

Fe pública y seguridad jurídica

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad, Secretario de la Sección de Derecho Inmobiliario y Notarial del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Apartándose incluso de la significación etimológica de la palabra “fe” o de la locución completa “fe pública”, como creencia pública, nota objetiva que podría caracterizarla, hay quien, como ORELLANO, sólo alude a tal efecto en función de la autoridad de que está revestido determinado funcionario, a cuya presencia han tenido lugar los hechos o actos jurídicos publicados. De este modo el concepto fe pública, más que representar un instituto en la teoría general del Derecho civil o procesal, es simple instrumento al servicio de la caracterización y definición de un grupo de funcionarios. Por eso se ha dicho que es “un atributo de la propia calidad de notario, y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto *cualquiera con su firma*, le impone autenticidad”. Muy extraordinario debió parecer al propio autor que, para llegar al concepto abstracto de fe pública, hubiera que derivarlo de una nota definitoria funcionarista, apresurándose a añadir un inciso final, a tenor del cual la intervención del escribano reviste al documento “de autenticidad, que es lo que, en el fondo, implica la fe notarial de que es depositario”¹.

Realmente, por este camino podría llegarse a consecuencias sorprendentes en todos los institutos jurídicos. El Registro de la Propiedad sería tan sólo una derivación objetivada de una cualidad casi personal atribuida a determinado grupo funcional. Y el texto de la Instituta que define “*Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*”², fácilmente serviría de argumento para fundamentar toda la teoría de la Justicia en el “*imperium*” de los magistrados. Estamos, pues, en presencia de una doctrina o un grupo de doctrinas que en lugar de ver en el ejercicio de la fe pública por uno

1. ORELLANO: *Curso de Derecho Notarial*. Montevideo, 1938, I, pág. 69.

2. GAIO: IV, 103.

o varios grupos de hombres la simple aplicación práctica de una idea necesaria a la Justicia o a la seguridad jurídica; en vez de estimar a esos hombres como simples instrumentos de realización de una abstracción que, sin instrumentación en la vida real, en el comercio jurídico, carecería de otra eficacia que la de una especulación teórica, construyen su concepto, induciéndolo de la nota subjetiva del modo de su realización. Ni el "ius negotia per aes et libram" aparece con el nacimiento de un "librepens" de mágico poder, ni el "ius actorum confidendorum" responde a la exigencia de dar aplicabilidad a una personalísima cualidad del primer tabelión. El primero es consecuencia de la institución del cobre como rudimentaria moneda (aes rude) substitutoria del "pecus", módulo del valor de cambio, y el segundo nace al debilitarse el régimen de oralidad en que se desenvolvía la "stipulatio"³, hacia la decadencia del período republicano clásico.

Es más notorio que el escribano comparte con otros empleados públicos esa autoridad de que él y los demás invisten a determinados actos o documentos⁴; se hace preciso aducir cómo esa misma autoridad de lo legítimo es compartida por meros objetos materiales, en cuya estructuración ni elaboración (en sentido jurídico) no interviene funcionario alguno que los invista del pretendido carácter sacramental destilado de sus manos: aludimos a la moneda, los títulos, valores, etcétera.

El Estado es quien otorga fe pública y reconoce eficacia legal de toda índole a los títulos u objetos investidos de ella. Lo prueba el castigo que aquél lleva a los Códigos penales y a las leyes especiales contra la falsificación. MOMSEN encuentra las primeras normas romanas punitivas en punto a deslealtades en el comercio dinerario, en la época de Mario, aunque es en la "Lex Cornelia de falsis" donde la estructuración de los atentados contra la fe—bien jurídico objetivo—de que se reviste la moneda acuñada. En un estatuto local de la ciudad de Mylasa, en Karia, perteneciente a la época de Severo, se reputa falsificación el ejercicio libre de la profesión monopolizada de banquero y cambista; y en tiempo de Constantino estos delitos fueron incluidos en el número de aquellos que consistían en arrogarse facultades propias de los magistrados, y, como tales, de lesa majestad, y sus autores eran castigados con la pena de muerte, agravada por la forma de ejecución⁵. El Código penal español configura entre las falsedades tipos delictuales que, como la falsificación de la estampilla

3. BÓNIFANTE: *Corso de Dir. rom.*, III, pág. 135. y *Scév. D.* 45. 1.122. y *Paulo*, D. 45, 1.126, 2.

4. AZPEITIA: *Legislación Notarial*, 1932, pág. 61 y siguientes. Aparte esto, debe pensarse en los que la Ley de Enjuiciamiento civil califica de "títulos que llevan aparejada ejecución" (art. 1.429), en que al lado de los notariales se reconoce la misma eficacia y solemnidad a determinados actos realizados ante el Juez, y a los "solemnizados" por agentes de cambio y corredores de comercio, todo ello sin contar la letra de cambio cuya significación aludimos en el texto y a continuación.

5. MOMSEN: *Derecho penal romano*, trad. esp. Dorado, s. í., II, págs. 144-145.

o sello del Jefe del Estado o sus Ministros, el sello de una representación extranjera en España, el de las marcas de fieles contrastes el de las contraseñas de Tribunales, Oficinas públicas, Empresas privadas y monedas, pueden calificarse de verdaderos delitos contra la fe pública. La simple circunstancia de negarse a admitir moneda o papel moneda reputado legítimo por el Estado acarrea sanción para quien pone en peligro la seguridad jurídica general, negando la fe pública de que éste ha investido a su módulo de cambio.

Otro tanto podríamos decir cuando la duda se refiere a documentos típicos calificables de títulos de valores. Destaquemos en este punto la significación de la letra de cambio, que, revestida de efectos procesales máximos en la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.429, 5.º), no han sido solemnizadas por funcionario alguno y sí sólo por las firmas del librador y aceptante como esenciales. La naturaleza de la fe pública como bien jurídico objetivo que el Estado confiere en vista de circunstancias ajenas a la presencia de un funcionario aparece clara. De igual modo de la moneda, la letra de cambio tiene una autenticidad insita en su propia naturaleza y función, y, a menos de admitir que todas las personas capaces de suscribir una letra están investidas de fe pública, hay que pensar que ésta deriva de un simple mandato legal, sin que contradiga esta conclusión la exigencia en su forma de ciertos requisitos que son propios de los documentos típicos⁶.

Esta posición del problema nos sitúa entre quienes objetivan el concepto de la fe pública como creencia común acerca de algunos hechos o actos y digna de tutelarse por la Ley (FILANGIERI)⁷, como fe sancionada por el Estado (PESSINA), como una realidad cuya positivación nace de la interposición de la soberanía (CARRARA), para desembocar recientemente en la nota de coacción del Estado como base de la fe pública (SANAHUJA)⁸.

Ello implica un paralelo de conceptos insitos en la misma idea. El del artículo 415 del Z. P. O. germánico, para quien a la fe impuesta coactivamente a la sociedad por el Estado debe corresponder una buena fe en quienes la ostentan como facultad funcional. Es decir, que junto a la "fe pública-creencia colectiva" funciona la "fe pública-probidad en quien usa de ella", doctrina que, elaborada por el Derecho civil⁹, ha sido aceptada por los Códigos penales, que sólo amparan bajo su ámbito punitivo los bienes jurídicos realmente dignos de protección. La falta de verdad por el funcionario que hubiere intervenido en el otorgamiento de un documento público implica la

6. El art. 444 del Código de Comercio cumple, respecto a la letra, idénticas funciones que el 147 y siguientes del Reglamento notarial en cuanto a los instrumentos públicos, y el 9 de la Ley Hipotecaria y 61 de su Reglamento, en función de las inscripciones registrales.

7. NAVARRO AZPEITIA: *Teoría de la autenticación notarial*, Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 678.

8. SANAHUJA SOLER: *Tratado de Derecho Notarial*, 1945, pág. 15.

9. GORPHE: *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928. SILVEIRA: *A boa fe no direito civil*, S. Paulo, 1941.

sanción penal correspondiente y origina una responsabilidad disciplinaria civil (arts. 143 y 146 R. N.), independientemente de la ineficacia del documento. También en las leyes municipales de comienzo del Imperio romano y en las Constituciones de éste se castigaba como irregularidad en el ejercicio de funciones públicas el llevar el protocolo de modo inconveniente¹⁰, aparte las sanciones aparejadas en la llamada "Lex Cornelia de testamentis" o "de falsis", a que ya hemos anteriormente aludido.

Acabamos, pues, de referirnos a las dos posturas extremas que fundamentan la fe pública, para inducir más tarde su concepto. Las notas características utilizadas han sido subjetiva (autoridad nacida de la presencia de un funcionario investido de facultades extraordinarias) u objetiva (coacción del Estado que obliga a creer en la verdad de ciertos signos materiales y documentarios); por nuestra parte, no hallamos contradicción ni antinomia entre ambas posturas, que, en definitiva, no son sino aspectos distintos de una raíz común al problema de la seguridad jurídica.

Parece comprobado que tal vez la más poderosa influencia recibida por el ordenamiento jurídico de entre los elementos metajurídicos es la de la Moral. En el Derecho romano primitivo se constante ésta en las llamadas "boni mores", cuya presencia aparece como permanente y se revela en los textos del Digesto que distinguen entre lo lícito y lo honesto como sinónimos de lo "justo legal" y lo "justo moral"¹¹. Esta misma distinción implica ya el concepto de la fe—la buena fe en este caso—como instrumento para y de la realización del Derecho. No es preciso recordar la trascendencia ulterior y del concepto tanto en los institutos jurídicos relativos a las cosas y los derechos constituídos sobre ellos (v. g.: la "praescriptio" y la "usucapio") como en la clasificación y efectos de las obligaciones. Pero es que, además de la buena fe jugando como presupuesto de la voluntad originadora de efectos jurídicos, por extensión del concepto, puede hallarse una nueva significación de la "fides", singularmente útil a nuestro estudio. En este sentido, "fides" equivaldría a "vinculación", designando primitivamente el acto por el cual una persona se entregaba a la potestad de otra; más tarde "encerraría en su significación las razones o causas que justificaban esta vinculación, siendo equivalente a "tengo fe, confianza", y de aquí, en una consideración de reciprocidad, "merezo la fe de alguno"¹².

10. MOMSEM: Op. cit., pág. 333.

11. PAULO: D. 50. 17, 144. pr.

12. URSICINO ALVAREZ recuerda, para llegar a esta conclusión, la tesis de Fraenkel, Heinze y Beseler, y el significado de las frases "fidem alicutus me dedo" (yo me entrego a otro fin de que éste quede vinculado a mí), "fidem alicui habeo" (tengo fe en alguno) y "fidem alicui facio" (merezo la fe de alguien). "Fides" representa, en la mitología romana, la garantía divina del cumplimiento de las obligaciones, aunque estuviesen desprovistas de protección jurídica, hasta el punto de que Ennio encuentra una adecuada sinonimia entre "fides" y "alma",

Sin este fundamento sacramental, la fe, la buena fe y la creencia en lo que está revestido de autoridad respaldada en la verdad o en una presunción "iuris et de iure", es uno de los conceptos pantónomos en que se basa todo el sistema jurídico. La "possessio" desempeña análoga misión respecto a la prueba del dominio de cosas muebles; la simple tenencia de un título valor al portador es justificación suficiente para el ejercicio de los derechos de él nacidos; la prescripción adquisitiva instantánea de las cosas compradas en tiendas o establecimientos abiertos al público, y el mismo fundamento de la sucesión intestada, basada en una voluntad presunta, son otros tantos jalones en una carrera de "ficciones necesarias" sobre que edificar el Derecho.

No hemos de intentar penetrar nosotros—juristas, no filósofos— en la raíz última de la ficción "bona fides". El concepto en sí es metajurídico y a nosotros sólo interesa en cuanto influye en las relaciones del Derecho. Lo que sí debe admitirse como positivo es su necesidad para el servicio de la "seguridad jurídica", el fin inmediato del Derecho, aunque para ello haya que sacrificar algo del fin mediato, la realización de la Justicia. Ciertamente que, como antes hemos recordado con las frases de Paulo, puede haber grave distancia entre lo "lícito" y lo "honesto"; por duro que sea confesarlo, por expuesto que se halle quien tal afirme a ser tachado de adscripción a un positivismo trasnochado, reconozcamos que en la antinomia no probada—y en ocasiones también en la probada, art. 34 L. H.—el jurista ha de atenerse a lo justo legal, sin penetrar, sino en cuanto la propia ley lo permita, en el terreno de la "aequitas". De no ser así padecería la confianza pública en los mandatos coactivos del Estado, en el orden jurídico mismo y en el Derecho, en fin.

Explicando la Instituta los casos en que se da la "actio de peculio", afirma: "In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestium erit, in solidum praetor actionem in patrem dominive comparavit, et recte quia qui ita negotium gerit, magis patris quam filii ser vive fidem sequitur". Y es que si efectivamente el pretor otorga una acción amplia contra el padre o el dueño que autorizó el negocio, es justo, "porque el que hace el negocio en estas condiciones, lo hace fiándose más del padre o del dueño que del hijo o del esclavo"¹³. La simple posesión del peculio por parte de cualquiera de éstos permite a quien con ellos se obliga a suponer que la responsabilidad de sus actos es derivada por la Ley a aquel de quien reciben capacidad y bienes, de aquel a quien—provisionalmente—representan. La interposición de la voluntad de "pater familias" se presume. Así lo aclara el propio GAIUS en otro texto al explicar el juego de las acciones "exercitoria" e "institutoria". "Tunc autem exercitoria locum habet,

y en el templo de la primera se custodiaban los "diplomata militaria" y otros documentos.

13. GAIUS: IV, 69 y 70.

cum pater dominusue filium seruinae magistrum nauis preposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui prepositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominusue contrahi uideatur, acquissimum esse uisum est in solidum actionem darie..."; lo que también se estima justo, porque ese negocio "parece que se ha hecho" con la voluntad del padre o del dueño¹⁴.

Tienden estos ejemplos a demostrar nuestra tesis de que la seguridad jurídica se construye unas veces de normas prohibitivas, inderogables por la voluntad individual o colectiva, a la cual se superponen cualitativa y, tal vez, cronológicamente: otras, de simples "invitaciones a creer" en hechos o actos jurídicos y, a veces, en simples hechos materiales, a los que la necesidad de estructurar coactivamente la sociedad atribuye consecuencias en la esfera normativa. Por eso hemos calificado antes estos "presupuestos" como conceptos pantómonos, lo que, si no implica una autonomía ideológica porque tienen su raíz en otros, sí hace alusión a su carácter de pilares sobre los que edificar necesariamente el edificio jurídico. Del mismo modo que en el terreno de lo trascendente hay unos principios incommovibles y cuya significación y alcance no nos es, en ocasiones, revelada, principios sin los cuales es imposible avanzar un paso por el camino de la fe, así también vemos nosotros, en las ficciones a que obliga la seguridad jurídica, los "presupuestos" de que partir, y que, si no son indiscutibles, sólo pueden contradecirse probando su falsedad, en el caso concreto en que juegan, salvándose, no obstante, su subsistencia para el sistema jurídico abstracto.

Entre estos presupuestos y al lado de verdaderos artículos de fe, como el de la soberanía del Estado para exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y la restauración del orden violado, funcionarán otros presuntivos: el de la exclusión de la ignorancia como posible eximente de responsabilidad por aquellas mismas violaciones, el de la buena fe jugando, como antes apuntábamos, en muchas instituciones reales y obligaciones, y el de la fe o creencia en la veracidad de determinados documentos reveladores de actos o negocios jurídicos; en definitiva, el principio de la fe pública, cuya misma naturaleza presuntiva le impide regir frente a las realidades contrarias. Es decir, que si, como ya hemos dicho, la soberanía coercitiva es "per se" indiscutible, las presunciones como las que protegen la fe pública son sólo "invitaciones" a creer, según las hemos calificado, aun cuando estas presunciones no deriven de un simple juicio lógico, sino de las consecuencias vinculatorias que el ordenamiento otorga a éste.

Si, por nuestra parte, hubiéramos de propugnar un concepto de la fe pública, no dudáramos en adscribirnos al grupo de quienes la fundamentan en consideraciones puramente objetivas, independizándola del dato que proporciona su ejercicio por determinado grupo funcionarista. La fe pública podría así estimarse como presunción

14. *Instituta*, IV. 71.

que, fundándose en la propia soberanía del Estado, obliga provisionalmente a creer como auténticos determinados signos, o como ciertos los documentos que reflejan determinados negocios jurídicos formales, a fin de servir al fin inmediato del Derecho: la seguridad jurídica¹⁵.

Nos damos perfecta cuenta de la tendencia descriptiva de nuestra definición y las objeciones metodológicas que, por ello, puede merecer. Sin embargo, nos parece haber destacado suficientemente las notas que pueden perfilarla en que a nuestro estudio interesa.

En el examen de sus notas caracterizadoras prescindiremos de la idea que vincula su naturaleza al instituto procesal de las "presunciones", por entenderlo suficientemente explicado. Baste solamente decir que cuando usamos de este término aludimos a las denominadas "iuris tantum", porque, aun sin recoger el problema de si las "iuris et de iure" comparten la misma naturaleza o si constituyen normas prohibitivas, son las que más directamente se relacionan con la provisional veracidad que se presta a las declaraciones o a los signos investidos de fe pública. Naturalmente, tampoco desechamos las últimas, porque no en vano hemos afirmado antes que esa veracidad provisoria, esa coerción del Estado para imponerla, se hace también efectiva a través de normas prohibitivas civiles y penales.

Cuando hablamos de caracterización objetiva del concepto de fe pública, insinuamos dos eliminaciones de otras tantas ideas:

15. A título informativo, recogemos distintas definiciones formuladas, que transcribe GIMENEZ ARNAU, *Introducción al Derecho Notarial*, Madrid, 1944, pág. 23 y siguientes. Así resulta que en el concepto de ESCRICHE (*Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, pág. 976) la fe pública tiene las acepciones siguientes: "Creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice: la palabra que se da o la promesa que se hace a otro con ciertas solemnidades o autenticidad; la fidelidad en el cumplimiento de las promesas; la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir la cosa deseada o prometida; el dictamen de la conciencia, en cuya acepción se llama fe; la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena; la equidad considerada en los contratos (contratos de buena fe); la seguridad o aseveración de que una cosa es cierta y el testimonio o certificado en que se da certeza de alguna cosa."

FERNÁNDEZ CASADO (*Tratado...*, t. I, pág. 142) ha afirmado de ella que es "relación de verdad entre el hecho y el dicho".

GONZALO DE LAS CASAS (*Diccionario*, t. V, págs. 105 a 107) vuelve al criterio subjetivo definiéndola como "presunción de veracidad respecto a ciertos funcionarios, a quienes la Ley reconoce como probos y veraderos, facultándoles para darla a hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos".

MORÓN LIMINIANA—en un trabajo inédito cit. por LAS CASAS—señala como elementos integrantes del concepto los de testimonio, solemnidad y presunción de veracidad. Lamentamos no haber podido disponer de este trabajo que tanto se aproxima, en su última nota, a nuestra concepción de la fe pública.

TIRSO DE LA TORRE descubre dos aspectos en la voz fe pública (*Comentarios*, pág. 97): "En su significación jurídica, el concepto de dar fe equivale a atestiguar solemnemente; en un sentido puramente gramatical, dar fe no es afirmar un hecho, sino dar crédito a lo que otra persona o entidad manifiesta. De un lado, el dar fe supone acción; del otro, pasividad; afirmar es acto positivo, creer lo que otro afirma es meramente pasivo..."

a) La concepción de la fe pública como derivación de un personal privilegiado. Ya hemos aludido a la razón fundamental de que aquélla se presta también a signos (monedas, títulos, valores, billetes de Banco) en cuya circulación o puesta en marcha no interviene ningún funcionario; pero anotemos también lo mismo que ha sido en la historia jurídica la atribución exclusiva de la facultad interpretativa de las leyes a determinados individuos y a título personal¹⁶.

b) La confusión de las ideas "buena fe" y "fe pública", que, si hacen relación a dos aspectos distintos de la misma institución especulativa (fe), acusan una perfecta inarmonía en cuanto a su trascendencia en el campo jurídico.

Con acierto se ha escrito que la buena fe es un estado psicológico individual o colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias. En este sentido viene a ser como un concepto social insito en la vida jurídica.

Por el contrario, la fe pública es también un estado de creencia, pero no espontánea, que, protegida por la coacción, nos obliga a creer en los signos o solemnidades que la configuran, en la veracidad de lo que a su amparo se declara. Aquí viene tan fácilmente a las mientes el contraste, que parece imposible soslayarlo: la fe pública no es un concepto social insito en la vida jurídica, sino un concepto jurídico exclusivamente.

Buena fe es, pues, un concepto subjetivo, una creencia espontánea que en esa misma espontaneidad fundamenta su eficacia y la de los actos jurídicos en que media; fe pública es una idea objetiva, que se apoya en la de "autoridad" que—forzadamente—otorga calidad.

Aunque parece que fueran dos conceptos tan distanciados y de órbitas de actuación tan distintas, es lo cierto que, en ocasiones, entran en colisión. La solución de los conflictos acusa una tendencia favorable al prevalecimiento de la buena fe sobre la coacción que obliga a creer. Aludimos a los efectos llamados legitimadores de la inscripción, singularmente recogidos en los artículos 34 L. H. y 1.743 C. c.¹⁷.

16. Contra una situación parecida, en que buena parte del Derecho se ha transformado en materia atribuida a los Pontífices (determinación de los días "fastos", y de las "res religiosae"; devolución de los "sacra privata" en caso de sucesión, etc.), reacciona CNEO FLAVIO, esclavo y secretario de APPIO CLAUDIO CAECO, al divulgar las fórmulas sacramentales de nacimiento a un derecho nuevo, el "ius flavianum", a mediados del siglo v. que se completa con la divulgación llevada a cabo por SEXTO AELIO, el curul y censor hacia el 536. También su nombre se incorpora por influencia del eco popular a una nueva denominación del Derecho, el "ius aelianum" o "tripertita", que comprende ya el texto de las XII Tablas, la interpretatio y los ritos de las "legis actiones" (CICERÓN, *Pro numeria*, II; POMPONIO, D. I, 2, 2, 6; D. I, 2, 22, 7 y 38). CICERÓN atribuye al jurista una función principal "agere"—llenar la misión de defensa y petición—y otra accesoria "cavere"—redactar los actos jurídicos, componer fórmulas (*De oratore*, L. 48 y III, 33)—.

17. G. DEREUX: *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905, página 301.

La Ley prusiana de 5 de mayo de 1872 mantiene las exigencias de la buena fe para consolidar las adquisiciones por virtud de la inscripción (art. 9); el Código civil germánico deniega la protección del Registro a quien haya conocido su inexactitud (art. 892); el suizo extiende la exclusión de ella al tercero que ha conocido o debido conocer la inscripción (art. 974), y el Código civil húngaro exceptúa de la protección derivada de la "fides publica" a quien no hubiera obrado inspirándose en la buena fe por saber que el contenido del Registro no era exacto o no estaba completo¹⁸.

La Exposición de Motivos de la Ley Reformadora de 30 de diciembre de 1944 se orienta en el mismo sentido al extender la protección legitimadora a quien contrata de buena fe según el Registro; porque "la ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario".

Pero, para no adelantar ideas, y antes de precisar las relaciones entre los conceptos "fe pública" y "fe pública registral", conviene referirse a la posición de aquélla en la situación jurídica.

Antes dijimos que esa posición se insertaba, bien en la teoría del acto jurídico, bien en la de la prueba, porque, en definitiva, la idea misma de fe pública, derivándose de la de "calidad" o "presunción vinculada a solemnidades", se adscribirá a una u otra en función de la substantividad que se le otorgue; es decir, que si dichas solemnidades operan como requisito constitutivo del acto insito, nos hallaremos en la primera de aquellas posiciones, y si sólo están encaminados a preconstituir una prueba del mismo, aceptaremos forzosamente la segunda. Examinemos cada uno de ellos:

A) Las solemnidades insitas en la fe pública y la doctrina del negocio jurídico. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1947, dictada en recurso de casación por infracción de ley, contiene la siguiente doctrina: "Que confunde el recurso, de una parte, el concepto de existencia del dominio con el de su inscripción en el Registro, y, de otra, la celebración del contrato, con la formalización del mismo en escritura pública, debiendo tenerse en cuenta que...—salvo las especiales normas establecidas para la hipoteca—la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derecho, sino declarativa, o sea que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro, aunque mediante la inscripción se fortalezca la posición jurídica de sus titulares, y siendo de recordar, en cuanto al segundo de los aludidos extremos, que, a tenor del artículo 1.278 del Código civil, los contratos tienen fuerza de obli-

18. DON JERONIMO GONZÁLEZ ha sintetizado la situación del problema con la siguiente frase: "... de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión de buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe", *Principios Hipotecarios*, en la edición completa de sus obras, Ed. M. Justicia, t. I, pág. 400; 1948. Vid. S. 11-II-1946.

gar, cualquiera que sea su forma, siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales para su validez...”

Una tal doctrina jurisprudencial zanja “ab initio” cualquier intento de atribuir a las solemnidades de forma—y consiguientemente a las que invisten un acto de “fides pública”—transcendencia distinta de la de un simple requisito no esencial. Podríamos adentrar nuestras consideraciones por el camino de la significación de la forma en la doctrina actual e histórica, con abundancia irrefragable de datos en contra. Sin embargo, limitaremos nuestro intento a una breve alusión, tomada de una nota publicada por nuestra modesta pluma ¹⁹.

Participando ya de la tesis que más arriba hemos expuesto, decíamos entonces cómo en el campo jurídico privado la publicidad contribuye de modo importante al fin de seguridad jurídica, que la teleología tradicional atribuye al Derecho. Preciso es que los derechos y las obligaciones sean perfectamente conocidos en su extensión y límites, no sólo por el propio interesado o interesados, sino también por la sociedad toda que, activa o pasivamente, funciona en los llamados derechos absolutos.

Las propias normas jurídicas necesitan de esa publicidad. Para asegurarla, procedíase en Roma a fijarlas en lugares públicos ²⁰, y nuestro Código civil ordena su inserción en los periódicos oficiales, como punto de partida para la necesaria ficción de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Del mismo modo el hombre ha tratado siempre de revestir de solemnidades públicas sus relaciones jurídicas. Cuando la pesada del cobre dejó de ser práctica por la introducción del dinero amonedado, Roma conserva aún la intervención del “libripens” y los testigos, como forma de publicidad primitiva. Y a igual razón debióse probablemente que el Derecho civil exigiera la “mancipatio” o la “in iure cessio” para la enajenación de las “res mancipi” de gran valor. Las mismas solemnidades con que se contraía la obligación en el “nexum” ²¹ a la seguridad en el deudor una responsabilidad más rigurosa ²¹.

Ciertamente que en las legislaciones modernas domina la idea de que la validez de los negocios jurídicos no debe subordinarse a la observancia de cualquier forma en particular, salvo prescripción especial de la Ley (art. II del C. suizo de las Obligaciones); pero, como reconoce el profesor ALVAREZ, “el orden jurídico exige muchas veces que la voluntad de las partes se exteriorice en una forma determinada, con tipos datos, y sin cumplir los cuales no logra revestirse de sanción, ni producir efectos jurídicos válidos” ²². Por ello los ordenamientos actuales usan del imperativo de la forma como medio para

19. A. GALLARDO: *Publicidad y firma en el Derecho inmobiliario actual*, en el Bol. Inform. Minist. Justicia, junio 1947.

20. R. MONIER: *Manuel élémentaire de Droit romain*, I, 1941, pág. 548.

21. BUCKLAND: *Ritual acts and words*, en *Zeitschrift Koschaker*, 1939, I, pág. 19. HUSSELR: *Mancipatio*, en *Z., der Sav.* 1930, pág. 478.

22. U. ALVAREZ: *Apuntes de Derecho romano*, 1944, pág. 307.

la consecución de fines políticos jurídicos: como garantía de prueba para lo futuro, para asegurar la publicidad de ciertas relaciones de interés general, para aumentar la capacidad de circulación de los derechos de crédito representados gráficamente en los títulos de valores, o, sencillamente, para excluir defectos psicológicos en ciertos negocios, cuya perfección impremeditada puede aparejar consecuencias perjudiciales para ambos o uno sólo de los contratantes²³.

Pero en las etapas más atrasadas de la evolución jurídica, la forma tiene una significación totalmente distinta. En ellas no es una creación artificial del legislador—se afirma—, no es algo que se inserta en el negocio, por sí simple, sino la expresión necesaria del negocio mismo. En un cierto estado de éstos, no es posible un obrar jurídico de otra manera que mediante formas; sólo la palabra solemne, el acto ceremonial, tiene efectos jurídicos. El Derecho romano pasó largo tiempo por la etapa de rigor formalista, y muchos residuos de ella persistieron, debido al carácter conservador que le define. Esto aclara el que en la época clásica puedan contemplarse, al lado de unos tipos de negocios jurídicos nuevos, completamente libres de forma, una multitud de los antiguos solemnes²⁴.

No es sino por un progreso lento y continuo cómo las solemnidades primitivas de que estaban rodeadas las convenciones han debido simplificarse, y cómo el Derecho romano, sea por el perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por influencia de los usos y costumbres de los pueblos vecinos, ha llegado a sancionar en las cuatro clases de negocios jurídicos contractuales “*verbis*”, “*litteris*”, “*re*” y “*solo consensu*”. Para confirmar nuestra tesis de la fe pública inserta en la idea de la necesidad jurídica y del orden público, es utilizable el ejemplo de la “*stipulatio*”, que arranca su carácter de un firmísimo abo-lengo religioso que ha puesto de manifiesto Dionisio de Halicarnaso y que recoge la *Instituta*²⁵.

Así, ha podido reconocerse que, en determinado momento de la historia jurídica, la eficacia del negocio jurídico se basa no en el consentimiento prestado, sino en las solemnidades adoptadas, que vienen a constituir durante muchos años la verdadera causa de la obligación.

Ahora bien, MITTEIS y STEINACKER han puesto de manifiesto cómo la forma escrita tuvo escasa transcendencia hasta fines de la República, extendiéndose entonces no sólo a los contratos de suyo escritos (literales), sino también a las donaciones de cierta cuantía, al libelo de repudio y aun a los negocios típicamente orales, como la estipulación y la “*mancipatio*”, que, a partir de ese momento, suelen ser objeto de documentación²⁶. Pero nótese que, no obstante, jamás en Roma la forma escrita tuvo carácter constitutivo, revistiendo únicamente el carácter de prueba privilegiada de la existencia del negocio

23. JÖRS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, 1937, pág. 131.

24. DE FRANCISCI: *Il Trasferimento de la proprietà*, 1942, pág. 129.

25. GATO: III, 93, *infine*.

26. MITTEIS: *Römisches Privatrecht*, I, 1908, pág. 290 y s.

jurídico²⁷. En lo que a la publicidad documental hace referencia, parece admitido que hasta el siglo III después de Cristo Roma sólo conoció el escrito privado notificado a los particulares, mediante la exposición en lugares concurridos. A partir de aquella época se inicia la documentación pública (Severo, Fr. Vat. 266), y es el Derecho imperial quien instituye funcionarios especiales investidos de la potestad de dar fe en los contratos pasados entre particulares (“*ius actorum confideciendorum*”).

Pero el requisito de la publicidad escrita sigue sin ser esencial para la existencia del negocio jurídico, salvo en casos excepcionales (insinuación de las donaciones superiores a quinientos sueldos, en el Derecho justiniano; el “*libellus repudii*”, desde Teodosio II y Valentiniano III)²⁸. La utilización de los papiros no se consagró hasta fines de la época imperial²⁹.

CORNIL ha sostenido que la insinuación solemne (“*allegatio apud acta*”) llegó a constituir solemnidad análoga a la actual inscripción en los protocolos notariales o en los registros públicos, toda vez que dotaba de carácter presuntamente veraz no sólo a la fecha del acto insinuado, sino a su total contenido. En razón de esta ventaja, la insinuación que, como se ha dicho, sólo era necesaria para donaciones excepcionales, bien pronto fué utilizada para formalizar distintos actos jurídicos, porque “las actas públicas—dice STOUFF—presentaban sobre los escritos privados una gran superioridad, que hizo general el uso de la insinuación”. En la mayor parte de los contratos del siglo VI se encuentra una cláusula relativa a ella, en la que se la prevé como medio privilegiado de prevenir la prueba, caso de discrepancia acerca del cumplimiento de la obligación contenida, de su existencia o de la interpretación de sus actos. En realidad, el documento privado podía ser ocultado o falseado. Si el autor de un “*chirographum*” negaba su escritura, había de procederse al cotejo literal e incluso a la “*collatio instrumentorum*”. Para evitar estas dificultades, Justiniano aconseja a las partes publicar sus convenciones ante los Magistrados que poseen el “*ius actorum*”³⁰. Los numerosos actos de venta, permuta, pago, traditio, etc., que se poseen demuestran la no excesiva aceptación de este consejo del Emperador.

No obstante, CORNIL aporta un documento de tradición inmobiliaria, que demuestra cómo—cuando no era aludida a través de una cláusula de “*constitutum possessorium*”—la solemnización del acto se cumplía en la siguiente forma: Por lo general, el comprador, provisto de un escrito emanado del vendedor (“*epistola traditionis*”), comparecía ante el Magistrado con jurisdicción en el lugar donde el inmueble estaba sito, a fin de que se procediese a la “*corporalis intro-*

27. PAULO: Sen. 5. 7. 2; C. 8, 37, 14, e I. 3, 19 y 12.

28. C. 5, 17, 8, pr.

29. BIZARRI (Dina): *Gli studi sul documento privato*, en Arch. Guir. Serafini, CXIII, 1935, pág. 135, citada por N. LAGOS.

30. Nov. LXXIII, VII, 3.

ductio" del adquirente ("solemnen traditionem celebrari") y se substituyese en los Registros fiscales el nombre del vendedor por el suyo propio, insinuándose a continuación la carta de tradición con el acto de venta ³¹.

Para acabar de fijar la situación y trascendencia de la solemnización de los negocios jurídicos en Roma, a efectos de la fe pública, parece interesante destacar cómo al lado del "nomem transcriptium" y de su correspondiente anotación en el "codex" del acreedor con consentimiento del deudor, existen ya en la época de Gaio otras dos formas de contraer obligaciones "litteris". Aludimos a los "Chyrographa" y "synagrapa", que, presentados por algunos autores como modos singulares de obligarse, han sido finalmente reconocidos como simplemente aptos para los peregrinos a quienes estaba negado el "nomina transcripta". Así lo recoge la Instituta al decir ³²: "Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et synagrapis id est inquis debet se, aut daturum se scribat, atque scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationes populi peregrinorum est." Pero, por lo que a su efecto obligatorio hace relación, hásele opuesto una objeción deducida de la redacción gramatical del propio texto. Efectivamente, la frase "si eo nomine stipulatio non fiat" sólo es explicable si el Chyrographum no es más que un medio de prueba, pues si hay estipulación, es evidente que el deudor se obliga "verbis" y no "litteris". Sin embargo, los partidarios de la substantividad de las nuevas formas solemnes y escritas para obligarse han hallado bajo Justiniano elementos suficientes para sostener su opinión, frente a la nuestra, de la significación de simple medio de prueba. Si el deudor deja de usar durante dos años de la facultad que tiene para oponer al Chyrographum la "exceptio nom numeratse pecuniae", queda irrevocablemente ligado, del mismo modo que lo estaría por la estipulación ³³.

Muy otra es la significación de los procesos fingidos, utilizados para solemnizar, con la intervención del Magistrado, un negocio jurídico. La "in iure cessio" constituye, como antes hemos dicho, el tipo de "litis" fingida; pero a su lado pueden citarse la "confessio in iure" y el "ius iurandum in iure delatum", que NÚÑEZ LAGOS califica de primeras "formas de autoridad", afirmando que es en el siglo IV cuando se generaliza la escritura en los negocios jurídicos. "De este modo, afirma, Roma llegó a conocer las formas escritas públicas". Pero, admitiendo probablemente lo demasiado dogmático del aserto, acepta a continuación que, por ser fruto tardío, nunca llegó a una elaboración de ellas tan acabada y perfecta como de otras instituciones. El propio autor niega substantividad a la fe pública extrajudicial, al afiliarse entre quienes le atribuyen un origen judicial a la "in iure

31. GEORGES CORNIL: *Etude de la publicité*. París, s. f.

32. GAIUS: III, 134.

33. D. 3, 21, pr.: "Sic fit ut hodie, dum quae erit non potest, scriptura obligetur et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione".

cessio" romana, la "aufassung" germánica, las "recongnizances" inglesas y el "praeceptum de solvendo" o la "confessio apud acta ante litis contestationem" del proceso medieval. Ciertamente que con él podemos decir que "el Poder judicial es el árbol de que se ha desgajado, en cuanto al fondo, la eficacia de las formas y documentos públicos". Y, con él también, admitimos sin dificultad que "estaba reservado a la Edad Media y al Renacimiento la elaboración de la dogmática sobre la eficacia del documento público" ³⁴.

Por nuestra parte, nos atrevemos a añadir que ni siquiera en el Renacimiento y en las fases cronológicamente siguientes, la forma, las solemnidades, en cuanto tales, vuelven a recobrar la significación causal que tuvieron en el periodo casi religioso del primitivo Derecho romano; la forma ya no es causa de la obligación; es meramente aceptada como facultativa o exigida excepcionalmente como obligatoria, en virtud de aquellas consideraciones de orden público que impone la inexcusable seguridad pública.

Para llegar a esta conclusión, parécenos interesante precisar más algunas de las ideas que le sirven de premisas, singularmente las que hacen referencia a la substitución del formalismo en la manifestación de voluntad, raíz última del negocio jurídico. El problema debe, pues, centrarse ahora en la eficacia respectiva de la voluntad manifestada y la del instrumento para su representación; en definitiva, el problema de la voluntad real y el de la voluntad declarada, de tan honda tradición en la doctrina de hace ya algunos años ³⁵.

Sin embargo, no nos interesa de ella sino en cuanto instrumento para la determinación del alcance y ámbito de la fe pública, porque si, en definitiva, el papel preponderante corresponde a la voluntad manifestada y no a la forma externa de su manifestación, sin otras excepciones que las derivadas del respeto a los derechos de terceros, habremos sentado una primera base de nuestra doctrina, que conecta la ficción insita en aquella con la doctrina misma del orden público. La fe pública no será ya una verdad impuesta, sino tan sólo una verdad presunta—para utilizar la teoría de NÚÑEZ LAGOS ³⁶—, de alcance legalmente limitado y de condición subordinada dentro de la doctrina del negocio jurídico.

34. NÚÑEZ LAGOS: *Documento público y autenticidad de fondo*, en separata de la Revista del Notariado. Buenos Aires, 1947, pág. 13; el mismo autor *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, pág. 44 y siguientes. SINTENIS: *Der simulierte prozes*, en *Z. fur d. C.*, vol. 30, 1902, pág. 362.

35. SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, 1901, pág. VII. PLANTOL-RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, 1925-1931, t. VI, pág. 212. BONNECASE: *Traité théorique et pratique de Droit civil français*, por G. Gaudry-Lacantinerie, 1924-29, t. II, núm. 412. THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1876, pág. 354; aparte otras obras clásicas como *Lebrbuch*, t. I, pág. 754, de WINDSCHEID-KIPP, donde se cita abundante bibliografía, DERNBURG, SCHOLLSMANN, etc.

36. Op. cit., pág. 23.

Desde luego, no es posible trasladar al Derecho privado la concepción kantiana de "forma universal, en sí misma, de la Ley moral" ³⁷. La voluntad no tiene entre los juristas esa significación de módulo universal de conductas; instrumento libérrimo en manos de cada individuo, porque no interesa un mayor ámbito que el puramente jurídico. Pero centrada su función y su campo, todas las escuelas otorgan a la voluntad el carácter de clave de las obligaciones, de esencia del vínculo, de substratum de la relación jurídica, mientras que a nadie se le ocurre situar el centro de gravedad de los negocios normativos en la forma ni en sí, ni en cuanto solemnización de esa misma voluntad. Problema distinto es, desde luego, el de si esa voluntad, si esa libre capacidad de consentir, actúa mediata o inmediatamente en la originación de los derechos y las obligaciones. SAVIGNY habla de la voluntad "como base fundamental de las relaciones jurídicas" ^{37 bis}, y WINDSCHEID afirma que "el derecho nace, se modifica y se extiende; es decir, que la situación de hecho a la cual el ordenamiento jurídico vincula el ser o no ser se realiza concretamente...; y el factor principal de esa realización es la disposición de la voluntad ligada a aquella situación táctica" ³⁸. Bien lejanas están, pues, estas posiciones de aquella kantiana del poder originario de la voluntad para crear, modificar o extinguir derechos, porque el propio SAVIGNY ha trazado la línea diferenciadora de que si bien el derecho subjetivo es producto de la voluntad, la "fuerza de esa voluntad individual no es originaria, inicial, inherente a la voluntad misma, sino que es una fuerza secundaria, apoyada en la Ley". Y concluye que "situar en igual rango las leyes y los contratos, considerar a los últimos como fuente de derechos, es confundir las ideas" ³⁹.

Y ciertamente que también, por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, es confundir voluntaria o involuntariamente las ideas al colocar en el mismo plano substantivo la voluntad y la forma en la doctrina del negocio jurídico.

Reconocemos que el tema no es original en la literatura jurídica. Aparte las obras clásicas en la materia (SAVIGNY, WINDSCHEID-KIPP, SALEILLES, etc.), podrían citarse numerosas monografías que, con uno u otro título, lo estudian de modo principal o tangencial. Entre las más conocidas, están las de GOUNOT ⁴⁰, GRASSERIE ⁴¹, WORMS ⁴².

37. DELBOS: *La philosophie pratique de Kant*, 1905.

37 bis. SAVIGNY: *Traité de Droit romain*, trad. fr. de Genaux, 1840, t. I página 381.

38. WINDSCHEID: *Lehrbuch des Bandektenrechts*, 1906, pág. 68.

39. SAVIGNY: Op. cit., t. I, pág. 12.

40. *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*. Dijón. 1912.

41. *De la volonté comme source du Droit*, en *Rev. Critique*, 1911, pág. 300 y sig., 397 y sig.; y 1912, 281 y sig.

42. *De la volonté unilaterale considéré comme source d'obligations en Droit romain et en Droit français*. Paris. 1891.

HOUSSAY ⁴³, JELLINEK ⁴⁴, LAPIE ⁴⁵, MAHER ⁴⁶, MAY ⁴⁷, MORÍN ⁴⁸, PÉ-
RICH ⁴⁹, PONCEAU ⁵⁰, RENARD ⁵¹, TROUILLER ⁵²; y recientemente ha
tratado el tema con acierto ROCAMORA ⁵³.

Por nuestra parte, también hemos aludido mejor o peor a estos
problemas en dos artículos ⁵⁴, ya publicados, y que nos exhoneran de
una más amplia exposición, reñida, tal vez, con la línea fundamental
del presente trabajo. Bástenos, pues, con volver a la afirmación del
papel primario de la voluntad en la perfección de los negocios jurí-
dicos, independientemente de su forma de manifestación exterior, y
que si excepcionalmente se impone esta última, ello sólo es posible en
razón a consideraciones de orden público o al respeto debido a los
derechos de quien contrató al amparo de una seguridad jurídica ex-
terior que, protegida por el propio ordenamiento, le indujo a error.

Volvemos, pues, a aquella primitiva afirmación que hacía depender
y entroncar la fe pública y sus efectos a la idea de la seguridad jurí-
dica, que, si por razones de necesidad del tráfico, obliga a crear en
la autoridad de ciertos signos o documentos, ha de mantener y regu-
lar después el alcance de su propia ficción.

Ello nos lleva a desechar la fe pública que se vincula a determi-
nadas solemnidades notariales o registrales, como un negocio jurídico
de valor en sí mismo y con carácter general, incluso anteponiéndose
en eficacia a la voluntad misma. Estamos, pues, ante una nueva doc-
trina que, en la discrepancia entre la voluntad interna y la manifes-
tada, atribuye superior eficacia a la segunda. Esta vez se atribuye al
documento manifestados la naturaleza de una "renovatio contractus"
que "implica por voluntad de las partes una fusión de los materiales
del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una
refundición de las declaraciones de voluntad" ⁵⁵.

Como ha dicho BARASSI, la voluntad es por sí misma suficiente
para la adquisición de los derechos reales, y las formas perfecciona-
doras se integran, sin anularlo, en el principio de la voluntad ⁵⁶. Sin

43. *Force et cause*. París, 1920.

44. *System der Subjectiven Offentlichen Rech.* Friburgo, 1892.

45. *Logique de la volonté*. París, 1902.

46. *Le l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des
contrats*. Montpequier, 1913.

47. *Introduction a la Science du Droit*. París, 1925.

48. *La loi et le contrat*. París, 1927.

49. *La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés*. Rev. trim.
D. c. p., 1929.

50. *La volonté dans le contrat*. Lyon, 1921.

51. *Le Droit, la Justice et la volonté*. París, 1924.

52. *Du rôle du consentement dans la formation des actes juridiques*. Gre-
noble, 1894.

53. ROCAMORA: *Libertad y voluntad en el Derecho*. Madrid, 1947.

54. GALLARDO RUEDA: Op. cit. y *Notas doctrinales, etc.*

55. COTURE: *El concepto de la fe pública*, en la Rev. de la As. de Escrib. de
Uruguay, Montevideo, enero-febrero 1947, siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, op. cit., y
a SIEGEL, CAMDIAN y CARNELUTTI, citados por éste.

56. LUDOVICO BARASSI: *I Diritti reali nel nuovo Codice civile*, 1943, pág. 388.

embargo, es el propio autor quien recuerda la especial adscripción del Derecho inmobiliario germánico al sistema formalista, que se contraponen con el consensualismo latino, que BARASSI hace derivar del "ius gentium" asimilado por Roma y desenvuelto a partir del siglo XII. Anotemos que mientras la escuela histórica vinculaba la transmisión de la propiedad a un principio formal, la "traditio" que justificaba como los romanos en la "naturalis ratio", los iusnaturalistas ven en ésta un acto puramente casual, sucesivo o simultáneo a la expresión de la voluntad, frente y raíz definitiva y última de los derechos transmitidos.

Si, por otra parte, se tiene en cuenta que el iusnaturalismo elabora, en definitiva, el Código civil francés, se comprende la posición de éste favorable a la transmisión por simple acuerdo de voluntades, principio alabado por todos los comentaristas galos al referirse al artículo 1.138⁵⁷.

BARASSI recuerda que la formulación del principio consensualista no es perfecta en el Código napoleónico porque, al menos para un efecto—responsabilidad por percimientos—, la "traditio" es tomada fundamentalmente en consideración. Mucho más exacto le parece la que se llevó al Código civil fascista, en cuyo artículo 1.376 se proclama que en los contratos que tienen por objeto la transmisión o constitución de un derecho real, tales efectos tienen lugar por el consentimiento de las partes legítimamente manifestado. Y buena prueba de la escasa significación constitutiva de la forma externa de dicha manifestación hállase ya en el Código justinianeo, cuando equipara el instrumento a la simple prueba testifical⁵⁸, principio recogido más tarde en nuestra legislación intermedia, al equiparar los notarios a los testigos públicos "en los pleitos y en las posturas que los omes facen entre sí"⁵⁹.

Si de las doctrinas italiana y francesa pasamos al sistema británico, la transcendencia del requisito de documentación pública queda aún relegado a papel menos transcendente, salvo en los llamados "contratos de record"—"judgement" y "recognizance", ambos de carácter judicial—: La Ley de propiedad de 1925, que vino a reemplazar parcialmente al Statute of Frauds de 1677, se limita a disponer en su sec. 40 que "no producirá acción ningún contrato de venta ni ningún otro acto de disposición sobre bienes inmuebles sino cuando haya sido escrito y firmado por el obligado a persona por él autorizada para obrar en su nombre". Y comentando esta norma reveladora de la escasa trascendencia de la solemnidad como requisito constitutivo de la contratación inglesa sobre inmuebles, entiende ME-

57. RANDA: *Das Eigentumsrecht*, pág. 267, citado por BARASSI, 390.

58. Cód. 4, 21, 20: "Item est charta, quae profertur ex archivo publico, testimonium publicum habet"; y en 4, 20, 22: "iuramento tantum eius rei fidem faciat".

59. Part. III, Ley 3.ª, Tit. III.

GARRY⁶⁰ que el contrato en sí mismo queda perfeccionado simplemente en forma oral; el requisito de la escritura—"memorandum" o "note"—hace tan sólo relación a su prueba si judicialmente fuese discutida la existencia. "El documento—ha declarado la jurisprudencia británica—no es la intención misma de las partes, sino una evidencia a favor o en contra de ellas". Ni siquiera la subsistencia de los aludidos contratos de "record" antes aludidos revela la existencia de una fe pública extrajudicial autónoma y sustantiva. La purificación de estos contratos a través del procedimiento judicial más o menos fingido se inspira en razones de orden público o en la conveniencia de substituir con tal solemnidad la prueba de una "consideration" inexcusable en los contratos no formales.

Tampoco implican contradicción con nuestra tesis los llamados "deeds", que, aunque firmados, sellados y entregados por una parte a otra—"a document signed, sealed and delivered", según la definición tradicional—, tampoco implican la presencia o intervención de un funcionario investido de facultades solemnizadoras. El "sello" que los confiere fe pública, en unión de la firma del obligado, es un "mero formulismo, reminiscencia de los tiempos primitivos, en que el arte de escribir estaba poco extendido y constituía el único medio de identificar a las partes. Hoy día, por regla general, cuando un contrato de esta naturaleza ha de otorgarse, se fija previamente sobre el documento un sello en seco, y el otorgante, después de firmar, pone su mano sobre el sello, pronunciando al tiempo las palabras "I deliver this as my act and deed", que expresan su intención de otorgarle la eficacia de "contrato bajo sello" y, añadimos nosotros, de obligarse, independientemente de la causa y sólo en función de aquella solemnidad⁶¹. No quiere esto decir que el "deed" pueda asimilarse a uno de los contratos abstractos de nuestra técnica civil de los penúltimos años⁶²; pero demuestra suficientemente que si la eficacia deriva de la forma, esa forma viene determinada por la concurrencia de un sello y unas palabras solemnes, no por la presencia de un funcionario especializado—ni siquiera el "artorney" en los documentos destinados al extranjero—, porque a éste no corresponde sino un simple poder certificante de alcance tan limitado que en ningún caso puede parangonarse a la amplia fe pública notarial latina. Resumiendo, parece interesante recordar la frase de BLANCKSTONE—"Commentaries of the laws of England", L. 2, Cap. XXI—, cuando afirma que la eficacia de un documento no depende en Inglaterra "del acta misma, sino del valor que le otorga el Tribunal".

60. R. E. MEGARRY: *The law of real property*, 1947, págs. 333 y 334.

61. OSSORIO MORALES: *La doctrina de la "consideration" en el Derecho contractual inglés*, en *Estudios de Derecho Privado*, 1942, págs. 15 y 16, donde cita en su apoyo a ANSON, LEE, MILES, HOLDSWORTH, JENKS, BERREIDALE, KEITH, PAULIAN, ESMEIN, e incluso al propio IHERING.

62. Contra estas abstracciones reacciona en los últimos años la doctrina civilista estimándolas inútiles e innecesarias M. AURELIO RISOLIA.

Por lo que al Derecho civil suizo hace referencia, conviene distinguir la eficacia de la forma a los fines de simple perfección de la obligación de entregar la cosa vendida, y a efectos de capacidad para disponer por acto inter vivos o *cortis causa*. Considerando aislado el precepto que lleva el número 216 del Código federal de las Obligaciones es fácil llegar a conclusiones un tanto precipitadas. En efecto, literalmente dice el artículo: "las ventas de inmuebles no son válidas si no constan en acto auténtico"; pero si se coordina dicha norma con lo dispuesto en el Código civil, art. 656, resultará que "la inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble"⁶³.

Y nos permitimos insistir en cuanto a los distintos efectos de la documentación—trascendente sólo en el terreno obligacional—y la inscripción—de trascendencia real—porque así resulta de otros dos preceptos del propio Código civil suizo. Basta para arribar a esta conclusión contemplar los arts. 665 y 661. Según el primero, quien tiene a su favor un título de adquisición de un inmueble carece de facultades dispositivas sobre el mismo y únicamente le competen acciones para solicitar la inscripción o la declaración judicial de su derecho de propiedad⁶⁴. Por el contrario, y según el 661, los derechos del titular inscrito no pueden ser negados cuando ha poseído de buena fe, sin interrupción y pacíficamente el inmueble, durante diez años. Reconocemos lo sencillo de la objeción que puede centrarse en la aparente necesidad de que en la protección registral coincidan la inscripción y la prescripción adquisitiva. Nada menos cierto, tanto porque el citado precepto sólo se refiere a inscripciones debidamente verificadas⁶⁵, cuanto porque los arts. 971, 972 y 973 clarifican definitivamente el problema con dos afirmaciones:

1.º Condicionando la existencia del derecho real a la inscripción y no al otorgamiento del título.

2.º Protegiendo absolutamente bajo fe registral a quien adquiere de buena fe, fundándose en la inscripción⁶⁶.

63. VIRGILE JEAN y ANDRÉ ROSSEL.

64. Literalmente, dice el 665. 1.º: "El beneficiado por un título de adquisición puede exigir que el propietario pida la inscripción; caso negativo, puede demandar al Juez la atribución de su derecho de propiedad."

65. El texto del 661 es: "Los derechos del inscrito sin causa legítima en el Registro, como propietario de un inmueble, no pueden ser combatidos si ha poseído el inmueble de buena fe, sin interrupción y pacíficamente, durante diez años."

66. Dice el art. 971: "Todo derecho cuya constitución está legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no existe como derecho real sino cuando aquella inscripción ha tenido lugar."

El 972 afirma: "Los derechos reales nacen, adquieren su rango y su fecha por la inscripción."

Por su parte, los 973 y 974 proclaman el principio de la legitimación registral, en estos términos "El que adquiere la propiedad u otro derecho real fundándose de buena fe en la inscripción registral, es mantenido en su adquisición", y "cuando un derecho real ha sido inscrito, la inscripción no puede ser invocada por los terceros que han conocido o debido conocer los vicios".

BARASSI—citado ya anteriormente—llega a formular dos fases sucesivas en la vida del negocio jurídico real. La primera implicada en el negocio jurídico inicial, en la Ley, o en el acto administrativo de donde recibe su ulterior impulso. La segunda, integrada por la tradición en las cosas muebles o la publicidad inmobiliaria en las inmuebles⁶⁷. La relación entre ambas fases es más o menos íntima en función de que se acepte o no el principio del consentimiento como medio de transmisión o éste haya de ir seguido de tradición o inscripción. Es menos íntima en los sistemas como el francés, cuyo centro de gravedad está desplazado al consentimiento transitorio. Lo es más en aquellos que sólo acusan la transmisión con efectos jurídicos—para terceros solamente o también para las partes—cuando ha sido objeto de inscripción.

Este régimen, cuyos antecedentes comunes pueden hallarse en la “investidura”⁶⁸, se sintetiza en el principio germánico de que sólo la declaración judicial transcrita en un registro atribuye los derechos reales inmobiliarios. Así se operó en Alemania hasta la recepción del Derecho romano, y así renace la fórmula en el Código prusiano de 5 de febrero de 1794. Otro tanto podemos decir de la legislación austriaca, que, con el Código puesto en vigor el 1.º de enero de 1812, consagra legislativamente una tradición que en pro de la inscripción como único modo de transmisión y constitución de Derechos reales regia en Bohemia desde el siglo XIII⁶⁹.

Otro tanto puede afirmarse a la vista del Código civil alemán, en cuyo artículo 873 se exige para adquirir o transmitir un derecho real el consentimiento de los interesados y la inscripción en el Registro inmobiliario, del mismo modo que la transmisión de bienes muebles exige otro requisito constitutivo cual es la tradición (art. 929).

Por lo que a Italia hace referencia, parece interesante recordar la influencia que a través de Austria, y singularmente en las dos Venecias, tiene el sistema germánico de la Ley de 25 de julio de 1871, que coordina con cierta perfección el catastro topográfico y el Registro, logrando así la coordinación de “ambas verdades”: material y presunta, características de los regímenes latinos y mixtos⁷⁰.

Volviendo ahora a la documentación extrarregistral como presunto requisito necesario para su existencia y eficacia, merece mencionarse una de aquellas construcciones que el ingenio mordaz de RENNARD ha calificado de “verdaderos estupefacientes jurídicos”⁷¹. Aludimos

67. LUDOVICO BARASSI: *I diritti reali*. Milán, 1943, pág. 398.

68. Es interesante destacar esta interpretación de BARASSI, sobre el carácter judicial de la “investidura”, no siempre reconocido por otros autores.

69. El art. 431 exige que para transferir la propiedad de inmuebles conste el consentimiento de los interesados en el Registro.

70. MAZZOLENI: *In sistema tacolare nella legislazione italiana*. Pavia, 1929, página 14 y sigs.

71. G. RENNARD: *Le Droit; la Logique, le bon sens*. París, 1925, pág. 188. Las ficciones—piadosamente calificadas a veces de mentiras útiles—no son para

a la distinción entre documento y negocio jurídico conocida a través de los trabajos de STAMPE⁷², GANDIAN⁷³, CARNELUTTI⁷⁴, SIEGEL⁷⁵ y, singularmente, de los interesantísimos trabajos de NÚÑEZ LAGOS⁷⁶.

Inténtase en ellas construir la función de la escritura solemne descomponiendo la prestación del consentimiento de los contratantes en dos momentos de análogo valor. Es decir, que en tanto aquélla no se otorga, sólo puede estimarse prestada una anuencia provisoria, ruda, desdibujada, imperfecta; un a modo de consentimiento en abstracto, que luego habrá de ser perfilado, precisado y ratificado en la escritura, a la que se denomina "negocio de ayuda" (Hillgeschafft), "reproductivo" (reproduzierenden Vertrag) o "de fijación".

Ciertamente que parte esta doctrina de un hecho normalmente innegable, y es el de que el convenio entre las partes precede al otorgamiento. Cuando deciden hacerlo constar en un documento público, es porque el contrato "per se" estaba ya aceptado en su voluntad. La función que así se atribuye a la escritura no es, pues, la de creación del derecho, sino su fijación y delimitación prácticas, a fin de dotar de perfecta claridad los términos del rudimentario negocio causal.

Resulta innecesario insistir en la exposición de estas doctrinas admirablemente recogidas por los autores citados⁷⁷.

Por nuestra parte, nos limitamos a destacar lo que en otra ocasión expusimos respecto a la eficacia de los desdoblamientos del consentimiento⁷⁸. Contemplábamos entonces una doctrina calificada de "original" con tanta justeza como ineficacia para la órbita del Derecho civil. Aludimos a la de FAGGELLA, que llega a descomponer el consensus en tres fases cuyos respectivos efectos obligatorios no parecen excesivamente claros en la propia construcción⁷⁹. Veía el citado autor, ante todo, en la mayor parte de los contratos de importancia económica, una primera fase constituida por las negociaciones preliminares propiamente dichas. Cada parte se propone durante ellas el examen rápido de las contraproposiciones, en sus puntos esenciales, al

este autor sino "verdaderos estupefacientes conceptuales, dignos de verse públicamente afrentados..."

72. STAMPE: *Das Causa. Problema des Civilrechts*, 1904, citado por BARASSI.

73. *Documento e negozio giuridico*. Parma, 1925, y *Uouve riflessione sulle dichiarazioni reproduttive nei nepozzi giuridici*, en Riv. Dir. Proc. civ., 1930.

74. *Documento e negozio giuridico*, en Riv. Dit. proc. civ., 1926. Trab. esp. en Rev. Unv. Autónoma, Méjico.

75. *Der Privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en Archiv. fur die Civilistische Praxis, III, 1914.

76. *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en los Anales de la Acd. Matritense del Notariado, Madrid, 1945.

77. NÚÑEZ LAGOS: *Estudios*, op. cit., pág. 24 y sig.

78. ARTURO GALLARDO RUEDA: *Notas doctrinales sobre la responsabilidad precontractual*, en la Revista "Estudios Jurídicos", del Instituto Francisco de Vitoria, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943, Madrid, pág. 12.

79. GABELLE FAGGELLA: *Dei periodi precontractuali et della loro vera ed essata costruzione scientifica*, en Studi giuridici in onore de Carlo Fadda. Nápoles, 1906, vol. III, pág. 271 y sig.

menos. Puede afirmarse que hay entonces una serie de proposiciones sucesivas, y, por consecuencia, de acuerdos parciales múltiples de simple valor provisional. No hay aún convenciones generadoras de obligaciones, y, menos aún, verdaderos contratos, aunque, en la opinión de SALEILLES, pueden tales acuerdos revestir la significación de pactos de contraendo o de contratos preliminares⁸⁰.

Téngase presente que en ningún momento de toda esta serie de interpretaciones las partes tienden a obligarse. Sus actividades no pasan de ser sondeos preparatorios para llegar, sin compromisos prematuros, a un acuerdo efectivo. Labor, pues, de gestación del contrato, subordinada y condicionada en todo caso y en toda su eficacia a la ulterior perfección del mismo en su totalidad. Así las convenciones parciales respecto a puntos más o menos esenciales pueden ser rectificadas, y aun revocadas, en reuniones y conversaciones ulteriores, sin que en ningún caso tengan valor definitivo.

No hay aquí verdaderas declaraciones de voluntad en sentido técnico; las partes sólo desean elaborar un proyecto de valor eventual.

A dicha primera fase sigue una segunda, que FAGGELLA caracteriza como destinada a la concreción y formulación de la oferta definitiva por una de las partes a la otra en calidad de verdadera proposición formal de contrato. El único dato que permite diferenciarla de la anterior es el de que el fin perseguido consiste en hallar una fórmula que concrete las conversaciones preliminares.

La última fase contiene ya una verdadera declaración de voluntad dinámica, formulada y apta para recoger la adhesión de la otra parte a quien se dirige⁸¹.

Lo artificioso de esta construcción, en que la simple prestación del consentimiento se divide en fases internas y externas, y, dentro de éstas, en subfases superpuestas, cuya finalidad específica ni cuya necesidad parecen claras, inspiró a SALEILLES el reproche de la segunda fase, ésta amenazada de confundirse con la primera—si continúa refiriéndose a la fijación del proyecto de contrato—o con la tercera—si es ya una verdadera emisión de oferta—.

Por nuestra parte, no negamos la originalidad de una construcción que distingue las simples manifestaciones de las auténticas declaraciones de voluntad, y, entre aquéllas y éstas, sitúa efectos jurídicos independientes de ambas y con propia substantividad (expresión de sentimientos, etc.). Pero tampoco negamos que, en definitiva, ese consentimiento, con toda su complicada subdivisión en fases, no es sino el consensus contractual mismo, adelantado cronológicamente. No es que cada una de las fases tenga valor jurídico propio, sino que el consentimiento contractual pleno, propio de la fase final,

80. SALEILLES: *La responsabilité precontractuelle*, en *Revue Trim. Droit civil*. París, 1907, pág. 705 y sig. La totalidad del tema se desarrolla a partir de la pág. 607.

81. VON TUHR: *Trat. de las Oblig.*, I. Madrid, 1934, pág. 135, y las referencias bibliográficas allí citadas.

proyecta su sombra a todos los actos preparatorios, para originar responsabilidades, independientemente de si el contrato llega o no a celebrarse. Aun a trueque de caer en un clasicismo demasiado agrio, no compartimos la posición de quienes se esfuerzan en demostrar la existencia y necesidad de figuras jurídicas "intermedias" en el terreno de la contratación. No es que todo el "comercio jurídico" haya de adaptarse al molde del contrato⁸². es que las doctrinas, incluso más extremas en torno al problema del consentimiento, se niegan a sustituirlo con una mera apariencia, que es a lo que vendría reducido el negocio causal mismo si su substantividad queda remitida y condicionada a la del "de fijación", en la tesis que venimos examinando.

Cosa distinta es lo que significa el negocio solemne otorgado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.279 C. c., es decir, la elevación de un documento privado o un simple negocio verbal a escritura pública, porque, en efecto, no estamos aquí ante una arbitraria fraccionamiento del "consensus", sino ante una forma de "cumplimiento" de una obligación de "hacer", anteriormente convenida y que queda satisfecha con la simple actuación del obligado, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones de dar o entregar⁸³.

Y problema distinto es también el de los actos o negocios jurídicos donde, por exigencia de la Ley, el requisito de solemnización escrituraria aparece como inherente a la existencia misma del acto, cual sucede con la hipoteca, aunque en tales casos tampoco puede hablarse de un fraccionamiento del consentimiento con trascendencia jurídica, ya que el otorgamiento del documento no es negocio de convalidación de otro anterior, sino el negocio mismo. Lo prueba así no sólo el empleo del verbo "constituir" en el número 1.º del art. 145 de la Ley Hipotecaria, sino también la falta de eficacia de que según el art. 144 del mismo Cuerpo legal están revestidos los "convenios" con que las partes pretendan alterar la eficacia de una obligación hipotecaria anterior.

Se ha intentado, finalmente, construir la naturaleza jurídica de la fe pública insertándola en la doctrina procesal de la prueba y calificándola acertadamente de prueba legal de valor tasado⁸⁴. Pero como también se ha dicho con acierto "la prueba está más cerca de la paz que de la justicia". Reducir la consideración y estudio de la fe pública al de la escritura como medio de prueba es, por de pronto, confundir un problema de naturaleza jurídica con uno de simple eficacia de una de las formas, la documental, en que aquélla plasma. Cosas bien distintas son fe pública y documento, y relación de especie a gé-

82. DUGUIT: *El pragmatismo jurídico*. Madrid, s. f., pág. 88.

83. Sobre la naturaleza de este acto es interesante la sentencia de 18-XI-1944 y la bibliografía siguiente: LIEBMAN, *Proceso de execução*, San Paulo 1946, página 323; y SALVAT, *Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., 1946, pág. 78.

También son relevantes las SS. de 21-VI-1932, 28-IV-1934 y 20-IV-1936.

84. COTURE: Op. cit., pág. 61 y sig., y DONÁ: *Elementi di diritto notariale*. Milán, 1933, pág. 62, además de los Tratados habituales en el Derecho procesal civil. Vid. SS. 11-XI-1943, 3-VII-1936, 29-XI-1935, 29-IV-1934 y 6-II-1933.

nero guardan entre ellos. El documento está dotado de fe pública, pero no agota el concepto de ésta, que, como hemos apuntado, es una presunción de veracidad vinculada a multitud de signos; pero como en la vida del Derecho privado, y singularmente patrimonial, priva fundamentalmente el deseo en cada individuo de consolidar su derecho situándolo al margen de toda incertidumbre, los conceptos “derecho subjetivo patrimonial”, especialmente sobre cosas inmuebles, y “título escrito y solemne” suelen confundirse⁸⁵. Ello es inadmisibile:

1.º Porque desde el punto de vista del Derecho material la fase formal en el otorgamiento de los actos y contratos ha sido históricamente superada hace mucho tiempo. La doctrina de nuestros artículos 1.278, 1.280 C. c. no es el resultado de una nota insita en la esencia misma del contrato de transmisión, como lo demuestra el propio 1.279 C. c., sino que responde a necesidad o conveniencias de seguridad para los contratantes y para terceros, en definitiva, que responde a aquella consideración de orden público que situábamos en el centro del concepto fe pública. En frase de PUIG PEÑA, “el puro criterio espiritualista tiene también consecuencias perjudiciales para las necesidades del tráfico; y la contemplación del derecho de terceros, así como la seguridad en general, hicieron ver la necesidad de hacer una sobreestimación de la forma en determinadas circunstancias⁸⁶.”

2.º Confirma aquella regla el carácter excepcional la exigencia de la forma “ad solemnitatem” en determinados actos o negocios jurídico civiles: Donación de inmuebles (art. 663 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de diciembre de 1943, entre las más modernas), censo enfiteútico (art. 1.628 y Res. de 21 de julio de 1920 y S. de 4 de marzo de 1924), constitución de hipoteca (artículo 1.875 y SS. de 22 de junio de 1931, 17 de octubre de 1932 y Res. de 9 de agosto de 1943), capitulaciones matrimoniales (art. 1.321 y Res. de 20 de diciembre de 1899 y S. de 10 de junio de 1912), repudiación de la herencia (art. 1.008. S. de 20 de noviembre de 1915 y Res. de 26 de diciembre de 1930)⁸⁷, renuncia a los gananciales (artículo 1.394, Res. de 9 de febrero de 1917, 8 de agosto de 1918, 13 de noviembre de 1926 y S. de 25 de noviembre de 1925) y otros.

3.º Porque la escritura como requisito esencial para la existencia del contrato tampoco es tradicional en nuestra historia jurídica, y lo prueba no sólo la conocida Ley 1.ª, Tit. 1.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación, sino también porque—como dicen GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, comentando el precepto contenido en ella—“no obsta, al contrato u obligación, la falta de escribano público o de estipulación solem-

85. DEL VECCHIO: *L'omo juridicus e l'insufficienza del Diritto come regola della vi'a*. Roma, 1936, trad. es. 1943.

86. FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. II. Madrid, 1946, pág. 36.

87. El artículo 1.008 constituye uno de los ejemplos en que se trasluce más claramente en nuestro Código el carácter judicial de la fe pública, de conformidad con los antecedentes históricos a que hemos aludido antes.

ne..."⁸⁸, entendiendo por aquélla derogada la Ley, Tit. 2.º de la Partida V, que prohibía la simple promesa como solemnidad contractual.

Por otra parte, el propio Código alfoncino recoge la doctrina romana de la no tradición instrumental al declarar en las Leyes 47. Tit. 28, y 6.ª, 7.ª y 8.ª del Tit. 30 de la Partida III, que por el solo contrato u obligación no se transfiere el dominio de la cosa, a no mediar entrega de ésta, verdadera o fingida.

Los mismos GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, comentando el concepto que del escribano puede obtenerse en nuestro Derecho anterior al Código⁸⁹, lo califican de "testigo público en los pleitos, funcionario nombrado para llevar y conservar esas especies de actas generales de todo aquello que a los individuos particulares conviene hacer constar para siempre, con la mayor autenticidad y solemnidad posibles". Por donde se infiere la escasa trascendencia pública que se otorga a los documentos así solemnizados.

Esta confusión entre "derecho" y "título" no puede, sin embargo, tener trascendencia fuera del círculo de las gentes que, incapaces de concebir abstracciones, necesitan ver materialmente plasmadas en un documento representativo las facultades dominicales o de otra índole que les están conferidas por el Ordenamiento.

Lo que ya parece intolerable es que esta misma tendencia se haya llevado a nuestras leyes inmobiliarias, ininterrumpidamente desde la primitiva de 1861, en que el título se ha elevado a la categoría de exigencia del sistema⁹⁰, creando así una tremenda serie de falsas ideas. Anotemos, entre ellas:

A) La antinomia que se instituye entre un Código civil de tipo espiritualista en materia contractual (art. 1.255 con 1.278, entre otros) y una Ley inmobiliaria apegada a un parcial formalismo (art. 3.º) y sin que valga contra esta afirmación la tesis de lo cronológicamente anterior de la Ley Hipotecaria, porque, reformada ésta, hasé mantenido con todo rigor el principio en 1869 y 1909⁹¹ y posteriores.

B) La confusión entre los principios registrales de legalidad y publicidad con el procesal de escritura. En efecto, el primero debe ser centrado en que, como dice un pasaje de la Exposición, "no deba recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje lugar a

88. FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE: *Librería de Jueces. Abogados y Escribanos*, Madrid, 1841, tomo III, pág. 112.

89. Op. cit., tomo VI, 1842, pág. 80.

90. La Comisión redactora de la Exposición de Motivos parte de la idea de que admitir a su inscripción documentos no públicos empeoraría la condición de la propiedad inmueble en vez de mejorarla.—Exp. Mot., 1861, "Motivos especiales", epigrafe "Títulos sujetos a inscripción".

91. La Ley de 3 de diciembre de 1869, que autorizaba al Gobierno para llevar a cabo la reforma proyectada, decía, no obstante, en su Exposición que "... además de esto, se faculta a los que carecen de título de dominio inscrito para justificarlo e inscribirlo mediante la instrucción del oportuno expediente... y se establece el modo de dar autenticidad a los documentos privados anteriores a..." Principio espiritualista.

dudas de su legitimidad", porque esta norma más entronca con la función calificadora del acto que con la forma, escrita o no, del derecho que pretende inscribirse; y en cuanto a lo segundo, no puede olvidarse que, como recordábamos al principio de estas notas, el art. 225 de la Ley Hipotecaria vincula la eficacia judicial y extrajudicial de los gravámenes a lo que resulte del Registro y no a lo que aparezca del título, aunque éste haya sido inscrito. Y debe anotarse que este precepto tiene carácter bien alejado de mera fuerza presuntiva que se atribuye a los asientos registrales⁹².

C) La excesiva vinculación de los conceptos derecho subjetivo y título inscribible ha fortalecido la progresión creciente y geométrica la disociación entre el Registro y la realidad⁹³. Realidades de orden práctico que no es posible desconocer, ni siquiera en un trabajo de índole doctrinal, muestran lo difícil que es restablecer el tracto interrumpido en uno de sus eslabones. La reconstrucción solemne y costosa de una titulación adecuada aleja a los interesados del Registro y, en definitiva lo que importa, sume a la propiedad en una zona de claroscuro incompatible con la nitidez que exige la seguridad jurídica general y las orientaciones del crédito territorial. Todas nuestras leyes hipotecarias han reconocido la certeza de éstas aseveraciones e instituido una "titulación supletoria"—expedientes de información posesoria en la Ley de 1861 y de dominio también en la de 1869; y Títulos VI de la Ley y Reglamento de 1946, intitulados abiertamente "De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica"—y que constituye uno de los más graves atentados contra las bases sobre que se asienta nuestro sistema inmobiliario, en el terreno de los principios puros e independientemente de su necesidad.

En nuestro sentir, ese penoso balance del régimen hipotecario español debe atribuirse en buena parte a aquella misma excesiva vinculación entre el derecho y el título que carece de arraigo en nuestro Derecho civil espiritualista⁹⁴.

Decrece la inscripción con mengua para el crédito territorial, porque entre el derecho y el Registro se interpone la exigencia de una

92. J. GONZÁLEZ: *Estudios de D. Hip. y D. c.*, tomo I, 1948, pág. 380.

93. R. NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, Madrid, 1945, pág. 2, afirma: "La posesión es la quietra del sistema inmobiliario del Registro..."—RAFAEL CHINCHILLA: *Breves reflexiones sobre el dogma de la inscripción*, en *Rev. Crit. Dro. Inmb.*, agosto 1943, Madrid, pág. 497.

94. La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1861 lo reconoce amargamente: "La Comisión (redactora) no podía hacer caso omiso de un hecho demasiado general, por desgracia, en nuestra patria. Es este la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les corresponden. Debido es esto, ya a la subdivisión excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya a las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya a los incendios y ruinas que en la serie de los siglos han tenido lugar, ya al poco esmero en la conservación de los archivos, ya, por último, a la incuria de los propietarios. Pero cualesquiera que sean las causas, no puede desconocerse que esta falta de titulación hace disminuir mucho a la propiedad.

titulación formalística en contradicción con las necesidades prácticas, con nuestro Derecho civil tradicional y con la finalidad misma de la institución hipotecaria.

Sin duda es necesaria la titulación solemnizada cuando los derechos que contiene se deriven de actos judiciales o administrativos, porque las leyes substantivas y procesales imponen que las declaraciones o reconocimientos de derechos y obligaciones en vía judicial plasmen en oportuna y “documentada” resolución, porque lo exige el carácter contradictorio del procedimiento contencioso en que se dictó—o su expedición es el fin propuesto en la mayoría de los de jurisdicción voluntaria—, porque lo exige la “maiestas” del Tribunal o del Gobierno o sus agentes que las dictan. Pero no aparece la misma necesidad en los derechos inscribibles derivados de actos otorgados entre particulares o personas jurídicas actuando con carácter privado, porque si, en definitiva, el derecho nace de un negocio jurídico válido y delineado con la necesaria claridad en simple escrito hecho por las partes, si al acceso a los libros inmobiliarios ha de preceder la calificación y si, finalmente, lo que ha de hacer fe en cuanto al historial jurídico de la finca ha de ser el Registro, por ninguna parte se justifica la interposición de unas solemnidades que son innecesarias al negocio mismo—como no sea para dotarle de la estructuración externa y gráfica que deriva de la intervención de un profesional del Derecho⁹⁵—y sólo artificialmente son importantes desde el punto de vista registral⁹⁶.

Como reconoce don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en nuestra historia jurídica nunca el otorgamiento del título sustituyó a la entrega material de los inmuebles trasmitidos, e incluso se hace preciso reconocer que, pese a la influencia francesa del desgraciado siglo XIX, la “*traditio Chartae*” es obviada por los españoles a través del “*constitutum possessorium*”. Y esta tradición explica cómo el Código vuelve a la distinción entre el negocio obligacional y el de disposición en el artículo 609, y cómo nuestras leyes hipotecarias propenden, sin llegar a la meta hasta ahora, a atribuir a la inscripción el papel que en la venta de cosas muebles corresponde a la tradición. Por eso se lamenta GONZÁLEZ de que falta en nuestras disposiciones inmobiliarias una declaración en que se dijera:

95. CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pág. 49 y sig.

96. Aun hoy en pleno sistema rigurosamente formalista hipotecario pueden señalarse numerosos documentos que, no obstante su carácter privado, tienen acceso al Registro. Entre otros, el derecho hereditario en abstracto cuando la inscripción fuese solicitada por legitimarios o personas que tengan derecho a proponer el juicio de testamentaria, anotación preventiva de los legados por convenio entre las partes, anotaciones de créditos refaccionarios, adjudicaciones para pago de deudas, la cancelación de anotaciones practicadas en virtud de solitud, la prórroga de la anotación por falta de previa inscripción, la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas la sanción de determinados defectos subsanables; y en la Ley anterior, para cancelar hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso, y para convertir en inscripciones de dominio las de simple posesión.

“La propiedad de los inmuebles se adquiere mediante la inscripción”⁹⁷.

Con ello se aclararían determinadas frases hoy oscuras, aun de la Exposición de Motivos⁹⁸, cuanto más contando con la tradición germánica que paladinamente se refleja en la Ley del Reino de Sajonia de 6 de noviembre de 1843 y con la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, que se inclina a estimar consumada la venta cuando la finca aparece inscrita, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor⁹⁹.

Por lo que a nuestro trabajo de hoy interesa, baste con destacar—sin adentrarnos en problemas con substantividad por sí mismos para otras notas extensas e independientes—que titulación solemne e inscripción son ambos instrumentos de publicación de relaciones jurídicas, con distinta órbita de actuación. Al modo como la posesión notifica—apariencia con efectos jurídicos—los negocios de trascendencia real operados sobre muebles, la titulación pública cumple la misma función respecto de los negocios obligacionales de trascendencia no real, y la inscripción da a conocer los efectos de los negocios reales sobre inmuebles. Y los tres, posesión, título solemne e inscripción, convergen en la realización de la seguridad jurídica, a través de la fe pública de que por igual gozan en la conciencia de los ciudadanos.

Nos parece, pues, interesante resaltar la significación autónoma de la institución y derecho registrales dentro del ordenamiento privado de nuestro país, poniendo de relieve aquellos ángulos y facetas menos conocidos o más silenciados, mostrar la que para nosotros es absurda timidez de un sistema inmobiliario que sin inscripción constitutiva—ya que no obligatoria—no puede satisfacer sus propias finalidades: aludir a la armónica construcción hipotecaria que podría intentarse partiendo de nuestra Ley, poner de relieve cómo en el espíritu nacional opera aquella idea de la falta de eficacia plena de la inscripción repercutiendo, en definitiva y con su corriente desinscribitoria, en la buena marcha de las relaciones jurídicas, del crédito territorial y, finalmente, que sin forma solemne en las relaciones obligacionales e inscripción “directa” en las reales o de disposición, peligra aquella idea de la fe pública y con ella la seguridad del tráfico con la que subordinada e inmediatamente se coordina.

No se pretenda ver en nuestras páginas ninguna intención peyorativa ni peyorativa para la titulación pública que responde a exigencias vinculadas a la misma seguridad jurídica, pero con una esfera de actuación que le es privativa, como la inscripción, juega en una órbita también peculiar.

97. J. GONZÁLEZ: *La tradición de fincas en el instrumento público*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1944, pág. 88.

98. Una venta que no se inscribe ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes, que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

99. SS. 8-V-1947, 6-XI-1947, 26-II-1942; Res. 10-I-1939.

GONZÁLEZ PALOMINO la ha reconocido así recientemente al huir de la ampulosa definición de la función notarial como una "magistratura de los derechos en la normalidad"¹⁰⁰, para centrar el concepto en la de "dar carácter formal a los documentos que autorice"; las normas jurídicas de competencia de la función notarial son las que "afectan a las relaciones entre particulares" y la naturaleza de esta función es administrativa¹⁰¹. El notario necesita, en el concepto del propio PALOMINO, ser jurista¹⁰²; porque "lo que da rango al Notariado de nuestros días y calidad a su actuación no es principalmente su objetividad de testigo rogado o de afirmador fidedigno de evidencias, sino su actuación como jurista"¹⁰³. Por donde podría venirse al silogismo un tanto desorbitado de que el reconocido prestigio notarial se funda precisamente en las funciones extranotariales del fedatario, en la labor de asesoramiento que desempeña en concurrencia con los abogados y demás profesionales libres del Derecho. Sobre estas ideas ya tendremos ocasión de volver para destacar cómo, sin embargo, un notable jurista como es don JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO centra lo específico de la función notarial en la condición de testigo privilegiado, refiriéndose más su órbita a lo meramente fáctico que al contenido del negocio jurídico. De momento baste con las ideas apuntadas.

CASTÁN, situándose en el otro extremo del doctrinarismo pendular, sitúa la función notarial como insta o inmediatamente situada junto a la jurisdicción voluntaria¹⁰⁴, aunque, dicho sea en honor de la objetividad, reconociendo la escasa consolidación de este concepto, combatido, entre otros, por WACH, CHIOVENDA y GOLDSCHMIDT¹⁰⁵.

Y si, realmente, se piensa en el concepto "iuris dictio"¹⁰⁶ y en el contenido de la hoy llamada jurisdicción voluntaria, habrá que aceptar como conclusión la de que la función notarial no entronca ni con el poder de declaración de derechos convertidos, ni tiene con la jurisdicción otros contactos que los derivados de acoger en su seno los negocios menos típicamente incluidos en ella¹⁰⁷.

100. Art. 1, Regl. Nt. de 1935.

101. GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, página 119.

102. *Idem*, op. cit., pág. 129.

103. *Idem*, op. cit., págs. 124-125.

104. JOSÉ CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pág. 29.

105. CHIOVENDA: *Instituciones*, II, pág. 19 y sig., y MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, I, Madrid, 1942, pág. 138, citados ambos por CASTÁN.

106. Justamente la función jurisdiccional consiste en "decir el derecho entre particulares", a juicio de WNGER, *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, pág. 28. Inútil es advertir que lo notarial presenta aún menos relación con el "ius publice respondendi" con que ha querido emparentarse. Sobre este punto: VISSCHER y NICOLAU, en *Rev. Hist. de Droit*, 1936, págs. 615-634.

107. GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t I, pág. 269) hace notar que aun cuando no siempre la actividad jurisdiccional tiene por objeto la declaración de derechos, siempre participa de la noción de "proceso" y, consiguientemente, su esencia radica en ser "una función pública

Hay, sin embargo, una nota de procedencia legislativa que, en un examen poco meditado, podría inducir a aproximar la función notarial a la declaración de derechos en la esfera privada. Aludimos a las facultades que se le atribuyen respecto de las llamadas "actas de notoriedad" en los arts. 203 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y 288 y siguientes de su Reglamento de 1947, y cuyos antecedentes inmediatos más interesantes son la Ley de Reconstrucción de Registros de la Propiedad de 5 de julio de 1938 y el Reglamento notarial de 2 de junio de 1944.

En efecto, el Notario, en virtud de aquellos preceptos, recibe las aseveraciones del interesado, bajo juramento y pena de falsedad en documento público; publica edictos y notificaciones citando a los posibles interesados en el expediente, los cuales comparecen ante aquel funcionario exponiendo y "justificando" sus derechos; y, en definitiva, practica las diligencias y pruebas que considera convenientes, "hayan sido o no propuestas por el requirente", asumiendo funciones que, al menos en lo externo, tienen una trascendencia y una tradición judiciales.

Contra ellas reacciona violentamente la doctrina por entender que desvirtúan la función típicamente notarial. En este sentido, ha dicho un distinguido escritor¹⁰⁸: "el acta de notoriedad es más bien una "instrucción notarial" de un expediente de jurisdicción voluntaria, que requiere, para su eficacia, resolución judicial". En tal situación cabe, efectivamente, preguntarse por qué el propio Juzgado que la ha de aprobar o denegar no la instruye también, como hace con los otros asuntos "inter volentes". O bien "si la instruye un funcionario de la máxima competencia jurídica, ¿por qué no la resuelve también? Sin duda, porque ello implica funciones jurisdiccionales anómalas en el notariado. "Pero precisamente por serlo, concluye LA RICA, lo lógico hubiera sido reducir el acta a sus modestos límites y confiarla por completo al Notariado..."¹⁰⁹.

En esta línea de pensamiento, aclara CASSO que así sucedía en el proyecto sometido a las Cortes, donde no era necesaria la aprobación judicial del acta de notoriedad. La exigencia de este requisito representa una desconfianza "que ha malogrado la eficacia de dichas actas, al alargarse, sin razón alguna, el procedimiento y al encarecer su costo"¹¹⁰.

de examen y actuación de pretensiones", bien distinta de la que caracteriza a la propiamente notarial. PLAZA y PRIETO CASTRO, citados por CASTÁN (op. cit., página 32, nota 1), explican cómo el concepto jurisdiccional acoge impropiedades negocios de la más diversa índole, no todos los cuales pertenecen a la esfera de la función jurisdiccional. Justamente por coincidir aparentemente lo jurisdiccional y lo notarial en este tipo de negocios, es por lo que ha podido intentarse una aproximación de ambos conceptos.

108. RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 233 y 234.

109. LA RICA ARENAL: Op. cit., pág. 234.

110. CASSO ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 232.

Por nuestra parte, insistimos modestamente en lo inadecuado de ver en las citadas actas de notoriedad ejercicio de "iuris dictio" o de "imperium". Desorbitado el concepto de aquellos documentos y exagerada su trascendencia, forzosamente se ha de llegar a conclusiones un tanto anómalas en la contemplación de las atribuciones notariales en cuanto a los mismos. Baste recordar lo que son las actas de notoriedad en el vigente Reglamento Notarial¹¹¹.

En este Cuerpo legal, como todas las demás actas, las de notoriedad no acreditan sino hechos con trascendencia jurídica, pero que de ningún modo pueden considerarse el negocio mismo. Por otra parte, en la propia reglamentación hipotecaria actual se pone de relieve la escasa trascendencia judicial de las funciones notariales, porque, según la regla 8.^a del art. 203, es al Juez a quien corresponde la decisión definitiva de los problemas planteados. Claramente resulta de la regla novena que "si se formulase oposición a la tramitación del acta, el notario, sin incorporar el expediente a su protocolo, lo remitirá al Juzgado competente, el cual, por los trámites establecidos para los incidentes, resolverá, a instancia de parte, lo que proceda". Volvemos, pues, a nuestro punto de partida en que lo característico de la función notarial era contribuir con la solemnización de determinados documentos a la realización de la fe pública, instrumento, a su vez, al servicio de la seguridad jurídica general.

Y esta idea de la seguridad jurídica que, en definitiva, fundamenta y enlaza la función publicadora tipo—la registral en cuanto ella sí que declara derechos—con los instrumentos para su realización (contratos solemnes, signos tendentes a crear una psicología de creencia y una presunción de veracidad) ha de ser el eje en torno al cual se mueven necesariamente nuestras consideraciones.

Pretendemos haber dado cima, con las notas precedentes, a la primera parte de nuestro trabajo. No nos ha inspirado en ella otra mira que la de contribuir, en la modesta medida que nos es permitido, a la clarificación del concepto fe pública, ateniéndonos para ello a los límites ya clásicos de la investigación¹¹², y teniendo bien presente aquella prudente recomendación que el Código alfonciano dedicaba a quien precipitadamente legisla y opina en materias jurídicas: "... que el hacer es muy grave cosa y el desfacer muy ligera"¹¹³.

111. Regl. Not. 2-VI-1944, art.

112. MENÉNDEZ Y PELAYO: "Discurso sobre la educación" en el Congreso de Diputados, 1885: "... siempre que se cumplan las leyes del método, siempre que no se arroje el científico a generalizaciones precipitadas, siempre que no se dé excesivo valor a observaciones incompletas..."

113. Este texto de la Partida I, tít. I, Ley 8.^a, puede ser completado con el de la Par. VII, tít. 34, Ley 37: "... en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro de ellas, antes que se parta de las otras que fueron tenidas antiguamente por buenas y por derechos..."

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

