

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS REGISTRALES

Gunther Gonzales Barrón^(*)

I. REGISTRO PÚBLICO: SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA PROTECCIÓN DE FINES VALIOSOS; Y NO LA SIMPLE SEGURIDAD VACÍA DE CONTENIDO

El Estado organiza un sistema que permite contar con un título formal de prueba de los derechos; de esta forma, el comprador, o el acreedor hipotecario, podrá gozar de certeza respecto de las adquisiciones que realizan y, en ese sentido, podrán asegurar la rentabilidad de sus proyectos de inversión (predictibilidad). Precisamente, el Registro facilita el conocimiento del estado jurídico de los derechos, proporcionando un título (o conjunto de títulos) con investidura formal¹, y que tiene influencia en dos momentos: durante la fase de conservación del derecho correspondiente al titular inscrito, y durante la fase de renovación del derecho referido a un tercer adquirente. Se puede afirmar, por tanto, que **el fundamento de la publicidad se encuentra en dar pública cognoscibilidad de determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, de tal manera que cualquier interesado puede conocer esta información; y asimismo la publicidad sirve para resolver los conflictos**², con lo cual se tutelan derechos y se aseguran adquisiciones. En

(*) Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha y la PUCP. Especialista en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla La Mancha. Juez Superior Titular de la Corte de Lima. Ha sido Notario de Lima, así como Presidente y Vocal de los Tribunales Administrativos de COFOPRI y SUNARP. E-mail: ggonzales@pucp.edu.pe

1 “para procurar conseguir la seguridad de los adquirentes de bienes inmuebles, o de los que dan dinero a préstamo con garantía sobre bienes inmuebles, se ha procurado facilitar a los presuntos adquirentes y a los prestamistas con garantías de inmuebles, ciertas facilidades de investigación del estado de dichos inmuebles, tanto en lo que se refiere a su titularidad, como a su estado de cargas”: DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid 1995, Tomo III, pág. 299.

2 PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione. La pubblicità in generale*, Giuffrè Editore, Milán 1957, Tomo I, pág. 268.

suma, hay un interés general en que determinadas situaciones sean cognoscibles por cualquiera, y por eso la ley organiza y regula su publicidad³.

La institución del Registro no tiene base constitucional, pero se incardina dentro del principio implícito de seguridad jurídica. Pero, adviértase que el reconocimiento de su importancia social como mecanismo para el desarrollo y la creación de riqueza, no obsta para encuadrarlo como un medio o instrumento para otros fines. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional:

“Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público **el medio** a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (Exp. N° 0016-2002-AI/TC, 5° fundamento jurídico).

Justamente, por tratarse solo de un mecanismo instrumental, el Registro por sí solo no puede acotar toda la realidad jurídica, rica, vital, humana, con diversos intereses en juego, con la dignidad intangible del ser humano de por medio; o creerse autosuficiente con el pomposo título de “verdad oficial”. Por el contrario, en el ámbito de un Estado Constitucional y Social de Derecho, el Registro **debe contar con la suficiente base de justicia que lo haga viable**, a efecto que las soluciones jurídicas no se reduzcan a buscar la certeza por encima de toda otra consideración, y finalmente se privilegie una justicia de menor entidad.

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras en el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el

3 TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milán 1998, pág. 618.

En la doctrina italiana se considera como uno de los principios fundamentales del sistema la “relación entre oponibilidad y cognoscibilidad”, por el cual se exige que solo puedan ser opuestos los hechos sobre los que los terceros puedan procurarse el conocimiento por medio de la consulta del instrumento publicitario: IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, CEDAM, Padua 2006, pág. 4.

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 un “interés del adquirente” por consolidar la transmisión (a quien usualmente denominamos “tercero”), también existe un legítimo “interés del propietario” en conservar su derecho. En tal sentido, debemos quedar prevenidos de las soluciones mágicas y dogmáticas⁴, 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 titular⁵.

Es un sentimiento natural de la conciencia humana que nadie puede ser despojado en forma arbitraria de su patrimonio. En tal sentido, ¿qué dirían las encuestas ante una pregunta como ésta: usted acepta ser privado de un bien suyo por una falsificación o por 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 y 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 con ello olvidarnos de las razones del otro lado. Siendo así, rechazamos la ilusión óptica de que “toda seguridad ya es justicia”, por lo que **es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias.**

Aquí debo citar la afirmación de la mejor doctrina europea en el sentido que **la propiedad se justifica gracias a la posesión**, ya que el título formal es solo un medio para lograr la finalidad del derecho, cuál es, el aprovechamiento y disfrute de los bienes, esto es, poseer. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al

4 Es muy fácil quedar impresionados con frases que parecen resumir una sabiduría supuestamente milenaria, y que se reduce a repetir adagios tales como: “primero en el registro, mejor en el derecho”, “el tercero de buena fe”, “la publicidad como seguridad jurídica”, etc. En realidad, el mundo real es mucho más complejo en detalles y pugnanzas valorativas, que no pueden encerrarse en dos o tres frases. A lo largo del libro quedará aclarado este punto.

5 MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Editorial Montecorvo, Madrid 1979, pág. 491-492.

medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad⁶, y no al revés como a veces se sostiene en nuestro medio⁷. En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce el monopolio de un sujeto sobre los bienes, con exclusión del resto, ello solo se justifica en cuanto ese sujeto debe incorporar ese bien a la producción, generar riqueza, mejorar la economía con beneficio general, obtener rentas que generen impuestos, etc. El Derecho no reconoce una propiedad egoísta e individualista que se olvida del bien común. Eso no es admisible ni social, ni económicamente. Y tampoco desde una perspectiva moral, pues sería inaceptable tutelar el dominio de quien se cruza de brazos y no hace nada con el bien, cuando existen millones de seres humanos que mueren de hambre, con todo lo doloroso que eso significa. Por tal motivo, resulta evidente que la usucapión o adquisición de la propiedad por efecto de la posesión no puede ser erradicada del Derecho, ya que en ella está la ontología misma, la razón de ser del dominio, por encima de cualquier formalismo⁸. Incluso, y para horror de los economicistas jurídicos

6 “El fin trasciende al medio, es más importante que el medio; en el sistema, es el *prius* lógico. La posesión tiene esta importancia central, que no se puede reconocer a la propiedad”: SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè, Milán 2000, pág. 9.

7 En esta **desacertada** postura continúa, por ejemplo: MEJORADA CHAUCA, Martín. “Comentario al artículo 897”. EN: VVAA. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima 2003, Tomo V, pág. 80, quien sigue diciendo que la posesión es una “apariciencia de propiedad” y, por tanto, la posesión solo merecería protección en cuanto pálido reflejo de la propiedad. Esta tesis se encuentra refutada desde hace mucho tiempo, y para ello basta citar algunos nombres ilustres como Luigi Mengoni, Ángel Falzea, Massimo Cesare Bianca y el mismo Rodolfo Sacco.

8 Algunos sostienen que la usucapión debe ser removida totalmente a favor del Registro, pues “no se puede admitir el despojo”. La idea es simplemente absurda, pues la propiedad toda está llena de guerras de conquista, invasiones, usurpaciones, fraudes, abusos, despojos, abandonos, olvidos, etc. Es muy difícil pensar que un solo pedazo de tierra no haya pasado por alguna de estas patologías. Para eso surge la usucapión como hecho jurídico calificado de PRECLUSIVO, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones: “En presencia de una situación de hecho que expresa un interés real y actual, y a falta de hechos que, **dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido**, demuestran la real vigencia de una situación jurídica incompatible, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive algún interés jurídico el cual exija y amerite su garantía, en preferencia del interés manifestado por la situación de hecho presente. Para superar el eventual conflicto entre la situación jurídica nueva y el estado jurídico preexistente y, al mismo tiempo, **para tener en cuenta la hipótesis opuesta de total coincidencia entre ellos**, el Derecho se vale de efectos jurídicos que cubren la alternativa de la innovación y de la conservación y que por su eficacia se diferencian sea de los hechos exclusivamente constitutivos, sea de aquellos exclusivamente declarativos” (FALZEA, Ángel. *Voz: Efficacia Giuridica*. EN: *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffrè Editore, Milán 1985, pág. 410). Por su parte, el padre de la antropología moderna, el eminente jurista inglés, profesor de Oxford, Henry Sumner MAINE (*El Derecho Antiguo*, Tomo II, pág. 65) ha dicho que la usucapión es una regla de oro legada para siempre por la jurisprudencia romana, y por medio del cual la falta de regularidad del título de propiedad queda siempre salvada, por lo que la propiedad y la posesión pueden volver a reunirse en una sola mano; luego agrega que por algo este instituto ha subsistido y se mantiene en el Derecho comparado. **Sin embargo, en opinión nuestra, lo que sí puede ser discutido en nuestro ordenamiento es el plazo legal extraordinario de diez años para que opere la usucapión, el cual es REDUCIDO según un análisis comparativo con los sistemas jurídicos nacionales más representativos, y lo que permite sospechar, obviamente, que en ese tiempo se puedan mantener las contradicciones entre el interés de quien pretende conservar el derecho y el interés del que busca la preclusión del debate. Sobre este punto, el del plazo, sí merece pensarse en serio una reforma legal.**

nacionales, la usucapión tiene plena vida en el *Common Law*, aunque con el nombre de *adverse possession*⁹, que bien puede traducirse como “posesión contradictoria”, lo cual implica que se trata de una posesión en contradicción respecto del título del propietario.

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 extrarregistral¹⁰. 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 derecho¹¹. En este punto se aprecia

9 En el Derecho inglés se admite la usucapión contra el registro luego de doce años según la LAND REGISTRATION ACT de 2002, aunque el sistema es bastante detallista y complicado, de acuerdo a la conocida complejidad del régimen de propiedad en ese país, el que tiene un origen histórico feudal. Sobre el particular puede verse: RIDALL, J.G. *Land Law*, 7ª edición, Lexis-Nexis, Londres 2003, pág. 587 ss.

Por su parte, en el Derecho de Irlanda, fuertemente inspirado por el sistema inglés, el plazo de la *adverse possession* es también de doce años a favor del poseedor en concepto de dueño (*squatter*), según el STATUTE OF LIMITATIONS de 1957: COUGHLAN, Paul. *Property Law*, 2ª edición, Gill & MacMillan, Dublín 1998, pág. 212 ss.

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

11 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, José María. *La posesión de bienes muebles*, Op. Cit., pág. 450-451.

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.

Por lo demás, el registro trata de conseguir la verdad, aunque sepa que no siempre lo conseguirá, para lo cual se reviste de las mayores garantías institucionales a efectos de que el propietario inscrito coincida con el mismo que indica la realidad jurídica; de allí se explica las garantías de la titulación auténtica, calificación técnica del registrador, ordenación a través del folio real, tracto sucesivo, respeto de la prioridad, entre otros **factores que sustentan la organización del Registro**. Todos estos mecanismos aseguradores tienen como finalidad salvaguardar el principio de justicia, y no la seguridad jurídica por sí misma. El Registro debe entenderse como un instituto de paz jurídica, de estabilidad social, de tranquilidad ciudadana en el ámbito patrimonial; pero, lo más importante es que se encuentra inspirado en la tutela de las conductas leales y honestas, en la protección de los terceros de buena fe y en la evitación de los fraudes.

II. SUPERACIÓN DEL EXTREMISMO REGISTRAL

El Registro busca publicar la realidad jurídica a efecto de lograr seguridad jurídica en los actos de transmisión y adquisición de bienes; pero nunca puede contraponerse a dicha realidad, bajo pena de limitarse a vivir en una ficción y, con ello, propiciar el fraude. Nuevamente debemos recordar que el Registro es un medio, y no un fin por sí mismo. En tal sentido, la mecánica de inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo, seguro; en donde la información registral dé publicidad de los hechos, sin crearlos o sin deformar la realidad.

En mi concepto, el Registro solo puede entenderse, y valorarse, como una figura de seguridad jurídica CON JUSTICIA. Obviamente, nadie puede impedir que se utilice el Registro de manera contraria a sus fines. En ese caso, el legislador (o el juez) deben arbitrar soluciones que ponderen adecuadamente los intereses en pugna¹². El Derecho contiene las reglas correctoras de las eventuales iniquidades que se puedan presentar, lo que en

¹² “La misteriosa fuerza de la tierra no puede ser desconocida por el registro, como creación artificial del hombre, pues el registro, en ocasiones, se deja seducir por intereses espurios. En particular, la posesión pública y pacífica prueba la propiedad (prescripción) y la presume”: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edición, Editorial Comares, Granada 2006, pág. 41.

ningún caso pasa por darle veracidad absoluta al registro o limitarse a cerrar los ojos ante la inconmensurable realidad.

El “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 trillada: “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 inmatriculaciones, 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 “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, apariencia, mala fe, injusticia, deformaciones de la realidad).

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” (realista), 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 considera preferibles.

III. LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE “SEGURIDAD ESTÁTICA” Y “SEGURIDAD DINÁMICA”

También se sostiene de forma ingenua que el Registro sirve para favorecer a los terceros, es decir, a los que adquieren derechos, y en el caso de conflicto su posición jurídica es privilegiada frente al propietario, ya que se encuentra en juego el principio de seguridad del tráfico o de protección de los terceros adquirentes¹³. De esta forma buscamos sentirnos bien con nosotros mismos; lavar nuestras conciencias ante el drama que significa despojar a un ser humano de su propiedad adquirida probablemente con el sacrificio de toda una vida, y por el solo efecto de un formalismo. Así se dice que la preferencia del adquirente (“seguridad dinámica”) se debe a que éste es un inversionista, un productor, un creador de riqueza, un hombre activo que hace y construye para beneficio de la economía; por el contrario, el despojo que se comete contra el propietario actual (“seguridad estática”), está justificado porque se trata de un sujeto improproductivo, rentista, que no mueve la economía, que está cruzado de brazos, que no da utilidad social a la riqueza, etc. Con estas palabras, los patrocinadores de esta tesis, ya se sienten aliviados. **El problema es que dicho argumento resulta totalmente falso.**

El jurista alemán Víctor Ehrenberg propuso en 1903 hacer una distinción entre la “seguridad del tráfico o seguridad dinámica” (seguridad, propiamente dicha, en nuestra concepción de las cosas) y la “seguridad de los derechos o seguridad estática” (justicia, para nuestra tesis). Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su

13 MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”. En: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 177, Lima, agosto 2008, pág. 74.

derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente¹⁴. Este concepto hizo fortuna y desde ese momento se le ha citado en forma reiterada, incluso en nuestro país, con el fin de justificar los importantes efectos que el Registro produce en beneficio del tercer adquirente de buena fe, en desmedro del propietario.

Así se habla de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercer adquirente.

En realidad, no existe seguridad estática y dinámica. Eso es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Con un ejemplo vamos a demostrar nuestro aserto: supongamos que “A” es propietario inscrito de un predio determinado, sin embargo, éste sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de “B”. Luego, “B” transfiere el bien a “C”, quien según la ortodoxia registral resulta contar con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe (art. 2014 CC). Así, la milonga de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a “C”), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, “A”). Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano Ehrenberg, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico.

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor “C” está maravillado con la perfección del sistema jurídico peruano, pues jamás pensó que a pesar que el bien había sido transferido a “B” mediante una escritura pública falsificada, empero, terminó siendo validada. Por su parte, “A” está decepcionado del sistema legal, pues de manera injustificada, y sin tener la culpa del fraude, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la “seguridad dinámica” se mostrarían conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza.

14 Cit. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid 1995, pág. 91.

Sin embargo, falta un pequeño detalle: al día siguiente, “C” es objeto de una nueva falsificación a favor del señor “D”, quien seguidamente vende el mismo bien a “E”, el cual sin dudas es un tercer adquirente de buena fe con derecho inscrito en el registro (art. 2014 CC). Inmediatamente “C”, antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho por una falsificación. El antes entusiasta defensor de nuestro ordenamiento jurídico-registral, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro y potencial tercer adquirente. En consecuencia, **la seguridad dinámica favorece hoy al señor “C”, pero mañana fácilmente lo puede perjudicar.**

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones se requiere de seguridad y justicia.

La seguridad dinámica y la estática simplemente no existen; pues la protección del adquirente no acaba en ese momento temporal, sino que requiere protección en cuanto se convierte en propietario. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para un acto jurídico, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo de la situación dominical o propietaria. Pues bien, es claro que estamos en presencia de un falso dilema que se desmorona por sí solo. La doctrina más atenta hace mucho tiempo se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos “tipos” de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e

interdependencia¹⁵. En otras palabras, de nada sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática.

En tal contexto, los principios registrales de protección a los terceros, tales como el de inscripción declarativa -preferencia del título inscrito sobre el no-inscrito (art. 2022 CC)-, o la fe pública registral -protección del titular inscrito frente a un negocio nulo antecedente (art. 2014 CC)-, simplemente resuelven el problema técnico derivado de sujetos que se encuentran en conflicto por la existencia de distintos títulos de propiedad sobre el mismo bien, o por la nulidad de dichos títulos, y ante esa situación de incertidumbre jurídica se requiere de un mecanismo racional que solvete la duda. En otras palabras, el ordenamiento siempre preferirá un título sobre el otro, por lo que la existencia de la norma conflictual se hace imprescindible. En todos los casos habrá un “potencial domino” que se vea privado del derecho, ya sea por aplicación de los principios registrales o de cualquier otro criterio, tal como la antigüedad del título o la toma de posesión.

Sin embargo, la Constitución protege la propiedad ya adquirida (art. 70°), así como la libertad contractual como mecanismo para que los bienes circulen en el tráfico (art. 2-14°); por tanto, no puede aceptarse que un propietario pueda ser despojado o “expropiado” (en sentido no-técnico) de manera impune cuando no existe un valor fundamental que compense esa solución extraordinaria por la que un titular es privado de su derecho en contra de su voluntad. Aquí se encuentra en juego la racionalidad misma del sistema patrimonial basado en intercambios voluntarios y en el reconocimiento de la posesión. En este ámbito no es posible oponer el interés de la colectividad que favorezca al tercer adquirente, enfrentado al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa del propietario rentista es un simple rezago del individualismo; pues resulta evidente que las adquisiciones a *non domino* jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuírselos a otro sujeto¹⁶. Por el contrario, la protección absoluta del adquirente, por sobre el titular real, constituye uno de los postulados naturales del liberalismo salvaje del siglo XIX, por el cual se afirmaba la necesidad que los bienes circulen a cualquier costo, fomentando la especulación con el valor de cambio de las cosas, antes que el disfrute¹⁷.

15 BOLÁS ALFONSO, Juan. “La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil”. EN: BOLÁS ALFONSO (Coordinador). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 44.

16 Aquí utilizamos las lúcidas consideraciones de: MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Op. Cit., pág. 491-492.

17 Ibid., pág. 492.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado con claridad que el contenido de la propiedad incluye necesariamente la protección del derecho sobre las interferencias externas, a lo que denomina “garantía de indemnidad”; por tanto, ello reafirma que las adquisiciones a *non domino*, como ocurre con los principios registrales, son de aplicación restringida cuando realmente exista un valor o bien constitucional materia de tutela:

“El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como *garantía de indemnidad*. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo” (Exp. N° 00043-2007-AA/TC, 6° fundamento jurídico).

IV. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL TERCERO POR ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*. TUTELA DE LA APARIENCIA

Las normas de protección a los terceros no son inconstitucionales *per se*, como lo demuestra su existencia en diversos sistemas jurídicos. Ello se debe a una razón muy simple: existe un mundo real, en el existe un solo bien material que es disputado por los dos hipotéticos titulares; ante tal circunstancia, la ley civil deberá dar una respuesta a la controversia, y uno será beneficiado, mientras el otro será desposeído. Al margen de cualquier pretensión ideal, lo concreto es que el derecho de uno de los contendientes será desconocido, pues la ley no puede inventar un bien para satisfacción del perdedor. Cómo la ley no puede evitar que sucedan estos conflictos, entonces solo queda instaurar normas racionales que brinden soluciones justas con seguridad jurídica. Ahora bien, ello no implica que cualquier “opción” del legislador o cualquier “interpretación” judicial o doctrinal deba ser avalada, pues en tal sentido existe la obligación de respetar y potenciar los valores que informan y guían la Constitución y los tratados de derechos humanos, especialmente la inmunidad de la propiedad.

Por tal razón, “el principio de la adquisición a *non domino* puede tener como toda norma jurídica un sentido social, si se mantiene allí donde realmente se puede justificar la pérdida del derecho del propietario”¹⁸. Por tanto, la circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercer adquirente de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en un título nulo, por lo que en teoría su adquisición se desmorona.

Sin embargo, en determinadas circunstancias excepcionales se valora en forma preferente la posición del tercer adquirente, por sobre la del propietario, ya que se produce un fenómeno denominado “protección de la apariencia”, cuando un cierto hecho ha producido un “error común, esto es, cualquier persona en tal situación hubiese creído que procedía conforme a derecho, y siempre que se encuentre amparado en una norma legal. En doctrina se reconoce que la protección de la apariencia se produce cuando concurren los siguientes elementos¹⁹:

- i) El sujeto actúa sobre la base directa de la situación aparente (por ejemplo: información del registro), por tanto, actúa confiado por la apariencia y por virtud de ella decide realizar la adquisición. La confianza tutelada por la norma es aquella que induce a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, tal como una disposición o una inversión. Es decir, “el tercero **se apoya para actuar**, en la información que se ofrece oficialmente, en el acto o actos jurídicos realizados, o en la mera situación de hecho”²⁰.
- ii) El sujeto actúa de buena fe, esto es, desconoce el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente para comprobar o verificar la titularidad previa. La negligencia siempre anula la buena fe.
- iii) El sujeto debe contar con un título oneroso, pues solo se protege a quien pierde un derecho y no a quien solo pretende asegurar un lucro. En suma, debe tratarse de un acto digno de protección.
- iv) La situación aparente es imputable al titular que finalmente es perjudicado o cuyo derecho se extingue. Es decir, el propietario, por ejemplo, permite que se cree una apariencia que finalmente engaña a un tercero inocente

Nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable esa consecuencia, ya sea porque permitió, o toleró, o dio lugar a la situación de apariencia en la cual confió un tercero. Es necesario que el

¹⁸ Ibid., pág. 493.

¹⁹ EIZAGUIRRE, José María de. *Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1999, pág. 231-232.

²⁰ BUSTOS PUECHE, José Enrique. *La doctrina de la apariencia jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid 1999. Pág. 70.

titular actúe con culpa (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad jurídica. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada “garantía de indemnidad”.

La indemnidad cede por efecto de la propia culpa del titular que permite la situación de apariencia, que lleva al error común de los terceros, y en tal contexto se privilegia el principio constitucional implícito de seguridad jurídica.

V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES SUSTANTIVOS SON NORMAS DE TUTELA DE LA APARIENCIA

Los principios registrales son hipótesis concretas de la doctrina jurídica de protección de la apariencia, de ámbito excepcional, y de aplicación estricta con el fin de salvaguardar algunos actos de adquisición que se fundan en la confianza de uno, y que se origina en la apariencia creada por culpa de otro. Puestos en la balanza ambos intereses, la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación de su derecho.

Solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito estricto de su función y presupuestos, detallado en el párrafo precedente, podrán ser compatibles con la Constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o en su interpretación, la hace devenir en inconstitucional para el caso concreto. Por ejemplo, el art. 2014 CC, en abstracto, es constitucional, pero solo si se entiende aplicable a circunstancias excepcionales de tutela del tercero cuya conducta es digna de valoración positiva; y simultáneamente se despoje al propietario por una omisión o acción culpable. Siendo así, las interpretaciones exageradas del 2014 CC son inconstitucionales; y decimos “exageradas” a todas aquellas posturas por las cuales la sola inscripción, por virtud de ese mérito, tiene ya por sí misma la protección del registro. Es decir, el principio de fe pública entendido como principio, y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado.

Un caso concreto son las falsificaciones de instrumentos públicos que, a pesar de tal circunstancia, llegan a inscribirse; y luego permiten seguidamente que un tercero adquiera confiado en la apariencia registral.

Normalmente se sostiene que tal situación conlleva que el tercero mantenga su adquisición por virtud del principio de fe pública registral (art. 2014 CC). Ésta es una hipótesis típica de interpretación que infringe la Constitución, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

En tal caso, el propietario que sufre la falsificación, es inocente del hecho ilícito que ha dado lugar a la apariencia, por lo que su situación de absoluta neutralidad no puede jugar en su contra, aun cuando el tercero cuente con buena fe. De lo contrario estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro, casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó. ¿Puede admitirse una interpretación normativa que lleve al despojo arbitrario? ¿Esa es la función que se le confiere el sistema legal a las normas de protección de la apariencia? Las respuestas, en ambos casos, son negativas.

La doctrina de tutela de la apariencia vincula una serie de institutos jurídicos, tales como la posesión, el registro y los títulos valores. En todos ellos puede constituirse un tercero protegido por efecto de su confianza en la situación de apariencia. Eso no es nada nuevo y se conoce desde hace mucho tiempo²¹. Recuérdese que los pandectistas alemanes del siglo XIX, influidos en el liberalismo económico que pretende hacer circular la riqueza sin tropiezos para beneficio del capitalismo, son los mismos que desarrollan las teorías modernas sobre esas tres instituciones jurídicas. Por tanto, resulta obvio que la doctrina mercantil y la civil se influenciaron recíprocamente²².

Sin embargo, el hecho que los títulos valores y el registro inmobiliario hayan tenido elementos de contacto, especialmente en orden a la función que cumplen en el sistema legal, no es argumento suficiente para pretender igualarlos para cualquier efecto práctico, tal como se hace en una reciente doctrina, francamente exagerada y extremista:

“En efecto, la letra incorpora el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten el negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido,

21 Cuando se lee el libro de Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (*De la publicidad contractual a la titulación registral*, Thomson-Civitas, Madrid 2008, pág. 153 ss.), se tiene la impresión que éste creyese “estar descubriendo” la vinculación entre los títulos valores y el registro. En todo caso, le aclaramos a dicho autor que ese tema se conoce desde muy antiguo, y que nosotros mismos ya lo hemos expuesto en una **obra anterior a la de Méndez**, y en la que curiosamente hay muchas similitudes respecto a lo que él expone. Nuestro texto es el siguiente: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, Lima 2002, pág. 213-229.

22 La creación germánica del derecho cambiario (sobre los títulos valores) pronto es adoptada por el derecho civil mediante los nuevos principios de responsabilidad por la apariencia y protección de la confianza: MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1980, traducción de Ángel Martínez Sarrión, pág. 106.

en *abstracto* –abstracción personal-. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquiriente cambiario de buena fe- solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez incorporado el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere- al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente – a título oneroso y de buena fe- le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste”²³.

Hay varias incongruencias en el texto citado, lo que permite **desvirtuar fácilmente** la pretensión (ingenua) de identificar una letra de cambio con el negocio adquisitivo de un bien inmueble.

En primer lugar, la importancia y centralidad de la vivienda y la tierra impiden que se le asimile a la fácil circulación de un título valor. En efecto, el hogar –en sentido material- es una necesidad esencial del hombre, y que en muchos casos se adquiere por una sola vez en toda una vida. Siendo así, los actos de transmisión y adquisición de bienes inmuebles constituyen actos de la máxima importancia, casi místicos y sagrados para el lego, y que jamás podrán igualarse al burocrático endose de una letra. La complejidad en la adquisición de un predio está en relación con la importancia que tiene. Piénsese que cualquier persona cobra tal vez miles de cheques a lo largo de su vida, pero a veces nunca podrá adquirir una vivienda. El Derecho ha realizado perfectamente su trabajo: la circulación de los títulos sobre créditos, más o menos estandarizados y fehacientes, no requiere mayor complicación; pero los inmuebles, y sus variadas vicisitudes, son otra cosa.

En segundo lugar, los títulos valores concentran la titularidad y la posesión; por tanto, solo ejerce el derecho quien tiene en su poder el documento. En cambio, el registro no dice nada sobre la posesión, y es perfectamente posible que ambas situaciones estén dissociadas, y muy gravemente, con lo cual el sistema legal debe preferir el interés del poseedor, con lo cual el registro jamás podría dar la seguridad de un cheque.

23 MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando. *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Op. Cit., pág. 168.

En tercer lugar, empaquetar un crédito en un documento que lo incorpore, es una tarea sencilla; lo que no puede replicarse para el caso de los predios, cuyas vicisitudes son más complejas, en orden a los títulos contrapuestos entre sí, cadenas de dominio irregulares, dobles inmatriculaciones, conflicto de linderos, entre muchos problemas. En suma, es imposible la identificación de objetos radicalmente distintos.

En cuarto lugar, la ley civil no reconoce la abstracción cartular para el caso de la transmisión de inmuebles. Este argumento se deduce del art. 2014 CC (análogo al art. 34 de la Ley Hipotecaria Española), por virtud del cual solo se protege al tercero de “título oneroso”; lo que no guarda relación o analogía alguna con la circulación de los títulos valores. En efecto, el tenedor de una letra o un cheque bien pudo adquirirlo a título gratuito, o incluso robar el documento o encontrárselo en una calle. Ninguna de esas circunstancias impedirá que pueda cobrar el crédito siempre que exhiba el título con una cadena meramente formal de endosos, o sin ello, incluso, si se trata de título al portador. Existe aquí, claramente, una abstracción que facilita la liberación del deudor. Por el contrario, la norma registral exige imperativamente que el tercero cuente con causa onerosa para obtener protección, lo que desde ya otorga fundamental importancia al negocio jurídico que sustenta la adquisición. No basta la sola inscripción, pues la propia mecánica registral obliga que consten los negocios y consiguientemente sus causas. Por tanto, no se entiende cómo puede hablarse de “abstracción”, ni siquiera para terceros, si la fe pública registral impone que se conozcan las causas negociales.

En quinto lugar, si para Méndez “el sistema registral debe ser análogo al de los títulos valores”, entonces un inmueble se transmitiría por la “verdad oficial” que representan las inscripciones, sin necesidad de verificar los negocios jurídicos que le dieron origen. Ya hemos demostrado que esta propuesta es absurda y contraria a ley, pero hay un tema adicional: su autor no se ha puesto a pensar que en la doctrina de los títulos valores, la falsificación de la firma no genera derecho alguno. Es decir, el supuesto obligado que sufre de una falsificación siempre podrá oponerse con éxito frente al tenedor, negando al pago, aunque éste haya adquirido el título de buena fe²⁴. Por tanto, si en los títulos valores el tercero carece de protección frente a una falsificación, entonces lo mismo debe ocurrir en el registro. El registrador español no se ha dado cuenta que su tesis termina limitando la protección registral en contra de su manifiesta intención.

24 “La exención de responsabilidad por la falsedad no solo es consecuencia de la inimputabilidad del acto al sujeto que lo padece. Es el propio empleo de la letra de cambio el que resultaría perjudicado, si no se combatiese jurídicamente la falsedad; del mismo modo que el mercado de obras de arte quedaría anulado en sus cimientos si no se persiguiese la falsedad”: EYZAGUIRRE, José María de. *Derecho de los Títulos Valor*, Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 258.

El principio de fe pública registral, de esta forma, queda reducido a sus justos límites, como mecanismo de tutela excepcional, que no protege los fraudes ni las voluntades inexistentes. Por tanto, se descarta la interpretación extremista que otorga protección al tercero en caso de falsificaciones, suplantaciones o nulidades radicales originadas por la ausencia de voluntad que sustente el negocio jurídico. En todos esos casos, acorde con la garantía de indemnidad que reconoce nuestra Constitución, el derecho del propietario originario (*verus dominus*) queda a salvo.

VI. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES CEDEN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Pero, el problema de la opinión de Méndez González no solo es de incongruencia jurídica, sino fundamentalmente de corte filosófico y principista, esto es, sobre el modo de ver el Derecho y sobre la posición del hombre en él. En tal sentido, el contradictor expresa una opinión fuera de época, y constituye un claro ejemplo de liberalismo superado, pues solo en el siglo XIX sería admisible que el sistema legal tuviese como único fin que “los bienes circulen”, que “se movilizara la tierra”, o que “prima la seguridad jurídica” (¿seguridad de quién y para qué?; ¿con qué fines?²⁵);

25 Un ejemplo de quien sigue sin entender que el Derecho ya mutó hace tiempo, es el autor de la siguiente opinión: “Desde nuestra línea, asumida en los capítulos precedentes, no compartimos tal opinión, en la medida que la apariencia es un elemento que no puede ser analizado desde un punto de vista objetivo (como sí sucede con la publicidad registral) sino meramente subjetivo. No se establecen reglas, ni límites para determinar cuando un comportamiento cubre las expectativas de una apariencia oponible” (GONZALES LOLI, Jorge. “Protección al tercero registral societario”. En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley – Cathedra Lex, Lima 2010, pág. 252). Es inaudito sostener que la apariencia sea “subjetiva”, cuando en realidad se trata de “hechos” imputables a la misma persona o empresa, y que como hechos de la realidad sociológica son “objetivos”. Ambos (apariencia registral y apariencia social) son datos que se muestran y se exteriorizan ante el mundo. Si un sujeto da a entender que su voluntad es distinta a lo que aparece en el registro (por ejemplo, inscribió la revocatoria del gerente, pero el mismo tiempo éste sigue ejerciendo funciones, dando órdenes y firmando documentos), entonces, ¿a quién perjudicamos? ¿al tercero que es inocente? ¿o a la empresa que permite que el gerente revocado siga en funciones, con lo cual se engaña a los terceros? Es obvio que la doctrina de la apariencia encuentra culpa en la empresa, y protege al tercero de buena fe, inocente en todo este entuerto. **En conclusión, la teoría de la apariencia tutela al tercero, pero en un contexto en el cual se valoran todas las circunstancias del caso, sin encerrarse en el formalismo registral.**

Seguramente Gonzales Loli, partidario del “formalismo”, sería de la opinión que la empresa, causante de la situación equívoca, sea quien se beneficie con una solución jurídica que solo podría tacharse de inmoral. El mismo autor también debe ser partidario de eliminar la unión de hecho porque es una apariencia o “hecho subjetivo”; o que las sociedades de hecho (irregulares) sean nulas porque “son hechos subjetivos”; o que los decretos leyes son inexistentes porque son “hechos subjetivos”. Dentro de este contexto es lógico que él mismo sostenga que: “el asiento registral prime sobre el título archivado, normalmente una escritura pública”. Curioso caso de quien ejerce la actividad notarial, pero que simultáneamente piensa que su propia escritura **no vale nada ni tiene utilidad**, pues un simple error del registrador al momento de extender el asiento se sobrepone, o deroga, el “título archivado”.

Por lo demás, la protección de los terceros centrado única y exclusivamente en el formalismo registral, conlleva que “no exista nada más que el registro”; “toda otra consideración no importa ni tiene

olvidándose por completo del ser humano, su dignidad y otras consideraciones que hacen inviable regresar a un registro como “verdad oficial”. Hoy se habla del derecho a la vivienda como derecho humano de carácter económico y social establecido por diversos tratados internacionales (se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no es propiamente tratado, y se consagra en el Pacto

relevancia”; en suma, se dice que esa es el mecanismo más eficiente para lograr la “seguridad jurídica”. Aquí exponemos textualmente la idea del contradictor: “De esta manera se garantizaría realmente la seguridad de quien contrata bajo la fe de lo inscrito en el registro de sociedades frente a toda inexactitud registral” (GONZALES LOLI, Jorge. “Protección al tercero registral societario”. En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley – Cathedra Lex, Lima 2010, pág. 258).

En buena cuenta, el registro se convierte por arte de magia legislativa en la única verdad, en la “verdad oficial”. **Aquí vamos a desmontar de manera definitiva esa opinión:**

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 rechazarla pues se trata de una desviación lingüística fuera de lugar.

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” (LÓPEZ BURNIOL, Juan José. “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”. En: www.vlex.com/vid/238440, pág. 39).

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 incontestable 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 representada por ese derecho de formas, y que no tiene en cuenta los hechos.

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 entran en conflicto dos o 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”. Es decir, un derecho registral en contradicción con la filosofía y teoría jurídica.

Internacional de derechos económicos, sociales y culturales); o el derecho humano a la tierra, derivado de los derechos humanos a la vida (digna), a la alimentación, a la salud y al entorno adecuado. Asimismo, las Cortes Internacionales vienen sosteniendo la importancia de la propiedad comunal indígena, por cuanto debe respetarse la relación tradicional que existe entre el hombre y la tierra como parte de la cultura ancestral (Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales), y en donde el suelo no es una simple mercancía materia de “circulación” para beneficio de constructoras, inmobiliarias, mineras o transnacionales. En tal contexto, nada significa el formalismo registral.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la propiedad comunal es más una forma de vida, que una simple mercancía que se negocia en el mercado; e incluso ha ordenado que los Estados repongan la tierra a sus titulares originarios (indígenas), aun cuando hubiese cambiado de manos. El Alto Tribunal se manifiesta así en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

“Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Los miembros de la Comunidad poseen una <relación omnicomprendiva> con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio, no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero, en el presente caso, no se ha adoptado las medidas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce comunal tradicional”.

En esta situación nada importa la fe pública registral, o la protección de la apariencia, ni la buena fe, pues se está en presencia de consideraciones jurídicas basadas en el hombre, y no en los intereses pecuniarios. La Corte IDH dice lo siguiente en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay:

“Conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierras tradicionales, **aun cuando éstas se encuentren en manos privadas** y no tengan plena posesión de las mismas. Respecto a la limitación temporal del derecho de recuperación, se considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad no ha caducado”.

El hombre necesita como elemento vital la vivienda y la tierra para solventar sus necesidades más elementales de descanso, intimidad y hasta

felicidad como individuo con mundo interno, inseparable a él, y también dentro de un contexto social pues sirve de albergue a la familia. La tierra es, muchas veces, la adquisición de toda una vida de trabajo y esfuerzo, que otorga paz, tranquilidad y permite que se cumplan en la práctica, otros derechos humanos que le corresponden a la persona y su dignidad intrínseca.

El derecho a la vivienda no se basa en el formalismo registral, sino en la tenencia efectiva de la unidad inmobiliaria que sirve de ámbito material de la vida del ser humano, sustento de paz y tranquilidad individual y familiar. La falta de vivienda adecuada no solo atenta contra la dignidad del hombre, sino que impide a los perjudicados el goce de muchos de sus derechos humanos, tanto civiles como políticos, o los económicos y sociales. La Organización de las Naciones Unidas advierte que la inobservancia del derecho a la vivienda se debe, entre otras causas, a la especulación con la vivienda, las mega-compras con fines de inversión y rápido retorno, los proyectos de desarrollo de infraestructura a gran escala²⁶. Mientras la humanidad está tratando de hacer efectivo el acceso a la vivienda de los más pobres, otros siguen bajo la perspectiva de impulsar la especulación del suelo como único mecanismo de desarrollo y riqueza (para algunos). En tal sentido se dice que: “De acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado. El derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otras cosas, el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, familia, hogar y el derecho a la **seguridad jurídica de la tenencia**”²⁷. Nótese que se habla de seguridad de la tenencia, esto es, de la posesión de la vivienda, como elemento clave del derecho humano, y no por solo efecto de una inscripción.

Inclusive, hoy se habla del “derecho humano a la tierra”, como sustento de vida y dignidad de comunidades, agricultores, seres humanos; y cuyo reconocimiento permitirá que sus derechos puedan ser ejercidos a plenitud. Compárese esta inquietud social, con la pobre alocución de los que siguen anclados en el formalismo de un registro como mecanismo de “seguridad jurídica de los adquirentes”. **Sin duda, el Derecho ha cambiado, pero algunos todavía no se han dado cuenta**, y siguen anclados en el formalismo, en el positivismo, en el conceptualismo, o en las “verdades

26 *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sra. Raquel Rolnik, y *sobre el derecho de no discriminación*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/63/275 de 13 de agosto de 2008, pág. 6.

27 *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, *aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006, Anexo I: Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18 de 5 de febrero de 2007, pág. 18.

oficiales” o en la trampa de la “seguridad jurídica”; que solo es seguridad de los poderosos. Aquí las apreciaciones del Relator Temático de Vivienda de la ONU:

“29. Sin un reconocimiento adecuado de los derechos tanto individuales como colectivos sobre la tierra, el derecho a una vivienda adecuada en muchos casos no se puede ejercer de forma eficaz. No obstante, el derecho a la tierra no está únicamente vinculado al derecho a una vivienda adecuada, sino que está integralmente relacionado con los derechos humanos a la alimentación, el sustento, el trabajo, la libre determinación y la seguridad de la persona y del hogar y el sostenimiento de los recursos comunes de propiedad. La garantía del derecho a la tierra es por tanto fundamental para la mayoría de la población mundial que depende de la tierra para sus vidas y sustento. En el contexto urbano, el reconocimiento jurídico de los derechos sobre tierra con frecuencia es crucial para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en particular el acceso a los servicios esenciales y a los modos de ganarse la vida, especialmente para los pobres de las zonas urbanas”²⁸.

Nada de esto le interesa a Méndez González, ni Gonzales Loli, quienes sostienen exactamente lo mismo que decían los liberales decimonónicos hace dos siglos, con el agravante que ignoran las nuevas concepciones jurídicas, las distintas realidades sociales, la configuración personalista del Derecho luego de dos guerras mundiales, que se traduce en la centralidad del hombre, en el reconocimiento universal de los derechos humanos, en el Estado Constitucional y Social de Derecho y en la progresiva implantación, ya irreversible, de los derechos económicos, sociales y culturales. Parece que el autor español ha quedado atrapado en el tiempo, aunque no por añoranza con el pasado, sino por defensa de intereses corporativos de un grupo de privilegiados.

²⁸ Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18 de 5 de febrero de 2007, pág. 11.