

ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO AL CONCUBINATO

PATRICIA PANERO ORIA
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Si bien el tema de este congreso versa sobre el Derecho de Familia, tema, que dicho sea de paso, viene siendo ya habitual en los eventos celebrados por las universidades andaluzas, la realización de este trabajo surge, principalmente, leyendo las páginas escritas por el profesor Pedro Resina Sola, sobre *El estudio del derecho de familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)* que se publicó en el volumen sobre «*El derecho de Familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*», por la Universidad de Huelva, a raíz de la celebración de las Segundas Jornadas Andaluzas de Derecho Romano realizadas en dicha Universidad. En el mencionado trabajo, el profesor Resina reflexiona sobre la existencia de grandes lagunas que deben ser cubiertas todavía en el campo del Derecho de Familia, a pesar del elevado número de trabajos realizados por parte de la doctrina española: “Concretamente, –nos dice– es sobre el matrimonio y el divorcio donde más monografías y trabajos específicos han proliferado, sin embargo, –matiza y contrapone, que a su juicio–, no sucede lo mismo en relación a las uniones extramatrimoniales...” (p. 40). Ello motivó que decidiéramos acometer el estudio del concubinato, si bien en unas coordenadas de tiempo y espacio muy concretas: en las prohibiciones matrimoniales establecidas por la *Lex Iulia et Papia Poppaea* y en las relaciones declaradas ilícitas por la *Lex Iulia de adulteriis coercendiis*, y en relación a la posibilidad de identificar el concubinato y el *matrimonium iniustum*, si no en todos los casos, al menos cuando falta el *conubium*. Tales reflexiones no pretenden ser más que una somera aproximación a una materia tan controvertida como compleja, que por otra parte, nos proponemos desarrollar en ulteriores trabajos. Para ello, partimos de algo tan simple, como el concepto de esta institución¹.

¹ Compartimos la opinión de quienes, siguiendo a MOMMSEN, *Derecho Penal Romano, II*, fac-símil de la traducción de Pedro Dorado Montero de la ed. de La España Moderna, Pamplona (1999), p. 165, creen que el concubinato es una institución jurídica en época clásica.

Entendemos por concubinato, siguiendo a Panero, la unión estable de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis*, o teniéndola que carecen de *conubium*². Precisamente, la ausencia de aquella o de éste lo diferencia del matrimonio y su nota de estabilidad de la simple relación sexual. Este tipo de uniones, adquieren relevancia gracias a la legislación de Augusto en materia matrimonial, que como es sabido, vino a restringir notablemente el número de mujeres con las que contraer matrimonio. Así, de un lado, se prohíben ciertas uniones –*Lex Iulia et Papia Poppaea*– y de otro, no sólo se declaran ilícitas algunas relaciones extramatrimoniales –*Lex Iulia de adulteriis*–, con cierto tipo de mujeres, sino que se establece, dentro de ellas, una categoría con las que no se puede cometer estupro, y por tanto, con las que no se puede contraer *iustum matrimonium*.

Así, el concubinato, o como lo llama Gaudemet, la unión libre, se instaura en lugar del matrimonio en dos casos: cuando la unión *ne veut pas* o cuando *ne peut pas* ser un matrimonio³. El punto de partida de estas reflexiones lo configura este segundo caso de concubinato, esto es, aquellas relaciones estables entre hombre y mujer que no pueden contraer matrimonio, por existir algún obstáculo que lo impida. Hay pues, en el supuesto que contemplamos, *affectio maritalis* y *honor matrimonii* entre los sujetos, si bien la relación no puede ser calificada de matrimonio, por faltar alguno de los presupuestos exigidos para que éste exista, siendo la única forma de tener una relación estable y conveniente, recurrir al concubinato.

Recordemos que para que se de un matrimonio, deben cumplirse los requisitos recogidos en los *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5.2⁴. Así, según la concepción clásica, la unión conyugal de un hombre y una mujer entre los que exista *conubium*⁵, capacidad natural de contraer, y un consenso continuado, es designada con los términos *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*.

Uniendo a lo anterior la distinción de Gaudemet entre obstáculos psicológicos o morales, y obstáculos socio-jurídicos⁶, pasamos a centrar nuestra atención en los segundos, los cuales, siguiendo a Volterra, se traducirán en una falta de *conubium*⁷. Por ello, las relaciones entre hombres y mujeres en las que no

² PANERO, *Derecho Romano*, Valencia (2001), p. 305.

³ GAUDEMET, *Union libre et mariage dans la Rome Impériale*, *IURA* 40 (1989), pp. 1-23, p. 3.

⁴ *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahit conubium sit; et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

⁵ Si bien la noción de *conubium*, como pone de manifiesto GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, *RIDA* II (1949), (*Mélanges de Visscher*, I) pp. 308-366, p. 312, «ne parait pas identique chez tous les auteurs», la entenderemos como viene establecida en *Ulp. Reg. 5.3: Conubium est, uxore iure ducendae facultas.*

⁶ Los primeros, dice GAUDEMET, *Union libre...*, cit, p. 5, son los llamados “contra natura”: la edad de los contrayentes, o el parentesco existente entre ellos; los segundos, responden a ciertas concepciones de orden social y son establecidos por las leyes, esto es, los que se suelen llamar, a pesar de no ser un término técnicamente romano, impedimentos matrimoniales.

⁷ VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*, *Scritti Giuridici*, 3, Napoli (1991), pp. 441-470, a nuestro juicio muy acertadamente, considera falta de *conubium* (y por tanto, falta del requisito positi-

se de el mencionado presupuesto, no pueden ser tenidas como matrimonios legítimos, y se consideran jurídicamente inexistentes y privadas de efectos legales, además de ser calificadas por Gayo como *nefariae et incestae nuptiae* (Gai.I. 1.59), siguiendo los hijos nacidos de esas uniones, la condición de la madre⁸.

De este modo, al lado de estos *iusta matrimonia*, aparecen en la praxis romana otro tipo de uniones que han sido calificadas por la doctrina como *iniusta matrimonia* por no gozar sus contrayentes del *conubium* exigido. Estas uniones, a pesar de no producir efectos civiles, deben ser tenidas en cuenta a efectos penales, sobre todo a partir de la *Lex Iulia de adulteriis* promulgada por Augusto, y si bien como afirma Mommsen⁹, las infidelidades sexuales derivada de ellas no eran punibles, se englobarán en cierta manera en la categoría de adulterio, pudiendo ser acusada la mujer infiel a través de una *accusatio* pública¹⁰. Recordemos que, como afirma Volterra¹¹, la noción de *nuptiae* sobre la que se basa la de adulterio, no se limita al caso de las *iustae nuptiae*, sino que es mucho más extensa y bajo esta denominación se incluyen otro tipo de uniones, como por ejemplo, la del ciudadano romano que contrae matrimonio con una ciudadana romana con la que no tiene *conubium*, o con una peregrina *sine conubio*. En estos casos, no pudiendo ser consideradas las referidas uniones, como matrimonios legítimos, serán catalogadas como matrimonios ilegíti-

vo esencial para la existencia de *iustum matrimonium*), tanto los impedimentos matrimoniales – absolutos y relativos–, (p. 448), como lo que hoy, utilizando terminología moderna llamamos incapacidad sobrevenida (p. 453), entendida como «el venir meno di uno degli elementi essenziali...».

⁸ VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...cit.*, p. 456. Una cuestión que aun hoy día no está zanjada es si estas uniones celebradas en contra de las leyes de Augusto, tienen o no valor jurídico. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale, II*, traducción de Scialoja, Torino (1888), pp. 510-524, cree que estos matrimonios producen ciertos efectos: así, los hijos nacidos de ellos, están sometidos a la *patria potestad* del *pater*; sin embargo, los cónyuges no gozan de la *capacitas* y son considerados célibes a efectos sucesorios. Le sigue, entre otros, GAUDEMET, *Iustum matrimonium...*, cit., pp. 330 y ss., quien además de considerar que estos matrimonios no son nulos, los cataloga de *iniusta*. En contra, se pronuncia NARDI, *La reciproca posizione dei conyugi privi di conubium*, Milano (1938), pp. 23-40, seguido de VOLTERRA, op.y p. cit. quien además, pone de manifiesto que estas uniones son nulas, y los hijos nacidos de ellas son considerados espúreos, y siguen, por tanto, la condición de la madre, p. 463. Cfr. amplia bibliografía sobre la posición de diferentes romanistas en NARDI, op. cit., p. 23, n. 4.

⁹ MOMMSEN, *El derecho penal...*, cit., p. 164.

¹⁰ Existe un tipo de infidelidades sexuales que se engloban en la categoría de adulterio sin serlo, debido a la extensión que sufre el propio concepto de matrimonio, y a que se incluye en él otro tipo de relaciones monogámicas estables distintas a las *iustae nuptiae*. La diferencia fundamental entre la represión de la infidelidad cometida dentro de la noción de *iustae nuptiae* y la encuadrada en la de *iniustae nuptiae* se encuentra en la modalidad de la *accusatio*. Así, cuando se trate de la violación de un *iustum matrimonium*, podrán disponer el marido y el padre de la adúltera de la *accusatio iure mariti vel patris*. Por el contrario, cuando se trate de un *iniustum matrimonium*, el marido podrá acusar, simplemente promoviendo una *accusatio iure extranei*, también llamada simplemente *accusatio*. Cfr. PANERO ORIA, *Ius Occidendi et Ius Accusandi en la Lex Iulia de Adulteriis coercendis*, Valencia (2001), pp. 194 y ss.

¹¹ VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...cit.*, p. 466.

mos *–iniusta matrimonia–*, y podrá el marido acusar a la mujer de adulterio como cualquier otro ciudadano, con una acusación pública.

De entre estas uniones, proliferan de forma extraordinaria en época clásica, las designadas por las fuentes como uniones *contra mandata*, esto es, las uniones conyugales prohibidas por una disposición imperial, por un senadoconsulto, o por las prohibiciones matrimoniales derivadas principalmente de la legislación caducaria de Augusto. En aras a una mayor precisión nos limitaremos al estudio de estas últimas, recordando que: la *Lex Iulia de adulteriis*, castiga las relaciones sexuales que se produzcan fuera del ámbito matrimonial, como son el adulterio y el estupro, y establece una categoría de mujeres con la que no se puede contraer *iustum matrimonium*, y que la *Lex Iulia et Papia Poppaea* prohíbe determinadas uniones que afectan sobre todo a los senadores y a los ingenuos.

Así las cosas, nuestro esfuerzo se centrará en procurar dilucidar ante qué figura nos encontramos en cada una de estas situaciones, o dicho de otro modo, qué calificación reciben cada una de las anteriores uniones, las cuales tienen como denominador común la falta de *conubium* exigido a los contratantes, a) bien por pertenecer la mujer a la categoría de las mujeres *in quas stuprum non committitur*, con las cuales, al no ser susceptibles de cometer delitos como el adulterio o el estupro, obviamente, no se podrá contraer matrimonio, b) bien por encontrarse en alguno de los casos prohibidos por las leyes de Augusto, dado que en palabras de Volterra¹², «...il divieto toglie il *conubium* fra l'uomo e donna...».

Dos fragmentos del Digesto, uno de Paulo y otro de Marciano, ubicados bajo el título *de concubinis*, parecen aludir a todo ello. Así: Dig. 25.7.1.1 (*Ulp. 2 ad legem Iul. et Pap.*), es fiel reflejo de lo primero, mientras que Dig. 25.7.3pr (*Mar. 12 Inst.*) se refiere a lo segundo. Por ello, del estudio de cada una de esas situaciones pasamos a ocuparnos.

A. RELACIONES MANTENIDAS CON LAS *FEMINAE PROBOSAE*

Como ya hemos tratado de explicar en otro trabajo, las leyes de Augusto establecen una división de las mujeres en distintas categorías¹³ una de las cuales se refiere a las que no pueden ser castigadas por la *Lex Iulia de adulteriis*, esto es, aquellas que no pueden contraer *iustum matrimonium*, por ser consideradas *probosae*¹⁴.

A nuestro juicio, configuran este grupo de mujeres, las prostitutas (o ex prostitutas)¹⁵, las alcahuetas (o lenas)¹⁶, las actrices¹⁷, las nacidas de oscuro

¹² VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*cit., p. 465.

¹³ PANERO ORIA, *Ius Occidendi...*, cit, pp. 76-97. La clasificación establecida a lo largo de esas páginas, se puede completar con la realizada ya antes por CASELLI, *Concubina pro uxore*, *Rivista Storia del diritto Italiano*, 37/38 (1964-1965), pp. 163-185, pp. 164-165.

¹⁴ Cfr. sobre el término PANERO ORIA, *Ius Occidendi...*, cit., pp. 88-89.

¹⁵ Dig. 23.2.43.1-5 (*Ulp. 1 ad legem Iul. et Pap.*); Dig. 25.7.3pr (*Mar. 12 Inst.*).

¹⁶ Dig. 23.2.43.6-9 (*Ulp. 1 ad legem Iul. et Pap.*); Dig. 25.7.3pr (*Mar. 12 Inst.*).

¹⁷ Dig. 23.2.44 (*Paul 2 ad legem Iul. et Pap.*).

linaje¹⁸ y las condenadas en juicio público, incluyéndose además a las adúlteras condenadas o sorprendidas en adulterio¹⁹. Así, todas estas mujeres al carecer de *honestas*²⁰ y no poder contraer matrimonio legítimo, sólo podían recurrir al concubinato.

Nos encontramos ante un caso de lo que Caselli denomina -a nuestro juicio de forma muy clara- concubinato necesario, ya que se trata de relaciones que sólo pueden ser catalogadas de esta forma, fuera cual fuera la intención de los sujetos²¹.

Como anunciábamos, nos da noticia de la existencia de ese grupo de mujeres, Dig. 25.7.1.1 (*Ulp. 2 ad legem Iul. et Pap.*):

Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.

Texto del que se deduce que el concubinato puede ser practicado con una serie de mujeres con las que es lícito mantener relaciones sexuales estables sin incurrir en la pena del estupro.

Somos conscientes de que cada una de las uniones sexuales con las consideradas *feminae probosae* puede ser estudiada en profundidad, si bien nos limitaremos en este trabajo a considerarlas en su conjunto como mujeres desprovistas de *honestas*, por lo que al tratarse de mujeres *in quas stuprum non committitur*, no recaen en el ámbito de aplicación de la *Lex Iulia de adulteriis*. A mayor abundamiento, entendemos que los concubinatos²², pueden ser considerados como un tipo de esos *iniusta matrimonia*, ya que se trata de relaciones estables entre personas que, aunque quisieran, no podrían contraer *iustum matrimonium*, por faltar el presupuesto del *conubium*.

Todo ello guarda una estrecha relación con lo que la doctrina ha calificado de *iniusta matrimonia*, y si bien los numerosos textos jurídicos que aluden a este tipo de uniones, utilizan expresiones como *matrimonium nullum, illicitum*, o *contra legem*, sin embargo, todas ellas, como apunta Volterra²³, reflejan la

¹⁸ Dig. 25.7.3pr (*Ulp. 2 ad legem Iul. et Pap.*).

¹⁹ Dig. 23.2.43.10-13 (*Ulp. 1 ad legem Iul. et Pap.*); Dig. 25.7.1.2 (*Ulp. 2 ad legem Iul. et Pap.*); Dig. 48.5. 12(11)13 (*Pap. 2 de Adult.*). En relación a todas y cada una de estas mujeres, y a las citadas en notas anteriores, cfr. por todos CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano (1940), pp. 106-138.

²⁰ Esto es, al no ser consideradas como *matresfamilias*. Sobre el término, cfr. PANERO ORIA, *Ius Occidendi...*, cit., pp. 82 y ss.

²¹ CASELLI, *Concubina pro uxore...*, cit., p. 168.

²² Entendido, reiteramos, en su segunda acepción, esto es, en aquellos casos en que existe algún obstáculo que impide el matrimonio, gozando los sujetos de *affectio maritalis*.

²³ VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, cit., p. 198. Otros autores anteriores a VOLTERRA, han tratado de precisar el concepto de *iniustum matrimonium*; así es de destacar el trabajo de GAUDEMET, *Iustum matrimonium...*, cit., p. 313, para quien se trata de una situación diversa de la nulidad del matrimonio, dirigiendo su investigación, sobre todo, a las sanciones de lo que él llama matrimonio irregular. Posteriormente, WATSON, *The Roman Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford (1967), p. 27, considera el *iniustum matrimonium* como la unión conyugal de personas entre las que no existe *conubium* clasificándolo dentro de lo que él considera

idea unívoca de la unión sexual que carece de unos o varios de los requisitos necesarios para poder ser calificada como *iustum matrimonium*, y, por tanto, se trata de un tipo de relación no prohibida por las leyes de Augusto.

En tal sentido, cabría preguntarse si la identificación que proponemos entre el *iniustum matrimonium* y esa forma de concubinato, tendría alguna repercusión jurídica, cuanto menos en el campo penal²⁴. La respuesta, a nuestro juicio, nos llega de la mano de Ulpiano, quien en Dig. 48.5.14(13)pr-1 (*2 de adult.*)²⁵ ubicado en el título *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, se refiere tanto al concubinato como al *iniustum matrimonium*. Así:

1º) En *principium*, tras afirmarse algo que parece evidente, a saber: que la concubina no gozando de la categoría de esposa no puede ser acusada de adulterio,

Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit...

sin embargo, finaliza diciendo que no se le prohíbe al marido entablar acusación con tal de que, la mujer, no hubiera perdido el nombre (o la dignidad) de matrona por darse en concubinato, por ejemplo si era la concubina de su patrono.

...iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.

En suma, parece claro que la concubina podrá ser acusada de adulterio, si bien a través de una *accusatio* pública, aunque no deje de sorprender que alguien pueda invocar el derecho de marido respecto a la que no es su mujer y que pueda existir adulterio no habiendo matrimonio.

2º) En el párrafo 1, Dig. 48.5.14(13), alude directamente a la existencia de *iniusta matrimonia* y, en el, se observa, que el jurista, además de distinguir entre la esposa *iusta* y la *iniusta*, admite la posibilidad de que ambas pueden ser acusadas de adulterio por el marido²⁶.

*Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait haec lex ad omnia matrimonia pertinet*²⁷.

las "forms of marriage", apuntando que estas uniones son válidas si bien los hijos nacidos de ellas no están sometidos a la potestad de su padre. En contra VOLTERRA, *Rec. a WATSON (The Law of Persons in the Later Roman Republic) IURA* 19 (1968), pp. 161-170, en particular en pp. 164-166.

²⁴ Ya que, recordemos, los *iniusta matrimonia*, no producen efectos civiles, siguiendo los hijos nacidos de estas uniones la condición de la madre. Sobre las distintas posiciones doctrinales, Vid. *supra* nota 8.

²⁵ Cfr. Sobre todo el texto, PANERO ORIA, *Ius Occidendi...*, cit., pp. 194-200.

²⁶ La referencia a la mujer ilegítima nos indica claramente que se trata de una mujer que no cumple todos los requisitos necesarios para que poder hablar de *iustae nuptiae*, tratándose así de un matrimonio injusto.

²⁷ A continuación se cita en el texto un verso de Homero en griego que dice: *nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant.*

Es opinión generalizada en doctrina, el considerar que contra la relación extraconyugal de una *iniusta uxor* (o sea, cuando se trata de un *iniustum matrimonium*) el marido no puede promover una acusación preferente, sino que dispone sólo de una acusación pública, (la *accusatio iure extranei*), reservándose la primera, (esto es, la *accusatio iure mariti vel patris*) para los supuestos en los que exista un *iustum matrimonium*. Así, de igual modo, la concubina del *principium* del texto será considerada como una *iniusta uxor*, pudiendo ser sometida a una *accusatio iure extranei*²⁸.

Lo mismo se infiere de los párrafos sucesivos del fragmento de Ulpiano, en concreto: del 2 –referente a la *uxor vulgaris*²⁹–, del 6³⁰, también referido al adulterio de la concubina, y del 8, que concierne al adulterio de la menor de doce años³¹, suministra otro ejemplo claro de *iniustum matrimonium*, en el que falta uno de los presupuestos exigidos en los *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5.2, esta vez, la edad mínima para contraer.

En consecuencia, como anticipábamos, e intentado dar respuesta a la problemática planteada por Osaba³² sobre si las *probosae*, una vez casadas o viviendo una relación de concubinato, pueden ser castigadas por violar esa relación, creemos, que concubinato e *iniustum matrimonium* son lo mismo, y producen los mismo efectos penales, esto es, que las infidelidades cometidas en ambas figuras, pueden ser penadas como adulterio, aún sin serlo *stricto sensu*, y enlazando con lo que decíamos anteriormente, afecta a todas las relaciones mantenidas con las *feminae probosae*, a pesar de tratarse de una categoría de mujeres que no entran en el ámbito de aplicación de la *Lex Iulia de adulteriis*, por ser mujeres a las que no se exige castidad³³.

Todo ello nos lleva a aventurar la afirmación de que existe cierta analogía entre el matrimonio injusto y el concubinato. Por un lado, por faltar en ambos casos el *conubium* exigido para formalizar el *iustum matrimonium*, y por otro, porque las fidelidades provocadas y exigibles en ambas uniones pueden ser violadas, y por tanto castigadas, lo que no deja de ser un claro reflejo de la finalidad principal de la *Lex Iulia de adulteriis*, esto es, la tutela en el plano criminal de la dignidad de la familia incluso en el caso de matrimonios prohibidos.

²⁸ Vid. *Supra* nota 10.

²⁹ *Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur.* Quien a nuestro juicio, es equiparable a la *obsuro loco nata*.

³⁰ *Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit.*

³¹ *Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non poterit iure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatatum est.*

³² OSABA, *Adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid (1997), p. 52.

³³ Como se desprende, recordemos, de Dig. 25.7.1.1 (*Ulp. 2 ad legem Iul. et Pap.*).

Pasamos ahora, como anunciamos en su momento, a acometer el estudio de otro tipo de relaciones, que por ser contrarias a la legislación de Augusto, también son consideradas *contra mandata*.

B. RELACIONES CONTRARIAS A LAS DISPOSICIONES DE LA *LEX IULIA ET PAPIA POPPAEA*

La *Lex Iulia et Papia* establece para los hombres, numerosos impedimentos matrimoniales con mujeres de rango inferior, debido, principalmente, a la separación de clases llevada a cabo por Augusto, que potencia los matrimonios entre personas del mismo *ordo*, prohibiendo los que pudieran llevarse a cabo entre personas de distinto *status* social. No pretendemos llevar a cabo un análisis casuístico exhaustivo de todas las prohibiciones establecidas en las *Leges Iuliae*³⁴, nuestra única intención es solo poner de relieve que todas aquellas relaciones mantenidas en contra de estas prohibiciones tienen, a nuestro juicio, la consideración de *iniusta matrimonia*, por faltar uno de los requisitos exigidos para poder catalogarlas como matrimonios legítimos, esto es, el *conubium*. Configuran este segundo apartado las prohibiciones referentes a los senadores y sus parientes (dentro del tercer grado en línea recta descendente masculina), quienes no pueden contraer matrimonio con libertas, o con actrices o antiguas actrices, ni con sus hijas, ni con condenadas en juicio público³⁵. La doctrina romanística no duda en afirmar que para aquellas personas sobre las que recae una prohibición matrimonial, la única relación posible es el concubinato³⁶. Del mismo modo, también se establecen unas prohibiciones respecto a los *ceteri ingenui*, los cuales no podían contraer matrimonio con prostitutas (o ex prostitutas), las alcahuetas (o lenas), las actrices, las nacidas de oscuro linaje y las condenadas en juicio público, incluyéndose además a las adúlteras condenadas o sorprendidas en adulterio³⁷.

En relación a ello, y como anunciábamos, no podemos dejar de mencionar el fragmento de Marciano, Dig. 25.7.3pr (*12 Inst.*):

In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.

El texto, ha sido sometido a una amplia literatura interpolacionística³⁸, si bien, nos interesa ahora destacar, únicamente, la referencia general a las muje-

³⁴ Sobre todas las prohibiciones vid. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova (1995).

³⁵ Dig. 23.2.44pr (*Paul I ad legem Iul. et Pap.*); D. 23.2.43.10-12 (*Ulp. I ad legem Iul. et Pap.*); *Ulp. Reg.* 13.1-2. Cfr. sobre la regulación de cada una de estas situaciones CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit, pp. 88-106.

³⁶ CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit, p. 88.

³⁷ Nótese que casualmente, las mujeres que recaen en las prohibiciones matrimoniales de la *Lex Iulia et Papia*, son las que han sido consideradas *probosae*, las cuales ya estaban exentas de contraer *iustum matrimonium*. En relación a cada una de estas mujeres cfr. por todos CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit, pp. 106-138, y *supra* nota 15 a 19.

³⁸ Cfr. ORESTANO, *Sul matrimonio presunto in diritto romano, Atti Verona 3* (1948), pp. 48-65, p. 54 n.17, y CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit., p. 120.

res que pueden estar en concubinato recogida en la primera parte. Así, alude el jurista a esta posibilidad respecto a la liberta ajena, a la mujer ingenua y a la *obscurum loco nata* o que hizo ganancia con su cuerpo.

En realidad, e intentando ser fieles a la clasificación que hemos adoptado, las mujeres citadas anteriormente, a excepción de las libertas, deberían ser incluidas en el apartado referido a las *feminae probosae* por tratarse de mujeres privadas de *honestas*, y por tanto exentas de poder contraer *iustum matrimonium*. Sin embargo, consideramos más adecuado incluirlas en este apartado por tratarse de prohibiciones expresas de la *Lex Iulia et Papia* relacionadas, no sólo con senadores, sino también con ingenuos. De igual modo, todas las mujeres a las que aludimos en el apartado anterior, también son referidas en la citada ley, si bien, en aras a una mayor claridad, hemos optado por tratarlas de forma separada, distinguiendo, lo que son relaciones mantenidas en contra de las prohibiciones expresas de la *Lex Iulia et Papia*, y que a nuestro juicio, tienen un marcado carácter político, y aquellas que impiden a una mujer contraer matrimonio, tratándose más bien de un impedimento social, por pertenecer a un determinado tipo de mujeres –*in quas stuprum non comittitur*³⁹–. Así, las relaciones de los ingenuos con *probosae*, nunca entrarán en el ámbito de aplicación de *lex Iulia de adulteriis*, aunque podrán ser consideradas como matrimonios *contra legem*.

Por otra parte, las mujeres pertenecientes al rango senatorio, también tenían limitada la posibilidad de contraer matrimonio: así, no podían casarse con libertos o con hombres que hubieran ejercido un *ars ludicra*, o con los hijos de éstos⁴⁰, siendo la única forma de mantener una relación estable con alguna de estas personas, recurrir al concubinato.

Otros casos de uniones *contra mandata* son aquellos que impiden que funcionarios civiles contraigan matrimonio con las mujeres domiciliadas en la misma provincia donde sirven⁴¹; o la prohibición matrimonial entre el tutor o su hijo y la pupila⁴². En los dos casos a pesar de no ser prohibiciones establecidas por la legislación de Augusto, y ser posteriores, consideramos necesario traerlas a colación por tratarse de casos análogos a los hasta el momento analizados; el primero, por ser una prohibición política, y el segundo, por tratarse de un obstáculo de orden social.

En todos estas situaciones, al existir una prohibición matrimonial, la única forma que tienen los sujetos de mantener una relación estable es recurriendo al concubinato. Y ahondado un poco más, nos encontraríamos de nuevo ante lo

³⁹ Nótese además, que todas las referencias textuales a este tipo de mujeres se encuentran en los comentarios *ad Legem Iuliam et Papiam*, y no en los referidos a *Lex Iulia de Adulteriis*, al igual que sucede con Dig. 25.7.1.1 (Ulp. 2 *ad legem Iul. et Pap.*).

⁴⁰ Dig. 24.1.3.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*).

⁴¹ Dig. 23.2.38pr (Paul 2 *Sent.*); D. 23.2.57 (Mar. 2 *Inst.*); Dig. 23.2.63 (Paul 1 *Def.*); Dig. 25.7.5 (Paul 2 *Sent.*).

⁴² Dig. 23.2.67.3 (Trif. 9 *Disp.*).

⁴³ CASELLI, *Concubina pro uxore...*, cit., p. 168.

que Caselli⁴³ denomina concubinatio necesario, ya que se refiere al ejercido por las mujeres que sólo pueden ser concubinas, independientemente de su voluntad.

En efecto, hasta el momento es innegable que todas estas uniones son mantenidas entre personas que no gozan entre sí del *conubium* necesario para contraer *iustum matrimonium*, por lo que son consideradas como concubinatos. Sin embargo, como apunta Castello⁴⁴, debemos preguntarnos si entre el concubinatio y las uniones *contra mandata* existe algún tipo de relación: el romanista italiano, llega a la firme convicción de que hablar de este tipo de uniones es lo mismo que aquellas hipótesis de concubinatio que podían transformarse en matrimonios cuando cesara el impedimento por el cual no eran considerados *iusta matrimonia*. Así, no toda hipótesis de concubinatio puede ser identificada con el *matrimonio contra mandata*, sino únicamente las que pueden convertirse en matrimonio⁴⁵.

Si bien Castello no lo afirma, nosotros entendemos que esos matrimonios *contra mandata*⁴⁶ a los que aquél se refiere, pueden y deben entenderse como *iniusta matrimonia*. A mayor abundamiento, consideramos, que todas las hipótesis de concubinatio –no únicamente las susceptibles de ser transformadas en matrimonio–, deben ser consideradas como *iniusta matrimonia*, llegando, de esta forma, a una total identificación entre estos matrimonios desprovistos de alguno de los requisitos exigidos para las *iustae nuptiae* y el concubinatio, entendido, eso sí, como la unión estable entre un hombre y una mujer *sine conubio*, aunque en estos casos, los sujetos tuvieran la intención de considerarse recíprocamente marido y mujer – *affectio maritalis*–, y se guardaran el respeto debido –*honor matrimonii*–. Hay que diferenciar pues, estos concubinatos en los que sí que hay intención, pero no hay *conubium* de aquellas uniones en las que además de faltar el *conubium*, los sujetos no tienen *affectio maritalis*, que serían concubinatos, en palabras de Caselli⁴⁷, voluntarios.

Las razones de esta identificación se encuentran, a nuestro juicio, tanto en el que converjan en esta figura los dos elementos que caracterizan el matrimonio romano esto es, el subjetivo, el *consensus* plasmado en la *affectio*, y el objetivo, la *coniunctio*, que se plasma en el *honor matrimonii* (lo que acercaría esta figura al matrimonio), como en la estabilidad de la relación, (alejándola al mismo tiempo del delito del estupro). Ello, sin preterir la posibilidad que contemplábamos anteriormente de castigar la violación de este tipo de uniones, sino como adulterio *stricto sensu*, sí en un concepto más amplio del mismo. A este respecto, como hemos puesto de relieve, la doctrina es unánime a la hora

⁴⁴ CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinatio...*, cit, pp. 160-161.

⁴⁵ Como es el caso del que *officium gerit in provincia*, con una mujer oriunda o residente; el del senador patrono con su liberta; el de la hija que convive con un hombre sin el *consensus* del *pater*; o el de la pupila que no pudiendo casarse con su tutor, su hijo o su nieto, cumple 26 años.

⁴⁶ Recordemos que nos limitamos a los celebrados en contra de las prohibiciones establecidas por la *Lex Iulia et Pappia*.

⁴⁷ CASELLI, *Concubina pro uxore...*, cit., p. 168.

de reconocer que la infracción tanto de un *iniustum matrimonium*, como de un concubinato, puede y es castigada por las leyes de Augusto.

Ha sido puesto de manifiesto por Talamanca⁴⁸, que entre concubinato e *iniustum matrimonium* «vi è una zona griglia di confine: da una parte, -explica el romanista italiano- nel caso sussista il conubium, la mancanza dell' affectio maritalis é indispensabile per configurare il concubinato, dato che altrimenti si avrebbe un iustum matrimonium; dall'altra, ove manchi il conubium, il rapporto in cui sussista tale affectio può esser qualificato sia come concubinato che come iniustum matrimonium». Si bien no podemos más que estar de acuerdo con su primera afirmación, no podemos decir lo mismo en relación a la segunda, ya que el hecho de que falte el *conubium*, es razón suficiente para englobarlo tanto en la categoría de los *iniusta matrimonia* como en la del concubinato necesario, independientemente de que se de o no el elemento de la *affectio maritalis*. A nuestro juicio, esa zona gris no lo es tanto, y se puede arrojar cierta luz sobre ella considerando ambas figuras iguales, y no –como hace Talamanca– partir de una diferencia entre concubinato e *iniustum matrimonium* tan precisa desde un punto de vista conceptual.

Resumiendo, si los *iniusta matrimonia* son aquellos en los que no se cumplen los requisitos contemplados en los *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5.2. en el caso concreto de que el presupuesto que falte sea el *conubium*, a nuestro juicio se puede dar un paso más e incluir en este tipo de matrimonios, todas aquellas relaciones conyugales realizadas, no sólo en contra de las prohibiciones establecidas por las leyes de Augusto, sino también aquellas que la jurisprudencia cataloga como concubinatos, por darse con mujeres desprovistas de *dignitas*, llegando así a una identificación entre concubinato e *iniustum matrimonium*.

A modo de conclusión, consideramos a tenor de lo hasta aquí expuesto, que en los casos de concubinato realizado entre personas que no gozan de *conubium*, esto es en los supuestos de concubinato necesario, nos planteamos la posibilidad de identificar esta figura con el *iniustum matrimonium*, en el que, a la fuerza, falta un requisito que perfectamente puede ser éste. Así, compartiendo la opinión de Volterra⁴⁹, sobre la posibilidad de que el *conubium* se pierde existiendo una prohibición matrimonial, damos un paso más -si bien de forma cautelosa- añadiendo que la falta de *honestas* de las mujeres romanas también sería razón suficiente para perder el *conubium*, no pudiendo así más que recurrir a la figura del concubinato para entablar una relación estable, el cual, a efectos penales, podría identificarse con el *iniustum matrimonium*.

APÉNDICE. LA UNIÓN ENTRE PATRONO Y LIBERTA

Un tipo de relación que no podemos preterir y sobre el que existe una amplia literatura es el de la unión del patrono con la liberta⁵⁰. A nuestro juicio

⁴⁸ TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano (1990), p. 154.

⁴⁹ VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...cit.*, p. 465.

⁵⁰ Cfr. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit, pp. 76-88.

es importante traerlo a colación, porque se trata del primer caso⁵¹ reflejado en las leyes de Augusto en el que los sujetos –y concretamente el hombre– pueden elegir entre contraer matrimonio, o entablar una relación de concubinato. Así, nos encontramos ahora ante el otro caso de concubinato; esto es, el que se refiere a la unión en la que no existe la voluntad de constituir un matrimonio, y por ello, al faltar la *affectio maritalis*, se produce una situación distinta de las hasta ahora relatadas, a lo que hay que sumar que la concubina goza ahora de *ius connubii*, a diferencia de lo acontecido antes en donde, como vimos, carecía de este presupuesto.

El no tratarse de una relación *contra mandata*, no podemos incluirla en el apartado anterior, pero al tratarse de lo que Caselli⁵² cataloga como concubinato voluntario, –por dejar a la discreción del varón, considerar a la liberta como concubina o como esposa–, autoriza, a nuestro juicio, una breve alusión a ella, máxime si nos detenemos a reflexionar en que para la concubina no se tratará de un concubinato voluntario, ya que deberá someterse a la voluntad del hombre. En otras palabras y aun a riesgo de reiterar, la liberta, aun queriendo contraer matrimonio, estará supeditada a la voluntad de su patrono, o de otro hombre, por lo que desde su óptica, nos encontramos también ante un caso de concubinato necesario.

El caso nos lo presenta Ulpiano, en el mismo fragmento al que aludíamos anteriormente, esto es Dig.48.5.14(13)pr: *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*. Este texto nos muestra, por un lado, que la concubina puede ser acusada de adulterio, si bien, como hemos visto a través de una *accusatio* pública, y por otro, que por ser concubina, no pierde el nombre de matrona, esto es, la *honestas* y que debemos completar con otro texto del mismo jurista, pero esta vez de sus comentarios *ad legem Iuliam el Papiam*, que aparece en Dig. 25.7.1pr, y en el que se distingue si se trata de una liberta propia o de una ajena:

Quae in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat, quippe quum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere.

En el caso de la liberta propia, en ambos textos nos muestra Ulpiano la posibilidad de que el patrono mantenga una relación de concubinato con ella,

⁵¹ Como recuerda GARCÍA GARRIDO, voz *Concubina*, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid (1982), p. 77, la concubina es la que convive con su patrono sin ser su unión matrimonial.

⁵² CASELLI, *Concubina pro uxore...*, cit., p. 168.

si bien añade en el primer fragmento, la posibilidad de que ésta no pierda el nombre de matrona, esto es, que mantenga intacta la *honestas*, lo que permite identificar el concubinato de la liberta de buenas costumbres con el *iniustum matrimonium*, al permitir que pueda ser acusada en caso de que mantenga una relación sexual al margen, esto es, un adulterio. A esto se refiere también este último fragmento si bien no lo dice de forma expresa.

En relación a la liberta ajena, las fuentes jurídicas no dudan en catalogar esa relación como de concubinato⁵³, si bien no faltan textos que se refieran a la posibilidad de que una liberta contrajera matrimonio con una persona diversa de su patrono siempre que no hubiera sido manumitida *matrimonii causa*⁵⁴.

En resumen, como se desprende de Dig. 25.7.1pr, en ambos casos, el hombre podrá elegir si quiere tener a la mujer como concubina o como esposa, siendo más digno, desde un punto de vista social, tenerla como concubina⁵⁵.

Así, el concubinato de la liberta, se puede identificar también con el *iniustum matrimonium*, ya que su violación al igual que ocurría con el concubinato entendido en su segunda acepción, –la falta de *conubium*–, produce los mismos efectos penales, esto es, que la concubina al gozar de la consideración de *iniusta uxor*, puede ser acusada de adulterio a través de una *accusatio* pública. Todo ello sin olvidar que nos encontramos ante un caso de concubinato en el que se dan todos los requisitos exigidos por los *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5.2, si bien, lo que falta es la intención –al menos por parte del hombre– de considerar dicha relación como un matrimonio. Como indicábamos con anterioridad, puede tratarse también de un tipo de concubinato necesario desde la óptica de la mujer, la cual, suponemos⁵⁶, a pesar de querer contraer matrimonio, está supeditada a la voluntad del hombre.

⁵³ Dig. 25.7.3pr (*Ulp. 3 ad legem Iuliam et Papiam*).

⁵⁴ Dig. 23.2.45.4 (*Ulp. 3 ad legem Iuliam et Papiam*) Dig. 25.1.1.3 (*Ulp. 2 ad legem Iuliam et Papiam*).

⁵⁵ CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit, p. 168, en el caso de la convivencia de la liberta con el patrono o con un tercero, cree que la *honestas* no es suficiente para distinguir un matrimonio de un concubinato, ya que al poder gozar la concubina de la misma *honestas* que la *materfamilias*, es necesario recurrir, no ya al íntimo sentimiento de las partes, sino a otros actos colaterales apreciables externamente, como son la donaciones prohibidas entre cónyuges.

⁵⁶ Obviamente, puede ser que ella no quiera contraer matrimonio, esto es que tampoco tenga *affectio maritalis*, con lo que nos encontraríamos ante un caso estrictamente de concubinato voluntario.

