

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS UNIONES PERSONALES DISTINTAS DEL MATRIMONIO LEGÍTIMO EN EL DERECHO ROMANO

Aldo PETRUCCI*

SUMARIO: 1. *Los diferentes tipos de uniones entre personas: Derecho de hoy y Derecho romano.* 2. *Razones de la difusión del modelo matrimonial.* 3. *La prohibición romana de la bigamia y de bodas incestuosas.* 4. *El archipiélago familiar del Derecho romano clásico.* 5. *Las uniones homosexuales.* 6. *Unas consideraciones conclusivas.*

1. LOS DIFERENTES TIPOS DE UNIONES ENTRE PERSONAS: DERECHO DE HOY Y DERECHO ROMANO

A partir de las últimas décadas del siglo XX, el Derecho civil tuvo que confrontarse con los profundos cambios que han intervenido en las sociedades occidentales, en temas de uniones personales. Hasta aquel momento, el único modelo reglamentado jurídicamente era el matrimonio entre sujetos de sexo diferente, mientras que otros tipos de uniones hétero u homosexuales permanecían en la esfera moral y social (también el Derecho penal había perdido su interés en punir algunas de ellas). Eso dependía de una larga tradición que reflejaba valores morales, religiosos e ideológicos predominantes. Sin embargo, cuando se han difundido nuevos modelos de uniones estables aceptados por la mayoría de la sociedad, progresivamente, se ha afirmado también la exigencia de darles una disciplina jurídica, para garantizar derechos e imponer deberes a los miembros de la pareja, en las relaciones entre ellos y

* Catedrático de Derecho romano en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

hacia terceros. El Derecho civil se ha conformado a la nueva realidad total o parcialmente, en tiempos más rápidos en algunos países, más lentos en otros, mientras que, todavía hay países como Italia, en donde aún se discute como y en qué medida conformarlo.

Comúnmente se cree que este sector del Derecho civil sea una novedad de nuestra época, pues el Derecho romano, la tradición jurídica intermedia y los Códigos de los siglos XIX y XX (antes de ser reformados) expresaban ideas anticuadas, profundamente influenciadas por el Cristianismo (en la edad antigua y medieval) y también por los valores burgueses (después del siglo XVI), en que el matrimonio heterosexual representaba la célula fundamental de la sociedad y en cuanto tal, lo único digno de ser disciplinado como una forma contractual con derechos y deberes a carga de la pareja.

El objetivo de este papel es de oponerse a una visión tan restrictiva y uniforme con referencia al Derecho romano, en donde el panorama de las fuentes (jurídicas y no) nos ofrece un cuadro mucho más variado de uniones personales distintas del matrimonio, que el ordenamiento toma en consideración bajo diferentes aspectos. Nuestro análisis comenzará con unos breves comentarios sobre las razones que determinaron la prevalencia de la forma matrimonial y seguirá con la exposición de las demás formas que paulatinamente nacieron en paralelo, terminando por la tratación del régimen de las uniones homosexuales.

2. RAZONES DE LA DIFUSIÓN DEL MODELO MATRIMONIAL

Si se examina, aunque brevemente, la disciplina romana del matrimonio, no es difícil entender, por qué en época clásica constituía la forma de unión entre personas más exitosa y casi exclusiva.

El matrimonio se indicaba con los términos “matrimonio” (*matrimonium*) o “bodas” (*nuptiae*), agregándole el adjetivo “justo”, que no implicaba ninguna evaluación moral, sino la conformidad al Derecho (justo deriva de *ius*, derecho); por lo tanto las expresiones “matrimonio justo” (*matrimonium iustum*) o “justas bodas” (*iustae nuptiae*) no significaban otra cosa que matrimonio legítimo. Su carácter era rigurosamente monogámico, no admitiéndose que pudieran existir más que una esposa, como veremos a continuación (§ 3). La estructura se había configurado en la edad más antigua (siglos VII-VI a.C.) y se mantuvo invariada, en sus líneas esenciales, hasta el siglo V d.C., fundamentándose en dos elementos básicos: el primero era subjetivo o psicológico

y consistía en la recíproca voluntad de los cónyuges (llamada *affectio maritalis*) de considerarse como marido y mujer; el segundo, de naturaleza objetiva y consecuente al primero, eran las manifestaciones exteriores de dicha voluntad, así como el ingreso solemne de la esposa en la casa del esposo, la convivencia, la constitución de la dote y toda actitud adecuada en las relaciones sociales.

La voluntad matrimonial debía existir, no solo en el momento inicial del matrimonio, sino permanecer a lo largo de toda su duración, porque cuando cesaba, también el matrimonio se terminaba.

Además de los dos elementos básicos, un matrimonio se reputaba legítimo en presencia de cuatro requisitos: la edad legal de los cónyuges (14 años para los varones y 12 para las mujeres); la ausencia de ciertos grados de parentesco (prohibición de casarse entre parientes en línea recta y entre el cuarto grado en línea colateral); la existencia de una recíproca capacidad jurídica matrimonial dicha “conubio” (*conubium*); el consentimiento de los padres de familia.¹

La misma concepción del matrimonio romano también se refleja en el régimen del divorcio.

Como es notorio, en campo jurídico el divorcio se realizaba de un modo muy sencillo: bastaba la cesación de la voluntad matrimonial (*affectio maritalis*) por parte de ambos esposos o bien de uno solo y su comunicación (de forma escrita, a empezar de la ley de Augusto en contra de los adulterios), con consecuente interrupción de la convivencia y de toda manifestación exterior de la vida conyugal.² Si se leen los cuentos de los autores latinos del siglo I a.C., se aprende como todos los personajes más famosos (Silla, Pompeyo, César, Cicerón, Octaviano Augusto) se habían casado y divorciado varias veces y como también las mujeres, por lo menos las de las clases sociales más altas, tenían la plena libertad de divorciar.

Una tentativa de modificar la situación se hizo por parte de Augusto entre 18 a.C. y 9 d.C., sus leyes matrimoniales (*lex Iulia* y *lex Papia Poppaea*) tienden a moralizar la sociedad y a realizar finalidades demográficas, pero sin incidir en la estructura ni del matrimonio ni del divorcio. Su propósito sólo era de obligar a casarse a los hombres entre 25 y 60 años y a las mujeres

¹ Sobre la naturaleza del matrimonio romano y sus requisitos véanse recientemente: SAHAGÚN, G. Padilla, “Derecho Romano”, pp. 55-ss., BRUTTI, M., “Il diritto privato nell’antica Roma”, pp. 204-ss.; GUZMÁN BRITO, A., “Derecho privado romano”, pp. 370-ss.; VENTURINI C., “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova Tellus* 31 (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica*, Napoli, Satura editrice, 2014, pp. 464-ss.) y por último me permito señalar mi manual: PETRUCCI, A., “Lezioni di diritto privato romano”, pp. 13-ss.

² Véase al respecto la bibliografía mencionada en la nt. 1.

entre 20 y 50 para favorecer la procreación de hijos so pena de exclusión o limitación de la capacidad sucesoria. El régimen se completaba con la ley de represión del adulterio (*lex Iulia de adulteriis*), destinada a punir no únicamente las relaciones con mujeres casadas, sino también las con viudas, divorciadas o solteras para promocionar la conclusión de matrimonios con ellas. Sin embargo, si por un lado, la legislación augustea puede explicar la afirmación del modelo matrimonial en la sociedad romana y su derecho, por el otro, como se observará a continuación, ocasionó el nacimiento de nuevas formas legales de uniones estables entre personas distintas del matrimonio. Además estas leyes, al no tocar la estructura matrimonial ni obstaculizar el divorcio, no impedían a la pareja casada de divorciarse y volverse a casar con otros cada vez lo hubiesen querido.

La prueba mejor se encuentra en los textos de la jurisprudencia de los siglos I-III d.C. En ellos llaman mucho la atención los tantos casos en que tratando de problemas de dote, se solucionan cuestiones entre personas que se han casado y divorciado y luego se casan con otros con que se divorcian, y por fin vuelven a casarse entre ellas, a demostración de acontecimientos que ocurrían de verdad y no simplemente teóricos.³

Como se puede apreciar de su estructura y del régimen que acabamos de describir, el matrimonio romano clásico resulta más una situación de hecho a la que el ordenamiento le reconoce efectos jurídicos, que un vínculo contractual y no es por casualidad que los juristas romanos comparan el matrimonio a la posesión, subrayando en ambos la necesidad del elemento voluntario/psicológico y del material.⁴ A pesar de las imposiciones de Augusto, son la facilidad de celebrarlo y terminarlo, la sencillez de los requisitos, su perfecta adaptación a la realidad social a explicarnos porqué el matrimonio legítimo aparecía ya en la época clásica como la forma jurídica más normal y práctica de unión entre dos personas de sexo diferente.

³ Cf., por ej., Javoleno, 4 *ex Cassio* en D. 23.3.64; Africano, 8 *quaest.* en D. 23.3.50 pr.; Ulpiano, 34 *ad ed.* en D. 23.3.40, en donde se reproduce el contenido de un rescripto de Septimio Severo.

⁴ La comparación se hace con referencia al Derecho de "postliminio" (*ius postliminii*), en base al cual un Romano capturado por los enemigos al volver, recuperaba su situación jurídica anterior, a excepción del matrimonio y posesión, que debían restablecerse a través de sus requisitos psicológicos y materiales: v., por ej., Trifonino, 4 *disput.* en D. 49.15.12.2-4; Paulo, 3 *ad legem Iuliam et Papianam* en D. 49.15.8.

3. LA PROHIBICIÓN ROMANA DE LA BIGAMIA Y DE BODAS INCESTUOSAS

La concepción del matrimonio en la sociedad romana fue siempre mono y esogámica, aun cuando entró en contacto y sufrió la influencia del mundo mediterráneo oriental. Por eso, el Derecho romano no admite nunca como formas de uniones lícitas, ni la bigamia, ni las bodas incestuosas, al contrario de lo que ocurría en muchas sociedades helenísticas y orientales.

Ni en la edad más arcaica se le permitía a un hombre casarse con más mujeres, porque existía una prohibición ya en el Derecho sagrado antiguo (el *fas*), que punía la bigamia con prescripciones de carácter religioso. Luego el pretor en su edicto aplicó al bigamo la sanción de la *infamia*,⁵ que básicamente implicaba la imposibilidad de asumir las funciones de testimonio en actos y procesos y de representante procesal de otros.

A nivel práctico, la bigamia era como inexistente hasta la ley de Augusto, en tema de adulterios, porque la ausencia de formas para realizar el divorcio hacía de modo que la celebración de un nuevo matrimonio automáticamente determinase la disolución del precedente, impidiendo la instauración de dobles casamentos. Pero cuando esta ley impuso el uso de un expediente escrito para divorciar (*libellus repudii*), su falta dejaba íntegro el matrimonio anterior y ocasionaba situaciones de bigamia. Desde entonces se empezó a considerarla como una unión ilícita calificándola como "estupro" (*stuprum*) y luego como crimen autónomo que el juez podía punir de la forma que reputaba más adecuada.⁶

Cuando se violaba el requisito de la ausencia de un cierto grado de parentesco entre dos personas, su unión no daba vida a un matrimonio ni a otra forma legal, sino a "bodas incestuosas" (*incestae nuptiae*). Gayo en sus Instituciones (1.59 y ss.) hace los ejemplos de la unión entre madre e hijo o padre e hija o bien entre suegro y nuera o hermano y hermana, calificándolas como contrarias al Derecho sagrado (*fas*) que regulaba las relaciones entre hombres y dioses (*nefariae nuptiae*). En tal caso, lo que mayormente interesaba a los juristas era la condición de los hijos nacidos de estas uniones, que seguían la de la madre pues desde el punto de vista jurídico, se consideraban sin padre y por lo tanto ni sujetos a su potestad ni con derechos sucesorios hacia él.⁷

⁵ V. Juliano, 1 *ad ed.* en D. 3.2.1.

⁶ Cf. C. 5.5.2 de los emperadores Diocleciano y Maximiano en 285 d.C.

⁷ Comenta GAYO en sus *Instituciones* 1.64: "... por lo tanto los que nacen de tal unión, se consideran tener a una madre, pero no un padre, por eso no están bajo su potestad y se encuentran en la misma situación de aquellos de los que se ignora el padre ..." (*itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem*

4. EL ARCHIPIÉLAGO FAMILIAR DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Durante los últimos siglos de la República (II-I a.C.) y los del Principado (I-III d.C.) llegan a asumir relevancia jurídica tipos de uniones estables distintas del matrimonio legítimo, que con una feliz expresión contemporánea, constituyen un variado “archipiélago familiar”. Este fenómeno normalmente es descuidado por la doctrina moderna, que lo trata en margen de los impedimentos matrimoniales. A dicha orientación también contribuye la propia codificación de Justiniano, que al inspirarse a las enseñanzas del Cristianismo favorable al matrimonio legítimo en cuanto sacramento, termina por absorber en ese muchas de tales uniones, dejando en la sombra su existencia y reglamentación jurídica anterior.

El primer tipo de unión que nos llama la atención es otra forma de matrimonio, distinto del legítimo, que se establece entre Romanos y extranjeros desprovistos del requisito del “conubio” (*conubium*), es decir de la capacidad jurídica matrimonial con los ciudadanos romanos. Dicha forma nació a fines del siglo IV a.C. cuando con la extensión del dominio de Roma, se intensificaron los contactos con otros pueblos de la península italiana de etnia no latina (Etruscos, Griegos, poblaciones célticas) y luego se difundió entre los siglos II y I a.C. paralelamente a las estancias de mercantes y tropas romanas en los territorios provinciales conquistados.

Su frecuencia es demostrada por la disciplina de “la prueba del error de la condición de ciudadano” (*erroris causae probatio*), de que hablan las Instituciones de Gayo (1.66 y ss.), por la cual si un Romano o una Romana se habían casado con un Latino o una Latina o bien con un extranjero o una extranjera, creyendo que fuera ciudadano o ciudadana, se le concedía al cónyuge Latino o extranjero la ciudadanía romana y el matrimonio se reputaba legítimo, con tal que se hubiese generado por lo menos a un hijo (o hija). Al respecto se realizó una disciplina muy detallada, introducida por senadoconsultos y constituciones imperiales sobre todo del emperador Adriano (117-138 d.C.), cuya finalidad era de transformar dichos matrimonios con extranjeros en matrimonios legítimos con sometimiento de los hijos generados bajo la patria potestad.

Como es fácil imaginar, estas uniones eran muy comunes entre soldados romanos y mujeres de las provincias en donde militaban, como se deduce de

quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius sunt, sed tales sunt quales sunt hi, quos mater vulgo concepit).

Gayo⁸ y muchas inscripciones halladas en las varias provincias;⁹ a pesar de que el derecho local pudiera calificarlas como matrimonios, para el Derecho romano no se consideraban como tales, por lo tanto, los hijos que nacían no eran legítimos ni estaban bajo la patria potestad, siguiendo en cambio la condición de su madre. Sólo con la extensión de la ciudadanía romana, a todos los habitantes del Imperio, ordenada por el emperador Caracala en 212 d.C. desaparece toda diferencia entre estos matrimonios y los legítimos con una total equiparación de ambos.

Un segundo tipo de unión es el concubinatus (*concubinatus*).¹⁰ El vocabulo latino concubina tiene dos sentidos: “amante” o bien “convivente alternativa a una esposa”; las dos posiciones son distintas, porque en el primer caso, el Derecho puede intervenir sólo para reprimir un posible adulterio o “estupro”, mientras que el segundo indica un fenómeno perfectamente lícito: la concubina es la que sustituye a la esposa en una unión duradera que se instaura en lugar del matrimonio legítimo.

Es correcto afirmar que, el concubinatus en este segundo sentido nace después de la aprobación de la ley de Augusto, para la represión de los adulterios en 18 a.C. (*lex Iulia de adulteriis*). Como hemos mencionado antes (§ 2), la finalidad de esta ley era la de sancionar, no sólo los adulterios propiamente dichos, sino también las relaciones sexuales voluntarias con mujeres libres (viudas, divorciadas o solteras), definiéndolas como “estupro”, cuyo concepto por lo tanto no implicaba ninguna violencia, con la finalidad de favorecer la celebración de matrimonios.

Únicamente existían dos situaciones en que dichas relaciones eran admitidas y es con base en éstas que se admite el concubinatus como unión alternativa al matrimonio legítimo. La primera concierne a los senadores y miembros de la clase senatoria, que no podían casarse con sus libertas (ex esclavas), porque se lo prohibía una explícita disposición de la ley augustea. De hecho,

⁸ En sus Instituciones 1.57, en donde dice: “a los veteranos se suele conceder por medio de constituciones imperiales la capacidad jurídica matrimonial —el conubio— con las Latinas y extranjeras con las que se hayan casado después del término del servicio, y los que nacen de aquel matrimonio, son ciudadanos romanos y están bajo la patria potestad (*et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestate parentum fiunt*).

⁹ Como sería el caso de varios papiros pertenecientes a la Universidad de Michigan (así como los números 3.169.4529, 4.223.3289-3291, 4.224.3901-3903), procedentes de la antigua ciudad egipcia de Karanis, en que se trataría de una mujer egipcia casada con un militar romano. Sobre el n. 3.169.4529 v. C. Terreni, *P. Mich.* 3.169: *il mistero di Sempronia Gemella*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* 62, pp. 573-ss.

¹⁰ Sobre el concubinatus en general véase C. FAYER, *La familia romana*, vol. III, *Concubinatus. Divorzio. Adulterio*, Roma, L'Erma, 2005, pp. 11-ss. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* op. cit., pp. 383-ss.

se quería evitar que ellos al pertenecer al nivel social más elevado, compraran en el mercado a las esclavas más hermosas y luego se casaran con ellas, después de haberlas liberado, turbando así la composición de la clase senatoria. Por eso la prohibición se extendía también a las hijas y nietas (nacidas de un hijo) de senadores, que no podían casarse con un liberto de su padre o abuelo.¹¹ Un miembro de esta clase que deseaba una unión estable con una liberta o un liberto debía contentarse de una situación de concubinato, con la consecuencia que los hijos generados no eran legítimos, ni bajo la potestad de su padre.

La segunda situación está relacionada directamente con el crimen de “estupro”, puesto que no lo cometía el hombre de clase alta, que hubiese establecido un vínculo duradero con mujeres que ejercitaban ciertos tipos de profesiones despreciadas, así como actrices, cantantes, bailarinas, prostitutas, o bien eran de nivel social muy bajo. Comenzó siempre la ley de Augusto, sobre los adulterios, a impedir a los miembros de la clase senatoria el matrimonio con mujeres que practicaban el arte teatral,¹² mientras que otras disposiciones extendieron la prohibición a todos los hombres de clase alta, ampliándola a todas mujeres “de grado inferior”.¹³ La unión con tales mujeres, sólo podía configurarse como concubinato y los hijos nacidos no eran legítimos ni estaban bajo la potestad paterna.

En el Derecho justiniano, ambas situaciones ya no impedían el matrimonio, habiendo cesado las prohibiciones para celebrarlo, pero sigue existiendo el concubinato como elección de una pareja, que opta para excluir la recíproca voluntad matrimonial (*affectio maritalis*). Se introducen también expectativas hereditarias en la sucesión *ab intestato*.¹⁴

Un tercer tipo de unión es representado por el “contubernio” (*contubernium*), cuyo sentido literal indica la convivencia en un mismo lugar, haciendo referencia a una pluralidad de situaciones.¹⁵ Omitiendo aquellas de concubinato (pues a veces ambos términos son utilizados como sinónimos), en primer lugar, el “contubernio” indica la unión entre esclavos. Aunque no pudiesen casarse legalmente, se les permitía establecer entre ellos relaciones “conyugales” y generar hijos; el Derecho califica el “matrimonio servil”

¹¹ El texto de esta parte de la ley augustea se encuentra en D. 23.2.44 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

¹² Como menciona D. 23.2.44 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

¹³ Véanse MARCELO, 1 *ad legem Iuliam et Papiam* en D. 23.2.49. MARCIANO, 12 *inst.* en D. 25.7.3.

¹⁴ Cf. las constituciones imperiales de Anastasio (517 d.C.) y JUSTINIANO (528-530) incluidas en el Código de éste último: C. 5.27.6, C. 5.27.9-11.

¹⁵ Sobre las cuales cf. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma op. cit.*, pp. 231. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano op. cit.*, pp. 27-s.

como “contubernio” y le reconoce relevancia jurídica, para crear un vínculo de parentesco de sangre (*cognatio*), entre los miembros del núcleo familiar una vez liberados.¹⁶ Obviamente, los que nacían de dichas uniones seguían manteniendo su *status* servil y pertenecían al dueño de ambos sus padres o bien si eran de dos distintos dueños, al de la madre.

Luego la expresión “contubernio”, también se emplea para designar la unión estable entre personas libres y esclavos ajenos. Cuando un hombre libre establecía una relación duradera con una esclava ajena, los hijos generados siendo de condición servil, pertenecían al dueño de la madre; en cambio, en caso de uniones entre una mujer libre y un esclavo ajeno, los hijos nacían libres y sin estar sujetos a la patria potestad. Esta solución fue confirmada por el emperador Adriano (117-138 d.C.), corrigiendo la prescripción del senadoconsulto Claudiano (*SC Claudianum*) que preveía lo contrario.¹⁷

En efecto, en el siglo I d.C. la posibilidad para una mujer libre de formar una unión con el esclavo de otro fue limitada por este senadoconsulto, aprobado durante el reino del emperador Claudio (41-54 d.C.), en base al cual el dueño del esclavo podría oponerse a la relación e intimar a la mujer libre de terminarla; si ella después de la tercera intimación, no lo hubiese hecho, se convertiría en esclava del mismo dueño.¹⁸ Solo en la legislación de Justiniano se abolió tal ordenamiento.¹⁹

Por fin se encuentran otros tipos de uniones duraderas entre personas de sexo diferente, que no se pueden calificar rigurosamente y en sentido estricto ni como concubinato ni como “contubernio” y que se formaban siempre por causa de prohibiciones matrimoniales, introducidas por normativas de la primera época imperial distintas de las leyes de Augusto. El tipo más frecuente era la unión entre oficiales del ejército en servicio en una provincia y las mujeres nacidas o domiciliadas en la misma, a los cuales se les prohibía celebrar un matrimonio;²⁰ la consecuencia era que estos núcleos no constituían familias legítimas y los hijos no estaban bajo la patria potestad. Uno de los casos más famosos es el del comandante Constancio Cloro, padre del emperador Constantino (306-337 d.C.), y Helena su madre (recordada en la tradición cristiana como Santa Helena), que era una mesonera que había ido a convivir con él, siguiéndolo en sus varios campamentos militares.

¹⁶ Véanse D. 23.2.14.2 y 8 (Paulo, 35 *ad ed.*), la constitución de Justiniano mencionada en su Código (C. 6.4.4.10-11) e Instituciones (I. 3.6.10).

¹⁷ GAYO, *Institutiones* 1.84.

¹⁸ Cf. GAYO, *Institutiones* 1.91; Sentencias de Paulo (*Pauli Sententiae*) 2.21.

¹⁹ Véase sus Instituciones 3.12.1.

²⁰ V. D. 23.2.63 (PAPINIANO, 1 *def.*).

La misma prohibición de casarse valía para los titulares de cargos civiles en una provincia con referencia a las mujeres nacidas o domiciliadas en ella por toda su duración,²¹ ocasionando la formación de uniones estables distintas del matrimonio, con consecuencias idénticas a las que expusimos para los militares. Otra unión que no podía calificarse como matrimonio era la entre tutor (o su hijo) y pupila (por supuesto, una vez llegada a la edad legal), a los que un senadoconsulto aprobado durante el reino de Marco Aurelio (161-180 d.C.) se les prohibía casarse antes de la rendición final de cuentas de la gestión patrimonial, que el primero estaba obligado a presentar.²²

5. LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Por último, pasemos a examinar el tema de las uniones homosexuales, de las que nos han llegado varias noticias, con referencia a aquellas masculinas.²³ En primer lugar, necesita distinguir muy claramente entre la esfera de las relaciones entre dueños/ dueñas y sus esclavos/ esclavas y la esfera de aquellas entre personas libres del mismo sexo. La primera, no interesa al Derecho que no interviene, reputándola como algo puramente relacionado al ámbito particular y doméstico. De las fuentes histórico-literarias antiguas y los datos arqueológicos (pinturas en vasos y frescos), aprendemos que eran normales las relaciones homosexuales entre dueños y esclavos propios. Igualmente el Derecho no toma en consideración las uniones de hombres con esclavos ajenos, salvo lo que comentamos sobre el senadoconsulto Claudiano (§ 4).

La difusión en la sociedad romana de relaciones homosexuales entre libres, como es sabido, se debe al contacto con la mentalidad y cultura griegas y helenísticas, a partir del inicio del II siglo a.C. En ellas el vínculo homosexual con jóvenes libres integraba su educación, que también preveía la introducción al erotismo por parte del "maestro". En cambio desde el inicio, el Derecho romano presta mucha atención al aspecto de la protección de los jóvenes libres, que todavía vestían la *praetexta*, una túnica bordada en bajo de color púrpura, que se ponían hasta los 17 años de edad (*pueri praetextati*). En términos modernos, podría afirmarse que el ordenamiento desde la llegada a

²¹ Como dice PAULO, 2 *sent.* en D. 23.2.38 pr.

²² Cf. PAULO en D. 23.2.59 (*l. sing. de ads. lib.*) y D. 23.2.60 (*l. sing. ad orat. divi Ant. et Comm.*).

²³ En doctrina cf. E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Ed. Riuniti, 1988, pp. 129-ss.; BRUTTI, *Il diritto privato dell'antica Roma, op. cit.*, pp. 233-ss.; PETRUCCI, *Lezioni op. cit.*, pp. 28-ss.

Roma del fenómeno de las relaciones homosexuales, se propuso la finalidad de preservar la integridad psico-física de los menores de 17 años.

En época republicana encontramos dos intervenciones jurídicas que tenían dicha finalidad. De ambas, lamentablemente permanecen sólo algunos datos bastante fragmentarios. La primera es una ley, aprobada en la primera mitad del siglo II a.C. (se piensa en una fecha en torno al 149 a.C.) y recordada con el nombre de *Scatinia* o *Scantinia* (*lex Scatinia* o *Scantinia*) porque fue propuesta por un magistrado o tribuno de la plebe que tenía tal gentilicio. Según la narración de las fuentes literarias antiguas,²⁴ esta ley fue aprobada para limpiar la vergüenza, que le había derivado a la gente Scatinia (o Scantinia) de la actitud de un miembro suyo, llamado Scatinio o Scantinio Capitolino, que había tratado seducir al hijo menor de 17 años del senador Claudio Marcelo.

En fuerza de tal ley se imponía una multa de 10,000 sestercios en contra del adulto, que establecía o quería establecer una relación homosexual con un joven libre menor de dicha edad.

Este aparato protectivo se consolida gracias a una segunda intervención en torno al I siglo a.C., debida al pretor que emanó un edicto específico, denominado "sobre el atentado a la pudicia" (de *adtemptata pudicitia*). A pesar de que su texto no ha llegado directamente, algunas referencias por parte de los juristas²⁵ y sobre todo el comentario de Ulpiano,²⁶ nos permiten reconstruir el contenido general. El objetivo de este edicto era el de tutelar a las mujeres libres honestas y los jóvenes libres que aún se ponían la túnica *praetexta* (esto es menores de 17 años), en contra de comportamientos de hombres adultos, que en la calle alejaban a sus acompañantes (normalmente mujeres honestas y jóvenes "menores" libres tenían que salir acompañados), les perseguían o trataban seducirlos, para finalidades contrarias a las buenas costumbres (*contra bonos mores*). Dichos comportamientos se consideraban como un delito de "injuria" (*iniuria*), en el sentido de un "acto ilegítimo en contra de una persona", facultando así el marido o el titular de la potestad o bien el propio ofendido, si era una persona autónoma jurídicamente (*persona sui iuris*), ejercitar la correspondiente acción (*actio iniuriarum*) para pedir la aplicación al culpable de una pena pecuniaria variable según la gravedad de su actitud.

Otro aspecto de las uniones homosexuales masculinas, que el Derecho romano clásico tiende a reglamentar, es el de la homosexualidad pasiva en la versión del afeminamiento. En efecto, la misma ley *Scatinia* o *Scantinia* y el

²⁴ PLUTARCO, *Vita Marcelli* 2.3-4 y VALERIO MÁXIMO, *Facta e dicta memorabilia* 6.1.7.

²⁵ Cf. GAIUS, *Inst.* 3.220 y *Pauli Sententiae* 5.4.14.

²⁶ En D. 47.10.15.15-23 (Ulpiano, 57 *ad ed.*).

edicto pretorio preveían sanciones de quien, aunque fuera un hombre, tenía una actitud femenina en una relación sexual. Por lo tanto, objeto de la punición no era la unión con personas afeminadas, sino estas mismas personas, por motivo de su afeminamiento. La ley establecía la misma multa de 10,000 sestericios prevista para las relaciones homosexuales con jóvenes libres “menores”, mientras que el edicto prohibía a los efeminados la función de representante procesal (*postulatio pro aliis*),²⁷ conminándoles la misma sanción prevista para la infamia, que ya examinamos en el § 2 en tema de bigamia.

Siempre en la época entre final de la República y Principado (siglos I a.C.-II d.C.) las fuentes extrajurídicas también registran el fenómeno de matrimonios homosexuales entre hombres, celebrados con ceremonias solemnes y suntuosas, a veces por parte del propio emperador, como es el caso de Nerón (54-68 d.C.).²⁸ Si estos testimonios son importantes para demostrar la existencia, por lo menos en las clases sociales más altas, de bodas homosexuales masculinas, a nivel jurídico faltan datos que puedan comprobar la relevancia de su celebración para el Derecho.

Con el siglo IV d.C. el panorama que acabamos de describir cambia, sobre todo por influencia de la enseñanza cristiana, según la cual la homosexualidad y las uniones homosexuales configuran el crimen de sodomía. La primera señal del cambio se ve en las Sentencias de Paulo (*Pauli Sententiae* 5.4.14), una obra de grande impacto práctico probablemente redactada al inicio del siglo IV d.C. y actualizada varias veces a lo largo del mismo siglo. En ella se dispone que cualquier adulto tenga una relación homosexual (definida “estupro”, *stuprum*) con un muchacho libre menor de 17 años comete el crimen de “injuria” (*iniuria*), que no es penado con una multa pecuniaria, sino con la pena de muerte (*capite punitur*). Contextualmente se endurece la sanción establecida para el homosexual afeminado, que en un primer momento consiste en la confiscación de la mitad de su patrimonio (con consecuente incapacidad de dejar por testamento más de esta porción)²⁹ y luego en la combustión en vivo.³⁰

La configuración de una unión homosexual como crimen de sodomía es confirmada por los emperadores Teodosio I (378-395 d.C.) y Teodosio II (408-450 d.C.), su nieto, que incluye la relativa constitución en su Código, el Código Teodosiano (*CTh.* 9.7.6). Por consecuente siempre Teodosio I des-

²⁷ D. 3.1.1.6 (Ulpiano, 6 *ad ed.*).

²⁸ V. JUVENAL, *Satyrae* 6, 117-142; SÜETONIO, *Nero* 28 e 29, en donde se habla de sus dos “matrimonios” homosexuales.

²⁹ *Pauli Sententiae* 2.26.12.

³⁰ Con base en la interpretación más plausible de una constitución de 342 emanada por los emperadores Constancio y Constante, hijos de Constantino (en Código Teodosiano 9.7.3).

pués de haber proclamado el Cristianismo como religión oficial del Imperio en el edicto de Tesalónica de 380, ordena el cierre de los burdelos masculinos, en cuanto suma expresión de dicho crimen.³¹

Punto de llegada de este profundo cambio es la legislación de Justiniano, que en sus Novelas va mucho allá de lo que habían establecido sus predecesores, al excluir toda licitud jurídica a cualquier tipo de unión homosexual. En las Novelas 77 de 538 y 141 de 559 se prevé la pena de muerte (probablemente por combustión en vivo aunque no sea precisado) no solo para el homosexual pasivo y afeminado, sino también para el activo, afectando a todos quienes hubiesen tenido relaciones homosexuales.

Una breve nota final concierne la homosexualidad femenina, de la que se sabe poco o nada por motivo de las pocas referencias que se encuentran en las fuentes literarias. Más allá del desprecio que se manifiesta hacia dichas uniones, faltan datos que puedan ofrecernos como el Derecho las hubiese tomado en consideración.³²

6. UNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

De lo que hemos observado en los párrafos anteriores, surge una imagen mucho más variada de los tipos de uniones que ocurrían en el mundo romano, desde la media República (III-II siglos a.C.), hasta el Imperio tardío (IV-VI siglos d.C.), que no se pueden reducir únicamente al matrimonio legítimo. Si este último representa la forma más común, es sobre todo porque tiene un régimen que se adecua muy bien a las exigencias sociales concretas y gracias a su carácter elástico permite a los cónyugues establecerlo y disolverlo con mucha facilidad, a pesar de las implicaciones patrimoniales (donaciones prematrimoniales, la restitución de la dote, etc.). Por lo tanto, no parece errado decir que la mayoría de las convivencias en Roma, constituían matrimonios legítimos entre los miembros de la pareja, como afirma explícitamente Modestino (1 reg.) en D. 23.2.24: “*En una relación habitual con una mujer libre se entiende formado un matrimonio y no un concubinato, con tal que ella no haga ganancia con su cuerpo*”.³³ Dicha realidad está muy lejos de la idea del matrimonio como vínculo contractual —con todas sus consecuencias— que

³¹ Cf. la versión más amplia del texto de su constitución del Código Teodosiano, incluida en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* 5.3.

³² Para una visión general véase CANTARELLA, *Secondo natura*, op. cit., pp. 210-ss.

³³ *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestus fecerit.*

empieza a nacer en el siglo IV d.C., cuando se requiere el consentimiento en el solo momento inicial y no por toda su duración.

Los demás tipos de uniones estables heterosexuales deben su nacimiento o a la “mundialización” de Roma y la consecuente transformación de la sociedad, o bien, a precisas prohibiciones matrimoniales, que imponían el establecimiento de formas de convivencia distintas. El Derecho las reconoce con referencia más a la condición de los hijos generados que a los derechos y deberes recíprocos o expectativas hereditarias al interior de la pareja.

El ordenamiento manifiesta una gran tolerancia e interviene con medidas represivas, únicamente para evitar las uniones que son consideradas como contrarias al sentido común o a la voluntad de los dueños, en caso de esclavos ajenos; así se explican las prohibiciones de la bigamia y las relaciones incestuosas y las disposiciones del senadoconsulto Claudiano en contra de las mujeres libres que se unían con esclavos ajenos cuando sus dueños se oponían.

En cuanto a las uniones homosexuales, conforme a la moral común, el Derecho clásico las reputa lícitas, pero preocupándose de proteger a los libres menores de 17 años y de reprimir las conductas afeminadas de los homosexuales pasivos. Sin embargo, falta cualquier dato que permita configurar dichas uniones como matrimonio. Consecuentemente no se ponen problemas ni de derechos y deberes recíprocos entre la pareja ni de pretensiones en tema de herencia.

En todos casos, (matrimonio legítimo, unión hétero u homosexual distinta del matrimonio) nunca nació una cuestión en materia de adopción, puesto que siempre el Derecho romano permitió a cada persona de sexo masculino adoptar a pesar de que fuera casada o unida con otra o no.

La complejidad de uniones interpersonales, que se refleja en el Derecho romano clásico, expresa una sociedad que está modificándose profundamente de forma paralela a la extensión y consolidación del dominio de Roma entre el siglo I a.C. y el II d.C. Luego empieza un procedimiento de unificación de tales uniones en la forma matrimonial heterosexual por causa de nuevos cambios que ocurren.

Una primera confluencia de algunos tipos de uniones en matrimonio se verifica después de la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio en 212 d.C., que lleva a la desaparición de las “bodas injustas” celebradas con Latinos o extranjeros.

Aún durante el siglo IV d.C. bajo el influjo del Cristianismo, también la legislación imperial presenta un cambio evidente en la concepción del matrimonio, las uniones extramatrimoniales y homosexuales. Viene privilegia-

do el matrimonio legítimo formalizado en un sacramento frente a Dios, en donde el consentimiento necesita sólo en el momento inicial, y se favorece la transformación en ese de todas las demás formas de uniones. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de elegir el concubinato, en donde paulatinamente se afirman obligaciones alimentarias hacia la concubina y los hijos generados de ella y expectativas hereditarias en la sucesión sin testamento.

El cambio más radical atañe a las uniones homosexuales en contra de las cuales el Derecho posclásico y sobre todo justiniano reaccionan de una forma muy dura. Para ellas necesitará esperar la segunda mitad del siglo XX para encontrar el inicio de una evolución que antes llevará el Derecho civil de muchos Países de tradición romanística a reconocerlas y luego a equipararlas al matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUTTI, Massimo, *Il diritto privato dell'antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2013.
- CANTARELLA, Eva, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Ed. Riuniti, 1988.
- FAYER, Carla, “La familia romana”, *Concubinato. Divorzio. Adulteri*, Roma, vol. III, L’Erma, 2005.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, T. I, 2013.
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano*, México, McGraw-Hill, 2004.
- PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015.
- TERRENI, Claudia, “P. Mich. 3.169: il mistero di Sempronia Gemella”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI) 62, 1996.
- VENTURINI, Carlo, “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova Tellus* 31, 2013, (“Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica”, Napoli, Satura editrice, 2014).