

# El arbitrio judicial y el registral en el nuevo Código penal

Implantado valientemente en nuestra legislación el arbitrio judicial, no hemos de regatear al legislador nuestro aplauso por tan acertada medida, que significa un positivo avance, pues el dilema es de los que no admiten distingo. Si los Jueces y Tribunales merecen este nombre, deben tener arbitrio para juzgar, y si no lo merecen, deben ser suprimidos.

La justicia, como fin, debe ser la máxima inflexibilidad; pero los medios de realizarla en lo humano, o sea las leyes (Jueces mudos) y los Jueces (leyes que hablan), deben tener la máxima flexibilidad, pues si les falta esta condición, más que medios serán rémoras para alcanzar el fin.

Pero no debe olvidarse que al lado de los Jueces tradicionales, las necesidades sociales, los progresos del derecho, los nuevos horizontes de la ciencia jurídica, han creado otros Jueces, otros funcionarios que tienen la misma misión de aplicar la norma jurídica abstracta al caso concreto, y que, por lo tanto, ejercen de hecho y de derecho funciones judiciales, y entre ellos, en lugar muy preferente, estamos los Registradores de la Propiedad, sobre todo después de la promulgación del nuevo Código penal.

No es nuestro objeto, por el momento, demostrar esta tesis; Agulló, Azcárate, Romaní, y otros eminentes publicistas, lo han hecho con mayor copia de argumentos y más brillantez que podríamos hacerlo nosotros, y, sobre todo, después del magistral trabajo del maestro de Derecho inmobiliario Jerónimo González, en el número 32, de 1927, de esta Revista, podemos decir, con los canonistas: *Roma locuta, causa finita.*

Si, pues, tenemos el carácter y las funciones de Jueces territo-

riales, si nuestra misión es conocer de un hecho y fallar si está o no ajustado a derecho, necesitamos también, y acaso más que ninguno, el arbitrio judicial o registral para la calificación, o el principio de legalidad será, como lo es hoy en muchos casos, una ficción más de las tantas de que hay que limpiar el campo del derecho, y, sobre todo, a nuevas normas jurídicas deben responder nuevos medios preventivos, porque gobernar no es castigar, sino prevenir.

Decimos que esta necesidad se siente más en los Registros que en los Juzgados y Tribunales, porque al Juez no se le limitan los medios de conocimiento; cierto es que tiene que fallar *Justa alegata et probata*; pero tiene el campo abierto para buscar cuantos asesoramientos estime útiles o necesarios; tiene las providencias para mejor proveer, tiene amplia libertad para apreciar la prueba en conjunto, dando en su fuero interno supremacía a unos medios sobre otros, mientras que el Registrador está material y moralmente encerrado dentro de los estrechos límites de su oficina, y aun dentro de ella ha de juzgar por lo que resulte de los mismos títulos sujetos a calificación (artículo 18), y sólo cuando de los mismos títulos resulte haberse cometido un delito (artículo 79 del Reglamento) es cuando tiene el camino expedito, como cualquier otro ciudadano, para denunciarlo; pero si lo cometido no es un delito, sino un hecho inmoral al margen del Código, o los actos preparatorios de un delito, o uno que no resulte del mismo documento, entonces no sólo tiene que asistir a ellos con los brazos cruzados, sino que, contribuyendo a su realización por un acto sin el cual sería imposible, como lo es la inscripción, la ley le ordena que sea, más que cómplice, coautor, y prestar su técnica y su autoridad al servicio del delito, ayudando a despojar al perjudicado civil. Es más: el nuevo Código penal trae a su articulado nuevas figuras de delito, que fatalmente han de proyectarse en nuestras oficinas, y necesitamos medios legales para que, al irse diseñando, podamos prevenirlas antes de su nacimiento, o despojarlas de los velos en que puedan venir envueltas, para dejarlas perfectamente claras y desnudas en poder de los Jueces tradicionales, pues los delitos de usurpación y estafa acostumbran a presentarse, sobre todo en cuanto afecta al Registro, con un manto civil que a primera vista los disfraza.

No son exageraciones, son hechos reales que están en la mente de todos, sobre todo de los compañeros, y si dispusiéramos de un lenguaje esotérico, sólo para los iniciados en la gran religión del Derecho, presentaríamos un cuadro de casos absolutamente convincente; pero nuestra Revista es leída ya por muchos profanos y no queremos incurrir en el vicio, que todos los días censuramos en los periódicos diarios, de formar una literatura de y para el delito y la inmoralidad, poniendo cátedra de ellas so pretexto de información. Cuando esté constituido el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, su Junta directiva podrá suministrar, a quien deba conocerlos, datos concretos y directos; por ahora basta con que afirmemos que existen; los que los conocen, no necesitan más detalles, y los que no los conocen, tampoco necesitan lecciones. Los artículos 711 y 725 demuestran que nuestros temores han sido recogidos por el nuevo Código; pero aun no basta.

Siendo esto así, queda demostrado que más que nadie necesitamos del arbitrio en la calificación, sin que los indicios o noticias ciertas de inmoralidad o predelincuencia, deban constituir un defecto subsanable o insubsanable, sino sencillamente una calificación preventiva, que obligue a los interesados en el acto o contrato inscribible, a presentar una información suplementaria que lleve al ánimo del Registrador el convencimiento de que estaba equivocado, o al de los presuntos infractores el de que sus planes estaban descubiertos, y todo quedase en grado de tentativa, con una nota marginal al asiento de presentación, análoga a la que procede en el caso del artículo 79 del Reglamento; pero de carácter preventivo, y sin tener que acudir de momento al Juzgado.

De éste se apartan instintivamente los maleantes, porque saben que cerca de la Sala Audiencia está la de detenidos, y así, en la jurisdicción voluntaria, no sólo similar, sino idéntica a la registral, no se da un solo caso de los apuntados, mientras que en el Registro, como saben que se trata de una oficina aislada espiritualmente del resto del mundo, se ha llegado a decir por algún compañero, en estas mismas columnas, que hay regiones de nuestra patria en las que la presentación de un documento a Registro es casi una presunción de fraude.

Algo acude a esta necesidad el nuevo Código penal en sus artículos 711 y 725, trayendo al derecho positivo las nuevas figuras

de delito que, en parte, estaban admitidas por la jurisprudencia ; pero ellos mismos están pidiendo a voces el arbitrio en la calificación. Declara incuso en el delito de usurpación, al que obtuviese la inscripción de documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsoedad o nulidad. Es evidente que el artículo 711 se refiere a los casos de nulidad o falsoedad que no resulte del mismo documento, por la sencillísima razón de que si resultase de él, estaría el caso comprendido en los artículos 362 y 363, ya que este es el que trata de la falsoedad y un solo hecho no puede ser constitutivo de dos delitos diferentes ; luego se trata de falsoedad de causa, o por simulación, que es uno de los casos a que antes nos referíamos : y lo mismo decimos de la nulidad, que tampoco puede referirse a la nulidad que resulte del mismo documento, porque entonces nunca puede ser obtenida la inscripción, ya que para eso precisamente estamos nosotros, defensores del principio de legalidad, para que por la aduana del Registro no pase el contrabando de la nulidad contractual. Otro tanto sucede con las figuras de delito del artículo 725 ; tanto unas como otras tienen su marco propio en nuestras oficinas, y un período de preparación que muchas veces se desarrolla a nuestra vista, sin que por la falta de arbitrio en la calificación podamos oponerles ni aun la resistencia pasiva, porque las más de las veces el acto delictivo consta de dos o más contratos de apariencia legal, y nosotros sólo podemos calificar por lo que resulta de cada uno de ellos individualmente, y no por su conjunto y datos complementarios de fuera, resultando que cuando el perjudicado se da cuenta de la consumación del delito, ni cabe reparación ni muchas veces castigo, porque ha tenido tiempo de substraerse a la acción de la justicia ; mientras que si tuviésemos arbitrio registral, si en los casos de indicios delictivos pudiésemos oponer nuestro veto, fracasarían y quedarían en grado de tentativa muchos de esos delitos, y es preferible prevenir uno a castigar ciento.

Se me dirá que el arbitrio que ahora se reconoce es sólo para la esfera penal. Es cierto ; pero es ya una declaración terminante, de que el arbitrio judicial en absoluto, no es una idea descabellada ni absurda, ni un imposible o anacronismo legal, sino una teoría perfectamente actual y jurídica, absolutamente necesaria en los actuales tiempos y que si es articulable cuando está en juego el

honor y la vida de los ciudadanos, más lo será cuando sólo se trata de sus intereses materiales. En segundo lugar, tampoco nosotros lo pedimos más que para la esfera que podríamos llamar peri-penal, en sus relaciones con nuestra acción. La legislación estrictamente hipotecaria, la contenida en el título V de la ley, es y será siempre una legislación especial, sujeta a principios genuinamente suyos, aunque algunos estén contenidos en otros títulos, y que son diferentes, más aún, antagónicos en muchos casos de los que informan la legislación civil propiamente dicha, algo que podríamos llamar «más allá del bien y del mal» en el derecho, ya que hay veces que parecen infringir los preceptos de Derecho natural; pero la parte meramente inmobiliaria, o principios generales, es una rama, que separándose en parte de la civil, por la especial naturaleza del objeto, guarda con ella cierta analogía y paralelismo, y como ella está limitada por las demás esferas, entre ellas por la penal, en la que incide a poco que el agente se incline hacia ese lado. Las esferas jurídicas, todos sabemos que no son cuerpos sólidos geométricos, sino que cada una de ellas está rodeada por su aura, coloreada en la zona de contacto, por los efluvios de la inmediata. Así la esfera inmobiliaria, tiene por algunos sectores contactos con la civil y mercantil, y una zona neutra que participa de todas, y por otros tiene tales interferencias con la penal, que son precisos, como el nuevo Código demuestra, artículos especiales para los delitos que podríamos llamar registrales. Para los actos que se producen en esa zona polémica, es para los que es necesario y pedimos el arbitrio registral, para rodear a nuestra Oficina de un verdadero prestigio, y delimitar en lo posible los campos, ahuyentando de ella a los profesionales u ocasionales del mal, previniendo para que no haya necesidad de reprimir.

Se cuenta de cierto viajante en joyería, que al acostarse en los trenes, ponía sobre la maleta un tricornio de Guardia civil, y decía que este saludable recuerdo alejaba a los amigos de lo ajeno; pues esto mismo es lo que pedimos, la facultad de advertir a los que preparan o se aproximan al delito, que por ese camino tropezarán fatalmente con la Guardia civil.

Podrá argüírsenos con las mismas palabras que emplea el señor González, al decir que hay que «evitar que el arbitrio del Registrador vaya más allá que su responsabilidad». En primer lugar, es-

tas palabras son el mejor argumento en favor de nuestra tesis, porque para que el arbitrio llegue hasta un punto u otro, es indispensable que exista, y el nuestro no ha pasado del grado de deseo, ya que hemos de marchar por los inflexibles carriles de la ley, sin que nuestro arbitrio llegue ni a una décima de milímetro más allá de «lo que resulte del mismo documento», y en segundo lugar, porque eso es precisamente lo que pedimos, que haya perfecto paralelismo entre la libertad de calificación y la responsabilidad. Estricto *jure* por esos actos ajenos a nosotros, delictivos, quasi delictivos y predelictivos, no tenemos responsabilidad alguna, pero en el orden moral, en el de la Justicia no escrita, tenemos una responsabilidad técnica y profesional, porque fuimos, aunque inocentes, colaboradores de aquellos, y al producirse el resultado final, podrá el perjudicado decir con el poeta: «¡Todos en Él pusisteis vuestras manos!» ¿Cómo convencer al perjudicado por la última inscripción de una serie de ellas, que el funcionario que las practicó es ajeno al perjuicio?, y, ¿cómo dejar de practicarlas si cada una de por sí es perfectamente legal, y sólo por su asociación se convierten en delictivas?

Como el compañero Goyanes, «yo milito en las filas de los que creen que el Centro Directivo quiere que seamos en todo momento celosos defensores del crédito territorial en sus diversas manifestaciones, no consintiendo la desnaturalización de los derechos que en el Registro tuvieron acceso...», y para ello es preciso que se nos den armas, para esa defensa, las que no son otras que una amplia libertad de calificación, para que en el Registro no tengan acceso los títulos colorados, sino sólo aquellos derechos perfectos en su fondo y en su forma, pues esos y sólo esos, podemos dignamente defender y salvaguardar, y si como se desprende de la circunstancia 3.<sup>a</sup>, del artículo 726 del nuevo Código, los enemigos del crédito territorial aumentan por las organizaciones a que hace referencia, también deben aumentar los medios de defensa en la misma proporción; y que existen esas organizaciones, lo está diciendo a voces el nuevo Código penal, puesto que considera motivo de agravación el pertenecer a ellas, no siendo propio de un Código ocuparse de fantasmagorías sin contenido real.

Estando próximo a publicarse el nuevo Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, creemos que es el lugar oportuno

para reformar el artículo 79, y a nuevas necesidades, proveer con nuevas normas, concediéndonos un verdadero arbitrio para la calificación, para poder prevenir muchos delitos y evitar también actos, pre y quasi delictivos, aclarando a la vez nuestra obligación de denunciar, para saber si en todos los casos de nulidad de documentos hemos de oficiar al Juzgado, lo mismo en el caso de mujer casada, que, teniendo a su marido ausente accidentalmente, compra una finca, acaso con autorización verbal; que en el de un tutor que vende bienes de su pupilo falsificando la autorización del Consejo de familia, aclaración que debe hacerse antes de entrar en vigor el Código penal, pues las leyes, demasiado severas o poco meditadas, corren el grave riesgo de convertirse en leyes de papel. Los contratos anulables están (por defecto de redacción del Código) taxativamente declarados nulos y como los otorgantes conocen las causas reales de la nulidad, aunque acaso desconozcan las causas jurídicas (defecto también de expresión del Código penal), caen de lleno dentro de la esfera de éste, y tenemos por tanto obligación de denunciarlos, y aun en los casos esencialmente nulos, hay una gradación de matices, desde la infracción de una formalidad legal, hasta el contrato viciado por dolo esencial, que exigen también diferente tratamiento por parte del Registrador, y medir a todos por el mismo rasero, es ponernos en la alternativa de infringir el artículo 79 o de mandar al Juzgado al Notario y otorgantes de una escritura de censo enfitéutico en que se haya olvidado consignar el valor de la finca, o a los de una compraventa en que el comprador, por la urgencia del caso, obre por medio de un mandatario verbal, pues hoy la ley no distingue, y por lo tanto nosotros no podemos tampoco distinguir.

Creemos que la dirección se hará cargo de las precedentes consideraciones, y acudirá en el próximo Reglamento a remediar los peligros apuntados, con la urgencia que el asunto requiere.

FRANCISCO OLIETE.

Registrador de la Propiedad