

BIBLIOGRAFIA

gado de cátedra de Derecho Canónico en la Universidad de Urbino se basa en la serena exposición de doctrinas de derecho procesal comparado.

Consecuencia del particular relieve concedido al escrito de alegaciones es el sistema de identificación, conformidad y divergencia —motivadora del «attentatum»— de las sucesivas causas de nulidad de matrimonio que halla solución en la teoría, ligeramente modificada, sobre la «rilevanza» expuesta por Cicala, que integran el capítulo último de este libro.

En conclusión, el autor intenta aportar una útil solución al problema de determinación de criterios que delimiten los confines, tanto de los fundamentos *In Iure* como *In facto* aportados por las partes, para que la estimativa de los jueces eclesiásticos llegue a ser más amplia y comprensiva.

Es evidente que este tipo de obras de derecho procesal, que abren un diálogo entre los tratadistas de la materia, son extremadamente positivas por alentar un estudio más sereno y profundo de las instituciones procesales, que fundamentalmente deben estar ordenadas a la conquista de la verdad.

CECILIO LÁZARO

RAFAEL LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la «fictio iuris»*, 1 vol. de 196 págs., Colección Canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.

Son todavía poco frecuentes los estudios monográficos sobre temas de dogmática canónica. Por eso el libro de Llano, sólo por su título, merece ya la favorable disposición del lector. Sin embargo, a medida que se avanza en sus páginas, esa buena disposición se hace innecesaria por la calidad científica del trabajo y por el interés progresivo que despiertan los puntos de vista mantenidos en él.

El A. ha visto con exactitud el verdadero problema que la ficción plantea en la ciencia jurídica: «La ficción pone en tela de juicio la naturaleza de la misma norma. Es un punto neurálgico del Derecho en donde se puede descubrir el entronque entre realidad y Derecho» (pág. 72). Este presupuesto orienta el estudio de Llano sobre la naturaleza jurídica de la «fictio iuris» y su cuidado en mantener una referencia constante entre norma y realidad le sitúa en una línea metodológica sana-

mente alejada del normativismo formalista.

El punto de partida está constituido por el examen del concepto común de la ficción: «*fictio est legis adversus veritatem in re possibili, ac ex iusta causa dispositio*». De este concepto, y prescindiendo de las ligeras variantes ofrecidas por otras definiciones, se deduce que la ficción, desde el punto de vista del derecho, es un instrumento técnico empleado con un fundamento de justicia, pero contra la verdad de las cosas y de los hechos.

La aceptación casi universal de ese concepto por parte de los canonistas, la falta de un análisis doctrinal de su contenido, llevan al A. a preocuparse de la génesis y evolución histórica del mismo. Su estudio llega a la conclusión de que desde Alciato —que supo acuñar en fórmula feliz las definiciones de Bártolo y Baldo— los canonistas, sobre todo en los dos últimos siglos y por la decisiva influencia de Reiffenstuel, se limitaron a aceptar y reproducir el concepto de ficción elaborado por el fundador de la escuela humanística del derecho. Trátase, por tanto, de la penetración tardía de un elemento jurídico de procedencia romanista en el derecho canónico. Y el A. se ve por ello en la necesidad de llevar a cabo un examen de la naturaleza jurídica de la «*fictio iuris*» en el derecho romano.

Mediante el detallado estudio de los diversos componentes históricos y jurídicos, la ficción romana viene a caracterizarse como «un procedimiento técnico, por medio del cual el pretor o el legislador mandan al juez que tenga por existente (o inexistente) un hecho o requisito que realmente no existe (o existe), para lograr que una concreta y limitada situación caiga bajo el ámbito (o fuera de él) de un Derecho anterior, consiguiendo de este modo corregirlo y ampliarlo (o reducirlo)» (pág. 67). Es, por consiguiente, un procedimiento introducido por vía de autoridad y no por vía judicial, ya que la «fictio» no es un recurso lógico de interpretación. Tampoco pretende realizarse con ella directamente —con finalidad primordial— un juicio de existencia falso. Es tan solo un instrumento: «no se busca la ficción en sí, sino una determinada consecuencia jurídica. La ficción es sólo un medio» (pág. 63). En todo caso es un instrumento de excepción limitado a efectos jurídicos concretos.

Ihering decía: «Más que el desorden sin ficción, es mil veces preferible el orden con la ficción». Ahora bien, por muy eficaz que sea en el orden jurídico o en la elaboración doctrinal, ¿cabe aceptar que la ficción sea en el derecho una simple falsedad, una mera «dispositio adversus veritatem»? Al plantearse el problema en toda su acuidad, Llano esboza una abertura hacia la filosofía jurídica para abordar de un modo más riguroso el lugar de la «fictio iuris» en el campo de la dogmática.

Distinguiendo entre proposiciones de ciencia natural —que tienden a mostrar nos la existencia del ser y a determinar su naturaleza—, y proposiciones de carácter normativo, las normas jurídicas aparecerán lógicamente incluídas en este seducido grupo. «Hacen referencia a la conducta humana, pero no intentando dar el enunciado de su existencia ni la expresión de las posibles conexiones del humano obrar; la norma sólo valora esa realidad social y le adjudica unas consecuencias» (pág. 73). De ahí que, con respecto a las proposiciones jurídicas, no sea posible hablar de falsedad o de mentira en el sentido que esas expresiones tienen al referirse a juicios de existencia. Habrá tal vez una valoración injusta, no una falsedad, pues los conceptos jurídicos no tienen por qué coincidir «exactamente» con los conceptos análogos de otras ciencias, sean naturales o culturales. Sin embargo, las relaciones entre derecho positivo y realidad social hacen que sea necesario «señalar hasta qué punto el Derecho positivo está comprometido ante la naturaleza de las cosas, en qué grado las realidades naturales invaden, en virtud de su misma naturaleza, el campo del Derecho, en qué medida son éstas portadoras *ex se* de un contenido jurídico» (pág. 74).

En el terreno filosófico, Llano es realista. Desde esa perspectiva le es posible afirmar que «la ficción considerada como *dispositio adversus veritatem* no tendría cabida en un Derecho cuyo ámbito pertenece a un orden formal puro» (pág. 76). Pero al mismo tiempo, inspirado en un profundo pensamiento de Santo Tomás, insistirá en que, en las cosas humanas, hay exigencias de justicia sólo en la medida en que esas realidades responden a una norma que reside en el intelecto humano. Los efectos jurídicos de simple derecho positivo no surgen, pues, *ex natura rei*, sino de una valoración de los supuestos

de hecho llevada a cabo por el legislador.

Dentro de ese esquema, el juicio sobre la opinión común acerca de la naturaleza jurídica de la ficción es severo: su punto de partida es erróneo por considerar que, en el ámbito del derecho, la paridad de efectos exige una paridad de supuestos de hecho de orden natural. Por el contrario, el A. entiende que el legislador «haciendo uso de su potestad legislativa, puede, en muchos casos, siempre que obre dentro de los ámbitos de la equidad canónica, otorgar —*secundum veritatem*, según la verdad propia del Derecho positivo— iguales efectos jurídicos a diversos supuestos de hecho, porque estos supuestos no son la *causa* del tratamiento, sino sólo el *motivo*, susceptible de diversas valoraciones, que dependerán de circunstancias, ajenas algunas veces a este motivo». Si esto no fuera así, añade el A., «nadie llegaría a explicar —sin llenar el campo jurídico positivo de mentiras convencionales— la diversidad de tratamiento jurídico de que goza una misma situación social en las diversas legislaciones, e incluso en el mismo ordenamiento en las cambiantes etapas de su desarrollo» (pág. 80).

Ahora bien, ¿qué elementos ofrece el código canónico para la construcción e interpretación de la «fictio iuris»? Llano se refiere, en primer lugar, al caso del c. 409, § 1, considerado por la generalidad de los autores como caso típico de ficción, en la acepción común de esa palabra. Sin embargo, no es difícil observar que el citado texto no considera ausentes a los canónigos que no usan el hábito coral, sino «tanquam absentes». Es decir, no se hace un juicio de existencia falso sino una valoración de consecuencias jurídicas, una equiparación formal de efectos. Menos todavía podrá hablarse de ficción substancial —«*adversus veritatem*»— en el caso del c. 420, a pesar de la opinión favorable de bastantes escritores. En él ni siquiera será preciso recurrir a una «fictio iuris» para dar una correcta interpretación del texto legal (pág. 95).

Más importante es la hipótesis del canon 1138, es decir, la sanación del matrimonio, tanto más que es el único caso en que el código habla expresamente de ficción jurídica. En su minucioso estudio del problema, Llano recoge las tres posibles posiciones respecto a él: a) la sanación en raíz es una revalidación *ex tunc* del matrimonio mismo; b) se trata de *fin-*

BIBLIOGRAFIA

gir la existencia de un matrimonio válido *ex tunc*, sabiendo que en realidad no existe; c) la sanación en raíz es una ficción de la existencia *ex tunc* de un matrimonio válido, pero sólo en cuanto a sus efectos canónicos.

Lógicamente el A., con la generalidad de la doctrina, rechaza la primera opinión, pues en ella «más que un juicio de existencia falso observamos un intento de realizar un cambio metafísicamente imposible» (pág. 99). Por lo que se refiere a la imposibilidad de considerar ficticiamente la existencia del matrimonio *ex tunc*, aunque sostenida por algunos autores más apegados a la idea antigua de la ficción, no es difícil mostrar que en última instancia lleva a la primera hipótesis: «Al fingir la existencia del matrimonio válido fingimos un hecho que es a la vez, e inseparablemente, contrato y sacramento. Si fingimos el *hecho* sin limitación alguna, fingimos un contrato, pero a la vez un sacramento, y se hace precisamente para que de la existencia *falsa* de ese hecho surjan todos los efectos» (pág. 101).

Queda, por tanto, la tercera de las hipótesis mencionadas, más ajustada al texto del código (c. 1138, § 1), pero no siempre entendida de modo correcto por los autores, bajo la influencia de su concepto erróneo de ficción. En efecto, Llano se pregunta: «¿cuál es la entidad de ese matrimonio válido que sólo se considera existente en cuanto a los efectos canónicos?» (pág. 103). Su entidad no puede ser el *hecho* mismo del matrimonio, porque ese juicio de existencia sobre una realidad natural implicaría el reconocimiento de la existencia del sacramento. Pero en otro caso «no se puede, pues, decir que se entiende existente el matrimonio válido, en cuanto a los efectos canónicos, desde el principio por una *fictio iuris* y asegurar, al mismo tiempo, que la ficción es una disposición contraria a la verdad, que falsea una realidad natural» (pág. 108). La crítica detallada de esas teorías lleva a concluir que no es posible aplicar al canon 1138 el concepto tradicional de ficción sin caer en notorias contradicciones.

A continuación el A. abre una nueva perspectiva jurídica a la solución tradicional, explicando el mecanismo de la «sanatio in radice» a través de la equiparación formal de dos supuestos de hecho, por la que se otorga a uno de ellos los efectos jurídicos que normalmente sólo se adjudican al otro. El primer supuesto se-

ría un hipotético matrimonio contraído en fecha X. El segundo, un matrimonio inválido contraído también en fecha X, en cuanto está unido a otro matrimonio válido que existe hoy (fecha Y) en virtud de la dispensa de los impedimentos que hacían inválido el matrimonio contraído en fecha X. Los efectos jurídicos son los que corresponden hoy (fecha Y) al matrimonio válido del primer supuesto. Pues bien, esos efectos, por medio de la equiparación, se aplican al segundo supuesto de tal manera que hoy goza de iguales efectos que el primero. Esta solución salva las contradicciones en que otras teorías incurrían al afirmar la existencia contraria a la verdad de un matrimonio válido, sin querer afectar con esa ficción las consecuencias sacramentales.

En cuanto al problema doctrinal que se plantea al discutir la posibilidad de sanación en raíz de un matrimonio inválido «ab initio» por impedimentos de derecho divino, Llano —siguiendo el hilo de su razonamiento— defiende que la cuestión no consiste en saber si la Iglesia puede fingir la existencia de un matrimonio válido donde sólo existió un matrimonio inválido por impedimentos de derecho divino, sino más bien consiste en poder determinar si la Iglesia puede retrotraer los efectos jurídicos en ese caso concreto, mediante la equiparación formal antes indicada (pág. 124). El problema no es de lógica jurídica, sino de jurisdicción.

Legitimación y legitimidad son otras tantas figuras en que la doctrina suele encontrar abundantes ficciones de derecho. En su estudio, dejando un poco al margen la complicada serie de ficciones que algunos autores suelen mencionar, Llano sigue el camino que le trazan sus propios presupuestos: «No hace falta recurrir a una ficción, entendida como una disposición contraria a la verdad; basta la labor normal de creación legislativa» (págs. 140-141). Y, respecto a expresiones tales como *censetur tanquam, aequiparantur, habeantur pro*, etc., habitualmente consideradas como ficciones? De un modo sumario el A. examina algunos de los casos recogidos en el código, para llegar a una conclusión definida: en ninguno de ellos se ve la necesidad de considerar la norma como un juicio de existencia falso (pág. 146).

Las consideraciones sobre el texto legal y el oportuno análisis de la casuística permiten un interesante y original estudio

comparativo entre la ficción romana y la ficción canónica. El resultado arroja la existencia de una diametral diferencia entre ambas: «En Roma se nos presenta como *instrumento necesario para la creación del Derecho*; en el Derecho canónico es un instrumento formal, *una figura más de valoración* en la que cristaliza la redacción de la norma usada *ut compendiosior esset oratio*» (pág. 156). Siendo así las cosas, y teniendo en cuenta de modo especial el derecho canónico con sus peculiaridades propias, ¿cuál es, en resumen, la naturaleza jurídica de la «fictio iuris»?

A la luz de todo lo que antecede, Llano realiza un detenido examen de la definición de Alciato para establecer su inadmisibilidad teórica y su inadecuación a los textos del código considerados como ficciones. Y en el terreno constructivo, mediante la clara distinción entre realidades naturales y realidades jurídicas y precisando de algún modo los límites de licitud de la «fictio iuris», acabará por caracterizarla como «un instrumento de técnica legislativa por el que equiparando formalmente en una norma los supuestos de hecho realmente diferentes, se consigue una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno los efectos jurídicos que otra norma adjudica al otro, sin necesidad de enumerar esos efectos» (pág. 196).

La exposición anterior pone de manifiesto que, además de una serie de acertadas interpretaciones de textos del código no siempre bien comprendidos, el trabajo de Llano cuenta con bastantes méritos en su acervo. No es sin duda pequeño el de haber conseguido demostrar, en un tema concreto pero de singular importancia, las incongruencias creadas en el derecho canónico por la dócil aceptación de un romanismo de tercera mano que, sin embargo, sigue mercediendo la extraña benevolencia de ciertos sectores canonísticos. Y es muy apreciable también la insistencia de Llano en elaborar la teoría general del derecho canónico con una amplia visión de las realidades sociales.

Nos encontramos, pues, ante una buena monografía, elaborada con profundidad y con una serie de puntos de vista originales. Llano se coloca, respecto a la «fictio iuris» en un terreno diametralmente opuesto al de la doctrina común, pero no hay duda de que su tesis puede mantenerse con toda corrección científica, aun-

que de hecho acabe por anular casi por completo la idea misma de ficción. En todo caso cabe observar que la doctrina antigua, con su idea un poco peyorativa de la ficción y el rigor de sus requisitos, parece tener también en cuenta el aspecto práctico de un uso estrechamente limitado. Al convertirse, según el A., en un simple instrumento técnico no condicionado por las realidades naturales, ¿no podrá resultar la «fictio iuris» un cómodo instrumento de discrecionalidad legislativa de alcance prácticamente ilimitado? ¿Será suficiente la equidad canónica para garantizar los límites de su licitud?

F. JAVIER DE AYALA

GUIDO CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Seconda edizione, 1 vol. de XVI + 305 págs., Cedam, Padova, 1964.

A pesar de los veintisiete años transcurridos entre las dos ediciones del trabajo que presentamos, el autor ha preferido no alterar la estructura y el contenido que tuvo inicialmente su obra.

No ha desconocido, sin embargo, Calogero —lo pone de manifiesto en la advertencia preliminar que precede a la segunda edición— las vicisitudes que se han producido, en torno al recurso extraordinario de casación, en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina de su país. El Código de procedimiento civil de 1942 y, sobre todo, la Novela de 14 de julio de 1950, no han dado lugar a cambios sustanciales en el problema estudiado por el autor bajo el imperio del Código procesal de 1865.

Aunque Calogero no sea, en sentido estricto, procesalista sino filósofo del Derecho, y en ocasiones filósofo puro, es admirable el modo en que desciende a examinar temas jurídicos que, como el caso que nos ocupa, atraen y han atraído siempre la atención de los especialistas, es decir, de los cultivadores de las disciplinas jurídicas particulares. La obra de Calogero no se mueve en el terreno de la abstracción y de los primeros principios sino que en ella se tiene en cuenta y se analiza el Derecho positivo italiano y las decisiones de los Tribunales judiciales, con lo que se enriquece extraordinariamente la exposición.

El tema de la actividad lógica de los órganos judiciales y la posibilidad de que