

Proyección histórica y actual de las funciones autenticadoras^(*)

Siempre el jurista, en cualquier momento de su vida, se plantea el problema de la justificación de su función. Y este planteamiento, que nos obliga a reflexionar para nosotros mismos, en lo íntimo de la conciencia, nos lleva a una determinada situación psicológica, que simplificando se puede traducir en una valoración positiva o negativa. Es en realidad la búsqueda sincera de lo que somos, de lo que hacemos y de lo que aportamos a la sociedad. Es, en definitiva, de si colaboramos a la idea suprema de Justicia, que es la que justifica la existencia del Derecho.

El problema en sí no es teórico; lejos de ello, el planteamiento es práctico: nos puede «tranquilizar» o «intranquilizar», según apreciemos nuestra actuación.

Por eso es a veces necesario el planteamiento histórico. Pero el planteamiento histórico sería incompleto si se limitase a analizar el pasado. Lo más importante de la historia es que también nos puede aclarar el presente y nos prepara para el futuro. Y si esto es necesario en todas las ramas del Derecho, lo es más incluso en aquellas especialidades, como el Derecho notarial y el Derecho registral, que actúan no en exclusiva, pero sí fundamentalmente, en la dinámica de los derechos.

Es por eso que considero necesario el adelantar un esquema que sea válido para adentrarnos en su estudio, a base de distinguir unos cuantos puntos fundamentales que hagan más fácil recorrer el camino:

En primer lugar, voy a exponer sucintamente la justificación histórica de los sistemas.

(*) Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Escribanos de la ciudad de Córdoba (República Argentina) el día 23 de noviembre de 1979. Al ser la síntesis necesaria de un trabajo más amplio que no he terminado, he preferido publicar la conferencia tal como fue expuesta, prescindiendo, a propósito, de citas doctrinales y bibliográficas.

En segundo término, la influencia de los respectivos derechos internos y sistemas políticos.

Y en tercero, la superación de las particularidades y el anhelo unificador, terminando con una exposición de los resultados que nos anime a seguir por el camino emprendido, y explicando, en mi modesto criterio, lo que significa en realidad la función notarial y registral dentro del orden jurídico, que aunque expondré con relación al Derecho español, puede tener valor ejemplar para cualquier nacionalidad.

En cuanto a la justificación histórica de los sistemas hay que empezar diciendo que tradicionalmente se han distinguido dos tipos de derechos: derechos reales y derechos personales.

La «diferenciación» de estos derechos tal vez se encuentre en que la posición espacial del objeto es fija y concreta en el derecho real (pertenecer al mundo de las cosas), y ambulatoria y fungible en el derecho personal (pertenecer al mundo de los actos).

Los primeros son perpetuos o, al menos, de duración temporal o indefinida. Los personales son de carácter temporal. Ambos tienen la nota común de que son invisibles.

A consecuencia de esta nota común, su invisibilidad, se ha intentado por los juristas hacerlos visibles. Es decir, que se vean por todos. El esfuerzo de la técnica jurídica no ha consistido más que en hacer visible lo invisible: ya amparando, en general, la posesión; ya regulando jurídicamente la existencia de signos externos, como en las servidumbres aparentes; ya dando valor a las situaciones permanentes de estado; ya creando medios técnicos, como el documento notarial o los Registros jurídicos.

Y esto es tan cierto que basta volver los ojos a la historia para darse cuenta.

Bajo nuestra visión, como en una panorámica de síntesis, basta recordar la evolución histórica del Derecho romano y del Derecho germánico para apreciar cómo los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales son el resultado de unos esfuerzos imaginativos para dar consistencia real y apreciable a lo que únicamente existía en el mundo de las palabras y de las ideas (de los actos).

Los romanos, grandes juristas, no acertaron el camino. Intentaron, a través de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, representar escénicamente las transmisiones. Acudían a los símbolos en la *mancipatio* y al Juez o autoridad en la *in iure cessio*, simulando en esta última una demanda del adquirente y un allanamiento del transmitente. Ya no intervienen sólo las partes interesadas. Se da entrada en el negocio a la autoridad judicial, que a modo de testigo público cualificado presencia la celebración del acto y podrá testificar en cualquier tiempo que aquello ocurrió, siendo más apreciable su testimonio que el de cualquier particular. Si el Juez

lo dice ya existe una apariencia de veracidad, y en caso de que se impugne la transmisión goza ya el adquirente de una especie de presunción *iuris tantum* que le ampara frente a todos.

Cuando se espiritualiza el sistema romano de transmisión a través de la *traditio*, hay un regreso en la seguridad de las transmisiones que se compensa con la facilidad en que se admiten, pero que necesariamente lleva a buscar otras soluciones, ya que el progresivo avance de la circulación de la riqueza necesita nuevos medios, más seguros, para que el tráfico jurídico quede garantizado.

El esfuerzo del Derecho romano en este sentido es baldío. No llegan sus juristas a encontrar un medio técnico que satisficiera las necesidades del comercio jurídico. Su error fundamental consistió en que al ser la propiedad y los demás derechos reales de carácter perpetuo, fijos o, al menos, temporales, es decir, relaciones permanentes objetivas, se empeñaron en garantizar su constitución, transmisión y garantías en apreciaciones puramente subjetivas que dependían de la vida de las personas que lo presenciaron y que, naturalmente, por ley de vida, tienden a desaparecer. Es decir, el recuerdo del negocio jurídico que se hizo en un tiempo, no se refleja en un libro que permanece, más bien se queda en la memoria humana, que desaparece.

Los germanos, en el campo de la constitución y transmisión de los derechos reales, son más prácticos.

Exponemos sucintamente su evolución siguiendo en esencia las magistrales enseñanzas del profesor español LACRUZ BERDEJO, que en su *Derecho Inmobiliario Registral* (Librería Bosch, Barcelona, 1968, págs. 27 y sigs.) ha explicado de una forma clara y sencilla la evolución del Derecho germánico, afirmando que en una primera fase acuden a sistemas parecidos a los del Derecho romano, rodeándolos de formas solemnes que facilitan su prueba. Basta recordar algunas de estas ceremonias externas, realizadas ante testigos, entre los cuales deberían encontrarse algunos niños, que al tener, al menos teóricamente, más tiempo de vida, conservarían más años la memoria de lo ocurrido, y para que mejor lo recordasen preceptuaban algunas fuentes que *alapes donet et torquat aurículas* (es decir, que les diesen bofetadas y tirones de orejas).

Posteriormente se debilitan estas formas, sobre todo a partir de la recepción del Derecho romano, que impone la *traditio*, pero al mismo tiempo surgen unas costumbres paralelas de anotar en unos libros que llevan las autoridades, las constituciones y transmisiones de derechos reales inmobiliarios.

El hecho de tomar razón en estos libros produce un doble efecto: de una parte, las relaciones jurídicas permanentes o, al menos, de duración indeterminada, son reflejadas de una manera objetiva y permanente. Y de

otra parte, la intervención de una determinada autoridad produce, aparte de ser a veces un presupuesto del negocio traslativo (ver LACRUZ: *D.I.R.*, página 29), una especie de apariencia jurídica, como a modo de la verdad oficial del hecho, de la que se deriva la posterior teoría de la legitimación.

En esta evolución del Derecho germánico se encuentra el origen más inmediato de los llamados sistemas registrales.

Posteriormente, el avance técnico de la inscripción se va extendiendo lentamente por Europa. Es a partir del siglo XVIII, y sobre todo del XIX, cuando desaparecen los sistemas de clandestinidad, y aquellos países donde la publicidad era ya regla mejoran asimismo sus sistemas, cristalizando en las legislaciones los varios sistemas registrales que aún se mantienen en nuestros días, aunque algunos han sufrido fuertes retoques (como, por ejemplo, el francés en la reforma de 1955).

En este orden de cosas, en España, al igual que en los demás países, se puede hablar de publicidad registral y extrarregistral, siendo conocida la lucha que mantuvieron los derechos locales y territoriales con el sistema de clandestinidad, que por influencia romana culmina con la publicación de las *Partidas*, de Alfonso X *el Sabio*.

En los derechos locales o territoriales, las formas de publicidad eran muy imperfectas, citándose entre ellas la llamada «robración» (que consistía en la corroboración o ratificación pública y solemne de la venta de inmuebles no sólo por el emitente de la escritura [ver LACRUZ: *D.I.R.*, página 45], sino por los testigos, que como representantes de la comunidad su intervención da carácter público al negocio, siendo sólo así la adquisición inatacable); el requisito de la «insinuación» de las donaciones, etc...; la publicación de «edictos y pregones», a los que se refieren numerosos Fueros medievales.

Pone de relieve el citado autor que siendo tan imperfectos estos medios, tenían quizá una efectividad real en aquellos tiempos, ya que en los núcleos rurales y cerrados, donde el conocimiento de las personas era natural, no se sentía la necesidad de otro sistema.

La necesidad del Registro se siente, sobre todo, a partir del descubrimiento de América, que produce una movilización de capitales, y en las nefastas consecuencias de la existencia de gravámenes ocultos, sobre todo en aquellos que, como la hipoteca y el censo consignativo, no tienen contacto posesorio con la cosa.

Se cometieron tales abusos de vender fincas que estaban gravadas como libres, que es corriente en los autores de la época las lamentaciones sobre el gran número de pleitos que se producían y la falta de seguridad en las adquisiciones.

A petición de las Cortes de Madrid de 1528, y después de las de Toledo de 1539, se publicó la Real Pragmática del mismo año, por la que

se establecía el Registro de censos, tributos e hipotecas, que, como se sabe, no se aplicó en realidad, ni incluso ya en 1713, cuando en el reinado de Felipe V se conminó a establecer estos Registros.

Por otra Real Pragmática de 31 de enero de 1768, se crearon los llamados «Oficios de Hipotecas», después «Contadurías de Hipotecas», que se aplicó en toda España, salvo en Navarra, hasta que en 1817 se extiende a esta región por decisión de sus Cortes.

En España, por tanto, se parte de un Registro de gravámenes. Pero las circunstancias económicas y sociales pronto hacen sentir la necesidad de un Registro jurídico de tipo general, que no fuera sólo de gravámenes.

El recordar que fueron las necesidades económicas y sociales las que hacen aparecer los sistemas notariales y registrales modernos, no es solamente recordar historia: es simplemente resaltar que si hoy, dada la transformación de la economía y el aumento de la circulación de bienes, esas necesidades se han multiplicado, se ha multiplicado también la importancia de las legislaciones notariales e hipotecarias.

En términos generales, se puede afirmar que se siente la necesidad de los sistemas técnicos cuando se transforma la situación económica y social. Aparte de los avances de la técnica, que dio un gran paso en el siglo pasado, hay una transformación profunda en las capas sociales, produciéndose un mayor ritmo en la circulación de la riqueza. Las leyes desvinculadoras rompen el aspecto medieval de la propiedad. Las leyes desamortizadoras hacen que entren en juego desde 1816 a 1860 más de 4.000.000 de hectáreas (ver LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 50). La técnica en el cultivo de fincas rústicas y las nuevas formas de construcción en las urbanas ha variado: se produce un aumento de riqueza que exige nuevas garantías jurídicas, tanto en las titularidades como en los créditos. La industria minera, la siderurgia, las nuevas vías de comunicación, como los ferrocarriles, exigen un nuevo estatuto de la propiedad inmueble. En realidad nos encontramos ante la nueva figura de la empresa en el sentido moderno, que nace del maquinismo y que, como fenómeno nuevo, atrae también la inversión extranjera.

Ante estas circunstancias se lanza el reto a los juristas. Las leyes, como siempre, parece que van a rastras de los hechos.

En España, como es conocido, se publica la Ley Hipotecaria el 8 de febrero de 1861, con carácter de urgencia. No se espera a la publicación del Código Civil, que no se hace hasta 1889 (Real Decreto de 24 de julio).

Y para confirmar cuanto he dicho, en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, en el que se ordenaba la formación de la ley, se dice con una repetición casi constante que «pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias»... Sigue diciendo que «ante la demora en la publicación del Código

Civil, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio»...; que «se publique una ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V. M. tiene nombrada para formular el Código Civil, (que) satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere en modo alguno el de la formación de los Códigos, no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por demás urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos...».

Y dijimos antes que esto no es sólo recordar historia... Si esto se decía a mediados del siglo pasado, cuando eran incipientes aún estas necesidades comparándolas con las de nuestros días, piénsese lo que puede significar hoy la existencia y mejoramiento de los sistemas, tanto en los países desarrollados como aquellos que se encuentran en vías de desarrollo con un potencial económico y humano de los cuales depende en gran parte el porvenir de la humanidad.

Dije que, en segundo término, iba a exponer, aunque fuera de forma rápida, la influencia de los derechos internos en los sistemas hipotecarios de carácter técnico. Esto requiere un análisis general de los sistemas bajo el punto de vista de la llamada publicidad, para lo cual voy a utilizar, en una necesaria síntesis, un criterio simplificador de lo que en variadas formas nos ofrece el Derecho comparado.

Por poner algún ejemplo y atendiendo a la creación, constitución y modos de transmisión de los derechos reales, existen tres grandes grupos:

- 1.º Aquel, como el francés, que basa la energía traslativa en el título.
- 2.º Aquel, como el alemán, que la basa en el modo, entendiendo por modo la inscripción en un Registro jurídico.
- 3.º Aquellos sistemas que, como el español, mantienen la teoría del título y el modo. (Bajo el punto de vista registral, la inscripción en el primer sistema es de mera inoponibilidad—en el francés—, constitutiva—en el alemán—y declarativa en el español [salvo contadas excepciones de inscripciones constitutivas, en el sistema español sólo se declara un derecho preexistente en la realidad jurídica].)

Pero esta visión de los sistemas, que se refiere a los modos de transmitir o de adquirir derechos reales, está dirigido a cómo se producen las transmisiones. Si lo observamos bajo el punto de vista de la publicidad en su sentido técnico, ya importa menos el cómo se producen las transmisiones de los derechos, importa más el averiguar «cómo se publican los derechos».

De ahí que, al menos teóricamente, quepa separar los sistemas hipotecarios de los sistemas civiles. Y esto se explica porque los sistemas son creaciones, invenciones de la ciencia jurídica. Son medios empleados para publicar derechos, que pueden ser distintos y variados. Son en realidad

métodos-sistemas que pudiendo ser distintos en cada Derecho nacional, tienden, con más o menos acierto, a cumplir con la finalidad suprema de la llamada publicidad jurídica. De aquí que hablando de nuestra legislación hipotecaria dijese el ilustre hipotecarista español don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que era la parte del Derecho que más se parecía a las matemáticas. Y de aquí también que en esta rama del Derecho tenga gran importancia el estudio del Derecho comparado. Todos podemos aprender de todos, ya que al no existir en la actualidad ningún sistema ideal (quizá el más perfecto sea el suizo), este trasvase internacional de experiencias, de comunicaciones, puede llevar a perfeccionar los derechos nacionales.

Si se puede mantener la independencia de los sistemas registrales de los derechos internos, con mayor razón se puede hablar de su independencia de los sistemas políticos. Y como esta materia no la he visto tratada por ningún autor, voy a exponer a ustedes unas breves ideas, más que nada para que puedan servir de motivos de reflexión.

Ya sabemos que en el mundo actual se dan dos sistemas, no puros, pero sí con variantes muy similares, que son el sistema capitalista y el socialista.

En España, el Registro por antonomasia se le denomina Registro de la Propiedad, y de entrada esta institución parece que entraña una colocación clara: el reconocimiento de la propiedad privada es eminentemente capitalista.

El planteamiento no es correcto por dos razones:

- La primera porque en realidad no es sólo un Registro de la Propiedad, ya que su función es mucho más amplia: no sólo se inscribe la propiedad, también se inscriben los derechos reales e incluso derechos personales. Y es curioso que los legisladores de nuestra patria en 1861 no hablaron más que de establecer un «Registro», a cargo de funcionarios que se llamarán «Registradores», y el término «Registro de la Propiedad Inmueble» no aparece hasta la reforma de 1869. Pero en nuestro Derecho es tan inexacto hablar de Registro de la Propiedad como hablar de Ley Hipotecaria. Ni una ni otra denominación son exactas. Tal vez por esta duda los legisladores de 1861 crearon sólo un Registro. En realidad debería llamarse Registro de Derechos Patrimoniales o cualquier otra denominación, también genérica, que reflejase más exactamente lo que es.
- La segunda razón es que el medio técnico de publicidad que es el Registro, no tiene que ser necesariamente encuadrado *a priori* en un sistema político o en otro, por la razón bien

sencilla de que las instituciones registrales son neutras en política, ya que son medios para lograr unos fines, pero ni declaran el derecho de propiedad ni definen una economía intervencionista o de mercado, ya que estas funciones o definiciones corresponden a las constituciones o a las leyes. Lo que sí hacen es que las situaciones patrimoniales que resultan de este reconocimiento puedan ser conocidas por todos a través de la publicidad registral o, en su caso, si son sistemas técnicos, amparar, con más o menos fuerza, ciertos derechos o situaciones patrimoniales.

Llegado a este punto es esperanzador que en los juristas de muchos países exista la idea, que se va abriendo camino con la fuerza de una incipiente semilla, de superar particularismos y llegar a una anhelada meta unificadora. Los Congresos Internacionales celebrados hasta ahora han dado un resultado positivo. Ya en la Carta de Buenos Aires y en el Proyecto de Ley Uniforme existen unas bases que pueden valer de aglutinadoras en el futuro. Más incluso entre nuestros pueblos, que además de la unidad de lengua tienen también la más importante unidad de espíritu.

Las aportaciones recíprocas pueden ser importantes ante el fenómeno moderno de las integraciones supranacionales.

No significa este fenómeno integrador que se eliminen las particularidades propias de los derechos internos, ya que éste encarna las tradiciones jurídicas, el sentido íntimo y nacional de cada pueblo, perteneciendo a su cultura, como una proyección de su «yo» colectivo. Basta recordar que la lucha de las escuelas jurídicas en Europa se han condensado en un positivismo racionalista o en un *ius naturalismo* espiritualista. Tomar posición en una o en otra no es, ni más ni menos, que definir dos concepciones distintas del Derecho. Y en realidad, estas posiciones doctrinales, que han tenido vigencia en distintas áreas geográficas, se corresponden casi siempre en su vigencia con lo que poéticamente podíamos denominar países de la luz directa (donde el sol está presente) o países del reflejo de la luz (donde el sol está ausente). No se puede entender un Hamlet sin las brumas de Dinamarca, ni un Don Juan Tenorio sin las luces de Sevilla.

Y a propósito de nuestra comunidad de naciones, y aunque sea salirme un poco del tema jurídico, les quiero dar a ustedes noticia de que ha aparecido hace poco tiempo en España un libro, del que es autor FERNANDO SÁNCHEZ DRAGÓ, que, en cuatro tomos, se denomina *Gargoris y Habidis. Una historia mágica de España*. Ha causado un gran impacto, hasta el punto de que en menos de un año se han tenido que imprimir siete edi-

ciones. Es un libro importante, que te lleva necesariamente a la meditación. Todo el empeño del autor está encaminado a encontrar nuestras raíces, manteniendo que lo español ha sido un conglomerado de culturas distintas de las europeas; que incluso mucho antes de la historia hemos sido más hermanos de sangre y de espíritu de los orientales y de los primeros habitantes del continente americano, que del resto de Europa.

Se apoya para mantener estas teorías en los últimos avances de la investigación histórica, en datos arqueológicos y antropológicos, para llegar al convencimiento de que quedan memorias de que cuando ocurrió una catástrofe geológica—tal vez la conocida tesis de la Atlántida—arribaron a nuestras costas occidentales iniciados de otras culturas, que hicieron a nuestra tierra el oriente espiritual de Occidente.

Mantiene que nuestro especial tronco común nos lleva a criterios diferenciados del resto de Europa que se funden en una misma forma de ser, unidos para siempre a raíz del Descubrimiento, y que se amplía con la cultura mediterránea. Raíces de las raíces que alimentan el mismo tronco.

Y para no extenderme más en este punto quisiera resumirles las consecuencias prácticas de las teorías expuestas:

- La primera consecuencia es que la «forma de ser» iberoamericana es distinta de la clásica teoría europea de lo que podemos denominar «el sentido de la vida». Para nosotros, la escala de valores ha tenido un sentido más espiritual que el puro criterio cartesiano y mercantilista europeo.
- La segunda, que hay que mantener nuestro espíritu común frente al creciente materialismo que invade el mundo moderno.

Si tuviéramos que definir, en el último extremo, qué problemas tenemos frente a culturas foráneas, yo resumiría en una frase la realidad de lo que nos está ocurriendo: parece ser que nos están robando la preocupación. No nos damos cuenta, ya que esto se hace de noche, en las zonas grises, entre la luz y las sombras. Nos quitan la preocupación porque parece ya como normal que ni el marido se preocupe de su mujer, ni la mujer del marido; ni el padre de los hijos, ni los hijos de los padres. Ni los amigos de los amigos, ni nadie de nadie. ¿No hemos reflexionado que uno de los tesoros más importantes del hombre puede ser la preocupación? La preocupación explica desde el enamoramiento hasta la amistad; la hospitalidad (de la cual ustedes han demostrado que son maestros) explica en realidad la vida afectiva íntima, la convivencia social, en definitiva, tener la categoría de hombre.

Y esta preocupación, que en nuestros pueblos aún se mantiene, hay

que intentar conservarla porque responde a nuestra manera de ser y de ver las cosas. Las mismas semillas han hecho nacer los mismos árboles. Tenemos los mismos defectos e iguales virtudes. No somos fuera de nuestras casas extraños en las otras: hablamos las mismas palabras, tenemos los mismos poetas, variamos la música del acento, pero hablamos emocionalmente de la misma forma.

Y hoy, que tengo el honor de encontrarme entre ustedes, no me hubiese quedado tranquilo sin hablar, aunque hayan sido unos breves minutos, de un tema tan entrañable como es el de nuestro mundo, para aportar, al menos, la preocupación de que ni unos ni otros nos olvidemos nunca de nuestras raíces.

Iba antes diciendo que la conservación de los derechos internos es posible y aconsejable. Sin embargo, en el mundo de los sistemas hipotecarios puede ser conveniente la unificación. Son éstas materias de pura técnica jurídica que admiten, ante las mismas necesidades, idénticas soluciones.

Basta recordar que en otras materias, como el Derecho marítimo, existen múltiples convenios internacionales; que en Europa existen leyes uniformes para regular, por ejemplo, la letra de cambio, que se tiende a uniformar el «*status* jurídico» de la sociedad anónima, y que el fenómeno unificador en las necesidades del tráfico se está imponiendo.

Este movimiento unificador requiere, a su vez, un planteamiento que de forma sucesiva determine las distintas etapas por las que hay que pasar.

- La primera es la que podemos denominar de «opinión», que requiere, a la vez, un criterio entre los juristas de distintos países de preocupación común sobre los mismos problemas.
- La segunda es la de toma de contacto, que se ha manifestado en la celebración de los Congresos Internacionales, tanto de Derecho Registral como de Derecho Notarial, de los cuales ya hay resultados, que van desde estudios particulares sobre materias concretas, como prioridad y reserva de rango, prehorizontalidad, etc., hasta aquellas de tipo general, como la citada Carta de Buenos Aires, el Proyecto de Ley Uniforme...
- La tercera tiene que concretarse a nivel legislativo, la cual, aparte de ser la más difícil, requiere una serie de planteamientos y conocimientos previos que delimiten claramente la función notarial y registral para su encuadramiento en el orden constitucional.

Y aquí, en este punto, es necesario intentar el esfuerzo de averiguar en dónde se encuentran situadas la función notarial y registral dentro del

ordenamiento jurídico, cuestión ésta que no ha sido estudiada con la importancia y el detenimiento que merece. Consiste, en definitiva, en buscar la esencia de la función, rompiendo un poco los moldes clásicos desde los que se ha estudiado esta materia.

Concretándome al Derecho registral, por suponer que aclara mejor las ideas, resalta en una primera visión que su estudio se ha hecho en base a los llamados «principios hipotecarios» o, más ampliamente, «principios jurídicos de la seguridad inmobiliaria». Por otra parte, también se ha intentado el encuadramiento de la llamada «naturaleza de la función calificadora», que junto con la teoría de los principios ha cerrado su estudio teórico.

Sin embargo, este planteamiento ha desviado la mirada de lo que es más fundamental. Se ha creado una doctrina puramente teórica, que ha dado una gran altura científica a esta rama del Derecho, pero no ha creado un ambiente de opinión, al menos en nuestra patria, para que se plasmara en normas de carácter constitucional.

El mecanismo ha sido muy sencillo: se han centrado todos los esfuerzos en un problema de conocimiento del Derecho y se ha olvidado la eficacia o finalidad social del mismo.

Esto requiere una explicación, que intentaré resumir, ya que las ideas más amplias las expuse en la comunicación que aporté al I Congreso de Derecho Registral, que se celebró en Buenos Aires. (Publicado en el número 2 de la *Revista de Derecho Registral*.)

Un estudio detenido del problema nos lleva, en primer lugar, a valorar qué ha significado la llamada teoría de los principios, los cuales han servido a modo de sistema, de método, para estudiar la ciencia del Derecho hipotecario.

Refiriéndome a la doctrina española, empezando en el siglo pasado con LUZURIAGA, terminando con los modernos, como el profesor LACRUZ, habiendo pasado antes por las opiniones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ANGEL SANZ, ROCA SASTRE, etc., en todos los autores se observa, al estudiar la teoría de los principios, que existe un fondo pedagógico importante, ya que a la ciencia abstracta del Derecho hipotecario se la «explica» y sistematiza cómodamente a través de la citada teoría. Este esfuerzo doctrinal, que es bueno para dar altura científica a la materia, sobre todo en una primera época de pobreza doctrinal, y que la hace incluso ascender a cimas insospechadas, no merece más que alabanzas, siempre que se complete con el estudio serio y detenido de lo que podemos denominar *la justificación de la función*. Y esto último, bajo mi modesto punto de vista, se ha descuidado totalmente.

Si antes hablamos de las necesidades sociales que hacen nacer los sistemas, ahora, en nuestro tiempo, conviene preguntarse y reflexionar

sobre la sencilla pregunta de si cumplimos nuestra función de satisfacer aquellas necesidades. Y si la apreciación es positiva hay que sacarla a la luz pública para que no se nos considere tan sólo como meros eruditos de nuestra ciencia, sino también como instituciones vivas que aportan algo importante a la sociedad, y, sobre todo, que ahora se están cumpliendo los fines para los que fueron creados, y que en el futuro están dispuestos a cumplirlos, modificando en lo que sea necesario, respetando la idea suprema de justicia, las bases, que siendo cuestiones técnicas, pueden paralizar las adaptaciones a las nuevas necesidades.

En resumen: los llamados principios tienen un valor eminentemente pedagógico, sistematizador, pero no necesariamente inmodificables. Son más bien rasgos fundamentales, presupuestos de los sistemas que, a modo de síntesis, demuestran de una sola mirada la esencia legal del mecanismo de protección que se plasma en la institución registral.

En una panorámica más amplia conviene averiguar la verdadera naturaleza de la función notarial y registral. Todo en realidad se centra en averiguar qué es la función, esa actividad que desarrollamos a diario, a veces de forma mecánica, burocrática, que la misma rutina en que se hace tapa la verdadera esencia de ella.

Para averiguar su esencia es necesario remontar el vuelo y contemplar desde la altura la situación real donde se encuentra ubicada.

Lo que observamos desde este nivel son dos líneas convergentes que se cruzan en un punto conflictivo: una de ellas representa la seguridad de los derechos, y la otra, la seguridad del tráfico. En la primera, según la conocida proposición de EHRENBURG (cit. por LACRUZ: *D.I.R.*, pág. 10), «exige que no se pueda producir una modificación desfavorable de las relaciones patrimoniales de una persona sin que concurra su voluntad. La segunda—la seguridad del tráfico—, por su parte, exige que una modificación favorable en las relaciones patrimoniales de una persona; no puedan quedar sin efecto para ella por circunstancias que ella misma ignora».

La compaginación de ambas seguridades es problema harto difícil. Los ordenamientos jurídicos dan distintas soluciones, a veces de carácter mixto, aproximándose a una o a otra según las necesidades sociales.

Sin embargo, cualquiera que sea el camino que se elija hay una nota común en todos los ordenamientos: todos los sistemas civiles y todos los sistemas hipotecarios «ordenan» el tráfico jurídico, ya de una forma, ya de otra.

Esta ordenación del tráfico jurídico se hace normalmente creando el llamado documento público y estableciendo los Registros de carácter jurídico.

Ambas creaciones de la ley no tienen más misión que autenticar situaciones jurídicas, otorgándolas un principio de veracidad en base a la teoría

de la legitimación, en virtud de la cual la creación o reconocimiento de los derechos, su transmisión, modificación o extinción, efectuadas de una forma legal y con la intervención de una fe pública, produce una apariencia de veracidad que se mantiene mientras no se pruebe lo contrario (presunción *iuris tantum*), a través del conocido tradicionalmente como principio de legitimación, y aunque se pruebe lo contrario (presunción *iure et de iure*) cuando actúa el llamado principio de fe pública registral.

En realidad, la función notarial y la registral pertenecen a lo que en España ha denominado el profesor GUASP la «organización del Derecho privado».

De ahí que si antes critiqué la teoría general de los principios fue en base a entender que el único principio que existe realmente es el que se refiere a la «organización del tráfico jurídico». Este es el verdadero y único principio del cual se deriva la justificación notarial, la institución del Registro y la fe pública mercantil.

Por estas razones interesa estudiar juntos la institución registral y las funciones de la fe pública. Ambas no tienen más misión que dar seguridad a los derechos y proteger el tráfico jurídico. Su actuación ocurre, por regla general, en la fase preventiva de los derechos, y sus efectos son nada más y nada menos que dar seguridad a las titularidades, clarificar las titulaciones, ofrecer a través de la publicidad el conocimiento necesario a los terceros para, en definitiva, evitar pleitos y litigios.

Todos los autores de Derecho procesal cuando hablan del acto de conciliación o figura similar como requisito previo para poder empezar un proceso, empiezan diciendo que el pleito es un mal para el individuo, la sociedad y el Estado.

Las leyes notariales y los sistemas registrales están encaminados a la noble finalidad de dar seguridad y certeza a los derechos. Los efectos importantísimos que se derivan de ellos son tan extensos y variados que no hay tiempo para exponerlos aquí.

Son tan evidentes las ventajas que aportan a la sociedad, que el examen de la función que desempeñamos debe ser un orgullo para cualquiera que se dedique a ella y que merezca el verdadero nombre de jurista.

•
ABELARDO GIL MARQUÉS
Registrador de la Propiedad