

II

SOBRE LA REALIDAD HISTORICA DE LA ADOPCION

Es digno de destacar el interés que ha despertado recientemente la adopción entre los juristas españoles, hasta el punto de haberse llegado a pensar seriamente en una nueva regulación del instituto, semejante a la de otros países extranjeros. A pesar de que la adopción es una institución sin uso en el ambiente español, una institución que ha dejado de tener razón de ser en el Derecho romano, los civilistas españoles quizá han vuelto a ella sus ojos por la influencia de las nuevas regulaciones extranjeras. Durante la postguerra, en algunos países europeos, se le pudo atribuir la función de remediar el estado de desamparo familiar de un gran número de huérfanos, que no era la suya originaria. La realidad social de otros países, especialmente los americanos, es distinta, pero, indudablemente, no se da en España. Las nuevas regulaciones de la adopción, como la de la ley francesa de 1940, adaptada para algún país sudamericano, tienen el aspecto de modernas, es decir, semejan actualizaciones de la *adoptio minus plena* del Derecho justinianeo.

En España se dieron también circunstancias de postguerra, y a ellas obedecen probablemente las reformas de la adopción e instituciones afines de las Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y 1.º de abril de 1937 y de la Ley de 17 de octubre de 1941. Estas disposiciones puede decirse que han convertido el prohijamiento tradicional en una forma de adopción cualificada por la procedencia, o la condición del adoptado. La situación social española de hoy es la misma de la época del proyecto de Código Civil de 1851. Hasta entonces nunca había arraigado en la práctica¹, y se incluyó en el proyecto de Código de 1851, como es bien sabido, contra la opinión de la mayoría de los miembros de la comisión codificadora, que la suponían, fundadamente, una institución que no estaba en nuestras costumbres.

Los intentos de nueva reglamentación parecen obedecer exclusivamente a influencia del Derecho comparado, sin corresponder a una realidad social que lo aconseje.

1. A. OTERO, *La adopción en la Historia del Derecho español* (Roma-Madrid 1953).

No se explica con tanta facilidad la atención que ha dedicado últimamente a la adopción el ilustre maestro conimbrigense Paulo Merêa². Las notas del Profesor Merêa pretenden probar fundamentalmente que aquella adopción cuyos trazos se perfilan en el siglo XIII fué conocida y practicada hasta el siglo XVI. Pero no aparecen datos suficientes para confirmar estas afirmaciones, en especial la de la fecha hasta la que se mantiene viva la adopción. Tampoco aparece claro el por qué de la vigencia durante estos tres siglos, precisamente, ni la causa de su posterior e injustificada desaparición³.

El primero de los trabajos de Merêa, *Perfilhação*, de interés aparentemente secundario, puede proporcionar datos para conocer la intensidad de la práctica de la adopción en determinadas épocas. Cuando la adopción bajo la forma de perfiliación cayó en olvido en el siglo XVI, cree Merêa que fué fácil desviar la palabra de su propio sentido y emplearla en el de reconocimiento de un hijo ilegítimo, seguido o no de confirmación regia. El uso del término en este sentido comenzaría por ser un barbarismo, pero se fué abriendo camino por la desaparición de la práctica de la adopción, por el nexo semántico entre adoptar y reconocer, por la diferencia de efectos entre la legitimación por subsiguiente matrimonio y la legitimación por concesión real, y, finalmente, porque el Código portugués, al seguir al Código Napoleón, introdujo un reconocimiento distinto de la antigua legitimación *par lettre du roi*, y le denominó perfiliación.

No ha ocurrido tal fenómeno en España. Pero, probablemente, la explicación del hecho portugués es más sencilla y tiene antecedentes históricos. No se trata de un simple nexo semántico, sino de una antigua tendencia al empleo de formas de adopción para legitimar. Respecto al Derecho germánico, en el período de los Libros de Derecho, ya no se encuentran empleadas con el fin de prohijamiento las formas de adopción que nos ofrecen las noticias de la época franca. Se desaparición se conexas presumiblemente con el disfavor de la Iglesia sobre la filiación extramatrimonial, pues parece que aquéllas sirvieron con frecuencia en los tiempos antiguos para la adopción de los hijos *extra matrimonium*.

En nuestro Derecho medieval, cuando no existía un clima

2. P. MEREA, *Perfilhação*, en «Revista Portuguesa de Filologia», 7 (1956) p. 119 ss.; *Sobre a adopção no seculo XII*, en «Boletín F. de D. Coimbra», 31 (1955) 372-376; *Sinopse historica da adopção*, en «Boletín F. de D. Coimbra» 32 (1956).

3. Debemos advertir que Merêa parece limitar generalmente sus afirmaciones al Derecho portugués, pero en algunas ocasiones se basa en fuentes españolas, por lo cual se puede presumir un intento de generalizar a todo el Derecho hispánico.

propicio para la adopción, la per filiación se realizaba, además de otros varios, también con este fin de legitimación. F. Real 4,22,7 nos pone de manifiesto que el prohijamiento debía de ser una forma corriente de legitimación de hijos habidos fuera del matrimonio, como se habían empleado ya entre los germanos las formas de adopción para el mismo fin. Lo establecido en este cuerpo legal es un intento de diferenciar el recibimiento que se hace en caso de hijo de tal naturaleza, es decir, una forma de legitimación. Esto se pone aún más de relieve si se tiene en cuenta que F. Real recoge las formas de legitimación del Derecho romano. El mismo fenómeno parece apreciarse en las adopciones de Mudarra González por doña Sancha y la del bastardo Ramiro por doña Mayor, esposa del rey Sancho el Mayor, que nos conservan las fuentes literarias ⁴.

En Portugal debió de ser frecuente este empleo de formas de adopción para legitimar, como parece deducirse incluso de algunos documentos de «adopção e legitimação» aportados por Merêa para probar la práctica de la adopción después del siglo XII ⁵. En este ambiente no sería difícil desviar el término per filiación de su sentido originario para designar el de su eficacia real.

No puede menos de impresionarnos fuertemente la afirmación de Merêa de que la adopción es una de las instituciones más importantes de la historia jurídica, pues habíamos llegado a una conclusión bastante distinta al estudiarla en el Derecho español ⁶. Las vicisitudes de la adopción en nuestro Derecho histórico nos parecían fácilmente resumibles.

La adopción adquirió en el Derecho romano una importancia grande, principalmente por las circunstancias políticas de Roma. Era muy apropiada para asegurar la continuación de la dinastía, y aunque significaba un acto esencialmente privado, tenía como consecuencia la accesión del adoptado a la situación política del adoptante. Era un instrumento de política dinástica llamado a ejercer un eficaz papel en un régimen electivo. Sustancialmente, las adopciones practicadas en la nobleza y las imperiales son de la misma naturaleza. Sus diferencias son puramente extrínsecas y debidas a los cambios introducidos en la Constitución romana. Como ha visto Prevost ⁷, la realidad social que recubren las contingencias constitucionales es la misma. Cualquiera que sea la técnica jurídica de atribución de las competencias de Derecho público, éstas son siempre confiadas, prácticamente, a los detentadores de una

4. OTERO, *La adopción* cit. p. 127 ss

5. MERÊA, *Sinopse* cit. p. 42.

6. OTERO, *La adopción* cit. p. 145 ss.

7. M. H. PREVOST, *Les adoptions politiques à Rome sous les Républiques et le Principat* (Paris 1949) p. 40.

pujanza social concretada por la posesión de clientelas. Y el hijo adoptivo sucede de pleno derecho al rango social del adoptante, con lo cual se hace posible sucederle en su situación política. En España, donde no se daban las circunstancias políticas de Roma, la adopción no tuvo razón de ser, y por eso las fuentes españolas no nos conservan ni la más ligera noticia de ella.

Después de la caída del Imperio no cambian las circunstancias y tampoco logra imponerse. Aparece recogida en el Breviario de Alarico y ya evolucionada con respecto a la adopción clásica, pero su simple inclusión en el Breviario no es garantía suficiente de su aplicación. El hecho de aparecer descrita identificándola con una institución de derecho vulgar y la carencia de documentos en toda la época llevan a la conclusión de que seguiría ignorada en la vida práctica. La adopción no se menciona siquiera en las demás fuentes visigodas, por lo cual puede afirmarse que fué desconocida por el Derecho visigótico.

La dificultad de acompañar la evolución de la adopción comienza en la época postgótica. En el Breviario aparece la primera noticia de la *perfilatio* en nuestra historia jurídica. Sigue luego un largo período sin dar señales de vida hasta la época posterior a la invasión musulmana, en la que aparecen gran cantidad de documentos de esta institución.

Los documentos más antiguos muestran que la *perfilatio* tenía como fin inmediato crear un vínculo artificial de filiación entre dos personas—a veces también tratan de crear un vínculo de fraternidad—, y como fin último se pretende llevar a cabo un acto de naturaleza patrimonial, como una donación, compraventa, etc. Pero este ligero aspecto de adopción se difumina con el transcurso del tiempo, hasta llegar a un momento en que sólo aparece la naturaleza patrimonial de la *perfilatio*. Braga da Cruz⁸ encuentra la explicación de la extrañeza que produce el que se conjugaran en un mismo contrato dos actos de naturaleza tan diversa en el hecho de que toda la importancia de la *perfilatio* como adopción había desaparecido por completo para dar lugar exclusivamente al acto patrimonial. Pero la explicación es otra, que Braga da Cruz descuidó de referirse a ella.

No existía tampoco en la época postgótica un clima propicio para la adopción, entendida como un acto en virtud del cual un individuo era colocado por otro en la situación de hijo para los efectos consiguientes. Sucedería, ni más ni menos, que la *perfilatio* se utilizó en la práctica no con su verdadero fin, no

8. BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfilatio»*, en «Boletín F. de D. de Coimbra» (1938).

como adopción, sino con fines fraudulentos. Se utilizaría, principalmente, con el fin de eludir las consecuencias del principio de la comunidad patrimonial familiar. Sería, por consiguiente, un negocio jurídico indirecto. Así se explica que de la época visigoda—excepción hecha del Breviario—no se conserve ni un documento ni una sola alusión a nuestra institución en los textos legales; porque en el campo del Derecho visigodo no se dan las circunstancias que aparecen en la Alta Edad Media. Si en Castilla se hubieran observado las leyes visigodas que autorizaban al padre para disponer de una parte de su hacienda y fijaban la legítima de los hijos, seguramente no hubiera sido necesario fingir la filiación para eludir los efectos de la comunidad patrimonial familiar, en virtud de la cual se consideraba a los hijos como partícipes en la propiedad del padre. Además, quizá la *perfiliatio* se emplearía también para escapar a los gravámenes fiscales. Nada desentonan en este aspecto algunos documentos de perfiliación de las numerosas donaciones y ventas a Monasterios e Iglesias, cuya cantidad se puede justificar por el deseo de aprovecharse de la inmunidad eclesiástica. En último término, se emplearía asimismo con mucha frecuencia para llevar a cabo legitimaciones de hijos habidos fuera de matrimonio. Es éste el único sentido en que aparece aludida en algunos fueros municipales, y parece confirmarlo el testimonio claro del Fuero Real, según hemos visto anteriormente ⁹.

Según Merêa, las fuentes del siglo XIII revelan un nuevo tipo de *perfiliatio* o adopción propiamente dicha, diferente de la perfiliación de los cartularios; y sería en aquel siglo cuando se definen los rasgos esenciales de la adopción tal como fué conocida y practicada entre nosotros (?) hasta el siglo XVI. No se trataría ya de perfiliaciones de tipo arcaico, sino de verdadera adopción semejante a la del Derecho romano, y para la cual este Derecho contribuiría en gran medida. La transición de un tipo a otro de perfiliación se operaría antes del siglo XIII, como parece deducirse de los documentos. La institución sufriría una transformación profunda, si bien los efectos principales seguirían siendo los de carácter patrimonial, pero la institución asimiló algunos elementos de la adopción justiniana, tomando el carácter de una *imitatio naturae* y pasando a regirse supletoriamente por el Derecho común. La influencia romana es particularmente clara para Merêa en la regulación de las Partidas. La adopción, bajo esta nueva forma, fué—siempre según Merêa—una práctica efectiva hasta el siglo XVI, aunque no se divulgaría mucho ¹⁰.

9. OTERO, *La adopción* cit. p. 108 ss. y 114.

10. MERÊA, *Sinopse* cit. p. 31 ss.

Si fueran exactas las afirmaciones de Merêa no dejaría de ser sorprendente cómo se habría iniciado una práctica de la adopción a partir del siglo XIII, inexistente hasta entonces, como hemos visto. La existencia de algunos documentos no prueba mucho, ni las nuevas formas documentales confirman el renacimiento de un uso, sino simplemente una influencia formal del Derecho justiniano. Conviene recordar que la adopción no merece un puesto particular en el Derecho común. Las alusiones a la adopción son raras en la Edad Media y en la Moderna, aunque en los formularios se reproduzcan fielmente los modelos según los cuales debían ser redactados los documentos de adopción¹¹. Y no debe sorprendernos que las formas documentales de la adopción hayan sufrido cambios al calor de las nuevas influencias justinianas.

La situación *de facto* de la adopción no debió de cambiar en el siglo XIII. Sigue sin aparecer un ambiente social que la hiciera necesaria. Seguiría teniendo una realidad de negocio jurídico indirecto, mientras la influencia del Derecho justiniano no hizo cambiar aquella realidad familiar que pudo hacerla florecer en la Alta Edad Media.

La *perfilatio* no sufrió una transformación radical por la influencia del Derecho justiniano, como supone Merêa. Es cierto que en los documentos termina por aparecer con un aspecto descaradamente patrimonial, que es el fin que verdaderamente interesa conseguir. Cuando esto sucede, o un poco más tarde, al llegar al siglo XIII, aparecen las primeras noticias de la época postgótica en fuentes legales. Y esto conviene tenerlo muy presente. Los fueros municipales no se ocupan de la *perfilatio*. Se refieren algunos, exclusivamente, al recibimiento de hijos habidos fuera del matrimonio, como F. Alcalá 277, F. Sepúlveda 61 y F. Real 4,22,7. Al desconocer la adopción son consecuentes con el Derecho común. Las primeras noticias de *perfilatio* con cierto sentido de adopción aparecen en F. Soria, cuya regulación pasa al F. Real, a veces literalmente, pero en otros casos con modificaciones que suponen una mayor influencia del Derecho justiniano.

Es indudable que el *recibimiento de hijo* del F. Soria y Fuero Real no supone una transformación de la *perfilatio* tradicional. Resulta muy claro si se compara el recibimiento con la *adfilatio, hoc est adoptio* del Breviario. F. Soria 457 y F. Real 4,22,2 definen el recibimiento de hijo diciendo: *porque el recibimiento de ffijo es semeiable ala natura*; exactamente igual que Et Gaii 1,5 pr., aunque llevado en F. Soria y F. Real al

11. LUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune* (Padua 1939) p. 285.

extremo de limitación de edades a que había llegado aquel principio romano en el Derecho justiniano. La institución sigue, por consiguiente, en la misma línea. Estamos en un caso de lo que podíamos llamar fenómeno de primera recepción, muy frecuente en los fueros municipales¹². El redactor de F. Soria configuró aquella práctica fundamentalmente patrimonial como una adopción romana. Era fácil revestir a la institución del derecho vulgar con las galas de la regulación justiniana, y es natural que el redactor de F. Soria—buen conocedor del Derecho justiniano y sus fuentes—tendiera a ver en la *perfoliatio* una adopción. Pero como todavía es una recepción parcial la que se opera en F. Soria y F. Real, los efectos del recibimiento siguen siendo marcadamente patrimoniales. Son, además, los únicos que interesa conseguir, pues sigue sin existir una realidad que haga necesaria la adopción¹³.

No es posible decir que la influencia romana sea nítida en la regulación de las Partidas. La adopción de las Partidas es una recepción total y exclusiva del Derecho justiniano. Pudo tomarse en aquel Código esta regulación íntegramente porque las Partidas suponen ya una recepción total del sistema justiniano. A partir de este momento, desaparecen ya las circunstancias que justificaban la utilización de la *perfoliatio* como negocio jurídico indirecto. Desde este momento aparecen sólo documentos escasísimos, sin embargo, de adopciones conforme al Derecho de Partidas¹⁴.

Sigue sin formarse una práctica de adoptar antes y después del siglo xvi. Y esta situación llega hasta nuestros días. La adopción no está en nuestras costumbres, pero existen algunos casos de ella. Suelen tener una finalidad que ha visto claramente la Ley y Reglamento del Impuesto de Derechos reales.

ALFONSO OTERO

12. OTERO, *Las arras en el Derecho medieval español*, en AHDE. 25 (1955); *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en AHDE. 27 (1956) 15 ss.

13. OTERO, *La adopción* cit. p. 120 ss.

14. OTERO, *La adopción* cit. p. 138.