pre-texta*, los mayores de diecisiete años, con la *toga viril* y ofrecían la *toga pretexta* a los dioses como símbolo ritual de iniciación en la madurez de la pubertad.

En Roma la tutela de los hijos era paterna; en la educación, los padres tenían diferentes cargos asignados: por un lado, el padre se dedicaba a la orientación de los deberes cívicos, y por otro, la madre se encargaba de enseñarles a leer y hacer cuentas. Sin embargo, en las familias ricas, se daba la posibilidad de tener un profesor privado de *gramaticus*, latín, griego, rhetor, baile, canto y lira.

#### IV. La legitimación

No podemos pasar por alto la cuestión de la legitimación; pues ésta en sentido propio, indica ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares y reguladas, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato.

Esta institución es un tanto curiosa por lo extraño de un sentimiento no propio en la época clásica ya que la cualidad de hijos *spurios* no tenía ninguna connotación deshonrosa en este momento histórico.

Encontramos en esta época ciertos casos en los cuales el padre obtenía como favor la autoridad paterna sobre sus hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*. Lo cual solía ocurrir:

- Cuando el Emperador, confiriendo la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, le concedía especialmente sobre ellos la autoridad paterna.
- Cuando un latino *juniano* disfrutaba del beneficio de la *causae pro-natio*.

<sup>14</sup> ALVAREZ SUAREZ, U. Op. citada pág. 15.

- Asimismo, en el caso de errores *causae probatio* (cuando una persona se casa equivocándose sobre su cualidad o la de su cónyuge, creyendo existir entre ellos el *connubium*; esto ocurre en el caso de un ciudadano que se casa con una latina creyéndola ciudadana, entonces y en tal caso un Senadoconsulto permite al padre hacer la prueba de la buena fe *erroris causam probare*, y desde entonces el matrimonio queda convertido en *justae nuptiae*. Así todos tienen la ciudadanía y el padre la autoridad paterna sobre el hijo. Esta práctica fue desapareciendo paulatinamente, sobre todo a raíz de la extensión de la ciudadanía en el año 212 por Caracala.

Sin embargo, en el Bajo Imperio vuelve a reaparecer esta idea de la legitimación, debido a la creencia de que las *justae nuptiae* solo son honrosas para los padres y los hijos, y por tanto la legitimación es la consecuencia que se deriva de tal concepción.

## V. Formas de legitimación

Entre otros autores, veamos el criterio de IGLESIAS-REDONDO Juan<sup>15</sup> quien respecto de la filiación, considera que adopta tres posibles formas de legitimación:

1<sup>a</sup>) *Per subsequens matrimonium*.— Tal como indica la expresión latina esta sucede cuando se toma por mujer a la concubina. En una Constitución de los Emperadores Constantino<sup>16</sup> y otra posterior de Zenón<sup>17</sup>, se concedió de manera transitoria la legitimación *per subsequens matrimonium* de los hijos habidos con mujer ingenua. Pero después de adquirir carta de esta habilidad con el Emperador Anastasio<sup>18</sup> resultó abolida por el Emperador Justino<sup>19</sup> y finalmente, se declaró vigente de nuevo por el Emperador Justiniano<sup>20</sup>.

2<sup>a</sup>) *Per oblationem curiae*.— Sendas Constituciones de los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III<sup>21</sup>, autorizaron a los padres que no tuvieran hijos

<sup>15</sup> IGLESIAS-REDONDO JUAN; *Derecho Romano Historia e Instituciones*, 10ª edición, páginas 531 y ss., Editorial Ariel, Barcelona 1990.

<sup>16</sup> C. 5, 27, 5 pr.

<sup>17</sup> C. 5, 27, 5 PR. del año 477.

<sup>18</sup> C. 5, 27, 6 pr. del año 517.

<sup>19</sup> C. 5, 27, 7 pr. del año 519.

<sup>20</sup> C. 5, 27, 10-11 pr.; Inst. 1, 10, 3; Nv. 79, 3; Nov. 89, 7.

<sup>21</sup> C. 5, 27, 3 pr. del año 443.

legítimos a dejar en testamento todo el patrimonio a los hijos naturales siempre que estos hijos estuvieran inscritos entre los decuriones, si fueran varones o se dieran en matrimonio a decuriones si se trataba de mujeres. Efectivamente tal acto no traía consigo la legitimación, pero pronto se admitió que los hijos naturales ofrecidos a la curia sucediesen al padre por vía intestada y finalmente Justiniano<sup>22</sup> sancionó la patria potestad confiriendo la legitimación en el caso de que hubiera hijos legítimos. El legitimado *per oblationem curiae* solo adquiere la condición de hijo legítimo respecto del padre.

3ª) *Per resciptum principis*.— Esta legitimación creada por Justiniano<sup>23</sup>, se concedió siempre y cuando no existieran hijos legítimos y fuese imposible el matrimonio con la concubina.

## VI. La patria potestas y la manus

El mundo romano concibió la patria potestad con una esencia y contenido tan peculiar que se consideró entre los derechos de señorío entre los que se fraccionaba el poder pleno del *paterfamilias*. Tanto los hijos y las hijas (*fili y filiae familias*), están sometidos a esa hegemonía ilimitada y omnimoda, si bien a medida que pasa el tiempo, ésta va ser suavizada por el derecho sacro y la costumbre; sobre todo, en la época de Augusto, por las propias limitaciones creadas por el Derecho Privado. Este poder tiene una duración en cuanto al sometimiento para los hijos hasta la muerte del propio *paterfamilias*, e incluso contrariamente a lo que ocurría en los derechos griegos y germánico, subsiste hasta en el caso de que los hijos hubieran alcanzado la mayoría de edad.

La *manus* o poder ejercido sobre la mujer-esposa, cierran este círculo de poder omnimodo y absoluto que ostenta el *paterfamilias* sobre todos los individuos que están bajo su *potestas*.

Este poder paterno solo se extingue, como se ha indicado, con la muerte de su titular; pero también puede extinguirse por la pérdida de su libertad y/o de su ciudadanía —a la cual ya nos hemos referido anteriormente, al hablar del *postliminii*— y también con ocasión de la adrogación.

La *patriapotestas* sobre cada uno de los hijos, se pierde igualmente por la entrega de éstos en adopción, o en caso de la hija, por el matrimonio de ésta *cum manu*.

<sup>22</sup> C. 5, 27, 9 pr.; Nov. 89, 4.

<sup>23</sup> INSTITUCIONES. I, 10, 13; Nov. 74, 1 y 2.

## VII. Acciones de estado – la presunción de paternidad

Este aspecto está conectado evidentemente con la filiación. En Roma esta cuestión adquiere unos relieves muy particulares<sup>24</sup>. Teniendo en cuenta los poderes tan amplios que el *paterfamilias* ostentaba, no era posible desconocer su paternidad. Pero el asunto planteaba aspectos más graves cuando se trataba de nacimientos de madre divorciada que obviamente dificultaba la atribución de la paternidad del recién nacido.

Fue por tanto en la época republicana, cuando mediante un edicto pretorio se posibilita al marido mediante reconocimiento intentar la *actio de liberis agnoscendis*, para poder reconocer a los hijos ya nacidos antes del divorcio; a los hijos nacidos después del divorcio, o que se esperaba que nacieran. Se posibilitó la defensa procesal a través del ejercicio de la *actio de partu agnoscendo* que fue introducida mediante el senadoconsulto *Planciano* del siglo I d/EC, el cual fijó un procedimiento muy minucioso, ya que contempló un aspecto penal dirigido fundamentalmente a evitar la suposición de parto. El asunto no es baladí por las consecuencias sucesorias que implicaba.

Así, la mujer divorciada o su *paterfamilias*, dentro de los treinta días subsiguientes al divorcio, en caso de hallarse encinta, debía denunciar su situación al marido, y este podía o desconocer su paternidad, o nombrar un *curator ventris*, con lo que aceptaba la paternidad y asumía los deberes derivados de ésta, tales como alimentos, cuidados en su crianza, etc.

El marido, puede siempre —presentado pruebas, no reconocer la propia paternidad respecto al que ha nacido—, dentro de los plazos en los que la mujer con la que estaba unido en matrimonio en el momento en que la concepción tuvo lugar<sup>25</sup>. Sin embargo, si no lograba presentar pruebas contundentes, las consecuencias que del ordenamiento jurídico se derivaban no eran otras que:

- La atribución al hijo del *status civitatis* que tenía el padre en el momento de la concepción y por tanto la condición de hombre libre;
- Además de la atribución de la *patria potestas* sobre este hijo; la atribución al hijo del patronímico (indicado en el *praenomen* del padre en genitivo, seguido al del *filius*);

<sup>24</sup> TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, 1ª Edición, págs. 558 y ss., Editorial Zaragoza, 1991.

<sup>25</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. La Sapienza Editrice Traduc. De DAZA J. Pag. 668 y ss. Editorial Civitas, S. A. 1991.

- En el derecho tardío, al hijo del colono, o del perteneciente a determinadas corporaciones profesionales o del decurión, le es impuesta la misma condición del padre, lo que lleva consigo limitaciones y modificaciones de la capacidad jurídica;
- El deber de *obsequium* o de *pietas* de los hijos (por lo cual unos y otros no pueden darse recíprocamente testimonios contrarios y perjudiciales). Asimismo incluso se castiga severamente las lesiones o injurias contra los padres, cuya competencia queda en manos del *praefectus urbi*.
- La obligación recíproca de darse alimentos, en caso de pobreza o incapacidad para el trabajo. Parece ser que tal obligación existía desde la época republicana, siendo incluso recordada por Labeón<sup>26</sup>. En época justiniana la obligación de facilitar alimentos recaerá sobre los hijos, cuando el padre se encuentre en suma pobreza (*in summa egestate*), y en caso de muerte del hijo, sobre los propios herederos del propio hijo<sup>27</sup>.
- Derechos recíprocos de sucesión. Se equiparan a los hijos legítimos: los adoptados, los arrogados, las mujeres *conventae in manum* y al propio marido.

No obstante toda esta precaución, las acciones de filiación presentaron dificultades de pruebas, pues si bien respecto a la madre la cuestión estaba muy clara, no así respecto del padre. Por tanto, se acude para solucionar este problema al juego de las presunciones que fundamentalmente es formulado por Paulo en el Digesto 2,4,5, (*pater est quem nuptiae demonstrant*), lo cual, se remite *per relationem* y nuevamente a la situación derivada de *iustae nuptiae*. Presunción ésta que todavía hoy se halla presente en nuestros derechos actuales.

Esta forma de acudir a solucionar los problemas cotidianos que se presentaban es fruto, como indica el romanista SCHULZ<sup>28</sup>, del impresionante genio creador y de la *humanitas* romana, y por ser así nos parece de una modernidad sorprendente.

La idea de la *materna potestas*, no es ni siquiera tomada en consideración por los juristas romanos ortodoxos, no obstante, las sugerencias que en

<sup>26</sup> DIGESTO 27,3,1,4. Labeón

<sup>27</sup> DIGESTO 25,3,5,17. Texto interpolado

<sup>28</sup> SCHULZ, Fritz. Op. citada pág. 135 y ss.

favor de la misma les brindaba el Derecho provincial y la costumbre eran más que evidentes. La patria potestad así entendida, fue considerada como el *paladium* del romanismo —indica SCHULZ— y los juristas clásicos se sintieron siempre muy orgullos de esta rígida concepción de la *patria potestas* romana. Solamente por el influjo que ejerció el advenimiento de las corrientes cristianas, esta concepción se fue humanizando y suavizando mediante una serie de reformas durante largo tiempo reclamadas.

### VIII. La adopción romana

*Filium in doptionem alicui emancipare*, juntamente con la tutela y la curatela, así como la *ad-rogatio*, fueron fundamentalmente las instituciones romanas de inserción familiar.

Adoptar es una voz que proviene del latín *ad-rogo* y concretamente del verbo *arrogare*, es decir adoptar como hijo (*arrogare in locum filii*). Se trata de una forma de imitación de la filiación a la manera de como lo hace la naturaleza....*imitatur naturae*.

En Roma, la institución de la adopción funcionó de modo diferente de cómo la concebimos hoy en día, si bien se encuentra en ella su antecedente.

En la República, esta institución tuvo un marcado carácter aristocrático. Sin embargo, durante el Principado, se puede apreciar, sobre todo en la sucesión de los Emperadores, su carácter de tipo político. Podríamos decir que la historia de Roma es una historia de adopciones.

Así pues, esta institución, hoy de clara pertenencia al Derecho Privado, tuvo en Roma una dimensión pública.

Es conveniente diferenciar ya desde ahora algo que se halla presente en los textos clásicos romanos<sup>29</sup>, y que atendiendo al criterio por el cual no sólo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones.

Pero conviene señalar que el término adopción es genérico (y el *genus non perit*) y este género se divide en dos especies; una de las cuales se llama igualmente <adopción> y la otra, <arrogación>.

**Son adoptados** los que son hijos de familia; **son adrogados** los independientes.

<sup>29</sup> DIGESTO 1.7

Porque la adopción, en general, se hace de dos modos: o mediante la autoridad del Príncipe o por el imperio del magistrado. Con la autoridad del Príncipe se adopta a los que son independientes, cuya especie de adopción se llama *arrogatio* o arrogación. Recibe este nombre porque el que adopta es rogado, es decir, interrogado, si quiere que el que va a adoptar sea para él hijo según derecho, y el que es adoptado es preguntado a su vez si consiente que así se haga.

Es un acto simétrico por el que una persona *sui iuris* ingresa bajo la *potestas* de otro *paterfamilias*, con todos sus dependientes y adquiere la condición de *filius familias* del adoptante.

Antiguamente, consistía en una ceremonia realizada ante los comicios curiados, presididos por el Pontífice Máximo con la finalidad de proporcionar una familia y una descendencia al que carecía de ella.

Más tarde, el acto se realiza ante treinta lictores, que representaban a treinta curias.

En el derecho posclásico, se realizaba *per rescriptum principis*, o por declaración ante el pretor o gobernador de la provincia.

En virtud de la **adrogación**, el patrimonio del arrogado pasa en su totalidad (*sucesio per universitatem*) al arrogante<sup>30</sup>.

Es propio de la <arrogación> que aquel que tiene hijos bajo su potestad, si se hubiera dado en arrogación, no sólo entra él mismo bajo la potestad arrogante, sino que también sus hijos entran bajo la potestad del mismo como nietos<sup>31</sup>.

En esto vemos cómo se diferencia de la <adopción>, pues los hijos habidos del hijo adoptante siguen bajo la *potestas* del abuelo natural.

Sin embargo, es común a las dos modalidades (arrogación y adopción) que tanto el arrogante como el adoptante han de ser mayores que aquel al que hacen hijo suyo, ya sea por arrogación o adopción, y sobrepasarle o mantener una diferencia de edad o <tiempo de plena pubertad>, es decir, dieciocho años.

También los eunucos podían procurarse un heredero suyo, mediante arrogación; no siendo impedimento su defecto físico.

<sup>30</sup> INSTITUCIONES de Justiniano 3.10.

<sup>31</sup> INSTITUCIONES 1.11.1 y 1.7.40.

En las arrogaciones se debe averiguar si el que arroga es menor de sesenta años, debido a que debe atender en preferencia a la procreación de los hijos propios, a menos que la enfermedad o mala salud fueran un motivo, o que actuase otra justa causa para arrogar, como por ejemplo: si se quiere arrogar un pariente.

Vemos cómo la arrogación es causal; sobre todo cuando Ulpiano<sup>32</sup> nos da noticias de que salvo por justa causa, nadie debe arrogar a más de uno; también debemos entender que es una institución de imitación a la naturaleza, dado que se prohíbe arrogar a un liberto ajeno y tampoco puede arrogar cuando el arrogante tiene menos edad que el arrogado.

También en este terreno de las prohibiciones para la arrogación, encontramos que quien administró la tutela o la curatela de alguien que tenía menos de 25 años, no le es posible arrogar, y ello se hace así para evitar que el arrogante tenga que asumir la rendición de cuentas a que está obligado al final de su tutela o curatela. En este caso, la causa sería inmoral y cualquier causa inmoral, aunque sea de forma oculta, impide la arrogación. No obstante, sí que está permitida la arrogación de estos pupilos únicamente a aquéllos que pudieran adoptar movidos por su natural parentesco o por un afecto irreprochable, estando prohibido en los demás casos, para que no quede a la discreción de los tutores al terminar la tutela y dejar sin efecto la sustitución (pupilar) hecha por el ascendiente.

Para eso, nada tan práctico<sup>33</sup> como averiguar mediante inventario qué bienes tenía el pupilo, y qué o cuáles bienes tiene el que lo quería adoptar, para que se pueda estimar o ponderar por comparación, si la arrogación puede entenderse conveniente para el pupilo; además, ha de averiguarse qué vida lleva el que quiere introducir al pupilo en su familia. También, como ya se ha indicado, la cuestión de la edad, para ver si sería mejor que pensara en procrear hijos, en vez de recoger bajo potestad a otro de familia ajena.

Hay que ver, además, si no se debe impedir al que tenga ya uno o varios hijos, adoptar otro, tanto para que los que hubiera procreado en justas nupcias no vean mermada la esperanza de cada uno de estos hijos puede concebir por su fidelidad —al padre— como para que el arrogado no perciba menos de lo que fuera digno.

---

<sup>32</sup> DIGESTO 26. Sab. Ulpiano.

<sup>33</sup> DIGESTO 25. Sab. Ulpiano.

No obstante lo cual, a veces y por excepción, se permitió al más pobre adoptar al más rico, siempre que fuera clara la sobriedad de su vida, o un afecto honesto y probado, y en tal caso se deberá dar una garantía, semejante a aquella que viene obligado a prestar el arrogante de un pupilo suyo que, aunque sea probada la causa justa, debe dar caución a un esclavo público de que habrá de restituir lo que hubiera conseguido de los bienes de pupilo, a aquéllos en quienes hubiera recaído el patrimonio si el arrogado hubiera permanecido en su estado<sup>34</sup>.

Si esa garantía se hubiera omitido, se da una acción útil para el arrogante.

En el caso de que el arrogante hubiera muerto, dejando un hijo adoptivo impúber y, posteriormente, muriera el impúber, ¿quedarían obligados los herederos del arrogante?, observamos que según Ulpiano los herederos han de restituir los bienes del arrogado, además de la cuarta parte (antonina). Y para el caso de que el arrogante pueda nombrar un sustituto para el impúber, no sería admitida tal sustitución, salvo quizá exclusivamente respecto de la cuarta parte que consigue del patrimonio del arrogante, y en tanto sea sustitución pupilar, hasta la pubertad (18 años). Por lo demás, si el arrogante grava (la cuarta) con un fideicomiso, para restituirla a otro en un determinado momento, no es conveniente que tal fideicomiso sea admitido, porque el derecho (a la cuarta) no lo tiene por voluntad del arrogante, sino por providencia del Príncipe.

Dado que, como ya se ha dicho, el arrogante debe ser interrogado, se desprende que ningún ausente (cuyo consentimiento no sea posible conocer), ni aquéllos que disientan en la arrogación podrán ser arrogados.

Cuando hablamos de arrogado, hablamos también de arrogada, ya que en Roma las mujeres por rescripto del Príncipe podían ser arrogadas.

Resulta evidente, cómo los romanos tuvieron en cuenta dos bienes jurídicamente protegibles: el <interés del arrogado>, sobre todo cuando éste es púber, y su <consentimiento>.

En cuanto a la *adoptio* como especie del género de la adopción, que resulta de aquel acto por el cual un hijo de familia sale de su familia originaria para pasar a estar bajo la patria potestad de otro *paterfamilias*, ha de

<sup>34</sup> DIGESTO 26. Marcelino.

tenerse en cuenta que, conforme a la concepción romana, la patria potestad era irrenunciable y como derecho omnímodo sólo terminaba por la muerte o incapacidad civil del padre. Tampoco se admitía la transferencia de un derecho personal como la patria potestad. Así que los juristas de la República acudieron a un "ingenioso expediente" al interpretar un antiguo precepto de las XII Tablas.

La Ley de las XII Tablas, del año 450 a/EC o Ley Decenviral, se llamaron así porque se escribieron sobre XII Tablas (primero fueron diez a las que se añadieron dos tablas más) —de madera, lo más probablemente— y que luego fueron expuestas al público en el foro. Nos es posible conocer su contenido gracias a citas y transcripciones que se recogen y reflejan en los años de la república y principado.

En las XII Tablas quedaron recogidas cuestiones tales como: las procesales; delitos y penas; obligaciones; familia y sucesiones. Con expresión de términos sencillos y rudos como corresponden a un lenguaje arcaico y sin matices. Las XII Tablas no es propiamente un código —ya que no recoge el sistema completo de las normas jurídicas vigentes que entendemos por código— pero sí es una obra genuinamente romana<sup>35</sup>.

Según esta ley, si un padre vendía tres veces a un hijo, éste quedaba libre (XII. T.4,2). Por las tres emancipaciones sucesivas, el hijo quedaba liberado de la *patria potestas* de su padre de origen y el adoptante la adquiría mediante un acto ante el magistrado. El adoptado, a partir de tal momento, adquiría los mismos derechos sucesorios y familiares que los hijos propios naturales, como más adelante veremos.

Más tarde, en la república, y dado que el padre natural debía consentir también en la adopción, si éste no pudiera hablar, pero pudiera declarar de otro modo que quería dar a su hijo en adopción, la adopción se confirmaba lo mismo que si hubiera sido realizada válidamente<sup>36</sup> como ya se ha indicado.

En las adopciones tan sólo se indaga el consentimiento de aquéllos que son independientes; pero cuando un hijo es dado en adopción por su padre, entonces se ha de atender a la voluntad de uno y de otro, bien consintiendo o no. Incluso si un hijo de familia fuese cónsul o gobernador (según Paulo 4 Sab.), consta que puede darse en adopción interviniendo él mismo como

<sup>35</sup> FRANCISCO EUGENIO: *Breve historia de Roma*. Págs. 40 y 41. Dykinson. Madrid.

<sup>36</sup> INSTITUCIONES. Gayo 2.

magistrado; ya que según nos informa Modestino comentando una opinión de Neracio<sup>37</sup>: << El Magistrado que puede intervenir en las acciones de la Ley, también puede emancipar a sus hijos y darlos en adopción con su propia intervención>>.

También Juliano describe el caso de aquél que adopta a alguien como nieto recién nacido de su hijo; en tal caso, es exigible el consentimiento del hijo. Hay que tener en cuenta a efectos sucesorios que tal nieto, a la muerte del abuelo, no se hace heredero forzoso, ya que acaecida la muerte del abuelo recae en la potestad del que es como su padre<sup>38</sup>, debido a que las adopciones pueden hacerse no sólo en condición de hijos, sino también de nietos.

Los efectos jurídicos que se derivan de la adopción respecto a la patria potestad son de tal naturaleza que, una vez extinguida la potestad del padre adoptivo, no queda vestigio alguno de lo anterior situación o *status*. Es decir, se pierde la dignidad de padre adquirida por la adopción, una vez que se extingue ésta.

Deducimos que en Roma la adopción tiene lugar respecto de aquellas personas, entre los que también la filiación natural puede tenerlas; siendo posible, asimismo, la adopción de un niño infante.

Respecto a las relaciones vinculantes que plantea la adopción respecto de las personas unidas por parentesco al adoptante, hay que señalar que el que se da en adopción se hace también cognado de aquéllos de quienes se hace agnado; mas de quienes no se hace agnado tampoco se hace cognado; esto es debido a que la adopción no lleva consigo el derecho de sangre, sino el derecho de agnación y, en tal sentido, pensamos, por ejemplo, que si un ciudadano romano hubiera adoptado a alguno como hijo, la mujer, esposa de tal ciudadano, no figura para el adoptado en lugar de madre, y no se hace agnada de él y, consecuentemente, tampoco resulta ser cognada; y, asimismo, la madre de tal ciudadano romano (adoptante) tampoco viene a ser abuela porque no "se hace" el adoptando agnado para los que están fuera de la familia de tal ciudadano; no obstante, lo que sí "se hace" el adoptado es hermano de la hija del adoptante, ya que tal hija sí está en su familia y hasta tal punto que, queda prohibido el matrimonio entre ambos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> DIGESTO 2. reg. Modestino.

<sup>38</sup> DIGESTO 2. Sab. Paulo.

<sup>39</sup> DIGESTO Paulo 35. Ed. y Juliano 70. Dig.

La adopción es un acto realizado interpresentes, ya que ningún ausente puede adoptar ni cumplir tal solemnidad mediante otra persona.

Se exige también capacidad de obrar por parte de las partes intervinientes, pero si el padre natural no pudiera hablar, y no obstante pudiera declarar de otro modo la voluntad de dar su hijo en adopción, ésta se confirma y es un acto válido.

Los no casados también pueden adoptar y se convierten de este modo en padres; el matrimonio no es requisito para la adopción. El hijo adoptivo que está bajo la patria potestad de su padre (exactamente igual que en el caso de la filiación natural), de ningún modo puede exigir del padre dejar de estar sometido a su potestad.

Sin embargo, en el caso de un impúber que fuese adoptado, y al llegar a la pubertad desea ser emancipado, el asunto será puesto en conocimiento del juez, quien determinará lo más procedente, previo conocimiento del asunto.

Vemos cómo el derecho da atención a la voluntad del adoptado. Y un paso más en tal sentido es el referido por Marciano, quien nos dice que si el adoptado al llegar a la pubertad, probara que no le conviene seguir bajo la potestad del adoptante, sería justo que fuera emancipado por su padre adoptivo, recuperando así su anterior condición.

Un comentario de Labeon<sup>40</sup>, jurista clásico, nos da noticia de que conforme a las costumbres romanas, no era conveniente tener un hijo en adopción de modo temporal, y ni siquiera estando de acuerdo en tal temporalidad, sería válida la adopción; además, no hay acción para reivindicar el hijo. Por lo que pensamos que la adopción es un acto irrevocable.

No obstante esto, y respecto a la dignidad del hijo dado en adopción, ésta no se pierde, sino más bien se aumenta, ya que se suma a la que encuentra en la persona del adoptante y tampoco pierde su dignidad (por ejemplo un Senador), ni aun en el caso de ser adoptado por un plebeyo.

Respecto a la validez de la adopción, se estimó conveniente que se pudiera manumitir y dar en adopción ante el procónsul, incluso en aquella provincia que no le correspondiera. Refuerza este criterio, el que hasta una adopción hecha inválidamente podía ser confirmada por el Príncipe<sup>41</sup>. Y, en

---

<sup>40</sup> DIGESTO Paulo 11 cuestiones.

<sup>41</sup> DIGESTO Marcelino 26 dig.

efecto, Marco Aurelio, de consagrada memoria dispuso así en un escrito a Eutiquiano: <<Si debes conseguir lo que deseas, lo estimarán los jueces habiendo citado también a los adversarios, es decir, a los que perjudicaran con la confirmación de la adopción>><sup>42</sup>.

Hasta aquí cuanto podemos decir de esta importante institución de familia en su doble variante de adopción y arrogación. Consideraremos a continuación, dada su complementariedad, las instituciones de tutela y curatela, sobre las instituciones familiares romanas.

### IX. La tutela y la curatela romanas

Tutela y curatela son dos poderes que se ejercitan sobre las personas que, no obstante, ser *sui iuris*, carecen de capacidad de entender y de querer ambas necesarias para administrar convenientemente el patrimonio propio. Cuando se da la ausencia de tal capacidad, ésta pueden ser total o parcial, a veces la incapacidad del sujeto se basa en razones de edad, sexo, enfermedad mental o de prodigalidad<sup>43</sup>.

La situación de incapacidad tiene el origen generalmente a la muerte del *pater familias*. Lo cual determina que los *alieni iuris* se hagan inmediatamente *sui iuris* y, por tanto, adquieren tanto la capacidad jurídica de goce como la capacidad jurídica de su ejercicio. No obstante, en relación con su ejercicio, puede darse la circunstancia de que *sui iuris* sea impúber varón (*pupillus*) o mujer impúber o púber (*pupilla*). Tanto en un caso como en otro, su suplirá tal <incapacidad jurídica de obrar> a través de una persona que sí está capacitado y recibe el nombre de *tutor*, que, en el caso de la mujer este *tutor* es vitalicio.

También puede darse el caso, de que tanto el *sui iuris* varón como la mujer púberes, sean discapacitados psíquicos, en tal caso el tutor será vitalicio para ambos. Asimismo, si por cualquier causa, les faltare la prudencia suficiente para administrar su patrimonio, o se trate de salvaguardar las expectativas hereditarias de un *nasciturus* o *spem animantis*. En estos casos se suple la incapacidad psíquica o de prudencia con un *curator*.

<sup>42</sup> URSICINIO ALVAREZ SUÁREZ: *Instituciones de Derecho Romano*, vol. III. ED.R. Madrid.

<sup>43</sup> IGLESIAS-REDONDO JUAN, Op. citada, páginas 543 y ss.

En lo que respecta a la edad, los juristas romanos distinguen entre: los *infantes qui fari non possunt* = los que no pueden hablar razonablemente, y aquellos menores de siete años, a quienes no se les reconoce ninguna capacidad jurídica de ejercicio, tanto en lo que respecta a la responsabilidad civil como patrimonial; tampoco les es reconocida ninguna responsabilidad penal (hurto, daño o injuria). La función del tutor respecto a los *infantes*, supone una administración total e independiente del patrimonio del pupilo.

Los *infantia maior* (de los siete años hasta la pubertad) si tienen responsabilidad penal (*capaces doli*) y por tanto pueden realizar actos jurídicos siempre y cuando intervenga la autorización ratificadora del tutor (*auctoritas tutoris*). En relación con los *infantia maior*, la función del tutor se circunscribe al consejo y asesoramiento patrimonial.

Los *minores* (que son los varones desde la pubertad —momento este en el que se extingue la tutela— hasta los veinticinco años), también están afectados por la responsabilidad penal.

## X. Tutela

Justiniano reproduce en las Instituciones, mediante la transmisión del jurista Paulo la definición elaborada por de Servio Sulpicio Rufo (cónsul del año 51): "*Est autem tutela, ut servius definivit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*" (Inst. 1, 13,1)<sup>44</sup>, = "La tutela es, como define Servio <Sulpicio Rufo> un poder <derecho = IJ 1,13,1> y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo".

En los orígenes el *heres* es el que ejercía la *vis ac potestas* porque él era el único que tenía poderes familiares pero en la historia del Derecho nos proporciona información que fue posible investir en la tutela a persona distinta del *heres*; bien es verdad que se mantuvo por largo tiempo la idea de que solo el *paterfamilias* estaba autorizado para nombrar tutor en el acto del testamento, acto este que incluye así mismo proveer a instituir heredero.

La tutela, por su propia naturaleza, es una función viril (*officium virile*), ya que consiste en la defensa del patrimonio del *sui iuris* sin capacidad

<sup>44</sup> DIGESTO Libro XXVI. Título I – 26.1. pr. (Paulo 38 ad Ed. IJ 1,13,1)

jurídica de ejercicio; el cuidado de la persona del pupilo o pupila correspondiente a la madre o pariente encargado de los mismos, o incluso al propio tutor cuando es pariente agnado del pupilo o pupila pero en razón del parentesco más que en razón de su tutela. Para ser nombrado tutor, se necesitan los requisitos mínimos de capacidad jurídica, física y psíquica propia. Evidentemente no pueden ser nombrados tutores los mudos o los sordos.

El impúber y la mujer quedaban sujetos a la tutela al morir el *paterfamilias* bajo cuya *potestas* se encuentran.

No obstante cuando entra en quiebra la compacta unidad familiar *communi iure* la potestad sobre impúberes y mujeres se independiza de los poderes familiares adquiriendo una vida y denominación propias.

## XI. Tipos de tutela

Dado que la tutela es una institución de *ius civile*<sup>45</sup> con una función tuitiva que consiste en proteger a las personas, que como se ha dicho, no están bajo la *patria potestas* y no se pueden defender por sí mismas. Puede ser de tres clases<sup>46</sup>:

**1. Tutela legítima** (por determinación de la Ley). Se llama así porque procede de la Ley. Esta Ley es la de las XII Tablas según Gai. I. 155<sup>47</sup>, <*Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*> (En virtud de la ley de las XII Tablas, los agnados son tutores de los que no tienen un tutor testamentario, y se llaman legítimos). Esto es así y esté en relación a las siguientes personas:

- A los *sui heredes* que son las personas que se encontraban bajo su *potestas* en el momento de su muerte.
- Al *proximus agnatus*, es decir, persona que juntamente con el causante se encontró en alguna ocasión bajo la *patria potestas* de un *paterfamilias* común.
- A los *gentiles*, es decir, los integrantes del grupo familiar más amplio.

<sup>45</sup> JUAN IGLESIAS: *Instituciones de Derecho Privado*. Pág 579. Ariel, 1972.

<sup>46</sup> BETANCOURT, F.- *Derecho Romano Clásico*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla- 1995. pág. 447 a 454.

<sup>47</sup> INSTITUCIONES de Gayo. I, 155.

- Si reparamos en ello el orden al que se hace referencia en la tutela legítima es el mismo que se sigue en la *sucesio ab intestato*<sup>48</sup>.

Así esta clase de tutela le corresponderá a un varón púber o *agnatus proximus*. Teniendo en cuenta que el tutor legítimo, lo es en razón a su parentesco de agnación, si este se extingue, también queda extinguida la tutela legítima. Pero en tanto sea tutor legítimo, no puede renunciar a la tutela ni tampoco puede ser removido de la misma.

1. **Tutela testamentaria** (por voluntad del testador). Es la que establece el *pater* en su testamento para los hijos impúberes que a su muerte se convertirán en *sui iuris*. Esta clase de tutela, es supletoria de la que se espera corrientemente como testamentaria; podrá darse incluso cuando el testamento sea ineficaz, pues el pretor respetaba los nombramientos testamentarios. No obstante, el tutor testamentario podía renunciar libremente a la tutela <*abdicatio tutelae*> a diferencia del tutor legítimo. Además, no solo podía nombrarse tutor testamentario a un *cives romanus* sino incluso a un *latino*, a un *alieni iuris* y hasta un impúber (en este último caso, el pretor nombraba un tutor suplente hasta que el tutor testamentario tuviese capacidad y fuera posible su ejercicio). De la misma manera se admitía el tutor testamentario nombrado bajo condición o término.
2. **Tutela dativa o Atiliana**. Esta clase de tutela se da a partir del siglo III a/EC coincidiendo con el esfuerzo bélico que Roma realiza con motivo de la segunda Guerra Púnica. Mediante la *Lex Atilia*<sup>49</sup>, se da jurisdicción al Pretor Urbano no sólo respecto a todo tipo de tutela, sino también para que, de acuerdo con la mayoría de los tribunos de la plebe, nombrase tutores para aquéllos *sui iuris* impúberes que carecían de él. Así, se les conoce con el nombre de tutor "Atiliano" a esta clase de tutores.

En tiempos del emperador Claudio (año 41 d/EC al 54 d/EC), aquella jurisdicción pasó a los cónsules hasta que el emperador Marco Aurelio (año 116 d/EC – 180 d/EC) creó un tutor *tutelarius*, para las tutelas en Roma. Este procedimiento quedaba ratificado por nombramiento del magistrado.

<sup>48</sup> MIQUEL JOAN: *Lecciones de Derecho Romano*, página 347 y ss., Editorial PPU, Barcelona 1984.

<sup>49</sup> NOTA DE LA AUTORA. Esta *Lex* se debe a la propuesta por el Tribuno de la Plebe del año 210 a/EC, L. Atilio.

Esta forma más reciente de tutela, que se estableció por la *lex Atilia* se da en el caso en que no haya ni tutor legítimo ni testamentario.. Esta clase de tutela es un derecho-deber, una carga a la que solo se puede renunciar señalando a personas idóneas para ocupar el puesto de tutor. Justiniano establecerá una serie de causas de renuncia (excusas a la tutela).

A pesar de todo lo anterior, el insigne romanista SCHULZ F.<sup>50</sup>, nos refiere que el Derecho clásico referente a la tutela ha merecido una excesiva crítica que él no comparte ya que debiéramos observar en él y apreciar un conjunto de derechos tutelares que constituye por sí mismo una creación nada despreciable ya que fue cuidadosamente elaborado y atendió a diferentes intereses. Además se pueden apreciar en él rasgos humanos, liberales y nada burocráticos y se halla regido por tres principios supremos:

1. La tutela clásica originariamente en Derecho Romano fue ejercida por un tutor que actuaba con autoridad que le era otorgada en interés propio o en el de la familia. Éste principio perdió su vigencia en los últimos días de la República. Si recordamos la definición ya citada de Servio Sulpicio Cónsul del año 51 a/EC, en ella encontramos que la tutela se nos presenta como *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui Propter aetatem sexumve sua sponte se defendere nequit*. La parte más importante de esta definición es la que se refiere a la diferencia específica: "*ad tuendum*, etc.". Pero la *patria potestas* es también una "*vis ac potestas in capite libero*" por lo cual es también un poder que se confiere en el propio interés del padre, mientras que la tutela clásica tiene un carácter desinteresado y altruista.

2. El tutor clásico es una persona privada y no un funcionario.

3. Existe un Tribunal encargado de la protección de los pupilos sobre el que pesa el primordial deber de proveer de tutor siempre que sea legalmente necesario.

Aun reconociendo que el Derecho clásico de tutela pueda adolecer de graves defectos especialmente en la tutela *mulierum*. Esta clase de tutela no fue abolida por los juristas de la época clásica, y cúmplenos señalar que además hay que añadir otro grave defecto, como es la exclusión que sufren las mujeres para el desempeño de la tutela, e incluso aun a pesar de ser éstas las que por imperativo natural cuidan a los impúberes. Resulta curioso que,

<sup>50</sup> SCHULZ F.: *Derecho Romano Clásico* (traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), páginas 154 y ss., Editorial Bosch, Barcelona 1960.

por ejemplo, una viuda no pueda ser tutora de sus hijos y como no existe la *materna potestas* haya de ser otra persona la que ejerza en caso de viudez de la mujer el cargo de tutor. Sin embargo, sabemos que estos y otros defectos fueron atenuados en parte en la época posclásica.

Todo lo cual nos lleva a precisar que el Derecho clásico de la tutela es muy discutible por parte de los autores la referencia a su crítica a pesar de que siempre podemos basarnos en fuentes seguras tales como las que hace Gayo en las Instituciones que nos ha sido conservada completamente.

En opinión del maestro romanista KASER Max<sup>51</sup>, la antigua tutela romana tiene un carácter al mismo tiempo altruista y egoísta. El tutor tiene en la tutela un propio interés porque es tutor el que sería más próximo heredero del pupilo si este muriese durante la tutela. El tutor conserva y cuida del patrimonio pupilar, primeramente para el pupilo pero eventualmente también para sí mismo.

Por lo tanto son llamados como tutores legítimos quienes a la muerte del pupilo resultan ser los herederos legales de éste. Sin embargo es también posible designar en testamento tutor del impúber a la persona que (como sustituto pupilar nombrado testamentariamente) será heredero del impúber.

Será en tiempos de la República cuando progresivamente van pasando a un plano secundario aquellos fines egoístas de la tutela. Así la tutela es concebida como un deber o una carga impuesta en interés público (*munus*). El tutor es un cargo privado, y la función del Estado se limita a ser una función inspectora del tutor que ejerce cada vez con más intensidad.

Emplazar la tutela dentro del derecho de familia se justifica porque a la tutela legítima son llamados los más próximos parientes del pupilo con vínculo agnaticio.

En referencia al poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio fue en el antiguo Derecho un poder fiduciario; su *vic ac potestas* fue atenuada por la *fides*, la cual en la tutela, como en otras instituciones, genera un deber de carácter sacro cuya violación es susceptible de ser castigada por el censor en su función de custodio de las buenas costumbres. Paulatinamente van a ir cristalizando las limitaciones del poder tutelar en normas fijas de

---

<sup>51</sup> KASER MAX: Derecho Romano Privado, versión directa de la 5ª edición alemana (traducida por Santa Cruz Teijeiro), páginas 286 y ss., Instituto Editorial Reus, Madrid 1982.

Derecho privado las cuales imponen al tutor determinados deberes jurídicos. No obstante ello continuará la *fides* influyendo en el régimen tutelar de manera determinante.

## XII. La curatela

La curatela (cura), es un encargo de administración hecho por la *potestas* política (Pretor) de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar<sup>52</sup>.

La curatela tiene por objeto exclusivo la gestión y administración del patrimonio del incapaz.

Se diferencia de la tutela porque la misma tiene como nota esencial y característica la asistencia y la cooperación del tutor a los actos jurídicos que celebre el pupilo mediante la *auctoritatis interpositio* de lo cual se deriva la máxima *tutor datut personae, curator rei*<sup>53</sup> (el tutor se da para la persona, el *curator* para una cosa o causa).

## XIII. Formas o clases de curatela

Existen varias formas o clases de tutela, las más antiguas son la *cura furiosi* y la *cura prodigi* a la que se añade posteriormente la *cura minorum*:

- La *cura furiosi* (*qui sibi ipsi non sapit*) de la que hablaban las XII Tablas —*ast ei custos nec escit*— se daba para quien careciendo de *paterfamilias* y de tutor a los agnados y a los gentiles. Según Cicerón<sup>54</sup> *si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque Rius potestas esto*. En el Derecho Justiniano solo subsistirá la curatela testamentaria y la curatela dativa. El curador a la vez que administraba el patrimonio “cuida” de la persona del *furiosus* pero la función que ejerce al respecto es la de un gestor y por tanto no interpondrá la *auctoritas* que es característica solo de la tutela.

Las fuentes no nos proporcionan una definición del loco (*furiosus*), en cambio si lo hacen respecto del prodigo (*prodigus*)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> BÉTANCOURT, F. Op. citada pág. 454 y ss.

<sup>53</sup> DIGESTO 26, 2, 12-14.

<sup>54</sup> CICERÓN, *de invent.* 2, 50.

<sup>55</sup> DIGESTO 27.10.1. pr (Ulpiano 1 ad Sabinun).

- La *cura prodigi* .- Se trata de ejercer la curatela sobre aquellas personas que no son capaces de llevar cuenta ni límite de sus gastos, y peligran de que se arruinen dilapidando y malgastando sus bienes. Esta clase de curatela mantendrá un régimen semejante al de la *cura furiosi* y así mismo los antecedentes más remotos los encontramos en las XII Tablas. Esta recae sobre los pródigos, es decir, aquellos que dilapidaban los bienes recibidos *ab intestato* del padre o del abuelo paterno y a quienes se declara incapacitados para disponer libremente de su patrimonio mediante una *interdictio*.
- La *cura minorum* cuyo origen se encuentra en la *lex Plaetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium* - año 191 a/EC<sup>56</sup>. Recae sobre los jóvenes cuya inexperiencia se supone cuando no alcanzan la plena capacidad a los 14 años y se establece para protegerles a ellos una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de esa edad y menores de 25.

- No debemos olvidar que a esta protección anterior ha de sumarse más tarde la del derecho honorario. El Pretor concedió al menor una *exceptio legis plaetoriae* para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio.

La curatela aparece inicialmente disciplinada en las XII Tablas, pero su verdadero desenvolvimiento data de tiempos más recientes. Por lo que no podemos decir que su régimen ofrezca un carácter unitario. No solo en el ámbito del derecho familiar sino también fuera del mismo existen una serie de *curatores* a quienes se encomendará la gestión de ciertos asuntos en relación a personas que se encuentren en determinadas situaciones tales como:

- Curatela del *nasciturus* o *spem animantis* (*cura* o *curator ventris bonorumque*). Curatela que se confiaba a la defensa pretoria.
- Curatela de los ausentes. (*absentis*).
- Curatela del deudor concursado (*cura* o *curator bonorum*). Se ocupaba de los casos de ejecución material del insolvente, fuera de buena o mala fe.
- Curator de la herencia yacente *hereditatis iacentis*.

Aun a pesar de todo lo que hasta aquí se ha expuesto, en la época postclásica, se dio una aproximación de los regímenes jurídicos de la tutela y la

<sup>56</sup> NOTA DE LA AUTORA. Con tal nombre se conoce a la *lex Julia Municipalis*.

curatela. Principalmente con ocasión de la *cura minoris* estable, en relación con la tutela del impúber. Por lo cual en esta época se extienden a la curatela las reglas de la tutela y en particular con lo que tiene que ver con la remoción, las excusas, las limitaciones de disposición y la *cautio rem pupili (vel adulescentis) salvan fore*, hasta que se terminó considerando al *minor* como incapaz de obrar.

Será a partir del año 274 d/EC<sup>57</sup>, con el emperador Aureliano (270 d/EC -275 d/EC), cuando se generalizará la concesión de la libre administración de su patrimonio por los propios *minores*, aunque con limitaciones para que les sea adjudicada mediante la denominada *venia aetatis*, que el emperador Constantino (306 d/EC - 337d/EC) fijará en la edad mínima de 20 años para los varones y 18 años para las mujeres.

#### XIV. Evolución y recepción postjustiniana de estas instituciones

Hemos considerado la reinscripción en la familia de personas cuyo origen no estaba en ella. La adopción estudiada por el sistema de derecho romano, es no obstante una institución cuya invención no es romana. El origen de esta institución se remonta a los pueblos primitivos. En las llamadas Escrituras Hebreas o Antiguo Testamento, encontramos algunos ejemplos de ellas: En el mundo antiguo podemos citar dos casos relevantes localizados en Caldea y Egipto.

Abraham, que había nacido en Ur de los Caldeos siguió la costumbre del lugar **adrogando** a su sobrino Lot. El libro de Génesis o *Berichit* recoge el caso de **adrogación** de Lot y su familia en la familia del Patriarca Abraham.

Asimismo podemos constatar que el libro de Exodo o *Shemot*, relata un caso de **adopción**. Es el referido a Moisés, que habiendo nacido en Egipto hacia el año 1593 a. EC., llegó a ser caudillo de la nación de Israel. Era hijo de Amram y biznieto de Leví, y fue su madre, Jókebed, y su hermana, quienes, para salvarlo del genocidio decretado por el faraón ordenando dar muerte a todo varón recién nacido de los hebreos, fue escondido por ella durante tres meses y luego colocado en un arca de junco/papiro y dejado en el río Nilo, donde lo encontró la hija del faraón. La madre y la hermana de Moisés consiguieron sagazmente que su propia madre lo criara y educara como empleada

<sup>57</sup> CODEX IUSTINIANEO . 2,44.

de la hija del faraón, quien entonces **adoptó** al niño como si fuera suyo. Como miembro de la casa del faraón, fue "instruido en toda la sabiduría de los egipcios, pero como su "nodriza" fue su propia madre biológica, con el amamantamiento transmitió a Moisés la sabiduría de su propio pueblo hebreo, y llegó a ser poderoso en sus palabras y hechos".

Podríamos encontrar más ejemplos de adopción o de reinserción familiar en sus variadas modalidades a lo largo de la historia de los pueblos, pero hemos dedicado este estudio a la regulación que de tales figuras hizo el genio jurídico romano, ya que supo diseñar un sistema de derecho propio, regulando y desarrollado, estas instituciones y lo supo hacer de tal manera que aquella elaboración ha propiciado que atravesando el paso del tiempo haya llegado, adaptado a las circunstancias de la actualidad unas instituciones que hoy conforman el derecho de muchos países no solo de nuestro entorno sino allende las fronteras. Vemos a continuación una breve semblanza histórica de esta reinserción familiar.

- **En Grecia y Roma** la adopción tuvo un marcado matiz político y sirvió para que perduraran las familias correspondientes a un *nomen* concreto. Asimismo se utilizó con carácter religioso dado el respeto y culto que las sociedades griegas y romanas conservaron hacia los *lares* o dioses de la familia, pues el matrimonio conllevaba la aceptación de los deberes de servicio y dedicación a las deidades del panteón del mundo antiguo en un caso a las deidades griegas que posteriormente y tras cambio de nombre adoptó el pueblo romano.

En tal sentido, Justiniano regula la adopción como institución siguiendo el criterio de la *agnación (plena y minus plena)*; haciendo también repercutir derechos sucesorios del adoptante. Este es el criterio que se ha mantenido a lo largo de la historia y que ha perdurado en los Ordenamientos Occidentales hasta nuestros días.

- **Los Pueblos Germánicos** conocieron también la adopción y regularon la misma pero acompañada de prolijas ceremonias como es propio de la regulación de multitud de instituciones del Derecho Germánico. Sin embargo, hemos de advertir que entre algunas etnias se llegó a prohibir la adopción.
- **En el Derecho Castellano** cuya fuente principal de recepción del Derecho Romano, se realiza a través de la Ley de Partidas, podemos encontrar y conviene hacer alusión a los siguientes textos:

- Partida I: "Tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente".
- El Fuero Real: da entrada a la adopción inspirada en Justiniano bajo dos formas (*plena y minus plena*).
- Fuero Juzgo: Existían las costumbres de los pueblos primitivos: aceptar / repudiar a los hijos por los padres o familias. En este texto se alude a que:
  - Se halla totalmente rechazada.
  - Se prohíbe la exposición de niños.
  - Se castiga a los padres que la realicen.
- El Fuero Viejo de Castilla: se regula la tutela de menores huérfanos con bienes que administrar: "Deben tomar tal tutela y administración los parientes y arrendar los bienes. Los parientes tendrán derecho preferente o "tanto por tanto" en aquellos que tengan los hijos y bienes. Si hombre extraño diese más los deben arrendar".
- Fuero Reducido: Libro III-Tº V regula los hijos: adoptivos, naturales y bastardos.

Estos breves ejemplos nos informan de la evolución de la **familia** y la institución de la **adopción** y del interés que siempre ha suscitado regular jurídicamente la misma.

En la actualidad ¿que *ratio iuris* a propiciado la nueva regulación de la adopción? No es otra que la derivada de,

## XV. La promulgación de la constitución española de 1978

- Tratamiento en el Título I, artículo 20.4: Podremos observar que la referencia se hace dentro de lo que llamamos derechos fundamentales y libertades. Es un Título básico donde asimismo se protege el derecho al **honor**, el derecho a la **propia imagen** y por tanto algo igualmente inalienable como la protección a la **juventud** y a la **infancia**. El tema no es baladí ya que pertenece a lo que se conoce como "bloque de derechos básicos".  
Como consecuencia de ello, podemos encontrar dentro de nuestro Ordenamiento la preservación a la infancia de "toda violencia moral

de carácter intimidatorio (STC 2/1982 de 29 de marzo), posibilitando asimismo a los niños el más puro desarrollo intelectual".

- Artículo 10.2: remite a los Tratados y Acuerdos Internacionales firmados por España en relación a la protección a la familia como "elemento natural" y fundamental de la sociedad.
- Artículo 32.1 y 2: la Constitución permite la regulación y formas de matrimonio. Pasando así del único sistema existente hasta entonces (matrimonio católico) a otras formas matrimoniales y por tanto, a una ampliación del concepto de familia.
- Artículo 39.3 y 4: Señala que no es posible disociar los conceptos familia e infancia, y es más, se recomienda en el espíritu de las leyes que lo desarrollan que el aludido binomio sea siempre coherente.

Estas transformaciones han sido operadas por la sociedad actual que ha hecho variar el concepto de familia contribuyendo así a un nuevo paso en esta evolución histórica a la que venimos haciendo referencia.

El comienzo ha ido perfilándose (después de la aprobación de la C.E. de 1978), a partir de la primera ley de regulación de la adopción: Ley 11/87, donde ya en la exposición de motivos se aludía al "odioso tráfico de niños". Asimismo la falta de control de las actuaciones que precedían a la adopción; la inadecuada selección de adoptantes; la regulación y tratamiento de los casos de abandono, todo ello orientado al preferente interés jurídicamente protegible que era el del menor.

Se han propiciado dos principios de derecho para regular convenientemente la institución de la adopción: servir como instrumento de integración familiar y el beneficio del adoptado que deberá darse siempre con el necesario equilibrio en atención a cualquier otro interés.

Todo lo cual, ha llevado a los poderes públicos a asegurar esta protección social a favor de el menor que será "protegido siempre y en todo caso" con independencia a la relación que este tuviera con la familia. Tal protección hemos de observarla con la declaración legal de igualdad de los hijos ante la ley, propiciando asimismo la investigación de la paternidad, la regulación de la asistencia paterna a los hijos durante la minoría de edad que en principio, se fija hasta los dieciocho años. En coherencia con todo lo anterior los niños gozarán también de protección no solo en el ámbito territorial del derecho español, sino de protección internacional prevista en los Acuerdos Internacionales (Declaración de los Derechos del Niño, A.G.N.N 20-11-1959).

Todo esto ha venido gestándose en los últimos años a raíz de la constitución española de 1978, que ha generado una sucesión de diversos:

## XVI. Concreción de estos derechos

El elenco de éstos consiste en:

- Protección, educación y recreo.
- Derecho al nombre y a la nacionalidad.
- Protección especial para desarrollarse y crecer en salud. ( pre y post natal).
- Seguridad afectiva y material (los menores no deben trabajar).
- Derecho a ser educado en libertad.
- Al niño disminuido se dará un trato preferente en:
  - educación
  - cuidados
  - atendiendo a la condición socio-económica de los padres.

Como resultado de todo lo anterior han quedado reguladas una serie de figuras y medidas tales como:

- **Desamparo:** incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, material y / o moral. La medida que se tomaría sería la separación del núcleo familiar.
- **Guarda:** la asume la Administración. Dado que no pueden los padres o tutores atender al menor por circunstancias graves.
- **Tutela Automática:** Asimismo, la asume provisionalmente, la Administración cuando declara el desamparo.
- **Acogimiento Familiar:** Se dará protección por parte de los familiares (abuelos, tíos) o por familias ajenas. Esta medida es voluntaria.
- **Acogimiento Residencial:** Se trata de un internamiento en piso o un hogar determinado por la Administración.
- **Punto de Encuentro:** Para facilitar las relaciones paterno filiales. También se busca el objetivo de garantizar la seguridad del menor y progenitor vulnerable.

## **XVII. Consecuencias socio-jurídicas de tales novedades**

A modo de síntesis:

### **Podemos advertir las siguientes consecuencias:**

- a) Se da una ruptura del vínculo con la familia de origen.
- b) Se produce la creación "ope legis" de la filiación adoptiva.
- c) Como **novedad**: Se regula el acogimiento familiar y se confía la vigilancia al Ministerio Fiscal y al Control Judicial.

### **Instituciones complementarias: Tutela y Guarda.**

Estas funciones se ejercitan sobre menores desamparados es decir, se trata de un caso de "tutela automática" por la entidad pública.

En el **proceso de integración familiar** actúan las instituciones tanto Públicas como Privadas y por su marcado carácter procesal también el Ministerio Fiscal.

Ha **desaparecido** la antigua actuación notarial, así como la adopción simple y la discriminación de la filiación (incluida la adoptiva).

Los equipos de profesionales que contribuyen al desarrollo del nuevo ordenamiento va a requerir de una constante comunicación y coordinación con el Ministerio Fiscal, al cual deberán reportar además de los Jueces y Fiscales, equipos de profesionales, tales como Licenciados en derecho, médicos, psicólogos, educadores especializados y trabajadores sociales de las diferentes administraciones públicas que la propia ley llama "piezas clave" dado la dedicación que realizan en "trabajos de proceso".

## **XVIII. Grandes cambios legislativos**

No podríamos abordar el tema de la adopción actual sin antes hacer una somera referencia a los grandes cambios legislativos que se han operado en nuestro ordenamiento jurídico:

- **En materia matrimonial:**
  - Ley 11/1981 de 13 de mayo (igualdad de hijos).
  - Ley 30/1981 de 7 de julio (divorcio).

- Ley 13/2005 de 1 de julio (matrimonio de homosexuales).
- Ley 15/2005 de 8 de julio (divorcio express)

- **En materia de adopción:**

- Ley 21/87 de 11 de noviembre (regula la adopción).
- L.O 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.
- Actualmente el Código Civil regula la adopción en los artículos 172/178.
- La ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de diciembre de 2007

- **En Navarra:**

- El Fuero Nuevo regula la adopción en las Leyes 73 y 74.
- El régimen actual es la Ley Foral 15/2005 de 5 de diciembre de Protección de Menores.

Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables (art. 8 podrán adoptar en igualdad que el matrimonio).

Como consecuencia de todo lo anterior han quedado afectadas también por las anteriores reformas sobre adopción, instituciones civiles y no civiles. Se han modificado las siguientes materias jurídicas:

- **Derecho Internacional Privado:**

Nueva redacción del artículo 9.4 y 5 de la C.E, para orientar convenientemente las actuaciones en el caso de sustracción de menores incluida la sustracción del progenitor. Para ello se ha tenido en cuenta el Convenio de la Haya de 25/10/80, el Europeo de Luxemburgo, y el Convenio Interamericano.

- **Derecho Laboral:**

Modificación de la disposición adicional cuarta de la L.G.S.S., reguladora de las prestaciones en materia de Seguridad Social por derecho propio de los menores acogidos.

- **Derecho Procesal:**

Queda afectada la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 63: respecto de las actuaciones judiciales. Respecto a las disposiciones adicionales la ley cita a las Entidades Públicas como "entes" y "piezas clave" en materia de adopciones.

- **El Código Civil:**

Ya hemos venido señalando la cadena de reformas operada en esta materia pero sucintamente son:

- Supresión de la adopción simple.
- Introducción del acogimiento.
- Delimitación del desamparo (guarda y tutela).
- Pueden adoptar los religiosos.
- Reducción edad para adoptar. (25 años antes 30, diferencia: 14 años antes 16)
- Reconocimiento excepcional post mortem (artículo 176.3).
- Se prevén adopciones sucesivas.
- Supresión del protocolo notarial.
- Extinción vínculos familia anterior.
- Carácter secreto / intervención de la Administración Pública.

No obstante todo este esfuerzo legislativo, la Administración es consciente de que la adopción presenta a veces un "lado oscuro" el hecho de tener un hijo adoptivo (como natural) no está exento de determinados sacrificios por parte de los progenitores, sin embargo, estos son de distinta naturaleza en ambos casos; en el segundo existe un embarazo, y en la adopción se dan a veces situaciones embarazosas, tales como:

- Viaje de angustia, burocracia y tiempo.
- Proceso de vinculación emocional que a veces no llega nunca.
- Se dan casos de niños "devueltos".
- Ayuda técnica, psicoterapia y mediación familiar.
- Niños "devueltos" que quedan estigmatizados por el doble rechazo.
- Niños "hielo" tan heridos que no responden al cariño.
- Los problemas estallan en la adolescencia.
- "No eres como nosotros" o "si hubieras sido nuestra hija...".
- A mayor edad del niño, mayor riesgo fracaso.
- Tomar conciencia de que: querer/amar es un proceso.
- Se hace preciso un aprendizaje de estrategias, manejo de rabietas, masaje infantil, contacto físico, hábitos de sueño.
- Problemas de salud.

La concreción de estos derechos que ya el sistema clásico de derecho Romano contempló, y a los que estamos aludiendo consisten de manera sucinta en:

- Protección, educación y recreo; Derecho al nombre y a la nacionalidad.
- Protección especial para desarrollarse / crecer en salud. ( pre y post natal).
- Seguridad afectiva y material (menores no deben trabajar)
- Derecho a ser educado en libertad.
- Al niño disminuido se dará un trato preferente en:
  - educación
  - cuidados
  - atendiendo a la condición socio-económica de los padres

Como resultado de todo lo anterior han quedado reguladas una serie de figuras y medidas tales como: <el desamparo> (incumplimiento inadecuado del ejercicio de los deberes de protección material y/o moral) con medidas de separación del núcleo familiar; <la guarda>; <la tutela automática> que asume la Administración cuando declara el desamparo; <el acogimiento familiar> o protección por familiares sean abuelos, tíos o incluso por familiar ajenas; <puntos de encuentro> para el desarrollo de las relaciones paterno filiales.

El principio que se persigue con todo este trabajo y esfuerzo legislativo realizado y llevado a cabo en las últimas décadas no es otro que el de garantizar el principio de **“una familia para un niño”** no un niño para una familia.

En la esperanza de que un tema tan sensible, implicará no solo a los poderes públicos sino a toda la sociedad en un desarrollo cada vez más solidario con el propio ser humano y del cual todos se benefician: adoptantes y adoptados.

## **XIX. Bibliografía y fuentes**

### **Bibliografía**

ALVAREZ SUAREZ, U. *Instituciones de Derecho Romano-III. Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Romano -Madrid 1977.

ARGÜELLO, R.L.: *Manual de derecho romano, historia e instituciones*; 3ª edición corregida, Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

BETANCOURT, F.- *Derecho Romano Clásico*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla- 1995.

- BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*. Volume primo, Milano, 1943.
- BONFANTE, P.: *La gens e la familia*, <<Scritti giuridici varii>>, I Turín, 1926.
- EUGÈNE PETIT, Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Poitiers: *Tratado elemental de Derecho Romano*, 8ª Ed., Editorial Porrúa, Méjico, 1991.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano*, 11ª edición, Editorial Aranzadi, Zizur Menor, 2008.
- FRANCISCO EUGENIO: *Breve historia de Roma*, Dykinson, Madrid.
- IGLESIAS-REDONDO, Juan: *Derecho Romano Historia e Instituciones*, 10ª edición, Editorial Ariel, Barcelona 1990.
- IGLESIAS-REDONDO, Juan: *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, 1972.
- KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5ª edición alemana (traducida por Santa Cruz Teijeiro), Instituto Editorial Reus, Madrid 1982.
- MIQUEL JOAN: *Lecciones de Derecho Romano*, Editorial PPU, Barcelona 1984.
- SCHULZ, F.: *Derecho Romano Clásico* (traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro), Editorial Bosch, Barcelona 1960.
- TORRENT, Armando: *Manual de Derecho Privado Romano*, 1ª Edición, Editorial Zaragoza, 1991.
- VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*. *La Sapienza Editrice* Traducción de DAZA J, Editorial Civitas, S. A. 1991

### **Fuentes**

- C. 5, 27, 10-11 pr.; Inst. 1, 10, 3; Nv. 79, 3; Nov. 89, 7.
- C. 5, 27, 3 pr. del año 443.
- C. 5, 27, 5 PR. del año 477.
- C. 5, 27, 6 pr. del año 517.
- C. 5, 27, 7 pr. del año 519.
- C. 5, 27, 9 pr.; Nov. 89, 4.
- C. J. 2,44

- CICERÓN, *de invent.* 2, 50.
- Digesto 1.7
- Digesto 26, 2, 12-14.
- Digesto 27.10.1. pr. (Ulpiano 1 ad Sabinun)
- Digesto Libro XXVI. Título I – 26.1. pr. (Paulo 38 ad Ed. IJ 1,13,1)
- Gai. 1,155
- Gayo 2. Instituciones.
- Inst. I, 10, 13; Nov. 74, 1 y 2.
- Instituciones 1.11.1 y 1.7.40
- Instituciones de Gayo 1,3:10 *De iure personarum*
- Instituciones de Justiniano 3.10
- Instuciones de Gayo 3,129. Reglas de Ulpiano, 10,4. Juliano habla de que se encuentra *in potestate hostium* (Digesto.28,6,29)
- Labeón. Digesgo 27,3,1,4.
- Ley de las XII Tablas 3,5,
- Marcelino 26. Dig.
- Modestino 2. reg.
- Paulo 11 quuestiones.
- Paulo 2. Sab.
- Paulo 35. Ed. y Juliano 70. Dig.
- Paulo, Digesto 49,15,8
- Texto interpolado: Digesto 25,3,5,17.
- Ulpiano 25. Sab.
- Ulpiano 26. Sab.

Pamplona agosto del 2009

Copyright of Dereito is the property of Servizo de Publicaciones e Intercambio Cientifico, Universidad de Santiago de Compostela and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.