

RACIONALIDAD Y NORMATIVIDAD . . . . .	9
I. La <i>racionalidad</i> , incluida la <i>posibilidad</i> , como elemento esencial de la normatividad jurídica . . . . .	10
II. La “anécdota” de las así llamadas “normas admonitivas” y el “caso” de las <i>normas desprovistas de sanción jurídica</i> . . . . .	12
III. El “caso” de los preceptos <i>imposibles</i> . . . . .	19
IV. Resumen final . . . . .	24

## RACIONALIDAD Y NORMATIVIDAD\*

Man kommt nicht in das Recht hinein ohne den Rechtsbegriff, aber man kann diesen Begriff erst bilden, wenn man das Recht kennt.<sup>3</sup>

Esta ponencia no es el trabajo de un filósofo del derecho, aunque el autor no sea del todo lego ni en filosofía ni en derecho. Pero aquí se exponen resumidamente algunas reflexiones sobre la realidad jurídica —y, más en concreto, sobre la realidad jurídico-procesal—, que suponen abstracción, desde lo particular a lo general.<sup>4</sup>

La tesis que propongo no es, en sí misma, nueva. Es, por el contrario, inequívocamente clásica. En cambio, me parece que sí es nueva la fundamentación de la tesis en ciertos fenómenos o casos jurídicos reales.

\* Ponencia presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en México D. F., el 10 de febrero de 2004. Esta ponencia se encuentra en curso de edición dentro de las memorias del referido Congreso.

<sup>3</sup> Traducción propia: “No se entra en el derecho sin el concepto de derecho, pero sólo cabe construir ese concepto cuando se conoce el derecho”. Zippelius, R., *Das Wesen des Rechtes*, Munich, 1965, p. 3.

<sup>4</sup> Son reflexiones que, aunque actualizadas, se remontan a treinta años atrás: *cf.* mi trabajo “Algunas peculiaridades de las normas procesales”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (RDPrIb)*, núm. II, 1974, pp. 249-269. Después, sobre el mismo asunto, en sucesivas ediciones de mis obras generales sobre el derecho procesal, desde *Lecciones de derecho procesal, I. Introducción*, Barcelona, PPU, 1982, pp. 144-147, hasta *Derecho procesal. Introducción*, 2a. ed., Madrid, 2001, pp. 120-122, he seguido considerando el tema de las normas procesales sin sanción jurídica (o sin sanción jurídica homogénea). Obviamente, en las citadas obras generales el tratamiento se ha hecho con menor extensión, pero la revisión real ha existido: de un lado, son apreciables diferencias relevantes y, por otro, el asunto ha sido considerado en relación con dos sucesivas leyes de Enjuiciamiento Civil, la de 1881 y la vigente, L. 1/2000, de 7 de enero, con *vacatio* de un año).

Entro de inmediato en materia y expongo, en primer término, la tesis. Después daré cuenta de sus fundamentos.

I. LA *RACIONALIDAD*, INCLUIDA LA *POSIBILIDAD*,  
COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

1. Dejando a un lado ahora la normatividad de los principios generales del derecho y de las normas consuetudinarias, mi tesis es la siguiente:

Un precepto positivo completo<sup>5</sup> posee normatividad jurídica o, lo que es igual, constituye una genuina norma jurídica, si, procedente de autoridad legítima, resulta *racional* y si contiene una ordenación *posible* de las cosas, *aunque la infracción del precepto esté desprovista de sanción jurídica*. En otros términos: supuesta la autoridad legítima, la normatividad jurídica depende de la existencia de *ratio* y de la adecuada disposición de las cosas al fin, ínsita en tal *ratio*.

2. En el trabajo jurídico con derecho positivo, constantemente nos preguntamos por la *ratio iuris* de tal o cual precepto. Esa pregunta responde al insoslayable criterio teleológico de la hermenéutica jurídica, que, a mi parecer, es el principal de los parámetros hermenéuticos, como expresa certeramente el apartado 1 del artículo 3o. del Código Civil (CC) español, que dice así: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

En este precepto sobre la interpretación de una norma, aparece primeramente “el sentido propio de sus palabras”. Pero es de notar que, de inmediato, se añade que ese sentido debe ponerse “en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Y el artículo 3.1 del Código Civil prosigue y finaliza, además, con estos expresivos términos: “atendiendo *fundamentalmente* al espíritu y finalidad de aquéllas” [las normas] (las cursivas son nuestras).

Quiérese decir, en primer lugar, que el “sentido propio” de las palabras de la ley no es determinable (ni determinante) por sí mismo, sino en

<sup>5</sup> Con este adjetivo aludo, por un lado, a la frecuentísima necesidad de integrar varios preceptos positivos para identificar una norma jurídica completa, compuesta de *supuesto de hecho y consecuencia jurídica*.

relación con los elementos citados (contexto, antecedentes históricos y legislativos, realidad social) y, en segundo lugar, que para interpretar certeramente una norma, además y a la vez que lo anterior, se debe atender *siempre* —porque siempre debe tenerse en cuenta lo que es *fundamental*— al espíritu y finalidad de la norma, a su *ratio*.

Dicho de otro modo: el apartado 1 del artículo 3o. del Código Civil español no establece una relación de elementos interpretativos que se han de utilizar o tomar en consideración por su orden y subsidiariamente, unos en defecto de otros, es decir, los posteriores en defecto de los anteriores. El precepto del Código Civil establece, por el contrario, la necesidad de una interpretación de las normas que, a partir de sus términos, tome en consideración, integrándolos, todos los elementos que la norma indica, entre los que, inequívocamente, debe ejercer una virtualidad primordial la finalidad de la norma.

3. Sentado lo anterior, reitero que viene siendo pacífico entender que *finalidad* de una norma positiva y *ratio* de esa norma son cosas idénticas. Pero esta identidad se asienta sobre el supuesto de que la finalidad sea racional (y, por ello, acreedora del nombre de *ratio*).

A fin de no entretenernos en exceso (y de no perdernos) deliberando y discutiendo acerca de lo que cabe entender como *racional*, procedamos por la vía negativa, como es usual entre toda clase de serios profesionales del derecho. Y así podremos admitir como racional, a los efectos que aquí interesan, lo que no es absurdo o rotundamente arbitrario o enteramente caprichoso.

Ciertamente, podría haber en este punto un campo para el debate respecto de muchas normas, pero, a mi entender, se trata de un punto de partida aceptable para seguir adelante con seguridad en el trabajo jurídico.<sup>6</sup> El precepto legal *innegablemente* absurdo —no sólo el *manifiestamente* absurdo, *prima facie* absurdo, fácil e inmediatamente detectable como absurdo, sino también el que cabe demostrar absurdo mediante un análisis concienzudo— es, sí, parte de una ley y quizá efectivo, pero no genuinamente jurídico: quizá no carece de finalidad, pero sí de *ratio* y, cabalmente, de *ratio iuris*.

<sup>6</sup> Porque, a los efectos que aquí importan, sería *racional* no sólo el mejor producto posible del intelecto racionante: en tal caso, la discusión podría producirse y prolongarse *ad nauseam*. A efectos de juridicidad, es suficiente entender por racional lo que no repugne a la razón.

El precepto no racional, irracional, absurdo, no entraña (es decir, no encierra en sus entrañas) la capacidad de engendrar, para las criaturas racionales, un imperativo de comportamiento, bien por la irracionalidad del supuesto de hecho, bien porque establece consecuencias pretendidamente jurídicas que la razón no puede aceptar. Por eso, no encierra juridicidad. En sentido inverso o positivo: el precepto racional, provisto de sentido, con auténtica *ratio iuris*, es decir, recipiente de una disposición razonable, es una genuina norma jurídica si, además de poseer esa *ratio*, emana de la autoridad legítima. Obviamente, la ilegitimidad de origen del mandato priva de juridicidad a la norma que lo contiene.

4. Como ya adelantamos sintetizadamente, nuestra tesis ha de completarse con estos dos puntos:

*Primero*: la juridicidad es plena aunque el incumplimiento de la norma no acarree una directa o inmediata sanción jurídica, porque ninguna norma prevea tal sanción.

*Segundo*: la juridicidad requiere que, además de ser identificable una justificación y finalidad racional del precepto, el precepto sea de cumplimiento posible. En más casos de los deseables, la concreta disposición de las cosas establecida en el precepto no es física o metafísicamente posible, por opuesta a la naturaleza de esas mismas cosas. Estos preceptos son los que, desde hace tiempo, me he permitido calificar de imposibles: aunque no sea difícil establecer cuál es la *voluntas legis* (coincidente, con frecuencia, con la *voluntas legislatoris*) y resulte fácil reconocer que esa *voluntas legis*, aisladamente considerada, es razonable, esos preceptos carecen de normatividad jurídica (o de juridicidad verdadera) porque son intrínsecamente inidóneos para imperar con mínima claridad un determinado comportamiento o para generar una precisa consecuencia jurídica.

5. Seguidamente explicaré dos realidades legales que, detenidamente analizadas, soportan la tesis que se acaba de exponer. En primer lugar, los preceptos legales desprovistos de sanción jurídica para caso de infracción o incumplimiento. En segundo término, los que he denominado preceptos imposibles.

## II. LA “ANÉCDOTA” DE LAS ASÍ LLAMADAS “NORMAS ADMONITIVAS” Y EL “CASO” DE LAS NORMAS DESPROVISTAS DE SANCIÓN JURÍDICA

6. Durante un largo periodo de tiempo, en la literatura jurisprudencial española (véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supre-

mo de España del 25 de noviembre de 1966, 20 de enero de 1971, 10 de mayo de 1976, 23 de junio de 1977, 14 de noviembre de 1980 y 5 de enero y 5 de octubre de 1981) se aludió con cierta frecuencia a un peculiar tipo de normas, denominadas *admonitivas* por esa misma literatura. Se trataría de normas o preceptos que, según su propio nombre, contendrían una admonición o consejo y que, por tanto, no serían susceptibles de infracción (violación, aplicación indebida, etcétera), puesto que las admoniciones o consejos —tal era el pensamiento subyacente— pueden desoírse o desatenderse, pero no infringirse en sentido jurídico.

Las “normas admonitivas” habían aparecido en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en sentencias que resolvían recursos de casación en los que, al amparo del motivo de casación del antiguo<sup>7</sup> numeral 7 del artículo 1692 (“error de derecho en la apreciación de la prueba”) de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881 (en adelante LECA), se había denunciado la infracción del hoy derogado artículo 1248 CC:

...la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, *cuidando de evitar* que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

Pretendidamente —es obvio que no compartimos tal criterio—, esta norma —bien razonable, por lo demás— no era susceptible de infracción, por ser admonitiva o admonitoria y contener un mero consejo.

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil nueva (Ley 1/2000, del 7 de enero, que entró en vigor un año después, en adelante LEC), el artículo 1248 CC fue derogado. La “anécdota” de las llamadas “normas admonitivas” podía darse por terminada.

7. Sin embargo, por encima de esa anécdota con su concreto origen histórico, subsistía y subsiste una importante cuestión: si existe de verdad un tipo especial de normas jurídicas procesales caracterizado por una

<sup>7</sup> Por la Ley 34/84, del 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881), se cambiaron los motivos de casación y el equivalente al numeral 7 del artículo 1692 pasó a ser el numeral 4 del mismo precepto, en el que no se distinguía expresamente entre “error de hecho” y “error de derecho” en la apreciación de la prueba. El Tribunal Superior, no obstante, mantuvo la distinción.

redacción no imperativa —criterio formal de identificación— y por la falta de consecuencias jurídicas (o de consecuencias jurídicas homogéneas: en el mismo plano, jurídico-procesal, en que la norma se aplica)<sup>8</sup> en caso de incumplimiento o desatención —criterio material de identificación—.

8. La indagación precisa para responder a esta cuestión arrojó el doble resultado siguiente: en primer término, advertir la fragilidad del criterio formal, pues son muchas las normas con apariencia de consejo, que nadie consideró nunca admonitivas. Así, es indudable que se dirige no un consejo, sino un verdadero mandato al tribunal en el artículo 306.2 LEC, cuando se dice que, en el interrogatorio de las partes, “*cuidará de que [éstas] no se atraviesen la palabra ni se interrumpan...*”. Y contiene también mandatos la regla sobre orden de embargos, del artículo 592 LEC (“*procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado*”), la del artículo 646 LEC, respecto de los anuncios de subastas (“*procurando la mayor economía de costes*”). Mandatos son, asimismo, los del artículo 231 LEC (“*cuidará de que puedan ser subsanados los defectos...*”) y del artículo 786 LEC (“*procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas*”).

Siempre pensé, por lo demás, que la contraposición entre *mandato* —lo propio de las normas no admonitivas— y *consejo* —propio de las presuntas normas admonitivas— resultaba de muy problemático rigor técnico-jurídico. Y, por otra parte, la contraposición entre *mandato* y *consejo* podría suscitar, puesto que hablamos de normas, esto es, de actos *volitivos*, la entrada en liza del concepto *deseo*. Los presuntos *consejos* expresarían un *deseo* de la ley, pero parece claro que también se manda porque se *desea*. Para establecer las necesarias diferencias, cabría sostener que el *deseo vehemente* se expresará mandando o imperando y comportará la voluntad de excluir del mundo jurídico cualquier resultado contrario al deseo o, al menos, de sancionarlo severamente. En cambio, un *deseo menos vehemente* se traduciría también en mandato, pero menos enérgico y eficaz, desprovisto de sanción. El consejo, por su parte, sería la exposición, sin más, de una simple preferencia. Como se ve, todo esto adolece de escasa solidez y es muy insatisfactorio para el trabajo jurídico.

9. El segundo resultado del análisis dirigido a despejar la cuestión antes expuesta fue el descubrimiento de la existencia de numerosos precep-

<sup>8</sup> Consideramos heterogéneas las sanciones disciplinarias.

tos legales relativos al quehacer jurisdiccional, sin aspecto formal o literario de consejos, pero cuyo incumplimiento o infracción carece de sanción jurídica o sólo provoca una sanción jurídica disciplinaria. Hay buen número de mandatos legales que no imponen clara y terminantemente un deber. A título de ejemplo véase el artículo 399 LEC,<sup>9</sup> en el que se establecen requisitos de la demanda que, en caso de no darse, no confieren, sin embargo, suficiente fundamento a la excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer aquélla (artículos 416.1, 5a. y 424 LEC).<sup>10</sup>

10. Y, si bien se mira, hay otro tipo de normas, muy frecuentes, que han de considerarse también cuando nos preocupan los preceptos legales real o aparentemente desprovistos de sanción jurídica (o de sanción jurídica homogénea). Me refiero a las normas positivas que conceden facultades al juez. Diríase, a primera vista, que tales normas tampoco pueden

<sup>9</sup> Para mayor facilidad de los lectores, y en especial de los no españoles, transcribo seguidamente, en lo necesario, los preceptos citados. Artículo 399, apartados 3 y 4: “3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo”.

<sup>10</sup> Artículo 416.1, 5a.: “1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes... 5a. *Defecto legal en el modo de proponer la demanda* o, en su caso, la reconvencción, *por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca*” (la cursiva es mía). Por su parte, el artículo 424 dice así: “1. Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvencción, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas.

2. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal *sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones* del actor o, en caso del demandado en la reconvencción, frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones”.



infringirse, sino que se cumplen siempre, haga o no uso el tribunal de las facultades que le estén legalmente atribuidas.

Los artículos 306.1, párrafo segundo,<sup>11</sup> y 372.2<sup>12</sup> LEC constituyen buenos ejemplos de tales normas. Son preceptos que permiten al juez pedir explicaciones a la parte o a los testigos que declaran, respectivamente. En ambos preceptos, la ley establece que el juez “podrá” actuar de tal modo. Y parece, por tanto, que puede, sin relevancia jurídica, no actuar.

11. Sin embargo, tal planteamiento entraña un grave error jurídico, que, a la postre y aunque sea duro decirlo (y más aún reconocerlo), consiste en entender o aceptar que las facultades conferidas a los poderes públicos están atribuidas para el absoluto arbitrio de los poderes facultados. No es así, en modo alguno. Por el contrario, las facultades de los órganos públicos —y, por tanto, también las de los órganos jurisdiccionales— se les conceden para que se ejerciten de acuerdo con los deberes inherentes a su oficio y, más en concreto, con la finalidad específica prevista en la norma atributiva de la facultad. Las facultades dejan, sí, al facultado la apreciación de la existencia de los presupuestos de su ejercicio. Pero existen esos presupuestos —finalidad concreta de la facultad, congruencia con el oficio del órgano público— y, por tanto, las normas facultantes sí pueden ser infringidas o violadas: lo son los artículos 306.1, párrafo segundo, y 372.2 LEC, por ejemplo, cada vez que sean convenientes “aclaraciones y adiciones” y el tribunal no formule preguntas.

12. Las lecciones finales que se extraen de todo lo expuesto revisten notable importancia. El derecho procesal (en sentido normativo, como

<sup>11</sup> Artículo 306.1, sobre interrogatorio de las partes: “una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquélla que declarar podrá, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles.

Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar”.

<sup>12</sup> El artículo 372, sobre interrogatorio de testigos, dice así: “1. Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que propuso la prueba testifical, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles.

En caso de inadmisión de estas preguntas, será de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 369 sobre disconformidad con la inadmisión.

2. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo”.

conjunto de normas, no como ciencia jurídica) contiene, con frecuencia, no preceptos admonitivos, que carecen ya hasta de pretexto histórico, pero sí preceptos desprovistos de sanción jurídica.

Entiendo, desde hace décadas, que no se trata de falsas normas jurídicas. Estos preceptos legales no deben ser eliminados por inútiles y perjudiciales, sino que, por el contrario, se estima generalmente que deben seguir existiendo, pues resultan muy útiles y convenientes. Pero, sobre todo, son genuinos preceptos jurídicos en cuanto: *a*) proceden del poder legítimo; *b*) están provistos de una clara *ratio* (*ratio iuris*), y *c*) son de posible cumplimiento. Así, pues, constituyen verdaderos parámetros de lo jurídico y de lo antijurídico.

En definitiva: en el derecho procesal —como en otras parcelas de derecho objetivo— hay normas jurídicas verdaderas y hay juridicidad, aunque, por unos u otros motivos, no esté legalmente prevista una concreta reacción ante la antijuridicidad o ante la infracción de algunas normas.

13. Es de sumo interés señalar, finalmente, que pese a la ausencia de previsión de sanción jurídica, el cumplimiento o incumplimiento de esos preceptos no carece enteramente, ni mucho menos, de relevancia jurídica. Veamos brevemente por qué.

Aunque no consideremos acertado entender que el proceso *es* una situación jurídica especial (cabalmente, la situación jurídica procesal), de antiguo tenemos reconocido el valor de la principal aportación de James Goldschmidt en su capital obra *El proceso como situación jurídica*,<sup>13</sup> cuyo acierto e interés en puntos clave hemos venido ponderando crecientemente.<sup>14</sup>

La situación jurídica-procesal es definida por Goldschmidt en los siguientes términos:

El estado en que se encuentra el asunto de una persona (*der Stand der Angelegenheit einer Person*) considerado desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera conforme a derecho y, más brevemente, la ex-

<sup>13</sup> Goldschmidt, J., *Der Prozess als Rechtslage (Eine Kritik des processualen Denkens)*, Neud. der Ausgabe Berlin, 1925, Scientia Verlag, 1962. Véanse, en especial, las pp. 228 y ss.

<sup>14</sup> Un resumen de un detenido análisis de la precitada obra de Goldschmidt puede encontrarse en nuestro trabajo “Sobre conceptos básicos del derecho procesal”, *RDPrIb*, núm. I, 1976, pp. 208-210. En nuestras obras generales (*cf.* nota 3) no hemos dejado de transmitir, y recientemente con más expresividad, las fundamentales lecciones del maestro alemán.

pectativa, jurídicamente fundada, de una sentencia favorable o desfavorable y, consecuentemente, la expectativa del reconocimiento judicial, como jurídicamente fundada o infundada, de una pretensión que se ha ejercitado.<sup>15</sup>

Pensamos en su día, y no hemos cambiado de criterio, que el proceso no *es* esa situación jurídica-procesal, porque toda la realidad procesal no está comprendida en los términos que se acaban de transcribir. Pero desde hace algo más de treinta años venimos afirmando que en el proceso sí *se da* la situación jurídica que Goldschmidt describe. Y entendemos que tal situación es “el concepto más expresivo nunca logrado para dar razón del dinamismo del proceso”.<sup>16</sup>

Porque los actos procesales, es decir, la actividad en que el proceso consiste, enlazan perfectamente con la situación jurídica-procesal, pues, con palabras del mismo autor, “todas las promesas y las amenazas jurídicas de una sentencia de contenido determinado y las expectativas así fundadas, están condicionadas por actos procesales de especiales características o, al menos, por la posibilidad de que [esos actos] se produzcan”. Los actos de los litigantes son ejercicio de derechos subjetivos procesales. Y el ejercicio de esos derechos, “en el sentido procesal” del término, reconduce a “la expectativa de una ventaja procesal”, a “la liberación de una carga” o a la “posibilidad de obtener, precisamente mediante un acto procesal, una situación de ventaja”.<sup>17</sup>

Así, pues, en el proceso, desde su inicio hasta su desenlace, un instante antes de conocerse la sentencia, siempre hay una situación de las partes tal como la define Goldschmidt, y, al mismo tiempo, esa situación nunca es igual, pues la “expectativa de una sentencia”, que siempre existe, nunca es idéntica, porque la van modificando los actos de las partes (y los del órgano jurisdiccional).

Sentado lo anterior, se entiende que, en la estructura dinámica y dialógica del proceso, ajustar o no comportamientos a una norma razonable, como la del primer ejemplo, relativa al contenido y estructura de la demanda, no deja de tener influencia sobre la situación jurídico-procesal, es decir, mejora o empeora la expectativa de una sentencia favorable.

Dicho con otras palabras y limitándonos sólo a las partes: éstas mejoran su expectativa cuando alzan las cargas que se les han impuesto y em-

<sup>15</sup> La traducción es mía.

<sup>16</sup> Es esencial en el proceder intelectual de Goldschmidt lo que él mismo denomina “*prozessuale (dynamische) Rechtsbetrachtungsweise*”.

<sup>17</sup> Goldschmidt, J., *op. cit.*, nota 13, pp. 252 y 253.

peoran esa expectativa —su situación procesal— cuando no alcanzan tales cargas. Pero, además de alzar o no las cargas jurídicas, es influyente —es decir, acarrea consecuencias jurídicas, que es lo que afirmábamos antes— alzarlas mejor o peor. Si se piensa, simplemente, en la carga de contestar a la demanda, fácilmente se comprenderá que no sólo es jurídicamente relevante contestar o no, sino también hacerlo con el mayor cuidado, ajustándose a preceptos legales que, sin embargo, están desprovistos de consecuencias jurídicas directas.

### III. EL “CASO” DE LOS PRECEPTOS *IMPOSIBLES*

14. Es de recordar que entendemos por preceptos o normas imposibles aquellos que aun siendo identificable su *ratio*, sentido o finalidad racional no pueden cumplirse, esto es, son, por defectos intrínsecos, inidóneos para producir un resultado acorde con la *ratio* o finalidad.

Aunque hablé hace tiempo de “leyes imposibles”,<sup>18</sup> aquí no quiero referirme a cuerpos legales enteros, y me ciño a dos concretos casos reales de sendos preceptos legales, procurando sintetizar máximamente, pues la complejidad técnica está de más ahora y quienes pudieran interesarse de modo especial pueden consultar análisis detallados de los dos preceptos en otros lugares.<sup>19</sup>

15. El primero de los dos aludidos casos es un precepto ya derogado, pero vigente durante un considerable lapso de tiempo y de suma impor-

<sup>18</sup> *Cfr.* Oliva Santos, A. de la, “La crisis del Estado de derecho, desde la perspectiva liberal”, *Cuadernos del pensamiento liberal*, núm. 6, marzo de 1987, pp. 62 y 63.

<sup>19</sup> Me ocupé varias veces de esos preceptos y remito a distintos trabajos. Así, pues, *cfr.* “El nuevo artículo 1435 de la L.E.C. y la ‘liquidez’ de la cantidad que parezca adecuarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación en escritura pública o póliza intervenida”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-1986, pp. 25-53. Posteriormente, volví a ocuparme del mismo caso en el trabajo “Nuevas consideraciones sobre el artículo 1435 L.E.C.: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo”, *La Ley*, 1989-3, pp. 989-1001.

En cuanto al segundo caso de precepto legal imposible, *cfr.*, si se desea, “Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (A propósito del artículo 98 de la Ley 24/2001)”, *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre de 2002, pp. 19-25. Y, poco después, más extensamente, “Eficacia jurídica de los documentos públicos notariales (interpretación integradora de los arts. 1218 del Código Civil, 319.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, 17 bis de la Ley del Notariado y 98 de la L. 24/2001)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, septiembre-octubre de 2003, pp. 2879-2916.

tancia, por referirse a muchos miles de negocios jurídicos, así como a decenas de millares de procesos (“juicios ejecutivos”). El precepto imposible era el párrafo 4 del artículo 1435 LECA, cuyo tenor literal, transcrito en lo necesario, era el siguiente:

Si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública [documento público notarial] o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1429 de esta Ley [documento negocial otorgado ante fedatario público mercantil, con consideración de título ejecutivo] se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora [bancos y cajas de ahorro, sobre todo], aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

16. El precepto debía ser de aplicación a innumerables negocios jurídicos en que una entidad financiera daba crédito a personas físicas y jurídicas, pactándose que el saldo deudor lo determinaría el acreedor y que, en caso de impago, éste, provisto de la escritura pública o del documento público intervenido por el fedatario, podía acudir a los tribunales de justicia pidiendo (mediante el denominado “juicio ejecutivo”) que, inmediatamente, se despachase ejecución contra el deudor, por el importe de lo impagado, determinado por el acreedor. El demandado (“ejecutado”) podía, ya despachada la ejecución, promover un incidente en el que, entre otros motivos de oposición tasados, estaba la pluspetición. De promoverse tal incidente, se practicaba prueba.

17. La *ratio* de este precepto era proteger al deudor, ante la unilateralidad de la determinación de la cuantía de la deuda. Y el instrumento ideado para ese querido incremento de la protección era el “documento fehaciente”, que además de acreditar que, en efecto, se había pactado en su día que la liquidación la hiciese el acreedor, debía también acreditar la coincidencia del saldo con el que apareciese en la cuenta abierta por el acreedor al deudor.

18. En este punto, el precepto era una norma positiva imposible: no podía aplicarse, por varias razones: 1a. porque al hablar de “documento fehaciente” se estaba hablando de documento emitido por fedatario público y éste —fuese el notario o los corredores colegiados de comer-

cio—<sup>20</sup> no era experto en contabilidad, que podía ser muy complicada; 2a. porque, aunque, excepcionalmente, el fedatario fuese experto o perito, afirmar responsablemente la coincidencia de la cantidad determinada por la entidad de crédito con la del saldo resultante de la cuenta, la elaboración de ese dictamen, propia de un genuino perito, podría requerir mucho tiempo y resultar económicamente muy costosa, factores éstos, tiempo y coste económico, a todas luces incompatibles con la efectividad cotidiana de la vía judicial indicada; 3a. porque la norma confundía dación de fe y dictamen pericial y pretendía el imposible de que se diese fe de lo que no puede ser objeto de la acción específicamente fedataria, que se ha de proyectar sobre hechos perceptibles por los sentidos externos, pero que, salvo contrariar *die Natur der Sache*, no permite fundamentar con ninguna relevancia jurídica el acierto de un juicio (el dictamen es un juicio) y menos aún, si cabe, de un juicio propio.

Ni qué decir tiene que, como el artículo 1435 LECA existía y no podía ser ignorado absolutamente por los acreedores y, sobre todo, por los jueces, fue formalmente aplicado pero materialmente inaplicado: se dijo que se aplicaba, pero, en realidad, se actuó conviniendo en entenderlo con otro contenido bien distinto.

19. Otro precepto legal *imposible*, éste mucho más reciente, es el artículo 98 de la ley 24/2001, del 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (“Ley de Acompañamiento” de los Presupuestos Generales del Estado; en adelante LA). Se trata de una norma positiva sobre los documentos notariales que, con grandísima frecuencia, otorgan representantes y pretende acortar el tamaño de esos documentos eximiendo de su íntegra transcripción, que sería sustituida por una reseña del documento aportado al notario para acreditar la condición de representantes. De este modo, se quería abaratar los costes notariales de cientos de miles de negocios jurídicos. Este abaratamiento sería la *ratio* o finalidad del precepto.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Unificados hoy y convertidos los corredores en notarios en virtud de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (“Ley de Acompañamiento” de los Presupuestos Generales del Estado), desarrollada ulteriormente por R. D. 1643/2000, del 22 de septiembre, e Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 29 de septiembre del mismo año.

<sup>21</sup> Existían y existen otros modos de lograr esa laudable finalidad. Además de una reforma del sistema retributivo de las actuaciones notariales, hubiera podido imponerse lo que, desde décadas atrás, permitía y permite el artículo 166 del Reglamento Notarial:

El artículo 98 de la LA dice así:

1. En los instrumentos [= documentos] públicos otorgados por representantes o apoderados, el notario autorizante insertará una *reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada* y expresará que, a su juicio, son *suficientes* las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento público se refiera.

2. *La reseña por el notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente*, por sí solas, *de la representación acreditada*, bajo la responsabilidad del notario.<sup>22</sup>

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquellos que el notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el notario *dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita* (las cursivas son nuestras).

20. El apartado 1 del artículo 98 LA no suscita, por sí solo, especiales problemas de inteligibilidad y aplicabilidad. Pero otra cosa sucede cuando el apartado 1 se pone en relación con el apartado 2.

Ocurre, en efecto, que, según este apartado 2, la reseña identificativa del documento y el juicio o valoración del notario —dos elementos absolutamente heterogéneos— *“harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada”*. Sentado que en esta frase se usa el concepto “hacer fe” por su relación con la noción de “dar fe”, expresamente utilizada

respecto de documentos fehacientes, “basta —dice— con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, *aseverando* el notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita”.

<sup>22</sup> Este novísimo precepto legal ha de ponerse en relación con otros coexistentes, que no son derogados expresamente y nadie entiende derogados tácitamente. Los principales son el artículo 1218 CC y el artículo 319.1 LEC. El tenor literal del artículo 1218 CC es éste:

Los documentos públicos *harán prueba*, aun contra tercero, del *hecho que motiva su otorgamiento* y de la *fecha* de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

Por su parte, el artículo 319.1 LEC (recuérdese que se trata de la ley 1/2000) dice así:

“Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos... *harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten*, de la *fecha* en que se produce esa documentación y de la *identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella*”.



en el apartado 3 del mismo artículo 98 LA, el precepto legal incurre en errores crasos contra la naturaleza de las cosas.

21. En primer término, sucede que la representación, como cualidad jurídica resultante de un mandato representativo, no puede ser objeto de una dación de fe. La dación de fe —que siempre se proyecta sobre hechos— no puede engendrar nada distinto de la certeza sobre hechos. De lo que el notario podría dar fe es de hechos constitutivos del negocio jurídico que determina la existencia de representación.

Admitimos sin la menor dificultad que la dación de fe no es la única función del notario español. Cuando se producen ante él declaraciones de voluntad (e incluso de conocimiento) con relevancia jurídica, el notario pone en juego su ciencia jurídica, a distintos efectos. El notario puede llevar a cabo una valoración jurídica, o incluso quizá deba hacerlo por imperativo de un precepto legal. Lo que aquí afirmamos es que no deben confundirse, mezclarse o implicarse descuidadamente dos acciones de diversa naturaleza: la dación de fe y el asesoramiento jurídico.

Así, pues, cabe que el documento notarial se integre o complete con la expresión de un juicio de suficiencia a cargo del notario. Pero ni este juicio de suficiencia constituye dación de fe ni es, en rigor, objeto de dación de fe, porque un juicio no es un hecho perceptible por los sentidos. Es suficiente, por lo demás, con la expresión por el notario de su juicio o dictamen.

22. El apartado 3 del artículo 98 LA incurre en el mismo error que se acaba de señalar. Cuando ese precepto dispone que “en los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, *el notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*”, parece —sólo es apariencia— que el fedatario testificaría cualificadamente un hecho: “no hay nada...”. Pero, bien mirado, no es así. Porque que “no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita” exige un juicio, que, concretamente, consistiría, dicho esquemáticamente, en una valoración jurídica (no restricción, modificación o condición) sobre elementos fácticos (parte no transcrita de uno o varios documentos). Así, pues, en su apartado 3, el artículo 98 pretende nuevamente —“el notario dará fe...”— que el notario ejerza como fedatario de un juicio y, por añadidura, de un juicio propio.

Insisto en que un notario puede hacer constar en un instrumento público un juicio o apreciación suya. Puede, por tanto, dejar afirmado que, a



su juicio, no hay en la parte no transcrita de un documento “*nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*”. Lo que ha de quedar meridianamente claro es que esa afirmación no está comprendida en el ámbito de la dación de fe. El notario no da fe de su propio juicio: sencillamente lo expresa o asevera. El resultado es el mismo: consta sin lugar a dudas que el notario ha emitido un juicio en una determinada fecha, pero que los efectos sean iguales no debe confundirnos sobre las causas. El documento notarial deja indiscutible constancia del juicio del fedatario, pero los elementos fácticos en que se basa el juicio sólo quedarán probados si son objeto de la dación de fe, en sentido estricto.

23. El craso error del artículo 98 LA consiste, a la postre, en pretender este imposible: que la eficacia de la dación de fe (cuyo objeto es necesariamente un hecho) consista no en producir certeza sobre hechos presenciados por el notario, sino en dotar de fuerza —y, por añadidura, de fuerza probatoria— a un juicio (jurídico, por ende). Así es como se confunden y se mezclan el plano de la certeza histórica sobre hechos con otros dos planos muy distintos: el del acierto o el desacierto de un quehacer valorativo y el de la eficacia jurídica (validez, nulidad, etcétera).

24. A la imposibilidad lógico-metafísica que es intrínseca a los desafortunados términos del artículo 98 LA se añade la imposibilidad de aplicación de ese precepto si se tienen en cuenta otras normas positivas, en pleno vigor, que pueden y deben ser aplicadas por los tribunales de justicia, por las administraciones públicas y por los registradores de la propiedad y mercantiles en los respectivos ámbitos. Sólo con determinadas interpretaciones de alguno de sus extremos (la “reseña identificativa del documento”) y, sobre todo, con el olvido o disimulo de sus concretos términos, el artículo 98 LA encuentra aplicación meramente formal.

#### IV. RESUMEN FINAL

Los preceptos legales sin sanción jurídica directa en caso de incumplimiento, así como los preceptos “imposibles” que se acaban de examinar, no son fenómenos jurídicos raros, sino muy abundantes y frecuentes. Sinceramente, no veo cómo podría defenderse que los primeros son reglas profesionales o éticas, pero no jurídicas. Legitimidad de origen y racionalidad, que incluye la posibilidad y la utilidad, me parecen más que suficientes elementos para defender la genuina juridicidad de esos pre-

ceptos, aun si se prescindiese de la eficacia indirecta, pero sin duda jurídica, derivada de la dialéctica procesal.

Y tampoco me parece refutable que los preceptos “imposibles” no pueden ser considerados normas jurídicas. Empeñarse en lo contrario sería admitir que lo imposible y lo absurdo puede ser jurídico. Que lo imposible y lo absurdo pueda ser *legal* y que el absurdo legal puede ser impuesto pertenece al terreno de la mera fenomenología: es un hecho y los hechos no deberían discutirse. Pero que lo absurdo pudiera ser jurídico supondría *desalmar* el derecho, reduciéndolo a la voluntad del poder. No me extenderé en las deplorables consecuencias —ya conocidas en la historia de la humanidad— de tamaño despropósito intelectual y ético, al que, por no cometer injusticias con algunas corrientes iusfilosóficas, me abstendré de calificar.

Me parece, pues, que mi tesis está aceptablemente fundada, no tanto en la consideración de lo escrito por autores de prestigio mayor o menor y más o menos extendido geográficamente, sino en el análisis de realidades jurídicas insoslayables.