

V A R I A

VÁZQUEZ GUNDÍN (Eugenio): *Estudios prácticos de la nueva ley de Arrendos rústicos* (legislación ordenada y ampliamente comentada, con interesante y copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y diversos formularios).—Madrid, Gráficas Voluntas, 1941.—311 páginas.

La ley de 28 de junio de 1940 inspira numerosos trabajos sobre los arrendamientos rústicos. Mencionamos, sólo a título de ejemplo, el estudio de Cuéllar: *Ordenación actual de los arrendamientos rústicos* (Sevilla, 1940), y el artículo de Ríos Mosquera (en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 399 y sigs.). Se hubiera agradecido al autor del libro presente una lista completa de la bibliografía correspondiente. Por lo demás, contiene el volumen los textos de las leyes de 15 de marzo de 1935 y de 28 de junio de 1940, los respectivos comentarios, el reglamento de 27 de abril de 1935, modelos oficiales e instrucciones prácticas.

El problema de las fuentes en la materia de arrendamientos rústicos es algo complicado. Desde luego sigue vigente el Código civil (artículos 1.542 y siguientes), así como la ley Hipotecaria (art. 2, número 5). Además, existe una legislación especial, que se encuentra en la ley de 28 de junio de 1940 (B. O. de 13 de julio), que declara restablecida (aunque con modificaciones) la ley de 15 de marzo de 1935. Todas las disposiciones posteriores a dicha ley de 15 de marzo de 1935 quedan derogadas en cuanto se opongan a la ley de 28 de junio de 1940 (véase art. 1.º de esta ley). En consecuencia, siguen en vigor el decreto de 27 de abril de 1935 (Gaceta de 30 de abril), que aprueba el reglamento provisional para la ejecución de la ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (véase Suplemento 340 de la REVISTA

CRÍTICA), así como el decreto de 3 de marzo de 1936 (*Gaceta* de 5 de marzo) interpretando el concepto de "año agrícola" a los efectos del artículo 25 de la ley de 25 de marzo de 1935 (1). En cambio, ha de considerarse como derogada la ley de 2 de junio de 1936 (*Gaceta* de 4 de junio), que limita los motivos de desahucio al caso de falta de pago (art. 1.º), por hallarse en contradicción con el artículo 28 de la ley de 15 de marzo de 1935, y, por tanto, con la ley de 28 de junio de 1940, que mantiene la primera.

Otra cuestión importante es la de saber si los contratos de arrendamiento que no se atienen a la forma prescrita por la ley especial tienen o no tienen validez. Vázquez Gundín aborda este interesante problema en las páginas 59 a 64. Se debe distinguir: 1.º El arrendamiento de fincas rústicas según el Código civil: El arrendamiento, según el Código civil es válido cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado (art. 1.278). Deberán constar en documento público los arrendamientos por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero (art. 1.280, núm. 2.º); y en el Registro de la Propiedad, tratándose de bienes raíces (art. 1.549). También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas (art. 1.280, último párrafo). Pero tanto el otorgamiento de un documento público como el de un documento privado en los citados casos no es requisito de la validez del contrato, sino más bien obligación de ambos contratantes, nacida de un contrato ya válido; y eficaz por el mero hecho de producir la mencionada obligación (art. 1.279). En consecuencia, el Tribunal Supremo (sentencia de 11 de mayo de 1903) declara que es válido el arrendamiento por cantidad de 2.000 pesetas anuales, que estima perfeccionado el Tribunal por prueba testifical. 2.º El arrendamiento de fincas rústicas según la ley Hipotecaria: Para que pueda ser inscrito un arrendamiento rústico en el Registro de la Propiedad, es preciso que conste en documento público u otro documento equivalente en virtud del artículo 3.º de la ley Hipotecaria, además de los requisitos intrínsecos del artículo 2.º, número 5, de la ley Hipotecaria (2). La ley especial declara expresamente la compatibilidad

(1) Así parece, en efecto, la opinión de Vázquez Gundín (pág. 104).

(2) Véase, sobre esta cuestión, Enrique Giménez Arnau, *Tratado de Legislación Hipotecaria* (t. I, págs. 110 y sigs., Ediciones Españolas, Madrid, 1941), y Ramón María Roca Sastre, *Instituciones de Derecho Hipotecario* (t. I, pág. 280, Bosch, Barcelona, 1941).

del Registro de la Propiedad y del libro especial de arrendamientos (artículo 59). Los efectos distintos de ambas inscripciones estriban en lo siguiente: "Mientras en los arriendos inscritos en el Registro de la Propiedad conforme a la ley Hipotecaria el adquirente de la finca tiene que respetarlos hasta su extinción, sin excepción alguna, el arriendo inscrito sólo en el libro especial de arrendamientos puede ser rescindido en el caso excepcional del párrafo 2.º del artículo 27, o sea cuando el comprador adquiere la finca para cultivarla directamente por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos" (Dimas Camarero, en REVISTA CRÍTICA, 1935, págs. 476 y 477). 3.º El arrendamiento según la ley especial: La ley especial distingue la obligatoriedad de la *forma* y la de la *inscripción*. a) Todo contrato de arrendamiento de fincas rústicas, cualquiera que sea su cuantía, deberá extenderse por escrito (art. 5.º). Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas cuya renta exceda de 5.000 pesetas anuales se formalizarán en escritura pública. Si la renta anual del arrendamiento no excediese de 5.000 pesetas, podrán extenderse los mencionados contratos en documento privado. Estos documentos deberán ser ratificados por los contratantes ante Notario o ante el Juez municipal del lugar donde radique la finca o tenga su residencia el arrendatario (art. 6.º). En vista de estos preceptos, cree Valverde que el contrato deja de ser consensual para ser formal (véase la nota bibliográfica en REVISTA CRÍTICA, 1935, página 476). b) Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas han de inscribirse en un libro especial obligatoriamente. "Quedan exceptuados de la inscripción obligatoria los contratos en que la renta no exceda de 500 pesetas" (art. 65). Sin la inscripción "no podrán los contratantes utilizar los derechos y ejercitar las acciones que, respectivamente, se les reconoce en esta ley" (art. 6.º, párr. 6.º). Esta desventaja se refiere también a los contratos cuya renta no excede de 500 pesetas. A este efecto, declara el artículo 24 del reglamento que si las rentas no exceden de 500 pesetas, la inscripción será voluntaria, pero el arrendatario que no inscriba no podrá hacer valer sus derechos ni ejercitar las acciones que les competan respecto de personas que hayan inscrito los suyos en el de la Propiedad, ni el arrendador podrá ejercitar la acción de desahucio por las causas establecidas en la ley. En cambio, no se castiga la no inscripción o la inscripción tardía de los contratos cuando dicha inscripción es voluntaria, mientras que la inscripción tardía de los contratos cuya inscripción es forzosa se castiga con la supre-

sión de ciertas ventajas concedidas por el último párrafo del artículo 6.º de la ley especial. Así declara el artículo 26 del reglamento que los contratos cuya inscripción es obligatoria habrán de presentarse en el Registro en los treinta días hábiles siguientes a su otorgamiento, sancionándose la infracción de esto con la pérdida de la exención del impuesto de Derechos reales y de la bonificación en el del Timbre y en los honorarios. En consonancia con estas disposiciones legales, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1940 (REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 232) que "para incluir un arriendo en la esfera protectora de la ley especial se requiere la concurrencia del requisito formal de la inscripción del mismo en el Registro de arrendamientos, obligatoria en unos casos y voluntaria en otros, en la forma y a los efectos que precisan los artículos 6.º y 65 de la ley, en relación con el 24 de su reglamento". De ahí resulta que un contrato oral o un contrato tácito y, por tanto, no inscrito, no disfruta de la protección de la ley especial. Sin embargo, nos quedan todavía dos cuestiones: 1.ª ¿Es el contrato nulo de modo que se puede considerar al arrendatario como a un precarista, o es válido y ha de aplicarse, por ende, el artículo 1.571 del Código civil? Sin desconocer la posibilidad de mantener la tesis de que la ley especial haya convertido el contrato consensual en un contrato formal, con la consecuencia de anular todos los contratos orales o tácitos—tesis defendida por el autor del libro que tenemos a la vista (l. c.)—, creemos más bien, en vista del artículo 1.278 del Código civil por un lado y de la finalidad de la ley especial, protectora de los arrendatarios, por el otro lado, que se conforma más con nuestra legislación la opinión según la cual los contratos orales y tácitos de arrendamiento son válidos y caen bajo el Código civil, sin que se aplique a ellos la ley especial, puesto que la nulidad del arriendo facultaría al cedente a reclamar su finca mediante la acción reivindicatoria en cualquier momento, mientras que el cesionario, según la tesis del Sr. Vázquez Gundín (pág. 60), ni siquiera podría repetir los pagos satisfechos (1). La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1939 se inclina hacia nuestra solución del problema. 2.ª ¿Aplicase a los contratos orales de arriendo el artículo 1.279 del Código civil, de suerte que los contratantes pueden compelerse mutuamente a verter el con-

(1) El mismo autor expresa su duda respecto a esta consecuencia, verdaderamente cruel para el cesionario. Sin embargo, hemos de aceptarla, si el cesionario pagó conociendo la nulidad del contrato (art. 1.895 del Código civil).

trato oral en escrito privado o documento público, según los casos, para proceder después a la inscripción del arriendo en el libro especial? Ni que decir tiene que esta cuestión se plantea sólo cuando se contesta la primera en el sentido en que nosotros la hemos contestado. Puesto que, siendo nulo el contrato, no puede discutirse la aplicabilidad del artículo 1.279 del Código civil. En cambio, aceptando la validez de los contratos orales, sigue forzosamente la aplicación del artículo 1.279 del Código civil. Sin embargo, es dudoso, si los contratantes pueden sólo obligarse mutuamente a que se establezca una forma prevista en el Código civil, o si además pueden obligarse mutuamente a que se establezca una forma prevista en la *Ley especial*. Para proteger al arrendatario, aceptamos la última alternativa. Bien es verdad que esta inscripción no producirá efectos frente a una enajenación anterior a ella. (Véase art. 27 de la *Ley especial*.)

El libro del Sr. Vázquez Gundín resuelve todos los problemas de esta intrincada materia, y es recomendable a los que trabajan sobre ella.

EL PAPEL DE LAS FICCIONES EN EL DERECHO.

Las ficciones desempeñan un importantísimo papel en nuestro pensamiento. Debemos este conocimiento a Hans Vaihinger y su *Filosofía del cómo sí* (1). Vaihinger formula por primera vez en la historia de la filosofía la cuestión siguiente: ¿Cómo es posible que lleguemos con ideas falsas a resultados acertados? Ya Vaihinger se fijó en el empleo abundante que la ciencia del Derecho hace de las ficciones (2). De su escuela salió el libro de Rolf Mallachow (3), que ensancha las referencias del maestro respecto al Derecho; y de su escuela emana también la obra de Walter Strauch (4), que concibe todo el Derecho como una ficción. No es extraño, pues, que la solución del problema se atisbe así-

(1) Hans Vaihinger: *Die Philosophie des Als Ob*, 4.ª ed. Leipzig; Meiner, 1920.

(2) L. c., págs. 46 y sigs.

(3) Rolf Mallachow: "Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre. Das "Als-ob" im Jus" (en *Bausteine zu einer Philosophie des Als-ob*, Band 3, München, Rösl-Verlag, 1922).

(4) Walter Strauch: "Die Philosophie des Als-ob und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft" (en *Bausteine zu einer Philosophie des Als-ob*, Band 7, München, Rösl-Verlag, 1923).

mismo en un estudio relacionado con la escuela de Vaihinger, y cuyo autor es Hermann Triepel (1). En la lucha en torno de las ficciones jurídicas no falta tampoco la autorizada voz de Kelsen (2).

A

La discusión ha sido recientemente reanudada por Josef Esser (3). Su libro es objeto de un denso estudio del profesor Brandt en la revista *Deutsches Recht* (1941, págs. 1.379 y sigs.) (4). Su artículo se intitula: "Valor y desvalor de la ficción" ("Wert und Unwert der Fiktion"). Esser cree que la ficción no contiene una verdad jurídica especial, opuesta a la realidad, sino que expresa sencillamente la equivalencia jurídica de dos supuestos de hechos. En el curso de su obra distingue Esser varias formas de las ficciones jurídicas.

1) La ficción como medio de una referencia global: Esser nos cita como ejemplo el artículo 894 de la ley de Enjuiciamiento civil alemana, que establece que si la sentencia condena al deudor a hacer una declaración de voluntad, ésta se considera hecha así que la sentencia llega a ser firme. La ficción de la sentencia que condena al demandado a una declaración de voluntad como tal declaración tiende a hacer aplicables los múltiples conceptos del ordenamiento jurídico acerca de las declaraciones de voluntad a la mencionada sentencia. (V. art. 1.514, párrafo 2, L. E. civil española.)

2) La ficción como un medio técnico para disipar dudas: Esser invoca como ejemplo el artículo 2.306 del Código civil alemán. Esta disposición reza de la siguiente manera: "Si resulta gravado un heredero forzoso, instituido como heredero testamentario por el nombramiento de un heredero fideicomisario, de un albacea, por un plan de partición, por un legado o por una manda, la limitación o el gravamen se consideran como no ordenados, si la parte de la herencia que le corresponde con arreglo al testamento no excede de la mitad de lo que le co-

(1) Hermann Triepel: "Die zweite Schicht des Denkens" (en *Beihfte zu den Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, Leipzig, Meiner, 1926).

(2) Kelsen: "Zur Theorie der juristischen Fiktionen" (en *Annalen der Philosophie*, 1. 1919, pág. 630).

(3) *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*. Frankfurt, Klostermann, 1940.

(4) Otra reseña bibliográfica del citado libro se encuentra en *Der Gerichtssaal*, tomo 115, 1941, págs. 374 y sigs. Su autor es Weigelin.

respondiese como herencia abintestato" (1). En este caso se finge una disposición testamentaria como no escrita, para que la legítima de un heredero forzoso quede indemne. (V. art. 792, Código civil español.)

3) Ficción, que contiene una referencia, como medio plástico de la exposición: Esser menciona como ejemplo de este tipo de ficción el artículo 1.978 del Código civil alemán, que ordena que, abierta la administración o el concurso de la herencia, deba considerarse el heredero responsable frente a los acreedores de ella por razón de su administración, como si hubiese actuado desde la aceptación de la herencia a modo de encargado de dichos acreedores. (V. art. 638, núm. 3, Código de Comercio español.)

4) La ficción en forma de presunción: El artículo 612 del Código civil alemán establece, por ejemplo, para el contrato de trabajo, que se presume concertado un salario, si tal convenio corresponde a las circunstancias del caso. (V. art. 1.711, párrafo 1, Código civil español.)

5) Ficción como medio para suspender solapadamente la aplicación de ciertas premisas mayores: Siguiendo a Ihering, distingue Esser la ficción histórica y la ficción dogmática, según aparezca en la historia práctica del Derecho o en la teoría jurídica.

a) Ficción histórica: Esser invoca, entre otros ejemplos, el de la transmisión fiduciaria de la propiedad. El Derecho alemán (art. 1.205 del Código civil alemán), así como el Derecho español (art. 1.863 del Código civil español), no admite sino la prenda con desplazamiento de la posesión. Para burlar este requisito se utiliza en Alemania con gran frecuencia la transmisión fiduciaria de la propiedad, sustituyendo la entrega real mediante la "ficta traditio" del "constitutum possessorium", es decir, mediante la estipulación, entre el nuevo propietario y el propietario cedente, de que este último continúa poseyendo la cosa como depositario. La jurisprudencia alemana admite este negocio por su necesidad económica (2):

b) Ficción dogmática: Se suele alegar como ejemplo el principio según el cual se considera al concebido como ya nacido para ciertos efectos.

(1) La razón de ser de esta disposición estriba en el precepto del Derecho alemán (art. 2.303, párr. 1.º, apart. 2.º, Código civil alemán), según el cual la legítima consiste en la mitad de lo que correspondería al heredero forzoso, si el *de cuius* hubiera muerto abintestato.

(2) Sobre el negocio fiduciario en el Derecho español, véase Blas Pérez González y José. Alguer, en sus comentarios a *Enneccerus-Nipperdey*, parte general tomo I, volumen 2, Barcelona, Bosch, 1935, págs. 89 y sigs.

tos (V. *Enneccerus-Nipperdey*, 1 c., ed. alemana de 1931, pág. 78, nota 7).

6) Ficciones retroactivas: El artículo 142 del Código civil alemán nos ofrece un buen ejemplo. Dispone que si se anula un negocio anulable, éste debe ser considerado como nulo desde un principio. (V. artículo 989 del Código civil español.)

B

Pero la importancia de las ficciones no nos aparece sólo en la literatura alemana. Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo español dan también lugar a desarrollar este sugestivo tema. En la sentencia de 16 de mayo de 1941 se trata de una venta de vino. Al tiempo de la primera entrega, en el mes de abril de 1936, el vendedor notificó al comprador cierta deficiencia alcohólica en el vino suministrado, con promesa de compensarla. El comprador, no obstante la notificación, ni rehusó el recibo de la mercancía ni formuló protesta alguna. Según el Tribunal Supremo, declara el comprador así su conformidad tácita con la entrega, y el consiguiente cumplimiento de la obligación originaria, modificada en la forma expuesta por su asentimiento. La sentencia de 17 de mayo de 1941 casa la sentencia de instancia, porque esta última interpreta el desistimiento del demandante de exigir cierta bonificación durante ocho años como una renuncia de este su derecho. En ambos casos gira el problema, como se ve, en torno de la interpretación de una omisión como declaración de voluntad. La jurisprudencia (y así lo hizo, en efecto, la sentencia de instancia en el segundo de nuestros ejemplos) suele operar con el concepto de la presunción. Se presume que el que observa cierta conducta desea declarar lo que se le atribuye como declarado. Pero aunque no se puede negar que en algunos casos esta presunción acierta, pues nos encontramos con una auténtica declaración de voluntad, no se puede negar tampoco que normalmente la presunción se desvía de la realidad y que el Tribunal que la aplica lo sabe positivamente, puesto que resulta más que improbable que una persona consienta silenciosamente desventajas en la vida del negocio. Sin embargo, no pensamos por ello modificar el resultado, ya que la mencionada persona merece, por su indolencia, que se la considere como si hubiera hecho tal o cual declaración. Pero en este caso no empleamos una pre-

sunción, sino más bien una ficción. Uno de los autores más especializados en la materia de las declaraciones de voluntad, Alfred Manigk (1), distingue por estas razones con toda claridad la *auténtica declaración de voluntad*, que supone la voluntad de efectuar una determinada declaración, tácita o expresa, así como la conciencia de atraer sobre ella consecuencias jurídicas, de una *conducta cualquiera con la que la Ley enlaza consecuencias jurídicas, como si se tratase de una declaración de voluntad por razón de la indolencia culposa de su autor*.

C.

I. Antes de examinar de manera crítica el tema de la ficción, séanos permitida una breve advertencia etimológica (2). De la palabra griega *υποθεσις* (hipótesis) dimanán en lengua latina los siguientes términos: "sumptio" (afirmación); "principium" (base, punto de partida); "suppositio" (hipótesis); "conjectura" (hipótesis filológica); "praesumptio" (presunción), y "fictio" (ficción).

II. La clasificación de las ficciones de Esser no es satisfactoria. Se trata de una mera descripción sin criterio metodológico y, por ende, sin trascendencia jurídica. En realidad procede distinguir dos clases de ficciones: las ficciones tipificadoras y las ficciones equiparadoras.

1) Ficciones tipificadoras:

a) Descripción. Las ficciones tipificadoras establecen un caso normal como regla general, al que hay que ceñirse sin excepción alguna, desconociéndose así las características de los casos excepcionales.

b) Finalidad. La finalidad de esta aparente injusticia consiste en la economía de la reglamentación y en la previsibilidad de las soluciones, la cual aumenta la seguridad jurídica esencialmente.

c) Ejemplos (3):

aa) El artículo 320 del Código civil español dispone que la mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos. Esta reglamentación se basa sobre la observación, generalmente acertada, de que los menores de dicha edad resultan incapaces de administrar razonablemente sus

(1) *Das rechtswirksame Verhalten*. Berlín, De Gruyter, 1939, págs. 208 y sigs.

(2) V. *Vaihinger*, 1, c., pág. 256.

(3) Los ejemplos de Esser (A) bajo 4) y 5 a) encajan en la categoría de la ficción tipificadora.

asuntos y que los mayores de veintitrés años poseen la mencionada capacidad. De esta regla existen sólo escasas excepciones, y de la incapacidad de obrar de un menor de dieciocho años no existe ninguna. Ahora bien: el legislador sabe perfectamente que numerosos mayores de veintitrés años están menos capacitados que otros menores de dicha edad, y hasta menores de dieciocho años. Sin embargo, prefiere la violación de casos excepcionales mediante la regla típica a la admisión de un examen individual de cada caso por lo costoso, lo complicado y lo inseguro que este examen resultaría.

bb) El artículo 108 del Código civil español define a los hijos legítimos: los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. El legislador sabe perfectamente que en numerosos casos los hijos nacidos en estas condiciones no son legítimos, aunque no exista la excepción legal del artículo 108, párrafo 2.º, del Código civil español. Sin embargo, impone el caso típico a los casos atípicos en provecho de la sencillez y seguridad de la reglamentación.

cc) La Ley sabe muy bien que las sentencias firmes se desvían en numerosos casos de la realidad. Sin embargo, las considera como verdaderas, a no ser que existan las difíciles condiciones de la revisión. (V. art. 1.251, párrafo 2.º, del Código civil español.)

dd) Véanse otros ejemplos en los artículos 999, párrafo 3.º, y 1.000, etc., del Código civil español.)

d) Las ficciones tipificadoras tienen gran semejanza con las presunciones. Dicho con más exactitud: las ficciones tipificadoras se desarrollan siempre a base de una presunción "juris tantum". Pero mientras que la presunción "juris tantum" (y sólo ella es una verdadera presunción) admite la prueba en contrario, la ficción se impone autoritariamente a la realidad, violándola, en parte, por motivos de conveniencia jurídica.

2) Ficciones equiparadoras:

a) Descripción: Las ficciones equiparadoras asimilan para ciertos o todos los efectos jurídicos dos casos, ontológicamente diferentes, sea que los coloquen en pie de igualdad, sea que asemejen un caso a otro.

b) Finalidad: Es un sacrificio hecho en honor de la brevedad. La ficción equiparadora ahorra la repetición de las consecuencias jurídicas enlazadas con un caso al hablar del segundo equiparado.

c) Ejemplos (1):

aa) Piénsese en el artículo 645, párrafos V y VI, del Código de Comercio español: "Si la muerte hubiere ocurrido en defensa del buque, el hombre de mar será considerado vivo, y se abonará a sus herederos, concluido el viaje, la totalidad de los salarios. En igual forma se considerará presente al hombre de mar apresado defendiendo el buque, para gozar de los mismos beneficios que los demás..." En este caso, la Ley no afirma que el hombre de mar muerto o apresado vive o se encuentra en el buque. La Ley equipara más bien la muerte del hombre de mar, ocurrida en determinadas circunstancias, a su vida en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas (2). La razón de la equiparación reside en motivos de justicia.

bb) Un ejemplo célebre nos ofrece el artículo 29 del Código civil español: El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca en las condiciones que expresa el artículo 30.

cc) En la teoría jurídica se emplean también ficciones equiparadoras. Así, equipara, por ejemplo, la tesis del contrato social el origen probablemente no contractual del Estado en la Historia al origen contractual. Rousseau dice (3): "El hombre ha nacido libre, y, no obstante, está encadenado. Se cree señor de los demás seres, sin dejar de ser tan esclavo como ellos. ¿Cómo se ha realizado este cambio? Lo ignoro. ¿Cómo puede legitimarse? Creo poder resolver esta cuestión."

dd) El Derecho inglés (4) equipara a los delitos que se dirigen verdaderamente contra la persona del rey los delitos que no poseen tal tendencia: todos los delitos se consideran, por ende, como dirigidos contra el rey. Así se explica tanto el derecho del rey a perseguir todos los delitos como su derecho a perdonarlos.

3) Resumen comparativo de ambas clases de ficciones:

Las ficciones tipificadoras afirman realmente algo que se desvía de

(1) Los ejemplos de Esser (A) bajo 1, 2, 3, 5 b y 6 pertenecen a este grupo.

(2) La ley francesa del 13-XII-1926 expresa la misma idea en forma menos chocante. Véase su artículo 44, párrafo 4.º: "*Quel que soit le mode d'engagement, les salaires du marin tué en défendant la navire ou en accomplissant, pour la salut du navire, un acte de dévouement, sont dus en entier pour tout voyage si le navire arrive à bon port...*" En caso de una herencia yacente, el Derecho español considera vivo al difunto (S. 5-VI-1861, Res. 7-VIII-1893.)

(3) Contrato social, I, 1.

(4) Blackstone: *Commentaries on the laws of England* (ed. 15.ª publicada por Edward Christian, Londres, Strahan, 1809, t. I, pág. 268; t. IV, pág. 2).

la verdad, aunque sólo en parte. Se podría encontrárselas semejanza con ciertos valores matemáticos de aproximación. Piénsese, por ejemplo, en que $\pi = 3,141$. Pero este resultado, que expresa sólo con inexactitud el valor de π , se asemeja más bien a una presunción, ya que en cada caso concreto se podría precisar el valor de este número hasta el grado deseado de exactitud. La ficción tipificadora, en cambio, se impone a los casos atípicos autoritariamente.

La ficción equiparadora no contiene, al contrario, ninguna afirmación. Se trata en ella de un juicio de valor; la ficción equiparadora contesta a la siguiente pregunta: ¿merece este supuesto de hechos el mismo tratamiento jurídico que este otro? El enlace de las mismas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hechos diferentes no es más extraño que el hecho de que el mismo efecto puede tener dos causas completamente diferentes (1). Tanto el cáncer como un tiro de fusil producen la muerte. Desde este punto de vista ambas causas, aunque por lo demás "toto coelo" diferentes, son equivalentes. Por tanto, no es muy exacta la denominación, "ficción" para la ficción equiparadora, puesto que no se finge una realidad que no existe, sino que se valora la realidad existente.

Ambas ficciones están contenidas en los preceptos legales. Bien es verdad que no lo están muchas veces de manera expresa. Ninguna disposición dice, por ejemplo, que los menores de veintitrés años no poseen la capacidad natural de administrar sus asuntos. Y el artículo 645, párrafo 5.º, del Código de Comercio, en lugar de formular "expressis verbis" la ficción equiparadora, podría decir con idéntica eficacia: "Si la muerte hubiera ocurrido en defensa del buque, se abonará a los herederos del hombre de mar la totalidad de los salarios." Sin embargo, el precepto legal no deja, por ello, de basarse sobre la ficción tipificadora o equiparadora.

III. Ya vimos en la introducción que las discusiones no giran sólo en torno del problema de las ficciones en el Derecho, sino también en torno del problema de si todo el Derecho es una ficción. Walter Strauch (l. c.), que es el propugnador de esta tesis, la apoya sobre dos razones, las cuales desgraciadamente mezcla con cierta confusión.

1) El Derecho consiste en un conjunto de normas. Todas las normas (éticas, jurídicas, etc.) pretenden valer como si existiesen cual

(1) Este principio, muy discutible, es generalmente reconocido, y no forma en este lugar el objeto de nuestra crítica.

una cosa real. He aquí la razón de la naturaleza ficticia del Derecho. Contra esta teoría, ya indicada en la obra de Vaihinger, objetan los neokantianos Stammler, Kelsen y Somló que el mundo del ser y el mundo del *deber ser* no pueden entrar jamás en conflicto, por ser esencialmente dispares.

La norma: "no debes matar" posee una existencia real (en contra de Strauch), aunque esta existencia no tenga la misma forma de apariencia que la de un objeto corpóreo. La mencionada norma exige algo que no existe para que exista: se pone en conflicto con la realidad (en contra de Stammler, Kelsen y Somló). Sin embargo, no conviene por ello atribuirle carácter ficticio (en contra de Strauch). La auténtica ficción se refiere a juicios acerca de la realidad, aspirando a la concordancia con ella, o sea a la verdad. En estos juicios aparece la ficción como una nota discordante, desviándose de la meta de todos los juicios normales: de la aspiración hacia la verdad. Las normas se alejan, en cambio, esencialmente de la verdad; y, aunque quieren amoldar la realidad a sus pretensiones, llevan siempre en sí mismas esta oposición al mundo real. Mientras que, por tanto, la ficción aparece en los juicios como un fenómeno excepcional y contrario a su finalidad, la "ficción" en las normas constituye su nota característica. El término "norma" contiene ya la naturaleza "ficticia" con mucha más precisión que la voz "ficción", que sólo da lugar a una confusión entre "juicios acerca de la realidad" y "exigencias encaminadas a cambiarla".

2) En otras partes de su libro, Strauch se apoya sobre la naturaleza ficticia de la aplicación de las normas jurídicas. La aplicación de un tipo legal cualquiera a la realidad, heterogénea con éste, contiene, en su entender, un elemento ficticio. La Ley habla de "hombres", de "matar" y de "dolo". Nosotros subsumimos bajo estos términos la realidad concreta. Pero ¿qué tiene que ver un hombre vivo y su actividad con las mencionadas voces legales?

D

Esta cuestión nos conduce a la solución del problema de las ficciones en general, el que, por pertenecer a la filosofía y por referirse sobre todo a las ficciones no jurídicas, trasciende a nuestro empeño. Sin embargo, hemos de hacer dos observaciones:

El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y terceras "capas del pensamiento" (1), que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos. Después de haber llegado a ciertos resultados, se retransportan éstos a la realidad, lo que da lugar a determinadas modificaciones. Todos nuestros conceptos pertenecen a esta segunda capa del pensamiento. Ellos dimanar de la realidad; y la subsumción de los casos concretos bajo las normas legales plantea el problema de su readaptación a esta realidad, puerto de salida y de entrada de todo nuestro pensamiento. De allí se deduce que, si bien en la elaboración de la segunda capa del pensamiento se infiltran ficciones, no se debe atribuir carácter ficticio a la readaptación de los resultados de la segunda capa a la realidad. Este proceso sirve más bien para corregir el carácter ficticio de nuestro pensamiento. Por tanto, rechazamos definitivamente la afirmación de Strauch de que el Derecho constituye una ficción.

Finalmente, ponemos de relieve que la teoría de las diferentes capas del pensamiento destruye el carácter paradójico de la cuestión de Vaihinger: ¿cómo es posible que lleguemos con afirmaciones falsas a resultados acertados? No se suele tratar (perscindiendo de algunos ejemplos de Vaihinger, que forman un problema aparte) de afirmaciones que falsean la realidad, sino de afirmaciones que la simplifican. No se trata de una oposición definitiva; sino de un alejamiento provisional. No se trata de ficciones, sino de métodos.

HARALD G. HAUPT: "Massnahmen des amerikanischen Gesetzes für soziale Sicherheit (Social Security Act) mit sozialversicherungsartigem Charakter (Medidas de la Ley americana sobre seguridad social, (Social Security Act) que poseen carácter de seguro social)", en *Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig*. Heft 45. Weimar, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, 1941.—116 páginas.

Al crearse, durante el primer período presidencial de F. D. Roosevelt, en el año 1935 las bases legales para un vasto sistema de previsión y de seguro social para los Estados Unidos, consideraban muchos observadores europeos este fenómeno como la imitación retrasada de los

(1) Véase Triepel, l. c.

modelos europeos. El autor juzga esta concepción errónea. Para defender su propia tesis no expone sencillamente las disposiciones del "Social Security Act", sino esboza asimismo los hechos sociológicos subyacentes a aquéllas. Haupt trata al principio de la situación social antes de la vigencia del "Social Security Act". Luego aborda la misma Ley, tanto el papel que desempeña en la vida económica y política de los Estados Unidos como su contenido. La tercera sección se ocupa del seguro contra la vejez, mientras que la cuarta habla de la indemnización debida a los obreros parados. La última sección, finalmente, nos brinda una crítica de la Ley, y nos describe las proposiciones de reforma.

El libro que tenemos a la vista constituye una valiosa aportación al Derecho laboral comparado. Se apoya sobre una abundante bibliografía y nos ofrece una descripción, breve y exacta a la vez, de una de las cuestiones sociales más importantes.

Proyecto del Código civil de Hungría de 1928. Traducción oficial publicada por el Ministerio de Justicia de Hungría.—De Gruyter, 1940.—678 páginas.

El proyecto del Código civil de Hungría fué publicado ya en el año 1928. Pero la traducción alemana no se dió a luz sino en el año pasado. Así se explica tanto la vida oculta de dicho proyecto hasta 1940, como el súbito interés que de repente recae sobre él. Mencionamos, entre otras recensiones, las de Hedemann, en *Deutsche Justiz* (1940, págs. 1.139 y sigs.) y de Domke, en *Deutsches Recht* (1940, pág. 625). En lo siguiente nos apoyaremos sobre la última.

El Derecho privado húngaro es Derecho consuetudinario, que de vez en cuando tiende impetuosamente a la codificación. El primer intento es constituido por el "Decretum Maius" del rey Matías del año 1486. El trabajo privado de Stefan Werbözy del año 1514 ("Opus Tripartitum iuris consuetudinarii incltyti regis Hungariae"; abreviación: "Tripartitum") tenía hasta 1848 casi fuerza legal, de guisa que un sabio húngaro podía denominarlo sencillamente "Código" (véase Coloman v. Szakats, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, pág. 492). Tampoco cesaba nunca el trabajo codificador en sentido propio. Piénsese en el "Planum Tabulare" de 1769, el "Projectum legum civilium" de 1795, la "Opinio" de 1827 y la colección de ciertas reglas establecidas por la conferencia "Judex" en

1861. En 1849 se impuso la introducción del Código civil austriaco. El primer proyecto oficial se presentó en el año 1900; los proyectos siguientes, en los años 1913, 1914 y 1915, respectivamente. En 1928 se publicó el quinto proyecto, que es el que tenemos a la vista.

El proyecto ha bebido en las fuentes del Código civil alemán y suizo. Sobre todo intenta encontrar una redacción popular, inspirándose en el ya citado Cuerpo legal helvético. Su estructura es la siguiente: Después de siete artículos introductorios, que también contienen cláusulas generales (§ 2: principio de la buena fe; § 4: resoluciones equitativas), aparece, como parte primera el Derecho de personas y familia. Su primer título se denomina: "Personas", cuya primera sección se intitula: "El hombre". Luego sigue un subtítulo: "1.º Capacidad jurídica y capacidad de obrar". La segunda sección trata de las personas jurídicas, de suerte que tanto en la construcción como en el contenido, el proyecto va concorde con el Código civil alemán. Pero en lo siguiente nos encontramos con una diferencia fundamental. El Derecho matrimonial constituye el segundo título. El proyecto hace referencia a una ley especial sobre los esponsales de futuros, la celebración del matrimonio y su disolución. Por lo demás, reglamenta los efectos del matrimonio y su régimen patrimonial. La segunda parte del proyecto abarca el Derecho de cosas (contenido en el tercer libro del Código civil alemán); la tercera parte, el Derecho de las obligaciones (correspondiente al segundo libro del Código civil alemán); la cuarta parte, el Derecho de sucesión (correspondiente al quinto libro del Código civil alemán). El proyecto desconoce una parte general. Se trata, en lo esencial, de una codificación del Derecho privado actual de Hungría. Algunas disposiciones, sin embargo, se adelantan. Mencionamos, entre otras cosas, la supresión de los residuos del antiguo Derecho feudal, el robustecimiento de los derechos de la madre legítima frente a los hijos, la introducción de nuevos plazos de anulación y de prescripción, la nueva reglamentación de la rendición de cuentas por el administrador de una herencia, la ampliación del Derecho hereditario del hijo legitimado.

Otras innovaciones son la creación del Derecho de alimentos de la nuera y del hijo ilegítimo contra los padres de su padre, así como la reglamentación del Derecho de compraventa y del negocio fiduciario. El proyecto no llegó a ser ley, y tampoco cobrará en el porvenir forma legal, puesto que el espíritu ha cambiado esencialmente desde 1928.

hasta hoy. Su destino actual puede condensarse en las siguientes palabras del Ministro húngaro de Justicia: "El proyecto se encuentra actualmente en las manos de los Jueces, que deben resolver, inspirándose en la práctica, lo que perdura las transformaciones de los tiempos."

FRANCESCO M. DE ROBERTIS: *Il Diritto associativo romano*.—Bari, 1938, XVI.

El autor estudia desde los colegios de la República a las corporaciones del Bajo Imperio, con una erudición que se halla a la altura de su imparcialidad, y apunta como resultados: 1.º Encontramos en Roma desde los primeros tiempos asociaciones profesionales, voluptuarias (de entretenimiento), religiosas, funerarias y políticas. 2.º La nomenclatura es variadísima, enumerando Waltzing 45 vocablos: amicitia, classis, commune, factio, grex..., sodalicium, thiasus..., y frecuentísimas las expresiones *collegium* y *corpus*, que parecen agotar la enumeración. 3.º En la referencia que hace Gayo a un texto de las XII Tablas, aparece que los *sodales* (colegiados) podían darse el estatuto que les placiera, siempre que no fuera contrario a las leyes del Estado. 4.º Un Senado-consulta del año 186 a. C. decretó la abolición de las escandalosas reuniones de los devotos de Baco y disolvió las asociaciones correspondientes. 5.º Para evitar la corrupción electoral (compras de votos, violencias, represalias) o poner freno a las asociaciones profesionales y religiosas que amenazaban el orden público, se adoptaron diversas medidas en el siglo anterior a la Era Cristiana. 6.º La política imperial, en un principio severa e intervencionista, va admitiendo poco a poco diversas categorías de asociaciones, y desde la ley Iulia, que exigió una autorización, sólo concedida por razones de interés público, las inscripciones de los tres primeros siglos nos dan noticia de cuatro colegios en Roma y ocho en Italia. 7.º La derogación parcial más importante de la citada ley de Augusto fué debida al Senado-consulta, que a mediados del primer siglo permitió los colegios de pobres (*collegia tenuiorum*) o humildes, bajo cuya denominación se amparan las asociaciones funerarias, *religionis causa*, que no eran ni poderosas ni turbulentas. 8.º Los sodalicios religiosos, distintos de los colegios oficiales (Augures, Pontífices...), eran asociaciones privadas que se consagraban a honrar una divinidad (Hércules, Silvano, Baco, Isis, Mitra, Cibeles).

y tenían mucha mayor importancia que las de artesanos y de entretenimiento (convites y fiestas).

En el erudito capítulo dedicado a las comunidades cristianas anteriores a Constantino, el autor pasa revista a las hipótesis ideadas para colmar la laguna histórica (asociaciones funerarias, *piae causa*, posesión por personas interpuestas, sociedades *camufladas*), y llega a las siguientes conclusiones: a) El concepto que la Iglesia tenía de sí misma, cuando era perseguida, desconocida o tan sólo tolerada, era diferente del que el Estado se formaba de ella. b) Los cristianos aparecen divididos en pequeñas comunidades, bien porque los antiguos inmigrantes que adoraban a una divinidad procedían de una misma región, bien por la semejanza de los oficios desempeñados en Roma por los asociados, bien porque los hebreos tenían allí trece sinagogas y es innegable la confusión inicial, bien porque existiesen distintos lugares de reunión, bien por la diversidad de las prácticas religiosas primitivas, que el mismo San Pablo pone de relieve. c) Una vez separados los cristianos de los judíos, formaron en los tiempos de bonanza *collegia tenuiorum*, con fines culturales más que funerarios, y Tertuliano, en su día, podrá decir: "*Corpus sumus de constientia religionis*". d) En los edictos de persecución de Valeriano y Diocleciano se prohíben las asociaciones cristianas y las iglesias; prueba de que venían reputándose lícitas; y lo mismo Galieno que Maximino, al revocar las disposiciones de sus antecesoros, ordenan la restitución de los bienes confiscados. e) El edicto de Constantino y Licinio (313) se refiere a la Iglesia universal y a las asociaciones (*corpori et conventiculis*). f) Las designaciones, en verdad, han variado: *ecclesia fratrum*, *fratres*, *fraternitas*, *sodales fratres*, etc.

En fin, los colegios profesionales encargados de un servicio público (*corpora*) van multiplicándose, favorecidos por el Estado, en los tres primeros siglos de la Era Cristiana, y en el siglo IV fueron transformados en cuerpos oficiales para contener la descomposición del Imperio y soportar el peso de los impuestos. Las asociaciones son ya obligatorias y hereditarias, y cada componente quedaba para siempre consagrado al colegio con su patrimonio y familia: panaderos, proveedores, cocedores de cal, transportistas, constructores, navieros, agricultores.... forman a la fuerza en los cuadros corporativos; en el siglo VI la estratificación es completa y rígida.

CARLO ESPOSITO: *La conoscenza della Legge nel Diritto e nella morale.* (El conocimiento de la Ley en el Derecho y en la moral.)

Se trata de una comunicación leída al Congreso nacional de Filosofía, celebrado en Padua (1934), que plantea el célebre problema que nosotros llamamos de la ignorancia de la Ley, en otros tiempos discutido, sobre todo por los teólogos, después especialmente por los juristas y últimamente en las monografías de Binding, Beck, Weiz, Hippel, Dohna, Weinberger, Sauer, Levi, Frosali... (y los españoles Costa, Dorado Montero, etc.).

Antes se distinguía entre ignorancia del Derecho divino, natural y humano; entre principios generalísimos y menos generales de la ética; entre ignorancia vencible e invencible, supina, crasa y afectada; entre disposiciones sancionadas con pena correccional o vindicativa..., y sobre estas distinciones se centraba la solución.

Hoy más bien se distingue la ignorancia de las leyes que disciplinan el comportamiento, de la ignorancia de las leyes que cualifican las circunstancias, los elementos y los presupuestos de la conducta; o entre leyes penales o no; o entre la ignorancia de que el acto se halla sancionado o de que sea ilegal, inmoral, dañoso o antisocial; aunque la incógnita no se refiere al problema de la vida espiritual (el conocimiento de lo justo y de lo injusto, ¿es un presupuesto de la justicia o de la injusticia de nuestras acciones?), sino que se busca la construcción dogmática del tratamiento en el Derecho positivo.

Con valiosos precedentes romanos, el principio de que la ignorancia no excusa ha pasado a muchos ordenamientos (v. el art. 2.º de nuestro Código civil), pero hoy no se aplica a la letra, y más bien se subordina al espíritu y motivación de la ley violada, ya para demostrar que falta alguno de los requisitos por la misma exigidos, ya para admitir los efectos de la ignorancia sobre los negocios jurídicos o sobre la existencia del delito (no hay hurto lo mismo si confundo mi sombrero con otro que si retengo como propia la cosa ajena por ignorar las reglas del caso).

Aun en el Derecho penal, donde el principio tiene su campo propio, se duda de si el error sobre las exclusiones de la antijuridicidad es o no excusable.

En la literatura moderna se hacen valer a favor de la excusa varios argumentos: quien no conoce la Ley no puede desobedecerla; si la Ley

trata de dirigir la voluntad, supone que el agente la conozca; si el entender y querer son las bases del obrar, el conocimiento concreto es requisito necesario, y, en fin, la responsabilidad deriva de la reprobación y ésta implica el desprecio de la regla conocida.

Frente a ellos se arguye: en el no saber hay negligencia; no puede admitirse la existencia de la ignorancia; es justo, y sobre todo necesario, el principio que rechaza la dispensa.

Como concepción intermedia se cita: la ignorancia del Derecho solamente excusa si se extiende a ignorar la inmoralidad, antisocialidad o posible daño de la conducta.

Los criterios puestos como base de la argumentación y corregidos o atenuados por sus defensores no responden a principios fundamentales, y en honor de la verdad, se atemperan a las exigencias de la realidad. De tales afirmaciones surge con energía la tesis de la *heteronomía del Derecho*. Con esta expresión, se significa que, sean cualesquiera los profundos orígenes del Derecho y su formación histórica, no procede conceptualmente del sujeto ni se halla implícito en el objeto, sino que es, en cierto modo, extrínseco a uno y otro. Quien obra no es necesario que lo conozca, ni debe dejarse influir positiva o negativamente por la regla para que el comportamiento sea conforme o *disforme*.

El Derecho puede, en algunos casos, condicionar su propia aplicación al conocimiento de su contenido por el agente, pero por sí mismo tal conocimiento no es necesario.

* * *

El problema de la ley moral ha de ser *impostado* de modo diferente. La *recta ratio, diffusa in omnes* de Lactancio, la *regula et mensura actum* de Santo Tomás, que mueve o impulsa; la luz del espíritu (*sol in anima*, según expresión de Alejandro de Hales), sea innata o escrita en el corazón de los hombres (San Agustín), por su misma esencia o naturaleza necesitaba ser conocida para ser violada.

La conducta *antinómica*, como la actuación *conforme* del que ignora la Ley, resulta indiferente desde el punto de vista moral.

Sin duda tienen alguna fuerza la consideración de que no hay actos indiferentes, aunque Santo Tomás los admite *respectu operantis*. Así como los precedentes de Platón, que al asimilar lo bueno a lo útil sostiene que sólo por ignorancia se obra mal; de Aristóteles, que

imputa la maldad doblemente al ignorante por obrar contra la Ley y desconocerla; de San Agustín, para el que la ignorancia es señal de negligencia y síntoma de pecado cometido; de Santo Tomás, que sólo concede la excusa cuando la ignorancia es invencible o no culpable..., y de otros autores modernos, que niegan con toda claridad que las normas éticas estén condicionadas por el conocimiento del agente.

En verdad, la doctrina racional aparece templada por variadísimos argumentos; pero, tanto por esta misma diversidad como por confundirse la ley ética, que recibe a veces sus alientos de la voluntad del legislador, con la ley moral, que adquiere su vigor en el alma del sometido, el autor entiende que se impone el principio cardinal: el bien y el mal son voluntarios, y decide la discusión a favor de la concepción autónoma de la moral.

LA REDACCIÓN.