

IX

EL CONSENTIMIENTO FAMILIAR EN EL MATRIMONIO SEGUN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

(NOTAS PARA SU ESTUDIO)

En las Cortes de Ocaña, 1422, accede Juan II a la petición de que se guarden las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, relativas a la potestad de los varones sobre el matrimonio de sus hermanas huérfanas, en lo que estaban también conformes el fuero castellano y las Partidas*. Desde ese precepto se contempla una amplia perspectiva histórica, a cuyo esclarecimiento se dirige la presente colección de textos tomados de las fuentes medievales, y algunas observaciones sobre los mismos, con un intento de elaborar la institución histórico-jurídica a base de sus datos.

Con los textos pueden formarse dos series en cada una de las etapas que hemos de considerar: la de preceptos que se refieren directamente al consentimiento familiar en el matrimonio y la de aquellos que al sancionar el delito de raptó contemplan la posibilidad de que la raptada siga voluntariamente a su raptor. Más o menos paralelismo se muestra entre ambas series, según la concepción dominante sobre el delito.

Al estudiar la formación del Derecho visigodo sobre esta materia, los autores se refieren constantemente al Derecho romano inmediatamente anterior. Claro es que convendría tener en cuenta esa etapa más ampliamente, no sólo en cuanto haya podido servir de base al legislador visigodo, y asimismo considerarla como una transformación operada sobre el Derecho clásico; referirse a este problema excede de los límites de las presentes notas, sobre su desarrollo medieval. Aquí arrancamos de los textos recogidos en el Breviario de Alarico II, que ha sido Derecho vigente en la España

* Vid. el texto en la nota 69.

visigoda. Nos muestran no sólo la posición tomada por el Derecho romano imperial en torno al consentimiento familiar del matrimonio, sino también las variaciones que la vida práctica va perfilando en la institución. La *Interpretatio* que les acompaña refleja una fase todavía posterior y más próxima a la realidad.

Meynal, en su espléndido estudio sobre el matrimonio en esta etapa^{*}, hace unas observaciones sobre la transformación sufrida por el Derecho romano en cuanto al consentimiento familiar. En el antiguo Derecho civil el consentimiento del *pater familias* es necesario y suficiente para el matrimonio de los sometidos a su potestad. Luego se abre lentamente paso a la voluntad de los contrayentes. El movimiento es acentuado por las leyes Julias que para facilitar los matrimonios autorizan en ciertos casos contrariar la voluntad del padre. La jurisprudencia clásica modela el matrimonio sobre el consensus de los esposos, y aunque conserva el del *pater*, considera suficiente la falta de oposición y establece casos en los que puede prescindirse de él.

Siendo una consecuencia de la patria potestad, el consentimiento paterno sólo tiene eficacia respecto a los sometidos a ella. El *sui iuris* varón podrá casarse siempre libremente. La hija, una vez desaparecida la antigua tutela de los agnados, es muy probable que también estuviera exenta de obtener el consentimiento del tutor o de cualquier otra persona; no obstante, ha podido subsistir en las costumbres la práctica de consultar a los parientes. En el Derecho del Bajo Imperio se retorna a la autoridad familiar sobre el matrimonio. Esta orientación se manifiesta en el uso cada vez más extendido de los sponsales, a los que se dota de una enérgica protección jurídica y en los que el padre tiene la mayor intervención; en la necesidad de cumplir la voluntad de éste aun después de su muerte y la más grave sanción que se impone al delito de raptó. Pero el fenómeno más característico es el sometimiento a esa autoridad incluso de las personas emancipadas, y el que ya no sea sólo el *pater familias*, sino un círculo familiar más amplio, el que se llama a otorgar el consentimiento.

Las causas de esta transformación se sitúan por Meynal en el proceso de conjunto de las condiciones sociales del Bajo Imperio, considerándola como una modalidad del fenómeno general de inmovilización y adscripción de los bienes y las personas en esa época. Hay una inseguridad que hace aumentar el espíritu de conservación. Las familias tratan de evi-

* MEYNAL, *Le Mariage après les invasions*. «Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger». París, 20-1896, 514 ss., 737 ss.

tar que por un matrimonio impremeditado se pongan en peligro los bienes y la condición de sus miembros, en un tiempo de rígida jerarquía social y de honda diferenciación económica. Se atiende más a los intereses colectivos de la familia o del Estado, que a la libertad individual. De aquí la participación que se da en el matrimonio de los hijos a sus presuntos herederos y a las autoridades públicas: el Gobernador de la Provincia o el Emperador.

Al lado de estas causas, indica Meynal otra, también característica de la época, como es el resurgir de concepciones y prácticas provinciales, que van siendo admitidas por el propio Derecho romano. Refiriéndose concretamente a la intervención de la madre, dice: «La legislación imperial no es, acaso, más que la legitimación de costumbres provinciales que por fin han recibido el Derecho de ciudadanía en Roma. Estos usos quedaron en la sombra, en tanto duró el movimiento de liberación de los hijos, del que el período clásico nos da la imagen. Pero aparecieron desde que se dió en el Bajo Imperio una autoridad creciente a la familia» (p. 744).

EXAMEN DE LAS FUENTES

I. DERECHO ROMANO DE LOS VISIGODOS

1) El Breviario de Alarico recoge en primer término un texto atribuido a Paulo¹, según el cual los hijos de familia no pueden contraer matrimonio legítimo sin el consentimiento del padre; pero, en favor de la prole, el contraído no podrá ser disuelto. El insigne profesor Paulo Merea (en su monografía a que más adelante hemos de referirnos*), indica lo poco probable de que el texto transmitido por el Breviario figure en el original de las *Pauli Sententiae*, y que aunque figurase, no tendría el sen-

¹ Lex Rom. vis. 2, 20, 2. PAULI SENT: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed contracta non solvuntur: contemplatione enim publicae utilitatis privatorum commoda praeferuntur.

INTERPRETATIO: Viventibus patribus inter filios familias sine voluntate patrum matrimonia non legitime copulantur: sed si coniuncta fuerint, non solvuntur: quia ad publicam utilitatem antiquitas pertinere decrevit, ut procreandorum liberorum causa coniunctio facta non debeat separari.

* PAULO MEREIA, *Sobre o casamento «sine consensu parentum» no Direito visigótico*. Coimbra, 1948, Sep. de «Bol. Fac. Direito», 24.

tido que allí se le atribuyó. Alude a la posible interpolación y supone que lo que diría el texto clásico es que el casamiento de los hijos de familia no podía ser disuelto por el *pater*. En su última forma, dice claramente que los casamientos celebrados sin el consentimiento del padre no pueden ser anulados. El obtener eso mismo es lo que Meynal muestra como una conquista de la jurisprudencia clásica, conquista que por lo demás no ha sido desvirtuada ni en la fase más aguda del retorno a la intensificación del poder familiar, propio del Bajo Imperio. Aceptando la tesis de este autor, no es necesaria la explicación de Levy (reseñada en Merea, *O casamento*, 18) acerca de la transformación que refleja el paso del supuesto Paulo clásico al Paulo visigodo: a saber, que la idea de que el padre pudiese disolver el matrimonio contraído con su consentimiento ya no era aceptable, ante la decadencia de la *patria potestas*; lo que el mismo Levy complementa con el argumento de la influencia germánica (muy dudosa; confróntese Merêa, *O casamento*, 28-29, n. 58) favorable a no considerar nulo ni anulable el matrimonio contraído sin consentimiento paterno. Merêa sitúa en el siglo IV el texto transmitido, y afirma que presupone una concepción vulgar, favorable a esos casamientos y dispuesta a considerarlos inatacables. Prescindiendo de la cuestión de su origen clásico o no, tiene interés el hecho de que el compilador del Derecho imperial haya conservado ese texto, cuando acepta la masa de constituciones que revigorizaban la autoridad familiar; nunca hasta el extremo de considerar anulables los matrimonios contraídos desconociéndola. En otro sentido, todavía el conservar la disposición en lo que tiene de favor al *pater familias*, indicaría que las leyes Julias no habían afectado al Derecho provincial. O bien es un dato más que confirma la caída en desuso de esas leyes, que se produce en el siglo IV (Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, ed. esp., 390). Puede ser una adaptación a la mayor amplitud del círculo familiar llamado a dar el consentimiento, el que la Interpretatio, que recoge el precepto como propio del Derecho antiguo (*antiquitas*), aluda a la voluntad de los padres, en plural, en vez de a la del *pater familias*, como hace el texto.

2) La constitución de Constantino, 322², se refiere a los esponsales

² *Cod. theod.*, 3, 5, 5 (= *Breviario*, 3, 5, 4): Patri puellae aut tutori aut curatori aut cuilibet eius adfini non liceat, cum prius militi puellam desponderit, eandem alii in matrimonium tradere. Quod si intra biennium, ut perfidiae reus in insulam relegatur. Quod si pactis nubtiis transcurso biennio qui puellam desponderit alteri eandem sociaverit, in culpam sponsi potius quam puellae referatur, nec quicquam noceat ei, qui post biennium puellam marito alteri tradidit.

INTERPRETATIO: Si quis aut privatus aut militans, post quam sponderit, cum

de la *puella*, suponiéndose que puede otorgarlos el padre, el tutor, etc. A los mismos les está prohibido entregarla en matrimonio a otro. La *Interpretatio* menciona en el último lugar a los *propinqui*, cuya aparición en otras constituciones es considerada por Meynal (*Le mariage*, 745) como significativa.

3) Otra constitución, de 380³, se refiere también a los esponsales verificados por el padre, la madre, el tutor o algún otro. La *Interpretatio* precisa la referencia a *aliquis ex propinquis*.

4) La eficacia de los esponsales otorgados por el padre, cuando muere antes de celebrarse el matrimonio, es declarada por una constitución de 422⁴. Se mira, sobre todo, a que el tutor o el curador puedan idear otro compromiso en perjuicio de los intereses de la pupila. La *Interpretatio* atiende más a la misma muchacha, a la que no estará permitido incumplir la voluntad del padre, y, al mismo tiempo, amplía, con la madre y los *propinqui*, el círculo de personas que podrían apoyarla en esa actitud.

patre, tutore vel curatore puellae vel propinquis de puellae coniunctione definierit, debet post definitionem intra biennium nuptias celebrare. Quod si tarditate aut negligentia sponsi biennii tempus excesserit et alio viro se puella coniunxerit, absoluta erit a calumnia vel ipsa vel quicumque suorum eam tradiderit, quia culpa est illius, qui differendo coniunctionem suam alteri nubendi locum patefecit. Nam si intra biennium data fuerit, quid observetur, evidentius sequenti lege cognoscitur.

³ C. T., 3, 5, 11 (= Brev., 3, 5, 6). Patri matri tutori vel cuicumque ante decimum puellae annum datis sponsalibus quadrupli poenam remittimus, etsi nuptiae non sequantur.

INT.: Pater vel mater puellae aut, si pater defuerit, tutor, curator vel aliquis ex propinquis si, antequam decimum annum puella contingat, de nuptiis pacti fuerint et sponsalia susceperint...

⁴ C. T., 3, 5, 12 (= Brev., 3, 5, 7). Si pater pactum de filiae nuptiis inierit et humana sorte consumptus ad vota non potuerit pervenire, id inter sponsos firmum ratumque permaneat, quod a patre docebitur definitum, nihilque permittatur habere momenti, quod cum defensore, ad quem minoris commoda pertinebunt, docebitur fuisse transactum. Periniquum est enim, ut contra patriam voluntatem redempti forsitan tutoris aut curatoris admittatur arbitrium, cum plerumque etiam ipsius feminae adversus commoda propria inveniatur laborare consilium.

INT.: Ubi de coniunctione filiae patriis sententia fuerit definitum, si humano casu, antequam puella iungatur, mortuus fuerit pater, mutari placitum nulla poterit ratione, nec habebit puella licentiam aliud faciendi, etiam si mater tutor aut curator vel propinqui alium voluerint fortasse suscipere, quam pater elegit, sed patris promissio circa sponsum, quem ipse suscepit, firma permaneat nec ipsi puellae suo consilio contra voluntatem patris aliud velle ulla ratione permittetur.

5) Asimismo la constitución de 371⁵ tiende a reforzar la autoridad del padre, que ahora intervendrá también en las segundas nupcias de su hija viuda menor de veinticinco años. La *Interpretatio* la refuerza incluso frente a otros amigos y familiares que pudieran aconsejar a la viuda. La oposición entre la viuda y estos parientes, a los que corresponde otorgar el consentimiento en defecto del padre, se resuelve con la intervención de la autoridad judicial, que favorecerá el matrimonio honesto y conveniente querido por aquélla. Los parientes acaso pueden impedir unas honestas nupcias por el deseo de heredar a la mujer; en este caso se les priva de la capacidad para adquirir la herencia. Como indica Meyna! (*Le mariage*, 743), esta reglamentación se ha iniciado para la clase senatorial; la *Interpretatio*, lo mismo que su inclusión en el Código justiniano, reflejan la generalización del principio.

6) La constitución de 380⁶, que impone penas a los magistrados que

⁵ C. T., 3, 7, 1 (= Brev., 3, 7, 1). Viduae intra vicesimum et quintum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias non sine patris sententia conveniant aut in obpugnatione. Cessent itaque sequeres atque interpretes, taciti nuntii renuntiique corrupti. Nuptias nobiles nemo redimat, nemo sollicitet, sed publice consulatur ad finitas, adhibeatur frequentia procerum. Quod si in condicionis delectu mulieris voluntas certat sententiae propinquorum, placet ammodum, ut in pupillarum coniunctionibus sanctum est, habendo examini auctoritatem quoque iudicariae cognitionis adiungi, ut, si pares sunt genere ac moribus petitores, is potior aestimetur, quem sibi consulens mulier adprobaverit. Sed ne forte hic, qui gradu proximo ad viduarum successiones vocantur, etiam honestas nuptias impediunt, si huius rei suspicio processerit, eorum volumus auctoritatem iudiciumque succedere, ad quos, etiamsi fatalis sors intercesserit, tamen hereditatis commodum pervenire non possit.

INT.: Viduae intra vicesimum et quintum annum si fuerint constitutae adhuc vivis patribus, tametsi emancipatione adquisierint libertatem, si ad secundas nuptias venire voluerint, noverint coniunctionem suam in patrum potestate, non in propria voluntate consistere, et eorum electioni, non quorumcumque amicorum aut familiarum sequendum esse consensum. Si vero patres mortui sunt, nec sic quoque ex suo singulariter arbitrio nubendi habeant potestatem, sed pro honestate coniunctionis iudicium sequendum est propinquorum. Quod si duo petitores extiterint, consulendi sunt quidem parentes, nec praetermittendus est etiam iudex, qui voluntatem feminae pro honestiore dumtaxat parte prospiciat. Nec illis tantum propinquis praestet ad sensum, qui suspicione hereditatis utuntur, qui forte, dum nuptias differunt, pro successione hereditatis mulieris mortem expectare videntur: sed illorum magis, si talis condicio intercedit, electio sequenda est, qui nihil possunt de ipsius hereditate conquirere.

⁶ C. T., 3, 11, 1 (= Brev., 3, 11, 1). Si quis ordinaria vel qualibet praeditus potestate circa nuptias invitis ipsis vel parentibus contrahendas, sive pupillae sive apud patres virgines sive viduae erunt sive iuris sui viduae, denique cuiuscumque

abusan de su poder para obligar a que se contraigan matrimonios no queridos por los interesados, comprende en éstos los parientes de las doncellas y las viudas *sui iuris*. Es la única referencia a la voluntad de los parientes sobre el propio matrimonio. Todos los preceptos anteriores, conforme a lo explicado por Meynal, nos muestran que la creciente intervención familiar de los parientes en el matrimonio de las hijas se realiza a través de los esponsales.

La serie de constituciones sobre el raptó nos lleva directamente al lugar en que se desarrolla la oposición entre la voluntad de la muchacha y la de sus parientes, cuando aquélla prefiere seguir a su raptor.

7) La más importante es la de Constantino, 320⁷, antes de la cual

sortis, occasione potestatis utatur et minacem favorem suum invitis is, quorum utilitas agitur, exhibere aut exhibuisse detegitur, hunc et multae librarum auri decem obnoxium statuimus et, cum honore abierit, peractam dignitatem usurpare prohibemus...

INT.: Si aliquis de his iudicibus, qui provincias administrant, vel etiam his, quibus civitates vel loca commissa sunt, per potentiam invitis parentibus virgines aut etiam viduas, si sui iuris sint, per potestatem ad nuptias suas addixerint, aut si pupillae sint, et earum utilitatibus obviantes per terrorem aut per quorumcumque concludium addicantur, ut his personis, de quibus loquitur, invitae iungantur...

⁷ C. T., 9, 24, 1 (= Brev., 9, 19, 1). Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit patrociniū ex eius responsione sperans, quam propter vitium levitatis et sexus mobilitatem atque consili a postulationibus et testimoniis omnibusque rebus iudicialibus antiqui penitus arceuerunt nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur. Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse argitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur. Et si voluntatis adsensio detegitur in virgine, eadem qua raptor severitate plectatur, cum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, cum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint et, si fores raptoris frangerentur audacia, vicinorum opem clamoribus quaerere seque omnibus tueri conatibus. Sed his poenam leviolem inponimus, solamque eis parentum negari successionem praecipimus. Raptor autem indubitate convictus si appellare voluerit, minime audiatur. Si quis vero servus raptus facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, Latinitate donetur aut, si Latinus sit, civis fiat Romanus: parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem conpresserint, deportatione plectendis. Participes et ministros raptoris citra discretionem sexus eadem poena praecipimus subiugari, et si quis inter haec ministeria servilis conditionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus.

INT.: Si cum parentibus puellae nihil quisquam ante definiat, ut eam suo debeat

el rapto no era castigado como delito autónomo. Indica el profesor Merêa (*O casamento*, 20, nota 39) que la propia ley nos dice cómo era grande la complacencia para con las hijas de familia raptadas, lo que llevaba a dejar sin castigo a las conniventes en el rapto. Acaso la realidad social a la que esta ley pretende oponerse sea un factor digno de tenerse en cuenta al apreciar el desarrollo del Derecho ulterior.

La ley inicia su planteamiento con una clara alusión al modo normal de procederse en el matrimonio: El raptor nada ha hablado con los padres de la muchacha. Entonces se supone que la ha raptado contra su voluntad, pero, no obstante, con la finalidad de convencerla, lo que sería fácil, dada la debilidad del sexo. No solamente no le servirá la respuesta favorable de la muchacha, sino que ésta misma «será empeñada en la sociedad del crimen». A continuación se castiga gravísimamente a los criados que favoreciesen el rapto. La *Interpretatio* incluye también como posibles favorecedores a amigos y parientes.

A la raptada contra su voluntad se le exige que «pida con clamores el auxilio de sus vecinos», para que éstos puedan librarla del raptor. De otro modo le será denegada la herencia de sus padres.

En el orden procesal el raptor sufre una grave limitación; no se le permite apelar, sino que se le aplica la pena en cuanto está convicto. La finalidad pública de la ley tiene aún otro importante efecto. El siervo que ha participado en la preparación del rapto, pero luego lo denuncia, ganará la ciudadanía. Los parientes, a los que mayormente interesaría la vindicta, serán castigados con deportación si soportan pacientemente la injuria. La *Interpretatio* ha combinado estos dos elementos: Si el raptor y los parientes de la muchacha se pacifican y, como consecuencia, se omite

coniugio sociare, et eam vel invitam rapuerit vel volentem, si raptori puella consentiat, pariter puniantur. Si quis vero ex amicis vel familia aut fortasse nutrices-puellae consilium raptus dederint, aut oportunitatem praebuerint rapiendi, liquefactum plumbum in faucibus et in ore suspiciant, ut merito illa pars corporis concludatur, de qua ornamenta sceleris ministrata noscuntur. Illae vero, quae rapiuntur invitae, quae non vocibus suis de raptore clamaverint, ut vicinorum vel parentum solacio adiutae liberari possent, parentum suorum eis successio denegetur. Raptori convicto appellare non liceat, sed statim inter ipsa discussionis initia a iudice puniatur. Quod si fortasse raptor cum puellae parentibus paciscatur et raptus ultio parentum silentio fuerit praetermissa, si servus ista detulerit, Latinam percipiat libertatem, si Latinus fuerit, civis fiat Romanus. Parentes vero, qui raptori in ea parte consenserint, exilio deputentur. Qui vero raptori solacia praebuerint, sive virum sive feminae sint, ignibus concrementur.

la venganza, el siervo que acusase el crimen recibirá el beneficio civil. Y los parientes que así se convinieren con el raptor serán deportados.

El interés mayor de esta constitución está en esa realidad social descrita con expresiones no ya semejantes, sino idénticas, a las que se emplearán en los textos del Derecho popular.

8) La constitución de 354⁸ es Derecho especial referente al rapto de las monjas. No le valdrá al raptor alegar el subsiguiente asentimiento de la raptada. La *Interpretatio* atiende ya a ese acuerdo entre ambos, posterior al rapto, para declararles incurso en pena.

9) La proximidad entre el rapto y el matrimonio nos la muestra más claramente una constitución de 364⁹, que castiga no ya el rapto, sino simplemente el matrimonio atentado con una religiosa. Aunque la condición especial de ésta quita valor general a la constitución, puede ser aún significativo el tratamiento penal que se da a un matrimonio sin rapto.

II. DERECHO VISIGODO

10) En la legislación visigoda se encuentra la regulación directa sobre el consentimiento familiar en el matrimonio, por lo que puede prescindirse de testimonios que aluden incidentalmente a la participación de la familia en la preparación o realización del mismo, como la ley que deroga la prohibición de matrimonios mixtos¹⁰. (Cfr. García Gallo, *Nacionalidad y Territorialidad*, «Anuario», XIII, 198; Zeumer, *Historia**, 213.)

⁸ C. T., 9, 25, 1 (= Brev., 9, 20, 1). Eadem utrumque raptorem severitas feriat nec sit ulla discretio inter eum, qui pudorem virginum sacrosanctarum et castimoniam viduae labefactare scelerosi raptus acerbitate detegitur. Nec ullus sibi ex posteriore consensu valeat raptae blandiri.

INT.: Quicumque vel sacratam deo virginem vel viduam fortasse rapuerit, si postea eis de coniunctione convenerit, pariter puniantur.

⁹ C. T., 9, 25, 2 (= Brev., 9, 20, 2). Si quis non dicam rapere, sed vel attemptare matrimonii iungendi causa sacratas virgines vel viduas ausus fuerit, capitali sententia ferietur.

¹⁰ Lex vis., 3, 1, 1. *Ut tam Goto Romana, quam Romano Gotam matrimonio liceat sociari: Ut tam Gotus Romanam, quam etiam Gotam Romanus si coniugem habere voluerit, premissa petitione dignissimam, facultas eis nubendi subiaceat, liberumque sit libero liberam, quam voluerit, onesta coniunctione, consultum perquirendo prosapie sollemniter consensu comite, percipere coniugem.*

* KARL ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*. Trad. Clavería. Fac. Derecho de Barcelona, 1944.

11) La ley de Chindasvinto sobre los espensales¹¹ (Zeumer, *Historia*, 217) indica que pueden celebrarlos los propios contrayentes, sus padres o sus propinquos. En realidad; estas leyes y otras aluden genéricamente a la intervención familiar sin discernir el modo y el orden con que se verifica.

12) A ellas pueden asimilarse las Fórmulas visigodas¹², que aluden al consentimiento de la propia esposa junto al de sus padres. En la 14 se menciona además la intercesión de «las personas nobles y de los hombres bien nacidos». Sólo en la 20, sumamente retórica, se habla de los padres de ambos esposos, pero no precisando su consentimiento, sino su complacencia. Es indudable que alguna de estas Fórmulas refleja la aplicación del Derecho romano. (Cfr. García Gallo, *Nacionalidad y Territorialidad*, 245.)

13) Una *antiqua*¹³ declara el derecho del padre a prometer a su hija.

¹¹ L. V., 3, 1, 3. *De non revocandis datis arris*: ...Ut, cum inter eos, qui disponendi sunt, sive inter eorum parentes aut fortasse propinquos pro filiorum nuptiis coram testibus precesserit definitio...

¹² Fórmula visigoda 14: ...Consentienti parentum tuorum animo teque praebenti consensum intercedentibus nobilibus atque bene natis viris, te mihi in coniugium copularem...; 15. *Dote Puellae*: ... donationis semperque future coniunctionis causa fieri legum solemnitas, et Iulia decreuit autoritas ideo patrocinante Deo parentum tuorum tuusque consensus accessit, vt petitam te mihi coniugen copularem...; 17. *Idem*: ...concinenter animo parentum et continuo Deo propitio ventura mihi sis in coniugio...; 18. *Idem*: Nuptiarum solemnium festa petitio... Tunc magnum sui obtinet complementum dum communium electione parentum perficitur; 20 (Dotis formula exametris conscripta): «...Ut quia nostrorum placuit haec causa parenti...».

¹³ Lex vit., 3, 1, 2. *Si puella contra voluntatem patris alio nubat, cum sit alteri disponata*. Si quis puellam cum voluntatem patris sponsatam habuerit, et ipsa puella, contemnens voluntatem patris, ad alium tendens, patri contradicat, ut illi non detur, cui a patre fuerit pacta, hoc ita eam nullo modo facere permittimus. Quod si ipsa puella contra voluntatem paternam ad alium, quem ipsa cupierat, forte pervenerit, et ipse eam uxorem habere presumserit, ambo in potestatem eius tradantur, qui eam cum voluntate patris sponsatam habuerat. Et si fratres vel mater eius aut alii parentes male voluntati eius consenserint, ut eam illi traderent, quem ipsa sibi contra paternam voluntatem cupierat, et hoc ad effectum perduxerint, illi, qui hoc macinaverunt, libram auri dent cui rex iusserit: sic tamen, ut voluntas eorum non habeat firmitatem, sed ipsi, sicut superius diximus, ambo tradantur cum omni substantia sua illi, cui antea fuerat disponata. Eandem legem precipimus custodiri, si pater de filiae nuptiis definierit et de pretio convenerit, hac si ab hac vita transierit, antequam eam pater suus nuptui tradat, ut illi puella tradatur, cui a patre vel a matre pacta constiterit.

Cfr. sobre esta ley, con bibl. P. MERA, *O poder paternal na legislação visigótica*. «Bol. de Coimbra», XV, 1939, 302.

Se prohíbe terminantemente a la muchacha así prometida que, «inclinada a otro», contradiga a su padre, no queriendo contraer el matrimonio. ¿Hasta dónde llega la prohibición de contradecir? La misma forma de expresarse la ley revela que su consentimiento es necesario para contraer efectivamente el matrimonio. Acaso se permite toda presión sobre su voluntad, desconociéndose el vicio que afecta a la misma cuando se obtiene de ese modo. Hasta ahí se contempla el supuesto de que la hija se oponga al matrimonio prometido por su padre.

Quod... si contra la voluntad paterna, «ad alium —al que quería— pervenerit» y éste «eam uxorem haberem presumserit», Zeumer (*Historia*, 241) supone que se ha celebrado el casamiento; no es imposible que se trate de otra unión. Entonces ambos cónyuges son puestos en la potestad del antiguo *novus*. Si los parientes han consentido en esta segunda unión y han entregado a la muchacha, son multados y el matrimonio, con sus bienes, es puesto igualmente en aquella potestad. Explica por qué se hace esto: «para que la voluntad de los rebeldes no tenga firmeza». Podría entenderse aquí que el matrimonio atentado no tendría validez; pero más fácil es que se dirija a una situación de hecho, expresando algo semejante a «para que no se salgan con la suya». En favor de que la ley se refiere a un matrimonio, aunque ilegítimo, está el hecho de que si la muchacha actúa sola, se menciona la intención del hombre de tenerla por su mujer, y que si le ayudan los parientes, éstos otorgan el consentimiento y la entregan. Pero, en todo caso, la ley no se ocupa aquí de regular las consecuencias del matrimonio celebrado sin consentimiento de los parientes, sino las del que quebranta anteriores esponsales. Se continúa, pues, la tendencia romana de favor a los esponsales, sometidos principalmente a la familia.

14) Al establecerse en una ley de Recesvinto¹⁴ la obligación de contraer el matrimonio dentro de los dos años siguientes a la celebración de los esponsales, se admite como excepción que se pongan de acuerdo o bien los parientes de los esposos o bien ellos mismos, si son de edad. Se trata de la ejecución del contrato de esponsales, ya perfeccionado, en lo que el mutuo acuerdo ulterior sólo afecta a un aplazamiento. Carece.

¹⁴ L. v., 3, 1, 4. *Ne viris minoris etatis maiores femine disponentur. ...A die vero sponsionis usque ad nuptiarum diem non amplius quam biennium expectetur, nisi aut parentum aut cognationis vel certe ipsorum sponsorum, si profecte sunt iam etatis, honesta et conveniens adfuerit consensio voluntatis...*

pues, de interés para el problema del consentimiento familiar, sobre todo frente a las normas directas que a continuación se examinan.

El derecho del padre, en primer lugar, a disponer de los esponsales de la hija, sólo se expresa indirectamente en la ley antes citada y en las 3, 1, 6 que lo presentan como parte contratante, con el derecho de exigir el importe de la dote (Zeumer, *Historia*, 214).

De la mayor importancia son las dos leyes, también antiguas, que siguen como consecuencia lógica al derecho del padre, sobreentendido en ellas.

15) La primera¹⁵, de un modo genérico, esto es, sin distinguir entre esponsales y nupcias, atribuye a la madre la potestad sobre el matrimonio de los hijos, cuando el padre ha muerto. Si la madre muere o se casa otra vez son los hermanos los que eligen un novio digno para la hermana. Siendo menores de edad los hermanos, la potestad pertenece al tío. Siendo mayores, disponen de su propio matrimonio y del de su hermana. Pero tanto el tío como los hermanos deberán ponerse de acuerdo con los parientes para tratar del matrimonio de la huérfana.

16) La segunda¹⁶ se concreta al ejercicio de la potestad por los hermanos que impiden el matrimonio de su hermana con la malévolá inten-

¹⁵ L. V., 3, 1, 7. Patre mortuo utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat; matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant, cui dignius puer vel puella iungatur. Quod si fratres eius etatis non fuerint, ut eorum iudicio debeat germanus aut germana committi, tunc patruus de coniunctione eorum habeat potestatem. Certe si germanus iam adulescentie habet etatem et proximorum renuit sollicitudinem, sit illi potestas condignam sibi coniunctionis querere copulam. De puella vero, si ad petitionem ipsius his, qui natalibus eius videtur equalis, accesserit petitor, tunc patruus sive fratres cum proximis parentibus conloquantur, si velint suscipere petitorum, ut aut communi voluntate iungantur, aut omnium iudicio denegentur.

¹⁶ L. V., 3, 1, 8. Si fratres nuptias puelle differant, aut si puella impudice nuptias presumat. Si fratres nuptias puelle sub ea conditione suspendant, ut ad maritum illa confugiens, iuxta legem portionem inter fratres suos de bonis parentum non possit accipere, et bis aut tertio removerint petitorum: puella, que, fratrum calliditate prespecta, maritum natalibus suis equalem crediderit expetendum, tunc integram a fratribus, que ei de parentum hereditate debetur, percipiat portionem. Quod si rursus nihil fratres contra sororem meditentur adversum et idcirco morrentur, ut sorori provideant digniorem, et illa honestatis sue oblita, persone sue non cogitans statum, ad inferiorem forte maritum devenerit, portionem suam, sive divisam sive non divisam, quam de facultate parentum fuerat consecutura, amittat. In fratrum vero et sororum vel aliorum parentum hereditatem ingrediendi ei concedimus potestatem.

ción de que ella se decida a casarse sin su asentimiento, perdiendo la herencia del padre en beneficio de ellos. La ley autoriza a la muchacha que ha visto rechazados el segundo y el tercer pretendiente a que se case con uno de su igual condición. Sólo será desheredada si el elegido es de condición inferior. Creo que no es decisiva la buena o mala voluntad de los hermanos, que hace dudar a Zeumar (*Historia*, 215) en la interpretación de este precepto, sino únicamente el número de rechazados y la calidad del marido.

17) De la *antiqua* que regula las relaciones de patrocinio y su carácter hereditario se conserva la forma en que se hallaba en el Código de Eurico¹⁷. Según éste, la hija del bucelario quedará en la potestad del patrono, quien la proporcionará un su igual para matrimonio. En el *Liber* se ha añadido una condición: que el bucelario al morir no deje también un hijo. Ya hizo notar esta corrección Sánchez Albornoz (*Behetrías*, ANUARIO, I, 1924, 185, n. 23). Significa, según creo, que si la huérfana tiene un hermano, la potestad no pasa al patrono, sino a aquél, conforme al régimen normal. Si la huérfana que está en potestad del patrono elige un marido distinto del preferido por él, todo lo que recibió por razón de patrocinio debe ser devuelto. El *Liber* ha añadido un matiz: que ese elegido sea un inferior. ¿Podrá elegir libremente, aun contra la voluntad del patrono, a un igual? Esta corrección se ha podido introducir mirando a lo dispuesto en 3, 1, 8, como la anterior a 3, 1, 7 (notas 15 y 16), sin reproducir todo el detalle de esta ley, pero no concediendo de otro modo que como en ella se regula la libertad de casarse la muchacha con uno de su clase. O bien la ha liberado aún más, permitiéndola aquí ese matrimonio en todos los casos. Parece más verosímil la primera hipótesis.

¹⁷ Código de Eurico, 310: ...et si filiam reliquerit, ipsam in patroni potestate manere iubemus; sic tamen, ut ipse patronus aequalem ei provideat, qui eam sibi possit in matrimonium sociare. Quod si ipsa sibi contra voluntatem patroni alium forte elegerit, quidquid patri eius a patrono fuerit donatum vel a parentibus patroni, omnia patrono vel heredibus eius restituat.

Lex. vis., 5, 3, 1. Si his, qui in patrocinio constitutus est vel filii eius patronum aut filios patroni relinquunt. ...Quod si bucellarius filiam tantummodo reliquerit et filium non reliquerit, ipsam in potestate patroni manere iubemus; sic tamen, ut ipse patronus equalē provideat, qui eam sibi possit in matrimonium sociari; et quidquid patri vel matri eius fuerat datum, ad eam pertineat. Quod si ipsa sibi contra voluntatem patroni inferiorem forte elegerit, quidquid patri eius a patrono fuerit donatum vel a parentibus patroni, patrono vel heredibus eius restituitur.

18) De sumo interés es la *antiqua* que se refiere al matrimonio contraído sin el consentimiento de los padres¹⁸. Zeumer (*Histcra*, 238) supone que la doncella ha ido ya a la casa de un hombre para ser su mujer; la ley mandaría que, antes de empezar la vida marital, obtuviera el consentimiento del padre de la doncella. Köstler (*Die Väterliche Ehebewilligung**, 42) utiliza la ley para mostrar la diferencia entre el rapto (*Raube*) y la simple conducción (*Entführung*); en ésta es la propia muchacha la que viene hacia el hombre (*ad quemlibet ingenuum venerit*).

Recientemente, el profesor Paulo Merêa (*O Casamento*, 8 y ss.) vuelve sobre esta ley, revisando las opiniones de los germanistas, según los cuales refleja un matrimonio por conducción, en el que, a diferencia del matrimonio legítimo por compra, la hija quedaba en potestad de los padres (*in parentum potestate consistat*), e sea que éstos no transmitían el mundio al marido. El gran maestro, en esta notable monografía de su serie renovadora de los estudios sobre el Derecho visigodo, se aparta de esa opinión, a la que antes se había adherido, rechazando ahora que exista en el matrimonio visigodo una transferencia del mundio (doctrina sólo elaborada a base del Derecho longobardo**), y, por lo tanto, que se pueda hablar en aquél de un matrimonio sin mundio (*Friedelehe*). Observa que no se trata de un rapto consentido, sino de la hija que sale de la casa paterna para ligarse al hombre que prefiere, identificando esta situación con la que otros Derechos designan «*si puella ad maritum am-*

¹⁸ Lex vis., 3, 2, 8. *Si absque voluntate parentum mulier ingenua marito se coniungat ingenuo. Si puella ingenua ad quemlibet ingenuum venerit in ea conditione, ut eum sibi maritum adquirat, prius cum puelle parentibus conloquatur; et si obtinuerit, ut eam uxorem habere possit, pretium dotis parentibus eius, ut iustum est, impleatur. Si vero hoc non potuerit obtinere, puella in parentum potestate consistat. Quod si absque cognitione et consensu parentum eadem puella isponte fuerit vito coniuncta, et eam parentes in gratia recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat, pro eo quod sine voluntate parentum transierit pronior ad maritum. Nam de rebus suis si aliquid ei parentes donare voluerint, habeant potestatem; ipsa quoque de donatis et profligatis rebus faciendi quod voluerit libertatem habebit.*

* RUDOLF KÖSTLER, *Die väterliche Ehebewilligung. Eine Kirchenrechtliche Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage*, en «*Kirchenrechtliche Abhandlungen*, hg. U. Stutz», 51, 1908.

** KÖSTLER estudia el matrimonio por robo y por conducción en los que el mundio no se transmite, según los Derechos longobardo y franco, en *Muntgewalt und Ehebewilligung in ihrem Verhältnis zu einander nach langobardischem und nach fränkischem Recht*. «*ZSS Germ.*», 29, 1908, 78 ss.

bulaverit» (Lex Burgundicorum, XII, 4; Edictum Rotharii, 188). Hace notar que en este caso el padre de la mujer no tiene —como tiene en otras leyes germánicas— el derecho de exigir al marido el pago de una pena pecuniaria, ni en el caso de no haberse dirigido a los padres de la mujer (*absque cognitione parentum*), como en el supuesto regulado por 3, 4, 7 (vid. infra). Supone que esta diferencia se debe a que en la ley que nos ocupa no hay una ofensa suficientemente grave a la dignidad de la familia, como sí la hay en esa otra ley. Concluye que la 3, 2, 8 nos muestra un casamiento ilegítimo, no *Friedelehe* ni matrimonio inferior, ya que se trata de una unión con los mismos efectos que el matrimonio legítimo, aparte la ausencia de dote. «Lo que la ley quiso decir es que, faltando el consentimiento paterno la hija no queda (como quedaría si fuese regularmente desposada) emancipada del poder paternal, o, en otras palabras, que el casamiento no es francamente reconocido, sino simplemente tolerado.» Finalmente da una traducción *ad sensum* de la ley: «Se uma filha-família de condição livre abandonar a casa paterna para se ir juntar a um homem da mesma condição no intuito de com ele casar deve o homem em questão, antes de consumada a união, procurar os pais da donzela e, se obtiver a anuência destes, entregarlhes o dote, conforme manda a lei; aliás, deverá a filha continuar, como até então, sob o poder dos seus pais. [Estes não têm, em todo o caso, o direito de a reclamar, e apenas, como sanção da infracção dos seus deveres de filha], a mulher que assim se casar sem o consentimento paterno, estará inibida de suceder, com seus irmãos, nos bens dos pais.»

Al interpretar esta ley se han tomado conjuntamente las dos partes que en ella separa la partícula *Quod*, considerando que en la segunda se explican y amplían las consecuencias del acto descrito en la primera. *Quod* si esa misma muchacha, sin conocimiento ni consentimiento de los padres se une a un hombre y los padres no la quieren perdonar, no heredará con sus hermanos en los bienes de sus padres, porque sin la voluntad de éstos *transierit promior ad maritum*. Si los padres han negado el consentimiento (*si hoc non potuerit obtinere*) y, no obstante, se verifica o no se mantiene la unión, sería lo mismo que si la doncella *fuerit viro coniuncta* sin consentimiento o sin conocimiento de los padres.

Pero ese *Quod* puede querer indicar, como hace en 3, 1, 2 y 3, 3, 7 (ns. 13 y 23), que se regula algo del todo distinto. Las consecuencias serían diferentes para cada uno de los dos casos: para el primero, un poco claro *in parentum potestate consistat*; para el segundo, la conse-

cuencia normal del matrimonio de la muchacha sin consentimiento familiar, o sea, ser desheredada.

Supongamos que el *Quod si eadem puella* se refiere a que ésta ha tenido una conducta distinta en el primero y en el segundo supuesto de la ley. En el segundo estaría claro: *fuert viro coniuncta*, se ha unido en matrimonio. En el primer supuesto el asunto no está tan claro: *ad ingenuum venerit*. Esto, evidentemente, indica un paso de la doncella hacia el hombre. Pero Köstler se fijaba en la disposición de su voluntad, que diferencia la simple conducción y el raptó, mientras que los demás intérpretes traducen: la doncella ha entrado en la casa del hombre. Este detalle creo que no es absolutamente imprescindible. Lo esencial es que se ha puesto, respecto al hombre, en tal situación que lo va a tomar por marido; por ejemplo: que «se ha puesto en relaciones». No sé hasta qué punto sería lícito leer la frase en esta forma: «venerit in ea condicione... con un libre» (*ad virum se coniungere* se lee en 3, 3, 2, nota 21), de tal manera que pudiera tratarse de un simple acuerdo entre ambos, sin necesidad de que se verificase la conducción o, mejor dicho, la marcha efectiva de la muchacha. El «*ad ingenuum venerit*» sería algo sólo un poco más grave que el «*ad alium tendens*» de la 3, 1, 2 (nota 13). Al menos así lo ha entendido el traductor del Fuero Juzgo, que sustituye el ampuloso rodeo del texto visigodo por esta expresión directa: «si la mujer libre quiere casar con hombre libre», lo que es ciertamente distinto de marchar a su casa y desde allí pedir el consentimiento.

Nuestra suposición es que, puestos la doncella y el hombre de acuerdo, en unas relaciones privadas, el pretendiente (no el marido, como dice el Fuero Juzgo, que en este punto no apoya esta hipótesis, sino la de que hay matrimonio), se dirige a los padres para «hablar con ellos». (Zeumer dice que *prius* se refiere al comienzo de la vida marital, lo que no está en el texto, donde se puede entender: *prius* que *sibi maritum adquirat*.) Si los padres acceden, el novio paga el precio de la dote. Si no acceden, la doncella permanece en la potestad del padre y no hay en absoluto matrimonio, ni con mundo ni sin él. Si, contrariando la negativa de los padres, se casan, ella es desheredada. Las consecuencias son las mismas, si el matrimonio se verifica no contra la voluntad de los padres, sino simplemente sin contar con ellos, que lo desconocen (*absque cognitione*).

Siendo forzoso que el legislador se haya referido a la marcha efectiva de la doncella con el hombre, aún creo que se puede evitar la necesidad de que exista matrimonio en este caso. La ley dice: «si no pudiere ob-

tener el consentimiento, la muchacha permanezca en potestad del padre». ¿No sería lógico que, habiendo matrimonio, se intercalase como condición algo semejante a «y persistiesen en el propósito de verificar su enlace o permanecer unidos»? Efectivamente, el primer supuesto es el que se regula a continuación («fuerit viro coniuncta»), y el segundo cae bajo el precepto de la 3, 4, 7.

A mi parecer, en la parte de la ley «Si puella... consistat» no hay matrimonio sin consentimiento paterno. Si realmente la muchacha fué a casa del hombre, el padre, en cuya potestad permanece, podrá reclamarla, y esto sólo mientras no se haya verificado matrimonio. Cuando ya se haya hecho entrará en funciones la parte de la ley «Quod...».

19) En relación con la ley anterior comenta Zeumer la 3, 4, 7¹⁹, que entiende referirse «a la mujer libre que se entrega, virgen o viuda, a un hombre fuera de matrimonio. El matrimonio contraído con la aprobación posterior de los padres no modifica nada la situación» (*Historia*, 239). Aquí sí está clara la venida de la mujer a la casa ajena, pero creo que la intención matrimonial es más próxima a ese acto de lo que Zeumer indica, o sea que no hay mucha diferencia entre el supuesto de esta ley y el de la 3, 2, 8 cuando en ésta se ha verificado el matrimonio. La 3, 4, 7 ordenaría la entrega del precio (*pretium dotis*)^{*}. La desheredación es posible que no se aplique, en todo caso, sino cuando los padres no se convinieran con el hombre. No es éste el caso en que ambas partes tratan de la dote. No habiendo acuerdo con la familia podría entregar la dote directamente a la mujer. La posibilidad de que los padres quieran no desheredar es la misma que en 3, 2, 8.

20) En el título *De raptu virginum vel viduarum* la cuestión aparece dominada por el aspecto penal. Mediando este delito no hay po-

¹⁹ L. v., 3, 4, 7. *Si puella vel vidua ad domum alterius pro adulterio venerit, camque vir ipse habere coniugem vellit. Si puella ingenua sive vidua ad domum alienam adulterii perpetrationem convenerit, et ipsam ille uxorem habere voluerit, et parentes, ut se habeant, acquiescant: ille pretium det parentibus quantum parentes puelle vellint, vel quantum ei cum ipsa mulierem convenire potuerit. Mulier vero de parentum rebus nullam inter fratres suos, nisi parentes voluerint, habeat portionem.*

* También se llama sólo *pretium* en 3, 4, 2. *Si puella vel mulier disponsata adulterasse repperiatur. ...et pretium ad illum sponsum, quidederat, revertatur.* Vid. en MERA (*O casamento*, 12, n. 16) las opiniones que ven en este *pretium* una composición. Pero, ¿no sería absurdo que el marido pagase una composición a la mujer que se unió voluntariamente a él y con la que se ha casado? Más lógico es que le entregue la dote.

sibilidad de matrimonio. Zeumer (*Historia*, 243) supone que la antigua 3, 3, 1²⁰ es una ley de Leovigildo que ha venido a sustituir un estado de Derecho anterior, contenido en el Código de Eurico, del que lo habría copiado la *Lex Burgundionum*. En ésta el raptor, si puede pagar una pena pecuniaria, puede continuar unido a la raptada; sólo si no puede pagar, ambos serán entregados a los padres de ella. La ley de Leovigildo sería una reforma inspirada en el Derecho justiniano. Para nuestro objeto, lo importante es que el matrimonio por raptó está en el *Liber* absolutamente prohibido, y también el matrimonio mediando raptó. Si se rescata a la raptada antes de que el raptor consiga su propósito deshonesto, éste pierde la mitad de sus bienes en favor de ella. Si llega a ejecutarlo, por ninguna composición podrá celebrarse el matrimonio, y, además de perder todos sus bienes y ser azotado, perderá la libertad, constituyéndose en siervo de la raptada o de sus parientes.

21) En la 3, 3, 2²¹ Zeumer ve una agudización de la pena cuando los parientes recobran por la violencia a la raptada. Es decir, pone esta ley en relación con la anterior. *In potestate tradere* sería más grave que entregar como siervo, ya que lo primero tendría por fin el castigarle a discreción. No creo que haya tal diferencia entre ambas entregas, si se tiene en cuenta que el caso más grave (*ad inmundiciam pervenire*) se castiga ya con la pena de azotes y con la pérdida de la libertad. Pero tampoco hay mucha diferencia en el supuesto: también puede haberse arrancado violentamente a la raptada de las manos del raptor que ha conseguido su propósito en los términos de la segunda parte de 3, 3, 1. Más bien

²⁰ L. v., 3, 3, 1. *Si ingenuus ingenuam rapiat mulierem, licet illa virginitatem perdat, ste tamen illi coniugii non valeat. Si quis ingenuus rapuerit virginem vel viduam, si, antequam integritatem virginitatis aut castitatis amittat, puella vel vidua potuerit a raptore revocari, medietatem rerum suarum ille, qui rapuit, perdat, ei, quam rapuerit, consignandam. Si vero ad inmundiciam, quam voluerit, raptor potuerit pervenire, in coniugium puelle vel vidue mulieris, quam rapuerat, per nullam compositionem iungantur; sed omnibus traditis ei, cui violentus fuit, et CC insuper in conspectu omnium publice hictus accipiat flagellorum et careat ingenuitatis sue statum, parentibus eiusdem, cui violentus extiterat, aut ipsi virgini vel vidue, quam rapuerat, in perpetuum serviturus.*

²¹ L. v., 3, 3, 2. *Si a potestatem raptoris puellam parentes eripere potuerint. Si parentes mulierem vel puellam raptam excusserint, ipse raptor parentibus eiusdem mulieris vel puelle in potestate tradatur, et ipsi mulieri penitus non liceat ad eundem virum se coniungere. Quod si facere presumserit, ambo morti tradantur. Si certe ad episcopum vel ad altaria sancta confugerint, vita concessa, omnimodis separentur et parentibus rapte servituri tradantur.*

me inclino a pensar que el legislador, en esta ley, se haya planteado independientemente el caso del rapto, indicando someramente y sin entrar en distinciones la pena de la entrega del raptor en potestad y prohibiendo, con carácter principal, que la raptada se case con el raptor. Si lo hace, ambos serán condenados a muerte, excepto si se acogen al derecho de asilo, en cuyo caso se les perdona la vida, pero son separados y entregados en servidumbre. Si esto se considera como digno de la pena de muerte, ¿cómo admitir con Zeumer que la entrega en potestad sea más grave que la entrega en servidumbre?

Ahora bien, esta grave sanción a la ex raptada que se casa con su antiguo raptor (ya entregado en potestad de los padres) no está muy conforme con la posibilidad de matrimonio ilegítimo que tenían los que se unían sin el consentimiento de los padres. La explicación está en lo señalado por Zeumer: la rigurosa persecución penal del rapto que Leovigildo ha tomado del Derecho romano hace que, mediando este delito, se altere el tratamiento normal, más benigno, del matrimonio sin consentimiento familiar.

22) Los padres se ponen de acuerdo con el raptor de la hija que habían desposado con otro...²². Como en 3, 1, 2, se atiende aquí al quebrantamiento de los esponsales. Pero no debe desdeñarse esa posibilidad de que los padres consientan en el rapto, aquí enunciada sin mencionar sanción por tal conducta, a salvo las consecuencias de los primeros esponsales, que deberán ser entendidas en relación con 3, 1, 2 (n. 13).

23) En una forma distinta, la 3, 3, 7²³ alude al acuerdo con el raptor. Zeumer (*Historia*, 243) entiende que el acuerdo se hace posteriormente y conforme al sentido de la legislación punitiva del rapto, cuando esta situación ha cesado. No puede, sin embargo, por menos de advertirse cierta contradicción entre lo enunciado en esta ley y la prohibición absoluta en 3, 3, 2 (vid. supra), teniendo en cuenta que allí se prohibía

²² L. v., 3, 3, 3. *Si consentiant raptori parentes de disponsatam puellam. Si parentes raptori consenserint, pretium filie sue, quod cum priorem isponsum defini-se noscuntur, in quadruplum eidem sponso cogatur exolvere; eidem vero raptor legibus sponso inexcusabiliter maneat abdicatus.*

²³ L. v., 3, 3, 7. *Infra quod tempus liceat accusare raptorem, et si parentibus vel puelle cum raptore de nuptiarum definitione conveniat. Raptorem virginis vel vidue infra XXX annos omnino liceat accusare. Quod si cum puelle parentibus sive cum eam puellam vel viduam de nuptias fortasse convenerit, inter se agendi licentiam denegari non poterit. Transactis autem XXX annis, omnis accusatio sopita manebit.*

el acuerdo cuando la situación del rapto había cesado. Esto confirma la impresión de que el prohibir tan rigurosamente el matrimonio es una tendencia legislativa importada, con la que no se han puesto de acuerdo estos pasajes que reflejan una concepción algo distinta.

24) La 3, 3, 4²⁴ aplica a los hermanos que, viviendo el padre, consienten o no evitan el rapto de su hermana, la misma pena, excepto la muerte, que a los raptos. Si el padre ha muerto pierden la mitad de los bienes en favor de su hermana, además de ser azotados, justificándose la pena porque los que debían exaltar el honor de aquélla, contra su voluntad la casaron con un hombre vil. Zeumer (*Historia*, 246) supone que esta disposición de la ley se debe a influencia romana, señalando concretamente Código teodosiano 9, 24, 1 (nota 7). Prescindiendo de la sanción del rapto, que directamente no nos interesa, es quizá este pasaje de la ley visigoda el que más favorece la hipótesis —por lo demás tan improbable— de un matrimonio por rapto, incluso contra la voluntad de la raptada. Debe notarse la mayor gravedad que se ve en la conducta de los hermanos cuando vive el padre que cuando ha muerto, y, por consiguiente, corresponde a ellos la potestad sobre el matrimonio de la hermana.

25) La 3, 3, 6²⁵ declara legítima la actuación privada contra el raptor, al que se puede dar muerte impunemente. Zeumer cita una ley de Justiniano de 573 y un pasaje de Paulo en que se establece igual principio.

²⁴ L. v., 3, 3, 4. *Si fratres vivo an defuncto patre consentiant raptori sororis. Si vivo patre fratres raptori consenserint aut in rapto sororis conscii conprobantur. excepto mortem damnum, quod de raptoribus est constitutum, excipiant. Si vero post obitum patris fratres sororem suam raptori tradiderint vel raptori levandam consenserint, pro eo, quod eam vel vili persone vel contra voluntatem suam nuptui tradiderint, cuius etiam honorem debuerant exaltare, medietatem facultatis sue admittant, ipsi nichilominus sorori tradendam, et insuper in presentia aliorum a iudice L flagella suscipiant, ut hoc alii conmoniti terrore formident; adiutores vero raptoris, qui cum ipso fuerint, disciplinam accipiant, sicut est in lege alia constitutum. Raptor autem inexcusabiliter superiori lege et in rebus et in istatus sui dignitate damnetur.*

²⁵ L. v., 3, 3, 6. *Si quispiam de raptoribus occidatur. Si quis de raptoribus fuerit occisus, homicidium non teneatur, quod pro defendenda castitate commissum est.*

III. DERECHO POPULAR DE LA RECONQUISTA

Las fuentes de este Derecho tratan del consentimiento familiar en el Precepto del rapto y en el Precepto del consentimiento. Deben ponerse ambos en relación cuando aparecen en cada una de aquéllas, pero la fuerte personalidad del primero aconseja examinarlos por separado.

A) El precepto del rapto no nos interesa en su totalidad: recoge el procedimiento especial en caso de fuerza de la mujer (cfr. P. López Ortiz, *El Proceso*, «AHDE», XIV, 222); sino las consecuencias que se producen cuando la soltera raptada consiente en su rabador. Nunca la casada, pues en ésta ese consentimiento se considera como un delito que se castiga con una pena común a ella y a su raptor. Sería absurdo pensar en un casamiento por rapto: aquí el rapto es simplemente un delito. Incluso, como veremos, se rompe la continuidad entre el rapto y el consentimiento de la raptada, y cuando ésta libremente marcha con el rabador —para casarse o no— se produce en rigor un acto independiente del rapto.

El precepto del rapto se contiene sólo en los derechos populares: aunque no con la misma abundancia, lo encontramos en el Derecho aragonés, en el navarro y en el Derecho castellano-leonés. Examinemos estas fuentes.

26) En Aragón, el Fuero de Calatayud²⁶ explica el procedimiento con la colocación de la mujer entre los padres y parientes y el raptor. El cae en enemistad en todo caso; ella, si le acompaña.

27) El Fuero de Daroca²⁷ difiere en la parte esencial: si la mujer

²⁶ Fuero de Calatayud, 1131, 8: Et nullo uicino qui rapuerit sua uicina, qui sit de Calataiub, paret illam in medianeto ante suos parentes et uicinos de Calataiub; et si uoluerit illa ire ad suos parentes, pectet ipso arrabitore ad parentes de muliere D. solidos, et postea sit homiciero, et si illa uoluerit stare cum illo uiuant se, ut melius potuerint, et illa sit homiciera. (Ed. Ramos y Loscertales, AHDE, I, 1924, 410.)

²⁷ Daroca, 1142: Item, si quis inuitis parentibus mulierem aliquam rapuerit, alcaldes dent illi spatium XXX dierum in concilio, ut veniat, et satisfaciat iuxta forum Darocae; et si usque ad XXX dies non venerit, sit deinceps inimicus concilii, et omnia sua sint incorrupta; et si venerit usque ad dictos XXX dies, mulier illa in medio loco constituatur, et si exierit ad parentes, raptor pectet homicidium, et exeat homicida. Si autem ad raptorem exierit, absolvatur raptor: illa vero nihil amplius hereditet in facultatibus suorum parentum. (Muñoz y Romero, *Colección*, página 537.)

va con los parientes, el raptor, como en Calatayud, paga la multa y sale por enemigo; pero si la mujer prefiere al raptor, éste es absuelto y la mujer es desheredada.

En las fuentes más características del Derecho aragonés —redacciones privadas u oficiales que sirven de base a los fueros de 1247— falta este precepto.

28) En los fueros del Sur: Molina y Alfambra²⁸ lo encontramos muy desfigurado y sin su consecuencia más importante. Al menos, no se indica aquí la libertad de la hija para marchar con el raptor, y queda más acentuada la potestad de los padres, que eligen la modalidad del procedimiento en Alfambra. La falta de asentimiento de ellos, en Molina, es la condición para que se califique el delito.

Hay, además, en el territorio de Aragón, fuentes de Derecho castellano (Fuero de Teruel, Albarracín) que se agruparán con éstas.

De Navarra tomamos una fuente local y otra territorial, en este punto, de formación independiente.

29) En el Fuero de Viguera y Val de Funes²⁹ se parte de la querrela de los parientes por forzamiento o rapto. Aquí la voluntad de la raptada —una vez que se le ha colocado en medio de ambas partes— es la que decide: si ella consiente, decae la querrela. No se indica que ella caiga en enemistad, y expresamente se libera al raptor. Un sistema, pues, enteramente distinto.

30) Por el contrario, el Fuero General de Navarra³⁰ se aproxima a

²⁸ Molina de Aragón: *Qui forçare fija agena: Qui ad agena fija fuerça ficiere o la rabiere sin grado de sus parientes, peche CC marauedis et salga por enemigo... De muger forçada: La muger que fuere forçada o rabida sin grado de sus parientes, el que lo fiziere peche CC marauedis et salga por enemigo...* (Ed. Sancho Izquierdo, 1916, págs. 125 y 148-149).

Alfambra, 44: *Qui forzara muger. Tot omne que forzara filla de uezino en peillos de fueras de la uilla peche CC morabetinos et CCC solidos et si no es prouado iure con XII uezinos o espere su par. Esto sea en uoluntad de los parientes de la forçada: tal fuero aya la que sea forzada en la uilla.* (E. Albareda, 1926, páginas 28-29).

²⁹ Viguera y Val de Funes, 470. *Quereylla de parienta: Et si alguno se quereyllare que tiene su parienta por forzada o la leva por fuerza debenla por mandado del seynnor poner en medio, e si eylla fuere al otro los parientes pierdan quereyll dell...* (Ed. Hergueta BRAH, 37-1900, 428)

³⁰ Fuero General de Navarra, 4. 3. 1: *Ducyna si se fuere con fidalgo ninguno, diziendo los parientes deylla que por fuerza la lieva, diziendo el ynfanzoncn por fuerza mas con placer deylla, deve ser puesta en meanedo desta manera: Los parientes deyll et deylla deven poner bonos ombres por fieles, III o V, poniendo*

la forma típica. Se coloca a la raptada entre el raptor y los parientes, y si marcha con aquél es el hermano de ella el que toma sus bienes y la deshereda. Es también el hermano el que aparece desheredando a la mujer que concibe un hijo, asegurándose acerca de este hecho con los parientes paternos³¹. No se ha mencionado hasta aquí la consecuencia de pérdida de la paz, pero existe, como se ve en un precepto³² que se refie-

do plazo en lugar sabido entrambas las partidas; et deven poner a eylla estos fieles en meanedo entre los parientes deylla et daquicill qui la levó; et deven mostrar el padre o la madre si los ha, et si no a los mas zercanos parientes deylla desent ad aqueill qui la levó. Desent dévenla tornar de cara que sea por comunal a entrambas las partidas; et si fuere a los parientes deve yssir por enemigo el ynfanzon que la levó, et el Rey deve emparar lo suyo; et si fuere con aqueill qui la levó, el hermano deve emparar lo suyo et desheredarla. (Ed. Ilarregui y Lapuerta, 1869, página 89).

³¹ Navarra, 4, 3, 5: Muger yfanzona biuda non oviendo creaturas si fiziere putage et se empreyna, el hermano mayor de pareylla deylla si diziere: Hermana, dízenme que sodes preynada, fuero es que el hermano mayor deve ver a eylla en el vientre con la mano si es preynada. Apuestament creyendo que es preynada, deve imbiar por parientes de partes de su padre, de si, et deylla por los mas cercanos; dévela prender el hermano et llevarla de las tres heredades, o de las II o de la una heredit, a quoyal mas quisiere, que sea de la natura de entrambos, et goardenla de dia et de noche bien ata al tiempo del parto. Entonze sopiendo el hermano que eylla quiere parir, envie por parientes zercanos de si et de ylla, et con consyllo deylos aduga bonas echandras, III o V ququando eylla oviere a parir. Estas V chandras aduytas veyendo yssir la creatura del vientre con estos parientes que vean entre las piernas la creatura, con atando deve ser desheredada (Ed. cit. página 91).

³² Navarra, 4, 3, 2: Yfanzon pobre enemizado de muytas partes prende una dueyna rabida et vasse desterrar con eylla. Est yfanzon andando con esta dueyna viene en tanta pobreza que no ha mas de una bestia et no oviendo que comer ni otro conseyllo, prende sua dueyna en la sieylla de su bestia, et eyll mesmo en las trossas siegue al seynor cada dia. En quoyal que villa o el seynor fuere, prenga posada pora si et pora su dueyna, dando el seynor tal racion como a otros, prenga et coma con eylla en su posada. Viviendo en esta manera con eylla, enemigos otros et non los parientes deylla sil dan salto que lo quieran matar, non desemparando aqueylla si lo matan, tan bien pueden los parientes deylla quereyllar su muert como los suyos mesmos. Et si por aventura est ifanzon por miedo de la muert la desenpara a esta dueyna, los coynados nin los parientes deylla non deven quereyllar la muert daquest yfanzon, porque la deseparó. Esta dueyna fincará sin conseyllo, et torna a la tierra et dice al Rey: seynor datme conseyllo, que por fuerza he andado et non por grado, et datme conseyllo en que biva en vuestra tierra entre mis parientes. Dando el Rey conseyllo con plazenteria de los parientes déveli dar aquella en que pueda vivir, mas si creaturas ha, busquen conseyllo o puedan bivar en otra part. (Ed. cit., págs. 89-90).

re a la suerte ulterior de la raptada a la que abandona el raptor por miedo de la muerte (que podrá seguirse de la enemistad familiar). Ella puede pedir protección para vivir en paz entre sus parientes, la que concede el rey con el asentimiento de éstos. Si ha tenido hijos la protección se concede para vivir en otra parte. Como en el caso anterior, la existencia de hijos de la unión ilegítima es de especial importancia.

33) Derecho castellano-leonés. En los fueros de Salamanca y Ledesma³³ se recoge el mismo precepto. Comprende a la viuda y a la doncella. La forzada que prefiere al forzador es desheredada y los parientes heredan sus bienes.

34) El de Alba de Tormes³⁴ es esencialmente distinto. Separa a la doncella y a la viuda. Esta no es desheredada. Pero ninguna de las dos caen en enemistad. Si la doncella prefiere al raptor ella es desheredada por sus parientes y éste se limita a pagar una multa y no sale por enemigo.

35) Falta, pues, en el Derecho leonés la consecuencia de la enemistad. No así en Castilla, donde los antiguos fueros de repoblación³⁵ nos presentan el revés del precepto, al acoger en la paz local al que viene perseguido como enemigo con una mujer, poniéndose como condición

³³ Salamanca, 212. *De forciar uilda o manceba*: Todo omne que manceba o uilda aforciar auirto, firmelo ela con II alcaldes que se uino rascando afuero; e iurenle con XII uezinos. E si destas iuras non le conplieren, pechele la pena que iaz ena carta CCC soldos. E si ela non uenir rascando, como es fuero, iure el con I uezino, e sea enemigo de sus parientes, e metan su auer del en pro de conceyo. E si ela non se quisier partir de, sea deseredada; e elos parientes que mas cerca ouiere, herieden sus buenas. Igual en F. de Ledesma, 138. (Ed. Castro y Onís. Fueros leoneses, 1916, págs. 154 y 241.)

³⁴ Alba de Tormes, 18. *De rabir manceba*. Todo omne de Alba o de su termino que manceba en cabello rabiere... Si la manceba con el mancebo se fincare sin amor de sus parientes, sea deseredada, e el auer della tomen lo sus parientes; e el non sea enemigo, e peche LX morauedis, e si ella se uiniere o los parientes yela tolieren, peche LX mrs., e sea enemigo de sus parientes. 19. *De biuda que rabieren*: ...E si la rabida con el se fincare, non sea deseredada.. (Ed. Castro y Onís, Fueros leoneses, 300-301).

³⁵ Fuero de Oreja, 1139, 7: *Preterea si quis cum qualibet muliere non iuncta, excepta coniugata uel sanguinis sui proxima uel per uiolentiam rapta, fugerit ad Aureliam ut ibi unus ex populatoribus fiat sit securus, et qui dominus Aurelie fuerit recipere non timeat nec alicui parenti mulieris pro eo facto nec ipse nec mulieris adductor respondeat.*

Fuero de Ocaña, 1156, 4: *Et quicquid rapuerit mulier aliena qui sedeat amparado de concilio nisi fuerit de benedictione.* (Ed. C. Gutiérrez del Arroyo. AHDE, XVII, 1946, págs. 655 y 658.)

que ésta no estuviese casada o sea próxima consanguínea o haya sido raptada violentamente.

36) El precepto que más difusión tiene es, naturalmente, el Derecho local del tipo Cuenca, que comprende los fueros de esta ciudad, de Heznatoraf, Plasencia, Béjar y Zorita de los Canes, Teruel y Albarracín³⁶. El consentimiento que se supone contrariado es el de los «parientes»; el Fuero de Heznatoraf precisa «al padre o a la madre». No se indica la ceremonia de colcar a la raptada en medio, sino que se alude —como en los fueros del Sur de Aragón— a la fuerza o rapto verificados con la oposición del padre o madre. La consecuencia es doble: ser desheredada y salir por enemiga con el raptor. No se distingue entre doncella y viuda.

37-39) Un grupo de fueros muy relacionados en general con los anteriores presentan el precepto en forma diferente. El fuero de Uclés³⁷, sin identidad textual con el grupo Cuenca, es sustancialmente idéntico.

³⁶ Cuenca, 11, 24: *De eo qui mulierem oppresserit*: Quicumque ui mulierem oppresserit alienam, aut eam rapuerit, parentibus inuitis, pectet trecentos soldos, et exeat inimicus: adiutores eius similiter pectent trecentos soldos, et exeant inimici. Et si ipsa postea in suum raptorem consenserit, sit exheredata, et inimica cum suo raptore.

Cuenca (Códice Valentino), 2, 1, 20: *Del que forçare o robare muger ajena*: Qual quiere que muger ajena forçare ola rrobare, sus parientes non queriendo, peche trezientos sueldos et salga enemigo; asi el rrobador commo sus ayudadores...; et si ella depues consintiere en su rrobador, sea desheredada et enemiga con su rrobador.

Heznatoraf, 246. *Del que muger forçare o robare*: Qualquier que muger forçare o robare apesar del padre o de la madre, peche CCC sueldos et salga enemigo...: E si aquella muger de cabo consintiere asu rrobador, sea enemigo con el. (Ed. Ureña, 1935, págs. 318-319).

Plasencia, 66. *Del qui forçare mugier*. ...Et si aquella despues en su rabidor consintiere, sea deseredada, et exea enemiga con su rabidor. (Ed. Benavides, 1896, página 36.)

Zorita de los Canes, 248. *De aquel que muger forçare*: ...Et si ella despues consintiere en aquel que la leuo rabida, sea deseredada, et salga enemiga con el arrabador. (Ed. Ureña, 1911, pág. 147.)

Béjar, 318. *De fuerça de muger*: ...Si despues tornar ella enel rabidor sea deseredada et enemiga con su rabidor. (Ed. Martín Lázaro, 1925, pág. 52.)

Teruel, 363: *De eo qui mulierem ui oppresserit uel rapuerit*: ...Tamen si ipsa postea in suum raptorem consenserit, cum suo raptore sit exhereditata et inimica imperpetuum si probatum ei fuerit iuxta forum. (Ed. Aznar, 1905, pág. 203.)

³⁷ Fuero antiguo de Uclés, 217 (11): Et si aliquis homo mulierem prendiderit, illa non querendo, sive parentes suos aut gentes suos non querendo, pectet CCC solidos, et exeat homicida; et si illa voluerit fiat homizera et deseredada. (Ed. Fita. BRAH, 14-1889, 340.)

La mujer, sin especificar doncella o viuda, que consiente en el rapto contra la voluntad de sus parientes, sale homiciera y desheredada. Por el contrario, en el Fuero de Brihuega³⁸ no se regula la cuestión dentro de la órbita del rapto de la doncella —a la que únicamente se alude—, sino que se traslada al matrimonio que habrá de celebrarse con el consentimiento de ella y de sus parientes más cercanos. No se regula el supuesto de la voluntad independiente de la raptada. El Fuero de Alcalá de Henares³⁹ se conduce análogamente: contempla el supuesto de que la forzada y sus parientes convengan al matrimonio con el raptor.

40) El Fuero de Guadalajara⁴⁰ recoge la parte sustantiva del precepto del rapto, tal como rige en el Derecho leonés y castellano, con excepción del grupo Cuenca: la mujer que marcha con el raptor voluntariamente es desheredada, sin aludir a la enemistad.

41) En el Fuero de Sepúlveda⁴¹ se da con todo detalle el procedi-

³⁸ Brihuega, 65. *Por omne que forzare manceba en cabello*: Tod omme que forzare manceba en cabello, si fuere alcanzado muera por ello; et si non fuere alcanzado, peche C et VIII morabetinos et salca enemigo por siempre et por encartado de conceio; fuera si la manceba quisiere casar con el, et si el forzador quisiere casar con ella, et con uoluntad della et de los parientes que son mas cercanos della, ni peche omizillo, ni salga por enemigo. (Ed. Luño Peña, Legislación foral de don RODRIGO JIMÉNEZ DE RADA, 1927, pág. 101.)

³⁹ Alcalá de Henares, 9: *Qui mulier forzare o metiere sou si por desornala*, peche C e VIII moravedis. E la mulier que forzada fore de foras de vila, venga rascada o voces metiendo e diciendo: «fulan —per suo nomine— lo fizo», delante el iudez diciendo e delante III^{es} vezinos; e el dia que fore forzada, es dia venga, e si fuere de nocte venga otro dia; e si presa fuere, quando escapare venga; e delante el iudez e delante III^{es} vezinos lo diga: si fue de nocte que non pudo venir e otro dia vino, e si fue presa, quando escapo luego vino; e si el corendor dixiere que non vino quomo en la carta iacet, firme el iudez con tres vezinos que vino e assi lo dixo quomo in la carta iacet, et responda; e si esto non firmare, nol responda; e el corendor negare que no lo fizo, entre pesquisa o salvo con XII, qual quisiere el rencuroso; e si rancado fuese por pesquisa o por salvo, peche e esca enemigo. E de estos C e VIII moravedis, prendat el sennor el tercio, et el rencuroso el otro tercio, e los fiadores el otro tercio; e si la forzada e sos parientes se avinieren que case con el forzador a bendiciones, non peche nada. (Ed. Galo Sánchez, Fueros castellanos, 1919, pág. 279.)

⁴⁰ Guadalajara, 82: *Qui muger rabiore*, peche çient maravedis e ixca enemigo; e sy ella se yxiere por su voluntad sea deseredada. (Ed. Keniston, 1924, pág. 13.)

⁴¹ Sepúlveda, 36. *De omne que forzare muger*: Todo omme que demandare que levo muger a fuerza, si lo negare, salvese con doze; e si el dixiere que se fue ella de su grado, aduganla muger a mediando e fablen los parientes con ella e ella seyendo segura de ellos; et despues aduganla de cabo a medianedo, e si se fuere de cabo a los parientes, peche aquel que la levo forzada, cinquenta mrs. a ella, e

miento que puede llamarse clásico. La colocación de la mujer raptada en medio, asegurada respecto a sus parientes, su conversación con ellos y la elección libre. Si ella va con el raptor es desheredada y él no paga nada; es casi seguro que no salen por enemigos: decae la querrela como ocurría en Alba de Tormes.

42) El Fuero viejo de Castilla⁴² —reflejo de la práctica territorial en el ámbito de los fueros anteriormente examinados— coincide notablemente con Sepúlveda. Se especifica a los demandantes: padre, madre, hermanos o parientes; la obligación del raptor de presentar a la raptada; la paz judicial, ahora en favor de él. La consecuencia del consentimiento de la forzada se reduce a librar de la enemistad al raptor. No se menciona el desheredamiento ni la enemistad contra la raptada que consiente. Es más: no se contempla el supuesto de la oposición entre ella y sus parientes. Parece atenderse sólo a la libertad de la mujer respecto a su raptor. Esto sólo no era, naturalmente, el Fuero de Castilla.

43-44) Es posible fijar el término final de este precepto del rapto respecto a Castilla. Ya el Fuero de Soria, tardío, regula el procedimiento del rapto, tomado de Cuenca, pero sin aludir a la eventualidad de que la raptada consienta⁴³. En el Fuero Real⁴⁴ ha variado totalmente la con-

vaya por enemigo por siempre de ella e de sus parientes; e si el salvo non cumplier, asi como sobredicho es; peche las calonnas e vaya por enemigo: e si ella fuere al forzador, sea deseredada, et el forzador non peche nada: et si alzada quisiere por al Rey, degenla los Alcaldes. (Ed. Callejas, 1857, págs. 29-30.)

⁴² Fuero Viejo de Castilla, 2, 2, 1. *Esto es fuero de Castiella*: Que si un cauallero o escudero o otro ome lieva una dueña robada, e el padre o la madre o los ermanos o los parientes se querellan que la llevo por fuerça, deve el cauallero o escudero o otro ome aducir la dueña, e el atreguado, deven venir el padre o los hermanos o los parientes e deven sacar fieles e meter la dueña en comedio del cauallero e de los parientes, e si la dueña fuer al caballero, de vela levar, e ser quito de la enemistat, e si la dueña fuer a los parientes, e dijier que fue forçada, deve ser el caballero o escudero enemigo dellos, e deve salir de la tierra e si el rey lo podier auer, de vel justiciar. (Ed. Códigos españoles, I, 1847, pág. 274.)

⁴³ Soria, 531. Si algun omne leuare mugier soltera por fuerça et yoguiere con ella, peche CC mr. et sea enemigo de sus parientes della; et si non yoguiere con ella, peche C mr. Et si uno fuere el forçador et otros fueren con el en leuarla o enforçarla, maguer non yoguieren con ella, cada uno dellos peche L mr.; et si mas fueren los forçadores, quantos yoguieren con ella, cada uno dellos peche CC mr. et sea enemigo; 538: Si el padre o la madre o el uno dellos consintiere o conseiare rrobo de su fija que fuera desposada, peche al esposo quatro tanto daquello quel ouieron a dar en casamiento con ella, et ayanlo el esposo et el esposa por medio. Et aquel o aquellos que la leuaron por fuerça ayan la pena sobredicha. (Ed. Galo Sánchez, Fueros castellanos, 1919, págs. 208 y 211.)

⁴⁴ Fuero Real, 4, 10, 5: Si los parientes que el padre tuviere consejaren o con-

cepción del problema, de acuerdo con la tendencia marcada por el Fuero de Soria, para lo que se adoptan los mismos preceptos visigodos. Hay un tratamiento estrictamente penal del rapto, y el supuesto que se dibuja como posible en algunos fueros del Derecho local de que los parientes consientan en el rapto de la mujer ha sido completamente eliminado y se castiga como el mismo delito.

B) El precepto del rapto que hemos examinado es en realidad complementario respecto al precepto del consentimiento familiar, o sea aquel en que expresamente se determina el que deben prestar los familiares en el matrimonio de los hijos y los efectos de una unión celebrada sin contar con él o contrariando una prohibición expresa. La serie de preceptos del consentimiento es la que nos proporciona el desenvolvimiento histórico de la institución. Paralelamente a ella y en parte de ese desenvolvimiento puede colocarse la serie del Rapto, que entonces debe confirmar simplemente el principio general. Ahora vamos a examinar éste en sus diversas formulaciones, siguiendo el mismo orden.

45) Derecho aragonés. En la Compilación privada⁴⁵ se parte de la deshonra inferida a la doncella, pero no se desenvuelve como el procedimiento del rapto, sino que de aquél, de modo análogo a como se hacía en Brihuega en este procedimiento (n. 38), se pasa al matrimonio. La referencia al consentimiento tiene aquí carácter incidental respecto a lo que

sintieren como alguna mujer sea llevada por fuerza, quier sean hermanos, quier otros, hayan la pena que es puesta contra los que llevan las mujeres por fuerza, fueras que no mueran: e si despues de la muerte del padre, los hermanos o los otros parientes que la tienen en poder, la dieren al robador o le consintieren que la lleve, pechen la meitad de quanto y hobieren, e hayalo aquella muger que fue llevada por fuerza.

4. 10. 6. Si el padre o la madre o el uno dellos consejaren o consentieren robo de su fija que fuere desposada, pechen al esposo quatro tanto de aquello que se hobieren a dar en casamiento con ella...

4. 10. 8. Padre ni madre ni otro ninguno no sea osado de casar su fija ni otra mujer por fuerza quier sea en cabellos quier sea viuda: el que lo ficiere peche cient maravedis, la meitad al Rey e la meitad a la mujer que recibió la fuerza; y el casamiento no vala, fuera si lo ella despues otorgare. Pero si alguno lo ficiere por mandado del Rey, no peche caloña. (Ed. Códigos españoles, I, 1847, pág. 410.)

⁴⁵ Compilación privada de Derecho aragonés. 30. *De homine qui adontat et escarnex feminam per forciam*: Si est infançona det D solidos; si uillana C solidos habet dare cum que sit probata. Et si est disfídado et prendit ibi la mort non habet homicidio. Et si est suus equalis quod accipiat illam ad benedictionem, si uult illa et parentes sui. (Ed. Ramos y Loscertales. AHDE, I-1924, 404.)

debe ser el sistema normal: que lo otorguen la mujer y sus parientes. Este principio de la Compilación privada no ha pasado a las sucesivas redacciones del Derecho aragonés.

46) El Fuero de Daroca⁴⁶ formula el precepto del consentimiento de modo coherente con el de Rapto, pero con la singularidad entre todas las fuentes medievales de aplicarlo también a los hijos de familia mientras viven sus padres.

Derecho navarro. Otra vez el fuero local y el territorial sin la menor relación entre sí.

47) En el Fuero de Viguera y Val de Funes⁴⁷ se regula sólo el supuesto de la hija que se casa sin la voluntad de sus parientes (según la rúbrica), de su padre (como precisa el texto); el padre no tiene obligación de darle nada con motivo del casamiento. Si comparamos con el precepto del rapto (n. 29) vemos que no se oponen, sino que se complementan. Falta en ambos la consecuencia de la enemistad; se precisa aquí una consecuencia meramente patrimonial que puede acordarse perfectamente con la caducidad de la querrela.

48) El Fuero de Navarra⁴⁸ nos presenta un precepto de factura más primitiva. El padre y los parientes más cercanos aparecen actuando principalmente; son ellos los que ofrecen un primer y segundo pretendientes que la hija puede rechazar, y un tercero que ha de admitir forzosamente. El precepto del rapto (n. 30) no encaja del todo con este sistema: difiere en algunos elementos. Si los forzamos a complementarse el rapto es un medio de liberación: la raptada que elija a su raptor podrá ir con él, si bien desheredada.

49) Falta en los fueros leoneses el precepto del consentimiento: hemos de atenernos, pues, al precepto del rapto. Pero un fuero del mismo

⁴⁶ Daroca, 1142. Item, si quis iuvenis habuerit parentes adhuc vivos, et illis invitis et prohibentibus, uxorem duxerit, non hereditet in rebus parentum suorum: hoc idem fiat de puella emparentata, si ita fecerit. (Muñoz y Romero, Colección, 537.)

⁴⁷ Viguera y Val de Funes, 318. *Non dar ren a fija que casa sin voluntat de sus parientes*: Et ningun ome no es tenido de dar sus bienes a su fija por casamiento, si casare sin voluntat de su padre. (Ed. cit., pág. 409.)

⁴⁸ Navarra, 4, 1, 2: Si algun yfanzon quisiere casar su fija por escossa, et ha prezio con otro varón, el padre prenga dos de los parientes suyos et deylla pros manos, al mas III, et diga a eylla con estos parientes: Casarte queremos con fulan que es conveniente pora ti. Eylla bien puede desitar a eyll et a un otro quel prometan por marido, mas el tercero que eyllos li querran dar, por fuerza ha de prender, et el tercero quo aduzen el padre et los parientes, que case con eylla... (Ed. cit., página 85.)

territorio⁴⁹ es sumamente instructivo acerca del tema. Se trata de prohibir, en beneficio de la relación señorial, los enlaces familiares entre los vasallos y la gente de condición noble ajena al señorío. Se distinguen dos supuestos: los vasallos entregaban a sus hijas en matrimonio; los hijos se unían en matrimonio; las hijas emancipadas (solute) y las viudas, asimismo, se unían en matrimonio o en concubinato. Congruentemente se prohíbe: que los padres entreguen a las hijas y que las emancipadas y las viudas se unan con persona de condición superior.

50) En los fueros del grupo Cuenca-Teruel⁵⁰ hay una coincidencia absoluta entre ambos preceptos. Ahora se precisa más cuáles son los parientes: en casi todos ellos se trata del padre y de la madre. La mujer que sin la voluntad de sus padres o contra ella contrae matrimonio —igual que la raptada que consentía contra esa voluntad— es desheredada y sale por enemiga de los padres, de los parientes, de los hermanos, según los fueros.

51) Al fuero de Burgos⁵¹ se concede el mismo precepto, aludiendo a la voluntad de los padres y de los más próximos consanguíneos. Et

⁴⁹ Adiciones al Fuero de S. Pedro de las Dueñas, 1191 (*entre los daños que se trata de remediar incluye*): Item quod aliquid nostrorum uassallorum tradabant filias suas generosis in matrimonium et filias eorum filiis suis copulabant et aliquae uiduae et solute fugebant se illis in coniugium uel in concubinatum (*y establece*): Item statuimus et ordinamus quod nostri uassalli nostre uille sancti petri non tradant filias suas in matrimonium generosis nec contrahant filii eorum cum filiobus militum et generosis, nec uidua nec soluta contrahat cum eis, nec sit concubina alicuius generosi dum habitauerit in dicta uilla sancti petri et in suis terminis. (Ed. Díez. Canseco, AHDE, II-1925, 467.)

⁵⁰ Cuenca, 13, 9. *De ea que parentibus inuitis nupserit*: Mulier que parentibus inuitis nupserit, sit exheredata, atque parentum suorum inimica.

Cuenca (Cod. valentino), 2, 3, 8: Otrosi la muger que casare los parientes, padre o madre, non queriendo, sea deseredada et enemiga de su padre et de su madre.

Heznatoraf, 321. *De la muger que a pesar del padre se casare*: Otrosi, si la muger que a pesar del padre se casare, o de su madre, sea desheredada. E demas sea enemiga de sus hermanos. (Ed. cit., pág. 360.)

Zorita, 315. *Dela muger que casare contra voluntad de sus padres*: Toda muger que se casamentare contra uoluntad de sus padres, sea deseredada et enemiga de sus parientes. (Ed. cit., pág. 170.)

Béjar, 404. *Dela muger que se casa sin grado de padre o de madre*. La muger que se casare los parientes non queriendo, conuien a saber padre o madre sea deseredada et enemiga de sus parientes. (Ed. cit., pág. 61.)

⁵¹ Privilegio concedido a Burgos por Fernando III en 1227: ...Instituo itaque et do pro foro, quod si qua puella praeter voluntatem parentum suorum alicui viro nupserit, aut aliter ei pro copula adhoesit inuitis parentibus, seu propinquieribus consan-

texto ha servido de fuente a la redacción del Derecho territorial castellano.

52) El Fuero de Brihuega⁵² se refiere a la doncella que tiene padre o madre y se casa contra la voluntad de éstos: es desheredada. Coincide plenamente con el precepto de raptó (n. 38) al contemplar el supuesto allí no regulado.

53) El Fuero de Alcalá de Henares⁵³ contiene una detallada ordenación —en tres preceptos independientes—, que contienen los dos primeros la solución al punto del consentimiento familiar respecto al de la esposa, y el tercero el orden en que se colocan esos parientes. La doncella que se casa sin voluntad de sus parientes es desheredada. La viuda debe tomar consejo de un pariente, pero sin que se indique ninguna sanción. Aquí, como en el Raptó, no se indica enemistad.

54-55) El tercer precepto de Alcalá⁵⁴ coincide enteramente con el único de Sepúlveda⁵⁵, por lo que hemos de examinarlos juntos. Ambos se refieren a la misma novia: hija emparentada o mujer virgen. Deben casarla el padre y la madre. Para el supuesto de desobediencia de la hija

guineis suis in bonis patrimonialibus non succedant, et iure hereditario sit privata... (Muñoz y Romero, Colección, pág. 270.) Cfr. el texto del Libro de los Fueros de Castilla en n. 57.

⁵² Brihuega, 217. *Por manceba en cabello*. Toda fija auiedo padre o madre seyendo manceba en cabello sis fuere a se casar sin uoluntad del padre o de la madre: sea desheredada. (Ed. cit., pág. 117.)

⁵³ Alcalá, 69: Ninguna mulier manceba en cabelo que casare o se fore con otro a menos de grado de sos parientes, que sea deseredada; 74 *Mulier bibda*: Mulier bibda non case, a menos de conceio dun parient. (Ed. cit., pág. 289.)

⁵⁴ Alcalá, 89: Filia emparentada, padre o madre la casen; e si uno de los parientes fuere muerto, con conceio de los parientes del muerto la casen; e si amos dos parientes fueren muertos, los parientes de amas partes la casen; e los unos sin los otros no hayan poder de casarla; e si la casaren sin amor los unos sin los otros, pechen L^a moravedis a los otros parientes; e los que ovieren rencura e fore a decir al clerico que no los vele, con Ill^{es} vezinos, no los vele, fasta que peche los L^a moravedis, o que den fiadores e debdor por ellos. (Ed. cit., pág. 291.)

⁵⁵ Sepúlveda, 56. *De los casamientos*: Otrosí, toda muger virgen que a casar ovriere, asi case: si padre non ovriere, la madre non aya poder de casarla, amenos de los parientes del padre que la avrien de eredar; et si non ovriere madre, el padre non haya poder de casarla, amenos de los parientes de la madre, que la avrien de heredar. Et si non ovriere padre ni madre, los parientes de la una parte e de la otra, que la ovieren de eredar, la casen. Et cualquier que la casare amenos de como aquí es escripto; peche ocho mrs. á los parientes, é vaya por enemigo á amor de aquellos parientes que non fueron placenteros del casamiento. (Ed. cit.)

puede suponerse la consecuencia que daba el precepto de Rapto: desheredación de la desobediente. Si uno de los padres ha muerto, el cónyuge sobreviviente no puede decidir sobre el matrimonio de la hija sin la participación de los parientes de aquél. Si los dos padres han muerto, deben intervenir los parientes de ambas partes: los parientes que la habrían de heredar según el Fuero de Sepúlveda. En ambos fueros se indica una multa que debe de pagar la parentela que procedió independientemente. En el de Sepúlveda se añade la enemistad y en el de Alcalá la facultad de los parientes contrariados de impedir, dirigiéndose al clérigo, la velación de los esposos hasta que hayan pagado la multa.

56) Coinciden con el sistema de Alcalá los fueros extremeño-portugueses del tipo de Usagre⁵⁶. La manceba debe contraer matrimonio de acuerdo con sus padres; en caso contrario es desheredada. La viuda puede tomar el marido que quisiere «con sus parientes», probablemente con su consejo, como en el de Alcalá. La doncella huérfana es casada por los parientes de ambas partes, con la consecuencia de multa y la enemistad entre parentelas, precisándose la índole de la consecuencia penal: igual a la del homicidio.

57-58) El Derecho territorial de Castilla contiene dos textos que recogen el Libro de los Fueros de Castilla⁵⁷ y el Fuero Viejo⁵⁸. Uno de

⁵⁶ Usagre, 67. *Mugier que a solas sin sos parientes se casar: Mugier que a solas sin sos parientes tomar marido, si fuer manceba sea deseredada. Et qui la tomar sit inimicus. Vidua accipiat uirum qualē uoluerit cum suis parentes.*—El fuero portugués de Alfaiate añade: *Et si ita non fecerit, pectet X morabitanos qui acceperit eam parentibus illius.*

68. *Cacar manceba orphana*: Manceba orphana parientes de ambas partes la casen. Et si parientes de una parte la casaren, qui eam casauerit sit inimicus, et pectet el coto a los otros parientes, assi como si la matasse. (Ed. Ureña, 1907, pág. 25.) Igual en Alfaiates P. M. H. Leg. et C. II, pág. 796; Castello Bom., pág. 750; Castel Rodrigo, pág. 866; Castel Melhor, pág. 912.

⁵⁷ Libro de los Fueros de Castilla. § 1. *Título del priuylegio de los Huerfanos que dio el Rey Don Alfonso al Conçeio de Burgos.* ...Et establezco e do por fuero que sy alguna manceba syn voluntad de sus parientes o de sus çercanos cormannos casare que algun varon o se aiuntare conel por qual quier aiuntamiento pesando a los mas delos parientes o a sus çercanos cormannos, non aya parte enlo de su padre nin de su madre, e sea enajenada de todo derecho heredamiento por siempre...

§ 183. *Título de la duenna en cabellos que se casa o se va con alguno sin plaser de sus parientes.* Esto es por fuero de Castiella: que sy una muger en cabellos se casa ose va con algun omne, sy non fuere con plaser de su padre, sy lo ouyere, o con plaser de sus hermanos, sy los ouyere, o con plaser de sus parientes los más çercannos, deue ser desserredada. Et puede la deseredar o heredar el mayor hermano,

ellos está contenido en el otro, más amplio. Es preferible examinarlos refundidos, porque, aunque de redacción independiente, reflejan un solo precepto. En el Libro de los Fueros el primer precepto aparece inserto en un privilegio dado por Fernando III a Burgos (cfr. supra 51).

Se trata del matrimonio u otra unión contraída por una doncella contra la voluntad de sus padres, hermanos o parientes más cercanos, que en el precepto amplio se ven más claramente sucesivos. Se le priva de la herencia de los padres; en el precepto amplio se atribuye la facultad de desheredar expresamente al hermano mayor. A continuación el texto amplio nos da un precepto que no ha vuelto a aparecer desde el Derecho visigodo y que coincide notablemente con la ley *Si fratres nuptias* (n. 16). Como allí, se trata de la moza huérfana que ha llegado a la edad de casar y sus hermanos o parientes no se lo permiten por el deseo de heredar lo suyo (no se explica si, como en la ley visigoda, impulsándola a la desobediencia). Ahora esa intención es la que ella debe «mostrar en tres villas o en más», después de cuyo requisito puede casar sin ser por ello desheredada.

Este precepto del consentimiento nos da un elemento para comple-

sy hermanos ouyere. Et sy ella fuere en tiempo de casar et non ouyere padre o madre e sus hermanos et sus parientes non la quisiesen casar por amor de heredar lo suyo, et deue lo ella mostrar en tres villas o en <mas> commo es entiendo de casar e sus hermanos e sus parientes non la quieren casar por amor de heredar lo suyo. Et desde lo ouyere querellado e mostrado assy commo es derecho, et despues casar, non deue ser deseredada (Ed. Galo Sánchez, 1927, págs. 5 y 96.)

⁵⁸ Fuero Viejo de Castilla, 5, 5, 1: Si alguna manceba en cauellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de suos cercanos coormanos, casare con algund ome, e se ayuntare con él por qualquiera ayuntamiento, pesando a suos parientes mas propinguos o a suos cercanos coormanos. que non aya parte en lo de suo padre nin en lo de la madre e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre. (Pág. 296.)

F. V. 5, 5, 2. Esto es Fuero de Castiella: Que si alguna manceba en cauellos se casa o se va con algund ome, si non fuer con placer de suo padre o de sua madre, si lo ouier, o con placer de suos ermanos, si los ouier, o con placer de suos parientes los mas cercanos, deve ser deseredada, e puedela deseredar el ermano mayor, si ermanos ouier; e si ella fuer en tiempo de casar, e non ouier padre o madre, e suos ermanos o suos parientes non la quisieren casar por amor de eredar lo suo, deve ella mostrarlo en tres Viellas, o en mas, como es en tiempo de casar e suos ermanos e suos parientes non la quieren casar por amor de eredar lo suo, e de que lo ouier querellado e mostrado ansi como es derecho, e despues casare, non deve ser deseredada por derecho.—(Nota de la edición: «El Ms. del Sr. VELASCO dice que debe mostrar ser de 25 años».) Ed. cit., pág. 296.

tar el del rapto (n. 42): la raptada que consiente en el raptor también ha debido sufrir la desheredación.

El que este precepto o algo análogo falte en todas las fuentes hasta ahora examinadas permite suponer que las redacciones no recogen aquí la práctica consuetudinaria de Castilla, sino más bien los puntos de vista del Derecho regio, por lo que, no obstante su carácter general, debemos considerarlas más próximas a las fuentes del siguiente apartado.

IV. DERECHO REGIO CASTELLANO

Debe considerarse incluida en él la concesión del Fuero Juzgo, instrumento de la política legislativa regia hasta que se crean los instrumentos propios adecuados mediante la legislación de Alfonso X y Alfonso XI. A estas fuentes agregamos la antes aludida petición de las Cortes —interesante sólo para la historia externa del consentimiento familiar—, una ley de Toro y un precepto de unas Ordenanzas de la Orden de Santiago, que, no constituyendo por su índole serie rigurosa en el sistema histórico de las fuentes examinadas, tiene interés por documentar la generalización de los mismos principios de la legislación regia inspirada en la Recepción, en un extenso ámbito, con la consiguiente extinción de los principios del Derecho popular.

Una importante serie de leyes del Fuero Real hacen el más acabado tratamiento de la institución, recogiendo en parte el Derecho municipal, rectificándolo y recogiendo también el Derecho visigodo del Fuero Juzgo.

59-60) Se declara el derecho de la hija —doncella o viuda— a no ser casada por fuerza de sus padres o parientes, incluyéndoles en la sanción de delito de rapto (vid. nota 44). El consentimiento familiar se subordina, pues, al consentimiento de la contrayente; es siempre a ésta a la que se refiere la ley. La doncella que se casa sin la voluntad del padre o, muerto éste, de la madre, pierde la herencia de ambos, excepto si es perdonada, en que recibe la del que perdona, o ambas si el progenitor superviviente, al tiempo del matrimonio, otorga el perdón⁵⁹. En la ley di-

⁵⁹ Fuero Real, 3, 1, 5. *Como la moza en cabello que casare sin licencia de su padre, o madre, no les succede. Si la manceba en cabello casare sin consentimiento de su padre e de su madre, no parta con sus hermanos en la buena del padre, ni de la madre, fueras ende si el padre, o la madre la perdonaren. E si el uno la*

rigida al presunto marido⁶⁰ se amplía el círculo de los parientes de la doncella que deben prestar consentimiento: padre y madre, hermanos, parientes que ejerzan la tutela*. El marido paga una multa, que se reparte por mitad entre el Rey y los parientes contrariados, y sale por enemigo.

61) Muertos el padre y la madre, pertenece a los hermanos intervenir en el matrimonio de la doncella⁶¹. Pero su oposición puede ser injusta (lo que no se admite respecto a los padres, sino en el caso que después veremos). La oposición de los hermanos debe fundarse en la existencia de enemistad con el pretendiente o en el haber recibido alguna afrenta de él. No existiendo, la doncella podrá casar libremente, excepto en una circunstancia que opera como causa absoluta de desheredación: que el novio no sea «convenible para ella o su linaje», a la

perdona y el otro no, siendo ambos vivos, haya su parte en la buena de aquel que la perdonare: e si el uno fuere vivo y el otro no, e al tiempo que casare aquel que es vivo la perdonare, parta en los bienes de ambos a dos. (Ed. cit., pág. 376.)

⁶⁰ Fuero Real, 3, 1, 14. *Como ninguno case con la moza en cabello, sin licencia de su padre o madre.* Ninguno no sea osado de casar con manceba en cabello, sin placer de su padre y de su madre, si los hobiere; si no, de los hermanos o de los parientes que la tuvieren en poder: e aquel que lo ficiere peche cient maravedís, la meytad al Rey, e la meytad al padre o a la madre, si los hobiere; si no, al que la tiene en poder, e sea enemigo de sus parientes. (Ed. cit., pág. 377.)

* Cfr. Fuero Real, 3, 7, 2. *Como los parientes mas propinquos deben ser tutores de los menores.* 3. *Como la madre es tutriz de los menores mientras no casare.* (Ed. cit., pág. 385.)

⁶¹ Fuero Real, 3, 1, 2. *Como la muger que casare sin licencia de los hermanos no debe ser desheredada.* Si el padre ó la madre de alguna muger que sea en cabello, muriere, é alguno la pidiere para casamiento a sus hermanos, é fuere á tal que la muger y los hermanos sean entregados en él, é por mal querencia ó por codicia de retener lo suyo ó por desheredarla, si casare sin su mandado, é no la quisieren casar, y ella entendiendo este engaño, é afrontando gelo casare con el, o con otro que convenga a ella, é á sus parientes, los hermanos no la pueden desheredar por tal razón: fueras si aquel con quien casare era enemigo de sus hermanos, ó les había fecho alguna afrenta: ca por tal cosa como este, maguer sea de tan buen derecho como ellos, no es derecho que case con el; e si lo ficiere, sea desheredada de la buena de su padre e de su madre: e si ella casare con alguno que non sea convinible para ella, e para su linaje, ó se fuere con alguno, de manera que sea á deshonra de ella é de su linaje, sea otrosí desheredada de lo que hobo, ó debe haber de la buena de su padre é de su madre. Empero que alguno faga contra alguna cosa destas que son sobredichas, no pierda su derecho del heredamiento que le viniere de otra parte, quier de sus hermanos, quier de otros parientes estraños. (Ed. cit., pág. 376.)

que se añade que en lugar de casarse se «vaya con alguno, lo que constituye una deshonra», matiz entre la unión legítima y la ilegítima que por primera vez hallamos apreciado.

62-64) La mujer viuda⁶², la soltera de treinta años⁶³ y la que anteriormente hubiera estado unida en barraganía (a esto debe referirse el «haber tenido señor») o unión no legítima⁶⁴ pueden casarse con cualquiera sin licencia de padres ni parientes y no son desheredadas. La doncella ha de no haber sido casada por los padres o parientes, es decir, se le concede esta facultad como liberación (igual que a la menor de treinta años respecto a sus hermanos), y para ella subsiste la condición de «casar con hombre conveniente», que sin duda desaparece para las otras.

65-66) Los preceptos de Derecho matrimonial en las Partidas proceden del Derecho canónico romano. (Cfr. Maldonado, «AHDE», XV, 589.) En éste se había formulado claramente el principio del consentimiento libre de los contrayentes, que las Partidas recogen en general y respecto a los siervos⁶⁵. La ley IV, 1, 10⁶⁶ prohíbe que los padres otorguen es-

⁶² Fuero Real, 3, 1, 6. *Como la moza que estubiere en poder de los parientes, si la no casaren fasta treinta años, puede casar sin pena: Si el padre ó la madre ó otros parientes tuvieren en su poder manceba en cabello, é no la casaren fasta treinta años, y ella casare despues sin su mandado, no haya la pena, casando ella con home conveniente.* (Ed. cit., pág. 377.)

⁶³ Fuero Real, 3, 1, 4. *Como toda muger viuda puede casar sin licencia de su padre, e madre: Toda muger viuda que haya padre ó madre, pueda casar sin mandado de ellos, si quisiere; é no haya pena por ende.* (Ed. cit., pág. 376.)

⁶⁴ Fuero Real, 3, 1, 3. *Como la muger viuda, o que haya tenido amigo o señor, si casare sin licencia de los parientes, no puede ser desheredada.* Si alguna muger viuda, o que haya habido señor ó amigo, casare después de la muerte de su padre é de su madre sin voluntad de sus hermanos, no sea desheredada por ello: ca despues que hobiere aquel yerro, y gelo sufrieren, no es razon que por el casamiento la deban desheredar. (Ed. cit., pág. 376.)

⁶⁵ Partidas, IV, 2, 5: Consentimiento solo, con voluntad de casar, faze matrimonio entre el varon e la muger.—IV, 5, 1. *Si se pueden casar los siervos ...E como quier que pueden casar contra voluntad de sus señores...* (Ed. Códigos Españoles, III, 1848, págs. 413 y 429.)

⁶⁶ Partidas, IV, 1, 10. *Que los padres non pueden desposar sus fijas, non estando ellas delante o non lo otorgando: Prometiendo o jurando un ome a otro que rescibira una de sus fijas por muger, por tales palabras como estas non se fazen las desposajas, porque ninguna de las fijas non estan delante nin sienten en el señaladamente como en marido, nin el en ella. E esto es, porque bien assi como el matrimonio non se puede fazer por uno solo, otrosi nin las desposajas. Ca el matrimonio a menester que sean presentes aquellos que lo quieren fazer, e que consienta el uno en el otro; o que sean otros dos que lo fagan por su mandado; e si el padre*

ponales respecto en los que no consientan sus hijas. Pero concede al padre la facultad de desheredar a la hija que no le obedece en esta materia. En la última frase de la ley puede entenderse que se pone una condición («y esto se entienda»): que la desobediente case con otro con la voluntad de su padre o haga maldad de su cuerpo. O bien que se trate de tres supuestos de la desheredación: que la hija no case con el prometido por el padre, o que, desconociendo esta promesa, haga cualquiera de las dos cosas.

67) En la ley IV, 3, 5⁶⁷ se castiga a los que contraen matrimonio sin conocimiento de los parientes de ella, «metiéndoles en poder» de éstos, y en el caso de que logren huir, apoderando a esos mismos parien-

jurasse o prometiese a aquel que auia jurado a el, que rescibira una de sus fijas, que gela daria por mujer, si despues ninguna de sus fijas non lo otorgasse nin quissiese consentir en aquel a quien auia jurado su padre, por tal razon non las puede el apremiar que lo fagan de todo en todo, como quier que les pueda dezir palabras de castigo que lo otorguen. Pero si aquel con quien el padre quiere casar alguna dellas fuesse atal que conuiniessse e que seria assaz bien casada con el, maguer que la non puede apremiar que cumpla lo que el auia prometido, puede la deseredar: porque non agradece a su padre el bien quel fizo, e fazele pesar, non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues desto se casare ella con otro contra la voluntad de su padre, o si fiziesse maldad de su cuerpo. (Ed. cit., pág. 410.)

⁶⁷ Partidas, IV, 3, 5. *Que pena establecio el Rey, contra aquellos que casan con algunas mugeres a furto sin sabiduría de los parientes dellas...* Sabida cosa es, que los omes que fazen los casamientos a furto, sin sabiduría de los parientes de aquellos con quien casan, mala entenzion les mueue a fazerlo: e todas las mas vegadas se sigue ende mas mal que bien. Ca a las vegadas nazen de tales casamientos muy grandes enemistades e muertes de omes e muy grandes feridas e muy grandes despensas e daños, porque los parientes dellos se tienen por desonrrados, porque por su liuidad casan con tales omes que las non merecian auer por mugeres: e aun despues que son casados con ellas, destruyenles quanto que han e desamparanlas; assi que tales y ha dellas, que con la pobreza han de ser malas mugeres. E aun nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuro: porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos e testimonios. Unde nos... defendemos que ninguno non sea osado de casar a furto nin ascondidamente. Mas a paladinas e con sabiduría del padre e de la madre de aquella, con quien quiere casar, si los ouiere; si non, de los otros parientes mas cercanos. E si alguno contra esto fiziere, mandamos que sea metido en poder de los parientes mas cercanos de aquella con quien assi casare, con todo lo que ouiere. Pero defendemos que non lo maten nin lisien ni le fagan otro mal; fueras ende, que se siruan del mientras biuiere, ca guisada cosa es, pues que tal desonrra fizo a ella e sus parientes, que reciba por ende esta pena, porque siempre finque desonrrado. E si auer non lo pudieren, mandamos que le tomen todo quanto ouiere, e apoderen dello a los parientes della. (Ed. cit., pág. 425.)

tes de los bienes del esposo. Se prohíbe que los maten o lisen, es decir, se deroga el precepto de enemistad vigente en una parte del Derecho popular y aún recogido por el Fuero Real.

El problema principal de las Partidas es el de su vigencia. Al tiempo de su promulgación subsiste la de ese Derecho popular; pero es indudable que lentamente habrá de sustituirle. Entonces quedará vigente el principio de la desheredación que ellas consignan. Pero también se ha prescindido allí de algunos elementos, como la intervención de hermanos y parientes, que por otros caminos intentarán renovar su vigencia.

68) En el Ordenamiento de Alcalá⁶⁸ se parte de un supuesto muy concreto: el matrimonio con la mujer de la casa del señor contra la voluntad de éste; pero luego el precepto se desenvuelve en términos más generales. Existe una consecuencia penal, de índole pública, que en el Ordenamiento tiende a sustituir a la venganza privada, vigente en los fueros que el mismo Ordenamiento reconoce: el esposo es desterrado con pena de muerte si retorna. Otra patrimonial: la esposa es desheredada. Los parientes que pueden hacer esto son: el padre o la madre, o pariente de tercer grado, o el señor con quien la mujer viviere. Aquí vuelve a aparecer el señor, del que no se ha hecho mención en las fuentes de Derecho municipal. Esta mención puede recordarnos la intervención señorial en el matrimonio, que en el Fuero de S. Pedro de las Dueñas se verificaba con un carácter normativo.

69) La petición de Cortes de Ocaña de 1422⁶⁹ nos da noticia sobre

⁶⁸ Ordenamiento de Alcalá, XXI, 2. *De los que façen yerros con alguna mugier de casa de su sennor, que pena debe aver: ...Et si qualquier destes que viviere con otro, se desposare o casare con la hija o con la parienta que tenga en su casa aquel con quien viviere, sin su mandado, que el que esto yerro fiçiere, que sea echado del Regno para siempre, e si tornare, que la justicia lo mate; e ella sea desheredada e aya sus vienes el pariente mas propinco, e esto que lo pueda acusar el Padre e la Madre o aquel o aquellos con quien viviere qualquier destes sobre dichos. Et si aquellos con quien viviere non lo acusaren, que lo pueda acusar qualquier de los parientes más propincos fasta tercer grado; pero si el Padre o la madre o el sennor con quien viviere, la perdonare, que la non pueda acusar otro.* (Ed. Códigos españoles, I, págs. 456-57.)

⁶⁹ Cortes de Ocaña, 1422, pet. 12. A lo que me pedistes por merçed, diziendo que en el Fuero toledano e en el Fuero de las leyes ay algunas leyes que dizen que falleçiendo el padre e madre dexan fijos e fijas, e las fijas quedan en poder de los hermanos para las tener e auer de casar, que si ellas por si se casan, que pierdan la herençia que les podria perteneçer de sus padre o madre, e que acuerda con esto el fuero castellano, e avn la ley de Partida pone pena al que afurto se esposa con

la historia externa del precepto que vamos examinando. Se alude, en general, a las leyes del Fuero Juzgo, del Fuero Real, en que se establecía la facultad de los hermanos de casar a sus hermanas huérfanas, pudiendo privarlas de la herencia de los padres si contra la voluntad de aquéllos matrimonian. Se indica la coincidencia con el Derecho castellano y se recuerda que también las Partidas penan el matrimonio «a furto». Contempla, pues, todo el conjunto del Derecho medieval que hasta aquí hemos examinado, pero acerca de él nos da una noticia importante: todo él, incluso las Partidas, no se aplicaba. ¿En qué sentido no se aplicaba? De tales matrimonios surgían contiendas y enemistades: acaso en las prácticas sociales subsistían las convicciones expresadas en los fueros, en los que la desheredación y a veces la enemistad jurídica era uno de los efectos típicos del matrimonio contraídos contra la voluntad de los parientes. El desuso debía referirse a los Tribunales, que, lógicamente, sentenciarían conforme a las Partidas, en las que había desaparecido la facultad de desheredación por los hermanos, aunque no la de los padres. Lo que se pide en las Cortes es la reinstauración del Derecho anterior, que, por otra parte, no había sido formalmente derogado.

El éxito de esta petición no puede, claro es, medirse, porque el rey la otorgue en Cortes; tampoco es un argumento decisivo el que Montalvo la incluya en su Recopilación⁷⁰. Sobre todo cuando en una ley de

las tales: e porque de los tales casamientos nascen contiendas e enemistades, e quedar sin pena es adar osadia a los malos. Por ende que me pluguiese mandar que las dichas leyes fuesen guardadas quando acaso viniese, non embargante que por largura de tiempo non ouiesen sido guardadas, pues que por otras leyes no auian seido reuocadas. (Colección de Cortes. Ac. de la Historia, t. III, 43-44.)

⁷⁰ Ordenanzas reales de Castilla, 5, 1, 4. *Que la huérfana que queda en poder de los hermanos si la casare sin su licencia pierda la herencia.* (Juan II en Ocaña, 1422; el mismo en Valladolid, 1447): Ordenamos, que muriendo la madre, teniendo en su poder alguna su fija, y aquella quedó en poder de los hermanos para la tener y aver de casar, si ella casare sin voluntad y placer de los hermanos, que pierda la herencia, que la podra pertenescer por fin de los dichos su padre y madre; y que acerca de esto se guarden las leyes de nuestros Reinos, que en ello hablan; no embargante que por luengo tiempo no ayan seydo guardadas; pues que por otras nuestras leyes no fueron revocadas.

Ibidem, 5, 6, 1. *Que sea deseredada la moza que casare contra voluntad del hermano que la tuviere en poder.* (Juan II en Ocaña, 1422): La mujer, que después del finamiento del padre o de la madre quedare en poder de sus hermanos, si casare sin voluntad del padre o de sus hermanos en cuyo poder quedo, pierda la herencia del padre o de la madre, según que se contiene en este libro en el título del matrimonio. (Ed. Códigos españoles, VI, 1849, 404 y 407.)

Toro⁷¹, de valor capital para precisar lo que es en puntos dudosos el Derecho civil realmente vigente, se atribuye exclusivamente al padre y, muerto éste, a la madre, la facultad de desheredar a sus hijos o hijas que contraigan matrimonio contra su voluntad. Con esto hemos llegado a la última fase, en el Derecho medieval, del consentimiento familiar. Faltan en ella algunos elementos que el Derecho anterior había consolidado, como la libertad de la viuda o de la soltera de cierta edad. Probablemente el juzgador tendría a la vista esos preceptos del Fuero Real o Fuero castellano. La ley de Toro sólo le serviría para negar la acción de desheredación intentada por los hermanos.

Con una finalidad diferente, unas Ordenanzas de la Orden de Santiago de 1440⁷² aluden al casamiento a «escondidas», que se hace sin

⁷¹ Leyes de Toro, 49. Mandamos que el que contragere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino, con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados a nuestra Cámara y sean desterrados destos nuestros Reynos, en los quales no entren sopena de muerte, y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan deseredat si quisieren a sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo qual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre. (Ed. Códigos sepñoles, VI, p. 564.)

⁷² Ordenanzas de la Orden de Santiago de 1440, I, 27. *Que non traten casamientos algunos sin sabiduría e plazer de los padres o madres, o tutores de las moças, so çierta pena*: Los casamientos segund ordenaçión de la madre santa Iglesia devense fazer a plazer e consentimiento de las partes, con plazer e sabiduría de los padres, madres, tutores e de las otras personas que espeçialmente las moças tienen en su poder, e aun la Iglesia pune a los que fazen casamientos clandestinos e abscondidos. e quieren que se fagan en publico e en faz de la Iglesia con las moniçiones quel derecho manda. E puesto que esto es así e somos enformado que muchas personas han osadia e atrevimiento de se casar e desposar ascondidamente, e otras personas así mesmo tratan tales casamientos con los moços e moças, sin plazer, sabiduria nin consentimiento de sus padres e madres e de las otras personas que las tienen en poder, e otras personas dan logar que tales matrimonios clandestinos se fagan en sus casas, lo qual avemos que es mal fecho e contra derecho: por ende, statuimos e ordenamos que qualesquier personas; así los omnes como las mugeres en quanto son solteras e estan con sus padres e madres, tutores e otros tenedores e administradores, que se casaren ascondidamente, sin plazer e mandado e consentimiento dellos, e los que lo trataren, e los que en sus casas consintieren fazer tales casamientos, que cada uno dellos caya en pena de seisçientos maravedis, la terçia parte para quien lo descubriere, e las dos partes para el nuestro alcaide, si fuere el logar nuestra Camara, e si fuere encomienda, por el comendador della.

(Agradezco a Emilio Sáez haberme proporcionado este texto de las Ordenanzas inéditas, cuya publicación prepara.)

conocimiento de los padres, para imponer unas penas a las contrayentes y a los que se les auxilian en su propósito; pero faltan en absoluto las consecuencias civiles que caracterizan el contenido de las demás fuentes. Tienen el interés de representar la tendencia de la institución, que domina en su tratamiento en el Derecho de la Edad Moderna (ya se advierte en las Partidas), en el que el Estado, reconociendo la índole canónica del contrato, procura aprovechar de su ordenación todo lo que se puede extraer de ella en favor de los intereses familiares y contra la libertad de los contrayentes cuando se opone a aquéllos.

LA INSTITUCION DEL CONSENTIMIENTO FAMILIAR

Hemos presentado los preceptos relativos a ella en la serie histórica de las fuentes, que nos ofrece tanto la sucesión de regímenes jurídicos como su coexistencia y aun su superposición en un mismo tiempo y lugar. No se produce, pues, la aparición de una etapa tras otra que nos permita yuxtaponer diferentes regulaciones: son tantas como lugares y momentos. Debemos intentar una visión unitaria de la institución en los límites históricos que marcan las fuentes utilizadas, sin perder de vista las variantes que éstas nos proporcionan, pero observándolas desde el esquema único y abstracto de una cuestión al que ellas dan, en ciertos aspectos y detalles, una solución diferente.

Examinaremos por separado qué personas se encuentran sometidas a obtener el consentimiento familiar para su matrimonio, qué personas son llamadas a otorgarlo y, finalmente, cuáles son las consecuencias de un matrimonio celebrado sin mediar o contrariando ese consentimiento. En cuanto a este último aspecto, sólo nos es permitido tener en cuenta aquí el punto de vista de las fuentes del Derecho secular. Será necesario completar la visión con el tratamiento paralelo que en todo su curso hacen las fuentes del Derecho canónico y que a partir de cierto momento domina plenamente sobre el civil*.

* Cfr. JOSÉ MALDONADO, *Las relaciones entre el Derecho canónico y el Derecho secular en los concilios españoles del siglo XI*, Madrid, 1943, págs. 153 y siguientes.— Debo agradecer a este querido amigo y maestro las indicaciones sobre la necesidad de completar los presentes apuntes con el estudio de la historia del Derecho canónico, así como el ejemplo de sus valiosas monografías (*Herencias en favor del alma y Nasciturus*) me anima a intentar, siguiendo su método, una sobre

a) *Los contrayentes sometidos al consentimiento.*—La cuestión se ha planteado siempre de modo principal acerca de la hija de familia. En cuanto dura la noción rigurosa de la *patria potestas* también se somete al consentimiento del padre el matrimonio del hijo no emancipado (n. 1). Según el Derecho visigodo (n. 15) el matrimonio de los hijos es dispuesto por los padres mientras viven, pero en cuanto mueren y los hijos han llegado a la adolescencia tienen plena libertad. El profesor Merêa («O poder paternal», 303) indica que tal vez también la adquieran al llegar a los catorce años, aun viviendo la madre. Es notable en todo caso que no se indique alguna consecuencia para el matrimonio del hijo sin consentimiento de su padre. Pero si la potestad de la madre habría de cesar también a esa edad del hijo, no se ve qué finalidad práctica tendría concederle solemnemente la potestad sobre el matrimonio de los varones. Creo que la libertad del mayor de catorce años, sólo existe si también ha muerto la madre, en cuyo caso la ley le autoriza a rechazar el consejo de sus parientes.

En el Derecho medieval son muy pocos los testimonios referentes al hijo de familia. El Fuero de Cuenca establece que hijos e hijas están en poder de los padres hasta que se casan, e indica que éstos hacen las bodas de unos y otros*. En el procedimiento del rapto, según el Fuero de Navarra (n. 30) los parientes del raptor son parte frente a los de la raptada, además de que las familias de ambos intervienen en la preparación del casamiento**. Pero en ninguno de los dos Derechos, ni en los restantes, se regula respecto a los hijos una oposición de voluntades. Una verdadera excepción al silencio general es el Fuero de Daroca (n. 46) en que el niño (*iuvenis*) está sometido al mismo régimen que la hija. Ya tardíamente, la ley de Toro (n. 71) los identifica también.

El sometimiento de la mujer es más duradero. Muertos los padres, el

este tema en todo el curso histórico del Derecho español. La legislación y la literatura jurídica sobre el consentimiento familiar, en la edad moderna, ofrecen un gran interés.

* Cuenca. X, 4: *Filii sint in potestate parentum, donec contrahant matrimonium, et sint filii familias...* X, 22: *Cum parentes filiis, aut filiabus suis nuptias fecerint, quicquid eis dederint, ratum habeatur.* (Ed. Ureña, ps. 260 y 278.)

** Fuero de Navarra. 1, 4, 1: *Est es el fuero que han entre yfanzones et lavradores de Navarra por casar ensemble fijos et fijas. Los parientes, segund costumbre et fuero de tierra, deven aver bonos ombres et prender plazo o se aplegarán en el plazo. Aveniendose ensemble los parientes de la esposa, demanden arras en un logar...* (Ed. cit., p. 84.)

consentimiento familiar aún es necesario. Pero puede advertirse cierta diferencia entre la hija de familia y la huérfana. Respecto a la primera, la potestad de los padres se enuncia sin reservas. El padre puede tanto en el Derecho romano como en el visigodo establecer unos esponsales válidos aun para después de su muerte (ns. 4 y 13), y ya es sabido el rigor con que este contrato preparatorio se ampara. A la hija emparentada o que vive bajo la potestad de sus padres se dirigen en primer término los preceptos de los fueros municipales. Junto a esta expresión se encuentra otra, la de manceba en cabellos. Su empleo en el conjunto de las fuentes, es indistinto, pero claro está que se trata de dos nociones diferentes. La manceba en cabellos es la soltera, que está normalmente en la potestad de sus padres, de cuya situación se sale sólo, normalmente, por el casamiento. ¿Puede la soltera cuyos padres viven no estar sometida a su potestad? En el Derecho visigodo, la misma *puella* es la que puede convenirse con su antiguo raptor (n. 23), y respecto a ambos esposos se indica que pueden demorar el plazo del matrimonio después de los esponsales (n. 14). Ficker («Sobre el íntimo parentesco», 103 y sigs.) a base de la 3, 4, 7 (n. 23) y especialmente de la 3, 4, 2 (que habla del matrimonio concluido con los padres *aut cum ipsa forsitam muliere, quae in suo consistit arbitrio*) llega a afirmar casi la evidencia de que hay una *puella* que contrae matrimonio sin intervención familiar. El profesor Merêa en unas observaciones sobre la mujer *quae in suo consistit arbitrio** rechaza esa opinión de Ficker, sosteniendo que se trata de la mujer *sui iuris* por muerte de sus padres. En apoyo de esta opinión, los que *sunt iam etatis* de 3, 1, 4 (n. 14) podrían sólo disponer sin los cognados, pero no sin los padres. Las fuentes de la Reconquista, no muestran en qué condiciones la hija ha podido liberarse de la autoridad paterna respecto a su matrimonio. Ficker intenta soslayar esta dificultad diciendo que «esas disposiciones parten a menudo de la suposición de que las hijas se casan regularmente antes de llegar a plena mayor de edad», apoyando su hipótesis con testimonios del Derecho comparado. Sin embargo, todavía puede aducirse en contra, el que algunos fueros distingan sólo la «emparentada» o virgen, de una parte, y la viuda, de otra (ns. 34, 53, 56), precisamente para expresar la libertad de la viuda; lo lógico es que se hubiera indicado explícitamente la libertad de alguna manceba. La concreta declaración del Fuero de Cuenca de que los hijos están en potestad de los padres hasta que se casan, también puede

* P. Merêa, *Dois estudos sobre a dote no direito medieval*. Coimbra, 1943. Mi reseña en *AHDE*, XV-1944.

alegarse en favor de que la hija, viviendo sus padres, estará sometida a obtener su consentimiento cualquiera que sea su edad. Por otra parte, la posibilidad de que una puella disponga libremente en su matrimonio, apunta en el Fuero de S. Pedro de las Dueñas (n. 49) donde se distinguen las hijas entregadas por sus padres de las hijas *solute* que actúan independientemente de ellos.

Sólo tardíamente en el Fuero Real (n. 62) vemos que las mancebas en cuanto han llegado a los treinta años pueden casarse contra la voluntad de sus padres. Ficker («Sobre el íntimo parentesco», 106) supone que esta disposición puede corresponder con el Derecho hispánico anterior, sólo que Alfonso X habría señalado el término romano, más elevado, de veinticinco años (pero no es este término, sino el de treinta). A la noción vaga de «llegar el tiempo de casar», utilizada por el Derecho territorial castellano (ns. 57 y 58), una glosa ha sustituido el término romano de los veinticinco años, pero esta mayor edad no libera respecto a los padres.

La soltera, aun después de muertos sus padres, tiene que solicitar el consentimiento familiar. El Derecho visigodo establece ciertas atenuaciones como es la de que la huérfana, aún menor de edad, puede casarse legítimamente con el tercer pretendiente rechazado por sus hermanos (n. 16). La hipótesis de Ficker, de que la mayor de veinte años pueda disponer libremente sobre su matrimonio es más verosímil cuando los padres han muerto y la potestad ha pasado a los colaterales. En estos términos la acepta el profesor Merêa («O poder paternal», 303). Algunas fuentes locales todavía emplean la expresión «emparentada» para designar a la que está sometida a otros parientes que no son los padres, y en ellas no se conoce restricción alguna a esta autoridad familiar (con toda evidencia en los fueros de Alcalá, Sepúlveda y Usagre, ns. 54, 55, 56). Pero lo más general es que se limite la libertad sólo de la mujer que tiene padres por lo que muertos éstos, es posible que la potestad familiar, al menos en los términos rigurosos en que produce sus efectos más característicos, haya cesado; lo que se puede comprobar en los fueros que mencionan exclusivamente a la hija, la hija que tiene padres, etc. (del sur de Aragón, n. 28; del tipo Cuenca, ns. 36, 50).

Las redacciones del Derecho territorial castellano y el Fuero Real, que enlazan con el Derecho visigodo, en cuanto someten el matrimonio de la huérfana a los hermanos y parientes, recogen también las limitaciones a su autoridad. En las «Redacciones» (ns. 57 y 58), la huérfana puede demostrar que no la quieren casar para heredarla, siendo necesario que haya llegado a edad conveniente. Nótese que esto no les da libertad mientras

viven los padres, y sí solamente frente a los colaterales. Una glosa a esta ley (n. 58 *in fine*) indica, o más bien sustituye, la «edad de casar» por la de veinticinco años.

El Fuero Real, por una parte, permite a la huérfana oponerse a una prohibición injusta de sus hermanos (n. 61), y por otra la libera totalmente sólo a los treinta años (n. 62). La legislación ulterior no entra en este detalle.

La viuda emancipada por su anterior matrimonio, debería tener una libertad absoluta para casarse. A ello se opone, en el Derecho romano, la constitución de 371 (n. 5), que aun reconociendo la emancipación, concede al padre autoridad sobre las segundas nupcias de la viuda menor de veinticinco años. Una constitución más moderna (n. 6) no ha tenido en cuenta esa reforma al considerar que la viuda *sui iuris*, y no sus padres, es la que puede ser compelida arbitrariamente por el gobernador a verificar un matrimonio. La ley visigoda no regula especialmente el matrimonio de la viuda, en cuanto al consentimiento familiar; en un precepto relativo al raptó, se le incluye junto a la doncella, con idénticas consecuencias (n. 19). El silencio de las fuentes locales abona también que en su ámbito la viuda está eximida de obtener el consentimiento; el Fuero de Alba declara expresamente que no le afecta el régimen propio de la manceba (n. 34), y la forma en que los Fueros de Usagre y Alcalá (ns. 53 y 56) mandan que la viuda se case con consejo de un pariente, sin sancionar su contravención —o haciéndolo simplemente con una multa—, indica que la intervención familiar está muy atenuada. El Fuero Real libera totalmente a la viuda de recabar el consentimiento; y equipara a ella a la que hubiera estado unida con un hombre (ns. 63 y 64). Una concepción totalmente distinta es la que inspira el Fuero de Navarra, en el que si la viuda lleva una vida deshonesta su hermano interviene para desheredarla (n. 31).

b) *Personas que otorgan el consentimiento.*—En el Derecho romano competía al *pater familias* exclusivamente. P. Merêa indica la tendencia, sensible en el Bajo Imperio, a reconocer a la madre un lugar al lado del padre («O poder paternal», 207 y sigs.). Meynal atribuye a la práctica provincial la introducción de la necesidad del consentimiento materno («Le Mariage», 744). Debe notarse el hecho de que junto al texto de algunas constituciones imperiales que se refieren al padre y a la madre (ns. 3 y 7), la *Interpretatio* haya insistido en poner en plural *los padres* allí donde el texto hablaba sólo del padre (ns. 1 y 5). De esta tendencia es una cen-

tinuación la ley visigoda, aunque, por otra parte, también el Derecho germánico «comportaba tendencias favorables a ciertos derechos maternos». Meynal observó que en el Derecho romano al tiempo de las invasiones se había producido una aproximación a las concepciones germánicas, en cuanto a conceder una participación a los parientes en el matrimonio de los hijos de familia, mayor que la ejercitada por el *pater familias* en el tiempo inmediatamente anterior, cuando ya el Derecho clásico había modelado el matrimonio sobre el consentimiento de los contrayentes.

A influencia germánica atribuye Ficker («Sobre el íntimo parentesco», 91 y sigs.) el que en el Derecho visigodo exista una potestad conjunta, aunque la ley sólo mencione al padre porque éste representaba la doble potestad. Pero prescindiendo de este tema, magistralmente tratado por Merêa en su citada monografía, es indudable que la madre tiene autoridad sobre el casamiento de los hijos («poder que no es verdaderamente característico de la «patria potestas»).

Mientras el padre vive es posible que la presencia de la madre, admitida en muchos lugares, tenga un valor meramente social. Efectivamente, en ello no se resuelve directamente el problema jurídico del consentimiento. Las fórmulas de dote (n. 12) pueden aludir a ambos padres, como cuestión de hecho, ya que los usos sociales permitirían que se tratase con ellos; e igualmente las leyes aluden al acuerdo con los padres sobre el aplazamiento del matrimonio (n. 14) a la conversación con los padres (*parentibus conloquatur*, n. 18), a los padres que reciben a la raptada (n. 22), etcétera, suponiéndose en todos estos casos un acuerdo de opiniones entre el padre y la madre. Pero al momento de decidir concretamente sobre el derecho de desposar (n. 13), la ley se ha referido únicamente al padre, declarándose en favor de los esponsales por él otorgados y en contra del matrimonio que la hija pudiera realizar con el auxilio de su madre; el que se trate de amparar los primeros esponsales, no debe oscurecer que se resuelve también la primacía del padre. Muerto éste, la función de la madre, que siempre habrá sido relevante, se configura jurídicamente. Esto es más fácil de admitir que suponer, con Ficker, que la madre tenía una potestad perfecta, pero delegada en el padre. La impresión que dan las fuentes es que el poder de hecho de la madre ha debido de ser algo mucho más efectivo. «La íntima compenetración del Derecho y de las costumbres», que según Merêa caracteriza al Derecho germánico y que por la analogía de su grado de formación puede extenderse a nuestro Derecho de la alta Reconquista, hará que en sus fuentes se exponga la intervención simultánea de ambos

padres en el matrimonio de los hijos *. La intervención de los padres única o en primer lugar, puede precisarse en la masa más considerable de fuentes, bien porque indiquen expresamente que se trata de padre y madre o de la hija (Daroca, ns. 27 y 46: *parentes adhuc vivos*; Burgos, n. 51; Molina y Alfambra, n. 28; Cuenca, ns. 36, 50), bien porque se mencione separadamente a los padres y a otros parientes (Uclés, n. 37; Alcalá y Usagre, ns. 54, 55 y 56), porque si bien en algún lugar la expresión «parientes» puede ser dudosa, se precisa justamente al tratar del consentimiento (Brihuega, ns. 38 y 52; Viguera, 29 y 47; Navarra, 29 y 48; Sepúlveda, 41 y 55). Sólo en los Fueros de Salamanca y Alba (ns. 33 y 34) queda dudoso, porque emplean sólo el término «parientes», pero debe observarse que falta en ellos el precepto del consentimiento, en el que los fueros antes citados aclaran la cuestión. Las redacciones del Derecho territorial castellano (ns. 42, 57 y 58) y el Fuero Real (ns. 44, 59 y sigs.) no sólo separan a los padres de los demás parientes, sino que establecen un orden jerárquico, que expresado con más o menos precisión estaba en las fuentes anteriores. Sin embargo, con ello han venido también a derogar un principio, vigente en el Derecho local castellano, y según el cual los padres no gozaban absolutamente de esa posición preferente. Se trata de los Fueros de Alcalá, Sepúlveda y Usagre (ns. 54-56), en que, muerto uno de los progenitores, el superviviente tiene que ponerse de acuerdo con la parentela del que falta. Todavía más gravemente limita a la autoridad del padre el Derecho navarro (n. 48), si bien se trata del excepcional procedimiento de obligar a la hija para que contraiga su matrimonio; el Fuero exige que el padre tome dos parientes próximos de él y de ella (n. 48). En todo el Derecho ulterior, la posición de los padres es primordial y, viviendo ellos, exclusiva.

Seguidamente, el hermano es el que tiene, desde el Derecho visigodo (n. 15), autoridad sobre su hermana huérfana, con las limitaciones que se han indicado. Sólo en el caso de que él sea menor, le sustituye el tío. Ambos deben consultar con los parientes más próximos. Incluso el hermano se antepone, probablemente, al patrono^o del padre en lo que toca al matrimonio de la huérfana (n. 17). La intervención de los hermanos, con el carácter único y exclusivo que asume en el Derecho visigodo, ha debido de ser atenuada en el Derecho local, en favor de una concepción más amplia de la parentela. Claro es que los hermanos serán los parientes más

* En este número del ANUARIO se publica un estudio del profesor MEREJA sobre la potestad conjunta en el Derecho medieval.

próximos, a los que, como veremos, se llama a continuación. El Derecho territorial castellano (n. 58) vuelve a poner a los hermanos en segundo lugar, e igualmente hace el Fuero Real (ns. 60 y 61), adaptando casi exactamente las prescripciones del Derecho visigodo, excepto en lo de la consulta a los demás parientes.

La intervención del tutor o curador, discutida en el Derecho romano clásico, es indudable en las constituciones imperiales (n. 3), en que aparecen en lugar del padre. Vuelve a aparecer al restaurarse estas instituciones con carácter específico, e incluso se precisa que la madre y otros parientes intervienen por razón de tutela. El carácter fuertemente familiar de esta institución en el Derecho de la Alta Reconquista, no plantea el problema del consentimiento del tutor como tal*.

Las referencias al señor o patrono, que existen en el Derecho visigodo, faltan en los Derechos locales, lo que se explica por su ámbito municipal, y sólo vuelven a aparecer en el Ordenamiento de Alcalá (n. 68), en el que se contempla una realidad más amplia. En el ámbito señorial, el problema del consentimiento de terceros en el matrimonio toma unas direcciones peculiares. Un documento de 1159 recogido por Hinojosa («Régimen señorial», 148, n. 2) excluye de la sucesión del *manso* a la hija de los concesionarios «que, contra nostram voluntatem et sine nostra licentia accepit maritum».

Volviendo al consentimiento familiar, los parientes intervienen en el matrimonio de la mujer, de modo diferente, según los distintos Derechos. En el término *propinqui* de las constituciones imperiales, ve Meynal («Le mariage», 745), los cognados, los vecinos o las personas de la misma clase social; lo general es que designe a los próximos parientes; su autoridad se acentúa y precisa en la *Interpretatio* (ns. 2 y 3). Se rechaza, viviendo el padre (n. 4); se admite expresamente cuando los padres han muerto, y por causa de la honestidad de las nupcias, interviniendo la autoridad judicial en favor de la justa libertad de la doncella. En el Derecho visigodo se establece el consejo de los parientes, cuando son los hermanos o el tío paterno quienes deciden (n. 15); en ningún caso se les atribuye directamente la potestad, pero se menciona a los propincuos en defecto de los padres, para el contrato *esponsalicio* (n. 11), y a los cognados, igualmen-

* El profesor FONT RÍUS prepara un trabajo amplio sobre la Tutela, ya expuesto en forma de lección, y en el que se encontrará un muy completo esclarecimiento de los problemas de esta institución: uno de los cuales, como él mismo ha indicado, es el del consentimiento familiar.

te para su aplazamiento (n. 14). En los Derechos locales la autoridad de los parientes no es tan general como pudiera suponerse. Hay que tener en cuenta que en el precepto del raptó, su presencia tiene también un significado procesal. Los parientes se sitúan claramente detrás de los padres (Molina, segundo, n. 28; Uclés, 37: *parentes suos o gentes suas*; Burgos, n. 51: *propinquioribus consanguineis*). Ya se ha indicado que hay fueros en que no se les cita, pero con su silencio es compatible el que también fuesen llamados en defecto de los padres. Las redacciones territoriales castellanas (ns. 42, 57 y 58) y las Partidas (n. 67) citan a los parientes más cercanos; el Fuero Real (ns. 60 y 62) a los que tuvieren en su poder o vivieren con ellos. El Ordenamiento de Alcalá (n. 68) integra las dos nociones, atribuyendo primero la potestad a los parientes con quienes vive la mujer, y en caso de que éstos no actúen, a los parientes hasta tercer grado. La ley de Toro, si no ha excluído a los parientes, lo que es difícil, ya que el Derecho posterior los llama, al menos ha consolidado la absoluta autoridad de los padres. Paralelamente a esta clara jerarquía de padres y parientes, se desenvuelve una fase del Derecho local en que la autoridad de las parentelas es predominante, incluso sobre la del progenitor sobreviviente, como se ha visto antes. Son los Fueros de Alcalá, Sepúlveda y Usagre (ns. 54, 55 y 56), que llaman a los parientes de ambos lados, y configuran netamente el consentimiento familiar en favor de los intereses de la familia.

Fuera de los parientes, ya se ha indicado la amplitud con que puede interpretarse la expresión romana *propinqui*. Amigos y familiares son rechazados, frente a la autoridad del padre sobre el matrimonio de la viuda menor de veinticinco años en una constitución imperial (n. 5).

En las fuentes de la Reconquista, los vecinos del Fuero de Calatayud (n. 26) pueden tener un papel procesal, como los amigos y vecinos del Fuero de Avilés*, dar solemnidad a la petición, pero no es imposible que a falta de parientes, en algunos círculos de Derecho local, la petición se haya dirigido al concejo.

- c) *Consecuencias de verificar una unión sin el consentimiento familiar.*
 a') *En cuanto al matrimonio.*—El consentimiento familiar no es nece-

* Avilés, 25: «Et, omne que mulier prenda pedida a sos parentes o a sus amicos et per concilio, et arras li dederit ante que la sponse, deli fidiador de suas arras quales si conveniren per foro de villa...»

Oviedo: «Omne que muller prende pedida a sus parientes o a sus amigos et per conçello, et arras lli dier. (Ed. Fernández Guerra, pág. 126.)

sario para la existencia del matrimonio en todo el curso histórico que comprenden las fuentes examinadas.

Respecto a las de origen romano, el profesor Merêa («O casamento», 26) indica acertadamente que de ninguna de ellas es lícito extraer la conclusión de que sean nulos por falta de autorización paterna los casamientos a que se refieren; incluso la sentencia de Paulo (n. 1) muestra una tendencia a reconocerlos inatacables. Sobre la procedencia de este principio, del que se venía afirmándose su índole germánica, afirma que corresponde a un círculo mucho más amplio de concepciones jurídicas populares. Entre ellas puede ciertamente admitirse la influencia germánica, habiendo ya notado Meynal la coincidencia entre las concepciones de estos pueblos y la evolución propia del Bajo Imperio. El mismo profesor Merêa había indicado («O poder paternal») que también en el antiguo Derecho germánico la mujer era un mero objeto del negocio esponsalicio, y que por influencia del cristianismo, al derecho de desposar había sucedido un simple derecho de veto.

En la legislación visigoda debemos tener en cuenta, por una parte, el derecho del padre de desposar a la hija (n. 13), que con la enérgica protección de que se hace objeto a los esponsales, sanciona gravemente un matrimonio distinto, no tanto porque contraría la voluntad paterna como por que lesiona los derechos del primer esposo, lo que se ve en el análogo tratamiento de que se hace objeto ese matrimonio celebrado con infracción de anteriores esponsales cuando son los propios padres quienes entregan a la desposada (n. 22). Por otra, la prohibición de que la hija contraiga matrimonio contra la voluntad del padre. Esto, no obstante, es posible, dando lugar a un matrimonio ilegítimo, pero válido (n. 18), como lo es igualmente el que se contrae sin el consentimiento de los hermanos u otros parientes (ns. 15 y 17).

El cumplimiento forzoso de la voluntad paterna acerca de los esponsales de la hija que no se configura en los Derechos romanos y visigodo, en el ámbito de las fuentes examinadas (ns. 4 y 13) aparece, por el contrario, con los caracteres más enérgicos en un código medieval, el Fuero General de Navarra (n. 48) en que la manceba debe aceptar por fuerza el tercer esposo que le proponga su padre. Se trata de algo, excepcional en el ámbito de lo jurídico, pero no, acaso, en la realidad social, de la que, desde antiguo, se intenta extirpar*.

* Fuero de Toledo, 1118: *Et mulier ex mulieribus eorum fuerit vidua, aut virgo, non sit data ad maritum invita non per se, nec per aliquam potentem personam.* (Muñoz y Romero, «Colección», pág. 366.)

En la legislación de Alfonso el Sabio se previene y prohíbe la realización de un matrimonio por ese procedimiento (ns. 44, *in fine*, 66).

Mediando el rapto, la grave represión penal de este delito, tanto en el Derecho romano como en el visigodo, desdibuja la posibilidad de un casamiento válido entre el raptor y la raptada. Sin embargo, ya la célebre constitución de 320 había castigado a los padres que se pacificaban con el raptor, renunciando a la vindicta (n. 7); en la legislación visigoda ese acuerdo del raptor con los padres de la raptada es posible, aunque se mencione en las especiales circunstancias de existir un primer esposo defraudado (n. 22). Pero aún queda otra posibilidad, y es la de que la mujer haya consentido en el rapto, de un modo leve, como en la misma constitución de 320, la raptada que no pide el auxilio de los vecinos, y a la que no se impone la sanción penal. En la legislación visigoda, las solemnes declaraciones de la ley prohibiendo el matrimonio entre el raptor y raptada no evitan que en ciertos supuestos, y siempre que haya cesado la situación del rapto, pueda convenirse un matrimonio entre los dos (ns. 20 y sigs.). Ello es absolutamente viable cuando en vez de una conducción violenta se produce una marcha voluntaria de la mujer (n. 18).

Los derechos locales han eliminado aquella persecución pública del rapto: lo que queda en ellos vigente es justamente la vindicta familiar que Constantino excitaba en su constitución. Ahora a la propia familia corresponde decidir si ejecuta su venganza o si se pacifica con el raptor. Así vemos que en los Fueros municipales, la condición para calificar el rapto es muchas veces, que se haga contra la voluntad familiar (*in vitis parentibus*, ns. 27 y 36), mientras que otras son los parientes quienes inician la querrela (ns. 29 y 30) y quienes pueden convenirse con el raptor (n. 28). Claro es que también la voluntad de la raptada se tiene en cuenta (*illa non querendo*, n. 37 y 38) y ella es la que inicia la querrela con el clamor del proceso por forzamiento (ns. 33 y 39). El acuerdo de los parientes y la raptada con el raptor, se admite favorablemente, en algunos casos de modo expreso (ns. 28, 38 y 39), en general, un ulterior acuerdo será posible.

El caso que más nos interesa es aquel en que prosiguiendo los parientes la querrela, se manifiesta una oposición de voluntades entre ellos y la raptada. Los fueros tienden a una manifestación libre de la voluntad de ésta; a ello responde el procedimiento del rapto, que inicialmente hace desaparecer esta situación, mediante la entrega de la raptada, pero al mismo tiempo no se le pone en poder de sus parientes, sino «in medianeto» «siendo segura de ellos» (n. 41). Su decisión resuelve no sólo la posibili-

dad de matrimonio con el raptor, sino también la caducidad de la querrela por raptó. Una masa muy considerable de fuentes indica esto muy expresamente. En Daroca el raptor es absuelto (n. 27), en Viguera los parientes pierden la querrela (n. 29), en Alba y Fuero Viejo de Castilla (ns. 34 y 42) cesa la enemistad, y en otras fuentes no se menciona esta consecuencia (ns. 33, 38 y 41). Lo mismo se ve en el Fuero de Navarra (n. 31); el hecho de que después (n. 32) aparezca el raptor y raptada en situación de enemistad no demuestra que ésta se produzca si la mujer ha ido voluntariamente con él, puesto que la propia alegación de ella, cuando quiere volver a sus parientes («por fuerza he andado y no por grado») indica que al principio no se verificó la prueba sobre este punto. No obstante, el que deba obtenerse la «plazentería» de los parientes para el retorno pacífico de la raptada, aún hace posible que debamos incluir este Derecho en el sistema a que se alude seguidamente.

Se trata del Fuero de Calatayud (n. 26), en que la mujer es declarada homiciera. Acaso una nueva tendencia sea la que nos muestran los Fueros del grupo Cuenca-Teruel (n. 36). Aquí, cuando la mujer sigue al raptor la enemistad subsiste y comprende a ambos. Este aplicar una noción más bien primitiva, dentro del desarrollo del Derecho medieval, parece a primera vista una reminiscencia o la conservación de una fase que los demás fueros habían superado. Pero ello es difícil, cuando fuentes mucho más antiguas no declaran la enemistad. El que lo haga el Fuero de Cuenca, que en general se pone en la línea que conduce al Fuero de Soria y al Fuero Real, significa, en mi modo de ver, el retorno a una concepción más enérgicamente punitiva del raptó y del consentimiento de la raptada, aunque para ello se haya utilizado el procedimiento arcaico de la enemistad. El «sit inimica cum suo raptore» del Fuero de Cuenca es el «ipsa puella potius societate criminis obligetur» de la constitución de 320 (n. 7), el «pariter puniantur» de su *Interpretatio* y el «ambo morti tradantur» de la ley visigoda (n. 21); se trata siempre de sancionar la connivencia de la mujer en el raptó. Pero el Fuero de Cuenca y todos los que lo han tomado por modelo, llevan más lejos la represión del consentimiento de la mujer contra la voluntad de sus padres, al declarar también la enemistad, cuando sin mediar raptó, la hija contrae matrimonio (n. 50). El Fuero de Usagre coincide en parte con esta tendencia, y la sigue el Fuero Real al declarar enemigo al que se casa con una mujer sin contar con los parientes de ella (ns. 56 y 60). Las Partidas (n. 67) prohíben las actuaciones privadas, pero establecen la entrega en servidumbre; y el Ordenamiento de Alcalá (n. 68) el destierro y la pena de muerte en caso de retorno.

Haya o no habido raptó, se declare o no la enemistad, o se castigue con esas severas penas cuya vigencia real no es del todo convincente, es posible el matrimonio o la continuidad de una unión de otra índole. Esta posibilidad de un matrimonio se desenvuelve propiamente bajo un ordenamiento distinto del que aquí nos ha ocupado: el canónico. Será necesario estudiar cuál ha sido la actitud de la Iglesia respecto a los matrimonios celebrados sin el consentimiento de los parientes. Siempre que las fuentes civiles se refieren al matrimonio que se contrae sin esas condiciones, están aludiendo a un acto realizado al amparo de la disciplina canónica. Como es sabido, el principio que muy pronto se afirma es que «consensus facit nuptias», pero ello más bien hace referencia (por ejemplo, en San Agustín) a la distinción entre matrimonio consumado o no. El profesor Merêa («O casamento», 30) indica que los textos eclesiásticos que lo recogen no quieren significar que la autorización de los padres fuese requisito dispensable, y recuerda que las constituciones imperiales sobre el raptó son de inspiración eclesiástica, así como que la Iglesia franca aceptó la legislación civil en este punto.

Köstler («Die Väterliche Ehebewilligung», 68 y sigs.) recoge numerosos testimonios que demuestran la actitud del Derecho canónico desde sus orígenes, contraria a los matrimonios *sine consensu parentum*; no obstante, junto al matrimonio legítimo que supone la entrega por los parientes, la dote y la bendición sacerdotal (Graciano), se admite el matrimonio simplemente rato, al que faltan esos requisitos.

En las fuentes locales encontramos un solo testimonio, pero muy significativo, acerca de las relaciones del consentimiento familiar con el matrimonio. En el Fuero de Alcalá (n. 54) los parientes de una rama que se oponen al matrimonio de la huérfana pueden «decir al clérigo que no la vele» hasta que se pague o se afiance la multa impuesta a los parientes que actuaron independientemente.

Hay, por otra parte, como se ha indicado, la posibilidad de un matrimonio «a iuras», con validez canónica y que por su falta de solemnidad permite eludir la intervención de los parientes. Es a este matrimonio al que se refieren las Partidas y el Ordenamiento de la Orden de Santiago (ns. 67 y 72), aprovechando la actitud adoptada contra ellos por el derecho canónico en beneficio de la prohibición civil. El Fuero de Alcalá (n. 40) había indicado como solución pacífica del raptó, el que se conviniera con la raptada y sus parientes un matrimonio «a bendiciones».

b') *Consecuencias de índole patrimonial*.—La mujer que se une a un hombre, en matrimonio o no, contra la voluntad de sus parientes es des-

heredada. La constitución de 320 (n. 7) consignaba la pérdida de la herencia por la muchacha que al ser raptada no pedía el auxilio de sus vecinos. La gravedad de la pena para el caso de que la raptada fuera cómplice, impide que se aplique la consecuencia patrimonial. Por otra parte, el profesor Merêa («O casamento», 21) indica que posiblemente el rigor de la penalidad en este caso no debió de durar mucho tiempo y que la pérdida de los derechos sucesorios debió de quedar como única sanción. El mismo opina que la desheredación de la hija desobediente tiene su origen en una concepción vulgar. Noticia de la práctica prerromana nos da el pasaje de Séneca (frag. ex libro matrimonio) relativo a los cordobeses, que tenían en tanta estima las nupcias que privaban del derecho de herencia a los que se unían sin celebrarlas; estando prohibido el ósculo antes de las ceremonias religiosas, la hija perdía un tercio de aquellos bienes cuando contravenía la prohibición sin estar presentes ocho parientes o vecinos.

La desheredación es también la consecuencia normal en el Derecho visigodo (ns. 16, 18 y 19). Zeumer («Historia», 239) recoge los testimonios en favor de que la ley visigoda enlaza con la tradición nacional germánica relativa a la desheredación de la mujer que se casa contra la voluntad de los padres o comete un acto contra la castidad. Igualmente puede enlazarse con el desarrollo del Derecho romano y con el influjo del Derecho vulgar. A la desheredación puede asimilarse la obligación a que está sujeta la hija del bucelario de devolver los bienes donados por razón de patrocinio (n. 17).

El Derecho municipal de la Reconquista declara la desheredación de la raptada que consiente y de la que se casa sin el consentimiento familiar. Hay algunos Fueros que no lo hacen expresamente, como el de Calatayud (n. 26); la omisión en Molina y Alfambra (n. 28) se debe a que no suponen el consentimiento de la raptada. La más considerable masa de fuentes (Cuenca, ns. 36 y 50; Uclés, 37; Guadalajara, 40; Sepúlveda, 41; Brihuega, 52; Alcalá 53) se limita a consignar la desheredación, sin determinar a qué herencia se refieren, pero puede suponerse con toda seguridad a la vista de la constante tradición que desde el Derecho romano (n. 7) afirma que se trata de la herencia de los padres, y que en el Derecho visigodo precisa que solamente es denegada esa herencia y no la que pudiera provenir de los propios hermanos (cuyo consentimiento se exige) o de otros parientes (n. 16). El Fuero de Daroca (ns. 27 y 46) concreta la desheredación (también del hijo) a los bienes de los padres. Tras la imprecisión con que, salvo excepciones, se producen las fuentes del Derecho popular, el Fuero Real (n. 61) recoge el precepto visigodo autorizan-

do la privación de la herencia de los padres, pero no la de los hermanos o extraños. Una forma peculiar de expresar la desheredación es la del Fuero de Viguera y Val de Funes (n. 47) que autoriza al padre a no darnada a su hija por razón del casamiento.

De una desheredación más amplia que la referente a la herencia paterna, quizá puedan hallarse indicios precisamente en derechos más alejados de la tradición romano-visigoda. Así, cuando en el Fuero de Navarra (n. 30) el hermano la «empara lo suyo» o cuando en los Fueros de Salamanca y Alba (ns. 33 y 34) los parientes más cercanos «heredan su buena» o «toman su haber», o cuando, finalmente, el Ordenamiento de Alcalá (n. 68), «el pariente más propincuo hereda lo suyo», además de consignarse la desheredación. Con menos seguridad, pueden asimilarse a esas expresiones las del Derecho territorial castellano (ns. 51, 57 y 58), relativas a «no suceder en los bienes patrimoniales y ser desheredada». Aunque es posible que sea una forma de aludir a la desheredación normal, el hecho de que en esos derechos sean los parientes quienes desheredan, en relación con lo que seguidamente se indicará, inclina a admitir que también *heredan* a la mujer que se casa sin su consentimiento, como si hubiera muerto.

Pueden desheredar las mismas personas y en los mismos límites que están llamadas a otorgar su consentimiento. Debe, no obstante, examinarse la cuestión separadamente, ya que no tratándose de los padres, se han introducido ciertas medidas de defensa en favor de la desheredada, mirando a los parientes que resultan beneficiados de la desheredación. Ya en el Derecho romano (n. 5) se previene que los parientes pueden impedir el matrimonio de la huérfana con el deseo de ser llamados a su herencia al no tener aquélla sucesión. Esta eventualidad no ha sido considerada hasta la redacción del Derecho territorial castellano: «sus hermanos o parientes se oponen por amor de heredar lo suyo» (ns. 57 y 58) pues la ley visigoda (n. 16) se refiere concretamente a que los hermanos ejercitarán el derecho de desheredación. En todo caso, a partir del Derecho visigodo, se intenta no amparar con el derecho de consentimiento el interés ilegítimo sobre la herencia (n. 16); le siguen las redacciones territoriales castellanas y el Fuero Real (ns. 57, 58 y 61). En ellos también pueden desheredar los hermanos o los parientes, pero se concede a la mujer la facultad de denunciar el interés ilegítimo, recabando su libertad respecto al matrimonio. Como un paréntesis en esa continuidad, se producen aquellas fuentes que, reflejando una concepción muy distinta, autorizan a los parientes a intervenir el matrimonio, pero no limitan el interés que puede moverles a ello, como el hermano en el Fuero de Navarra (ns. 30 y 31), los parien-

tes en los Fueros de Salamanca, Alba, Alcalá y Usagre (ns. 33, 34, 54 y 56), y más acusadamente, «los parientes que habrían de heredar» en el Fuero de Sepúlveda (n. 55). Parece como si se hubiera dado forma jurídica a la pretensión enérgicamente rechazada por la constitución imperial de 371 (n. 5).

Si los padres perdonan a la hija, según el Derecho visigodo (ns. 18 y 19) no se produce la desheredación, e independientemente de esto pueden donarle algunas cosas, de las que ella dispondrá libremente. El Fuero Real (n. 59) ha diferenciado las consecuencias del perdón familiar: viviendo ambos padres, el que cada uno de ellos otorgue decidirá el derecho de la hija sobre sus respectivas herencias; habiendo muerto uno de ellos, la actitud que tome el sobreviviente afectará a ambas sucesiones.

La facultad de desheredar ha sido limitada por las Partidas (n. 67) a los padres; la reforma es decisiva, puesto que se priva de esta importante consecuencia a la intervención, allí autorizada, de otras personas. Como lo es el que se haya invertido la forma de desheredar, ahora facultad y no efecto legal, aunque susceptible de suspensión. Esta reforma no la ha aprovechado el Ordenamiento de Alcalá (n. 68) que vuelve a permitir a los parientes desheredar, si bien el perdón de los padres, como ocurre desde el Derecho visigodo, cierra el paso al ejercicio de esa facultad. Pero sí la ha aprovechado en ambos aspectos la ley de Toro (n. 71) que coincide con las Partidas en configurar la desheredación como facultad exclusiva de los padres.

Los hermanos no se han resignado y en las Cortes de Ocaña, alegando las Partidas, que en modo alguno apoyaban su pretensión, han intentado restablecer el viejo instituto del consentimiento con desheredación (n. 69). Pero, seguramente, ese precepto, que responde a la tendencia del Derecho popular, no ha conseguido imponerse a la progresión del Derecho regio (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas...), y es el menos significativo históricamente aunque fué el motivo ocasional del presente ensayo.

RAFAEL GIBERT