

Del profesor Reina aprendí que la disciplina canónica al «fijar» rígidamente el punto terminal del matrimonio, había elevado a cuestión su comienzo, su constitución: nace así la relación jurídico-matrimonial, con todo su cortejo de problemas. Aquella disciplina sigue siendo la experiencia originaria más fecunda, por cualquier patología acerca de la convivencia entre hombre y mujer socialmente organizada.

Con esta formación, más la no tan sosegada atención a un problema siempre distinto, que día a día entra en un despacho, surge una idea «mejor» acerca de la regulación legal del matrimonio.

Para quien, como civilista, se ocupa del texto del Código civil, supone una satisfacción ver confirmados puntos de vista personales. Pienso, por ejemplo, en la propuesta de supresión del párrafo segundo del artículo 45, en el que el legislador introduce junto a una problemática referencia a la condición una discutible mención del término y del modo.

La no autorización de validar nupcias al menor de vida independiente (mal denominado emancipado de hecho) parece igualmente correcta.

La abierta mención en el artículo 73, número 1, que se oferta, de la simulación viene avalada además de por la experiencia, por la superación de inmaduras enemigas indiscriminadas. Con elemental consecuencia se da contenido al suprimido artículo 77, aunque la regulación de la legitimación que en dicho texto se hace parece excesivamente matizada. La dicción del párrafo y del artículo 102 del Código civil, en su redacción originaria, sigue pareciendo de especial solvencia.

La inclusión en el párrafo segundo del artículo 73 de la «condición, término o modo, con pacto o sin él y cualquier otro tipo de reserva mental», en sede de nulidad parece igualmente acertada.

Especialmente lúcidas resultan las consideraciones acerca del sentido del instituto de la separación en el contexto de un matrimonio disoluble. La idea de una disolución «por tramos» parece un tanto grotesca. Pienso que convendría dignificar la separación independizándola del divorcio, y mantenerla —con óptica, por cierto muy civil— como posible recurso autónomo al cual pueda recurrir esa irreductible e incontrolable demanda social, para la cual no es ocioso arbitrar fórmulas singulares. Para ello, parece inexcusable el que deje de ser un paso procedimentalmente necesario.

He espigado aquí y allá lo que me parecía afortunado, no tanto con la pretensión de ser exhaustivo —por otro lado, impropio en una recensión—, sino para motivar mi elogio, que no debe ser sólo fruto del afecto.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI.

FUENTE NORIEGA, MARGARITA: *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Madrid 1986, 220 págs.

Quizá la mejor manera de hacer justicia a este libro y orientar a sus posibles lectores sea presentarlo como un correcto y útil comentario del artículo 156 del Código civil español (redactado por Ley de 13 de mayo de 1981), concebido desde la idea de la igualdad entre varón y mujer en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos.

El complejo artículo 156 del Código civil se debate entre la imagen estética del ejercicio conjunto —algo así como los rubenianos «cisnes duales», emblema aquí del principio de igualdad entre los sexos— y la necesaria concesión al ejercicio separado por cualquiera de los progenitores —con el temor de que en tal ejercicio el varón

consERVE fácticamente su preeminencia—, sin lograr, en mi opinión, una regulación suficientemente clara ni, mucho menos, sencilla.

La autora explica, por su orden, las normas legales contenidas en este artículo: la regla de ejercicio conjunto, incluyendo en ella la actuación de uno de los padres con el consentimiento del otro; los «supuestos de actuaciones individuales», sea en conformidad con el uso y las circunstancias, sea en situación de urgente necesidad; la intervención judicial, caso de desacuerdo entre los progenitores; la protección a favor de terceros que se desprende del párrafo 3.º; los supuestos de ejercicio exclusivo (conflicto de intereses entre un progenitor y el hijo, defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres); por último, las particularidades del ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores viven separados.

Para todo ello tiene en consideración Fuente Noriega la doctrina española —ya bastante copiosa— posterior a la reforma; utiliza con buen criterio algunas opiniones extranjeras; se esfuerza por traer a sus páginas la interpretación judicial, aportando incluso sentencias de primera instancia ante la escasez, todavía, de otras superiores. Todo ello en un castellano correcto y claro, con buen orden, planteamiento suficiente de los problemas y de las diversas opiniones y aportación razonada de la propia.

Para los lectores de este «Anuario», cabe señalar la referencia (págs. 215 y 216) a los posibles pactos entre los progenitores sobre la religión en que habrán de educarse los hijos.

El libro es la tesis doctoral de su autora, leída en la Universidad de Oviedo en 1985 y calificada con *apta cum laude*.

Hay muchas razones para tomar muy en serio las tesis doctorales que se publican. Constituyen buena parte de las monografías jurídicas que las editoriales ponen en el mercado en nuestro país (un dato que hace pensar sobre la política de investigación en los departamentos universitarios) y su análisis permite vislumbrar —hoy más que ayer, dado el sistema de selección de profesorado— cómo serán dentro de pocos años los profesores en nuestras Facultades.

Una tesis doctoral tiene sus condicionamientos y requisitos específicos, en los que a veces pesa demasiado la rutina académica y el temor a desagradar a algún posible miembro del Tribunal. En particular, dudo mucho de la utilidad de tantas introducciones históricas y capítulos de «Derecho comparado» en las tesis de Derecho civil, que más parecen debidos a cautela para evitar reproches por su ausencia que a convencimiento sobre su función en la investigación jurídico-dogmática emprendida.

Estoy convencido de la necesidad de la historia de las instituciones jurídicas y de la comparación entre ordenamientos. Pero si se hace —pues no es imprescindible en toda investigación—, hay que hacerlo con arreglo a sus propias exigencias metodológicas. No es el caso, me parece, de las 44 páginas de historia universal de la «patria potestad» (bajo el lema «De un sistema de poder paterno a una función compartida») ni de las 53 dedicadas a «La patria potestad como función compartida en el Derecho comparado» (realmente, en algunos Derechos europeos continentales). Ciertamente, no es de esperar que un investigador domine con la misma soltura y profundidad la última reforma del Código civil, el «Derecho hindú», el Fuero de Cuenca y el Derecho de familia soviético. Creo que es buen consejo no intentar aparentarlo.

Véanse algunos ejemplos de lo que puede ocurrir en otro caso. Bajo el epígrafe «Pueblos primitivos» (menos de treinta líneas) se alude a la «tesis del matriarcado en algunos pueblos primitivos», con cita de las siguientes autoridades: «Condesa de Campo Alange, citada por Castán Vázquez» (en 1956; la obra de la Condesa es «La guerra secreta de los sexos»), Castán Tobeñas (1914 y 1955) y Sánchez Román (1912). Para el Derecho romano, las autoridades son Kipp y Wolf, Castán Vázquez y Girard (*Manuel Elementaire*, 1906), con una cita de Ulpiano del siguiente tenor (en nota 87): «Ulpiano, D. L., 25, t. 3.5.2, en *El Digesto del Emperador Jus-*

*tiniano*, nueva edición, Madrid, 1872, t. II, pág. 183.» Para un (hipotético) «Derecho germánico», Hinojosa, Kipp y Wolf, Lehr (trad. esp. 1878), Gide y Niutta «citados por Sánchez Román» y, de nuevo (en realidad, casi exclusivamente), Castán Vázquez. Para el «Derecho musulmán», Sánchez Román es el único autor consultado (Castán Vázquez había llegado algo más lejos). Bajo el epígrafe «Derecho histórico español» se resumen las opiniones de Ureña, Otero, Gibert y Merea y se desconoce la aportación (posterior a las obras principales de Castán Vázquez) de Guilarte sobre la principal cuestión controvertida (Guilarte, Alfonso María, *Cinco textos del Fuero de Cuenca a propósito de la «potestas parentum»*, en «Homenaje a don Ramón Carande», Madrid, 1963, págs. 195-218).

La exposición del Derecho francés y del italiano contemporáneos constituye una buena ilustración de cómo se entiende en otros ordenamientos el principio de igualdad entre varón y mujer en las relaciones con los hijos de ambos, de las dificultades que se encuentran y de los criterios con que los legisladores las abordan. Utiliza bibliografía en francés e italiano, respectivamente, posterior a las últimas reformas. No puede decirse lo mismo de las páginas dedicadas a Alemania (República Federal), en que las citas se hacen a traducciones al castellano o trabajos en francés, escasos y no siempre recientes. Peor aún, como era de temer, respecto de otros países. Por ejemplo, para los «países escandinavos» se utilizan dos fuentes, en francés y castellano, de 1938 y 1966.

Es posible que unas páginas que recojan datos históricos bien conocidos e informen sobre las leyes vigentes en nuestro entorno cultural sean, en una monografía como ésta, de utilidad para el lector no especializado. Pero no hay razón para que tengan el aspecto —que no la sustancia— de una investigación histórica o comparatista. A esto se reduce, en definitiva, mi crítica. Que, por lo demás, no pretende empañar los aciertos de la obra, tal como he indicado más arriba.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

LORÉ, C., y MARTINI, P.: *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Ed. Giuffrè, Milán 1986, 178 págs.

Aparece este volumen de C. Loré y P. Martini sobre el transexualismo, entre las iniciativas de la escuela médico-legal de la Universidad de Siena, cuestión fronteriza de la medicina legal con vivos destellos en los campos biológico, psicológico y social, así como también en el jurídico y deontológico.

La obra comprende una previa aproximación conceptual e histórica (cap. I), un análisis del síndrome transexual y aspectos clínicos (cap. II) y la incidencia ético-jurídica a propósito de la Ley italiana de 14 de abril de 1982 sobre «normas en materia de rectificación de atribución de sexo», y sus antecedentes en la jurisprudencia (cap. III). Incluye, además, amplia reseña bibliográfica específica (hasta 1983) e interesantes apéndices sobre datos de jurisprudencia, proceso parlamentario de la ley, experiencias extranjeras, derecho a la sexualidad como derecho a la salud, y sobre otras cuestiones.

El estudio alcanza particular interés, a nuestro entender, en el segundo y tercer capítulos. El segundo se refiere a los aspectos clínicos del transexualismo y análisis del correspondiente diagnóstico y a los diversos problemas terapéuticos concretos en el proceso quirúrgico de conversión transexual, a la vez que aclara la diferencia con otros casos (homosexualidad, travestimiento, estados intersexuales).

El análisis de la referida Ley italiana, que centra el estudio del tercer capítulo, va precedido de algunos datos anteriores de la jurisprudencia italiana: problemas de