

A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *El sistema matrimonial español*. (Comentario al artículo 42 del Código civil), 1 vol. de 147 págs., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959.

Una consideración externa al contenido de la presente obra dará idea, mejor que todo comentario, de su significado para nuestra ciencia jurídica.

El matrimonio civil ha sido desde su aparición en nuestra Patria, tema de viva controversia en el orden doctrinal y legislativo. La falta de acuerdo en el régimen del matrimonio, es, con el problema foral, la causa principal del retraso de nuestra codificación a partir de 1880, año en que se agudiza la discusión en el terreno parlamentario para terminar con la fórmula de compromiso del artículo 42 del Código civil. Era ésta, como el tiempo ha demostrado, fórmula imperfecta en la que el forzado equilibrio de las concepciones en pugna, logrado a la hora de aprobar el precepto, se rompe después, a la hora de interpretarlo, volviendo cada tendencia por sus fueros. De aquí la riqueza de opiniones doctrinales y datos exegéticos acumulados desde la vigencia del Código hasta hoy.

En nuestros días, civilistas y canonistas se han ocupado del tema con renovado interés, ante la expectativa de la acomodación de nuestro Derecho interno a los principios del Concordato de 1953. El plazo de adaptación, fijado en un año, se dilató hasta 1958, en que con la promulgación del Reglamento del Registro civil se completa la reforma operada en nuestro primer cuerpo legal por ley de 24 de abril de 1958. En este tiempo pasan a primer plano en el panorama jurídico español, a través de conferencias, artículos de Revistas, trabajos monográficos, etc., los estudios sobre Derecho matrimonial, y, en este campo, se dedica especial atención a los artículos 42 reformado y 51 del C. c., coordinadas del nuevo sistema.

Fuenmayor, que ha seguido de cerca la reforma, participando directamente en su preparación, ha dado a luz su trabajo cuando, en vigor ya la ley de 1958 y en vísperas de promulgación del nuevo Reglamento del Registro civil, se habían destacado suficientemente las distintas posiciones doctrinales sobre las exigencias del Concordato de 1953 y el significado y alcance del Decreto de 26 de octubre de 1956, avance del régimen vigente.

Ningún dato fundamental, ninguna ma-

nifestación doctrinal importante sobre la materia se ha sustraído a la capacidad de análisis del autor. No es necesario recordar la producción científica de Fuenmayor para comprender el valor de esta nueva obra, síntesis y remate de la labor doctrinal dedicada al tema en los últimos años.

Se divide el estudio en tres partes: I. El estado de la cuestión al tiempo de la reforma. —II. El artículo 42 reformado. —III. La reforma ante el Derecho de la Iglesia.

En la primera parte se hace una exposición extensa y objetiva de todos los datos y pareceres relacionados con el antiguo texto del artículo 42 «de consulta obligada para calibrar el alcance de la reforma». Tras la referencia a las críticas formuladas por la doctrina sobre la redacción del precepto, se exponen los precedentes del sistema codificado, y se explica y justifica la necesidad de la negociación oficiosa de Alonso Martínez cerca de la Santa Sede sobre la fórmula de la base 3.<sup>a</sup> de la ley de 11 de mayo de 1888, vertida luego en el texto del artículo 42 del Código. Destaca el autor en esta norma el sentido de la frase «los que profesen la religión católica», que es el «eje sobre el que gira el sistema matrimonial», punto principal de las discrepancias de los comentaristas y de las varias interpretaciones de índole gubernativa. Se hace referencia a las distintas opiniones doctrinales y se expone la evolución de la exégesis gubernativa representada por las R.R.O.O. de 28 de diciembre de 1900, 17 de agosto de 1906, 28 de febrero de 1907 y 28 de junio de 1913, Orden ministerial de la República de 10 de febrero de 1932, y Orden ministerial del Nuevo Estado de 22 de marzo de 1938. La Orden de 10 de marzo de 1941, por la profunda innovación que supone, es objeto de consideración especial y más extensa. Fuenmayor hace una revisión sistemática de las opiniones de los comentaristas y de la jurisprudencia de la Dirección de los Registros, deteniéndose en los puntos más debatidos en la doctrina: sentido del término «acatolicidad», y determinación precisa de los medios de la correspondiente prueba documental y del valor de la declaración jurada supletoria.

En el mismo tono narrativo empleado hasta aquí, se recoge la glosa de la doctrina a las normas del Concordato de 1953 más directamente relacionadas con el artículo 42 del Código civil: artículo XXIII y, en relación con él, declaraciones C y D del Protocolo final. De pasada alude a los artículos

I y XXXV, núm. 2.º, que, aunque de menos interés que los anteriores, han sido también en ciertos aspectos objeto de polémica. Gira en torno a esos preceptos la controversia doctrinal, casi apagada después de la reforma de 1958, acerca de las exigencias del Concordato en el sistema matrimonial. Obligan sin duda las normas concordatarias a una revisión del sistema, y en este punto coincide la generalidad de los autores. Pero aparece la discrepancia al interpretar las declaraciones citadas y señalar su alcance en el ordenamiento jurídico español. ¿Debe éste por imperativos del Concordato acomodarse con plena fidelidad al régimen matrimonial canónico? Aquí expone Fuenmayor el pensamiento de los autores que más a fondo han estudiado el problema.

Para terminar esta primera parte se trata del Decreto de 26 de octubre de 1956, primera interpretación oficial después del Concordato por parte de la autoridad civil sobre el artículo 42 del Código, y se recogen los comentarios que suscitó entre los autores en orden a estas tres cuestiones: prueba de no profesar la religión católica, notificación a la Autoridad eclesiástica de los matrimonios civiles proyectados, consultas que deben hacer los Jueces en los casos de duda. Se transcribe en nota la Instrucción Circular de 2 de abril de 1957, que la Dirección de los Registros dirigió a los Presidentes de las Audiencias Territoriales sobre la aplicación del Decreto del 56, destacando en el texto los pasajes de mayor interés para la interpretación del artículo 42 del Código. Por último se hace referencia a la anotación del matrimonio civil mientras no se pruebe que ambos contrayentes no profesan la religión católica, novedad introducida por la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957.

Hasta aquí Fuenmayor ha dado a su exposición un carácter puramente informativo. La complejidad del tema y el extraordinario valor de los datos de orden legal y doctrinal —nos dice— exigían esa nota de objetividad. En adelante, la exposición adquiere un tono personal. A través de una exégesis rigurosa de los datos legales y de las oportunas referencias dogmáticas, ahora sometidas a crítica, se va definiendo la posición del autor.

Para mayor claridad, tratándose de un tema fronterizo entre los ordenamientos canónico y civil, se estudia separadamente el nuevo texto del artículo 42 como norma legal dentro del Derecho secular español, tema al que se dedica íntegra la parte segunda del libro, y el examen del artículo

42 a la luz del Derecho de la Iglesia, objeto de la última parte.

Sirve de punto de partida al estudio del sistema vigente la referencia al nuevo artículo 42 y demás normas concordantes de nuestra legislación civil: arts. 86, 75, 76, 51, 83, núm. 4.º, y 101, núm. 4.º, del Código civil; art. 471 del Código penal; art. 80, núm. 2.º, de la nueva Ley del Registro civil, y 37 al 41 y 100 del Reglamento del Registro civil, reformados por el Decreto de 1956 y sustancialmente vertidos con diferente numeración en el nuevo Reglamento del Registro civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958. La Instrucción de 2 de abril de 1957, dictada para la aplicación del Decreto del 56, queda subsistente. El autor ha tenido en cuenta principalmente en esta parte de su trabajo.

Inicia Fuenmayor el estudio del nuevo artículo 42 recordando las dos interpretaciones extremas que admite el concepto legal «los que no profesen la religión católica», que la reforma ha conservado como eje del sistema: «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, los que no 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» (pág. 57).

A partir de aquí se comprende la convicción del autor en la necesidad de una exégesis por vía administrativa mientras se conserve la tan discutida frase, y en la posibilidad de una modificación de la norma reglamentaria que fije el significado del concepto legal sin alterar el texto del artículo 42. En orden a la interpretación dada al nuevo texto, entiende Fuenmayor que es intermedia entre las dos extremas, ya que, por una parte, el Decreto del 56

no identifica «profesar» con «pertenecer» (en el sentido del canon 1.099), y por otra, la Instrucción Circular de 1957 excluye del concepto legal de la «no profesión» a las personas indiferentes u hostiles a la práctica de la religión. Cabe una interpretación más laxa en el futuro, pero «esa no sería, en modo alguno, interpretación obvia y natural a tenor de la gestación de la reforma introducida y de los textos legales en que ha cristalizado, sino retorcida y tendenciosa» (pág. 58).

En el siguiente apartado se matiza con gran precisión el concepto legal indicado mediante una referencia concreta a los posibles contrayentes del matrimonio civil, y a propósito de la prueba de la no profesión se recogen los criterios orientadores de la Instrucción Circular de 1957.

Consideración aparte se hace de la exigencia de la forma canónica en el Código civil que se extiende a todo matrimonio de quien profese la Religión católica, cualquiera que sea la condición del otro contrayente. Fuenmayor hace hincapié en el carácter jurídico del deber impuesto en el artículo 42, deteniéndose en el examen de los medios técnicos que sirven para hacerlo efectivo. Distingue a este propósito dos momentos: antes y después de celebrarse el matrimonio.

A tenor del artículo 41 del Reglamento del Registro civil modificado por el Decreto de 1956, existe la posibilidad de oponerse judicialmente a la autorización del matrimonio conforme a los arts. 97 y 98 del Código civil, «si se advirtiese la existencia de algún impedimento u obstáculo legal», como es que alguno de los que pretenden contraerlo profese la Religión católica (Circular de 2 de abril de 1957, V, ap. 2 y 3). La notificación circunstanciada del proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica, ordenada en el mismo precepto, garantiza prácticamente de manera preventiva la observancia del artículo 42 del Código.

Con todo, advierte Fuenmayor, «conviene pensar en el caso extremo de un matrimonio civil celebrado —contra lo dispuesto en el art. 42, apartado 2.º, del Código— por persona que, siendo católica de origen o de conversión, no se hallare en situación de apostasía al tiempo de contraer. ¿Procederá en tal supuesto la nulidad del matrimonio?» (pág. 71).

La cuestión, planteada alguna vez en la doctrina con referencia al régimen codificado, no había tenido hasta hoy respuesta satisfactoria. La Real Orden de 28 de fe-

brero de 1900 había admitido la posibilidad de invalidez en términos ambiguos sobre la exigua base legal del artículo 4. La Orden de 10 de marzo de 1941 la acogió con expresión enérgica al subordinar a la condición de acatolicidad la «validez y efectos civiles» del matrimonio contraído con infracción del artículo 42. Pero esta disposición no invocaba ningún precepto del Código del que pudiera derivarse en relación con el art. 42, la sanción de nulidad. Derogada la Orden de 1941, reaparece la cuestión en toda su dificultad con el régimen vigente. Fuenmayor ofrece ahora una solución. Aunque el supuesto de nulidad por infracción del artículo 42 no se contempla en el Código de una manera expresa, tiene cabida holgada en el art. 101, núm. 4.º. «La nulidad resulta del carácter imperativo —no meramente dispositivo— del artículo 42 del Código». En el apartado 2.º de esta norma se indica cuándo «el matrimonio habrá de contraerse canónicamente», y en el apartado 3.º se precisa en qué casos pueden los jueces municipales autorizar el matrimonio civil. «Todos y cada uno de los supuestos posibles quedan incluidos en el apartado segundo o en el tercero. De donde se sigue que, incluido un caso en el segundo, el Juez carece de poder para autorizar civilmente la pretendida unión matrimonial. Y porque carece de poder absoluto, porque no tiene ninguna competencia para autorizar en tal caso el matrimonio civil, estimo que procede aplicar la nulidad establecida en el núm. 4.º del artículo 101, a cuyo tenor es nulo el matrimonio 'que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente', es decir con la intervención de un Juez incompetente» (págs. 72-73).

De tan sugestiva interpretación se ha hecho eco nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959.

Se han tratado hasta aquí los aspectos fundamentales del régimen vigente. En las consideraciones que siguen, estos varios aspectos se funden en una certera construcción sistemática, elaborada a partir de una magistral delimitación dogmática de los tres sistemas de matrimonio civil que ofrece el Derecho comparado: obligatorio, facultativo y subsidiario. El estudio, en cuatro páginas, de las diferencias y afinidades entre los tres sistemas se compendia con claridad en estas palabras: «el sistema de matrimonio civil necesario, desconoce el matrimonio canónico, que es ante la ley

secular *inexistente*; el facultativo, lo *reconoce*, dotándole de efectos civiles, pero no lo *impone* a nadie; el supletorio lo reconoce y, además, lo impone a determinados ciudadanos: bien a todos los súbditos de la Iglesia, o bien a alguno de ellos solamente» (pág. 79). A la luz de este esquema, destaca el autor brevemente los pasajes legales de los que resulta el carácter supletorio o subsidiario con que se regula el matrimonio civil en la reciente reforma. Este carácter se mantiene pese a que el Decreto de 1956 (cuyo régimen se incorpora el nuevo Reglamento del Registro civil) consienta en autorizar el matrimonio civil de personas obligadas por el Derecho de la Iglesia a la forma canónica de celebración: «El sistema es también de matrimonio civil supletorio, porque viene *impuesto* el canónico a determinadas personas. Problema distinto es la garantía práctica del sistema para evitar el fraude a la ley» (pág. 82). Como medidas tendentes a evitar falsas situaciones de apostasía, por las que el sistema podría convertirse en facultativo, señala el autor el alcance de la notificación de los matrimonios proyectados a la Autoridad eclesiástica, y subraya el criterio restrictivo que a los Jueces municipales impone la Instrucción de 1957 en la interpretación y aplicación del Decreto del 56.

De la posibilidad de que personas obligadas por el Derecho de la Iglesia a la forma canónica puedan contraer matrimonio civil conforme al nuevo art. 42 derivan estos dos conflictos: «a) la consideración de válido matrimonio otorgada por el Estado a ciertas uniones tenidas por la Iglesia como concubinarias, y que son canónicamente inexistentes; b) la privación de efectos civiles al matrimonio canónico celebrado válidamente según la ley de la Iglesia —por hacerlo en estado de libertad— por quien había contraído matrimonio civil anterior —canónicamente inexistente— con tercera persona; y el riesgo probable de que, además, sea calificada la unión canónica, por los Tribunales del Estado, como delito de bigamia» (pág. 84). Esta segunda cuestión lleva al autor a tratar de los arts. 51 del Código civil y 471 del Código penal.

Sobre el art. 51 mantiene Fuenmayor la interpretación que él mismo inició hace veinte años, acogida por otros y mantenida en los estudios más recientes sobre el tema (cfr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 170, 1941, páginas 454 y siguientes). En base a dicha in-

terpretación afirma ahora: «Mantenido después de la reciente reforma del art. 42, el viejo texto del art. 51, estimo que no hay posibilidad legal de reconocer efectos civiles al segundo matrimonio canónico... Así resulta de combinar el art. 51 con el 76 de nuestro Código: éste exige para que 'sean reconocidos' los efectos civiles al 'matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico', la inscripción del matrimonio en el Registro civil; pero el 51 priva de efectos civiles a ese concreto matrimonio canónico porque uno de los contrayentes estaba 'ya casado legítimamente', por lo cual no puede tener acceso al Registro; sin que obste a tal consecuencia el nuevo art. 75, según el cual 'el matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica', porque mientras este último precepto se refiere a la 'constitución y validez', el 51 trata en particular de los 'efectos civiles' del matrimonio en esa hipótesis concreta, para evitar la bigamia civil», (págs. 90-91).

Respecto al art. 471 del Código penal, sancionador del delito de bigamia, se plantea el problema de si puede aplicarse cuando quien estaba casado sólo civilmente contrae matrimonio canónico con tercera persona. Recoge Fuenmayor la opinión de los autores que últimamente se han ocupado del tema y la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, favorable a la tesis negativa —por apreciar falta de dolo en el inculcado— hasta la sentencia de 14 de enero de 1955, que inicia una orientación contraria.

Se cierra la segunda parte de la obra con un estudio de contraste entre el nuevo texto del art. 42 y el anterior. Constituye este estudio, a mi juicio, la aportación más original y sugestiva del libro comentado. En él se plantea una difícil cuestión, apenas entrevista por la doctrina precedente, que, en síntesis, puede formularse así: los «matrimonios canónicos en forma civil» vienen sometidos a una dualidad de régimen —eclesiástico y secular— y en principio también, paralelamente, a una dualidad de jurisdicciones. En las causas de nulidad, disolución y separación de esos matrimonios, ¿qué régimen deberá aplicarse?, ¿serán competentes los Tribunales del Estado o lo serán los Tribunales eclesiásticos, obteniendo sus resoluciones ejecución en el orden civil?

Fuenmayor se define en explicar la figura que con expresión genérica denomina

«matrimonios canónicos en forma civil». «Si bien es cierto que el matrimonio celebrado canónicamente es siempre canónico, no ocurre lo mismo con el celebrado en la forma civil: cabe que sea canónico inicial o sucesivamente. Y la calificación —por virtud del art. 75 del Código— depende del ordenamiento canónico» (pág. 96). La doble calificación existe inicialmente, es decir, desde el momento de la celebración del matrimonio, en los casos de matrimonio contraído en forma civil por bautizados exentos de la forma sustancial canónica, y en los de súbditos de la Iglesia vinculado a la observancia de la forma canónica cuando se dan las circunstancias del canon 1.098. En otros casos, la doble calificación se tiene después de la celebración.

Puede ocurrir que la naturaleza civil del vínculo sea cronológicamente anterior a la canónica o, a la inversa, ésta anterior a aquella. En la primera hipótesis habla Fuenmayor de una «conversión» del matrimonio civil en canónico. La conversión se opera en el matrimonio civil contraído entre infieles cuando ambos cónyuges o, al menos, uno de ellos reciba el bautismo, y también en el matrimonio contraído civilmente por súbditos de la Iglesia obligados a observar la forma canónica cuando tenga lugar —si procede— la *sanatio in radice* o cuando formalicen canónicamente su unión.

Conviene advertir que el reconocimiento por la ley secular de tales matrimonios como canónicos implica reconocer la competencia de la jurisdicción eclesiástica así como la aplicación del régimen canónico, salvo, en ciertos casos, lo referente a la disciplina de forma, que será la civil. Antes de la reforma, difícilmente podía afirmarse la relevancia en el orden jurídico español de los fallos de la jurisdicción eclesiástica sobre los referidos matrimonios, ya que, debido al planteamiento formalista del viejo sistema, sólo se reconocía como matrimonio canónico al que lo fuera en sentido formal, es decir, al celebrarlo *in facie Ecclesiae*. La ley de 24 de abril de 1958 parece marcar el tránsito de ese enfoque formalista a otro que puede calificarse de institucional. Fuenmayor destaca aquellos preceptos de la citada ley que permitirán en el futuro reconocer con amplitud el matrimonio canónico, teniendo en cuenta no sólo su carácter formal sino también su naturaleza sacramental e incluso la simple condición de bautizado de alguno de los contrayentes.

Afirma el ilustre civilista que «el Código separa como instituciones diferentes (salvo la coincidencia en cuanto a los efectos

civiles), el matrimonio canónico y el matrimonio civil», y esta separación se manifiesta tanto en el orden del régimen aplicable como en el orden de la jurisdicción.

En cuanto al Derecho aplicable, pone de relieve la diferencia entre el texto vigente y el texto derogado del art. 75. El viejo texto reconocía la competencia del Derecho de la Iglesia en orden a «los requisitos, forma y solemnidades para la celebración», en tanto que la fórmula actual la extienden a «cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general a su reglamentación jurídica».

Por lo que atañe a la jurisdicción, es no menos patente la diferencia entre el texto derogado y el vigente del art. 80. El primero disponía que «el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos», mientras que el actual viene a decir que «el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos... corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82». Por otra parte, los arts. 103 y 107, en su redacción actual, establecen la competencia de los Tribunales civiles para conocer de los pleitos de nulidad y separación «de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones» del Capítulo III, Título IV, Libro I del Código. «Como se ve, mientras se alude a la forma de celebración para establecer la competencia de la jurisdicción secular, se refiere directamente la competencia de la jurisdicción eclesiástica a la naturaleza canónica del matrimonio». «Aquí se comprueba la trascendencia que tiene hablar de 'clases de matrimonio' (art. 42 del C. c.) y simplemente de 'formas de celebración' (como hacía el art. 42 derogado). Siempre que un matrimonio merezca —según las normas del Derecho de la Iglesia— la calificación de 'canónico' queda sometido al enjuiciamiento de la jurisdicción eclesiástica» (pág. 95). Más adelante, considera Fuenmayor la aparente antinomia entre las normas civiles que señalan la competencia judicial de la Iglesia y del Estado en el matrimonio canónico contraído civilmente. «Por haberse 'celebrado con arreglo a las disposiciones' que rigen el matrimonio civil, son competentes los Tribunales civiles (artículos 103 y 107); por la naturaleza canónica del matrimonio, es competente la jurisdicción eclesiástica (art. 80)». Pero «la

antinomía es más aparente que real, dado que el art. 80, al reconocer y atribuir competencia a la jurisdicción eclesiástica para el conocimiento de las causas relativas a 'los matrimonios canónicos', lo hace con exclusividad ('corresponde *exclusivamente*—dice el nuevo texto de dicho artículo— a la jurisdicción eclesiástica'), lo cual exige que la norma de los artículos 103 y 107 deba ceder en estos casos—siempre excepcionales— a la del artículo 80. Lo pide así también todo el sistema, basado en la confesionalidad del Estado y en el carácter supletorio del matrimonio civil, que tiene, respecto del canónico, condición subordinada» (pág. 97).

La interpretación expuesta entraña evidentemente una radical innovación en el enfoque de nuestro Derecho matrimonial. De prevalecer en nuestra doctrina, se hará necesaria una revisión paciente y profunda del sistema hasta que logren eliminarse los últimos vestigios de formalismo. Por lo demás el camino que apunta ahora Fuenmayor me parece fecundo y muy seguro. Fecundo, porque por él puede sustraerse el vínculo matrimonial a las limitaciones propias de la disciplina jurídica secular (irrelevancia de la simulación del consentimiento, severidad del régimen de forma, prohibición de pasar a nuevas nupcias el cónyuge del declarado fallecido, etc.), para encuadrarse en el régimen, más amplio y realista, del Derecho canónico. Seguro, porque nada más claro para asentar la convicción de la exclusiva competencia de la Iglesia en los matrimonios canónicos contraídos civilmente que el designio del propio legislador, expresado en la Exposición de Motivos de la ley de 1958 al explicar el cambio terminológico operado en el art. 42: «se sustituye la expresión 'formas de matrimonio' por la que se juzga más técnica de 'clases de matrimonio'. Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta». Hay, es claro, un propósito de reconocer el matrimonio canónico no meramente en sus manifestaciones formales sino en su aspecto sacramental. Ciertamente la nota de sacramentalidad no es correlativa del matrimonio canónico, sino sólo del contraído entre bautizados, y cierto también que ese propósito de la Exposición de Motivos no ha alcanzado el debido desarrollo técnico en el articulado del Código. Con todo, esa declaración, si no es ociosa, servirá de principio orientador (con el de confesionalidad del

Estado y subsidiaridad del matrimonio civil, que Fuenmayor señala) para ir más allá del punto en que se detuvo la previsión del legislador. En cuanto a la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, prevista en el art. XXI, § 4.º, del Concordato, se concreta con una fórmula amplia en el art. 263 del nuevo Reglamento del Registro civil: «La resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil *fuere desde el principio* [doble calificación originaria] o *ha pasado a ser* [doble calificación sucesiva] válido matrimonio canónico, y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace».

La tercera y última parte del trabajo es un examen crítico de la reforma a la luz del Derecho de la Iglesia. El autor ya advirtió al iniciar el estudio del art. 42 que «tal análisis no pretende tan sólo ensayar una valoración de la reforma desde un punto de vista extrínseco, sino ofrecer criterios nuevos para puntualizar mejor la exégesis civil, toda vez que se trata de una norma reformada con el designio de dar cumplimiento al Concordato vigente» (pág. 55). Ahora insiste en que sería unilateral «el criterio que tratara de interpretar la reforma con olvido del espíritu del ordenamiento de la Iglesia» (pág. 99). A este propósito trata de la «elasticidad» del ordenamiento canónico, cualidad que define el poder de adaptación del Derecho de la Iglesia a las exigencias de la vida real mediante un conjunto de instituciones, de las que Fuenmayor expone, como más directamente relacionadas con su trabajo, la dispensa, la *exemptio*, la tolerancia y la *dissimulatio*.

Con estas ideas previas se plantea la cuestión de si la respuesta pontificia a la consulta de Alonso Martínez sobre la fórmula de la base 3.ª de la ley de 11 de mayo de 1888 contenía una ley tolerante. Alude a la corriente doctrinal que, en su afán de interpretar el viejo art. 42 de acuerdo plenamente con las exigencias del Derecho canónico, negó que el comunicado pontificio contuviera alguna manifestación de tolerancia, privando de valor «hasta convertirla en superflua, a la misma negociación llevada a cabo con tamaño empeño y esmero por el Gobierno español para resolver—como de hecho logró hacerlo— la cuestión legislativa más espinosa de todas las

planteadas en España a lo largo del siglo XIX» (pág. 104). Se refiere después a la explicación dada en el Senado por Alonso Martínez sobre el resultado de su gestión, acogida con satisfacción por la Cámara. Recuerda que más tarde, en la discusión habida en Cortes sobre la base 3.<sup>a</sup>, se habló de concordia, pacificación, concordato, transacción, tolerancia; afirmación documentada con la referencia detallada de los respectivos pasajes parlamentarios. Se hace extensa referencia de los discursos ante el Senado del Arzobispo de Santiago de Cuba y del Obispo de Salamanca, sin duda los más significativos sobre la cuestión debatida. Y con todos estos antecedentes, concluye Fuenmayor que la declaración de S. S. León XIII relativa a la fórmula de Alonso Martínez contiene una ley tolerante, mostrando cómo en ella se dan cada uno de los requisitos que la tolerancia exige.

El siguiente apartado se dedica a la exigencia del Concordato de 1953. El autor aclara: «Hablo de exigencias del Concordato, no de aspiraciones de sus exégetas. Yo también aspiro —con vehemente deseo— a que el Estado español, confesionalmente católico, llegue a conseguir la anhelada armonía, sin cortapisas de ninguna clase, con el ordenamiento de la Iglesia» (pág. 112). En nuestra doctrina se ha mantenido que el Concordato exige la perfecta armonía del ordenamiento secular con el régimen eclesiástico del canon 1.099, en base principalmente de las declaraciones de los artículos 23, 35, núm. 2.º y 1. Fuenmayor examina, a lo largo de once páginas, el alcance de cada uno de estos preceptos, valiéndose del análisis comparativo con las declaraciones paralelas de otros Concordatos, y su significado en el ordenamiento jurídico de los países respectivos: Italia, Portugal, Alemania, Austria, Colombia y República Dominicana. Este análisis lleva a la conclusión de que los preceptos indicados no exigen la plena adaptación de nuestro Derecho al régimen canónico de forma ni obligan al Estado español a recibir en su legislación interna la norma del canon 1.099. Si por un momento se admitiera lo contrario, carecería de significado y de finalidad la declaración del apartado C del Protocolo final al art. 23, según el cual «en materia de reconocimiento de matrimonio mixto entre personas católicas y no católicas, el Estado pondrá en armonía su propia legislación con el Derecho canónico», ya que la plena fidelidad al canon 1.099, exigida en este supuesto concreto —«matrimonio mixto entre personas católicas y

no católicas»— resultaría exigida por los otros preceptos concordatarios para todos los supuestos en general, y, por tanto, también para este caso particular (cfr. página 124). Al precisar la finalidad de la citada declaración del Protocolo, Fuenmayor se adhiere sin reservas al parecer de Miguélez, según el cual, los legisladores concordatarios pretendieron la reforma del art. 42 del Código civil con una redacción más clara, para evitar que pueda vulnerarse permitiendo el matrimonio civil cuando se trate de matrimonio mixto, o sea cuando uno de los contrayentes sea católico y el otro no. Por su parte añade que «el Concordato ha querido revisar, derogándole implícitamente, la *lex tolerans* de 1887, en cuanto en aquel sistema, sobre el que se fundó el primitivo texto del art. 42 del Código civil, la imperatividad de la forma canónica se limitaba al caso de que *ambos contrayentes* profesasen la religión católica. Según este sistema, no se exigiría la forma canónica cuando uno de ellos no profesase y el otro sí. Esto explica que en diferentes disposiciones gubernativas se considerara suficiente para autorizar el matrimonio civil la declaración de acatolicidad de uno de ellos» (pág. 125). En las cuatro páginas siguientes expone los datos de orden legal y doctrinal y cita los pasajes de la Discusión de Cortes que sirven de fundamento a su interpretación. En conclusión afirma que el Protocolo exige, de manera inmediata y directa un mínimo, sin renunciar por ello la Iglesia al máximo. Determinar cuándo sea posible la perfecta armonía de ambos ordenamientos corresponde a la «esfera 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» (pág. 130).

Antes de dar fin a su trabajo, se refiere de nuevo el autor al Decreto de 1956 para calificar la actitud que ante él adopta la Iglesia, utilizando a este fin las declaraciones de la Circular de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957. No hay tolerancia porque falta en la Circular la declaración formal que pudiera legalizar la conducta tolerable, y porque falta también el presupuesto de la tolerancia: una conducta antijurídica (en este caso, la del Estado español) no impedida por la Iglesia con medios coercitivos. Tampoco hay *dissimulatio*, ya que el silencio que la Iglesia guarda frente al Decreto del 56 «no puede interpretarse *dissimulatio* de una infracción, que no existe en el legislador civil ni en los jueces que

apliquen el Decreto» (pág. 137) faltando por otra parte la *ficta* ignorancia de la *res assimulata* en cuanto la Circular de la Nunciatura se hace cargo de la conducta antijurídica de contrayentes y testigos, estimulando el celo de los Ordinarios para reprimirla mediante el ejercicio de su facultad punitiva. Otra cosa es la actitud del Estado español al dejar en libertad a los súbditos rebeldes de la Iglesia —a los apóstatas— para que celebren el matrimonio civil o el religioso. Tal actitud sí puede calificarse de toierante. Después de recordar la doctrina pontificia sobre la tolerancia, expuesta por Pío XII en su Alocución de 6 de diciembre de 1953 a los juristas católicos italianos, apunta Fuenmayor las razones que justifican que el Estado español tolere, a pesar de su confesionalidad, el matrimonio civil de los apóstatas. Una de esas razones, señalada por Fernández Regatillo, es que «los apóstatas por lo común de ninguna manera se avienen a casarse por la Iglesia... Por tanto, si no se les da manera de contraer unión civil, estarán condenados para siempre a uniones vagas, sin poder constituir familia». Fuenmayor afirma que esta razón, con ser en cierto modo atendible, no hubiera llevado a consagrar el criterio tolerante que inspira el Decreto del 56. «Otra razón más acuciante, venida del campo internacional, fue la decisiva de la tolerancia: el fundado temor de una campaña de los disidentes, que tuvo claras manifestaciones al tiempo de prepararse la reforma. Y el Estado se inclinó —*pro bono pacis*— por la tolerancia, aunque con límites bien definidos, que consagran entre nosotros un sistema de matrimonio civil susidiario (pág. 145). El autor aclara finalmente que tal actitud tolerante del Estado no implica régimen de tolerancia eclesiástica: «Si quiere hablarse de tolerancia por parte de la Iglesia, háblese de *tolerancia de hecho*, calificación que lleva consigo una nota importantísima: la libertad, por parte de la Iglesia, de reclamar la revisión del 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» (pág. 147).

A lo largo de estas páginas he procurado destacar los aspectos más interesantes de la obra comentada, señalando sus aciertos principalmente en orden a la exégesis de los preceptos aplicables, donde el pensamiento de Fuenmayor se muestra, al igual que en

trabajos anteriores, realista y fecundo. Ahora, en una valoración de conjunto, debo poner de relieve un un doble acierto en el tratamiento del tema. En primer lugar, desde el punto de vista didáctico logra Fuenmayor, sin que ello reste profundidad a su estudio, reducir en gran manera las dificultades que ofrece el conocimiento de nuestro sistema matrimonial. Con la bibliografía utilizada —hasta ahora, la más completa sobre el tema— y la fideidad a los datos y opiniones que se citan, ofrece la obra una síntesis de la labor hasta aquí realizada por nuestra doctrina. La referencia o la crítica adversa a la opinión de otros, siempre ponderada, se engrana habilmente en la unidad temática que el autor sabe mantener a lo largo de su exposición diáfana, de estilo directo. En segundo lugar, desde el punto de vista metodológico, Fuenmayor logra su propósito de insertar el espíritu del ordenamiento canónico —principalmente, a través de las declaraciones concordatarias y de las normas de la Circular de la Nunciatura— en la exégesis de los precepto civiles. En alguna ocasión se ha señalado la necesidad de integrar el conocimiento del Derecho civil y del Derecho canónico para una visión exacta y clara del sistema matrimonial español. En la obra de Fuenmayor esta exigencia queda satisfecha, y el fin de tal exigencia logrado.

ENRIQUE LALAGUNA

*La potestad de la Iglesia (análisis de su aspecto jurídico)*. Trabajos de la VII Semana de Derecho Canónico, C. S. de I. C., Instituto San Raimundo de Peñafort, 1 vol. de XVI+526 páginas, Barcelona-Madrid-Valencia-Lisboa, edit. Juan Flors, 1960.

En este volumen se publican las ponencias de la VII Semana Española de Derecho Canónico, celebrada en Granada del 15 al 22 de septiembre de 1958. Va precedido por unas brillantes palabras de presentación del Prof. Lamberto de Echeverría y contiene los siguientes trabajos:

A. de la Huerga: *Análisis teológico de la potestad entregada por Cristo a la Iglesia* (págs. 1-49).

M. Cabrcros de Anta: *La potestad dominativa y su ejercicio* (págs. 51-97).

L. Barcia Martín: *Potestad parroquial* (págs. 99-147).

J. de Salazar Abrisqueta: *La jurisdicción social y el fuero interno* (págs. 149-203).