

Teoría de la publicidad

Es arduo añadir algo nuevo a una materia jurídica tan elaborada como la de la publicidad. Los comentarios de los expositores, las declaraciones legales y jurisprudenciales y los perfiles que le ha añadido la práctica de funcionarios seleccionados con los más exigentes criterios, han dejado exhausto el tema para los que pretendan descubrir en su contorno alguna faceta inédita. La única pretensión del ensayista que anhele no ser reiterativo, ni traductor de monografías, ha de circunscribirse a una trayectoria inversa señalada por la excesiva especialización. Es decir, ha de elegir el camino de la simplificación, del retorno hacia los principios, tal como los brindaba, con tosca expresividad, su primigenia versión, demasiado retocada ya por la técnica para que no nos olvidemos con frecuencia de su pergeño original.

PUBLICIDAD Y CLANDESTINIDAD ESPECÍFICAS Y CONCEPTO GENÉRICO DE LA PUBLICIDAD.

Comenzaremos por decir que publicidad es réplica de clandestinidad. He empleado la palabra clandestinidad como más gráfica y expresiva, pues denuncia como ninguna otra el espíritu de oposición a la publicidad, y por eso en el campo de los valores específicos del lenguaje hipotecario ha sido manipulada por doctos

tratadistas al exponer el atrayente muestrario de los sistemas de la publicidad registral. Pero para alcanzar un sentido más sutil y conforme a las precisiones del lenguaje jurídico es necesario que la antinomia publicidad-clandestinidad sea analizada no sólo en el seno de las relaciones inmobiliarias, sino en la esfera superior del concepto del Derecho, hoy en crisis por la falta de principios substantivos que fertilicen sus esquemáticas construcciones. Tan vasta perspectiva nos permitirá observar las relaciones de la publicidad:

1.º Con la libertad, a través de la visión kantiana del Derecho;

2.º Con la tradición, asomándonos a los problemas de la crisis de la Ley y de la crisis del Derecho para detenernos luego en consideraciones: a) sobre el progreso y el estancamiento jurídicos; b) sobre las teorías voluntaristas y su liberación en los más dilatados espacios de la voluntad general; c) sobre el pensamiento de GONZÁLEZ POSADA y los felices atisbos de PUGLIATTI;

3.º Con la filosofía, a través del examen del concepto de la personalidad, primordial y básico en todo estudio que trate de indagar un fundamento general a los derechos humanos;

4.º Con la doctrina de los tratadistas, concretada a la explicación del fundamento de la protección posesoria y de la prescripción y

5.º Con la política y los instrumentos de producción reflexiva de las normas.

Después de despejar todas estas incógnitas podremos entrar ya por camino llano y practicable a las estancias del Derecho inmobiliario registral en el que juega el concepto específico de la publicidad no como un solitario punto de apoyo de una especialidad, sino como una de las reiteradas manifestaciones históricas de la substantividad jurídica que otorga flexibilidad a la distinción entre el Derecho público y el privado, y puede, siguiendo la línea progresiva que nos mostró Besson, rendir señalados servicios en las fases de más acusada penetración de aquél en las zonas que fueron patrimonio de la exclusiva competencia del privado.

A) *Relaciones del principio de la publicidad con la idea de la libertad, esencial, según KANT, a la noción del Derecho.*

Uno de los intentos más conseguidos de indagar los valores humanos del Derecho, emancipándolo de la triste servidumbre de las escuelas que lo circunscribían a la condición de ordenamiento emanado precisamente del que ejerce la autoridad—definición purgada por SANTO TOMÁS de muchos de sus defectos mediante la exigencia de racionalidad de la norma y de la intención de la cura en el legislador—, está representado por la equiparación kantiana del Derecho con la libertad.

La posición de KANT, sin embargo, es incompleta por abstracta. No puede negarse, como lo negó ROUSSEAU, que el sentimiento de la justicia es tan espontáneo a la naturaleza humana como pueda serlo la propensión al individualismo y aun a la egolatría, despertada con nuevas sollicitaciones por los dictados del culto a la personalidad derivados del paganismo humanista. Es más: es frecuente que las infracciones legales tengan un oscuro origen en un sentimiento de protesta y de rebeldía, desorbitado por la ruptura del equilibrio de los afectos, contra una injusticia, real o supuesta, anterior.

Pero la libertad, por sí sola, es una noción tan abstracta, que lo mismo acoge la justicia que la injusticia, y para materializarla es necesario refundirla en versiones que la contengan dentro de la esencia finalista del Derecho.

No otra cosa pretendió ROUSSEAU con su *Contrato Social*, extraviándose al intentarlo, ya que imponer a cada ciudadano el sambenito de un contrato, inexistente por falta de asentimiento formal, es destruir la libertad con ácidos más corrosivos que los de una libertad individual—y como tal limitada—, encarnada en un rey absoluto.

En puridad, la incapacidad de la teoría del *Contrato Social*, para explicar de una manera satisfactoria la posibilidad de implantar el principio de la libertad en el orden del Derecho positivo, se deriva de la falta de modelación previa del concepto de la libertad; al que es necesario dar cuerpo y contornos para convertirlo en materia prima de la elaboración del Derecho.

El puente entre el Derecho y la libertad es la publicidad. La libertad sin la publicidad, es decir, sin la posibilidad de una proclamación que la haga compatible con la de los demás, es una nebulosa. La Ley sin esa dirección teleológica hacia la libertad acuñada por la publicidad, es simple emanación de la autoridad, individual o minoritaria, y conduce a la crisis del Derecho. En último término, puede decirse que genuinamente el Derecho es la publicidad. Al menos, ésta es una posición menos peligrosa para la esencial tradición histórica de la conciencia jurídica, de la que nace la idea de la Humanidad, que la que fragmenta el devenir histórico en nacionalidades contrapuestas y condensa los anales de cada nación en la biografía de unos cuantos personajes.

B) *Relación de la publicidad con la tradición jurídica.*

La conciencia jurídica exige para su unidad el sentido de la continuidad, es decir, la tradición. No existe la tradición en el Derecho cuando el derecho es emanación de una sola voluntad o de una determinada encarnación histórica de la autoridad. El Derecho que es fruto de esas situaciones exclusivistas se elabora en un círculo privado, secreto, inaccesible, contrario a las notas distintivas de la publicidad y de la equidad, que no pueden ser patrimonio de unos pocos, pues necesitan estar galvanizadas por la aquiescencia general. Pueblo y publicidad son dos factores concomitantes, y de ahí que el *consensu populi* sea el más público de los consentimientos.

La estatificación del Derecho en regímenes que por el aburguesamiento jacobino de la Revolución han suplantado las Monarquías absolutas por la supremacía de los poderes ejecutivos del Estado, mucho más fuertes y despóticos, ha contribuido a situaciones de una grave inestabilidad social. Cuanto más acusada es la preponderancia del poder ejecutivo sobre el organismo social al que corresponde la producción normal y equilibrada de las normas de la conducta jurídica, mayor es el prurito, como es lógico, hacia una desordenada proliferación legislativa, que, por la ley inexorable que sigue al exceso de germinación, deprecia la calidad y el valor de las producciones. Este aluvión ha anquilosa-

do la estructura de los Estados; ha convertido en más puntillosas las emulaciones entre los mandos de los diferentes países, sin que las corrientes de influencia recíproca, manifestadas en la rápida difusión y adopción de las novedades legislativas implantadas en uno de los miembros nacionales, por los demás, haya atenuado el sistema que acumulaba en muy pocas manos las facultades y hasta los inalienables deberes que incumbían a la masa social.

Contrasta la evolución de los grandes movimientos revolucionarios desencadenados para restituir las sociedades al natural equilibrio de sus atribuciones, en el continente europeo, si se la compara con el proceso observado por la revolución inglesa de CROMWELL, extremo éste al que nos referiremos al considerar las relaciones de la publicidad con el progreso político.

PROGRESO Y ESTANCAMIENTO JURÍDICOS.

Porque prescindiendo de esa línea ascendente de las instituciones políticas hacia la conquista de un grado más elevado de la publicidad, cabe también contemplar el proceso de la elaboración histórica de las normas como un tránsito de la clandestinidad a la publicidad, interrumpido por la serie de retrocesos que acompaña siempre a todo avance por el camino de la perfección.

Históricamente o, mejor dicho, biológicamente, la norma ha evolucionado desde el plano de los hechos privados a la categoría del Derecho privado, y desde la cristalización del Derecho privado hasta su asunción en el Derecho público.

Pero esta trayectoria no es tan segura que garantice el acierto en los métodos de la evolución que dependen del arbitrio individual o de la voluntad específica de determinadas encarnaciones del poder.

En este particular conviene precisar dos extremos.

El primero de ellos es que la oposición entre el individualismo mediterráneo, sancionado, según expusimos, por el humanismo, y la colectividad germánica, nebulosa y prolífica, ha sido más aparente que real. En ocasiones se ha apoyado en el desconocimiento de cualquier nueva concepción que no fuese la antagónica, lo que equivale a otorgar a ésta una virtualidad trascendente.

Sirva de ejemplo a esta afirmación lo ocurrido en el área peninsular al sobrevenir la invasión visigótica. Para los visigodos españoles no existen más que dos legislaciones: la romana y la propia; la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico, y el Código de Eurico, y las leyes recopiladas en el *Liter iudiciorum* y el *Fuero Juzgo*; la individualista y la jerárquica; la de las cohortes, vencidas con las armas, pero poseedoras de tesoros de sabiduría legislativa que los sorprenden y mueven a admiración, arrancándoles su reconocimiento y haciéndoles vacilar en sus convicciones, que quedan por ello privadas de desenvolvimiento, y la de los vencedores. No reparan para nada en los ocultos veneros consuetudinarios del pueblo sometido por los romanos, veneros que rebrotan en el lecho de las fuentes forales, y que canalizadas debidamente podrían haber regado y fecundado los espontáneos brotes de las leyes bárbaras hasta constituir, confundidas con ellos, la sustancia del derecho occidental. El fondo ibero-céltico, con matices fenohelénicos, a que aludía UREÑA, tal vez hubiese sido más fértil que las costumbres germano-francas de la época carlovingia para proporcionar un sentimiento del Derecho de mayor difusión que el de las escuelas de las que acabó por ser tributario del Derecho germánico. Porque a la elaboración racionalista de la ley romano-bizantina no se oponía, no podía oponerse, un mundo de costumbres germánicas que seguían girando, después de recopiladas, alrededor de los conceptos del poder y del señorío, sino una esfera consuetudinaria con movimiento de traslación hacia la libertad y en la que la voluntad de todos los hombres contribuía por igual a la formación de un Derecho inspirado en el sentimiento de la equidad y en las expresiones fluyentes del *consensu populi*.

La sustitución de la publicidad entendida como emisión del común sentimiento de la justicia, comunicada a los demás y penetrándose con la exteriorización de las otras voluntades en los senos de la costumbre por el acto meramente promulgatorio de unas leyes cuya confección no exige el constante asentimiento e intervención de los ciudadanos, ha engendrado el momento de crisis del Derecho que alarma a las más responsables plumas y a las más reflexivas cabezas de la actualidad. «Se presiente—vaticinaba DURÁN Y BAS—una mutación notable en la vida jurídica de los pueblos modernos; una incertidumbre congojosa respecto a la di-

rección que tomará el cambio que sobrevenga, y un malestar presente y un peligro futuro, según los principios y las tendencias que imperen al realizarse este cambio».

Es decir, la angustia no es una entelequia literaria, un pasajero fenómeno de la postguerra. Más bien cabe considerar a la guerra como una consecuencia de la angustia en que se ha traducido la desvirtuación de los principios esenciales del Derecho. Como siempre, son las masas y las juventudes las que conservan el instinto o la esperanza, al menos, de la salvación. Las masas, confiando en la panacea revolucionaria que promete con la destrucción del presente el hallazgo de una justicia nueva, independiente de toda disciplina moral. Los jóvenes, achacando a los viejos una egoísta mentalidad inamovible, sin reparar en que en su confianza en sí mismos late el mismo egoísmo conservador que en los viejos.

El progreso del Derecho sigue un camino que parte de la clandestinidad y termina en la publicidad. Lo mismo en la esfera subjetiva que en la objetiva. Cuando consume las primeras etapas de su existencia en la actividad egocéntrica de formar su personalidad, se dice que tiene una capacidad jurídica incompleta. Cuando su personalidad se extravierte, cuando ingresa en el mundo de las relaciones sociales y adquiere la conciencia de la responsabilidad de sus actos, de la publicidad de sus fines, entretejidos por razón de esa publicidad con los de sus semejantes, en un área común, emancipada de los sentimientos privados elementales, es cuando adquiere la plenitud jurídica. La capacidad restringida de las mujeres ha prevalecido hasta tanto que ellas han roto el círculo de vida privada en que se habían recluso, y no cabe duda que la génesis del delito se desarrolla en la clandestinidad y que la reincorporación del delincuente a la vida social o pública es el signo de su liberación.

El mismo proceso puede observarse en el desenvolvimiento del Derecho objetivo, bien que la lucha entre las fuentes de su producción, desligadas con frecuencia de los amplios cauces del Derecho natural para encadenarse a las expresiones de autoridad y a las versiones históricas de la voluntad soberana, mantengan en su campo las alternativas que gráficamente se han condensado en la frase «lucha por el Derecho», de la que sólo son un aspecto, muy extendido pero acusadamente superficial, las intromisiones

del Derecho público estatal o administrativo en las materias patrimonial del privado.

Decimos que la disputa entre los Derechos público y privado no tiene la profundidad que se prevé por sus apariencias, porque si reflexionamos detenidamente en sus manifestaciones, no será disparatado concluir que se trata de una pugna que cabría calificar de temperamental, sazónada por las peripecias ocasionadas por la rivalidad entre el humanismo grecolatino y su genialísima versión francesa del siglo XIX, en la que se ahogaron todos los instintos revolucionarios de renovación social, y la colectividad germánica, nebulosa y prolífica. El mundo oriental e hispánico ha permanecido, digase lo que se quiera acerca de la defensa española de la europeidad, un poco al margen de esas soluciones, de las que sólo han surgido dudosos eclecticismos, y que tanto en las innovaciones políticas totalitarias, nacidas todas en Europa, desde ROBESPIERRE hasta LENIN, como en los Parlamentos, representativos, sí, pero de sociedades inorgánicas, no dejaba de moverse el segmento que separa la parcialidad de la clandestinidad específica de los grupos de autoridad. Tal vez por ello ese mundo disponga de una perspectiva y una originalidad necesaria en los momentos presentes en los que la crisis de un sistema va acompañada de un repliegue general de las posiciones conquistadas por una raza, en cuyo seno se ha abierto la grieta, antes localizada en los confines del Asia, que separa el Oriente del Occidente.

Pero detengámonos algo en el comentario a las ideas que acabamos de exponer.

La crisis del Derecho es crisis también y muy especialmente del Derecho europeo y de las directrices puestas en circulación por el viejo continente para la integración de la Humanidad en un orden de acuerdo con sus concepciones morales y políticas.

¿Hasta qué punto el actual agrietamiento de esa unidad continental que padece en su carne después de la segunda guerra mundial la cesura que separaba el Oriente del Occidente estaba ya anticipado por el antagonismo del romanismo y del germanismo, por la cultura del Mediterráneo, esplendorosa y persuasiva, y las intuiciones y las tenacidades de la Kultur alemana, más propensa al racismo que a la universalidad? ¿Por qué, sin embargo, el antagonismo de las dos proyecciones del pensamiento in-

tracontinental se reconocían reciprocamente, según expusimos, una exclusiva en la réplica, que, a menudo, las conducía a estudios y asimilaciones efectivas?

No se crea, en efecto, que el ejemplo, antes expuesto, del reconocimiento por los visigodos españoles de las excelencias de la legislación romanizada de los vencidos es insólito. Era la manifestación de una predisposición podríamos decir que innata, que emanaba una continua influencia de la Historia europea.

Cuando los juristas alemanes, en un prodigioso esfuerzo para recrear el arsenal de sus métodos de investigación y progreso jurídico, adoptaron la decisión de subsumir las enseñanzas del pueblo rey, mediante la recepción del Derecho romano, no se rindieron, sin embargo, en absoluto, a los postulados del individualismo mediterráneo, que excitaban su admiración en grado similar a su deseo de apropiárselos para dominarlos.

De la recepción salió, por ello, una nueva técnica, una nueva terminología, un lenguaje jurídico nuevo, que poco a poco fué enseñoreándose de las aulas y de los estrados, de los pupitres de los estudiosos y de las mesas que presiden los ejercicios de las oposiciones.

A veces se trata sólo de una expresión distinta, de una denominación que viste con esotérico atractivo un concepto que permanece inalterable al afán innovador, de una logomaquia o de la genialidad de un ensayista.

Pero en muchas otras ocasiones las alteraciones son positivas y logran el efecto de colocar frente a los conceptos diáfanos y admitidos otra nueva serie de postulados que, comenzando a arrojar su sombra sobre los primeros, acaba hurtándoles sus perfiles, su claridad y su consistencia.

Todo podría darse por bien empleado si la revisión de las doctrinas milenarias hubiese sido tan decisiva como creadora; si al sistema antiguo lo hubiera sustituido otro superior o, al menos, igualmente válido; si por una especie de hábito, nacido del afán de crítica de lo heredado, no se hubiera perdido la rigurosa objetividad constructiva que en JUSTINIANO evitaba el alambicamiento intelectual; si esa *lei motiv* del análisis implacable del romanismo, en fin, no estuviese inspirado en un amor excesivo hacia sus

oropeles, que se traduce en una reacción victoriosa de lo criticado sobre sus censores.

Desde luego, aunque el dogmatismo jurisprudencial y el romanismo de las escuelas alemanas no haya sido el motor capital de la crisis del sentimiento del Derecho, ya que ésta se origina en necesidades íntimas superiores, contribuyó a poner en la mesa de las disecciones el esfuerzo jurídico de la cultura latina.

Las causas decisivas del estancamiento del progreso jurídico residen en la ausencia de principios genéricos capaces de cobijar diversas instituciones y de regar con su savia grandes espacios del Derecho concebidos como un solo organismo dotado de vida independiente. La disecación del Derecho en las Academias bizantinas y de Beirut y el dogmatismo alemán dejaron el Derecho privado a merced de las exigencias crecientes del Derecho público, cuya vitalidad dimanaba no tanto del dinamismo de una sociedad organizada sobre la viva realidad de sus instituciones cuanto del despótico ascendiente, del monstruoso crecimiento del Estado.

VOLUNTAD INDIVIDUAL Y VOLUNTAD GENERAL.

Hoy, la Ley, nueva encarnación de los incestos mitológicos, pues engendró al Estado y es engendrada por él en impura clandestinidad, ha merecido de autores muy divergentes censuras que contrarrestan la sosa devoción que le tributan los «sherifs» americanos. «El hombre—dice RIPERT—que vive sometido a la servidumbre de las Leyes, adquiere insensiblemente un alma de esclavo». «Contra la Ley—añade LOPEZ OÑATE—se revuelven todas las críticas, vivas, vibrantes e insaciables, que al pensamiento moderno ha dirigido contra lo abstracto y general en favor del individuo histórico, o sea, de lo concreto».

Es esa revalorización de lo concreto, de lo individual y de lo histórico el alma de las doctrinas del voluntarismo y de las teorías finalistas.

Pero para más desmenuzar el tema debemos abarcar con una rápida mirada a panorama de las relaciones históricas del Derecho con la moral para referirnos someramente a los supuestos

morales, racionales y formales en que se apoyan las construcciones de los modernos sistemas legislativos.

Si queremos buscar un modelo del Derecho emancipado de las rígidas cristalizaciones del racionalismo y de las grávidas y escépticas contribuciones al formalismo, tenemos que encaminar nuestros pasos hacia los códigos morales de los chinos. Si buscamos una encarnación intermedia entre el aformalismo oriental y el tecnicismo occidental, tributario de la externidad, tenemos que situarnos en el punto intermedio entre el lejano Oriente y el Noroeste de la cuenca mediterránea. Es decir, tenemos que referirnos a la legislación del Islam. Si perseguimos un esfuerzo para coordinar las diferencias, extrayendo de cada una de las concepciones jurídicas las esencias de la paz, necesaria para resolver los graves conflictos que se condensan dentro de las fronteras nacionales, continentales y raciales, y que amenazan con explosiones universales, tenemos que inspirarnos en esa guía ecuménica que se enseña de la actualidad de la religión que adoptó por apellido el lema de la Universalidad.

Se han referido FRIEDRICH HERTZ, FERNANDO DE ANDRIAU, entre otros autores, a la unidad de las formas sociales observable en todas las razas, unidad que Post encuentra también en los usos jurídicos. Sorprende singulamente encontrar esas concomitancias y afinidades entre los pueblos históricos y la evolución de un pueblo cerrado hasta hace poco a todo comercio con las ideas occidentales.

Insertada, sin embargo, la cultura greco-latina en el marco de la civilización mediterránea, no es posible señalar en ella un período equivalente a la edad dorada de la China, que se dilata hasta la introducción del confucianismo, posterior, como es sabido, a la muerte de Confucio. La Mitología romana, en efecto, no es más que una huella ateniense voluntariamente asumida por el pueblo rey, y en cuanto a la griega, es un proceso de humanización o más bien de racionalización de las divinidades de los pueblos o teocracias precedentes.

El pueblo chino anterior a Confucio basa su cultura en la Teología. La Moral es el cauce del Derecho, la inspiración de las conductas, lo histórico impersonal.

La Historia, como depositaria de acontecimientos personales,

es una creación ulterior de la cultura humanista, con apoyo en el precedente de la historia israelita, en la que más que protagonistas individuales sólo existe un protagonista colectivo: el pueblo elegido.

Pero el pequeño núcleo cultural chino, encerrado en los valles del Huang-Ho y del Wei-Ho, estaba asediado por la hostilidad de los pueblos limítrofes del Norte y del Centro con los que no existía homologación racial. La eliminación del relieve individual en aras de un exponente de moralidad colectiva, que impone a los emperadores nombres simbólicos, alusivos a la invención del fuego, a la agricultura, al carro, a la navegación, etc., es socavada definitivamente cuando el estatismo del confucianismo erige la tiranía del despotismo chino, que, abriendo la era de las Monarquías absolutas, crea con los Ch-In la organización administrativa, en la cual se estanca la afección a la conducta pública, de las normas jurídicas, para concebirlas como inseparables de la idea de la fuerza.

En otro trabajo he analizado el proceso y desarrollo de los síntomas de esa transformación, idéntica al de descomposición de las modernas sociedades nacionales.

El Derecho romano representó un esfuerzo de individualización del Derecho, en sus inspiraciones y en sus aplicaciones, quizá superior al que en el orden de las viejas religiones supuso el alumbramiento de la Mitología y al que exigió la creación de un arte y de una literatura, animados por la contemplación del modelo humano personal.

Todo ello no impidió que en los Códigos modernos persistiesen vestigios fósiles de supuestos morales reguladores de determinadas relaciones de Derecho. Como, por ejemplo, la exigencia de la buena fe, la diligencia del padre de familia, los usos locales, al lado de cuyas zonas de actuación, la necesidad de la publicidad ha cristalizado en las fórmulas solemnes, en el formalismo, a veces farragoso y artificial, del Derecho público y frecuentemente del privado.

Otro ejemplo, según expusimos, de la espiritualización, en algunos aspectos del Derecho, lo ofrece el islámico, contenido en un libro sagrado y entregado en último término a la interpretación sacerdotal de los ulemas.

Finalmente, destaquemos las escuelas voluntaristas, como cons-

titutivas del reconocimiento de la necesidad de rescatar el Derecho de esa esfera de su producción meramente racionalista o coactiva, en la que siempre prevalece una concesión a la arbitrariedad, tanto en los que lo promulgan como en los que con habilidad lo eluden y, por tanto, un espécimen de clandestinidad.

La necesidad de animar las frías realizaciones del Derecho racionalista introdujo en las aulas de las escuelas jurídicas teorías voluntaristas y finalistas. La norma se vitaliza cuando la anima la voluntad o cuando la justifica la licitud de un fin. La savia del orden preestablecido es, en última instancia, el derecho subjetivo. Aunque se incurra en el círculo vicioso de considerar el Derecho subjetivo como una facultad reconocida por el orden jurídico, y, por consiguiente, se compute la preexistencia del orden jurídico formal como indispensable para la aparición del Derecho subjetivo.

Más razonable hubiese sido considerar el Derecho subjetivo como una facultad reconocida por la voluntad general o publicada por sus organismos de expresión, subsumida, en fin, por la conciencia pública.

SOBRE EL PENSAMIENTO DE GONZÁLEZ POSADA Y LAS FELICES INTUICIONES DE PUGLIATTI.

Como ya expuse en otra ocasión, «el Derecho romano-bizantino, como la legislación parlamentaria decimonónica, tan sometida por la mentalidad de los revolucionarios franceses al imperativo del precedente romano, son eclosiones de una concepción objetiva del Derecho que lo independiza de la voluntad humana, considerada como fuente inmanente de la norma jurídica, hasta cuando se enfrenta con el caso particular, ya que los jurisconsultos de la Ciudad Eterna fallan en cada caso la justicia aplicable con una objetividad asombrosa».

Por contraposición a esta postura, recordábamos entonces y lo exhumamos ahora como cita histórica que autoriza nuestras afirmaciones «que en el Derecho aragonés y el británico la voluntad individual está actuando siempre en la creación jurídica, a través de la equidad, de la costumbre y del *consensu populi*, y esa

soberanía inalienable impide o atenúa la rigidez del Derecho objetivo superior a la voluntad».

Ya examinaremos más adelante la adecuación de estos principios a nuestro sistema de publicidad y a las nuevas versiones que reclame la evolución social.

Pero, de momento, creemos muy oportuna la apelación, entre otras muchas que podríamos citar, a la opinión de dos autores, uno italiano, es decir, ligado por su nacionalidad a las tradiciones del Derecho romano, pero con una probidad científica que facilita su concepción evolutiva, y el otro español y no suficientemente apreciado por las generaciones posteriores a la suya.

Para SALVATORE PUGLIATTI, la ciencia jurídica, como saber organizado y metódico, se forma a mediados del siglo XIX y es obra de los pandectistas y de los juristas que prepararon la Codificación; la jurisprudencia romana no fué más que un brillante empirismo, apoyado en un excepcional sentido jurídico.

Existen en esta apreciación de PUGLIATTI aciertos no por parciales menos estimables.

Es certera la apreciación de que el perfil más destacado del Derecho romano es el brillante empirismo de su jurisprudencia, que se encamina especialmente a fundar el Derecho más que la ciencia del Derecho, aunque parezca desmesurado declarar que la ciencia del Derecho es obra de los pandectistas y de los jurisconsultos alemanes del siglo XIX, preparadores de la Codificación, haciendo caso omiso de la minuciosísima labor depuradora de las Academias bizantinas y del Imperio en general, cristalizada en el Código de Justiniano.

Omisión tanto más injustificada cuanto que la crisis de Derecho se produce precisa e inmediatamente después del aparente triunfo de ese cientifismo decimonónico, que además de haber detenido el anhelo de reformas latentes en las conmociones políticas y sociales de los últimos ciento cincuenta años, por la excesiva y tal vez involuntaria devoción al modelo romano, según apuntamos, pretendió sustituir el sentimiento del Derecho por el tecnicismo jurídico.

Cuestiones que con tanta lucidez entrevió nuestro GONZÁLEZ POSADA cuando enfrentándose con la figura de uno de los grandes maestros alemanes, contrarios al pandectismo, consideraba in-

suficiente su reacción. «La gran intuición jurídica de IHERING—dice el maestro ovetense—no se desarrolló por su excesivo romanismo... El Derecho romano, con sus fórmulas, con sus soluciones previstas—cotéjeselo con el intuicionismo de la jurisprudencia islamita, destacado en su justo valor por BENEYTE—, no es la mejor escuela para elevarse a un concepto ideal del Derecho, como principio vital y fecundo, eternamente adaptable a las más diversas condiciones».

Todavía POSADA, sin acusar la evidente antinomia de KANT, quien, después de haber identificado el Derecho con la libertad, recurre en el momento de montar sobre la trama de las realidades sociales ese concepto, a la coactividad, rechaza este reprochable discurso, diciendo: «En el genuino concepto kantiano, el Derecho es mera relación exterior, social, para posibilitar mediante la coacción la coexistencia de las libertades». El Derecho así entendido, denuncia el señor POSADA, queda estancado, entra en crisis. Accidente inevitable cuando se concibe como dependiente de la coacción.

RELACIONES DE LA PUBLICIDAD CON LA FILOSOFÍA, A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD.

Al tributar a GONZÁLEZ POSADA el homenaje de este recuerdo a sus certerísimas visiones del Derecho, no queremos olvidar a su maestro GINER, maestro tan bien pagado por unas dotes pedagógicas, excepcionales en su nación, que bien cabe afirmar la superación del docente por sus discípulos.

Pero—demorando la búsqueda de otros matices interesantes del pensamiento gineriano para otra ocasión—no podemos omitir el hecho de estar perfectamente denunciada por GINER en el significado etimológico de la palabra personalidad su fundamentación. La equivalencia de la voz persona es la de resonancia, es la de publicidad. El individuo adquiere personalidad en la medida en que su voluntad se convierte en expresión con eco en sus semejantes. Cuando varias personas, unidas por su libre determinación o por los vínculos naturales, encuentran una resonancia co-

mún en el seno de la sociedad, surge la personalidad social, cuyo cuerpo está constituido por la publicidad de sus fines.

RELACIÓN DE LA PUBLICIDAD CON LA POLÍTICA Y CON LOS INSTRUMENTOS
DE PRODUCCIÓN REFLEXIVA DE LAS NORMAS.

Todavía tenemos que perfilar, para concluir este esbozo, con el que al destacar la presencia de la publicidad en todas las esferas de la ciencia jurídica, reivindicamos, frente a los excesos del especialismo, el valor de los principios y la fecundidad de las síntesis, las relaciones de la publicidad con el progreso político y con las instituciones legislativas, con cuya enunciación podremos ingresar en la tarea de delimitar sumariamente el área de la publicidad y referirla específicamente a sus instrumentos y a sus proyecciones en el campo del Derecho positivo de nuestra patria.

A menos que neguemos la existencia del progreso social y la unidad lógica de la Historia, tendremos que reconocer que la evolución política de la civilización europea marca un avance desde la clandestinidad política y legislativa hacia los horizontes de la publicidad. Ese movimiento de avance no se opone a la presencia en las edades más distintas de la conciencia moral y del sentimiento de la justicia, productor, *verbi gratia*, en la Alta Edad Media de aquella magnífica unidad a que se refería COQUILLE cuando escribía: «Toda la Europa cristiana de la Alta Edad Media obedecía a un Derecho uniforme que no había sido votado y decretado y que expresaba perfectamente la conciencia pública, pues era producto espontáneo de ella».

Ni se crea que las solemnes declaraciones de las Asambleas y de las Convenciones revolucionarias han bastado para alcanzar la meta de la publicidad en el orden legislativo adquiriendo *per se* la inmunidad contra los abusos de los poderes de la clandestinidad.

Todo lo contrario. Si repasamos con criterio independiente los anales de la Revolución francesa, puerta de ingreso a una Edad Contemporánea que gira toda ella en torno a la idea de la Revolución, observaremos no sólo la ulterior insatisfacción de las masas, indicio cierto de no haberse cubierto las etapas de la conquista del Derecho, sino que en el mismo seno de la Revolución

no nos será difícil descubrir en los tenebrosos clubs de la mesocracia jacobina, la hábil falsificación que sustituía el logro de un ambiente de libertad, escabel de una auténtica publicidad del Derecho, por el acrecentamiento de los poderes del Estado y aun por la supremacía entre ellos del Ejecutivo, y que por ello convertía a los Parlamentos en trampolines para la subida al poder por antonomasia, es decir, a los Ministerios, proporcionando al primer espadón del siglo XIX, con el sencillo recurso de poner al pueblo en armas, los contingentes de tropas que rebasaban en mucho los recursos de las Monarquías y permitían al claro talento de NAPOLEÓN, sin necesidad de la genialidad de que lo han rodeado sus cipayos, ensayar su táctica de los movimientos envolventes.

No es ésta ocasión de adentrarse en el análisis del ambiente histórico en que se desenvolvió el hecho revolucionario, y sin el cual la gloria efímera de MIRABEAU, la gris eminencia de SIÈGES, la sanguinaria intransigencia de ROBESPIERRE, la metódica crueldad de MARAT y hasta la mentalidad regicida de la Convención hubiesen sido sucesos aislados sin eficiencia para provocar un cambio de estructura en todos los países, la aparición de una nueva edad, la orgullosa reivindicación de sus fueros por el pensamiento y hasta una nueva organización y una mayor propensión belicista de la fuerza.

Pero si lo es para señalar la defección de la burguesía revolucionaria, representada por los LAFAYETTE y sus valederos masónicos, los MIRABEAU y los resentidos, los juramentados, DUMOURIER, verdadero mentor y punto de partida del imperialismo napoleónico, a todas aquellas presiones históricas que originaron una crisis de la Humanidad, particularmente fecunda en episodios sangrientos en la Francia.

La suplantación de las auténticas reformas solicitadas por la crisis de la civilización, por estructuras en las que se reproducirán sobre planos diferentes los defectos de las antiguas, convirtieron en permanente el lema de la revolución y acentuaron, por otra parte, la hostilidad entre el nacionalismo francés, al nuevo estilo, y el alemán, heredero, sin tan hábiles circunloquios, del poder absoluto de los Imperios centroeuropeos.

Rivalidad lamentable, porque tal vez ni la misma Grecia condujo al humanismo a expresiones tan refinadas como la Francia

de los siglos XVIII y XIX, y quizá ningún pueblo como Alemania haya estado dotado de tan sistemática voluntad para haber podido engendrar frente al humanismo, en trance de inevitable decadencia biológica, una doctrina orgánica de urgencia que acreditase el poder para sobrevivir y renacer de la raza blanca. El hecho de que América y Rusia, incapaces de crear algo que sustituya a las grandiosas, en los defectos y en las virtudes, creaciones de la civilización mediterránea, contribuyan a desahuciar de los otros continentes la huella europea, no hará que broten espontáneamente en su lugar otras influencias con asomos de cultura, enriquecida por las experiencias del pasado.

Desentendiéndonos de otras sugerencias en los terrenos de la filosofía, de la política y de la Historia y ateniéndonos al estricto aspecto jurídico, nos parece evidente la necesidad de revisar y en parte desmontar la estructura jurídica de los pueblos occidentales, colocando sobre la ejecutividad de sus poderes de normación la publicidad de los móviles que los inspiran. La diafanidad de las conductas, traducida en una consigna de luz y taquígrafos, debe estar presidida por un gran espíritu de juridicidad.

AREA Y SÍNTESIS DE LA JURIDICIDAD.

Para precisar lo qué hay que conceder a la publicidad y restar a las abstracciones de la razón—siempre propicias a aislarse en la infecundidad de una torre de marfil—, tanto en la elaboración de las normas como en su vitalización por los actos de la voluntad humana, es necesario que insistamos en la clara delimitación de la esfera pública y privada del Derecho.

En la actualidad, el Derecho público es el Derecho del Estado.

En las costumbres germánicas, el hombre pasaba, la institución permanecía. Del hombre, de la conducta humana sólo quedaba en la haz de los tiempos la publicidad. Así como en el Derecho romano el dominio sobre las cosas encontraba su gráfica expresión, orgullosa y despótica, en la *capere*, la *festuca* germánica era el símbolo lleno de espiritualidad de la comunicación externa entre dos vitalidades: la del hombre, que se reconocía transitoria, y la de las fuerzas productivas de la corteza terrestre, que eran,

más que aprehendidas, conectadas con la actividad del hombre en una ceremonia en la que todo era pasajero menos la incesante renovación del asentimiento público.

Con la entronización del sentido individualista y personal del Derecho se producen dos consecuencias:

1.^a El Derecho en general llega a ser concebido como una emisión del Estado. El poder legislativo se convierte en una de las piezas del Estado y con frecuencia es influenciado y hasta sustituido por las inspiraciones o por la facultad reglamentaria del Ejecutivo. Históricamente, el fenómeno se exterioriza en las apreciables divergencias entre la Revolución parlamentaria de CROMWELL y la francesa, que al prevalecer sobre aquélla ha sustituido las personalidades regionales y corporativas por las organizaciones programáticas para la conquista del poder, facilitando el triunfo de las ideologías más dispares a través de los elementales recursos puestos en práctica para la adquisición del control sobre los instrumentos del Estado. Hombres tan sinceramente elementales como HITLER se percatan de la necesidad de esas consignas primarias para su propaganda, y en general, para las que, con diferente ideología, obtienen los éxitos espectaculares que advienen inaccesibles cuando no se dispone de una organización tan predisuelta a las encarnaciones del poder personal, como el Estado.

Obsérvese también la contradicción entre la elementalidad de las consignas indispensables, cuando, a través de los partidos, se persigue la conquista del Estado, y la multiplicidad de reglamentaciones requerida por toda nueva versión estatal, en cuyo torbellino es necesario recordar con SÓCRATES que no es síntoma de buen gobierno el exceso de disposiciones legales, antes al contrario, prueba irrefutable de haberse perdido el horizonte de los principios.

2.^a La aparición de la denominada crisis del Derecho, con dos fases bien diferenciadas: En la primera, la crisis del Derecho es más exactamente crisis del Derecho privado en beneficio del público estatal. Las fronteras entre ambos se desdibujan, y cabe preguntarse si Derecho privado es el que se circunscribe al área del Derecho subjetivo individual en las esferas familiar, dominical, contractual y sucesoria, o es más bien el que reduce sus actuaciones al voluntarismo, a la motivación volitiva aislada, al

obrar del individuo con plena independencia o soberanía, frente a cuya construcción el Derecho público sería el que arguye un sujeto colectivo, un motivo superior al individual, una raíz política.

En la segunda fase—podría añadirse al proceso jurídico del comunismo para caracterizarla—, la crisis del Derecho se manifiesta por la confusión de los conceptos del Derecho y del poder. En ella se pierde de vista la proposición de GONZÁLEZ POSADA cuando reclamaba, como arquetipo de la justicia, que «el Derecho se inspira en el deber y no en esa exigencia que anda por los Códigos y se hace efectiva por los Tribunales».

En este punto de nuestra disertación, recordando a GINER y a SCHÄFFLE, indicamos que si ambos aspectos, el público y el privado, del Derecho, pueden fundirse, su fusión ha de realizarse a través de una noción de la publicidad que la aproxime y que hasta la identifique con el trabajo por el Derecho, con el *Volksgeist*, con el espíritu del pueblo.

Es del mayor interés discriminar si la publicidad es intrínseca a la relación del hombre con el mundo exterior o está sólo impuesta por razones de conveniencia—tal como se ha explicado por muchos autores la publicidad hipotecaria—. En la primera hipótesis conviene dilucidar si la publicidad es intrínsecamente necesaria, porque entraña soberanía, porque aparece concedida en cada momento por el Estado o porque su desaparición se confunde con la negación misma del Derecho. A nuestro juicio, es en la elaboración del Derecho, en el seno de la conciencia común del pueblo, donde tiene su sede la publicidad y donde se hace substantiva e intrínsecamente necesaria para su existencia.

DERECHO INMOBILIARIO HISTÓRICO EN RELACIÓN CON LA PUBLICIDAD.

Antes de exponer nuestra creencia de que en la teoría de la publicidad acaso pueda encajarse ese espíritu simplificador ibérico añorado con magnífica precisión por UREÑA, y del que fué un exponente la vida civil aragonesa; tenemos que detenernos en un tentador análisis del sentido de la publicidad en Roma y en el Derecho germánico. En Roma, la publicidad se desarrolla hacia un reconocimiento del absoluto dominio del individuo—exaltado

por el humanismo al centro del Cosmos—sobre las cosas del mundo exterior, convertidas en bienes en tanto pueden satisfacerle.

La apropiación se consuma a través de fórmulas que conceden tal principio a la publicidad el valor que intrínsecamente ha revestido en todos los pueblos de tradición jurídica, pero que se inclinan luego al formalismo de la *mancipatio*, a la objetivación de la *in iure cessio*, en la cual los testigos, representantes del pueblo, son sustituidos por el magistrado, que concentra en sus declaraciones toda la fuerza del Derecho, substrayéndolo a la función ocasional del *consensu populi*, para reencarnar finalmente en la *traditio*, en la que no sustituye a la publicidad la elaboración jurídica, sino que se confiere a la voluntad aislada, solitaria, la misión de gravar orgullosamente, sobre las cosas y frente a todos, las huellas del dominio quiritarario.

Las cosas externas, los pedazos de la superficie terrestre, estaban tan adheridos al dominio de la persona, que sólo las fórmulas solemnes de la *mancipatio*, el proceso judicial de la *in iure cessio* o, finalmente, el expediente imperativo de la *traditio*, provocaban el desasimiento del poder de su primitivo dueño para entregarlo, a través de la *manu res capitur*, a la nueva vinculación individual. La presencia del *librepens* era meramente auxiliar, relacionada con el peso del metal que asumía el papel de precio; estaba sobre todo desposeída del carácter de intervención pública o popular que podía atribuirse a los testigos.

En el Derecho alemán, por el contrario, la publicidad es la esencia del Derecho sobre las cosas y las desviaciones que se han operado en su sistema proceden tanto de la recepción del Derecho romano—contra cuya influencia hemos señalado la magnífica reacción de IHERING, certeramente calificada por POSADA de todavía insuficiente—como de la desvirtuación de la *Gewere*, concebida por los tratadistas romanizados y sobre todo por los traductores de las lenguas latinas como posesión y no como publicidad. La investidura era su ropaje, como la *Auflassung* fué su trámite solemne conectado con la formalidad oficial de la *in iure cessio* romana. Pero la esencia publicitaria de la *Gewere* ha informado el sistema registral alemán con relieves que necesitan, sí, nuevas versiones para no detenerse en los rígidos moldes de un especialismo al que propende el cientificismo alemán, pero indispensable

para renovar la penuria y el atavismo de los pueblos romanizados.

Y con esto pasemos a examinar la eficacia de las soluciones de la publicidad en algunos de los más arduos problemas del Derecho inmobiliario.

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA.

Difícilmente pueden las teorías que se han ideado para justificar la protección posesoria llegar a conclusiones tan diáfanas como la que fundamenta dicha protección en la esencia jurídica de la publicidad. Recorramos para comprobarlo, en sumaria síntesis, las que IHERING clasifica en teorías relativas y absolutas.

La interdicción de la violencia no añade nada nuevo a la noción kantiana del Derecho identificado con la libertad, y viene a ser, al encarnarla en una institución de la vida real, una palmaria demostración del nulo valor práctico y humano de la abstracción del filósofo.

Es más: presentar la proscripción de la violencia como fundamento de una institución es no sólo prejuzgar peyorativamente la nota coactiva del Derecho, y trasladar al hecho, sin discriminarlo, las defensas jurídicas, sino además despojar a la invocación de la libertad kantiana de su pureza ideal, de su influencia abstracta pero orientadora, y, sobre todo, de la posibilidad de encontrar expresiones que impidan confundirla con un simple hecho, encadenándola a tan mezquino empirismo. Al ligarse SAVIGNY a esa interpretación, justifica no sólo las destempladas acusaciones de POSADA y PUGLIATTI a la influencia del romanismo, tan parecida a la del escolasticismo, sino el corto vuelo con que se erigia en campeón de la escuela histórica, haciendo a ésta vulnerable por pocos aciertos que tuviese la filosófica.

Mas acertada nos parece la opinión de RUDORFF cuando localiza el fundamento de la protección posesoria en «el motivo jurídico público» que asiste a la comunidad. Si la expresión no fuera oscura, logomáquica, bastarían a hacerla aceptable la intuición con que casa en ella dos factores fundamentales de la juridicidad: el reconocimiento de una facultad jurídica, que al ser calificada de pública atañe necesariamente a un orden específico de publicidad,

y la vinculación inevitable de esa facultad con la idea de la comunidad, base inequívoca de la publicidad.

1. Pero estos aciertos son tan vagos como la oscura terminología del autor que comentamos. ¿Qué luz puede arrojar sostener que a la comunidad asiste un *motivo* jurídico público? ¿Cómo se puede acoplar esta vaguedad a una justificación suficiente de la protección posesoria? ¿Cómo se puede establecer una base filosófica y ética que partiendo de un motivo público indeterminado proclame la coherencia de su influjo con la biología de otras instituciones afines y con el orden general de la vida jurídica? Prueba de la insuficiencia de la teoría de RUDORFF es su última apelación a considerar la perturbación de la posesión como un atentado contra el orden jurídico, afirmación indemostrada que coloca además toda la virtualidad de un principio en el orden represivo.

La posición de THIBAUT es también elusiva. Sostiene que el poseedor es protegido porque nadie puede vencer jurídicamente a otro si no tiene motivos preponderante en qué fundar su prerrogativa. No particulariza qué se ha de entender por vencimiento jurídico y por motivos preponderantes; reduce el acto posesorio a un estado de interinidad, a una colisión de prerrogativas, sin explicarlo como una consecuencia normal de un sistema jurídico previamente establecido. Es muy estimable el empeño de RÖDER, AHERENS y GINER de apoyar la posesión en la prerrogativa de la probidad, en la presunción de buena fe, en el principio de que toda posibilidad alumbrada por aquella probidad engendra ya un derecho subordinado naturalmente al mejor. En esta teoría se encuentra ya en agraz nuestra tesis de la publicidad. Pero pasemos a examinar el resto de las recogidas por IHERING, pues aunque la rigurosa adscripción al orden expositivo del maestro alemán nos prive de seguir un método de soluciones que marquen el orden de preferencia de nuestras opiniones, no podemos silenciar las de los ilustres juristas incluidos en su clasificación.

El fundamento posesorio fijado en la probabilidad dominical, en la iniciación del dominio o en la accesoriedad a la protección del dueño quita incentivos al tema al desposeerlo de substantividad, pero sobre todo incurre en el defecto de considerar a la propiedad como fuente de derechos, como centro de un sistema que parece inspirado en la omnimoda extensión del dominio quirritario.

No es extraño que para contrarrestar tan rígida construcción GANS, PUCHTA y BRUNS hayan reaccionado proporcionadamente, es decir, excesivamente, proclamando que la posesión es la voluntad en su encarnación real, posición que, al postular el poder absoluto de la voluntad, sin condicionarla por ningún espécimen de concordancia general, ni bautizarla con los crismas de la publicidad, viene a sustituir la vieja mitología de la propiedad por el despotismo. STHAL buscó ya la redención de esas primitivas manifestaciones en un criterio finalista, aunque el fin, sin el apoyo de la moral general, explícitamente conjugada con el propósito del sujeto de cada relación jurídica, es manifiestamente insuficiente.

De ahí la plena justificación de la preferencia que se otorga sobre los actos de la clandestinidad a las manifestaciones acogidas a un régimen de publicidad perfecta, y de ahí también el fundamento de la protección posesoria, apoyado en la publicidad y obtenido por la inexistencia de otra publicidad más perfecta.

LA DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS DE LA CLANDESTINIDAD Y LOS DE LA PUBLICIDAD EN NUESTRO RÉGIMEN INMOBILIARIO. EL TERCERO HIPOTECARIO.

La Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1861 no se propuso erigirse en un Código de la publicidad. Tampoco estuvo en la mente del legislador construir un sistema de la publicidad inmobiliaria. La Exposición de Motivos, el texto legal y los propósitos manifiestos de sus inspiradores y de la opinión que se suscitó en torno a su aparición, localizan su ámbito indubitadamente en el área de las seguridades del crédito territorial.

Pero al dilucidar las cuestiones relacionadas con la seguridad del crédito territorial tuvieron que resolverse en su articulado muchas de las cuestiones entrañadas en el principio de la publicidad, y otras tantas quedaron insinuadas y dispuestas a ser abordadas en los inevitables desenvolvimientos de los admitidos, cediendo a las presiones del progreso social y de la integración de los anillos sueltos de la cadena legislativa.

Uno de los efectos de la limitación que se impusieron los legisladores al redactar la Ley Hipotecaria fué la inseguridad, tan-

tas veces comentada, en el trazado de los contornos del concepto de tercero.

El hecho de haberse suprimido en la nueva Ley Hipotecaria la inefable definición de tercero contenida en el artículo 27, en el que, sin género de duda, se pretendió aludir al que podríamos denominar, animados de ese espíritu de diferenciación que presidió los morigerados propósitos de nuestros legisladores, tercero civil o, más exactamente, tercero de la clandestinidad, no evita las deficiencias e irregularidades anejas a toda dualidad legislativa. Continúa, después de la supresión, siendo sujeto del sistema hipotecario el tercero, inmunizado por el artículo 32, contra todo título de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles no inscritos; perdura la distinción entre el titular inscrito protegido por todas las defensas de la ordenación registral, y que más que tercero hipotecario debiera denominarse primero hipotecario; y el tercero que no es parte, bien en lo que cabría considerar como acuerdo real, *eininung*, o más propiamente ingreso en las páginas registrales; bien en una relación jurídica desligada de toda repercusión en las mismas. Si la palabra tercero, aplicada al que llegue en primer lugar a gozar de las preeminencias de la publicidad hipotecaria, no fuese causa de imprecisiones que impiden la plenitud de acción del principio cardinal de la publicidad, podría concluirse que el equívoco tecnicismo de nuestra legislación arguye la coexistencia de los conceptos del tercero de la publicidad y el tercero de la clandestinidad.

EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD Y LAS MODERNAS DIRECTRICES SOCIALES DEL DERECHO.

La publicidad considerada como una categoría, como una fuente abstracta de relaciones jurídicas, sirve para proporcionar una explicación suficiente a cada una de las orientaciones legislativas en que ha cristalizado la protección a las relaciones del hombre con las cosas del mundo exterior. Podría decirse que su trascendencia es paralela a la del axioma que proclama que en la forma está la esencia, principio que la substraer a su consideración como mera apariéncia, como simple externidad, como algo exclusivamente fenomenológico.

Así concebida la publicidad, como categoría jurídica demanda la integración de todos los instrumentos de la publicidad y la ordenación de la vida civil en torno a un sistema de principios que sucedan a la emanación unilateral del Derecho, como una imposición o como un tecnicismo de las escuelas. En nuestra patria puede advertirse, como un claro indicio de la presencia del principio de la publicidad hasta en los más íntimos resortes del mecanismo del Derecho vivido, que la función común a la fe pública notarial y al Registro es sacar de la clandestinidad las declaraciones privadas de la voluntad y a la vez subsumir la esencia de las leyes en el servicio de esa función de publicidad, sacándolas de la objetivización racionalista y del empirismo interpretativo, nada conforme con la producción gradual del Derecho y con el valor humano de los actos jurídicos.

La flexibilidad de los principios es el mejor apoyo del progreso del Derecho en los periodos de transición y de crisis de sus instituciones. Un sistema jurídico racionalista accede siempre hacia los formalismos, que contienen las ansias de crecimiento y de la evolución de los pueblos.

Tres son las fases que señala BESSON con admirable lucidez en la historia de la publicidad de las transferencias inmobiliarias. En la primera, las formas solemnes son más que medidas de publicidad, manifestaciones del dominio eminente del señor o de la comunidad. Las recidivas de esta fase en las recepciones del Derecho individualista romano y del comunismo han sido acompañadas de un estancamiento de la idea del progreso social en una epidemia revolucionaria y en una causa constante de conflagraciones entre los intereses nacionales contrapuestos.

La segunda fase de la historia de la publicidad en las transmisiones inmobiliarias «se abre en el momento en que desaparecen los últimos vestigios del colectivismo primitivo, siendo entonces el fin predominante del formalismo en las transmisiones proteger a los terceros contra el fraude».

La autonomía de esta segunda fase es borrosa. De una parte parece que al subsumirse el colectivismo primitivo en el individualismo no se consigue sino volver al señorío sobre la cosa, pero no a un señorío finalista, jerárquico y político, sino a un señorío

ilimitado en cuanto a las facultades y antisocial por su atomismo individualista.

El formalismo ocupa el puesto que correspondía a la publicidad, a la abscrición a fines extraindividuales de las relaciones del hombre con las cosas, evitando la total clandestinidad de su dominio por el individuo y erigiendo a la Ley en defensora de los terceros, es decir, de los que no han sido parte en la transmisión, expediente indispensable para que no naufragase totalmente la idea de la justicia.

«Cuando se llega, en fin—añade BESSON—, al tercer grado de la evolución, la publicidad de las transferencias no es considerada exclusivamente desde el punto de vista del interés individual sino como un elemento de la riqueza general y del bienestar de la sociedad».

La publicidad como un elemento social, como una condición del bienestar transindividual, como un ordenamiento o reglación jurídica de la riqueza general, es o puede ser una base universal que supere la insuficiencia de los ordenamientos de tipo cerradamente nacional, que hacen más abruptas las comunidades nacionales, impidiendo con su lenguaje exclusivista la mutua inteligencia en un período en que es obligada la conformación de grandes conglomerados políticos.

Para terminar esta sumaria exposición, que más que una teoría de la publicidad constituye un programa para una teoría de la publicidad, debiéramos hacer una más exhaustiva aplicación del principio a todas y cada una de las materias integrantes del Derecho inmobiliario y aun ofrecer una visión de conjunto de lo que pudiera ser un sistema jurídico social, basado en principios tan liberales y tan flexibles como los que sustentan la vida civil de los pueblos aragonés y británico, perfectamente diferenciado de los sistemas jurídicos racionalistas de contorno nacional. Creemos que la integración de los fragmentos históricos y presentes de la publicidad nos ayudaría eficazmente a completar ese trabajo. Pero ello excedería del propósito que nos ha movido a encerrar las expuestas consideraciones dentro de los límites de un ensayo.

CARLOS ARAUZ DE ROBLES.

Notario.