

La doctrina de Bentham (1) y el sistema registral de seguridad jurídica

por

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad (jubilado)

(1) El resurgimiento del pensamiento y la doctrina de BENTHAM *, representante principal del moderno *utilitarismo* y propulsor de una *iurisperitia* —ciencia y conocimiento del Derecho— con sentido práctico y útil, se manifiesta actualmente, no sólo en los ámbitos jurídico y político (como lo demuestran las recientes publicaciones en los años 1990, 1991 y 2000, del Centro de Estudios Constitucionales y del Congreso de Diputados), sino también a nivel de la prensa diaria (Benigno Pendás, *ABC*, 29 de enero de 2000; Jose María LASALLE, *ABC*, diciembre de 2005 y 13 de enero de 2006).

Según Benigno PENDÁS, el «*benthamismo*» más que una doctrina, es un «*talante*», es decir, un proyecto de sentido común.

* Jeremy BENTHAM, jurisconsulto y filósofo inglés (1748-1832), puede ser considerado el creador del moderno «*utilitarismo*», antes que su discípulo y pupilo John STUART MILL, a quien se atribuye; doctrina filosófica que considera la «utilidad» como principio de la moral, que trasladó después al mundo del Derecho. El filósofo londinense, cuya momia se conserva con todo respeto a su memoria en el University College London, fundado por él mismo y donde los estudiantes la sacan en procesión todos los años, fue contemporáneo de la etapa histórica de la Ilustración, llevó amistad con MELÉNDEZ VALDÉS, y cooperó en la redacción de la Constitución Española de 1812. Dejó una profusa obra jurídica, en parte incompleta y con numerosas anotaciones añadidas ocasionalmente, lo que dificulta su ordenación y traducción. En sus escritos, dice PENDÁS, se muestra contrario a un *iusnaturalismo* excesivamente riguroso, que sólo distingue entre el *ser* y el *deber ser*; y se inclina por un *positivismo*, aunque no absoluto sino corregido por un *racionalismo individualista* que, desde la primacía de la ley aboga por una interpretación pragmática, basada en la «objetividad» y la «publicidad», que permita desarrollar medidas útiles y prácticas en el marco del Derecho, «*cuyo fin primordial es ofrecer seguridad como garantía de la libertad individual*», y su finalidad última la de lograr «*el mayor grado de felicidad para el mayor número de ciudadanos*» («Jeremy BENTHAM, *Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988). Los autores traducen como «*felicidad*» lo que las modernas doctrinas económicas entienden por «*bien-estar social*». Actualmente sería sinónimo de «funcionalismo», «practicismo», relativismo, etc.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: HACIA UN *IUS NOVUM UNIVERSALE*.

1. UN NUEVO DERECHO SOBRE UNA PLATAFORMA DE *FICCIONES*.
2. UN DERECHO CON SENTIDO PRÁCTICO.
3. UN DERECHO DE JURISTAS.
4. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEBE SER SU FIN PRIMORDIAL.
5. EL SENTIDO OBJETIVO DE LO ESCRITO ES LO TRASCENDENTE POR RAZÓN DE SU PUBLICIDAD.
6. EL LENGUAJE JURÍDICO ES UN MEDIO DE DIFUSIÓN DEL SENTIDO PRÁCTICO DEL DERECHO.
7. LAS SOCIEDADES AVANZADAS DEBEN ATENDER A LA EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA Y A LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS Y SOCIALES DEL MOMENTO, SIN OBIAR LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS.
8. AHORA ES EL TIEMPO DE LA TECNOLOGÍA CIENTÍFICA.
9. EL SENTIDO PRÁCTICO DE NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO.
10. UN CLARO EJEMPLO DEL UTILITARISMO SE PONE DE MANIFIESTO EN LA INSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

INTRODUCCIÓN

El mundo camina hacia un ius novum universale, que deberá quedar integrado por un vasto repertorio de razonamientos con rigor lógico y decisiones con sentido práctico derivadas de la aplicación combinada del Derecho continental europeo y el *common law* anglosajón, desarrollados ambos en torno a la figura del juez como un verdadero «jurista», que tuvo su primera seña de identidad en la figura de buen Pretor romano (2), por lo que no debe marginarse de un *utilitarismo* pragmático, preconizado por el insigne juriconsulto y filósofo inglés del siglo XIX Jeremy BENTHAM; todo lo cual constituye el gran reto jurídico del siglo XXI, que va a estar dominado por la tecnología científica y la globalización.

Desde la época del Derecho Romano es primordial la distinción entre un *Derecho Natural*, que sólo deriva de la razón; un *Derecho de Gentes*, que se aplica al común de las personas, y un *Derecho Propio* que, añadiendo o sustrayendo algo a los anteriores, lo convierte en el *Derecho de nuestro tiempo, de nuestra tierra y de nuestra gente*.

(2) «Siento admiración por el jurista práctico romano que utilizaba el pensamiento para ocuparse de las personas y las cosas y el Derecho para resolver los problemas de la convivencia» (HERNÁNDEZ GIL, discurso de apertura del curso 1992/3 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).

La *Filosofía del Derecho*, al ocuparse del valor *inmanente* de la Justicia, nos enseña que según los principios del Derecho Natural, el uso y aprovechamiento de los bienes de la tierra es un derecho común e igual para todos. Pero esta afirmación, que, en su radicalismo estricto sería una auténtica «falacia» (3), resulta corregida por la *Sociología Jurídica* que se ocupa de la eficacia del Derecho, es decir, de la Ciencia y de la experiencia que examinan su validez y efectividad, puesto que la realidad *imperante* nos muestra que el mismo *Derecho de Gentes* excluye el uso igualitario e impone su «institucionalización» a través de un cúmulo de «ficciones» (4) jurídicas, para evitar que aquel uso común sea anárquico o se destruya la riqueza.

En esa *institucionalización*, que también viene impuesta por la razón y que, según la *Ciencia Jurídica*, determina lo que es naturalmente común y lo que conviene que sea privado o particular, descansa el reconocimiento de los *derechos subjetivos reales*, que son *ficciones en las que cristaliza el contenido jurídico de los aprovechamientos económicos que se atribuyen a las personas sobre las cosas para satisfacer sus necesidades*.

Para que sea eficaz un «derecho real» no basta, por tanto, con la apropiación de un bien concreto por el propio titular. En la realidad social, los *derechos subjetivos* no existen mientras no sean reconocidos por los demás a los que se impone *ipso iure* su respeto. Se componen, por tanto, de un *señorío interno* y un *poder excluyente* que se atribuyen a una voluntad determinada, y que van dirigidos, conjuntamente, a la realización de un *interés* (5) de conformidad con las normas jurídicas que le proporcionan las *acciones* necesarias para su protección durante todo el tiempo de su realización.

Pero, para que esta apropiación sea realmente eficaz debe exteriorizarse y manifestarse *erga omnes*, superando, incluso de modo *ficticio*, las barreras de lo materialmente imposible, lo que atribuye un papel esencial a la *publicidad*. Sobre todo a la «ficción» de una «*publicidad eficiente*» (6) como ins-

(3) Según BENTHAM, las «falacias», que derivan de los *sofismas* aristotélicos, son argumentos equívocos que aparentan verdades por conveniencia de sus autores, con intención de engaño, es decir, con el propósito o probabilidad de inducir a error, haciendo que aquel a quien va dirigido adopte una opinión errónea de la realidad («*Falacias políticas*», editado en 1990 por el Centro de Estudios Constitucionales, con un estudio preliminar de Benigno PENDÁS).

(4) Dice BENTHAM que las «ficciones» son mecanismos lingüísticos para referirse a creaciones ideales que se asemejan a las entidades reales, sin serlo, pero con la intención de que produzcan los mismos efectos. «Una entidad ficticia no tiene, ni debe tener supuestamente, una existencia real, pero de ella se habla gramaticalmente como si fuese real» (*Teoría de las ficciones*, Editorial Marcial Pons, año 2005, traducción de Helena GOICOECHEA, con un estudio preliminar sobre «la ficción de la justicia» de Manuel GONZÁLEZ PIÑERO).

(5) IHERING: «Donde no hay interés no está justificada la tutela».

(6) *Eficiente*: Virtud o facultad de producir un efecto determinado o deseado (Diccionario de la RAE). La *publicidad eficiente* no sólo informa sino que también mejora la calidad del producto.

trumento de difusión de aquello que, perteneciendo a un ámbito concreto y a una etapa determinada, se supone conocido por todos, por lo que deriva en general y permanente. Es decir, por su incorporación a un Registro oficial, *el acto o contrato otorgado inter partes pasa del ámbito privado al público, y deja de ser época para figurar intemporal, por lo que puede ser útil como determinante de decisiones futuras y preservación de situaciones óptimas.*

1. EL NUEVO DERECHO SE CONSTRUYE SOBRE UNA PLATAFORMA DE «FICCIONES», PERO DEBE RECHAZAR LAS «FALACIAS» ENGAÑOSAS

Una «ficción», dice BENTHAM, es una «entidad ideal a la que se le atribuye una existencia real sin que haya intención de hacerlo». Es, por tanto, una simple «nominación» que produce los mismos efectos que una entidad real sin llegar a serlo.

La misma palabra «derecho», en opinión del eminente jurista, es el nombre de una de ellas, es decir, un objeto inventado cuya existencia se supone para fines del discurso, sin el cual no sería posible: *Su carácter «ficticio» radica en el uso indebido de expresiones y analogías del mundo material para referirnos a los derechos del hombre, que no son más que consecuencias que responden a situaciones creadas artificialmente dentro del orden jurídico.* Se dice que el hombre *posee un derecho*, o que *está investido de un derecho*, como si pudiera tenerlo en la mano o vestirse con él, cuando nada de esto es real, puesto que, de las tres nominaciones que se emplean para calificar los derechos de *naturales*, *morales* o *políticos*, los dos primeros conciernen exclusivamente al fuero interno, bien racional o de conciencia, y únicamente los llamados *derechos políticos* (7) *«tienen un significado preciso e inteligible que se manifiesta como tal derecho debido a que existe una predisposición del gobierno a garantizarlos mediante prácticas coercitivas del poder, por lo que son, de hecho, derechos jurídicos».*

«En principio, dice BENTHAM, son las disposiciones dictadas por quienes ejercen los poderes del gobierno las que otorgan a un individuo, en la medida que de ellos dependa, la facultad de disfrutar del beneficio inherente a un derecho determinado». Y, por otro lado, «las normas jurídicas que los regulan son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y espe-

(7) Los derechos *políticos* son los que corresponden al hombre como ciudadano de un determinado Estado. Los derechos *naturales* corresponden al hombre como tal, pero en la realidad todo lo más que pueden significar es que el individuo debiera tenerlo como un derecho político o que debiera estar protegido y asegurado en el ejercicio de ese derecho. El derecho *moral* hace referencia a la esfera interna de la conciencia del hombre.

cial, sino simplemente porque son ficciones respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado».

Los ejemplos de *ficciones jurídicas*, que desde su creación en el Derecho Romano han pasado a los ordenamientos actuales, son innumerables. Y son claros ejemplos la referencia al «*buen padre de familia*», que en el *Corpus Iuris Civilis* encarnaba el sentido medio de la vida social, y que es utilizada en varios preceptos del Código Civil como ficción de normalidad; la *traditio ficta* del artículo 1.462, párrafo segundo; el *nasciturus* como sujeto de derechos, según el artículo 29.

La misma palabra «*propiedad*», que en el lenguaje vulgar es equívoca —ya que lo mismo se emplea para significar una *cualidad* especial de la cosa, como la *facultad de disposición* que tenemos sobre ella, o sobre un derecho, o *la misma cosa o derecho* que está sujeta a nuestra disponibilidad—, se identifica con el vocablo *dominio* (8), que, como término jurídico, es unívoco y supone una «*ficción*» de la misma *propiedad material* referida a cada uno de los *aprovechamientos económicos* susceptibles de utilización independiente, por lo que se usa para «nominar» el *poder exclusivo* de usar y disponer libremente de una cosa o de un derecho; es decir, *dominar los valores económicos*. Por eso, para el Derecho estricto, mientras la palabra «*propiedad*» supone un *vínculo físico* de la persona con el objeto económico que lleva implícita la idea de su «*apropiación*» en virtud de algún título, el vocablo «*dominio*» expresa un *vínculo jurídico de poder que presupone la «legitimidad» de ese título*; por lo que no es más que una *ficción* con la que nos referimos a una «*situación jurídica de la propiedad económica*» (9).

Y, por lo mismo, también podemos considerar como *ficciones* los «*derechos inscritos*», o «*inscribibles*», puesto que no son más que simples *nominaciones* que aluden a aquellas situaciones jurídicas «reales» que hacen derivar de su publicidad registral una mayor eficacia *erga omnes*, bien de una

(8) La *propiedad*, tanto en su fundamentación filosófica como en su trayectoria histórica, tiene siempre como referencia el aprovechamiento por el hombre de las cosas que necesita utilizar para satisfacer sus necesidades. Por lo mismo, el *dominio*, en su referencia al poder excluyente, también tiene un fundamento racional —«*razones de necesidad y utilidad*»— y, como tal, no es contrario al Derecho Natural: «*Todo hombre se siente llamado a dominar la naturaleza; y reconoce la misma facultad en los demás; de ahí la necesidad de un acomodamiento, es decir, de encontrar la regla que determine la parte o porción de poder que debe corresponder a cada individuo*» (SAVIGNY).

(9) Aunque para gran parte de la antigua doctrina jurídica la distinción entre *propiedad* y *dominio* es vacua e inerte, para los autores modernos la diferencia es fundamental, puesto que contraponen el «*objeto*» sobre el que se ejerce el poder y el «*poder*» que se tiene sobre el objeto. Primero se contempla el bien que necesitamos apropiarnos, y para usar de él decimos: «*esta cosa es de mi propiedad*»; después, frente a los demás y para excluirlos, se afirma: «*yo tengo el dominio sobre esta cosa*» («La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, julio-agosto, año 2002).

manera directa o como consecuencia excepcional de determinadas cláusulas obligacionales que se interrelacionan de forma inherente con las de eficacia real y les comunican también ficticiamente efectos *erga omnes* (10). Y lo mismo puede decirse de los derechos que se hacen recaer sobre *fincas inmateriales* o meramente «ficticias» (como las *concesiones*) (11), y los llamados «derechos ideales» que, aún de modo temporal, se consideran independizados de las fincas que los generan, por lo que sólo adquieren «apariencia real ficticia» por su acceso al Registro (como el *derecho de opción*, o los *derechos urbanísticos*) (12).

(10) Se trata de relaciones contractuales de carácter mixto en las que, a las fórmulas comunes de eficacia real se unen otras estipulaciones *obligacionales* complementarias que, o bien condicionan el acto con eficacia resolutoria en caso de incumplimiento (como la obligación de tener asegurada la finca hipotecada) o se unen a la finca de una manera inseparable y *vinculante*, al modo de obligaciones «*inherentes*» a una especial situación (como el «destino» específico de la finca hipotecada, que debe mantenerse, o el del mismo préstamo, que debe ser invertido en incrementar el valor de aquella y por tanto la garantía), o cualesquiera otras fórmulas de carácter obligacional que supongan una «sujeción atípica de su titular», cualquiera que sea, y por tanto esencialmente *propter rem*, que abdicar respecto de una determinada finca a la facultad de ejercicio de un derecho, a favor de los que contraten con él respecto de la misma (obligación de no edificar o no dar mayor altura). Estas cláusulas, por su inscripción en el Registro, «*se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita, y de esa forma trascienden a terceros*», como las *vinculaciones ob rem* (STS de 5 de junio de 1976).

(11) La finca «registrar» no es siempre un «trozo de terreno», o un «espacio deslindado de la superficie de la tierra», sino que, en determinados supuestos excepcionales —cada vez más numerosos—, esa unidad básica que delimita y sirve de soporte a los derechos, es solamente «*ideal*» o de creación meramente «ficticia», según fórmulas jurídicas consagradas (como las «*concesiones administrativas*» y los *derechos sobre el agua*) o que se presentan como formas especiales de «*aprovechamientos económicos*» que se presentan independientes del suelo, al materializarse sobre «espacios cúbicos» bien definidos, subterráneos o aéreos, o que son valores creados artificialmente por los planeamientos urbanísticos, como los derechos de «*aprovechamiento urbanístico*» distintos del derecho de edificación o del volumen edificable autorizado.

(12) En la moderna Legislación Urbanística, que regula las diversas utilidades de los terrenos, según sean calificados de «urbanos», «urbanizables» o «no urbanizables», y que van a marcar los límites legales del «estatuto» de la propiedad en cada caso, se establecen, en determinados supuestos, *nuevos derechos* de gran valor económico, como consecuencia de nuevas formas de utilidad real de los predios (como la propiedad espacial o volumétrica, referida al espacio aéreo, incluso en terrenos demaniales, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril del año 2002, que asimila su regulación a la de los complejos urbanísticos), y hasta otros *derechos inmateriales* que recaen sobre objetos de creación puramente «ficticia», a los que se les reconoce también valor económico mediante una especie de «ingeniería jurídica», como ocurre en los «*aprovechamientos urbanísticos*» que surgen en los sistemas de ejecución de los Planes de Ordenación Urbana como singulares «derechos económicos», puesto que, incluso pueden ser considerados, transitoriamente, como «valores independientes de las fincas que los generan», y sólo se concretan en los Proyectos, regulándose su traslación desde las fincas de origen a las «parcelas de resultado», y también su negociabilidad (y hasta su hipotecabilidad, según el art. 43 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, relativo a las Normas

Según estos cánones predispuestos por la Ley, el mismo concepto de «*justicia*» (13) carece de una realidad única (14), ya que, como dice BENTHAM, en la realidad social «*la Justicia se corresponde con un objeto abstracto que tiene tantos puntos de referencia posibles como individuos que se la puedan o quieran imaginar*», por lo que «*se transforma en cada discurso*». De ahí la separación que la Filosofía hace de una «*Justicia natural*» (que deriva de la ética racional y es igual para todos y en todas partes) y una «*Justicia legal*» (que deriva de una convención otorgada en un determinado momento y lugar, y que busca la utilidad para un determinado grupo); y también la distinción que desde el punto de vista jurídico se predica entre una «*Justicia subjetiva*» (que presupone un conocimiento estricto del Derecho y conlleva la «previsibilidad razonable» de las consecuencias jurídicas) y la «*Justicia objetiva*» (que deriva únicamente del cumplimiento de unas exigencias indispensables, y supone exclusivamente una «comprobación mecánica», para que se produzcan los efectos derivados de una determinada situación que se estima más conveniente que la opuesta); a cuyas fórmulas ya tradicionales se unen otras expresiones más modernas, motivadas por nuevos derechos establecidos o impuestos por la evolución de las sociedades, como la «*Justicia social*».

2. EL NUEVO DERECHO DEBE TENER UNA FUNCIÓN PRIMORDIAL DE UTILIDAD SOBRE LA BASE DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Para BENTHAM, que fue muy crítico con la práctica jurídica inglesa, *todos los actos humanos deben ser juzgados según su utilidad*.

Si bien, en su origen primario, el Derecho nace para la protección de los individuos en una colectividad, evolucionó posteriormente a la protección de la misma sociedad, aunque no *in abstracto*, puesto que, conforme a las doctrinas económicas emergentes, *el fin primordial del Derecho se identifica pronto con la consecución de un bienestar social general, a través, sobre todo, de la protección de la seguridad jurídica*. Y en una etapa más avanzada, se busca una *conciliación de los intereses individuales con el interés general*, por lo que el Derecho vuelve a su fin inicial aunque matizado: *ofrecer la máxima seguridad en la sociedad para garantizar la libertad de todos*. Para ello, como ya se había pronunciado BENTHAM, *es preciso recha-*

Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística).

(13) Nos referimos a la *justicia humana*, que es la derivada de un Derecho positivo concreto.

(14) Según BENTHAM, no existe una entidad independiente que corresponda a la palabra «*justicia*».

zar, tanto la sustantivación del interés público o colectivo, que no es más que una nominación ficticia, como la protección excesiva de los intereses particulares, parciales o de fracción que se interponen entre los individuales y los generales sin causa justificada, buscando exclusivamente la satisfacción abusiva de los propios «intereses siniestros». Por lo mismo, en su *Anarchical fallacies* se manifiesta contrario a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789 (Revolución francesa), y considera que *sobran los principios dogmáticos, puesto que son las mismas normas jurídicas las que deben ser interpretadas y aplicadas de forma pragmática a través de un ajuste de intereses que eluda excesos y busque la producción de unos efectos prácticos y útiles*. Esta posición crítica con las proclamas retóricas fue reiterada en los tiempos actuales por numerosos seguidores de la moderna doctrina relativista, como Norberto BOBBIO (15), que afirma que *lo importante de los «derechos humanos» (justicia, igualdad, fraternidad y solidaridad), más que en su reconocimiento mediante declaraciones solemnes, está en su realización y protección*.

En la realidad actual, dice Benigno PENDÁS, el «utilitarismo jurídico» de BENTHAM es aplicable a la necesaria reforma de múltiples sectores del ordenamiento jurídico. Y concretamente en cuanto al Derecho Civil propugna una reformulación, desde ese punto de vista utilitario, tanto de la *teoría de las obligaciones* como los *derechos reales*, con especial referencia al *dominio*, en cuya consideración específica alguna de sus conclusiones enlazan con la moderna doctrina de la «*función social de la propiedad*».

Una de esas conclusiones parte del hecho de que las sociedades modernas exigen en todo momento el establecimiento de un «*orden eficiente de la propiedad*» que se debe fundamentar, no sólo en la *auctoritas* del gobierno que lo implante, como si la aplicación del Derecho tuviera lugar por medio de una máquina de razonar en función de intereses, sino también, y sobre todo, en la necesidad de garantizar objetivamente una «*seguridad jurídica*» que, sin vulnerar la racionalidad ni eludir la Justicia en cualesquiera de sus formas, justifique, en su caso, la aplicación de la norma coercitiva en situaciones excepcionales, con apoyo, bien en una *Justicia ética* que intente «remediar la injusticia» mediante la protección de los derechos indispensables y

(15) «No se trata de asegurar los llamados derechos primarios o existenciales, sino de garantizar su eficacia y protección», dice Norberto BOBBIO, jurista y filósofo italiano, nacido en Turín en 1909 y que murió en 2004. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Turín, llegó a ser senador vitalicio. Neopositivista jurídico, niega la existencia de un Derecho Natural, aunque reconoce su función histórica y admite el reconocimiento de valores morales superiores a las leyes positivas; propugna también por la libertad individual y la justicia social («Contribución a la Teoría del Derecho», Torres editor, Valencia, 1980. *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987; *Diccionario de Política*, junto con Matteucci. Siglo XXI Editores, Madrid, 1982. *Teoría de la Ciencia Jurídica*, 1950).

de los nuevos intereses sociales emergentes («*más igualdad aunque sufra la libertad*»), o bien en una *Justicia objetiva* que proteja la confianza en la apariencia (registral) como la verdad más presunta, y hasta en determinados supuestos, la imponga como la verdad oficial.

Por consiguiente, siguiendo estos razonamientos, si, como hemos dicho, el *dominio* es una *ficción jurídica* de la misma *propiedad económica*, referida a cada uno de los *aprovechamientos* con «vocación» independiente, el «*orden de la propiedad*» que implante cada Estado de Derecho será el *régimen* o «*estatuto*» que va a regular ese dominio —*individual o plural, pleno o limitado*— que se ejercita sobre las *utilidades* de una cosa que tienen un valor económico reconocido en el tráfico. En su aspecto «*objetivo*» predominará la idea de «atribución», que implica la «*legitimidad*» en el modo de adquirir y poseer. Y en su aspecto «*subjetivo*» predominará la situación de «*poder o potestad*», que se manifiesta en las diversas facultades que se pueden ejercitar sobre las cosas o los derechos; es decir, los «*derechos subjetivos*». Pero, siempre bajo la idea de que será necesaria una «*organización*» de lo plural para un mejor aprovechamiento, en armonía, de todas las utilidades que es susceptible de proporcionar una cosa o un derecho, al propio dueño y a los terceros.

3. EL NUEVO DERECHO DEBE SER UN DERECHO DE JURISTAS, QUE DEBERÁN EXPRESAR EN SUS RESOLUCIONES Y DECISIONES EL SENTIR GENERAL DE LA SOCIEDAD A LA QUE VAN DESTINADAS, Y, POR CONSIGUIENTE, DEBE ESTAR POR ENCIMA DE UN DERECHO EXCLUSIVO DE LEYES (QUE PUEDE CONDUCIR AL DESPOTISMO) Y DE UN DERECHO ABSOLUTO DE JUECES (QUE DEJA ABIERTO EL CAMINO A LA ARBITRARIEDAD)

El denominado talante «*benthamista*» (16), en su intento de racionalizar y simplificar la formalización e interpretación del Derecho positivo (mejor cuando está codificado, porque se refuerza la unidad del ordenamiento), facilitará también su aplicación práctica en cada supuesto concreto. Por lo mismo, según BENTHAM, como también hemos dicho, desde un punto de vista pragmático se debe rechazar la abstracción de las leyes, puesto que «*el Derecho y la Justicia no deben ser un remanso de paz cívica, sino como un evangelio de utilidad*», cuya finalidad última es la de lograr *el mayor grado de «felicidad» para el mayor número de ciudadanos*, aunque no la felicidad individual, sino el *bien social*. Los autores traducen por «*felicidad*» lo que las

(16) Ver nota 1.

modernas doctrinas económicas entienden como «*bienestar social*» (17). Actualmente sería sinónimo de «*funcionalismo*», «*eficiencia*», «*practicismo*», «*relativismo*», etc.

Y serán esas mismas modernas teorías económicas las que, en los tiempos actuales, entiendan que la *ficción* del «*Estado de bienestar*» ya no puede sostenerse en términos absolutos, y debe dejar paso a la «*Sociedad del bienestar*». El matiz diferencial está en que no será siempre el Estado, sino que en muchos sectores, y cada vez con más amplitud e intensidad según las épocas, «*debe ser la misma Sociedad la que determine qué necesidades son imprescindibles para su mejor desarrollo, y cuáles deben ser los medios públicos o privados que han de utilizarse para satisfacerlas*» (18). Y hasta se llega a decir que «*es la misma Sociedad la que debe proporcionarse a sí misma el debido bienestar*», para lo cual se reivindica la vuelta del «deber de solidaridad» del ámbito público, donde funciona como «imposición», al ámbito del individuo y de las «Asociaciones No Gubernamentales», en el que funciona por «convencimiento racional», y del cual nunca debió salir.

Mejor que dictar Leyes imperativas que pueden llegar a anular las voluntades individuales, el objetivo debe ser favorecer la formación de juristas que trabajen por unir intereses en vez de desunir finalidades: Un *Derecho de juristas*, al modo de la actuación del *Pretor romano*, y que debe ser trasladado a los Ordenamientos jurídicos actuales para que puedan ser rechazadas las *falacias equívocas y engañosas*. Y son tales, como dice BENTHAM, las *falacias de autoridad*, que reprimen por completo el ejercicio de la facultad de raciocinio; o las *falacias de peligros*, o de los malos designios, y las *de dilación o confusión*, que surgen del uso indebido de términos impostores (*nadie se queja o el fin justifica los medios*). No obstante, el buen jurista sí podrá apoyarse en una amplia plataforma de «*ficciones útiles*», en busca de soluciones comunes que sirvan de comodines en la aplicación de un Derecho práctico y útil para todas las épocas, y para cualquier cambio de gobierno. «*Una perfecta gobernación de todo proceso cambiante no consiste, siempre, en imponer unas instituciones reguladas por normas rígidas* (por ejemplo, la inscripción «necesaria» u «obligatoria») *que, al condicionar las voluntades particulares, difícilmente se adaptan a las circunstancias de cada caso con-*

(17) Para BENTHAM, *el bien social es la «suma algebraica» de los beneficios disfrutados por los individuos*, sin que en ningún caso un bien general pueda ser perjudicado por otro individual, aunque sí a la inversa. No otra cosa es lo que sostienen las modernas teorías económicas al afirmar que, incluso en el orden jurídico, la «*optimización*» del *bienestar social exige que «la deseabilidad de una buena situación individual debe ceder ante una situación general mejor»* (VILFREDO PARETO, creador del concepto de *eficiencia*).

(18) Por esta misma idea, el político Gaspar MELCHOR DE JOVELLANOS (1744-1811) —contemporáneo de BENTHAM—, en cuya época fue Ministro de Gracia y Justicia, sentenciaba: *¿Por ventura es la sociedad otra cosa que una gran compañía en la que cada uno aporta sus luces y sus fuerzas y las consagra a la realización del interés general?*

creto. En la mayoría de los casos, al margen del sistema político del momento, será preferible establecer unos principios básicos formulados como síntesis de los fundamentos sociales indispensables, y dictar normas vivas que, sobre la base del reconocimiento de la dignidad de todos los hombres y, consiguientemente, admitiendo como punto de partida la iniciativa individual, permitan el libre ejercicio de todos los derechos, nacidos o por nacer, que merezcan ser debidamente protegidos y tutelados por el ordenamiento, sin perjuicio de orientarlos al bien común y de asegurar, en su caso, la imposición y aún la coacción externas únicamente cuando sean necesarias para mantener el orden público y para garantizar a todos un mínimo de bienestar» (19).

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA ES «CRIATURA EXCLUSIVA DE LA LEY», SI BIEN, EL DERECHO, LO MISMO QUE LA POLÍTICA, DEBE SER ESTABLECIDO Y APLICADO A PARTIR DE BASES CIENTÍFICAS, Y NO DE MERAS TÉCNICAS FICTICIAS

BENTHAM, dice PENDÁS (20), desprecia a los «profesionales de la razón pura» y resalta la autonomía del Derecho positivo, por lo que, *desde la primacía de la ley aboga por una interpretación pragmática, basada en la «objetividad» y la «publicidad», que permita desarrollar medidas útiles en el marco del Derecho como «protector de la libertad individual».*

Por consiguiente, la «publicidad» y la «objetividad» son, para el filósofo y jurista, junto con la *racionalidad* y la *voluntariedad*, los soportes de la aplicación práctica del Derecho como resortes que conllevan a un «utilitarismo científico» y permiten la construcción de acciones individuales en un ámbito jurídico seguro. *Los derechos y las obligaciones, dice, «son hijos de la ley» y la seguridad jurídica ocupa el rango más elevado a los fines del Derecho; por lo que «en caso de conflicto entre seguridad e igualdad es prioritaria la primera».*

Actualmente, y en el mismo plano de la *seguridad jurídica*, los Sistemas Registrales nominados «de gran desarrollo técnico jurídico» —como el que se implanta en nuestro Ordenamiento por el moderno Derecho Hipotecario nacido en 1861—, se apoyan en la «publicidad» y en la «objetividad» para resaltar la protección jurídica del contenido de los asientos registrales, como auténticas *ficciones jurídicas* que permiten sostener que *lo inscrito es la*

(19) *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, Editorial DIJUSA, año 2001.

(20) Benigno PENDÁS, en el Estudio preliminar al libro *Falacias políticas*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, año 1990.

verdad oficial y lo no inscrito es como si no existiese, por lo que no puede perjudicar al que adquiere confiando de buena fe en la apariencia registral.

El primer soporte, es decir, la «*publicidad*», facilita la aplicación práctica del Derecho sobre la base de una «*ficción*» que presupone una mejor *cognoscibilidad* de lo que se anuncia oficialmente y una *sutil ignorancia* de lo que permanece oculto, lo que permite atribuir *ex lege* a lo publicado la presunción de ser reconocido por todos como la «*verdad oficial*».

Este principio de la *publicidad* como instrumento de la «*seguridad jurídica*» es reconocido por BENTHAM como aplicable a muy diversos sectores («*maximize publicity*»), y no sólo en sentido formal, sino también en el aspecto real, extendiéndola a todos los actos de los gobernantes y a las opiniones de los gobernados, y, como es natural, también a los procedimientos administrativos y a los registros públicos.

En el mismo sentido, la *publicidad registral* de los actos y negocios de «*eficacia real*», les confiere una mayor efectividad frente a todos (*erga omnes*). Estos efectos se producen, sobre todo, en el *derecho de la propiedad o dominio*, y en la desmembración de alguna de sus facultades (*derechos reales de goce o disfrute*, y aún también los *de garantía*), por lo que podemos afirmar que, aunque no seamos plenos «*propietarios*» de los bienes que utilizamos —puesto que ni siquiera tenemos un poder absoluto sobre los propios *inscritos a nuestro nombre* (21)—, sí tenemos un *dominio* «ordenado» sobre todos y cada uno de los *derechos y aprovechamientos* que derivan de las diversas *utilidades* económicas que nos pueden proporcionar tanto nuestros bienes propios como los ajenos, y que según el Registro de la Propiedad nos pertenecen legítimamente porque sobre ellos ejercitamos nuestros «*derechos subjetivos*». No obstante, para que esos *derechos subjetivos que se ejercen sobre las cosas materiales*, tanto propias como ajenas —los llamados «*derechos reales*»—, sean plenamente eficaces, necesitan el reconocimiento y el respeto de todos, para lo cual será preciso, no sólo darles la suficiente «*publicidad*», sino también dotarles de una «*tutela judicial efectiva*». Y en esto consiste, esencialmente, *el Sistema de Protección Jurídica por el Regis-*

(21) Se puede afirmar que es del todo imposible encontrar en la Historia del Derecho una «*unidad de dominación total*», es decir, un poder unitario que concentre todo el dominio «global» que se puede ejercitar sobre las cosas o los derechos; puesto que, siempre, incluso en la época del «feudalismo absoluto», el derecho dominical, aún siendo por su propia naturaleza de tendencia individualista y expansionista, ha tenido que compartir sus facultades, al menos con un dominio «*eminente*» por razón del superior poder soberano del Estado, o del común de los hombres, que en todo tiempo ha tenido sus manifestaciones más evidentes en el Derecho Tributario, en la Expropiación Forzosa y en la reserva sobre el derecho a la explotación de las aguas y los yacimientos mineros; y sobre todo, en términos más generales, ya de antiguo, en la función social de todas las formas de propiedad («La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, julio-agosto, año 2002).

tro de la Propiedad (22), cuya eficacia se produce con apoyo en una rama singular del ordenamiento jurídico, el llamado *Derecho Hipotecario*, fundamentado en unos principios jurídicos, conforme a los cuales, desde una «*calificación profesional y responsable*» previa a la «*registración*», y un riguroso orden en el despacho de los documentos (principios de «*prioridad*» y «*tracto sucesivo*»), se impone *ex lege*, y bajo la *salvaguardia de los tribunales*, la presunción de «*legitimidad*» de lo inscrito y la inoponibilidad de lo no inscrito, y a veces la «*veracidad e integridad*» del contenido del Registro con valor *iuris et de iure*. Estos son los llamados *principios hipotecarios* que conforman una Institución Jurídica por medio de la cual se impone una especial forma de *Justicia objetiva, cautelar y social* —que la Constitución también garantiza (23)— con la finalidad de proteger la propiedad, aún aparente (24), y clarificar los derechos sobre las cosas, proporcionando *seguridad al tráfico jurídico* y favoreciendo el *desarrollo del crédito*, que son dos de los pilares que sirven de apoyo a una óptima evolución económica.

El segundo elemento a considerar es la «*objetividad*».

5. SI LA MISMA MATERIALIZACIÓN DEL TEXTO ESCRITO ES CREADORA DE UN SENTIDO OBJETIVO, ES ÉSTE, Y NO OTRO, EL QUE DEBE IMPONERSE *ERGA OMNES* POR RAZÓN DE LA PUBLICIDAD

En la común evolución de todas las Sociedades modernas europeas hay un momento que se sitúa entre los siglos XIX y XX, en que se produce un gran cambio en la función pública al transformarse el régimen absoluto, propio de los Estados soberanos del Antiguo Régimen, en un régimen administrativo que desembocó en el actual Sistema de «servicio público». Pero es en la etapa de entre-guerras (mundiales), como consecuencia de la desaparición de la protección *iusspaternalista* del Estado, cuando se siente la necesidad de *instrumentar un Sistema de seguridad jurídica que supere la simple constancia del documento inscrito y contribuya de manera eficiente al bienestar social*. Para ello, los Estados de Derecho que surgen de esa transformación «se apropian del instrumento de la «*fe pública*» para sus fines propios» (25), y lo enfocan a la realización de una *Justicia objetiva*, como una creación del

(22) Editorial DIJUSA, año 2001.

(23) Artículos 9.3, 24.1, y 149.1.8.º

(24) También la *apariencia* derivada de una *realidad fáctica* precisa de una protección jurídica, aunque no deba ser excesiva para no legitimar el despojo.

(25) LÓPEZ MEDEL («La calificación registral en su relevancia como hecho jurídico», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 75, año 2001).

mismo orden, incorporándolo a sus estructuras en apoyo de una Economía nacional necesitada de nuevos impulsos.

Como consecuencia de este principio, como dice el profesor DE CASTRO (26), «*los funcionarios que hayan de atender a la validez de los negocios jurídicos (por ejemplo, los encargados de los Registros), deberán también calificarlos según su sentido, más para ello habrán de atenerse pasivamente a las declaraciones debidamente autorizadas que se les presenten, sin que estén autorizados para considerar explicaciones o interpretaciones subjetivas de los declarantes*». Por lo mismo, el Registrador debe calificar *objetivamente* los documentos que se le presenten, a cuyo contenido, en esencia, se deben circunscribir los derechos que se van a incorporar a los Libros del Registro.

Como resultado de la simbiosis de los dos elementos examinados, la «*ficción*» conjunta de una *publicidad registral* y *objetiva* conlleva la atribución de una mayor eficacia erga omnes a los derechos inscritos por aplicación del principio de fe pública, que es un instrumento de la «*seguridad jurídica*».

No obstante, en los Derechos modernos al lado del clásico concepto de la *seguridad jurídica* surge otro especial de la *seguridad del tráfico*. Ambos conceptos, aunque basados en la *publicidad*, no son totalmente identificables ni funcionan de la misma manera (27). Para algunos, incluso son antagónicos en cuanto se identifican, el primero con la *justicia*, que nunca puede ser excluida, y el segundo con una *realidad fáctica*, también necesitada en todo caso de un reconocimiento efectivo pero cuya protección excesiva puede llegar a legitimar el despojo. Para otros, en cambio, no existe contraposición puesto que ambos principios son simples modalidades de la necesaria *protección del derecho subjetivo* en cuanto los dos lo revalorizan, el primero al otorgar a su titular la legitimidad para disponer, y el segundo en cuanto protege esa misma transmisión. Si conforme a un Derecho tradicional y conservador se debe proteger principalmente al titular del derecho (*seguridad estática*), y sólo como consecuencia resultará también protegido el adquirente, en las sociedades que evolucionan lo fundamental es la protección del tráfico (*seguridad dinámica*), es decir, el aseguramiento «*no tanto del derecho que se tiene como el que se adquiere*» (28).

Como consecuencia, cada Estado se inclina por el Sistema de publicidad que estima más adecuado a su política económica, cuya eficacia protectora

(26) «El negocio jurídico», pág. 76.

(27) Víctor EHRENBURG, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, con especial referencia al Registro Mercantil», en *Anuarios Ihering* de 1903, traducido y glosado por Pau PEDRÓN en la publicación «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», Cuadernos de Derecho Registral, Editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 2003. Citado también por VALLET DE GOYTISOLO (*Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, año 1975), LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Boch, año 1977), y por PAZ ARES (*Revista de Derecho Mercantil*, año 1985).

(28) LACRUZ BERDEJO, lugar citado.

dependerá del valor que se reconozca a la «publicidad» de los asientos que se practiquen en los Registros Públicos implantados. Unos, los más simplistas, llamados de mera «transcripción» del título (FRANCIA), se conforman con un mínimo efecto negativo, conforme al cual, por el simple principio de *inoponibilidad*, lo no registrado no es oponible a terceros, pero la inscripción nada añade al acto contenido en el documento. Otros, en cambio, los nominados de «protección activa» (ESPAÑA), con un mayor desarrollo técnico jurídico, añaden un «plus de efectividad» a los actos inscritos respecto de los terceros, que en determinadas condiciones adquieren una situación inatacable, incluso en el caso excepcional de que quién les transmitió no fuera el verdadero dueño. Y, otros, todavía de más intensa «protección jurídica» (ALEMANIA), atribuyen a la inscripción el carácter de una verdadera «*investidura estatal*», que la dota de valor por sí misma por virtud de un *acuerdo real de transferencia abstracto*, es decir, con independencia del acto o contrato causal. Finalmente, el sofisticado sistema llamado del *Acta Torrens* (AUSTRALIA), además de la protección técnico-jurídica, facilita la movilización total de la propiedad inscrita mediante la creación de un «título real» que permite la ficción de poder llevar la propiedad inmueble en la mano y transmitirla por la mera tradición o entrega del documento.

Pero, frente a estos Sistemas Registrales que, con mayor o menor efectividad, reconocen especiales efectos «jurídicos» a los actos anotados en un Registro público, existen otros sistemas de protección del tráfico, de origen anglosajón (INGLATERRA, NORTEAMÉRICA), cuyos efectos jurídicos son mínimos, puesto que se reducen a un mero *archivo administrativo*, confiando toda la efectividad y protección de las transacciones a un contrato, al modo de un «seguro a todo riesgo», que va a llenar sólo de modo imperfecto el vacío del Derecho en el campo de la protección del tráfico. Este sistema, que no reconoce al Registro ningún efecto «jurídico» de protección, impone al presunto adquirente de los bienes la necesidad de efectuar un examen exhaustivo y difícil de los títulos de propiedad del transmitente, normalmente por un abogado experto; y, además, por esa ausencia total de un instrumento de «seguridad jurídica», el comprador debe firmar al tiempo de la compra una «póliza de seguro» de evicción, que en el caso de que resulte perjudicado sólo le indemnizará económicamente. En estos Sistemas, «los efectos de una compraventa son eventos de un contrato de seguro» (LACRUZ BERDEJO). Y, como consecuencia, el mecanismo cautelar, supletorio del Registro, exige que las oficinas o despachos de contratación inmobiliaria deban estar en constante conexión con las Compañías de Seguros, por lo que se complican y encarecen los trámites (29). A todo esto, se puede añadir lo poco satisfactorio del sistema, puesto

(29) Inconvenientes puestos de manifiesto por POVEDA DÍAZ, Decano que fue del Colegio de Registradores de la Propiedad, en un artículo publicado en la revista *La Ley*, de 27 de febrero de 1997.

que es evidente que toda indemnización que se paga por un seguro de «riesgos» presupone un «fracaso» de la situación normal por accidente, y nunca cubrirá suficientemente el daño «moral» que es consecuencia del «afecto» que se toma a los bienes, principalmente a la vivienda propia.

En la contienda doctrinal entre los sistemas del Derecho continental europeo y el «common law» de los países anglosajones, el Informe del Banco Mundial de 1998, se pronunció claramente por el Sistema de un verdadero «Registro de derechos» frente al de mera transcripción o «archivo de documentos», ya que aquél incorpora a los Libros Oficiales un «extracto» de lo que en el título aparece con trascendencia real, y lo va a hacer *de una forma establecida jurídicamente*, propiciando, además, la coordinación Catastro-Registro mediante el desarrollo de un «Catastro legal» (denominación con la que se alude al Registro de Propiedad), «con integración de la información procedente de otros Catastros, físicos o fiscales». Este *Sistema jurídico* va a permitir, también, una adecuada «tutela judicial» que proporcionará «seguridad al tráfico» y «confianza en las inversiones».

6. EL LENGUAJE JURÍDICO DEBE SER UN MEDIO DE COMUNICACIÓN Y TAMBIÉN DE DIFUSIÓN DEL SENTIDO ÚTIL DEL DERECHO

Como consecuencia, no sólo en la redacción de las leyes sino también en los contratos se debe emplear *una buena calidad técnica y un buen estilo en el fondo y en la forma* que, como dice BENTHAM (30), faciliten su entendimiento y aplicación. Por lo mismo, el Derecho Positivo debe complementarse mediante una *jurisprudencia expositiva* que emplee un método expositivo racional y no sólo técnico (por el que se aclare lo que *es*), pero también *ensorial*, que interprete las normas de una manera prospectiva (y nos diga lo que *debe ser*), orientada a los principios de utilidad y bienestar, con independencia de su validez y eficacia.

Por la misma razón, estas notas de claridad y accesibilidad también deben aplicarse a la redacción de los *asientos registrales* en los que se va a recoger el *estatuto jurídico* de cada finca, puesto que se convierte en norma de obligado conocimiento, no sólo para los otorgantes sino también para los terceros posibles interesados y de la sociedad en general. Cada archivo registral es como una «*cápsula de tiempo*», aunque *abierta*, es decir, *en permanente actualización*, cuya función es *preservar memorias y garantizar la objetividad*

(30) *Nomografía o el arte de redactar leyes*, traducción de Cristina PABÓN, con un estudio preliminar de Virgilio ZAPATERO, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2000.

de su aplicación futura, que es lo que distingue «funcionalmente» la simple transcripción de la «inscripción». Es acertado, por tanto, calificar el contenido de las hojas registrales referentes a cada una de las fincas inscritas como «*pequeñas constituciones declarativas de derechos*» (31).

En el mundo jurídico actual, también debe predominar el *utilitarismo* en todas sus manifestaciones, y su exigencia práctica se pone de manifiesto en la resurrección del pensamiento y la doctrina de Jeremy BENTHAM (32), según el cual *la calidad de las normas se debe medir por el principio de utilidad*. Y desde este mismo punto de vista, se puede afirmar que la *publicidad* viene a complementar, en todos los órdenes, lo que por sí sólo sea imperfecto. Consiguientemente, por todos los juristas se reconoce que la *publicidad* es el medio o instrumento necesario para el cumplimiento de los fines del Derecho, hasta el punto de que «*sin publicidad no hay verdadera seguridad jurídica*», como dejó dicho BENTHAM en sus apuntes (33). Y, aunque en su intento reformista del Derecho inglés, que afectó a todas las ramas del Derecho (*civil, penal, administrativo, procesal e internacional*), no pudo llegar a apreciar la importancia de la implantación en Europa de los Sistemas Registrales con fuerza jurídica formal (falleció en 1832 y el Sistema Registral germánico, pionero de los regímenes que reconocen la fuerza legitimadora de la *Gewere* —investidura e inscripción—, se inicia con las Leyes prusianas de la segunda mitad del siglo XIX, y se consolida en el Código Civil alemán de 1896 y la Ley del Registro Inmobiliario de 1897) también dejó claro que «*sólo cuando la justicia se traduce en seguridad jurídica deja de ser una abstracción, y, al margen de un tecnicismo exagerado que puede hacer peligrar la libertad individual y el racionalismo, se convierte en un valor que ocupa el rango más elevado entre los fines del Derecho*».

Nuestro Tribunal Constitucional (34) también afirma que la «*seguridad jurídica*» no es un hecho o un instrumento técnico, sino un «*valor*» que resulta de la suma equilibrada de *certeza, legalidad y publicidad* y que provoca una expectativa razonablemente fundada de que los «operadores jurídicos» (35) van a actuar conforme a los principios de *determinación del De-*

(31) NÚÑEZ LAGOS calificó los asientos registrales de «*pequeñas constituciones declarativas de derechos privados*». La cita está tomada de LÓPEZ MEDEL en su Libro sobre *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica* (pág. 58), publicado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad en el año 1995.

(32) Ver nota 1.

(33) Jeremy BENTHAM dejó dicho en sus escritos que «*no hay verdadera Justicia sin publicidad*», pero he preferido referir la frase a la *seguridad jurídica*, más acorde con el objeto del Registro de la Propiedad que trae causa de la «publicidad» (*Falacias políticas*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, en 1990, traducido por Javier BALLARÍN, con un estudio preliminar de Benigno PENDÁS).

(34) SSTC 27/1981, 227/1988, 36/1991, 46/1990 146/1993, 28/1004, 165/1999.

(35) Germán GALLEGU DEL CAMPO, *Operadores jurídicos. El Registrador de la Propiedad español*. Centro de Estudios Hipotecarios, año 2005.

recho, interdicción de la arbitrariedad y protección de la confianza legítima, con el fin de que los ciudadanos sepan en todo momento a que atenerse.

Dicho valor puede ser entendido en un sentido «*subjetivo*» estricto (*conocimiento del Derecho y previsibilidad de las consecuencias jurídicas*) o meramente «*objetivo*» (*cumplimiento de unas exigencias indispensables para hacer pública y segura una determinada situación*). La preferencia por uno u otro criterio será determinante de la primacía «*notarial*» o «*registral*» en el *Sistema de Protección Jurídica* adoptado por el ordenamiento. Su aplicación combinada ha derivado, históricamente, en un *Sistema mixto*, según el cual: *el «principio de fe pública», como base de la seguridad del tráfico, no es exclusivamente registral ni notarial, sino que su fundamento y arraigo histórico deriva de la conjunción de una «documentación auténtica» y una «publicidad registral», bajo el amparo de una «tutela judicial efectiva».*

7. EL PROGRESIVO AUMENTO DEL NIVEL DE COMPLEJIDAD DE LAS SOCIEDADES AVANZADAS DEBE SEGUIR NECESARIAMENTE EN SU EVOLUCIÓN LOS AVANCES DE LA CIENCIA, Y EXIGE UN CONTINUO PROCESO DE REFORMA Y MODERNIZACIÓN EN TODOS LOS CAMPOS, Y, POR TANTO, TAMBIÉN EN EL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUYO OBJETIVO JAMÁS SE HAN PUESTO LÍMITES, OCUPANDO SIEMPRE UN LUGAR PREFERENTE

La protección jurídica del tráfico inmobiliario documentado en forma «auténtica» es la finalidad primaria del sistema de seguridad por el Registro de la Propiedad, que al publicar el estatuto de la propiedad como presunta «verdad oficial» protege de forma efectiva los intereses del titular registral de los derechos, así como los de los adquirentes, y al mismo tiempo los de la sociedad en general.

Y, aunque deba ser el mercado transaccional el que elija en cada momento el sistema de seguridad más adecuado, es conveniente destacar que el «ordenamiento registral» basado en una «*publicidad eficiente*» de todo el régimen jurídico de cada finca, con apoyo en un Catastro coordinado y en otros Registros complementarios que también deben estar conectados (36), prima sobre todos los demás sistemas, tanto en la prevención de

(36) En este punto, no queremos dejar sin recoger de otros estudios anteriores (*El Sistema de Protección Jurídica por el Registro de la Propiedad*), nuestra opinión particular sobre la conveniencia de procurar la «unificación» en un solo Registro de todos los datos que sean de interés para el tráfico de los inmuebles, no sólo «jurídicos» sino también «físicos» y «económicos» y, por consiguiente, también los «urbanísticos», es decir, reunir en un único medio las circunstancias de todo orden que puedan ser de interés

litigios, al disminuir en mayor medida la incertidumbre sobre la prioridad de los derechos, como por su mayor eficacia con el menor coste de aplicación. Se convierte así el Registro de la Propiedad en un verdadero *centro de consulta* «global» de la situación jurídica de los inmuebles, indispensable para obtener una información inmobiliaria completa en todos los órdenes, por lo que viene a ser como una plataforma «panóptica» similar a la construcción ideada por BENTHAM (37), que no es, como afirman algunos, un «ojo del poder» destinado a imponer un despotismo radical de las normas legales, sino un «centro de visión global», y como tal, en nuestro caso, un instrumento del utilitarismo jurídico, que, en el aspecto que nos ocupa, va a permitir una interpretación *objetiva* de todo el historial jurídico de cada finca, en el aspecto real, que se debe publicar íntegramente en los asientos registrales. El Registro de la Propiedad se ve así como el *centro de una vida virtual*, en el que los actos de trascendencia real superan lo actual y adquieren un valor permanente, más allá del ámbito de los otorgantes, relativizando las situaciones duraderas.

Todo lo indicado justifica la intervención del Registrador en el ejercicio de su función de *control de la legitimidad*, mediante una *calificación responsable* que permita también una interpretación útil y práctica, tanto de los negocios como de las mismas inscripciones. Para ello, los operadores jurídicos deberán atender, no sólo al Derecho vigente, sino también a los principios políticos y sociales del momento —*democracia, igualdad de oportunidades, ac-*

para los usuarios, con la finalidad de hacer más eficaz, y más cómoda, la obtención de una información «global» de los inmuebles. Existen otros archivos de carácter más bien administrativo, pero complementarios del Registro de la Propiedad, como el *Fiscal o el Catastral*, en los que figuran las descripciones de los terrenos, con su forma y superficie, incluso su valor, a juicio de la Hacienda, aunque no su verdadero valor de mercado, que en los urbanos y urbanizables dependerá de sus posibilidades urbanísticas; y esto, aunque de *competencia municipal*, también debiera publicarse en el Registro. Incluso los especiales *Registros Municipales de Planeamiento y Gestión Urbanística*, el de *Solares de edificación forzosa*, y el *Registro de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos*, debieran asimismo estar incorporados o, al menos, en conexión directa con el Registro de la Propiedad para que su utilidad sea eficiente. Lo mismo puede decirse del *Registro de Arrendamientos y del Registro de Bienes Muebles*, que incorpora en su Sección Séptima la toma de razón de las *Condiciones Generales de Contratación* (Ley 7/1998, de 13 de abril), en su Capítulo III (art. 11), disponiendo la creación de un Registro especial, de acuerdo con la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 15 de abril de 1995.

(37) BENTHAM (*Panopticon, or the inspection house*) ideó un proyecto de prisión modelo, el llamado *panópticon* (válido también para asilos, escuelas o fábricas), consistente en una construcción circular con un punto central de observación que permita al vigilante una visión total sin ser visto, cuya explicación intentaba maximizar la eficacia de las instituciones aplicando medidas útiles. Según el Diccionario de la RAE, «*panóptico*» es el edificio construido de modo que toda su parte interior puede verse desde un solo punto.

cesibilidad, incluso sin intermediación del Registrador (38), gratuidad en su caso—, sin eludir los criterios tradicionales derivados de los antecedentes históricos de nuestro Derecho, marcados en todo momento por la influencia de las clásicas fuentes culturales europeas: La Filosofía griega, que instauró el pensamiento racional, de cuyo rigor lógico no se debe prescindir; el Derecho Romano, que cristalizó el Derecho Natural, cuyos principios resultan protegidos, como hemos indicado, por la ética moderadora del Pretor; el sentido práctico germánico, que propugnó el registro de la experiencia; sin que deba omitirse el pragmatismo y el estoicismo anglosajón, que introducen el «utilitarismo» del Derecho para conseguir el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas, como decía BENTHAM, aunque no la felicidad individual sino el «bien-estar social».

8. AHORA ES EL TIEMPO DE LA «TECNOLOGÍA CIENTÍFICA»

Que nace y se desarrolla también en otras áreas mundiales, preconizando una *globalización* de la Economía y del Derecho que marca el comienzo de una nueva era, tan revolucionaria como lo fue el descubrimiento del Nuevo Mundo o la Revolución francesa, y que impone una respuesta jurídica acertada y eficaz, incluso para atajar una exagerada invasión «tiránica» de las nuevas técnicas que pueda llegar a anular la inteligencia emocional.

Es evidente, por tanto, que la *Ciencia Jurídica* debe profundizar en el estudio de las repercusiones que el uso de esa tecnología puede afectar al desarrollo de las funciones de sus profesionales. Y a la Filosofía del Derecho corresponde examinar las consecuencias de este fenómeno (39).

Del mismo modo que la aparición de la escritura manual y el posterior invento de la imprenta abrieron nuevas etapas culturales en la civilización, facilitando las relaciones humanas y fortaleciendo el cumplimiento de los compromisos, la moderna *Tecnología de la Información y de las Comunicaciones* (TIC), ha venido a incrementar y expandir esas relaciones aumentando hasta casi el infinito la capacidad de conocimiento y de procesamiento de datos, facilitando al máximo su transmisión a distancia, suprimiendo fronteras. Este fenómeno ha intensificado, también vertiginosamente, la relación simbiótica del hombre con la máquina, cada vez más compleja. Por ello, esta nueva fase, ya muy avanzada, de la revolución tecnológica se presenta tan rotundamente decisiva en la evolución de la Ciencia Jurídica como lo fue la que, a finales del siglo XIX, se presentó como renovadora y rompedora del

(38) Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre *reformas para el Impulso de la Productividad*.

(39) «Inteligencia artificial versus racional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, enero-febrero de 2005.

arcaísmo tradicional en los modos y medios de actuar en el ámbito de los *procedimientos* y de las «*decisiones jurídicas*», no sólo de los *Tribunales* sino también de los demás órganos encargados de la *seguridad jurídica preventiva*, como son el Notariado y los Registradores de la Propiedad. Y, no cabe duda de que las nuevas técnicas tendrán una próspera evolución en la defensa y mejoramiento de la función del Derecho, puesto que, éste, según las teorías más avanzadas, hace mucho tiempo que ya no depende sólo de un «*subjetivismo*» estable, sino que debe incorporar continuamente el devenir de los acontecimientos para que las decisiones jurídicas de sus agentes puedan atender a las necesidades de cada día, lo que exige que deba ser interpretado «*conforme a la realidad social del momento*». Esta realidad actual está dominada, ahora, por la universalidad y la globalización mediante técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas como instrumentos de una «*cibernética*» que quizá nos lleve a un futuro de «*inteligencia artificial decisoria*», aunque, de momento, sólo se pueda ver como «*virtual*».

El lógico intento de sustituir la redacción personal de los contratos y hasta de las resoluciones judiciales —y también de los documentos notariales e inscripciones registrales— por formularios que salen de un programa informático, tendrá consecuencias similares a la sustitución de las antiguas labores manufacturadas en forma artesanal por la fabricación mecanizada en serie o industrializada. Las cosas ya no serán tan perfectas y apreciadas, aunque tengan otras ventajas como la rapidez, el ahorro en los costes y la generalización de su uso.

No obstante, es impropio contemplar estas tareas exclusivamente desde un punto de vista técnico y sin consideración alguna a su justificación última, que en el campo jurídico está en la Justicia, la más elevada —y excelsa— actividad que puede ser encomendada a una persona, y que, por consiguiente, debe ser impartida con el más alto grado de raciocinio, alejado de toda inducción mecanizada.

De todo esto se sigue la necesidad de una sincera reflexión y llamada a la prudencia para evitar que la introducción indiscriminada de estas nuevas técnicas deshumanice la actividad jurídica, o sean utilizadas para cercenar los legítimos derechos de los usuarios a una atención profesional individualizada. La tecnología puede multiplicar los recursos, pero en la práctica, incluso para su empleo eficiente, es preciso un irrenunciable e irremisible último recurso a la inteligencia racional humana, que debe decidir el grado de su utilización (40).

(40) Actualmente existe ya una normativa especial referente al empleo de la moderna tecnología en informática, electrónica y telemática, que permiten su uso con la seguridad necesaria para poder operar en las redes con total garantía: La *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico* (BOE 12-7-02), ha venido a regular estos servicios incorporando a nuestro ordenamiento las Directrices

9. EL «UTILITARISMO» ES UNA MANIFESTACIÓN DEL SENTIDO PRÁCTICO DE NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO

Nuestro Derecho, enmarcado sobre todo en el Derecho continental europeo, es, fundamentalmente, una mezcla de las dos orientaciones principales, romana y germánica. Pero, también podemos afirmar que la implantación del Sistema Registral en nuestro Ordenamiento, a partir de la Ley de 1861, tuvo una justificación claramente «*utilitaria*», que siempre ha sido reconocida por los autores, para quienes *el Registro de la Propiedad es un medio técnico que tiene su razón de ser en la utilidad efectiva que presta a la economía de un país* (41). Y no sólo mediante el establecimiento de un sistema idóneo de protección del tráfico jurídico, como hemos intentado demostrar en este trabajo, sino también en el puro aspecto funcional, en el que los Registradores de la Propiedad, a pesar de su apariencia conservadora, se muestran claramente como pioneros en el uso de la tecnología «punta» al servicio del Derecho, promocionando el empleo de las nuevas técnicas como vehículo de acercamiento de la Institución registral a la sociedad, y también en la modernización de sus oficinas, puesto que confieren rapidez y funcionalidad a la operativa registral, con los beneficios inherentes a la agilización de trámites y a la eliminación, en lo posible, de las actuaciones presenciales, sin pérdida de la seguridad consustancial al Sistema Registral. Todo lo cual ha de redundar en un claro beneficio para los ciudadanos en general y en una mejor prestación de servicios para los usuarios en particular.

«En un razonamiento electivo en comparación con cualquier otro sistema, se considera preferible el ordenamiento registral porque disminuye en mayor medida la incertidumbre, aminora el coste relativo, ahorra trámites y conflictos judiciales, y asegura el tráfico jurídico con menores fallos operativos». Así se infiere también de la reciente *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre*

comunitarias sobre la materia, que regulan las condiciones de validez y eficacia de los contratos electrónicos, las obligaciones de los prestadores de servicios y su responsabilidad, el alcance de las resoluciones judiciales y extrajudiciales dictadas en los conflictos que puedan plantearse, los códigos de conducta y el régimen sancionador. El *Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero* (BOE 28-2-03), regula los «registros telemáticos» y las «notificaciones telemáticas», así como la utilización de dichos medios para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. La nueva *Ley General de las Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre* (BOE 4-11-03), y la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre* (BOE 20-12-03), sobre firma electrónica, han venido a completar este novedoso capítulo de nuestro ordenamiento jurídico. Esta eficacia se verá incrementada desde la entrada en vigor de las nuevas medidas previstas en la citada *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre reformas para el Impulso a la Productividad* (BOE 19-11-05), relativas a la «agilización de trámites registrales y notariales» y al «impulso a la utilización de medios telemáticos por parte de los usuarios de los servicios registrales y notariales», fundamentalmente por las autoridades judiciales, administrativas y tributarias.

(41) LACRUZ BERDEJO, lugar citado.

reformas para el Impulso a la Productividad (BOE de 19-11-05), que incluye diversas medidas relativas a la «agilización de los trámites registrales y notariales» mediante la utilización de medios informáticos y telemáticos por parte de los usuarios.

Desde otro punto de vista, la misma función *calificadora* del Registrador puede verse con un matiz «utilitario», si, como decimos, a la primacía del principio de legalidad en beneficio de la sociedad, se une la misión de aclarar y moderar la aplicación del Derecho, indispensable sobre todo en la rama hipotecaria, que como Derecho (aún) nuevo y por la singularidad de su normativa, ha tenido en todo momento un acceso restringido y especializado. Por lo mismo, su aplicación práctica ha seguido una evolución en cierto modo similar a la que tuvo lugar en el Derecho Romano, en la última fase de su evolución (siglo VI d.C., JUSTINIANO, *Corpus iuris civilis* y el *Digesto*) con la destacada actuación del *Praetor peregrinus* y *urbanus*, que en la fase previa al juicio, con gran flexibilidad y acuciado por la necesidad de dar amparo a las nuevas situaciones creadas por el fuerte desarrollo de las relaciones comerciales fuera del Imperio, aplicaba de forma combinada el *ius civilis* y el *ius gentium*, creando una serie de normas fundamentadas en la *naturalis ratio* y en la *aequitas*, en su intento de respetar la voluntad de las partes, antes de pasar las actuaciones al *iudex* encargado de dirimir con sus decisiones la controversia (42).

10. FINALMENTE, UN EJEMPLO: EL UTILITARISMO «BENTHAMISTA» SE MANIFIESTA CLARAMENTE EN LA INSTITUCIÓN MÁS IMPORTANTE DEL DERECHO REGISTRAL: LA HIPOTECA

Hoy en día, por razón de esa misma combinación romano-germánica, antes citada, pero, asimismo, a través de una progresiva y creciente interpretación pragmática del Derecho Hipotecario, la figura de *la hipoteca que pudiéramos llamar «clásica», evoluciona hacia fórmulas más modernas y versátiles*. Incluso se intenta la evasión del rígido modelo de la Ley Hipotecaria,

(42) La interpretación aclaratoria y moderadora de las normas y de los negocios por los profesionales encargados de la aplicación de las Leyes es propia de los Estados de Derecho en los que se da primacía a la función de *servicio público*, y ha debido seguir una evolución en cierto modo similar a la que tuvo lugar en el Derecho Romano respecto de los derechos reales «imperfectos» o «incompletos», como los de garantía (por la ausencia de un auténtico sistema de publicidad que ocasionaba la clandestinidad de ciertas cargas consideradas preferentes que agravaban la situación del deudor y sorprendían al acreedor), por lo que fue necesario introducir sucesivas modificaciones moderadoras; como ocurrió en el derecho de *hipoteca* que surgió como una evolución del *pignus* por la sucesiva *acumulación de «acciones» que hacía el «buen Pretor romano» para proteger al deudor sin merma de las garantías del acreedor*.

donde se regula como un mero derecho de garantía *accesorio* de una obligación principal, para admitir otras formas distintas (como la *hipoteca en garantía de «letras de cambio»* —en la que éstas son, únicamente, un medio de pago convenido de la verdadera obligación garantizada—, o la *«hipoteca de máximo» en garantía de intereses «variables» y de los «moratorios»* pactados por separado en los préstamos actuales), que difieren de aquella hipoteca tradicional, llegando, incluso, a otras aplicaciones más audaces (como la *«hipoteca de seguridad» en garantía de «obligaciones futuras o sujetas a condición»* —solamente determinadas en sus líneas generales—, o la *hipoteca que se superpone a un «aval»*, convenido, con más o menos amplitud, en seguridad de otra obligación principal). Y hasta se admiten, e incluso se regulan por Ley en determinados supuestos de interés social, ciertas «modificaciones» que, sin llegar a una total abstracción de la deuda, abren el camino a su utilización como fórmulas «crediticias» nuevas que, de algún modo, desconectan la garantía hipotecaria de la obligación inicial, al permitir y hasta favorecer con beneficios fiscales y arancelarios el cambio de una entidad acreedora a otra que ofrezca mejores condiciones al deudor.

Hasta tal punto se produce esa transformación que, se puede decir que *la HIPOTECA actual no funciona sólo como un derecho de garantía, sino como una suma de las diversas «acciones» que se ofrecen tanto al deudor como al acreedor*: al primero, para facilitarle el mejoramiento de su situación en una libre competencia de las entidades financieras, posibilitando, incluso, el aprovechamiento unificado de los distintos créditos obtenidos para distintas utilidades (43), y no sólo para el destino prefijado inicialmente con el acreedor; y al acreedor, para permitirle también una distinta utilización de la garantía, es decir, no sólo en la «fase de ejecución» mediante el ejercicio del *ius distrahendi*, sino sobre todo en la «fase de seguridad» mediante el reconocimiento de un valor económico propio al «*crédito hipotecario*» (44).

Esta es la posición defendida por Manuel AMORÓS (y por algunos otros autores, como LA LAGUNA), que atendiendo a la especialidad de la *causa* de la hipoteca, sostienen la original teoría del «*crédito hipotecario*» como *singular derecho real autónomo*, viendo en él una construcción jurídica distinta de la mera unión de una garantía real *accesoria* a una obligación *principal*; es decir, un específico «*derecho real*» *creado de forma artificiosa* sobre la base de incorporar o «adscribir» una finca al cumplimiento de una obligación personal con la que se enlaza indisolublemente, atribuyendo al acreedor un poder directo sobre la cosa, incluso antes del incumplimiento por el deudor,

(43) Como la nueva fórmula del derecho de *hipoteca* en garantía de los saldos resultantes de varios préstamos.

(44) *El Sistema de Protección Jurídica por el Registro de la Propiedad*, Editorial DIJUSA, año 2001 (en el apartado del Título IV de la Parte Primera, dedicado a la «*supervención de la hipoteca clásica por la hipoteca versátil*»).

lo que convierte al «crédito hipotecario», por sí, en un «valor económico» negociable (45), y en un medio o instrumento de pago apto para cualquier transacción.

Como decíamos en otro lugar (46), es una evolución similar a la que se produjo en el Derecho Romano por la *acumulación sucesiva de «acciones» que hacía el «buen Pretor»* para proteger al deudor sin merma de las garantías del acreedor, y que *ahora se hace desde el Registro de la Propiedad* sobre la base de una aplicación práctica en la «interpretación» de los «*principios hipotecarios*» que se consideran impuestos y coordinados para el mejor desarrollo del crédito territorial. Y de este modo, por medio de una «*calificación registral utilitaria*» de los modernos contratos de préstamo con hipoteca —redactados con diversidad de cláusulas por las Entidades Financieras—, se debe entender que *las posibilidades del deudor no deben ser mermadas más que en lo preciso para asegurar al acreedor, conforme a lo pactado, la devolución del capital y el pago de los intereses; y, paralelamente, que los derechos del acreedor no deben exceder de lo preciso para esa misma seguridad*, dejando en lo demás una completa libertad a las partes para proceder conforme a sus particulares intereses.

Los actuales contratos de garantía hipotecaria se presentan como negocios complejos, «mixtos» de estipulaciones «reales» y «obligacionales», ya que están fuertemente influidos por la situación predominante del acreedor («*condiciones generales*»), pero también por las especiales condiciones personales del deudor y sus particulares relaciones con la entidad acreedora, que se entremezclan y deben ser tenidas en cuenta como determinantes de cada contrato. Por eso mismo, antes de proceder a su inscripción, se hace preciso efectuar un minucioso estudio o «calificación» por el Registrador, que permita una depuración de sus cláusulas para *extraer las que tienen eficacia «real» y las inseparables o «conexas»*, que van a acceder al Registro, *con exclusión de las meramente obligacionales que van a quedar relegadas al pacto privado*, ya que únicamente aquéllas son las que van a deslindar en el Registro, y por consiguiente respecto de los terceros, *el «status» jurídico del derecho de propiedad del bien afectado por la garantía real del crédito*. Por eso, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, según la redacción que le dio la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (*Ley 1/2000, de 7 de enero*) sienta el principio de «ejecutoriedad de la hipoteca», dado su carácter constitutivo, *«sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo»*.

(45) «La publicidad registral del préstamo hipotecario y la causa del crédito hipotecario», Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, año 1990.

(46) Ver nota 42.

RESUMEN

SEGURIDAD JURÍDICA

El gran reto jurídico del siglo XXI es la instauración de un ius novum universale como perfecta combinación del Derecho continental europeo, de inspiración principalmente romana, y el «common law» anglosajón, con su ancestral pragmatismo, sin que deba marginarse el sentido práctico propugnado por Jeremy Bentham, inspirador en el siglo XIX de un utilitarismo jurídico que aún persiste. El nuevo Derecho, con función primordial de utilidad, debe rechazar las falacias engañosas, pero se construye sobre una plataforma de ficciones útiles, que, como una especie de ingeniería jurídica, alumbró constantemente nuevas construcciones en el amplio espectro del concepto de «derecho», incluso en el ámbito de los derechos inscribibles que ya no se limita a los de estricto carácter real, y hasta pueden recaer sobre fincas ficticias (servicios y concesiones), y llegar a crear singulares derechos ideales (como los urbanísticos) de gran valor económico pero sin otra apariencia que la publicidad registral, lo que hace posible la «ficción» de su cognoscibilidad por todos y atribuirle, ex lege, la presunción de ser la «verdad oficial». Un Derecho de juristas, y no sólo de leyes y de jueces, cuyas resoluciones y decisiones deben expresar el sentir general de la sociedad. Y sin desconocer los antecedentes históricos desde la primacía de la ley se debe abogar por una interpretación pragmática que potencie las acciones individuales en un marco jurídico seguro. La seguridad jurídica debe ocupar el rango más elevado entre sus fines; por lo que su variante, la seguridad del tráfico, sirve de fundamento a los modernos Sistemas Registrales de Protección Jurídica, de gran desarrollo técnico, en los que una publicidad

ABSTRACT

LEGAL CERTAINTY

The great legal challenge of the twenty-first century is the introduction of a jus novum universale, some perfect blend of continental European law, which draws heavily on Roman inspiration, and Anglo-Saxon common law, with its ancestral pragmatism, yet without losing sight of the practicality espoused by Jeremy BENTHAM, who inspired a nineteenth-century legal utilitarianism that still persists. The new law, whose primordial function is to be useful, should reject misleading fallacies, but it is built upon a platform of useful fictions, which, like some kind of legal engineering, is constantly spewing out new constructions under the broad spectrum of the concept of «law», even in the realm of registrable rights, which is no longer limited to strictly in-rem rights and may even encompass fictitious properties (services and concessions) and eventually create singular ideal rights (such as urban development rights) of great economic value but appearing only in publicity disclosed by the registration system, which renders possible the «fiction» of their knowability by all and gives them, ex lege, the presumption of being the «official truth». A law of jurists, and not just of laws and judges, whose resolutions and decisions must express the general feelings of society. And without ignoring historical background, from the standpoint of the primacy of the law we must advocate a pragmatic interpretation to strengthen individual actions in a framework of legal certainty. Legal certainty must hold the topmost place among the new law's goals; thus its variation, certainty in trade, serves as the foundation for modern, highly technically developed, legally protective title registration systems, where efficient publicity and the objective meaning of written terms trans-

eficiente y el sentido objetivo de lo escrito transforman en público el acto otorgado inter partes, que deja de ser época para figurar intemporal, por lo que puede ser útil como determinante de decisiones futuras y preservación de situaciones óptimas. La ficción conjunta de la publicidad registral, con una documentación auténtica, conlleva el reconocimiento del principio de «fe pública» como un «valor» que tiene por base la certeza, la legalidad y la publicidad, y acogido a una «tutela judicial efectiva» que ampara la Constitución. El mismo lenguaje jurídico, incluso en los asientos registrales, debe facilitar su entendimiento y aplicación. Y aunque ahora domine en las sociedades avanzadas la tecnología científica y la globalización, la Justicia, en todas sus formas, incluso la Justicia Objetiva que opera en las calificaciones registrales, debe ser impartida con el más alto grado de raciocinio, evitando que el exceso de la informática deshumanice la actividad jurídica. En nuestro Derecho Hipotecario, un ejemplo del utilitarismo «benthamista» se manifiesta en la institución de la hipoteca, que actualmente funciona, no sólo como un derecho de garantía, sino como un derecho autónomo y un valor económico en sí mismo: el «crédito hipotecario», como una ficción más.

form an act executed between private parties into a public act, which ceases to be a time and appears as timeless, and therefore may be useful for determining future decisions and preserving optimum situations. The joint fiction of registration publicity and authentic documentation entails the acknowledgement of the principle of «the registrar's power to attest documents» as an «asset» whose base is built of certainty, legality and publicity, and which enjoys constitutionally supported «effective legal protection». Legal language itself, even in registration entries, should facilitate comprehension and application. And although scientific technology and globalisation rule in advanced societies, Justice, in all its forms, including the Objective Justice that operates in registrars' scrutinies of documents, must be handed out with the highest degree of ratiocination, preventing over-computerisation from dehumanising legal activity. In Spanish mortgage law, one example of «Benthamian» utilitarianism can be seen in the institution of the mortgage, which currently functions not only as a securing right, but also as an autonomous right and an economic asset in itself: «mortgage credit», as just another fictional creation.

(Trabajo recibido el 16-02-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)