

Estudia, en primer lugar la autora, los derechos conyugales que aparecen influidos por la separación de hecho (alimentos, poder doméstico de la mujer, domicilio de la mujer, derechos arrendaticios urbanos, relación paterno-filial), y luego pasa a ocuparse de los que no se ven afectados por aquella situación (deber de fidelidad, presunción de paternidad del marido, acción de desconocimiento, estatuto patrimonial del matrimonio, derecho a indemnización en caso de muerte). Es amplia la referencia al Derecho social (prestaciones familiares y seguros sociales) notando la falta de concordancia con las soluciones que, para casos idéntico, ofrece el Derecho civil. Cierra el estudio unas breves alusiones a la legislación fiscal.

A juicio de la autora, no es deseable una regulación legislativa de la materia, pareciendo preferible que se deje a los Tribunales la facultad de dictar en cada caso las medidas necesarias durante la separación de hecho. Para suprimir las diferencias entre la legislación social y la civil, propone la sustitución de la noción de *personne à charge* por la de «persona con derecho a alimentos».

La obra utiliza exclusivamente fuentes bibliográficas francesas, y en ocasiones se revela demasiado superficial, pero puede ser útil como punto de orientación para el estudio de la cuestión en nuestro Derecho.

Gabriel GARCÍA CANTERO

FUENMAYOR CHAPIN, Amadeo de: «El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)», Instituto Editorial Reus, Madrid 1959, 147 págs.

La Orden de 10 de marzo de 1941, primero, y la firma del Concordato de 1953, después, ofrecieron base para una interpretación del artículo 42 del Código civil que viniera a conformarse con la doctrina del canon 1.099. Canonistas y civilistas coincidieron en sus apreciaciones, y en algún momento la *communis opinio* llegó a ser casi unánime. Pero con la publicación del Decreto de 26 de octubre de 1956—en apariencia destinado a ser una simple reforma del Reglamento del Registro civil, aunque en la realidad prefigurador de lo que había de ser el nuevo artículo 42 del Código—pronto se advirtió que la orientación legislativa no discurría por tales derroteros. Y la polémica doctrinal surgió entre canonistas y civilistas, o mejor, entre «maximalistas» y «minimalistas», o sea, entre quienes postulaban la necesidad de acoger íntegramente el Derecho de la Iglesia en el punto referente a las personas obligadas a la forma canónica del matrimonio, y quienes eran partidarios de conservar en todo su significado el término «profesara». La polémica subió de tono, adquiriendo cierta dureza, pues se llegó a hablar de una violación del Concordato, haciendo revivir una cuestión que si en el siglo *xxx* constituyó una de las más espinosas que tuvieron que solventar los autores de la Codificación, en la mitad del siglo *xx* llevaba camino de convertirse en un peligroso punto de fricción doctrinal. La Ley de 24 de abril de 1958, al reformar diversos preceptos del Código civil, mantuvo sustancialmente el criterio avanzado por el Decreto de 1956, en la nueva

redacción dada al artículo 42. Por otra parte, es de observar que después de la reforma se siguen manteniendo posturas «maximalistas» por algunos comentaristas (1).

Para mediar en la polémica eran precisas singulares cualidades de objetividad y tacto, al par que un sólido prestigio en Derecho Canónico y en Derecho Civil. Había que pacificar los ánimos, aquietar los escrúpulos de unos, y dar a los otros las debidas satisfacciones. Necesario era establecer la debida distinción entre los principios y su actuación práctica; tener en cuenta el condicionamiento histórico, el *hic et nunc* de toda realización legislativa, recordar las exigencias que impone nuestra pertenencia a una Comunidad de Naciones cuyos ordenamientos matrimoniales son como son, y no como nosotros deseáramos que fueran. Y esto es lo que ha realizado Fuenmayor con mano maestra en un fino análisis del reformado artículo 42 del Código civil, que en adelante será de necesaria consulta para quien aspire a conocer nuestro sistema matrimonial. Obligado es reconocer que pocos tan bien preparados como el autor para ensayar una valoración de la reforma desde un punto de vista intrínseco, y para ofrecer criterios nuevos que puntualicen mejor la exégesis civil.

El presente estudio—publicado como artículo en los números de diciembre de 1958 y enero de 1959 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia—ofrece tres partes claramente diferenciadas. La primera, lleva por título *El estado de la cuestión al tiempo de la reforma*, y constituye una exposición histórica arrancando del Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de febrero de 1875 en donde se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por Alonso Martínez y que pasó a constituir el texto del artículo 42. En la segunda, bajo el rótulo *El artículo 42 reformado*, se efectúa un profundo análisis interpretativo del nuevo precepto, de máximo interés para la teoría y para la práctica, al propio tiempo que se compara con el derogado. La mera enunciación del título de la tercera parte—*La reforma ante el Derecho de la Iglesia*—es suficientemente expresiva para dar idea del interés real que ofrece su contenido.

I. Fuenmayor sigue paso a paso las vicisitudes del atormentado artículo 42, desde sus orígenes hasta la Ley de 24 de abril de 1958. Juzgamos innecesario el detallarlas por estar ya expuestas sustancialmente por otros autores. Subrayaremos sólo que están recogidas fielmente las diversas interpretaciones doctrinales—puede decirse que nada ha escapado a la crítica de los comentaristas en el viejo texto del artículo 42», constata el autor—así como la evolución de su exégesis por vía administrativa. Al analizar el sentido de la frase «los que profesen la religión católica», escribe Fuenmayor: «En torno a esta frase, que ha sido tildada de ambigua, equívoca, desafortunada y hasta capciosa, se ha centrado... la principal discrepancia de los comentaristas, tanto en el plano de la exégesis doctrinal como en las famosas interpretaciones de índole gubernativa. Y es que la frase encierra—con más o menos acierto—el eje sobre el que gira el sistema matrimo-

(1) Díez GÓMEZ: *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, en «Rev. de Derecho Notarial», 21-22 (1956), 328, escribe: «Parece indudable que por no profesar la Religión católica ha de entenderse no haber recibido el bautismo».

nial, fruto de una transacción o compromiso de tendencias contrapuestas, que, si parecen unidas en el momento de la llamada *concordia*, luego rebrotan al tratar de la aplicación práctica de norma trascendental».

II. Por exigirlo así el elemento sistemático propio de toda exégesis legal, el autor pasa revista a las normas concordantes del artículo 42 en la legislación civil o estatal: artículos, 86, 75 y 76, 51, 83—4.º, y 101—4.º del Código civil, 471 del Código penal, 80 número 2 de la Ley de Registro de 1957, los preceptos correspondientes del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, y la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957.

Al enfrentarse con la expresión «los que profesen la Religión Católica» del nuevo artículo 42, dice: «A mi juicio, la expresión legal—tanto en el nuevo texto del artículo 42 como en el anterior—admite, en principio dos interpretaciones extremas: a) «No profesar la Religión Católica», como equivalente a no haber estado nunca, después de la infancia, agregado en el fuero externo a la Iglesia Católica, concepto que incluye a los que se hallan exentos de la forma canónica por el canon 1.099, es decir, a los que ni recibieron el bautismo en la Iglesia católica ni se convirtieron a ella de la herejía o del cisma; b) «No profesar la Religión católica», como sinónimo de no hacer actualmente profesión de fe, concepto amplio que admite una gama variada de matices, pudiendo comprender no sólo a los infieles o heterodoxos desde su infancia, que nunca profesaron nuestra fe, sino también a los que, católicos de origen o de conversión, son ahora apóstatas, cismáticos, herejes o simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos. La ambigüedad de la expresión legal en materia de tanta trascendencia y gravedad, esta pidiendo—así lo confirma la abundante experiencia de casi tres cuartos de siglo—una norma reglamentaria que tome partido, con criterio de autoridad, entre esas varias posibles acepciones. Convencido estoy de estas dos cosas: 1.º Que mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase, ha de existir una exégesis del artículo 42 por vía administrativa; 2.º Que la norma reglamentaria, por su misma naturaleza, podrá modificarse por la autoridad civil sin reformar el texto del artículo 42. Hoy tenemos también norma reglamentaria: el Decreto de 26 de octubre de 1956—y el nuevo Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, que ha recogido sus preceptos—, que ha tomado partido a favor de un criterio intermedio, pues si no hace equivalente, el «profesar» al «pertenecer» o «haber pertenecido en algún momento a la Iglesia católica», rechaza también las interpretaciones más laxas, al excluir de entre los que no profesan a quienes siendo católicos—de origen o de conversión—son ahora simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos».

Estima, finalmente, que, sin modificar el nuevo texto, es posible, por vía administrativa una interpretación más acomodada a las normas eclesiásticas.

Con base en el Decreto de 1956, cuyas normas se han recogido en el nuevo Reglamento del Registro civil, juzga el autor que son posibles contrayentes del matrimonio civil, tres categorías de personas: a) Los que no son súbditos de la Iglesia católica; b) Los súbditos de la Iglesia católica exentos

de la forma canónica si contraen entre sí o con persona infiel; c) Los apóstatas, es decir, los católicos incurso en el delito canónico de «apostasía»; prescindir de la referencia a la apostasía llevaría inevitablemente a dejar sin valor práctico el deber jurídico de contraer canónicamente que el Estado impone en el apartado 2.º del artículo 42 a todos los que profesan la Religión católica. En cuanto al problema de la prueba de la no profesión, recoge Fuenmayor los criterios de la Circular de 2 de abril de 1957.

Ocupándose de la fundamental cuestión de la exigencia de la forma canónica en el Código civil, sostiene el autor que el deber impuesto en el artículo 42 apartado 2.º de celebrar el matrimonio canónicamente, no es simple deber moral, sino de carácter jurídico, uno de los que la doctrina llama «deberes finales», porque se imponen a quienes intentan alcanzar un resultado jurídico, en este caso, a los que quieren contraer matrimonio. Se pregunta luego por la sanción que acarrea la infracción de tal deber. En último término, si el matrimonio ha llegado a contraerse entre personas, una de las cuales al menos profesa la Religión católica, la nulidad resulta del carácter imperativo, no meramente dispositivo del artículo 42 del Código y tiene cabida holgada en el artículo 101, apartado 4.º del Código civil, pues, en tal supuesto el Juez carece de poder absoluto, no tiene competencia alguna para celebrar el matrimonio civil. Refuerza su argumentación con la consideración en su conjunto del sistema matrimonial cuya infracción debe acarrear la nulidad al amparo del artículo 4.º del Código.

Discrepando de Sancho Rebullida (2) entiende Fuenmayor que el sistema hoy vigente en España es el de matrimonio civil subsidiario. La reiteración de matrimonio en forma canónica por persona unida civilmente de conformidad con el nuevo artículo 42, hace funcionar el artículo 51 del Código, y el nuevo matrimonio, por tanto, carecerá de efectos civiles. Sigue la opinión de Mons. del Amo en el sentido de que el hecho integrará además la figura del delito de bigamia del artículo 471 del Código penal. Confrontando el nuevo texto con el viejo artículo 42, y después de una minuciosa exégesis con interesantísimas alusiones a los posibles casos de «conversión» de un matrimonio civil en canónico—el supuesto contrario no cabe—, concluye Fuenmayor que la reforma ha llevado a consagrar con trazo enérgico el sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario, evitando el peligro de que se convierta de hecho en facultativo.

III. Por venir de quien vienen, juzgamos del máximo interés las afirmaciones del autor contenidas en la tercera parte bajo el título «La reforma ante el Derecho de la Iglesia». Que sepamos, nadie había abordado la cuestión, Fuenmayor lo hace con valentía y amplia documentación.

El artículo 42 es una norma del Derecho secular llamada a tomar partido en materia mixta, por ello se hace indispensable contemplar el Derecho de la Iglesia aplicable actualmente en España. Sería unilateral el criterio de interpretar la reforma con olvido del espíritu del ordenamiento canónico,

(2) Se trata de un trabajo publicado en «Pretor», 6 (1957), 5 s., bajo el título *El artículo 42 del Código civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*. Pero, posteriormente, SANCHEZ REBULLIDA ha perfilado más su parecer y juicio crítico del sistema matrimonial instaurado por el artículo 42 reformado, en un amplio comentario legislativo publicado en «Themis», 4 (1958).

espíritu que sólo puede entenderse recordando la finalidad sobrenatural de la Iglesia, la *salus animarum*.

El autor define y caracteriza las instituciones de la dispensa, exención, tolerancia y disimulación que han tenido y siguen teniendo vida lozana en el Derecho canónico, el cual no se inspira en el principio, propio del Derecho secular moderno de la igualdad de los súbditos ante la ley, sino en aquel otro paulino del *alter alterius onera portate*. La Iglesia, a quien no le preocupa la dispensa, aspira a suprimir la tolerancia y a eliminar la *res dissimulata* cuando el cambio de circunstancias permitan aplicar en su plenitud la norma infringida.

Fuenmayor se inclina a creer que la declaración de S. S. León XIII relativa a la fórmula de Alonso Martínez contiene una ley tolerante, y que el Concordato de 1953 ha querido revisar, derogándola implícitamente, la *lex tolerans* de 1887, en el sentido de que la imperatividad de la forma canónica se extienda al caso de que uno sólo de los contrayentes profese la religión católica; el apartado C) del Protocolo ad artículo 23 del Concordato exige, de manera inmediata y directa, un mínimo, sin renunciar por ello la Iglesia al máximo, tal como resulta de la declaración genérica de la confesionalidad del artículo 1.º. Otra cosa es determinar cuándo será posible exigir la perfecta armonía de ambos ordenamientos en la materia matrimonial. Esto corresponde a una esfera distinta, la de la diplomacia, llamada a ponderar la oportunidad, es decir, el ritmo aconsejado por la prudencia en la aplicación de los últimos efectos que cabe esperar de la confesionalidad.

En la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957 exige la Iglesia que la permisión del matrimonio civil, según las normas del Decreto de 1956, se haga con criterio restrictivo. ¿Cómo calificar esta actitud de la Iglesia? Entiende Fuenmayor que no puede hablarse de tolerancia en sentido jurídico, pues falta una declaración formal—la *lex tolerans*— del superior eclesiástico que sirve para legalizar dentro de ciertos límites la conducta que se juzga tolerable, y falta, asimismo, una conducta antijurídica no impedida por la Iglesia por medios coercitivos (existe una inobservancia del Derecho canónico por parte de los contrayentes y por parte de los testigos, pero a unos y a otros se imponen las penas canónicas *per modum precepti*, según la Circular). Tampoco existe una *dissimulatio*. Para explicar esa actitud pasiva de la Iglesia basta recordar la doctrina de comentaristas y teólogos, según la cual obra lícitamente el legislador secular que—por razones graves impuestas por las circunstancias de la vida civil moderna—establece el sistema de matrimonio civil facultativo; los contrayentes y los testigos obran ilícitamente, pero no—si se dan las circunstancias indicadas—el legislador ni los jueces del Estado. Doctrina que se aplica a países como Italia y la República Dominicana, y que con mayor razón al sistema actual español de matrimonio civil supletorio, en que para la mayor parte de los súbditos se exige civilmente también la forma canónica de celebración.

¿Puede estimarse en un todo correcta, a la luz del magisterio de la Iglesia, la reforma llevada a cabo en nuestro régimen matrimonial mediante el Decreto de 1956 y la nueva redacción dada al artículo 42 del Código civil?, se pregunta el autor.

No es el español el único ni el primero de los Estados modernos confesionales que se han visto obligados a tolerar, a pesar de su profesión de catolicismo, el matrimonio civil en supuestos que la Iglesia califica abiertamente de uniones concubinarias. Los matrimonios civiles que se pueden celebrar al amparo del Decreto de 1956 (y nuevo Reglamento del Registro civil) algunas de las personas obligadas a la forma canónica por el canon 1.099, son ciertamente un mal—un torpe concubinato a los ojos de la Iglesia—; pero esto no puede extrañar, se toleran únicamente los males, nunca el bien o la virtud. Hay aquí tolerancia porque el Estado se limita a una permisón puramente negativa: no reprime ese mal, imponiendo coactivamente la observancia del canon 1.099; y deja en libertad a los súbditos rebeldes a la Iglesia—a los apóstatas—para que celebren el matrimonio civil o el religioso. La cuestión se reduce a determinar si se dan en nuestro caso aquellas circunstancias de hecho a que hacía referencia Pío XII en su Alocución de 6 de diciembre de 1953 al Congreso de Juristas Católicos Italianos, y que permiten hablar de una verdadera hipótesis de tolerancia. Fuenmayor distingue dos órdenes de razones: internas e internacionales, siendo, a su juicio, las últimas, verdaderamente decisivas. Al tiempo de la reforma del Código había el fundado temor de una campaña internacional de los disidentes, y el Estado se inclinó—*pro bono pacis*— por la tolerancia. Se trata de una tolerancia de hecho que lleva consigo la libertad, por parte de la Iglesia, de revisar el actual sistema cuando ella estime que las futuras circunstancias son oportunas para exigir que el Estado, sacando las últimas consecuencias de su confesionalidad, acomode por entero su legislación matrimonial al ordenamiento canónico. Lo que aún falta por lograr para que la armonía sea completa está condicionado por circunstancias históricas que deben ser apreciadas en último término por la propia Iglesia.

IV. Posiblemente el lector que ha llegado hasta este punto desea menos saber la opinión del recensor que tomar conocimiento directo de la obra criticada. En realidad, nuestro parecer ya está anticipado, y volvemos a reiterarlo en el sentido de que juzgamos el estudio de Fuenmayor como el más serio esfuerzo hasta ahora realizado de crítica constructiva sobre la reforma realizada en este punto por la Ley de 24 de abril de 1958. Pero no pensaríamos haber cumplido nuestro deber si no subrayáramos los puntos, a nuestro juicio, más notables en el trabajo de Fuenmayor: el expreso reconocimiento de la discordancia entre la doctrina canónica y el sistema instaurado por el nuevo artículo 42 del Código, su logrado esfuerzo para una interpretación restrictiva del concepto de la «no profesión», su ingeniosa teoría para sancionar la infracción del artículo 42, el dejar—finalmente—abierta la puerta para una interpretación más acomodada al Derecho de la Iglesia sin necesidad de modificar el Código civil y dentro del marco del Concordato de 1953.

Sostiene Fuenmayor que ninguna cláusula del Concordato obliga al Estado, directa ni indirectamente, de manera incondicionada, con la exigencia propia de un pacto contractual, a recibir en el ordenamiento civil la norma contenida en el canon 1.099. Rebate luego las opiniones contrarias fundamentadas, sea en el artículo 23 del Concordato, sea en el artículo 35, número 2.º en la declaración de confesionalidad del artículo 1.º Hay que

reconocer que sus argumentos poseen mucha fuerza. Sin embargo, la tesis del autor no casa con la referencia en el apartado D) del Protocolo al «matrimonio de los no bautizados», respecto del cual el Estado ha limitado voluntariamente su facultad legislativa futura comprometiéndose a no establecer impedimentos opuestos al Derecho natural. Es evidente que si aquí se sigue un criterio de la no recepción del bautismo, no hay razones para utilizar el subjetivo de la profesión en el artículo 42.

La no profesión es un concepto poco técnico, que se escapa al intérprete a poco que quiera en él profundizarse. Desde este punto de vista, la reforma no ha sido afortunada. Ciertamente que había el problema humano, entrañable al protestantismo; pero con el nuevo artículo 42 sigue abierta la fuente de otros conflictos, no menos humanos ni de gravedad inferior, derivados de la inflexible aplicación del artículo 51 del Código civil y del 471 del Código penal. Problemas que tan acertadamente Mons. del Amo proponía eliminar para el futuro.

Por último, cabe reprochar a la Ley de reforma el no haber tocado la regulación propia del matrimonio civil—salvo en aislados preceptos—que adolece de numerosas e importantes deficiencias (3).

Gabriel GARCÍA CANTERO

**GLASSING, Hellmut: «Voraussetzungen der Adoption», Frankfurt a. M. Berlin, 1957; 139 páginas.**

En un momento en que se inicia por la doctrina española el estudio y comentario de la nueva reglamentación jurídica de la adopción dictada por la Ley de 24 de abril de 1958, nos parece de interés dar cuenta del presente estudio, notable por su copiosa documentación y el enfoque general de las cuestiones tratadas. El autor trabaja con vistas a la reforma del derecho alemán, en parte ya realizada en este punto, y sostiene que no es posible una nueva regulación del Derecho de adopción sin una cuidadosa información estadística y un panorama de Derecho comparado. Podemos añadir que esta materia «está de moda», pues después de la aparición de la presente obra, y aparte de la nueva ley española, pueden citarse como reformas totales o parciales de la institución, la *Adoption Act* inglesa de 18 de diciembre de 1958, la ley belga de 10 de febrero de 1958, la Ordenanza francesa de 23 de diciembre del mismo año y la Ley brasileña de 8 de mayo de 1957.

Se trata de un estudio jurídico-político con amplias referencias al Derecho francés y muy copiosa información bibliográfica, no faltando referencias al derecho italiano, anglosajón, escandinavo, holandés e incluso el Código español; pero faltan citas de doctrina en nuestro idioma.

La obra está dividida en tres partes: en la primera se ocupa de los

(3) Examinamos estas deficiencias en nuestro trabajo *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*. Roma-Madrid, 1960.)