

GIBERT, Rafael.—“El consentimiento familiar en el matrimonio, según el Derecho medieval español”.—Publicaciones del Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XVIII. Madrid, 1947.

Antes de entrar en el contenido de este interesante trabajo, creo de interés hacer resaltar el método de que se vale el autor, porque en pocas ocasiones, dentro del campo estricto de nuestra Historia del Derecho Privado, se ha llevado a la práctica con tan felices resultados<sup>1</sup>.

Consiste el método—en forma casi esquemática—en dividir el trabajo en dos partes esenciales; en la primera se recogen y exponen críticamente las diferentes fuentes de conocimiento sobre el tema, y en la segunda parte se realiza la construcción científica sobre las citadas fuentes. Este método es el que aplica Gibert en este estudio monográfico sobre el consentimiento familiar en el matrimonio en nuestro Derecho medieval. En la primera parte del mismo, bajo el título general de “Examen de las fuentes”, hace una exposición crítica de las mismas, agrupándolas en: Derecho romano de los visigodos, Derecho visigodo, Derecho popular de la reconquista y Derecho regio castellano. En cada uno de estos grupos inserta una gran cantidad de textos; así, en el Derecho popular de la reconquista incluye un buen número de Fueros municipales, fuentes territoriales, etc.; o en el Derecho regio castellano inserta disposiciones del Fuero Real, de las Partidas, del Ordenamiento de Alcalá, de peticiones de Cortes, etc.

Pasa después, en una segunda parte, a elaborar la institución del consentimiento familiar, sobre ese cúmulo de fuentes, desarrollándola en tres apartados. En el primero de ellos trata de qué futuros contrayentes están sometidos a ese consentimiento, y nos cita a la hija de familia como caso principal que aparece regulado en las fuentes de los distintos momentos, y así en el Derecho visigodo y en el de la Reconquista (en el que aun muertos los padres necesitan consentimiento familiar), Fuero Real, Derecho territorial castellano..., examinando sus causas y circunstancias. En cambio, la regulación es diferente tratándose del hijo no emancipado, según el Breviario de Alarico II; y en general en el Derecho visigodo se dice que el matrimonio de los hijos es dispuesto por los padres y que, a falta de éstos, si los hijos han alcanzado la adolescencia tienen libertad plena. En el Derecho de la Reconquista son pocas las noticias sobre este caso, y sólo en algún fuero, como el de Cuenca, se establece que los hijos estarán en poder de los padres hasta que se casen, e incluso que éstos hacen las bodas de ellos.

En un segundo apartado se ocupa de las personas que otorgan ese consentimiento. Parte del Derecho romano, en el que es sólo el padre el que lo otorga, pero ya en el Bajo Imperio son el padre y la madre, disposición que también aparecía en el Derecho germánico y que después encontramos en el Derecho visigodo. En el Derecho de la Reconquista, con

1. Este método ha sido empleado maravillosamente por el profesor Alvaro d'Ors en algunos de sus trabajos y concretamente en el titulado *Optio Servi*, publicado en el mismo tomo XVIII del A. H. D. E.

distintas modalidades, se expone la intervención simultánea de los padres en el matrimonio de los hijos. A falta de los padres, el hermano mayor es el que, desde el Derecho visigodo, tiene autoridad sobre su hermana huérfana, y si éste es menor, el tío, en ambos casos se consulta con los parientes. En los derechos locales, se amplía este concepto de parentela, volviendo en el Derecho territorial castellano y en el Fuero Real a lo prescrito en la legislación visigoda.

El consentimiento del tutor o curador aparece, sobre todo en el Derecho de la Alta Reconquista, en que esta institución adquiere una mayor importancia. En el Derecho visigodo y en el Ordenamiento de Alcalá encontramos referencias al señor o patrono del padre con relación al consentimiento.

Trata después de los parientes "propinqui", examinándolos a través de las distintas modalidades de los diversos momentos.

En la última parte estudia las consecuencias de una unión sin consentimiento familiar. A lo largo de todas las fuentes medievales el consentimiento no es necesario para la existencia del matrimonio; así, en el Derecho romano no son los matrimonios nulos por falta de autorización paterna. En la legislación visigoda, el padre tiene derecho a casar a la hija, y se establece la prohibición de contraerlo contra la voluntad paterna; caso de realizarlo es un matrimonio ilegítimo, pero válido, lo mismo que si lo hace sin consentimiento de los hermanos o parientes.

Estudia después el caso especial del rapto. En el Derecho romano, con sus graves consecuencias; en el visigodo, que, aun prohibiendo el matrimonio entre raptor y raptada, hay ciertos supuestos en que se admite, siempre que se demostrase la marcha voluntaria de la mujer. En los derechos locales, la familia decide la venganza o paz con el raptor, teniendo en cuenta la voluntad de la raptada; señalando distintas modalidades, algunos fueros, en cuanto al procedimiento de la querrela familiar y a sus consecuencias posteriores. Se detiene después en la influencia del Derecho canónico en el matrimonio, pues, aún siendo contrario al efectuado sin consentimiento familiar, admite también como tal el realizado con la falta de tal requisito, es decir, el simplemente rato.

Por último, señala las consecuencias de índole patrimonial que produce esta falta de consentimiento en la mujer que se une sin la autorización de sus parientes, se produce la desheredación, esta es la consecuencia normal en casi todos los momentos que comprende este trabajo. He aquí a grandes rasgos el contenido de esta magnífica monografía. Haciendo de la misma una apreciación un tanto detenida, se podrían encontrar algunos detalles algo imprecisos, es el caso de algunas expresiones terminológicas, como cuando emplea, a veces, el término "derecho medieval" para indicar el derecho estricto de la reconquista, detalle muy comúnmente usado en este sentido, pero que tratándose de un trabajo sólo del período medieval se nota más. También en la parte de construcción científica encontramos algunos párrafos excesivamente recargados con citas, lo que impide una fácil lectura y asimilación del texto, al mismo tiempo que pierde vigor el estilo literario del autor, siendo así que estas

citas, la mayoría de las veces, podrían haberse hecho constar en notas a pie de página.

En conjunto, el trabajo es completísimo y de gran utilidad, pues viene a llenar una de las múltiples lagunas de la historia de nuestro Derecho privado. Esperamos que pronto, Gibert, nos complete este estudio del consentimiento familiar en el matrimonio, a través de toda su evolución en nuestra historia, hasta enlazar con el sistema jurídico actual.

J. CERDA

MEREA, Paulo.—“Sobre a posse de ano e dia nos foros da Idade media peninsular”.—Sep. del Bol. de la Universidad de Santiago, 49-50, 1947.

Descartada la doctrina que ve en la posesión de año y día una prescripción de plazo breve, el autor se propone una construcción histórica y dogmática sobre las fuentes. Es en el proceso judicial donde se revela la posición privilegiada de ese poseedor. En el proceso la prueba era formal y, por lo tanto, unilateral, y decisiva su atribución a una u otra parte. El que demanda la raíz acusa al que la tiene de tenerla injustamente. El demandado tiene que rechazar la acusación; el medio ordinario es “dar otor”, llamar al proceso a quien le transmitió el bien (\*). Pero si ha poseído un año y día—plazo típico—, la prueba de este hecho es suficiente para la defensa. La posición privilegiada es relativa; sólo puede oponerse a quien ha estado presente a esa posesión y ha permanecido en silencio. Naturalmente, con esa restricción, la posesión de año y día equivale prácticamente a una usucapión. La doctrina admitida, huyendo de la asimilación entre ambos institutos, supone que cabe todavía al demandante probar su derecho mejor. Se trataría simplemente de una alteración en el orden de la prueba. Aquí, P. Merea define una tesis distinta y que nos parece enteramente acertada: la posesión de año y día proporciona una posición invulnerable frente al demandante que ha “callado” pudiendo actuar. Modalidad procesal, sí, pero que trasciende al orden sustantivo. La singularidad histórica del Derecho municipal queda sentada, no sobre la sutil distinción entre derechos subjetivos, sino sobre el contorno vigoroso de diferentes acciones.

Admisión de plazos más largos, exigencia de buena fe, distinción entre posesión y propiedad, etc., van alterando el régimen del Derecho municipal. Agudamente ha sido observada la contaminación del sistema de año y día por la prescripción de tipo romano.

No reseñamos una gran cantidad de observaciones incidentales llenas de enseñanza. Es ejemplar, sobre todo, el que los textos sean tratados cuidadosamente, con algo de ese rigor que ponen los romanistas en el manejo de los suyos, más dificultoso en los de nuestro Derecho medieval

(\*) Respecto al límite del tercer otor debe tenerse en cuenta la interpretación contenida en *Observancias aragonesas*, de DÍAZ DE AUL. (Savali y Penen, II, 676 in fine); según la cual lo que se limita no es la serie de otors, sino la variación.