

Perfiles de fe pública ¹

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

Notario de Madrid

Concepto de documento

La frase *fe pública* responde a un concepto histórico, de matices místicos, que para la teoría general del Derecho no tiene otro significado que el de un grado o manera de eficacia de ciertos *hechos narrados en un texto documental*, eficacia atribuida por la ley a una clase de documentos calificados de *públicos*.

El documento público es, antes que nada, documento, esto es, una *cosa*—en sentido físico corporal—que *docet*, que enseña, que hace conocer. No hay que circunscribir el concepto al papel y menos confundir documento—continente—con título (una clase, entre varias, de contenido). El documento puede ser de cobre o de oro (moneda) o de piedra (lápidas, etc.). El documento enseña lo que pretende representar. Es decir, usando la terminología de Carnelutti, el documento *docet*, muestra su contenido representativo. “Documento es una cosa que sirve para representar otra”. O, como dice Siegel ² al comienzo de su obra: “Documento es una exteriorización del pensamiento perceptible *con la vista*.” Por tanto, la fe pública dada a las cosas, sellos, marcas, monedas, etc., no tiene nada de extraordinario, porque todo documento es y ha sido siempre para el Derecho—y singularmente para la teoría de la prueba—una cosa.

1. NOTA DE LA REDACCIÓN.—Este estudio, escrito sin metáfora, a vuela pluma, se publica por nuestro deseo de ofrecer otro punto de vista sobre la fe pública, en contraste al mantenido por el Sr. Gallardo en el trabajo después inserto, para que así la información del lector sea más completa.

2. *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en el “*Archiv für die civilistische Praxis*”, 1914, pág. 5.

Aspectos del documento

a) Añade Siegel: "Frente al documento tiene el observador una doble posibilidad: contemplarlo en su aspecto exterior, olerlo, examinar la condición de la materia, en una palabra, hacerlo objeto de evidencia; pero puede también obtener una opinión de su contenido intelectual, esto es, por los *signos* de la escritura formarse una opinión sobre el contenido ideológico del autor." En el primer aspecto el documento es *en si* un *hecho por probar*; en el segundo es *fuentes de prueba*.

b) El documento como cosa corporal es un ente real perteneciente a la esfera del ser. Tiene ser, tiene espacialidad, temporalidad y causalidad. Calificado de público se le añade una cualidad irreal que en el mundo jurídico significa un grado de eficacia, un valor. Hemos pasado desde la esfera del ser a la de los valores. Cuando de una cosa decimos que es buena o mala, bella o fea, formulamos un juicio de valor. El valor es un grado de perfección del ser. Los valores no son impresiones subjetivas ni proyecciones sentimentales—que son indiscutibles, porque "de gustos no hay nada escrito"—, sino determinaciones objetivas fijadas en una *escala de valores externa a nosotros*. Para el jurista esta escala de valores la da el orden jurídico.

Ningún legislador ha inventado los valores, como ningún gramático ha inventado el idioma. El legislador recoge los valores jurídicos, siglo a siglo, de la historia y la dogmática. Matrimonio, filiación legítima, filiación ilegítima, adopción, herencia, fe pública, documento público, son valores y palabras que no ha inventado ningún legislador ni ningún gramático. Pero nadie puede salirse del contenido de esos valores, ni siquiera para negarlos. Así hay Códigos que dan los mismos derechos a todos los hijos, nazcan fuera o dentro de matrimonio. Mas esta formulación supone confirmar el valor conceptual de la polaridad "hijo legítimo-hijo ilegítimo".

Fe pública y falsedad

El documento como cosa es en si mismo indiferente. Para salir de este punto de indiferencia hay que partir en dos direcciones—positiva y negativa—opuestas y distantes: sobre cero y bajo cero. Se contraponen fe pública y falsedad. Es la postura de algunos penalistas, siguiendo a Filangieri, al clasificar la falsedad entre los delitos *contra* la fe pública. Donde hay falsedad es porque hay fe pública. Por eso los títulos valores tienen fe pública, fe pública objetiva, sin funcionario. Con el mismo argumento podríamos concluir que los documentos privados también tienen fe pública, porque el artículo 306 de nuestro vigente Código penal castiga como falsedad el cometer con *ánimo* de

perjudicar a tercero (*animo fraudandi*)³ en documento privado algunas de las falsedades definidas para el documento público. No ha cambiado de naturaleza el concepto falsedad, a pesar de la interferencia del fraude, y en cambio en el fondo del delito no hay fe pública. Cuando la ley me niega un concepto yo no creo nunca que la ley se equívoca ni que el legislador sea un cretino. Dudo de mí mismo. La fe pública y la falsedad no forman polaridad correcta. Lo exacto es contraponer verdad y falsedad. La falsedad destruye la fe pública siempre, como el agua al fuego. Pero caben falsedad y agua sin que haya ni fe pública ni fuego. El delito de falsedad en documento privado, que por definición carece de fe pública, niega que en todo caso para el legislador español la falsedad pregone la fe pública, aunque el único disolvente de la fe pública sea la falsedad.

Cabe también el delito de falsedad contra títulos-valores. ¿Tienen fe pública o están en el mismo caso que los documentos privados?

“Hay ciertos casos—dice Carrara, *Curso*, § 3.800—en los cuales también la escritura que proviene de un *particular*, bajo nombre privado y sin formas solemnes, da lugar, en caso de adulteración, al título de falsedad por causa de *favor*, por causa de *ficción* o por causa de *conexión*. Por causa de *favor* se asimilan a los documentos públicos las letras de cambio; por causa de *ficción* se asimilan a los documentos públicos los testamentos ológrafos; por causa de *conexión*, los papeles privados en ciertos casos.” “Fué *mero favor* hacia el comercio lo que llevó a identificar a los *presentes fines* las letras de cambio u otros papeles comerciales con los documentos públicos y a conminar contra el falsificador de aquéllos las penas establecidas para los falsificadores de éstos.” Esto lo dice Carrara, el insuperado penalista (con Carmignani y Roshirt), que más se atiene al concepto de falsedad de Filangieri como *delito contra la fe pública*, terminología que no usa nuestro Código penal: al hablar “De las falsedades” no se refiere para nada a los delitos contra la fe pública. Previamente el Código penal ha hablado de los delitos *contra* la seguridad exterior e interior del Estado, para después de tratar de las falsedades, recomponer nuevamente la simetría *a contrariis* con los “Delitos *contra* las personas, *contra* la honestidad, *contra* el honor, *contra* el estado civil de las personas, *contra* la libertad y seguridad, *contra* la propiedad”. En ese *adversus* lógico-sistemático, ¿por qué falta la fe pública?

“Los documentos públicos—dice Carnelutti (*Sistema*, edic. argentina, II, pág. 416)—se pueden distinguir en documentos públicos en *sentido estricto*, cuya formación representa el ejercicio de una actividad pública *específicamente dirigida a la documentación* (documento notarial), y documentos públicos en sentido amplio, los cuales se forman en el ejercicio de una *actividad pública diversa* de aquélla. Per-

3. El Código penal español de 1928 exigía en ciertos casos también el *animo fraudandi* para la tipicidad del delito de falsedad en documento público (363).

tenecen a este segundo grupo los certificados formados en el ejercicio de una función pública o de un servicio público y los documentos de crédito público, de los cuales el prototipo es el billete de Banco." En todo caso, en sentido amplio, para Carnelutti "documento público es el formado en el ejercicio de una actividad pública".

Forma funcionarista y fe pública objetiva

No hay que confundir los conceptos técnicos del capítulo de la *forma* con los del capítulo de la *prueba*. Del hecho jurídico interesa al Derecho: 1) la existencia o forma. 2) la persistencia o prueba. Se trata del mismo hecho en distinta dimensión: ha intervenido *el tiempo* dándole una dimensión más al hecho jurídico. En otro escrito mío, en el grupo de las llamadas formas *ad solemnitatem*, introduje una escisión, porque en él, histórica y conceptualmente, se mezclan, con error, las formas estrictamente ceremoniosas o litúrgicas, con las funcionaristas o de autoridad.

Las formas ceremoniosas o litúrgicas, sin funcionario de ninguna clase, consisten en palabras exactas y sacramentales, solas o interpoladas en actos rituales; frases, preguntas y respuestas y, a veces, una escena organizada. Es la forma dispuesta como espectáculo. (Testamento *per aes libram*, *confarreatio*, *mancipatio*, *stipulatio*.) A estas formas ceremoniosas se refería al formalismo, y contra ellas venció el *espiritualismo* del Derecho canónico y del Ordenamiento de Alcalá. Las formas funcionaristas se caracterizan por la presencia e intervención de un funcionario público o de autoridad. La *in iure cessio* en Roma, la *Auflassung* en Alemania, la *insinuación* en todo tiempo, las formas notariales, el matrimonio civil, etc.

Se puede hablar con corrección de forma funcionarista, pero nunca de fe pública funcionarista, so pena de involucrar la forma con la prueba. De la noción elemental y etimológica del documento como cosa, se deriva que esa cualificación de *público*, que le da un valor, un grado de eficacia llamado *fe pública*, no puede tener nunca un sentido subjetivista, funcionarista, sino objetivo, inherente a la cosa misma. La cosa—prueba—es el objeto valorado o portador de valor. La fe pública, el valor mismo que a la cosa da la ley. Por eso la fe pública se ha estudiado siempre entre las llamadas pruebas *reales*, jamás entre las *personales*. Nadie, al referirse al funcionario, puede decir que éste tenga fe pública, más que en sentido figurado, refiriéndose al autor del documento con fe pública, pues todo documento público, esto es, que hace fe porque lleva en sí fe pública, tiene necesariamente un autor en el ejercicio de una *actividad pública*. Otra cosa es confundir la seda con el gusano, y el sacramento con el ministro. El billete de banco tiene fe pública por el origen o fuente de donde mana, pues el Banco emisor produce documentos con fe pública, en cuanto tiene delegada por la Ley "la actividad pública" de *acuarlos* (*ius sigilli*).

Proyección de la forma sobre la prueba

La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir). El mismo hecho jurídico en dimensión *tiempo*. Podría decirse que desde la capa superior a la inferior (o de la anterior a la posterior) hay filtraciones conceptuales e históricas, calcos y traslados, que denuncian una constante osmosis o capilaridad. Los fenómenos de un estrato tienen su correspondiente—en valor y fin—en el otro. Como históricamente la forma solemne, *ad substantiam*, ha precedido a la fe pública, los fenómenos de aquella—estrato de la forma—han producido sus isotopos en esta—estrato de la prueba—. El arte de escribir, enlazando forma y prueba, traza un linde diferencial; el papel ha sido la membrana osmótica que ha separado dos estratos, sin impedir la impronta de la forma en la prueba.

De esta correlación fenomenológica, recordaremos en el día de hoy, únicamente dos casos: la *intervención* funcionarista que se convierte en *narración*, y la *unidad de acto* que se transmuta en *integridad*.

a) *Intervención y narración*.—Para la forma solemne lo básico es el hecho de la *intervención* del funcionario—la forma tiene siempre algo de espectáculo—. Para la prueba, el documento en que el funcionario *NARRA* esa intervención. Para la forma, *intervenir*, o quizá *interziniendo*. Para la prueba, el *haber intervenido*, recogido, representado en un documento. Carnelutti (loc. cit.), criticando en el artículo 1.317 del viejo Código civil italiano la dición “el documento público hace plena fe de la convención y de los hechos *realizados a presencia* del notario”, dice: “En el sitio de los hechos *realizados a presencia* del notario de ponerse “los hechos *narrados* en el documento”, porque el presupuesto de la prueba no está en que un hecho haya ocurrido ante el notario, sino en haberlo ofrecido como tal. y así, aunque un hecho haya ocurrido realmente en estas condiciones, si no se *narra* el documento no lo prueba”.

Hay, pues, entre forma y prueba, una correlación de conceptos en distinto plano: en el de la forma, INTERVENCION; en el de la prueba, NARRACION.

b) *Unidad de acto e integridad documental*.—También la unidad de acto, típica de la forma *ad solemnitatem*, ha dejado su impronta en la fe pública: LA INTEGRIDAD.

Las formas solemnes tenían un requisito de extraordinaria rigidez: la unidad de acto. El negocio jurídico quedaba necesariamente completo: no había posibilidad de añadirlo, modificarlo o contradecirlo. Todo hecho que quedaba fuera del *único acto* era inexistente. Para contradecir o modificar el negocio solemne, regía el principio del *contrarius actus*, que no alteraba, sino que más bien cancelaba o substituía totalmente el negocio anterior. Se excluía así toda eficacia, incluso inter partes, de las que llamaron después CONTRE-LETTRES, y se consagraba

iuris et de iure, por la fuerza del sistema, una manifestación de la llamada en derecho material "presunción de permanencia".

La escritura, al transmutar la *intervención en narración* (texto), convierte la unidad de acto en *unidad de texto o contexto*, llamada en derecho formal INTEGRIDAD, que con la *exactitud*, verdad o fidelidad constituyen la fe pública. Con la escritura—arte de escribir—la presunción de permanencia se vió amenazada por las *contre-lettres*; la narración de un primer *texto*, por la narración de otro texto, coetáneo o posterior. Entre la ineficacia o la validez de este segundo texto, el orden jurídico eligió la eficacia relativa *inter partes*: el texto documental es *íntegro* pero sólo para terceros. Las *contre-lettres* no perjudican a tercero (art. 1.321 Code Nap.). El Código civil español no ampara la integridad de la primera narración más que si ésta consta en escritura pública, lo mismo si la *contre-lettre* ha sido recogida en documento público que en documento privado. "Los documentos privados—dice el 1.230—hechos para alterar lo pactado en *escritura pública*, no producen efecto contra tercero." "Las escrituras públicas—1.219—hechas para desvirtuar otras *escrituras* anteriores entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra tercero, cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiere procedido el tercero ⁴. (Confrontar art. 996 Código civil argentino.) Esta anotación pasa a formar parte del texto documental para que éste siga siendo íntegro.

La integridad ha sido recogida con especial cuidado por los tradistas de títulos-valores, que se refieren a la fe pública, en sus dos aspectos de exactitud e integridad, con el nombre de "literalidad". En Hamburgo, Brema y Lübeck, en que el asiento del primitivo Registro de la Propiedad era la *forma substancial única*, solemne y documental, de la *Auflassung*, el asiento tenía fe pública, y por tanto, *integridad*, la misma integridad que en el resto de Europa el documento público. El Registro de la Propiedad en el norte de Europa, el protocolo notarial en el Sur, y los títulos-valores por el *ius sigilli*, son tres manifestaciones del mismo fenómeno de la fe pública y los tres responden al mismo concepto de INTEGRIDAD, en beneficio de tercero.

Valor de la INTERVENCION y valor de la NARRACION

La Ley establece una escala de valores. Y consecuentemente valora la INTERVENCION del funcionario y valora su NARRACION. A veces, sin embargo, valora el hecho jurídico directamente. Habrá, pues que distinguir: a) Valoración del hecho jurídico directamente por la Ley. b) Valoración legal del hecho por su forma. c) Valoración de la narración documental de un hecho.

4. El mismo art. 1.219 contiene una excepción a la integridad del texto ("anotado en el Registro público correspondiente") debida al principio de publicidad: nadie puede alegar ignorancia de lo que consta en un Registro público.

a) *Valoración directa del hecho por la Ley.*—Ejemplo: El nacimiento determina la personalidad (art. 29). Es el primer grado del valer, el valer mínimo que acompaña a la mera existencia del hecho jurídico “nacimiento” definido en el art. 30. Junto a este hecho jurídico hay otros hechos que determinan la amplitud y calidad de los efectos jurídicos del nacimiento: los hechos de la filiación. Así, podemos formar una escala de valores legales en la que clasificar ese mero hecho del nacimiento para obtener su valor, su jerarquía, su grado de eficacia: 1) Nacimiento de padres desconocidos. 2) Hijo ilegítimo no natural, en los supuestos del art. 140 del Código civil. 3) Hijo natural no reconocido pero reconocible por reunir los requisitos habilitantes del párrafo segundo del art. 119 y respecto de la madre por el hecho del parto y la identidad del hijo. (El llamado hijo natural reconocido deriva sus derechos de una forma: el reconocimiento voluntario, y no pertenece a esta escala de valores, sino a la siguiente.) 4) Hijo natural reconocido, que se halla en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos. 5) Hijo legítimo, si nace dentro o fuera de matrimonio, pero dentro de los plazos legales.

En todos estos casos el grado de eficacia lo da la *Ley directamente* al hecho jurídico. Del mero hecho, nace el derecho y la acción (acciones de estado civil, alimentos, herencia, etc.). La documentación, el Registro civil, etc., es algo extraño, posterior, y añadido al hecho jurídico. La documentación produce sus efectos, pero el hecho jurídico ya los producía por sí. El nacimiento y la muerte son hechos jurídicos que no dependen para nada de ningún papel ni del Registro civil.

b) *Valoración del hecho por su forma.*—Prescindiendo de aquellos casos en que la forma es exigida *ad substantiam* (donación de inmuebles, etc., *formas de ser*) veamos la escala en un supuesto del más puro sistema espiritualista. Compra-venta de inmuebles en cuantía superior a 1.500 pesetas. Para ser, para existir, basta el consentimiento de vendedor y comprador. Más para alcanzar cualquier grado superior de eficacia, necesita acogerse a una forma (forma de valer). Así, podemos marcar la siguiente jerarquía: 1) Compraventa verbal. 2) Compraventa de documento privado (1.280 in fine). 3) Compraventa en documento privado con fecha auténtica (1.227 Cc.). 4) Compraventa en escritura pública, sin inscribir (1.218). 5) Compraventa en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. En todos estos casos, la intervención del funcionario va matizando los grados superiores de la jerarquía, frente a los inferiores en que no interviene.

c) *Valor de la narración documental de un hecho.*—Este valor depende de dos factores, perfectamente enlazados: 1) Autor de la narración. 2) Naturaleza convertible o inconvertible de la narración.

Autor de la narración. Jerarquía en la fe o credibilidad, por su origen

La fe en general, según una definición clásica es: *Credere quod non videmur propter testimonium dicentes.*

Un objeto, un hecho presente a nuestros ojos—*videntia*—a nuestro conocer directo, es una realidad *evidente*. Tenemos la evidencia de esa realidad percibida, y respecto de ella formulamos un juicio de razón, o acto de juicio. Asentimos al objeto afirmando su contenido. Este asentimiento se produce, no sólo en todo acto de juicio, sino también en todo *acto de fe*. Más en el juicio se asiente el objeto o hecho por su evidencia, y en el acto de fe a pesar de su no evidencia, *quod non videmur*. Cuando el objeto o hecho es evidente, esto es, cuando tiene presencia integral ante nuestra intuición intelectual, el asentimiento es acto de conocimiento. Basta conocer, sin que intervenga la voluntad, para pronunciar el juicio. Cuando el objeto o hecho no evidente, esto es, cuando está lejos de mí en el tiempo o en el espacio, o el acto de asentimiento no se verifica, o si se verifica es por *algo* que ajeno al objeto mismo y al sujeto incline y venza la voluntad a verificar necesariamente el acto de asentimiento. Ese *algo* extrínseco que logra y obtiene el asentimiento a un objeto u hecho no evidente, se llama en filosofía *autoridad*. El poder persuasivo o imperativo de la declaración, narración, relato o revelación de esa autoridad, varía, según el carácter u origen de dicha autoridad.

Por el origen de la autoridad, los actos de fe se dividen en actos de fe religiosa, revelados por Dios, y actos de fe humana, declarados por los hombres. A su vez la fe humana puede provenir de autoridad pública (en sentido filosófico y jurídico) y de autoridad (en sentido filosófico) privada, y ambas pueden manifestarse por escrito o verbalmente. *Verbalmente*, lo mismo la autoridad pública que la persona privada, producen el testimonio, son testigos. *Por escrito*, la autoridad pública en cuanto tal, es decir, en su *actividad pública* produce el documento público, y su fe o credibilidad se llama por lo mismo fe pública; y la persona privada, produce el documento privado que podrá tener cierto grado de fe, pero que no será jamás fe pública.

Objetivación de la fe pública

En el lado activo, la fe verbal o testimonio (bien de un particular, bien de un funcionario), reside en la conducta de una persona, y no en un texto documental; adyace al sujeto y a sus actos como una cualidad *moral* del mismo (lealtad, fidelidad, desinterés, pasión, percepción, retentiva). La fe *escrita*, debida a una *actividad pública*, es objetiva, se incorpora, penetra y vive autónoma en el papel o cosa.

En el lado pasivo o recepticio, la fe verbal o personal, depende del

sentimiento subjetivo que el Juez tenga de la veracidad del testigo. El acto de fe viene condicionado por un acto de estimación subjetiva. O lo que es lo mismo, la fe personal oscila entre dos subjetivismos: testigo y Juez. La fe pública está, más que estimada, valorada por la Ley porque, si en su aspecto activo se emancipa de su autor, objetivándose, en su aspecto pasivo, si no fuere debidamente estimada por el Juez, subsistiría íntegra, como hecho o documento auténtico, en casación (1.692, 7.º LEC). El Tribunal Supremo corregiría la ceguera del Juez para los valores legales.

El medio técnico de objetivación

No se trata de que el legislador crea más en ciertos funcionarios que en determinadas personas, si no de que el medio técnico de objetivación, el cauce legal de que se vale el funcionario para producir la *narratio*, le merece absoluta confianza. No es que el Juez de paz del último pueblecín español merezca más crédito que un sabio abogado de la capital. Pero el medio técnico de plazos, libros y formalidades, dan lugar a un acta, de nacimiento o defunción, que son hechos *in rerum natura*, que el juez ni siquiera presencia, pero que por el modo legal de llegar al Registro ha de tener por evidentes, y que recogidos en una *narración* hacen fe o prueba mientras no se decreta su falsedad. Hasta este momento, la narración subsiste en sí, adherida a una hoja de papel, objeto físico que previamente existe en sí (*Ansichsein*); y papel y narración coexisten. Mas la autonomía, objetividad y substantividad de la narración, es tan intensa que, la destrucción del acta como cosa, no impide que la misma narración vuelva a ser eficaz incorporada a otro papel después de seguidos los trámites legales para la reconstrucción de archivos y registros.

Hay pues, que centrar el calificativo *funcionarista*, en la forma o en las formalidades, que para la fe pública no son más que el origen o medio técnico. La actividad pública que da lugar a un documento público, es la causa de la narración; pero sólo causa *ocasional* o instrumental. La causa *eficiente* es siempre la misma Ley, que valora, no sólo el hecho jurídico—nacimiento o muerte—sino su narración documental en un folio del Registro civil. Existe un nexo entre hecho y prueba. “Si lógicamente el uno es distinto de la otra—dice Carnelutti (Teoría General del Derecho, pág. 366)—, prácticamente el hecho no sirve sin la prueba, y en cambio la prueba puede servir sin el hecho”. El Derecho substantivo o material de igual manera que a veces valora al hecho directamente, puede valorar una determinada prueba. Pero entonces—no hay que engañarse—los efectos jurídicos no los produce la existencia del hecho aparentemente generador del derecho, sino la existencia de la prueba como hecho jurídico autónomo e independiente. La prueba legal, en la época de la prueba tasada, convertía al Juez en

un prelude de la máquina de calcular. La mal llamada prueba legal de hoy día, en la mayoría de los casos, no es una substitución de la convicción del juez por la del legislador, sino una substitución legal de los hechos jurídicos generadores del derecho subjetivo. Los hechos en sí quedan substituidos por la narración, por el texto documental.

Convertibilidad de la narración

El acto de fe, en la fe humana, se refiere a un hecho no evidente, sin intermediación. Más este acto de fe lo hace el sujeto creyente en substitución de un acto de juicio, no realizado por él, pero sí por otro sujeto para el que el hecho ha sido evidente, esto es, con visión directa e inmediata.

Por ejemplo, yo no he visto un átomo. Creo en el átomo, para mí inevidente, porque unos sabios, dignos de todo crédito, me lo han testimoniado. Para mí el átomo es un acto de fe. Para ellos, objeto evidente y acto de razón. Acto de fe y acto de razón o de juicio, guardan entre sí una correlación análoga a la de prueba y forma, y son perfectamente canjeables. El acto de fe, como el billete de Banco de las épocas felices, es canjeable por el oro evidente de un juicio de razón. Yo puedo comprobar y hacer evidente para mí el átomo. Siempre que sea posible este canje entre el acto de fe y su correlativo acto de juicio, estamos en presencia de fe humana privada (testigos, testimonios). Cuando este canje entre el acto de fe y el acto de juicio no sea posible, cuando el acto de fe sea forzoso, impuesto por la Ley, estamos en supuestos de fe humana, pero no de fe pública. La fe pública exige un acto de fe de quienes no tuvieron la evidencia de un hecho—entre ellos, del juez—y sustituye *el hecho* objeto del acto de fe por *la narración* ESCRITA de ese hecho por el funcionario competente, de tal forma que, sin la sentencia civil o criminal de falsedad, en cuyo caso se destruye la fe pública, no será legalmente posible el canje de la *narración* (objeto inevidente para el lector) por el *hecho* objeto evidente. La fe pública es una narración eficaz por sí misma, un texto documental de curso forzoso, sin reintegro en evidencias concretas, sin reversión al hecho narrado.

Narración, representación, indicación

De esta manera queda de manifiesto una nota característica y esencial de la fe pública: la *narratio*, el *dictum*. El documento es una cosa que sirve para representar otra. El *hecho* está presente ante nosotros—evidencia inmediata o evidencia *stricto sensu*—, pero sólo en un momento del tiempo y en un punto del espacio. El hecho es fugaz. Para un momento o lugar distintos el hecho debe ser reproducido. El hecho pasado ha de hacerse presente: este es el punto de vista de la

prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro: es el punto de vista de la prueba preconstituída. El hecho fugaz llena de incertidumbre la existencia del derecho subjetivo. Lo que partes y testigos reproducen *a posteriori* en juicio no es el hecho pasado, sino su recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. Lo que el documento recoge no es tampoco el mismo hecho, sino su representación. Leyendo el documento vivimos el hecho, pero sin intermediación, en actos de segundo grado. El documento conserva la existencia del hecho, proyectando su evidencia hacia el futuro: evidencia inmediata. El documento representa el hecho mediante *signos gráficos*, y no sólo con medios gráficos en un solo plano (diseño, pintura), sino también con medios plásticos (relieves, entalles, precintos, marcas, construcción de modelos, facsimiles, etc.). De cualquier manera, el documento *docet* enseña.

Sin embargo, este *enseñar* del documento puede ser una *representación* o una *indicación* del hecho. “Si yo muestro el retrato de una persona—dice Carnelutti, *Teoría del falso*, pág. 10—la represento; si pronuncio su nombre, la *indico*; las sensaciones suscitadas por el nombre no equivalen exactamente a aquéllas que determinaría la persona, pero sirven, por vía de experiencia y, por tanto, de la inteligencia—prueba crítica, presunciones—, para reclamarle. Un ejemplar clásico de la contraseña es la marca industrial o comercial, la cual no representa, pero indica, esto es, permite *argüir* que la mercancía ha sido fabricada o introducida en el comercio por un establecimiento dado; otro es el billete ferroviario o la entrada para espectáculos públicos; su diferencia con el título valor ha de basarse en la distinción entre la prueba crítica y la prueba documental.” El signo sobrepuesto a una persona o cosa se convierte en contraseña. Tales las antiguas marcas de los condenados, los tatuajes de pertenencia a una secta, la *tonsura seu corona clericalis*, etc., las marcas de fábricas, las marcas de los animales, etc.

Prescindiendo de todos estos supuestos de contraseñas, nos atenemos a los supuestos en que el *docet* del documento es autónomo, esto es, contiene una *fórmula narrativa*: “El hecho representativo constituye un equivalente sensible del hecho representado, haciéndolo presente en cuanto determina sensaciones análogas” (Carnelutti). Esa fórmula narrativa es lo que constituye el texto, la *cartalidad* o literalidad del documento.

Narración, exactitud, fe pública

A la adecuación del hecho—*actum*—con su narración documental—*dictum*—se le llama verdad o exactitud. A una protección especial del *dictum*, del texto, se llama fe pública. El *dictum* siempre representa al *actum*. Esta representación corrientemente es reversible; puede prescin-

dirse del *dictum* para atenerse al *actum*. *Dictum* y *actum* son dos hechos—representante y representado—intercambiables. Cuando la ley impide ese intercambio, cuando el *dictum* es irreversible, entonces estamos en presencia de la fe pública. La fe pública, ante todo y sobre todo, es un texto documental—*dictum*—. La ley afirma la adecuación exacta entre *actum* y *dictum*: he ahí la exactitud.

El Registro civil dice que una persona nació o murió tal día. Si el nacimiento o la muerte—hechos—no acontecieron, el texto del acta del Registro civil es falso. Sólo mediante impugnación por falsedad se puede destruir la fe pública. Lo que no quiere decir que allí donde hay posible falsedad es porque hay fe pública. Porque si bien la falsedad es contravalor y antídoto de la fe pública, fe pública y falsedad no forman polaridad, en sentido filosófico ni jurídico.

Las estimativas nulidad-falsedad

Desde luego, frente a la fe pública es correcto hablar de impugnación por falsedad, nunca de nulidad. Los hechos objeto de la fe pública existen o no existen—esfera del ser—y su narración es fiel—verdad—o infiel—falsedad—; pero los hechos *en sí* no son válidos o nulos—esfera del deber ser—. Una escritura conteniendo un contrato tiene dos aspectos: uno, en el de la realidad, los hechos narrados por el Notario; otro, en el de la legalidad, el contrato, que deberá ajustarse a la ley. Puede fracasar la impugnación planteada en el primer aspecto, fracasando la querrela (civil o criminal) de falsedad, y triunfar la impugnación en el segundo aspecto, la nulidad.

Así, por ejemplo, el consentimiento contractual tiene dos manifestaciones: a) En la esfera de la realidad el consentimiento como *hecho*, como existente en un momento dado, y que el Notario relata dando fe de que ha leído la escritura y de que, enterado el otorgante, presta su consentimiento (firme o no firme), y b) En la esfera de la *legalidad* el consentimiento en relación con la norma jurídica, en cuanto bastante y adecuado para el acto jurídico de que se trata. El consentimiento para la fe pública no es más que un *hecho*, el de su prestación ante Notario. Sólo se puede impugnar por falsedad. Pero puede el consentimiento ser *inválido* por no haberse ajustado a la ley. Este segundo aspecto cada día tiene menos importancia, precisamente por la decadencia del formalismo. En cambio, al centrar el espiritualismo toda eficacia en el consentimiento nudo o desnudo, pasa a primer plano el consentimiento como mero *hecho*. Si la narración de este hecho es falsa, el documento es totalmente ineficaz. Si siendo fiel y exacta el consentimiento está viciado, la nulidad hará ineficaz la *obligación*, pero no la *narración*, subsistiendo íntegra la fe pública y surtiendo su efecto en la medida en que sean eficaces los meros hechos del *dictum* (presencia de las partes, entregas de dinero, etc.).

La nulidad deja al *texto* documental íntegramente con su fe pública, porque no lo *sustituye*. Cuando la nulidad sustituye (arts. 30, 33, 40, *in fine*, Ley y 53 Reglamento hipotecario) al texto documental es que el texto carece de fe pública. Que es precisamente lo que sucede con el Registro de la propiedad español.

Fe pública en el Código civil alemán y fe pública en el Registro español

El mundo del Derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces:

- a) El del principio de publicidad; caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittwirkung*); y
- b) El del principio de inscripción sustantiva, denominado *Grundbuchsystem*; *Prinzip der formalen Rechtskraft*; *Buchstandsprinzip*, en el que el texto, la *narratio*, el *dictum* del asiento, se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes⁵. Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta).

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*) y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (*texto*) del mismo testamento (C. c., 675).

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción respecto de ellas tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1.º de mayo de 1834) la inscripción sigue siendo la forma única y directa⁶ de la *Auflassung*, en Lübeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 de junio de 1818 (art. 2.º) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública (*actum Auflassung*), que es recogida en acta—dictum—por el proto-Notario, asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (ar-

5. Artículo 7 del Estatuto de Hamburgo de 1605, por ejemplo. Brema y Lübeck tenían régimen semejante.

6. El artículo 17 de la citada Ley de 1.º de mayo de 1834 añadía: "... la propiedad entera y sin ningún engaño queda asegurada al propietario así investido. Ninguna reivindicación, ni oposición, ni pretensión de acreedores, puede ser formulada, a menos que se trate de reservas de propiedad inscritas".

título 3.º); la inscripción no es forma substancial del acto; el acuerdo del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable, pero no la inscripción. Por eso el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del proto-Notario. El *actum*—la *Auflassung* en audiencia judicial—se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia, y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fué que, incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft* o *Buchstandsprinzip* o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguieron los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes* de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schaumburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes* el texto tiene fe pública. El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum*, se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Drittwirkung* (tercivalencia), una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem* y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del B. G. B. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung*, la inscripción es una mera apariencia. La *Auflassung* influye, en definitiva, sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. Valdrá siempre el *actum* sobre el *dictum*. la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo el caso de que ese asiento claudicante hubiera seguido otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. En este caso la ley, ante la presencia del tercero en el asiento posterior, transforma el asiento precedente en su *total literalidad* en verdad definitiva, impuesta, *iuris et de iure*. Este asiento anterior, en beneficio del tercer adquirente cobijado en el asiento posterior, se cristaliza o petrifica y su *narratio* recobra la misma fe pública que tenía el *Grundbuchsystem* (principio de fe pública: *Oeffentlicher Glaube*). Respecto y en beneficio de tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*.

A primera vista parece que la protección del tercero frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas es la misma en el sistema del principio de publicidad y en el sistema de la fe pública. Aunque la diferencia práctica es sutil, en el sistema del principio de publicidad—España—nunca se convalida o petrifica, tanto si la nulidad es de forma (art. 30 Ley) como si es de fondo (art. 33), el asiento anterior inválido, que queda en todo caso anulado y sustituido (artículo 53 Reglamento hipotecario), y lo único que sucede es que esa nulidad no perjudica al tercero refugiado en el asiento posterior (arts. 31 y 34). En el sistema de la fe pública, el asiento que no se altera por causa del tercero es el precedente. La presencia del tercero convalida el texto del asiento de su transmitente: para tercero esa inscripción previa es siempre exacta e íntegra.

En España, el asiento impugnado, lejos de convertirse en *exacto* e *íntegro*, se anula y desaparece totalmente en su *texto* documental, porque la inscripción es el accesorio del título⁷, pero su desaparición no perjudica a un tercero que concreta y define el artículo 34. La Ley hipotecaria únicamente decreta la *ilección* del tercero, sin preocuparse de la subsistencia del asiento precedente.

Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmunidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto fe pública registral, no resulta muy correcta la expresión. El principio de fe pública registral consagrado en el B. G. B. tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española:

a) La fe pública del B. G. B. procede, como hemos dicho antes, del *Grundbuchsystem*, que dota de fe pública el asiento del transmitente, convirtiéndolo en un documento *íntegro* y *exacto* en beneficio del tercer adquirente de buena fe, que en su caso advendrá en un asiento posterior. La llamada fe pública en la Ley hipotecaria española procede del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, de la efectividad respecto de tercero. En España, el asiento del transmitente, aun después de haber inscrito el tercero del artículo 34, puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33) o de forma (art. 31) o por ser declarado inexacto (art. 40). *No subsiste*, sin necesidad de que se haya alegado *falsedad*. Lo único que sucede es que la inexactitud o nulidad del asiento no perjudica a tercero. Al asiento nulo sustituye otro asiento nuevo, y vale siempre el contenido del nuevo asiento *en todo*, salvo en lo que perjudica a tercero. En España, pues, se trataría de una fe pública... *sin texto, sin documento, sin cosa*, porque el texto o documento, en el supuesto de nulidad, ha desaparecido.

b) La fe pública del B. G. B. convierte *iuris et de iure*, el asiento del transmitente en *exacto* e *íntegro*. Garantiza la adquisición del ter-

7. "Es principio elemental de Derecho hipotecario que la inscripción no altera la modalidad ni la eficacia del título inscrito" (S. T. S. 11 mayo 1927).

cero en el modo y sólo con las cargas que dice el *texto* de dicho asiento: Únicamente los *derechos reales* expresos en ese texto *existen* para el tercero. La fe pública del asiento implica *inexistencia total* de lo que no expresa su texto. En España, por el contrario, los derechos reales fuera del Registro existen (esfera del ser), pero *no perjudican* a tercero (esfera del valer). La fe pública del art. 34 de la Ley Hipotecaria, no niega la existencia a derechos reales que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el Derecho civil y de la exclusión o postergación los arts. 13 y 32 de la Ley.

El art. 34 no comprende los *derechos subjetivos* de carácter real y únicamente se refiere a *derechos potestativos* (Gestaltungsrechte) de impugnación—nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulos o emanación de un derecho matriz antecedente.

La exactitud ⁸ del art. 34 sólo se refiere:

1. A la existencia de la titularidad del transferente (art. 38): adquisición *a vero domino*.
2. A la facultad de enajenar del transmitente (arts. 27 y 34).
3. A la inexistencia de causas extintivas de la titularidad no expresadas en el Registro (art. 34).

Por otra parte, la fe pública del B. G. B. es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la Ley española, un modo de *retener* o *mantener* (irrevindicación).

Adquisición a non domino e irrevindicabilidad

Se ha dicho en España que el efecto del art. 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la Ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irrevindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar en España de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irrevindicabilidad, como en Alemania se puede hablar de irrevindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino*.

“Después de la recepción del Derecho romano—dice Ewald ⁹—lle-

8. Podría decirse que, como en España se inscriben títulos, la exactitud e integridad del Registro se refiere también a títulos: a) *integridad*: los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito; b) *exactitud*: los títulos inscritos son los únicos que perjudican a tercero a tenor de la inscripción. Pero hay que poner de manifiesto el valor del *extracto* del título (inscripción) respecto a tercero.

9. *Der Rückwerb des Nichtberechtigten*, en el tomo 40 (1926) de los “*Jherings Jahrbücher*”. pág. 299.

gó a ser Derecho común el principio romano de la ilimitada persecución de la propiedad mueble. (*Ubi rem meam invenio, ibi vindico.*) Pero en muchos derechos particulares se conservó la irreivindicación de la propiedad mueble por el brocardo *Hand wahre Hand*. En un principio aparece la no persecución de la cosa mueble... como exclusión de la acción reivindicatoria. Quien adquiere de un comodatario, acreedor pignoraticio, depositario, etc., llega a ser poseedor inatacable, pero no propietario... Mas poco a poco se supone en interés, primero del tráfico comercial, y después del tráfico por negocio jurídico en general, que a consecuencia de la exclusión de la acción, el adquirente—de buena fe¹⁰—adviene propietario”. “Esta evolución se termina con las codificaciones modernas. Todavía “das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch¹¹” de Austria (§ 377) como el Código civil suizo (933, 714), ven en la exclusión de la acción reivindicatoria lo *primordial* de lo que, como una *mera consecuencia* aparece la adquisición de propiedad de buena fe. Mas el B. G. B. (§ 932) ha abandonado definitivamente el antiguo punto de vista; ha puesto abiertamente al servicio exclusivo del tráfico el principio *Hand wahre Hand* y lo ha transformado en una norma jurídica sobre la *adquisición* y *pérdida* de la propiedad. F. B. G. B. estima tan decisivo la *adquisición* de la propiedad por el adquirente de buena fe, que silencia totalmente la pérdida de la propiedad del antiguo propietario; tal pérdida es una consecuencia evidente de aquella adquisición”... “Lo que ahora vale para las cosas muebles tiene que valer también para las fincas. Más si para las cosas muebles se aplica el § 932 del B. G. B para las fincas el § 892 del B. G. B.”.

En los Derechos austriaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición a *non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la adquisición a *non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el B. G. B.; y un *principio* en Austria, Suiza y España. El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente: A, entrega en depósito su bicicleta a N, quien la enajena a Z, teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z entrega la bicicleta otra vez a N (no importa con qué motivo). Se presenta A en casa de N, y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición a *non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z. A perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N a A, no fué una enajenación sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austriaco y suizo de irreivindicabilidad frente a tercero. Z *será mantenido* en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en

10. Y agrega EWALD en nota: “El requisito de la buena fe surge también ahora por primera vez.”

11. Código civil austriaco.

ningún momento. Únicamente A, había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A, no requiere de N su propiedad, porque A ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas.

El art. 34 de la Ley Hipotecaria no recoge en modo alguno, el concepto técnico de fe pública registral. El Registro de la Propiedad español no pertenece al sistema de la fe pública registral. Lo siento, pero los conceptos técnicos son los conceptos técnicos y yo no intervengo para nada en la redacción de dicho artículo. No tengo, sin embargo, ningún interés en que el Registro de la Propiedad carezca de fe pública. Si con mi buena voluntad, pudiera dar fe pública al Registro español, de muy grado se la daría. Todos saldríamos ganando. Porque si el art. 34 fuera la fe pública, sería la misma fe pública que tendrían los restantes documentos públicos españoles. No es admisible una fe pública superdotada, cuando emana de un asiento del Registro de la Propiedad, y una fe pública infraestimada, cuando se trata del Registro civil o de un documento notarial. En el B. G. B. la fe pública es concepto uniforme. El Código civil suizo con la rúbrica "Documentos públicos", dice: "Los registros públicos y los documentos auténticos hacen fe de los hechos que constatan", situando registros y documentos en cuanto a fe pública en la misma línea.

La fe pública de los títulos valores

El mundo feudal había creado el *ius sigilli*; la selladura (*Siegelung*). El anillo era el símbolo de la "investidura", de aquella intensa fracción de la soberanía que ejercían los señores feudales. Las órdenes de gobierno y las sentencias del juez, valían en cuanto selladas por el señor, que era parlamento, gobierno y juez en una pieza, pues no se conocía la "división de poderes". El sello fué el signo parlante de la alta justicia, de la suprema autoridad de reyes y magnates. Los grandes señores del poder civil y del eclesiástico daban fecha auténtica y carácter formal—formas extrínsecas—a los documentos que los particulares les presentaban, marcándolos con su sello. Después que el documento notarial fué título ejecutivo, la selladura llevó también aparejada ejecución.

La matriz del sello era, por lo general, una piedra preciosa grabada en hueco (entalle), engastada en un anillo. La costumbre de sellar con anillo fué común a todos los pueblos de la antigüedad: persas, egipcios, caldeos y babilonios, griegos y romanos (*annuli sigilaricii*). Pero si el sello no fué invento de la Edad Media, sí lo fué el *Derecho de sello*, el *ius sigilli*. "*Nam in legibus antiquis non habebatur de fide adhibenda litteris sigillatis*", dirá Gregorio López. En España, como

otras muchas cosas, fué un producto de la recepción de las costumbres feudales, "*Quod sigillum publicum, vel authenticum, etiam si principis sit, creditur de consuetudine magis quam de iure*", nos dice nuestro Matthaeu, en su *Tractatus de Re criminali* (Lugduni, 1702). El sello es el símbolo de la jurisdicción. Incluso a los obispos había que investirlos, no sólo con el báculo, sino con el anillo de sello. Sin embargo, hubo una manifestación del *ius sigilli* antes de la Edad Media: la acuñación de la moneda, el cuño del soberano sellando auténticamente el bronce (*aes rudae*) o los trozos de cuero de oveja (*pecunia, moneta signata*). Durante la Edad Media, se discute el derecho a acuñar moneda, a quién pertenece y en qué consiste. Se pone en relación la soberanía con el derecho de sellar. Los signos de muchos sellos reales son los mismos que los de sus troqueles monetarios.

El sello se stampa directamente sobre pergaminos (sello de placa) o colgada sobre cintas (sellos pendientes). En todo caso, se imprimía sobre cera (o mezclas resinosas) de colores, o sobre bolas de plomo (bulas), a manera de lo que hoy llamaríamos precinto. Todo el *ius sigilli* estaba sujeto a rito. Según la clase de documentos, variaba el color de la cera y los signos del entalle. Los breves pontificios, aún hoy día, deben ir sellados en cera roja con el anillo del Pescador (*sub anullum piscatorum*), a diferencia de otros documentos pontificios que se sellaban con plomo (bulas).

Hasta el siglo XII, el *ius sigilli* mantuvo su prestigio. En el siglo XIII, en plena decadencia, Alfonso X el Sabio lo recoge en las Partidas (título XX, Partida 3.^a), a continuación del título que regula "los escribanos"... ("pues que en titulo antes deste fablamos de los Escribanos, queremos decir en este de los Selladores". "E faxe prueba en juicio en todas cosas sello del Rey, o del Emperador, o de otro señor que haya dignidad, que sea puesto en alguna carta". "*Aut loquitur in sigillo Imperatores, vel Regis, seu alterius non recognocentis superiorum, et facit fidem sigillum etiam in his quae sunt in ejus favorem*". comenta Gregorio López. "E los sellos de los otros omes non pueden fazer prueba contra otro, si non contra aquellos cuyos son".

Para las Partidas, son pocas las personas que tienen el *ius sigilli* "e que non sellen carta ninguna, si non dixere en ella que la manda fazer el Rey, o Canciller, o Notario, o Alcalde". (Del *ius sigilli* notarial ha quedado al notariado el signo.)

En el siglo XIV encontramos el *ius sigilli* en las corporaciones, gildas o gremios. La jurisdicción mercantil tiene sus cónsules, sus priores, sus potestades con *ius sigilli*. Con él sellan las letras de cambio. Los documentos precursores de las actuales letras de cambio (*cambio cum carta, cambiun per literam*) que primitivamente se acogieron a la forma notarial, singularmente en las ciudades italianas, más adelante encontraron acomodo en la esfera del *ius sigilli* (Brunner, Freund, Briegleb), bien porque en muchas partes del centro y norte de Europa no había notarios, bien porque donde los había, el notario no podía in-

tervenir sin ver el fondo del asunto (*cum causa cognitione*) que frecuentemente era ilícito (exportación de dinero, usura, etc.), al paso que el *ius sigilli* de otras autoridades era una solemnidad externa y sobrepuesta al documento, pero que le dotaba de fuerza ejecutiva. Sin el "sello" las letras de cambio, no llevaban aparejada ejecución. El protesto no era un requerimiento de pago (que se hacía, incluso notarialmente, la víspera), sino el único medio de alegar la falsedad suspendiendo la eficacia del *ius sigilli*.

La fe pública del *ius sigilli* de las guildas y corporaciones, de las autoridades de las ciudades hanseáticas, y las de las grandes ferias internacionales, fueron una de las causas de la rápida difusión de los instrumentos de cambio en el naciente capitalismo. De esta etapa sigilar, como en seguida veremos, ha conservado la letra de cambio hasta nuestros días ciertos caracteres.

El *ius sigilli* tomó tres direcciones:

A) En la Europa del Norte, el auge de las ciudades *libres* (*non recognocentes superiorem*), al margen de todo señorío feudal, concentró las funciones soberanas, en sus corporaciones, singularmente en sus municipalidades o ayuntamientos. El alcalde o burgomaestre, y los consejeros o escabinos, gobernaban como podían y administraban justicia como querían. Y administraban también la selladura. La documentación pública—la cancillería—residía en los escabinos, bien por la selladura, bien por la necesidad de la intervención judicial en determinados actos y contratos (*Auflassung, Wahrchafts, Fertigung*). No hubo tabeliones, y las funciones notariales o se absorbieron en las judiciales, o se disolvieron en la selladura. La recepción del Derecho romano llevaba hacia la libertad de forma, al paso que las antiguas costumbres germánicas concentraban las formas en la intervención judicial. La ciudad, la naciente burguesía, significaba libertad. El aire de la ciudad hace libre. *Stadluftmacht frei*. Hasta el siervo se hace libre en la ciudad. Con el lema: El libre ciudadano tiene su propia cancillería (*Der freie Bürger hat seine eigene Kanslei*), se llegó a la selladura privada. Los actos formales no perdieron esta cualidad, continuaron como documentos sellados. Pero la *forma* de los contratos la daba el propio interesado con la auto-selladura que se consolida y subsiste en el Derecho anglosajón con el "dec". Ha subsistido la solemnidad, pero sin el funcionario. (Forma *ceremoniosa* sin funcionario.)

B) Otra dirección de la selladura se desenvuelve por cauces eclesiásticos. El carácter universal de la Iglesia católica dió a su *ius sigilli* un gran valor extraterritorial. Los documentos de los particulares que habían de surtir efecto en el extranjero se llevaban ordinariamente a la selladura eclesiástica o a las grandes hansas internacionales. Un residuo de este naufragio feudal es el notariado inglés: extravertido hacia el extranjero y colonias, los notarios de la Inglaterra actual son nombrados por el Arzobispo de Canterbury—nunca por el Gobierno inglés—y no intervienen en la contratación y testamen-

tos del interior del país, sino en la autorización de poderes y protestos que han de surtir efectos en el extranjero, y en la formalización de patentes y marcas de la propiedad industrial. Modernamente parece que levantan algunas actas con efectos para el interior, como las de sorteos de obligaciones—*deventures*—y otras.

C) Una tercera derivación del *ius sigilli* creó el papel sellado. Por la selladura se devengaban derechos fiscales, que ya regulaban las Partidas (loc. cit.). En los países latinos, en que el notariado a través de su injerto de los *iudices chartularii*, perfeccionó su técnica y arraigó firmemente, la selladura quedó poco a poco sin substancia jurídica y fué exigida únicamente como exacción fiscal. En esta pendiente crematística se llegó a vender el papel en blanco con la selladura previamente estampada. Nació así el papel de sello que durante siglos llevó impresa la cifra del año en que se vendía, como un último lamento del moribundo *ius sigilli*.

La letra de cambio ha conservado los caracteres que le imprimió el *ius sigilli*. Uno de ellos es la fuerza y transcendencia del impreso oficial con el timbre correspondiente. La falta de timbre priva a los efectos mercantiles de eficacia ejecutiva (art. 150 Ley del Timbre; sentencia T. S., Sala 1.ª, 18 nov. 1927), ni más ni menos que cuando el timbre—*ius sigilli*—era solemnidad y prueba y no impuesto. Nadie puede poseer efectos de comercio sin timbrar (152 Ley), como nadie puede poseer moneda falsa, y la inexistencia de efectos timbrados en los estancos, si bien permite excepcionalmente utilizar el papel común, es a condición de llevarse a la autoridad municipal para que lo autorice (95 Rglto. Timbre). La letra de cambio y los demás títulos de crédito tuvieron toda una gestación de siglos dentro de la fe pública notarial o sigilar. A ello debieron su fuerza ejecutiva. Por eso, repito, no es extraño que los títulos-valores tengan principios comunes con los documentos públicos.

Otra herencia que ha desarrollado perfectamente la teoría de los títulos-valores es el *principio de literalidad*, que no es otra cosa que la teoría del texto con fe pública en beneficio de tercero del B. G. B., pero sin Registro. El tenedor en virtud de *tratta* (tracto sucesivo, endoso) es tercero, y frente a él el aceptante no tiene más excepción que la de falsedad (480 C. Com.). Es decir, en este caso el *texto* de la letra aceptada tiene fe pública. El aceptante no está obligado ni a más ni a menos que lo que diga el texto, y si bien frente al librador—*giratta*—puede oponer excepciones (1.429 Ley Enjuiciamiento civil), porque *es parte*, frente al tenedor endosatario, que *es tercero*, sólo puede alegar la falsedad, la única excepción que existe contra la fe pública.

Tampoco, pues, me opongo a que la letra de cambio tenga fe pública. Es más, yo creo que el artículo 480 del Código de Comercio está bastante más cerca de la fe pública que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Consentimiento y forma

Nadie pone hoy en duda el papel del consentimiento en la perfección de todo negocio jurídico, incluso los formales. La forma, en el acto de mayor solemnidad, en el testamento notarial abierto, sin el consentimiento, no es nada. El 21 de abril de 1941 daba yo una conferencia en Barcelona, después publicada, en la que decía:

“La palabra voluntad en las fuentes romanas no es un concepto con densidad propia y fija; significa las pocas veces que, relativamente, se emplea en los textos *propósito, deseo, disposición práctica*, externa y visible, algo que la mayoría de las veces, en las fuentes mismas, se expresa con la palabra “animus”. La filosofía gótica planteó la lucha entre razón y voluntad, y empieza a tomar esta palabra un contenido y una intensidad desconocida para los romanos. Surge el concepto de voluntad como querer imperativo, como pretensión de dominio—dominio de la naturaleza, dominio de la vida contractual (la voluntad es decisiva en el nacimiento, interpretación, efectividad, impugnación, etcétera del contrato)—. En fin, surge el concepto fáustico de voluntad que había de culminar con Nietzsche y Schopenhauer en filosofía; en Derecho privado con Savigny, Zitelmann y Gierke y toda la llamada *Willenstheorie*, y en Derecho público con la teoría del contrato social de los *ius naturalistas* de la diosa Razón. Los romanos conocieron aisladamente un cierto número de contratos y los clasificaron con indudable acierto; pero no pensaron jamás en un concepto unitario del contrato y mucho menos en una construcción de la voluntad y el consentimiento informando y presidiendo no sólo el concepto, sino toda la vida del contrato, desde su nacimiento a su muerte. Post-glosadores y canonistas recogen de la filosofía gótica el concepto de voluntad, decisivo en la teología moral católica, y lo trasplantan al Derecho civil. La eficacia del contrato se basa en la voluntad concordada. “*Pacta quantunque nuda servanda sunt.*” Aquella sencilla clasificación de las obligaciones de Gayo, vista con el prisma de la voluntad, quedó llena de un contenido intenso y asombroso. Sin voluntad no hay contrato ni tampoco *maleficio* o delito, porque sin voluntad no hay ni pecado. Sin voluntad tampoco puede haber cuasi contrato ni cuasi delito.”

Consentimiento e inscripción constitutiva

Precisamente por ese papel absorbente de la voluntad no hay negocio jurídico ni derecho subjetivo voluntario—no nacido *ex lege*—que pueda tener un momento final *constitutivo*, sin voluntad. Que es precisamente el grave obstáculo del Registro español para lograr inscripciones *constitutivas*.

Superada por regla general en el Derecho privado moderno la teo-

ría de la unidad de acto—revivida tardíamente en el Derecho procesal con el llamado principio de concentración—, los hechos constitutivos de un negocio jurídico pueden acontecer, en vez de modo simultáneo, sucesivamente. La formación del negocio jurídico en este caso responde a un verdadero procedimiento. No hay plenitud de efectos jurídicos hasta que se consume el último requisito, hecho o evento (*Schlusstatsache*). Mientras éste llega puede suceder que no haya efecto jurídico alguno, que la etapa sea jurídicamente ineficaz. Pero puede suceder que cada estadio produzca sus propios efectos, que se llaman por la técnica *pre-efectos, ante efectos (Vorwirkungen)*.

La total efectividad no se logra hasta que el último evento se cumpla. Esto quiere decir que ese último evento es *conditio sine qua non* para una determinada efectividad, que es *necesario* o forzoso para lograr un resultado jurídico. Pero nunca que ese evento sea constitutivo si, en él y para él, no hay un consentimiento expreso. Punto de consentimiento, punto de constitución. Un ejemplo aclarará la cuestión: la *traditio*.

En los últimos lustros ha sido írecuente decir que los contratos únicamente producen efectos obligacionales entre las partes. Esto es así en Alemania, donde los Derechos reales y las obligaciones forman compartimentos estancos; y hay contratos obligacionales, que sólo crean obligaciones, y contratos reales, que únicamente producen derechos reales, y, por lo tanto, son abstractos. En España, el *contrato real*, en ese sentido, no existe, y además muy poca gente logra entenderlo.

Hay dos concepciones de la “*traditio*”: la hispano-bolonesa, de la *traditio hecho material* de ejecución de la compraventa—*Erfüllungshandlung*—, y la germánica del B. G. B., para los bienes muebles, en que la *traditio* es un negocio jurídico autónomo de ejecución (*Erfüllungsgeschäft*). En la primera basta el consentimiento en la compraventa. En la segunda, el consentimiento y la capacidad han de darse en el momento de la *traditio*, que consta de dos partes: una, negocio real abstracto de *traditio*: voluntad concorde de transmitir y adquirir, y otra, la entrega material. La entrega es parte integrante del negocio jurídico “*traditio*”, al paso que en Derecho español la entrega es el cumplimiento directo de la compraventa.

Una cosa es que se exija un algo más que el contrato, para producir ciertos efectos, y otra muy distinta que este algo sea un acto o negocio constitutivo. En España la *traditio* es necesaria para transmitir la propiedad. Pero la *traditio* no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo: es simplemente una *consecuencia* del contrato obligacional (art. 609 C. c.), una *peripicia del cumplimiento* de la obligación del vendedor de entregar la cosa (art. 1.462 del C. c.). No afecta para nada a la *perfección* de la compraventa traslativa, sino a su consumación. Esta consumación, como *hecho*, es lo que transmite el dominio.

La escritura, incluso en materia de derechos reales, es en España un negocio jurídico *autónomo y constitutivo*. Cierra y completa un ciclo de efectividad. Aunque después de firmada la escritura de hipoteca y antes de su inscripción fallezcan o caigan en incapacidad todos o algunos de los otorgantes, la inscripción se practica en el Registro como si conservaran su plena capacidad. El Registrador califica la capacidad y presencia de los otorgantes referida exclusivamente a la fecha de la escritura y no a la de la inscripción. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por lo tanto, al instante de la firma.

A causa de estas nociones técnicas, en el B. G. B. alemán, con independencia de un consentimiento para el contrato obligacional y otro para el acto real (bien *Einigung*, bien consentimiento formal), se exige consentimiento y capacidad de las partes en el momento de la *petición de inscripción*, que no puede, por lo tanto, realizar cualquiera, como en España en virtud del artículo 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento, que cierran el paso a todo sistema registral constitutivo. Por eso en España en las escrituras públicas, aunque documenten actos o contratos anteriores, se exige siempre en el momento de su firma nuevo consentimiento y capacidad de las partes, y en el matrimonio también es de esencia el consentimiento en el acto de la celebración, cualquiera que sea el expediente previamente tramitado y consentido. En el Código civil suizo, que proclama que sólo existe el derecho real *desde* la inscripción (aunque no *por* la inscripción, sino *por* el título), la mayoría de los autores, siguiendo a Von Tuhr¹², niegan que sea necesaria ninguna clase de consentimiento ni capacidad en el momento de la petición de inscripción, porque basta el consentimiento prestado en el título notarial, lo cual pone en grave peligro la tesis de que la inscripción en el Registro suizo sea constitutiva. Wieland, tildado de germanista entre los jurisconsultos suizos, quiere apuntalar el dogma ruinoso de la inscripción constitutiva apoyando los puntales precisamente en la petición de inscripción, para la que exige un consentimiento distinto al del acto o contrato obligacional. Wieland ve claramente que sin consentimiento en el acto de la inscripción es muy dudoso que ésta pueda ser constitutiva, aunque la inscripción haya sustituido para los inmuebles totalmente a la *traditio*, como sucede no sólo en el Código suizo, sino en el austriaco y en España para la hipoteca.

La inscripción de la escritura de constitución de hipoteca es necesaria, con la misma necesidad de la *traditio* en el artículo 609 del C. c. *Traditio* e inscripción, aun en la misma línea de eficacia, jamás en Derecho español son constitutivas. Son requisitos adicionales de eficacia, externos y posteriores al negocio jurídico, y, por tanto, distantes de ese consentimiento que es, sin duda, la raíz de toda eficacia de actos y contratos.

12. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F., 40, 1921.

Consentimiento e intermediación notarial

Recibir y configurar ese consentimiento dentro de la ley, redactar las declaraciones de voluntad, ha sido desde hace más de un milenio la labor de los Notarios. El notariado en la Europa del Sur, se vigoriza en la Historia a medida que decaen o desaparecen las formas ceremoniosas. El notariado es hijo del "espiritualismo" en la contratación. Los pobres legisladores de 1861 que se llamaron Cortina, Cárdenas y Gómez de la Serna, muertos en olor de sabiduría, cometieron un tremendo error. Creyeron que el Registrador debía inscribir y que el Notario debía "dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales" (artículo 1.º Ley Notariado). Los demás legisladores hipotecarios, hasta Aunós y Fernández Cuesta, han seguido "esta misma tendencia", que "entre el derecho y el Registro interpone la exigencia de una titulación formalista". Sin la "inscripción directa previa la necesaria calificación"—idea vieja que va desde Costa hasta Lezón—el Registro está en grave trance¹³.

Mas si todo eso aconteciera, ¿qué habría pasado? Una cosa muy sencilla: la calificación se habría transformado en autenticación notarial. El Registrador habría suplantado al Notario en la contratación de inmuebles. Pero con esto ni mengua ni crece la fe pública. Sería siempre la misma fe pública, que no iba a valer más por haber mudado de oficina. Aparte de que lo mismo se llega a esa meta registral

13. Cuando el encargado del Registro—que en Alemania, la meca del sistema, es el mismo Juez de distrito (como ocurre en España con el Registro civil), pues no hay funcionarios especiales—recibe directamente—principio de intermediación—el consentimiento de las partes, hay tramitación; pero no calificación ni principio de legalidad, que se refieren a documentos y no a personas presentes. Así HEDEMAN, en *Die Fortschritte des Zivilrechts in: XIX Jahrhundert*, tomo 2.º dice: "... el pesado principio de la legalidad fué superado, eligiéndose como base para la registración al consenso abstracto de las partes liberado de todo aparato de la "causa praecedens", pág. 258. "Aquella Auffassung... está ideada como una abstracta declaración de voluntad, completamente desligada de la causa (quiere dejar de ser propietario, quiero ser propietario, nada más), y entra así en oposición con el principio de la legalidad, por el cual el Registrador no se contenta con meras declaraciones abstractas de las partes, sino que investiga el negocio causal subyacente, quizá el convenio de compra, y examina su validez (principio de legalidad)". pág. 259.

En buena parte de Alemania no existió el notariado en sentido latino, y a veces en ningún sentido, y sus funciones las desempeñaba el Juez territorial o de distrito o alcaldes o escabinos en funciones judiciales. Que el B. G. B. encomendara Registro y *Einigung* al Juez como encargado del Registro no era más que seguir el padrón tradicional. En Baviera, donde había un fuerte notariado de tipo latino, se suspendió la entrada en vigor del B. G. B. en cuanto al Registro de la Propiedad y las hipotecas hasta 1910, en que por Ley se dió al Notario la intervención exclusiva en la *Einigung*, consentimientos formales, etc., quedando las cosas en un estado casi igual al del Código suizo, que en la práctica de notaría y registro apenas se diferencia de la española. En Baden los Registros se llevan por empleados municipales, bajo la dirección e inspección de los Notarios.

haciendo a los Registradores Notarios que a los Notarios Registradores. Y si de lo que se trata es de simplificar y concentrar oficinas en bien del público, lo lógico sería llevarlo todo al Catastro, que, al fin y al cabo, la finca es el eje del sistema. Una oficina maravillosa que concentre lo que hoy es Catastro, Abogacía del Estado, Notaría y Registro, y en vez del ejercicio privado de la función notarial en despachos llenos de intimidación y recogimiento, un régimen de ventanilla y cola, característica esencial de todo buen servicio público, mostraría a los otorgantes las excelencias de la nueva fe pública registral. Lo que no es fácilmente comprensible es que la fe pública en cuanto la maneje un Notario sea una pobre presunción *iuris tantum* y en cuanto la maneje un Registrador sea una imponente presunción *iuris et de iure*; que el consentimiento de las partes se proclame lo esencial y los artifices seculares de ese consentimiento queden cesantes para entregar sus mismas funciones típicas a otros funcionarios que no las han tenido nunca, y que como corporación, según me consta, expresamente rechazan.