

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

EL CONCUBINATO ROMANO COMO ANTECEDENTE DE LAS ACTUALES PAREJAS DE HECHO*

Patricia Panero

Profa. Titular de Derecho Romano

Universidad de Barcelona

ppaneror@ub.edu

* Valga como *prae notandum* al presente artículo el hecho de que, tras ser elaborado, el legislador catalán ha previsto sustituir la ley de 1998 de uniones estables de parejas, por otra, ya aprobada (29 de julio de 2010) que establece, como *dies a quo* en cuanto a su vigencia el 1 de enero de 2011. Por ello, se han recogido las posibles modificaciones que pudieran incidir en el texto de nuestro trabajo como consecuencia de la “nueva” regulación, aunque el que en su art. 234-1 relativo a la pareja estable, se hable de una “comunidad de vida” nos hace recordar un pretérito *consortium omnis vitae*, nada “nuevo”, en cuanto al “fondo”, al menos, bajo la óptica romanística.

I. Mucho se ha escrito, últimamente, sobre el derecho de familia y las distintas formas de convivencia entre dos personas de diferente sexo o incluso del mismo. El punto álgido se alcanza en España con la reforma del Código Civil de 2005, que introduce en nuestro Ordenamiento jurídico la novedad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, superando su concepción tradicional. A tal respecto, es oportuno recordar: primero, que estas nuevas concepciones sociales sobre las relaciones de pareja habían sido ya recogidas por el legislador catalán en 1998, al promulgar la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, que incorpora modos de convivencia alternativos a la institución matrimonial, como la llamada pareja de hecho, unión extramatrimonial, convivencia *more uxorio* o unión libre¹ y, segundo, que, *lato sensu*, algunos civilistas defendieron la posible cabida en el art. 39 de la CE, no sólo de la familia tradicional, basada en el matrimonio, sino también de la extra matrimonial, ya que (nos dicen) si las normas deben interpretarse, de acuerdo “con la realidad social del momento en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 del Cc.)

¹ Esta ley será sustituida íntegramente por la ley 25/2010 de 29 de Julio del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia, que entrará en vigor el 1 de Enero de 2011.

podemos hablar, hoy día, de esa protección extramatrimonial, consagrándose así el método histórico evolutivo².

Está fuera de duda que hoy existe un movimiento social a favor de ese tipo de uniones, por la tendencia a expandir la libertad del individuo hasta límites a menudo incompatibles, no ya con la regulación jurídica del derecho de familia, sino de cualquier ámbito dentro del derecho privado general. Ello, ha llevado a las CCAA a aprobar leyes que regulan las parejas de hecho entre personas de diferente o incluso del mismo sexo, regulación que falta en la legislación estatal española, y que parece que, hoy por hoy, seguirá faltando³.

Recapitulemos, a fecha de hoy, son 15 las CCAA que, de una forma u otra, han promulgado normas de diferente rango para regular las parejas de hecho: doce, lo han hecho en forma de ley; dos, como decretos reguladores del funcionamiento de Registros creados *ad hoc* y una, como disposición adicional,

² Prueba de ello es el art. 231.1 del reciente Código civil de Cataluña, que se refiere a esa heterogeneidad del hecho familiar, estableciendo que “la familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes”.

³ Se suele apuntar que hubo un tímido conato de regulación normativa al respecto, a través de la nueva ley de Arrendamientos Urbanos y de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la condición de Refugiado, (Vigente hasta el 20 de noviembre de 2009).

concepto unitario de este tipo de uniones; 2) se denominan de diversa manera (parejas de hecho, uniones estables de pareja, uniones de hecho, parejas estables o, incluso, parejas no casadas) y 3) recogen una multiplicidad de situaciones, no siempre coincidente, lo que dificulta aún más su aplicación⁵.

En este artículo nos proponemos demostrar que el antecedente jurídico (o parajurídico si se prefiere) de las leyes de parejas de hecho heterosexuales, fue una figura que conoció bien el Derecho Romano: el concubinato. Lo que además, quizá, nos pueda servir para encontrar un concepto unívoco⁶, general y común para este tipo de uniones, lo que no han conseguido, ni a nuestro juicio, tienen el menor deseo de conseguir, las legislaciones autonómicas, y/o administrativas, promulgadas en España.

II. En Derecho Romano, se entiende por concubinato: la unión estable de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis* o que teniéndola, carecen de *conubium*⁷. La ausencia de aquella o

⁵ Cfr. por todos, VILLAGRASA, C., "Las parejas de hecho, una realidad con distinto tratamiento". *Separación y Divorcio. Cuadernos de Derecho Judicial*, 24-2008, pp. 5-66.

⁶ Que no definición: es sabida la aversión romana a la hora de definir y el por qué, lo que recuerda Javoleno en D. 50.17.202 (*11 Epist.*).

⁷ PANERO, R., *Derecho Romano*, Valencia 2008, p. 311. Entendemos por *conubium* o *ius conubii*, la capacidad jurídica para contraer matrimonio. Cfr.

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 matrimonial de Augusto que restringió, notablemente, el número de mujeres con las que casarse. 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 contraer *iustum matrimonium*. Es en este contexto donde encuentra su razón de ser la proliferación de estas uniones, sobre todo en época clásica, entre las muchas personas que no pueden contraer matrimonio: bien, por existir algún obstáculo que lo impida; bien, por no cumplir los requisitos exigidos para ello⁸; bien, por tratarse de uniones prohibidas por la legislación de Augusto, algún *senatusconsultum* o *constitutio principis*. A pesar de ello, en esta época no fue objeto de regulación jurídica, siendo el cristianismo quien, en su afán por abolirlo, acabó otorgándole cierta cobertura jurídica y reconociéndose *de iure* y forma

VOLTERRA, E., "La nozione giuridica del *conubium*", *Studi Albertario II*, (1959), pp. 374 y ss.

⁸ Los requisitos para contraer matrimonio se encuentran recogidos en el *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5.2: Así, según la concepción clásica, la unión conyugal de un hombre y una mujer entre los que exista *conubium*, capacidad natural de contraer y un consenso continuado, es designada con los términos *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*.

definitiva por Justiniano, quien además lo equipara, en la práctica, al matrimonio.

Así, el concubinato, o como lo llama GAUDEMET, la unión libre, se instaura en lugar del matrimonio en dos supuestos: cuando la unión *ne veut pas* o cuando *ne peut pas* ser un matrimonio⁹. Dejando de lado este segundo caso, del que ya hemos tratado en otro trabajo¹⁰, vamos a centrarnos en las situaciones en las que dos personas de diferente sexo, no quieren casarse; es decir, pudiendo hacerlo, no lo hacen. Esta modalidad volitiva es la que sirve de base al legislador actual para la promulgación de las leyes sobre parejas de hecho: Así, a modo de ejemplo, el Preámbulo de la ley cántabra 1/2005 de 16 de Mayo, y en relación a la pareja heterosexual, alude a las parejas que viven maritalmente y que pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo.

El caso de concubinato que planteamos se basa en la falta de *affectio maritalis*, es decir, la recíproca intención (pues, *affectio* es intención) de los contrayentes de tenerse por marido y mujer (pues *maritalis*, es conyugal, nupcial, marital) y que junto al

⁹ GAUDEMET, J., "Union libre et mariage dans la Rome Impériale", *IURA* 40 (1989), pp. 1-23, p. 3.

¹⁰ PANERO, P., "Algunas observaciones en torno al concubinato", *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Huelva 2004, pp. 527-539.

*honor matrimonii*¹¹, es indispensable para poder hablar del matrimonio romano. Dos son los elementos que éste comporta: el *consensus* o consentimiento de los contrayentes, elemento subjetivo, interno o de derecho, que se plasma en la *affectio maritalis*, duradera y continua, y la *coniunctio* o unión, elemento objetivo, externo o de hecho, (por contraposición al anterior) que lo hará en el *honor matrimonii*¹². En este contexto, es donde se sitúa el concubinato, esto es, *a contrario*, la unión estable entre dos personas sin *affectio maritalis* (voluntad de considerarse marido y mujer) y sin *honor matrimonii*, por parte de la concubina que, no sólo carece de participación en el rango y la dignidad social del marido, sino a la que no se guardará el respeto y la consideración de cónyuge. La falta de estos elementos es lo que diferencia al concubinato del matrimonio romano y, a nuestro juicio, acerca a las actuales parejas estables o de hecho.

Ahora bien, si lo que diferencia estos dos tipos de uniones es principalmente la voluntad de los contrayentes, esa falta de *affectio maritalis*, (*consensus*) y de *honor matrimonii* (*coniunctio*), lo que hace que ambas figuras se asemejen es, a

¹¹ El *honor matrimonii*, implica tanto la participación de la mujer en el rango social del marido, como las muestras recíprocas de respeto conyugal y hasta las manifestaciones de la intimidad de vida entre personas libres de diferente sexo *liberorum quaerendorum causa*. TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005, p. 422, *s.h.v.*

¹² Cfr. PANERO, P., *Ius occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001, pp. 61 y ss.

En síntesis, el hombre, sólo puede elegir entre tener a una mujer como esposa, lo que implicará hacerla partícipe de su rango social y guardarle la consideración debida (*honor matrimonii*) o tenerla como concubina, es decir, sin que exista *affectio maritalis* y, por tanto, sin *honor matrimonii*.

En relación a la convivencia, podemos hablar, como en el matrimonio, de la existencia de *consuetudo*, entendida, en su valor de estabilidad, permanencia o firmeza¹⁵, como resulta de la presunción de matrimonio¹⁶ (no concubinato) si se produce con una mujer libre, que no fuera prostituta: D. 23.2.24 (Modestino 1 Reg.): *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*

través de nuestra “intención”, “resolución”, “deseo”, “propósito” o “determinación” (ya que *animus* presenta un valor similar al de *affectio*) y por tanto, la idea volitiva de intención, deseo o propósito le es inherente y *destinatio*, matiza: la determinación, resolución o firmeza, que debe acompañar a aquel *animus*. Con menos palabras, precisa que el *animus destinationis* es una resolución firme, un propósito decidido que conduce a una intención o deseo con vocación de continuidad, estabilidad o, al menos, por oposición, descarta el ocasional, esporádico o contingente. Idea que, también, se reproduce y refleja en las actuales parejas de hecho.

¹⁵ Vid. PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano 1*, Roma 1949, p. 374, num. 2, GAUDEMET, J., *Union libre et mariage...*, cit., p. 3; ERNOUT, A., ET MEILLET, A., *Dictionnaire étimologique de la langue latine, Histoire des mots*, 2ª Ed, Paris 1939, s.h.v.

¹⁶ ORESTANO, R., “Sul matrimonio presunto in Diritto Romano”, *Atti Verona III*, (1948), pp. 47-65.

hecho para convertirse en una institución jurídica²⁰, pero sí parece unánime la opinión, no sólo de que las leyes de Augusto se refieren a este tipo de uniones siempre en relación a las penas de adulterio o estupro, y no como una institución regulada por el Derecho, sino también que contribuyeron enormemente a su difusión. En cualquier caso, se trata de una situación de hecho que no producía en un primer momento efectos jurídicos²¹; que ni fue ilegal, ni reprobada por la sociedad, sino por el contrario, encontró su difusión en las propias costumbres sociales, y sobre todo, en los integrantes del *ordo senatorius* e incluso en los propios emperadores. Y fueron precisamente, los emperadores, ahora cristianos, los que en su empeño por abolirlo, suplen la anterior indiferencia por un trato de desfavor asumiendo mayor importancia jurídica. Es notorio que, en época postclásica, Constantino, intentó combatirlo: por un lado, desprestigiando la condición de la concubina y de sus hijos (*liberi naturales*), y por otro, tratándolo de convertir en matrimonio²².

²⁰ Vid. por todos ARÉVALO, W., "Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma", *Feminismo/s*, 8, (2006), pp. 77-86, p. 82, n. 20.

²¹ No hay dote, ni donaciones *propter nuptias*, ni se aplican las disposiciones que regulan los matrimonios, ni hay derechos sucesorios *ab intestato*, etc.

²² Ejemplo de lo primero son las limitaciones de las donaciones a las concubinas y a sus hijos (C.Th. 4.6.2-3) y de lo segundo, la legitimación por subsiguiente matrimonio (C. 5.27.5).

Es en época justiniana cuando el proceso se invierte, y el concubinato se configura como un matrimonio inferior (*inequale coniugium*). Este cambio se debe, sobre todo, a la transformación del adulterio y de la estructura del matrimonio, cuya única diferencia con el concubinato, será la voluntad inicial de los contrayentes de querer constituir una u otra relación²³.

Habiéndose equiparado concubinato y matrimonio y fuera de duda la categoría de institución jurídica del primero, se le exige, ahora, los mismos principios monogámicos y exogámicos propios del segundo; los requisitos de edad para contraerlo, y se le reconocen ciertos derechos de alimentos y sucesorios a favor de la concubina y los hijos naturales²⁴. En relación a estos *liberi naturales*²⁵, la legitimación, y por tanto equiparación con los hijos nacidos de un matrimonio legítimo,

²³ A diferencia del matrimonio moderno, el romano, en época clásica, exige sólo un consentimiento que debe ser continuo y duradero. Así, cuando falta la intención de ser marido y mujer, cuando cesa la *affectio*, cesará también el matrimonio. En derecho postclásico, se produce un cambio de orientación en el matrimonio, siendo el consentimiento de los cónyuges inicial, permaneciendo el matrimonio incluso en contra de la voluntad de los cónyuges.

²⁴ PANERO, R., *Derecho Romano...*, cit., p. 312.

²⁵ En época justiniana, la expresión *liberi naturales* se refiere a los hijos nacidos de un concubinato lícito *ex licita consuetudine* (C. 6.57.5.2) que podían ser legitimados.

termina por poderse efectuar por una triple vía: a) el matrimonio posterior de los padres, *per subsequens matrimonium*²⁶; b) inscripción del hijo en la curia, *per oblationem curiae*²⁷ y c) concesión del emperador, *rescriptum principis*²⁸.

III. Como hemos visto, el concubinato romano antes de ascender a categoría jurídica, estuvo socialmente reconocido, y no sólo eso, sino que gracias a la legislación matrimonial de Augusto, ante su incremento, se hizo necesario establecer una regulación al respecto que podemos calificar como completa en época justiniana. Lo mismo se puede decir de las parejas de hecho actuales, que si bien, históricamente, existían, han sufrido un aumento considerable en los últimos años por la aparición de nuevos modelos de familia, cada vez más numerosos, que escapan a la tradicional derivada del matrimonio y se traduce en una necesidad de establecer una regulación de estas formas de convivencia. Así, la sociedad europea en general²⁹ y la

²⁶ Instaurada por Constantino (C.Th. 4.6.2-3) y sistematizada por Anastasio en el año 517 (C. 5.27.5). Cfr. además, C. 5.27.10 y Nov. 89.8.

²⁷ Instaurada por Teodosio II y Valentiniano III (C.Th. 5.27.3) en el 412; se extendió, sobre todo por motivos fiscales en el 443, aunque el emperador León (470) sólo la admite a falta de hijos legítimos (C. 5.27.3). Cfr. también Justiniano C.5.27 9 pr y 1y Nov 89.2; 3 y 5.

²⁸ Instaurada en el año 538 por Justiniano y no siendo posible la legitimación por matrimonio Nov 74.2 y 89 9 y 10).

²⁹ Desde que el 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer congreso sobre parejas no casadas, son muchos los países de la Unión que, de una forma u otra han ido adaptando sus respectivas

española en particular, han acometido la nada fácil tarea de llevar a cabo una labor legislativa en esta materia, siendo el resultado de ello: a) las 12 leyes autonómicas existentes en España reguladoras de las Parejas de Hecho; b) los 2 decretos por los que se crea y regula el registro de parejas de hecho en Castilla-La Mancha y Castilla y León; c) la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y los permite entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones y d) la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, redactada según Ley 10/2007, de 28 de junio de derecho civil de Galicia.

El concepto del concubinato está presente en toda esta variedad legislativa, y hoy día, superada la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo por la reforma del Código Civil, las parejas de hecho se deben limitar a las personas, sean del sexo que sea, que basan su relación en el consentimiento, afectividad y la convivencia³⁰.

legislaciones a esta nueva forma de convivencia tendiendo a equipar en mayor o menor medida, estas uniones con los matrimonios.

³⁰ La explícita regulación de la ley catalana del año 1998 de las parejas del mismo sexo encuentra su justificación en el distinto tratamiento jurídico que éstas sufrían por la prohibición de poder contraer matrimonio. Tras la reforma del Código Civil en esta materia, y del Código civil catalán que entrará en vigor el próximo enero, consideramos que la única justificación de esas uniones, igual que las heterosexuales es la voluntad de no querer contraer matrimonio, rehusando incluso a toda clase de formalismos.

diferencia el matrimonio romano (al menos hasta época posclásica), del concubinato, ya que en contra de lo que ocurre en el matrimonio moderno, no se exige (aunque puede haberlo) un acto constitutivo inicial. Así, la única forma de diferenciar ambas instituciones es, precisamente, apelar a la inexistencia de los elementos constitutivos del matrimonio, esto es, la carencia de *affectio maritalis* y la falta de *honor matrimonii*, cuestión no siempre fácil de demostrar y que evoca el problema de la prueba negativa. Hoy día, igual que en Roma, las parejas de hecho no nacen, necesariamente, de un acto de celebración, por lo que se nos plantea el tener que determinar en qué momento queda constituida la pareja estable. La mayoría de las legislaciones autonómicas han resuelto el problema por dos vías distintas: una, a través de un acto formal constitutivo de la relación, como manifestación de la voluntad de los convivientes (de ese *consensus* o elemento subjetivo); la otra, a través del transcurso de un determinado plazo de tiempo de convivencia, lo que se convierte *a posteriori*, en un elemento de reconocimiento de la constitución, viniendo a reflejar la necesidad de darse ese segundo elemento objetivo o externo como es la convivencia como clara muestra de esa voluntad³⁵.

³⁵ Parecen mantenerse al margen de esto leyes como la catalana, que además de no hacer referencia al requisito de la voluntad, admite como forma de constitución de la pareja de hecho el transcurso de más de dos años ininterrumpidos de convivencia, al margen de la voluntad de los convivientes.

marital (catalana⁴¹). Hablan, exclusivamente de relación de afectividad la valenciana, madrileña y canaria.

Las leyes autonómicas establecen la necesidad de que esa convivencia, o si se prefiere, esa estabilidad se manifieste de alguna forma, fijando para ello diferentes posibilidades. A saber: por voluntad expresa, por transcurso de tiempo (voluntad presunta) o por existir hijos comunes⁴².

Siendo conscientes de la dificultad que en este punto entraña el estatuir una categoría general por la diversidad de posibilidades que ofrecen las diferentes leyes autonómicas, a lo que se uniría la oposición, a nuestro juicio insalvable, de quienes más que acometerla con sentido real y efectivo, harían bandera externa de su discurso “nacionalista”⁴³, trataremos de recoger, de forma sucinta, dos ideas fundamentales: A) la voluntad expresa de las partes y B) el transcurso de tiempo.

A) La manifestación expresa de la voluntad implica la constitución y acreditación de las parejas de hecho y exige un

⁴¹ Ley 25/2010 de 29 de Julio. La ley catalana de 1998, al igual que la navarra, habla de convivencia marital.

⁴² Tema del que sólo damos cuenta y dejamos al margen de nuestra atención.

⁴³ Cfr. PANERO, R., “Os novos xuristas e o Dereito Romano” *AFDUDC* 12, (2008) pp. 723-746, p. 734.

algunas, *ad probationem* ⁴⁹⁾ o necesidad (en otras, *ad solemnitatem*⁵⁰⁾ de que esas parejas estables se inscriban en los distintos Registros creados al efecto en las diferentes Comunidades Autónomas.

B) Algunas leyes ofrecen como alternativa de esa manifestación de la voluntad, la convivencia durante un período de tiempo; así, se habla de convivencia ininterrumpida de los convivientes durante uno o dos años⁵¹. Sólo cinco CCAA⁵² han recogido esta forma forzosa de constitución, lo que, a nuestro juicio, contradice el espíritu de la “pareja de hecho”, al obligar a los convivientes a asumir una serie de derechos y obligaciones, al margen de su voluntad o incluso en su contra. Más coherentes se muestran otras leyes autonómicas, que al igual que el Derecho Romano, no contemplan la constitución por transcurso de tiempo, si bien en muchas, se habla de la convivencia de un año para demostrar esa estabilidad de la relación, lo que es perfectamente asumible.

⁴⁹ Leyes de Cataluña, Aragón, Navarra, Asturias, Extremadura y Cantabria.

⁵⁰ Las legislaciones de Castilla-La Mancha, Valencia, Baleares, Madrid, Castilla y León, Andalucía, y País Vasco, establecen como una única forma de constitución de las parejas de hecho la inscripción en el registro.

⁵¹ Excepto en el caso de que haya hijos comunes, en cuyo caso no se exige ningún plazo.

⁵² Cataluña, Aragón, Navarra, Asturias y Canarias (opcional).

como concubinato. 2) Que si las parejas de hecho españolas no originan efectos jurídicos hasta el año 1998 en Cataluña y 2007 en Galicia, estando pendientes aún de regulación en algunas CCAA, en el Derecho Romano los concubinatos no alcanzan la plenitud jurídica hasta la época del emperador Justiniano. 3) Que si el TS consideró, en 1998, que la convivencia *more uxorio*, no debe ser objeto de sanción, el Derecho Romano en ningún momento considera ilícitos los concubinatos, ni fueron reprochables socialmente. 4) Que si las leyes autonómicas sobre las uniones de pareja, intentan dar cobertura jurídica a todos esos nuevos modelos de familia, fomentando la igualdad entre todos los ciudadanos, el Derecho Romano justiniano logró, en general, su práctica equiparación.

En conclusión lo que pretendemos con este trabajo es demostrar que, una vez más, el Derecho Positivo encuentra soluciones a las necesidades de hoy en el Derecho Romano, algo que no es nuevo y ha sido recordado por voces más autorizadas que la mía y que no cabe rechazar invocando la “crisis” del *Ius Romanum* por su impronta histórica (o su no positivización), porque ya Savigny demostró que el Derecho es un “producto histórico” y porque la “crisis” (tampoco nueva en la historia jurídica de Roma si recordamos la del s III), no solo incide en el estudio del Derecho Romano, sino es reflejo de otra más amplia que afecta a la Sociedad, al Estado, al Derecho y a quienes a ello se dedican, ya que, parafraseando a TORRENT, “la crisis está

