



EL DERECHO REGISTRAL SE DEBATE HOY ENTRE DOS VISIONES ANTAGÓNICAS: ANÁLISIS DEL “REALISMO” FRENTE AL “EXTREMISMO”

Gunther Hernán Gonzales Barrón^(*)

1. FINALIDAD DEL REGISTRO: JUSTICIA Y SEGURIDAD EN EL TRÁFICO JURÍDICO

Es común sostener que el Registro es un instituto que otorga seguridad jurídica a los derechos, ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse. LACRUZ y SANCHO señalan que la finalidad primaria del Registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones inmobiliarias, ya que las difíciles indagaciones sobre la titularidad de los bienes son reemplazadas a través de una simple consulta¹. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que la seguridad proporcionada por los derechos inscritos facilita su tráfico y el crédito territorial; asimismo, ello contribuye al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha permitido la multiplicación de los propietarios, en tanto se facilitan las adquisiciones al

^(*) Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad Castilla La Mancha y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha. Becario de la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo. Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Registrador, Notario de Lima, Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de la Organización de Formalización de la Propiedad (COFOPRI) y Presidente de una Sala del Tribunal Registral. Ha escrito múltiples libros de su especialidad tales como “Introducción al Derecho Registral y Notarial”, “La Usucapión. Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio”, “El nuevo Derecho Registral. Jurisprudencia de la Sala Transitoria del Tribunal Registral”, “Derechos Reales”; “Tratado de Derecho Registral Inmobiliario”, “Tratado de Derecho Registral Mercantil”, entre otros. Además tiene gran cantidad de artículos, ensayos, ponencias, notas a jurisprudencia, partícipe en conferencias y seminarios nacionales y extranjeros.
ggonzales@pucp.edu.pe

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona 1984, pág. 11.

crédito². LÓPEZ MEDEL distingue entre la seguridad negativa y la seguridad positiva. Por la primera, el adquirente se ve protegido por el acto de inscripción frente a cualquier pretensión ajena; mientras que por la segunda, el titular, ya inscrito, se encuentra en ventaja para transferir respecto del que no lo está³.

La pregunta que surge es: ¿sólo tiene relevancia la seguridad jurídica? ¿El Registro no está incardinado con otro valor fundamental que inspira el ordenamiento? Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el “interés del propietario” de no ser despojado sin su consentimiento; para otros debe primar la seguridad jurídica representada por el “interés del tercero” de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no sea el verdadero propietario. Se dice que hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, pero el ordenamiento finalmente optará por alguna de las alternativas. En tal sentido, si el Registro es una institución de seguridad, entonces parece claro que debe optar por el “interés del tercero”. Se dice que el valor inferior de la apariencia prima sobre el valor superior de la verdad como una medida desesperada para evitar los conflictos eternos o las dudas insuperadas. Eso mismo ocurre con la cosa juzgada, en donde se admite que una solución injusta pueda convertirse en definitiva para evitar un debate interminable; o en la prescripción extintiva de los derechos, por el que se puede beneficiar a un sujeto que incumplió la ley, pero de esa manera se impide que las pretensiones jurídicas puedan hacerse valer indefinidamente en el tiempo. Se agrega, entonces, que la seguridad jurídica, como hermana menor de la justicia, se impone en algunos casos por razones de política legislativa, en cuanto se considera preferible, en ocasiones, que prime la simple apariencia por sobre la realidad jurídica.

Sin embargo, otra corriente jus-filosófica intenta revalorar la posición de la seguridad jurídica, negando que exista una tensión entre ésta y la justicia, pues la primera ya implica el aseguramiento de intereses valiosos, como la certeza, la estabilidad, y eso también es justicia. La decisión que privilegia la seguridad jurídica es justa por sí misma, por lo que no hay un conflicto real entre ambos valores. Así, utilizando el ejemplo de la cosa juzgada, se dice que éste es un instituto de justicia por cuanto protege la paz social, aun cuando la decisión concreta del juez pueda ser considerada injusta desde

² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, CRPME, Madrid 1999, 2ª edición, Tomo II, pág. 439.

³ LÓPEZ MEDEL, José. *Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral*, CRPME, Madrid 1995, pág. 69.

otra perspectiva. En tal caso, se presenta una tensión o pugna de la justicia consigo misma, pues si bien la cosa juzgada produce a veces una injusticia, ello sirve para la realización de la propia justicia⁴. Esta postura pretende conciliar los conceptos de justicia y seguridad jurídica, aduciendo que la seguridad nunca es injusta, siempre que en ella se salvaguarden los valores fundamentales del ordenamiento.

Para nosotros la cuestión es más simple: el Derecho puede optar por distintas reglas técnicas para solucionar los conflictos de intereses; en algunas de ellas se valora fundamentalmente la justicia material de dar a cada uno lo suyo, lo que implica también no ser despojado arbitrariamente; y en otras soluciones se valora una justicia más formal, de apariencia, limitada a lo que es posible y razonable dentro de ciertos límites, y que llamamos seguridad jurídica. Por tanto, si bien es correcto afirmar que existen varias soluciones razonables a un mismo problema, también debe reconocerse que dentro de esas soluciones unas se inclinan por la justicia y otras por una justicia formal (seguridad); sin embargo, debemos estar prevenidos de que el solo interés por la estabilidad y certeza puede llevar a una solución injusta. Por ejemplo: si hoy se dictase una ley que estableciera el plazo de un año para adquirir por prescripción adquisitiva, entonces parece claro que ese hipotético legislador buscaría privilegiar la seguridad jurídica a efectos de precluir (extinguir) en plazo sumario todos los debates sobre la propiedad. Ello produciría el efecto beneficioso de dar certeza respecto a las titularidades reales; sin embargo, esa norma estaría afectada por una radical injusticia, ya que los propietarios se encontrarían sujetos a una carga de conservación de su derecho realmente intolerable, y con lo cual bien podría decirse que el derecho queda vaciado de contenido al ser facilitada en grado sumo la posibilidad de que la titularidad se extinga por un hecho casi incontrolable.

Sobre este punto, el filósofo alemán Gustav RADBRUCH explica magníficamente que una solución favorecedora de la seguridad jurídica puede todavía ser justa, aunque como “justicia menor”, lo cual implica el reconocimiento de diferentes dosis dentro de este valor: *“Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia*

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Seguridad Jurídica*, pág. 117.

La postura del profesor español ha sido tomada al pie de la letra por: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. *Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico. ¿existen consecuencias injustas detrás de una opción potencialmente justa?* (documento), pág. 10: “En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales”.

*consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátese de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto **forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto**”⁵. Por tanto, no es correcto decir que la seguridad jurídica siempre se identifica con la justicia, como dice PÉREZ LUÑO, sino más bien que la seguridad es una justicia de menor entidad, que se encuentra en otro plano valorativo, y que incluso puede devenir en injusticia cuando solo se privilegia el orden⁶. Este mismo debate atraviesa todo el Derecho y se encuentra presente en una serie de instituciones jurídicas.*

El Registro no puede ser una excepción a esta compleja problemática, y si bien en esta materia se habla reiteradamente de la seguridad jurídica, lo cierto es que nuestro instituto **debe contar con una suficiente base de justicia que lo haga viable**, pues su finalidad no puede reducirse a buscar la certeza por encima de todo. Recuérdese que en las controversias propietarias siempre hay un sujeto a quien el Derecho prefiere, pero también hay otro que es necesariamente perjudicado. Por tanto, decídase lo

⁵ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 2005, pág. 44.

⁶ Es cierto que no hay una solución única de justicia para cada conflicto humano, dada la relatividad de criterios para decidir la mejor respuesta en cada caso; sin embargo, de esa premisa se ha extraído la falsa conclusión de relativizar las soluciones dadas por el Derecho, y considerar que cualquiera de ellas es justa y admisible; por tanto, la que opta por la seguridad jurídica también es una alternativa “justa” (en este **clamoroso error** incurre, por solo copiar sin reflexionar por su cuenta, MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. Op. Cit., pág. 17, quien sigue en este punto el dictado de PÉREZ LUÑO, sin mayor reflexión o crítica). En tal sentido, si bien ES ADMISIBLE QUE PUEDAN EXISTIR VARIAS SOLUCIONES MÁS O MENOS RAZONABLES, sin embargo, hay unas inspiradas netamente en el valor de justicia material, y otras que se inspiran más bien en la justicia formal o de continente (seguridad jurídica); se trata, pues, de una menor o mayor dosis de uno u otro concepto, lo cual se encuentra en concordancia con la naturaleza de ciencia problemática que tiene el Derecho. Recuérdese que la Justicia se representa con una balanza en donde la ventaja de uno afecta al otro, y en ese tránsito es necesario pesar y contrapesar las dosis a efectos de lograr un delicado equilibrio. La solución netamente justa es la que incorpora los valores trascendentales de la sociedad que subyacen en el sistema jurídico; por su parte, la solución netamente segura es aquella que privilegia el formalismo, la certeza, la rapidez, la preclusión de los debates, etc., al margen de la solución de fondo. La justicia es el valor, lo sustantivo, el contenido; la seguridad jurídica es la forma o el continente.

Un exceso de seguridad desligada del contenido implica una norma injusta, lo que demuestra que no siempre la seguridad es justa. Según HERNÁNDEZ GIL, Antonio (*Obras Completas*, Tomo I: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Espasa Calpe, Madrid 1987, pág. 450), el Derecho es siempre aproximación a la justicia, con todas las complejidades que ello implica; no ocurre lo mismo con la seguridad ya que por sí misma no es apta para expresar la esencia última de lo jurídico; la seguridad representa el orden, pero si éste se encuentra abstraído de contenido entonces no equivale a derecho.

que se decida habrá alguien que se verá privado de su interés, y a quien el ordenamiento lo dejará con las manos vacías. El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras por el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica (“solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto”). Si bien existe el “interés del adquirente” por consolidar la transmisión (a quien usualmente denominamos “tercero”), también existe el legítimo “interés del propietario” por conservar su derecho. En tal sentido, hay que estar prevenidos de buscar soluciones mágicas y dogmáticas, pues se hace necesario repensar los intereses en pugna que se encuentran detrás de todo conflicto. La doctrina ha advertido con toda razón que el principio de la autonomía privada impide generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido rectamente, en tanto ello implicaría subvertir las bases mismas del Derecho Privado, ya que en tal caso se legalizaría sin más la extracción impune de bienes sin el consentimiento del titular⁷.

Es un sentimiento natural el que nadie puede ser despojado en forma arbitraria de su patrimonio. Por ello, cabe preguntarse: ¿los ciudadanos estarían de acuerdo con ser despojados de un bien suyo a favor de un tercero, solo por el hecho que ésta tenga buena fe y no conozca la falsificación realizada, o que ignore el error del notario o del registro? La respuesta es obvia, y demuestra que un sistema jurídico no puede apoyarse en simples reglas técnicas de certeza, desprovistas de moralidad y justicia para la sociedad a la cual van dirigidas; por tanto, un sistema legal debe tener viabilidad social o legitimidad en cuanto a los valores compartidos por esa misma comunidad. La seguridad jurídica, efectivamente, no implica una injusticia *per se*, pero tampoco puede admitirse que se proteja solo el interés exclusivo de una de las partes del conflicto y olvidemos todas las razones del otro lado, y para ello rechazamos la ilusión óptica de que “toda seguridad ya es justicia”. Por tal razón, **es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias.**

⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Editorial Montecorvo, Madrid 1979, pág. 491.

Por tanto, la finalidad del Derecho registral es arbitrar un sistema que permita conocer el estado de los derechos (por ejemplo: la información sobre el propietario, los gravámenes, la situación física), facilitando de esta manera el tráfico patrimonial en condiciones armónicas de justicia y seguridad. En este sentido, la doctrina más moderna viene proclamando las ventajas de un sistema sin soluciones radicales, en donde la inscripción juegue un papel importante para la seguridad del tráfico, pero sin cerrar los ojos a la realidad extrarregistral⁸. El Registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en la titularidad de los derechos y de estabilidad en la circulación de la riqueza, por lo que se debe encuadrar como una figura de **SEGURIDAD JUSTA**, y no sólo ante un instituto de mera seguridad vaciado de contenido o sin finalidades valiosas. Detrás de ella subyace una racionalidad lógica y económica, así como un apego profundo por la conducta leal y honesta, es decir, por el acto bueno y justo.

Desde nuestra perspectiva, no basta con la seguridad jurídica a rajatabla, esto es, proclamar la verdad dogmática del registro y olvidarse de sus límites intrínsecos (defectos, inexactitudes, imposibilidad de contradecir la realidad notoria, la posesión, etc.) y de sus límites extrínsecos (fraude, mala fe, etc.). Debemos recordar en este punto que una seguridad, así entendida, llevará inexorablemente a una situación de desorden o de incumplimiento de la ley (desuso de la norma). La protección al adquirente de buena fe no puede realizarse sin que el *verus dominus* cuente con unas garantías institucionales que hagan reducir casi hasta el límite del absurdo las posibilidades de error o despojo de su derecho⁹. En este punto se aprecia con claridad los fundamentos que se hallan detrás de recusar la inscripción constitutiva, así como de los beneficios de dar entrada a la buena fe como elemento necesario en la protección registral, y en la preferencia del usucapiente sobre el tercero registral.

2. HOY EL DERECHO REGISTRAL SE DEBATE ENTRE DOS CORRIENTES ANTAGÓNICAS: EL “EXTREMISMO” FRENTE AL “REALISMO”

⁸ FARIAS BATTLE, Mercedes. “Realidad del Tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 912.

⁹ Por tal razón, debe tenerse en cuenta lo siguiente: “Naturalmente que interviene un tercero en el problema, pero su buena fe, su creencia en la titularidad del transmitente, no puede, en principio, pesar más que la realidad. El tercero tendrá para sí la creencia, pero el propietario tiene a su favor la realidad. En estos términos el problema sólo se puede resolver a favor del tercero por otras razones, que justifiquen la preferencia del tercero, más allá de su buena fe”: MIQUEL GONZÁLEZ. Op. Cit., pág. 450-451.

Existe una “vieja doctrina” del derecho registral que insiste en mantener los dogmas supuestamente indiscutibles de otros tiempos, y que soslaya las críticas ajenas ya que pasa rápidamente la página frente a las nuevas tendencias. Así escuchamos frases retóricas, tales como “El Registro es la verdad oficial”, “la inscripción debe ser constitutiva”, “la inscripción dota de oponibilidad”, “el Registro protege la seguridad del tráfico”, “todos los conflictos se resuelven a favor de quien inscribe”, “el asiento registral prima sobre el título archivado”, “el registrador tiene un ámbito pleno de calificación”, entre otras afirmaciones sin sentido y que ya han sido refutadas desde hace tiempo, aunque cada cierto tiempo regresan. Lamentablemente en nuestro país, esas afirmaciones se repiten mecánicamente.

El “viejo Derecho registral” (extremista) pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro de los Bancos, empresas financieras, transnacionales y todos aquellos a quienes solo les interesa lucrar y recuperar su inversión en el menor tiempo posible. De allí nacen ideas, tales como que fuera del registro nada existe, no es válido o carece de relevancia jurídica. En cambio, “el que inscribe cuenta con una garantía absoluta de su derecho”. Con este criterio el estudio del derecho debiera iniciarse y concluirse el mismo día, pues todos los conflictos de la vida debieran solucionarse con la frase: “primero en el registro, más poderoso en el derecho”.

En efecto, nunca, en ningún sistema jurídico del mundo se ha pretendido que el registro otorgue garantía absoluta e inmovible, pues la realidad impone tomar en cuenta otras variables para llegar a una justa y armónica conciliación de intereses. **Por eso hoy, y desde siempre, se reconocen múltiples limitaciones a la actuación del registro, es decir, aspectos sobre los cuales no juega ningún rol.** Enumeremos algunos: mala fe del tercero, posesión, usucapión, error en las mediciones de las superficies, datos físicos de la finca, dominio público, demanio natural, derechos reales patentes o notorios, elementos de hecho discordantes con la publicidad, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles inscripciones, entre muchos otros. En consecuencia, **el registro solo puede otorgar una relativa seguridad**, pues nada ni nadie puede avanzar más allá de eso. Los extremistas siguen soñando, y lo seguirán haciendo, con el mito de la seguridad plena.

Por el contrario, nosotros sostenemos la necesidad de un “nuevo derecho registral”, realista, que tome en cuenta las complejidades de la vida en relación, y no se cierre en las formas. Recordemos que el registro es, quiérase o no, un formalismo, por lo cual tiene todas las ventajas de tal (certeza, seguridad, fehaciencia), pero también tiene todos los inconvenientes de ceñirse a la etiqueta y abandonar el contenido (fraudes, engaños, apariencias, mala fe, injusticia).

Muchas veces se dice que el registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, esa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a los inversionistas, a los poderosos, a las transnacionales. Pero existe otra perspectiva: ¿qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años no posee! Ante ello, cabe preguntarse, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Como dice VALLET DE GOYTISOLO, se puede ser diligente en lo formal (registro) pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes). Por tanto, hay que descartar este argumento facilista.

El “nuevo Derecho registral”, por tanto, se enfoca en la complejidad del problema, asumiendo que el registro es un importante instrumento que otorga garantía relativa a los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considere preferibles.

3. ALGUNOS TEMAS CONCRETOS EN LOS QUE SE APRECIA EL ENFRENTAMIENTO ENTRE “EXTREMISMO” Y “REALISMO”

Vamos a exponer algunos temas para explicar esta velada lucha que se presenta entre las dos concepciones antagónicas sobre el registro y su posición en el sistema de tráfico patrimonial.

3.1 LA INGENUA PRETENSIÓN DEL REGISTRO COMO “VERDAD OFICIAL”

Un ejemplo de este dogma se encuentra en la Declaración de Lima realizada como conclusión de un Congreso Internacional sobre “Lineamientos, Sistemas de Garantías y Modelos de Gestión en el Moderno Derecho Registral” (Lima, 22 a 24 de mayo de 2007): “El Registro, como instrumento dinamizador del tráfico jurídico, debe otorgar máxima protección a los titulares registrales y a los terceros, lo cual implica que dicha protección comporta la necesaria declaración de que los derechos inscritos constituyen la verdad oficial de las titularidades publicadas y que lo no inscrito no afecta a los terceros” (acápito I.2.a).

El Derecho registral “extremista” (aunque se le denomine “moderno”, de acuerdo al Congreso Internacional, antes citado) es partidario de la frase “El Registro es la verdad oficial”, lo cual constituye un error desde su propio enunciado.

En primer lugar, la verdad es única, por lo que el adjetivo “oficial” sale sobrando. Eso me hace recordar a los “comunicados oficiales” de una dictadura, que justamente por ser tales ya generan sospecha de que se trate una falsedad. Por tanto, la afirmación de que el Registro es una “verdad oficial” nos lleva a dudar de ello pues parece una imposición abusiva.

En segundo lugar, la verdad se da en el mundo de los hechos, y no es posible que la existencia de un hecho se imponga verticalmente por parte del Estado, a *manu militari*.

En tercer lugar, desde una perspectiva crítica, de tono científico y filosófico, es obvio que no existen verdades oficiales, sin contraste con el mundo real. Parece algo impuesto, arbitrario e irrazonable. La ciencia, moderna descarta que exista un conocimiento oficial.

En cuarto lugar, constituye una pretensión exagerada, injusta y desproporcionada, pensar que la única verdad es la que se encuentra en unos libros del Registro, y que todo lo que pase u ocurra fuera de esos libros simplemente no existe, no vale, no tiene importancia o carece de relevancia jurídica, ya que todo se descarta por el fácil expediente de cerrar los ojos ante la realidad. Sin dudas, la “verdad oficial del Registro” es una ingenuidad digna de mejor causa.

La siguiente opinión pone las aguas en su nivel: *“Hablar, por tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá. En esta vida no hay nada que sea gratuito, y convertir lo que tradicionalmente se ha considerado como apariencia especialmente protegida en verdad oficial, no es otra cosa que pretender, so pretexto de que toda la realidad está en el Registro, que el Registro sea la realidad. Y esto es, de entrada, una ficción; y si la puerta del Registro la guarda alguien que no sea juez, es, además, una arbitrariedad”*¹⁰.

Hablar de la “verdad oficial” en el registro implica negar la realidad, vivir en una ficción, volver al mundo platónico de las ideas; y eso en el Derecho conlleva a deslegitimar cualquier orden jurídico. Nunca un sistema de normas puede asentarse en la sola apariencia o en la ficción sin contenido.

Vamos a poner un ejemplo adicional sobre los efectos que produce encerrarse en el formalismo y desoír la realidad. Hoy el número de parejas en unión de hecho supera notoriamente a las nacidas del matrimonio. Esa es una verdad incontrastable y fuera de discusión. Paradójicamente el Código Civil regula las uniones de hecho en 2 artículos, mientras que el matrimonio tiene 200; pero en fin, ese es otro tema derivado del desfase de nuestro legislador. Pues bien, ¿qué pasaría si un hipotético legislador, apegado a las formas, decidiera desconocer las uniones convivenciales a efecto de prestar reconocimiento exclusivo al matrimonio? ¿Acaso ello impediría que se produzca el concubinato? Por supuesto que no. El resultado de un ordenamiento solemne, como el propuesto, conllevaría la disolución del orden jurídico, ya que rápidamente la sociedad dejaría de sentirse representado por ese derecho de formas, y que no tiene en cuenta los hechos.

Entonces, así como resulta inviable un derecho de familia “extremista”, igual sucede en el Derecho registral, y en cualquier otro ámbito normativo.

Téngase en cuenta que mientras en la Teoría General del Derecho se habla de la “derrotabilidad” de los principios jurídicos, ya que es perfectamente posible que queden parcialmente de lado cuando entren en conflicto dos o

¹⁰ LÓPEZ BURNIOL, Juan José. *Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*. EN: www.vlex.com/vid/238440. Pág. 39.

más principios. Ello significa que en el ámbito de los derechos fundamentales se acepta la relatividad de soluciones; mientras que en el registro se camina contracorriente, pues allí se postula el absolutismo de la “verdad oficial, única y sagrada”.

3.2 ¿REGISTRO DECLARATIVO O CONSTITUTIVO?

En nuestro medio existen autores que hasta el momento no entienden correctamente el sistema de la inscripción declarativa (arts. 1135 y 2022 CC), y siguen sosteniendo que no es posible armonizarlo con la transmisión consensual que establece el art. 949 CC. En tal sentido se ha dicho que: “la transmisión por consenso solo genera una eficacia inter-partes”, o que “se trata de una transferencia sin oponibilidad” o que “no afecta a terceros”. Todas estas afirmaciones son simples gazapos, pues resulta absurdo admitirse una propiedad relativa o “inter-partes”. La propiedad, por naturaleza, es absoluta (art. 923 CC), y si el mecanismo de transmisión opera con el solo contrato transmisorio (art. 949 CC), entonces el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos en virtud de la citada norma legal. No es razonable pensar que la ley tenga una definición de propiedad (absoluta), pero cuando se trata de transmitir esa misma propiedad tenga otra definición (relativa).

Por lo demás, desde una perspectiva práctica, considérese lo irrazonable que significa admitir una propiedad “inter-partes”, ya que en ese caso, por ejemplo, el comprador no podría construir pues la Municipalidad es un tercero al que no le afectaría el vínculo contractual; o no podría arrendar porque el inquilino es un tercero; o no podría reivindicar de un usurpador porque éste también es un tercero. Es obvio que ninguna de estas hipótesis es admisible, por lo cual se concluye, a contrario sentido, que el propietario tiene la potestad de realizar cualquiera de estos actos frente a dichos terceros, por lo que su derecho es absoluto.

Por tal razón, y en primer lugar, hay que descartar la visión equivocada referida a que el art. 949 CC transfiere una propiedad relativa, pues en realidad la transmisión SE PRODUCE PARA TODO EFECTO LEGAL Y CON CARÁCTER ABSOLUTO, por lo que el comprador se convierte en propietario con poderes plenos para realizar todos los actos de uso, disfrute, aprovechamiento, administración o disposición del bien. Ahora bien, si

alguno no está de acuerdo con el sistema consensual de transmisión de la propiedad entonces que propugne su modificación legislativa, pero ese es OTRO TEMA; por ahora, LA PROPIEDAD SE ADQUIERE POR EFECTO DEL SOLO CONTRATO TRANSMISIVO.

Sin embargo, ¿cómo puede coordinarse esta adquisición del comprador no-inscrito si es que la misma ley admite que un comprador inscrito sea preferido frente al primero? Aquí es necesario tener en cuenta lo siguiente: El comprador no-inscrito es un propietario absoluto (art. 949 CC), pero corre un riesgo meramente teórico, y que consiste en la aparición de un segundo comprador que inscriba y sea preferido en el conflicto de titularidades (arts. 1135 y 2022 CC). En tal caso, el primer comprador, que era propietario absoluto, sufre la decadencia de su derecho a favor del segundo comprador que inscribe y por ese motivo se convierte en el propietario por ministerio de la ley. En consecuencia, el derecho de propiedad siempre es absoluto, sea del primero o segundo comprador. Así, en el caso usual de que **no exista conflicto de derechos**, entonces rige plenamente el art. 949 CC, por lo que el adquirente, sin inscripción, se convierte ya en propietario en virtud del contrato transmisivo. Por tanto, **la inscripción declarativa solo es un criterio de preferencia que opera exclusivamente cuando se presenta conflicto de títulos (uno inscrito y el otro no-inscrito) respecto del mismo bien, y el cual se origina por un causante que ha otorgado derechos contradictorios a dos causahabientes distintos**. El caso típico es la doble venta por la que un mismo causante (vendedor) ha otorgado dos derechos incompatibles a los causahabientes (compradores).

Toda la doctrina que ha estudiado este tema comparte dicha interpretación; así por ejemplo, los profesores italianos Zatti y Colussi dicen que la publicidad del registro *“es un mecanismo de solución de los conflictos entre sujetos que hacen valer sobre el mismo bien derechos en contradicción”*¹¹. Podemos citar también a Luigi Ferri, para quien basta el consentimiento a efecto de transferir la propiedad, pero si no se inscribe existe el riesgo teórico de conflicto con un posterior adquirente del mismo autor; por tanto, la inscripción sirve para dirimir el conflicto entre dos adquirentes de un mismo causante¹². Vamos a citar un tercer autor en el mismo orden de ideas, aunque podrían ser muchos otros en idéntico sentido: *“Una de las funciones principales de la publicidad de estos*

¹¹ ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, Padua 2005, pág. 984.

¹² FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*, traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres, Grijley, Lima 2004, pág. 272-273.

registros (inmobiliarios) es aquella de resolver el conflicto entre varios adquirentes del mismo titular”¹³.

Estas ideas que se conocen desde hace dos siglos en Europa, sin embargo, recién se empiezan a decir en nuestro país. Por tal razón, y a riesgo de ser reiterativo, vamos a repetir los conceptos básicos aplicables a nuestro ordenamiento: por regla general la inscripción no es constitutiva, y no es tampoco el mecanismo exclusivo de oponibilidad pues el contrato basta para transferir la propiedad. Por tanto, el registro solo juega su papel en un caso muy concreto: cuando existen dos títulos incompatibles otorgados por un mismo causante. Ante la existencia de títulos contradictorios el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta ya que no es razonable que ambos compradores devengan en propietarios del mismo inmueble. Para resolver el conflicto social, humano y real de los títulos contrapuestos, el Derecho puede optar por distintos criterios: la antigüedad del título (art. 1135 CC, en su segunda parte), o la toma de posesión (art. 1136 CC), o el registro (art. 1135 CC, en su primera parte).

Pues bien, cuando el sistema legal opta por el registro para resolver los conflictos, cómo bien pudo hacerlo por los otros criterios, entonces se dice que el registro es declarativo, pero ello en ningún caso lo convierte en el único mecanismo de oponibilidad, pues en situación de normalidad basta el contrato para lograr ese efecto; y el registro en ese caso no produce efecto especial. En cambio, en situación de conflicto el registro se convierte en medio de preferencia ante esa vicisitud patológica, y no es propiamente un mecanismo de oponibilidad¹⁴. Por eso, bien puede decirse, y la expresión es correcta, que el registro declarativo es uno de “preferencia” o de “garantía”.

Cuando un comprador se apresura a inscribir su derecho en el registro, lo hace para evitar en **forma preventiva** que se pueda constituir un hipotético tercero que inscriba antes que él en el registro, pero no para convertirse en propietario, pues ya tiene esa condición por el solo efecto del contrato. Por tanto, la inscripción funciona como un **mecanismo de prevención, cautela o aseguramiento de un derecho ya existente**, pues el comprador sabe que la inscripción le permite gozar de la preferencia en el caso de producirse un

¹³ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, 12º edición, Giuffré Editore, Milán 1998, pág. 619.

¹⁴ “Pero debe observarse que, a este respecto, la transcripción no sirve para conferir eficacia erga omnes al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido, los cuales si son derechos reales, son ambos eficaces erga omnes; pero cuál de los dos derechos reales prevalezca sobre el otro, depende, no de la prioridad de la adquisición, sino de la transcripción”: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires 1979, Tomo III, pág. 569.

conflicto de títulos con otro no-inscrito. El registro sirve como medida de garantía para asegurar derechos y evitar que nazca el conflicto o, en todo caso, para contar con la prevención de conocer cómo se resolvería el conflicto si éste se produjese. Ahora, si se concreta la controversia por la existencia de dos títulos contrapuestos, entonces el registro sirve para dirimir esos derechos a efecto de otorgar primacía a uno sobre el otro. De ahí viene el nombre de “principio de inoponibilidad”, pues el título no-inscrito es inoponible, es decir, no afecta o no perjudica al título inscrito, pero ello solo se aplica para el caso específico de dos títulos incompatibles sobre un mismo inmueble, ambos derivados del mismo causante, y en donde uno se inscribió y el otro no.

En pocas palabras, **la función de la inscripción declarativa es dirimir los conflictos entre varios adquirentes provenientes de un transmitente común siempre que se refiera al mismo bien**¹⁵. Los autores antiguos ya tenían muy en claro que los contratos por sí mismos transmiten la propiedad, AUN FRENTE A TERCEROS, siempre que esta regla no encuentre un excepcional obstáculo en la inscripción si es que se presenta un conflicto entre un título inscrito frente a otro no-inscrito¹⁶. La inscripción declarativa no es un mecanismo para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar que eventuales contradictores puedan a su vez inscribir, y ser preferidos en el conflicto. Es decir, la falta de inscripción no impide ser propietario, pero conlleva el riesgo de que un tercero cualificado pueda consolidar una adquisición a *non domino* permitida por la ley y cuyo fundamento se encuentra en tutelar la seguridad jurídica en la circulación de los bienes.

La inscripción declarativa no es un modo de adquisición, sino un mecanismo para asegurar derechos en la medida de lo posible. No quiere decir que antes de la inscripción no exista propiedad, o que se trate de una propiedad disminuida¹⁷. Todo lo contrario, se tiene un propietario con

¹⁵ GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Nápoles 1988, pág. 281.

¹⁶ GIORGI, J. *La teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, traducción del italiano por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1911, Volumen IV, pág. 301.

¹⁷ “La escritura basta (se entiende con el concurso de los requisitos esenciales) para producir el traspaso de la propiedad al adquirente, y que este traspaso de propiedad tiene lugar erga omnes, lo que por lo demás está conforme con la naturaleza del derecho de propiedad, que es un derecho absoluto. Pero debe añadirse que semejante adquisición **absoluta**, esto es, valedera frente a todos, no es igualmente **segura**, porque si el comprador B, que ha adquirido del mismo enajenante de quien ya había adquirido A, transcribe la propia adquisición, primero que el otro comprador A haya transcrito su acto de adquisición, entonces el comprador B vence, es preferido, aunque su título de adquisición sea de fecha posterior”: LUZZATTO, Ruggero. *La compraventa según el nuevo Código Civil italiano*, traducción del italiano de Francisco Bonet Ramón, Editorial Reus, Madrid 1953, pág. 121.

pleno goce, pero es un derecho que potencialmente tiene el germen de ser atacable o extinguido, en mérito a una situación jurídica que el legislador considera preferente (tercer inscribiente de buena fe). NUÑEZ LAGOS expresa esta idea de forma muy gráfica: *“Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, (...), si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro hay un derecho de asilo; frente a la embestida de derechos extrarregistrales, la inscripción como ha dicho González Palomino, ‘es un burladero’. Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace; se defiende”*¹⁸.

En resumen, el comprador no-inscrito es propietario (art. 949 CC), y podrá ejercer todas las potestades que le corresponden a su derecho frente a cualquier tercero indeterminado. Se trata de una propiedad absoluta y no relativa. Sin embargo, si ese comprador no-inscrito entra en conflicto con un comprador inscrito respecto al mismo bien, entonces la preferencia legal vendrá dada a favor de este tercero que inscribe, y por la evidente razón práctica de tutelar la seguridad jurídica de los actos de adquisición y transmisión (arts. 1135 y 2022 CC). Nótese que la inscripción declarativa solamente juega un especial papel cuando existe conflicto de titularidades, que es una hipótesis excepcional, pues fuera de ella rige sin ningún problema la regla consensual del art. 949.

Algunos autores, especialmente inspirados en el análisis económico del derecho, sostienen que no es razonable que el contrato sea el mecanismo de oponibilidad de los derechos, ya que esa función solamente la puede cumplir el registro. En primer lugar llama la atención que los partidarios del economicismo postulen esta tesis¹⁹, pues en Estados Unidos la transferencia de propiedad se hace en la práctica mediante la entrega del documento de transmisión, sin atisbo de registro alguno, y prácticamente se trata de un sistema consensual, aunque formal pues debe constar en documento (*deed*). Por lo demás, resulta contradictorio que un liberal que

¹⁸ NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El Registro de la Propiedad Español*. EN: *Actas del I Congreso del Notariado Latino*, Buenos Aires 1948, pág. 106.

¹⁹ Aunque ahora están de capa caída ante el desastre financiero mundial que ha puesto en entredicho la falta de intervención estatal por virtud del engañoso respeto a la “auto-regulación de los mercados”, a la búsqueda de la eficiencia mediante “acuerdos voluntarios”, al “dejar hacer y dejar pasar”, etc. Nadie puede sostener ya ese neoliberalismo salvaje, ante lo cual los Estados deben remediar los males de la libertad absoluta, y por lo cual tienen la difícil tarea futura de humanizar el capitalismo, con lo que se manda al archivo a los extremistas como Richard Posner y otros, que en el Perú han tenido muchos seguidores sumisos y poco reflexivos.

postula por propia definición que los derechos se adquieren por acuerdos entre los particulares, termine por reconocer como sistema preferible aquel en donde la propiedad proviene de una declaración del Estado, qué eso es precisamente el Registro, y no por obra exclusiva de los privados en sus relaciones de intercambio. Es decir, según los liberales nacionales, la propiedad, derecho fundamental del individuo, se explica, justifica y declara nada menos que por el Estado. No podemos imaginar mayor contradicción, pues un neo-liberal busca sostenerse nada menos que en el Estado y la burocracia, para justificar la libertad del hombre sobre las cosas.

Pues bien, y sin perjuicio de estas críticas de fondo, vamos a detenernos en responder los argumentos concretos del economicismo jurídico, disfrazado ahora de neo-dogmática. **Así, se dice que un derecho que se opone a terceros, como la propiedad, necesita de un mecanismo por el cual esos terceros puedan conocer el derecho que deben respetar; y ese mecanismo de publicidad es el registro y no el contrato²⁰.** Voy a dar el siguiente argumento con el cual se desmorona por completo esa afirmación: Por ejemplo, yo no conozco quién es el propietario o poseedor de la casa vecina a la mía y, en verdad, esa información no me interesa, esté inscrita en el registro o no, ya que reconozco mi condición de no-propietario de dicho inmueble. Es decir, no me importa conocer quién es el dueño, pues me basta admitir que yo no soy el propietario y, en consecuencia, me está prohibida cualquier interferencia sobre bien ajeno. En cambio, con el argumento aquí criticado, resultaría que de no encontrarse inscrito el propietario actual de la casa vecina, el derecho de éste no me afectaría, por lo que podría tenerlo como inexistente. ¿Y qué significa eso? ¿Acaso podría usurpar la propiedad o posesión ajena porque el derecho es “inexistente” para mí por no estar inscrito? Por supuesto que no. En buena cuenta, **es innecesario conocer un derecho para respetarlo, basta que yo conozca que NO tengo ningún derecho sobre un inmueble, sin importar si conozco efectivamente quién es el propietario.**

Por ello, no tiene sentido que deba registrarse un derecho para ser oponible “frente a todos”, pues ese derecho siempre es oponible frente a los terceros en general, ya sea que lo conozcan o no; y el registro solo juega su papel de dirimente cuando existan dos titulares en conflicto sobre un mismo bien.

²⁰ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. “¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?”. EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 176, Julio 2008, pág. 103, quien para este efecto cita a Alfredo Bullard.

Sería excesivo que el registro sea el único mecanismo de oponibilidad frente a cualquier tercero desprevenido, ya que éste carece de interés sobre el inmueble; y más bien ocurre lo contrario con el tercero interesado (por tener un derecho en el inmueble), en donde el registro sí tiene importancia. En suma, la ley impone una solución matizada propia de los “distintos terceros” que aparecen en el tráfico: así, frente a los **terceros en general** basta el contrato pues todos ellos carecen de derechos sobre el bien (art. 949 CC), y es irrelevante la inscripción para que opere el deber general de no-interferencia cuando se trata de una cosa ajena. Distinto es el caso para el **tercero que inscribe un derecho**, pues se considera que éste se encuentra en mejor situación en virtud de un principio que aquí se considera prevaleciente: la seguridad jurídica en la circulación de la riqueza, esto es, conseguir la certeza en los actos de adquisición y transmisión de bienes (arts. 1135 y 2022, 1º párrafo CC).

Por otro lado, el hecho de considerar que el registro es el único mecanismo de oponibilidad **me lleva a sospechar que en realidad lo que se pretende es sostener la superioridad del registro constitutivo**, por el cual la transferencia de los derechos solo opera con la inscripción, y no antes con el solo contrato. En este caso, efectivamente, la oponibilidad frente a todos los terceros, cualesquiera que ellos fuesen -incluyendo a los que carecen de interés sobre el bien-, se logra exclusivamente por medio del registro. Ésta es una posición que actualmente ya no es defendible. Por tanto, **aquí entro directamente a debatir el tema: ¿cuál es el sistema registral preferible, el declarativo o el constitutivo?**

Así, **pongamos en la balanza ambos sistemas cuando existe conflicto**, esto es, cuando se produce una doble venta, por ejemplo. En el caso del registro constitutivo vence el primer inscrito ya que éste es el único propietario por haber logrado la inscripción; el otro comprador nunca llegó a ser domino por lo que su pretensión queda rechazada. En el caso del registro declarativo, y seguramente para sorpresa de muchos, **LA SOLUCIÓN ES EXACTAMENTE LA MISMA**; es decir, vence el primer inscrito ya que éste es el preferido en el caso de conflicto de titularidades. En consecuencia, uno y otro sistema conducen siempre a proteger la seguridad jurídica en la circulación de la riqueza, por lo que no existen diferencias en el ámbito conflictual.

Ahora bien, **coloquemos en la balanza ambos sistemas cuando no hay conflicto**; esto es, cuando solo se ha celebrado un contrato entre vendedor y

comprador, sin inscripción. Según el sistema constitutivo, el vendedor sigue siendo propietario, a pesar de que probablemente éste ya recibió el pago del precio, ya traspasó la posesión, ya se desentendió del bien y no tiene interés alguno en él. Sin embargo, la ausencia del formalismo registral hace que el vendedor se mantenga como propietario a pesar que ya manifestó su voluntad de abdicar del derecho y de transferírselo a otro. En cambio, en el registro declarativo el comprador se convierte en propietario por virtud del contrato, lo que resulta más lógico con la intención de las partes, con la realidad social y con la naturaleza de las cosas. En efecto, si el vendedor ya manifestó su voluntad de enajenar, ¿por qué se le mantiene como propietario?; si a eso le agregamos que el comprador ya pagó el precio y goza de una consolidada posesión entonces resulta notoriamente injusto no considerarlo domino.

En suma, el sistema del registro declarativo **PRODUCE LA MISMA SEGURIDAD JURÍDICA** que el sistema constitutivo, en caso de conflicto de titularidades ya que en tal caso se prefiere el derecho inscrito. En cambio, a falta de conflicto no existe razón alguna para preferir un formalismo por sobre la sustancia. En consecuencia, el registro declarativo conlleva la misma protección, por seguridad jurídica, para los casos patológicos en los cuales exista controversia de títulos, pero resulta más flexible y acorde a la realidad social en las situaciones comunes y ordinarias en las que no exista controversia, ya que simplemente será considerado propietario quien cuenta con un título jurídico de adquisición al margen de las formalidades. **En resumen, igual protección y mayor flexibilidad abonan decisivamente a favor del sistema declarativo.**