

## LA EXPRESIÓN IMPROPIA DE LA LEY Y LA FORMA DEL DERECHO

### A EXPRESSÃO IMPRÓPRIA DA LEI E A FORMA DA DIREITO

### THE IMPROPER EXPRESSION OF THE RULES AND THE FORM OF THE LAW

RODRIGO GUTIÉRREZ OLOCO

<https://orcid.org/0000-0002-1374-2076> / [olocco.rj@gmail.com](mailto:olocco.rj@gmail.com)

*Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho.  
Córdoba, Argentina.*

#### RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo encontrar, a partir del análisis conceptual de la obra, cuál es la solución que da Fernando Atria en “La Forma del Derecho” a los dos problemas planteados por la expresión impropia de la ley. En relación con el problema institucional, son los jueces quienes deben adecuar los casos de expresión impropia, y hacerlo es el modo paradigmático de ejercer la jurisdicción. Respecto del problema epistémico, Atria no tiene ninguna respuesta, lo que provoca que su modelo de juez no pueda identificar los casos de expresión impropia cuando se le presentan. Esto lleva a que, en los hechos, la jurisdicción atriana no pueda no colapsar con su concepto de legislación. En el trabajo se propone, desde la perspectiva institucional, desglosar la idea de aplicabilidad de la ley en dos facetas, aplicabilidad formal y aplicabilidad institucional. Adicionalmente, en relación con el problema epistémico, se postula un criterio de identificación de la expresión impropia a partir de la violación de principios jurídicos.

Palabras clave: Aplicabilidad de la ley; expresión impropia de la ley; formalismo jurídico; jurisdicción; legislación.

#### RESUMO

O presente artigo pretende encontrar, a partir da análise conceitual do trabalho, qual é a solução que Fernando Atria dá em “A Forma do Direito” aos dois problemas colocados pela indevida expressão da lei. Em relação ao problema institucional, são os juízes que devem ajustar os casos de expressão imprópria, e fazê-lo é a maneira paradigmática de exercer jurisdição. Em relação ao problema epistêmico, Atria não tem resposta, o que faz com que seu modelo de juiz não possa identificar casos de expressão imprópria quando apresentados a ele. Isso leva ao fato de que, de fato, a jurisdição atriana não pode não colapsar com o conceito de legislação. No documento, propõe-se, a partir da perspectiva institucional, quebrar a idéia de aplicabilidade da lei em duas facetas, aplicabilidade formal e aplicabilidade institucional. Além disso, em relação ao problema epistêmico, é postulado um critério para a identificação de uma expressão imprópria com base na violação de princípios legais.

Palavras-chave: Aplicabilidade da lei; expressão imprópria da lei; formalismo legal ; jurisdição; legislação

#### ABSTRACT

This paper’s main objective is to find, by means of conceptual analysis of the book, what is the answer Fernando Atria gives in “La Forma del Derecho” to the two issues raised by the improper expression of the rules. Regarding the institutional issue, the judges are the ones who must adapt the improper expression cases. Doing so is the paradigmatic way of exercising the judicature. Concerning the epistemic issue, Atria has no solution, which makes his model of judge unable to identify improper expression cases when they arise. In fact, this makes atrian judicature unable to distinguish itself from legislation. This article proposes, in regard to the institutional issue, to divide the idea of law applicability in two: formal applicability and institutional applicability. Moreover, concerning the epistemic issue, it postulates an indentifying criterion of improper expression cases from the infringement of legal principles.

Keywords: Applicabilty of the law; improper expression of the rules; judicature; legal formalism; legislation.

## SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 LA EXPRESIÓN IMPROPIA DE LA LEY; 2 LA EXPRESIÓN IMPROPIA Y LA FORMA DEL DERECHO; 2.1 La cuestión institucional; 2.2 La cuestión epistémica; 3 REFLEXIONES FINALES; 3.1 La cuestión institucional: aplicabilidad formal y aplicabilidad institucional; 3.2 La cuestión epistémica: violación de los principios jurídicos; 4 CONCLUSIÓN; BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

“La forma del derecho” de Fernando Atria<sup>1</sup> es la clase de libros que Kafka tenía en mente cuando dijo, en su célebre carta a Pollack, que “sólo deberían leerse libros que a uno le muerdan y le puncen. Si el libro que leemos no nos despierta con un puñetazo en el cráneo, entonces ¿para qué lo leemos? [...] Un libro tiene que ser el hacha para el mar helado que llevamos dentro”<sup>2</sup>. “La forma del derecho” es, en buena medida, el hacha para el mar helado que llevamos dentro los juristas del siglo XXI. Su objetivo es el de brindar una reconstrucción teórica de las instituciones realmente existentes que brinde la posibilidad de hacerlas inteligibles.

En el marco de esta obra, el objetivo del presente estudio será el de encontrar cuál es la solución que da Fernando Atria, si es que da una solución, para el problema de la expresión impropia de la ley. Para ello, seguiremos tres etapas. Primero, analizaremos el concepto de expresión impropia a fin de entender de qué estamos hablando cuando nos referimos a ella. Segundo, nos ocuparemos de la reconstrucción del pensamiento del profesor chileno en lo referente al tema que nos ocupa. Posteriormente, intentaremos terminar este estudio con un (comienzo de) aporte para solucionar los problemas planteados por la expresión impropia de la ley.

Metodológicamente, se realiza el análisis conceptual de la obra mencionada desde la perspectiva de la teoría del Derecho y de la argumentación jurídica. Esta perspectiva procurará tener siempre en consideración la dimensión institucional del Derecho, es decir, la idea de que los conceptos jurídicos no son meras entidades teóricas, sino que operan en el marco de determinadas prácticas normativas establecidas y regladas que determinan el ámbito de actuación de los órganos estatales.

<sup>1</sup> ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial-Pons, 2016.

<sup>2</sup> KAFKA, Franz. *Carta a Oskar Pollack de 1904*. En KAFKA, Franz. *El proceso*. Buenos Aires: Gárgola, 2008, p. 9.

## 1 LA EXPRESIÓN IMPROPIA DE LA LEY

A los fines de poder encarar la tarea de reconstruir el pensamiento de Fernando Atria en lo referido a la solución de la expresión impropia de la ley, resulta necesario, previamente, dejar en claro de qué hablamos cuando empleamos este término para referirnos a un específico defecto de la legislación. En este apartado, pues, nos ocuparemos de esta cuestión preliminar.

En el capítulo 6 de dicha obra<sup>3</sup>, Atria explica el formalismo del derecho moderno, al que caracteriza como regido por la sujeción del juez a la ley como respuesta al problema de la arbitrariedad propia del derecho premoderno<sup>4</sup>, previo a la codificación y a la idea de que la ley es la voluntad del soberano. Ahora bien, era (es) posible que la ley tuviera defectos que generasen tensiones en la idea de sujeción del juez a ella. Para desarrollarlos, Atria recurre a las palabras de Savigny: “Los defectos de la ley pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresión indeterminada, no conteniendo [la ley] ningún pensamiento completo; segundo, expresión impropia, cuyo contenido está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley”<sup>5</sup>.

De esta forma, la expresión impropia consiste en el defecto que tiene la ley cuando resulta clara la solución en ella prevista, pero, debido a las circunstancias específicas del caso al que se la pretende aplicar, resulta inadecuada. La inadecuación se da en la medida en la que la aplicación de la solución deóntica al caso específico traiciona los fines de la ley, el pensamiento de la ley.

Aquí se trata de una ley que contiene una decisión clara y determinada, que sin embargo, es «defectuosa» solo porque el juez entiende que su expresión (su letra) está en conflicto con ella. Antes de identificar la impropiedad de la expresión, el juez necesitará haber determinado cuál es ese pensamiento de la

<sup>3</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 101-131

<sup>4</sup> Para Atria, el derecho en su comprensión premoderna se caracterizaba por ser una descripción de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas; en tanto tal, el derecho no era la regla, sino que esta era una descripción de aquel y, por lo tanto, susceptible de tener valor de verdad. Las reglas eran resúmenes de experiencias pasadas, acumulados de práctica jurídica a lo largo del tiempo que sólo podían conocerse a través de largo estudio y experiencia. Cuanto más antigua fuera una regla, más motivos existían para creer que ella era correcta. En este modelo, jueces y abogados constituyen una elite capaz de utilizar la excusa de la inadecuación de la regla con el Derecho (como las reglas eran descriptivas y no prescriptivas, era posible que ellas tuvieran valor de verdad) para proteger sus “oscuros y siniestros” intereses. Cabe destacar que esta arbitrariedad no era perceptible para los operadores del sistema, para ellos el derecho era la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas. Sólo desde una perspectiva moderna, que entienda al derecho como voluntad del soberano y no como razón natural, el derecho premoderno resulta arbitrario. Ver ATRIA, Fernando. *Op. cit.*, p. 56-63.

<sup>5</sup> VON SAVIGNY, Friedrich K. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora y compañía editores, 1878, p. 155; citado en ATRIA, Fernando, *op. cit.*, p. 115

ley, porque sólo a la luz de este podrá ella juzgarse defectuosa. La identificación del defecto no es neutral [...] respecto de la solución.<sup>6</sup>

Justamente porque antes de juzgar como impropia a la expresión de la ley el juez deberá haber identificado cuál era su verdadero pensamiento, la identificación de este problema implica adelantar la opinión en relación con su solución (adecuación). Por este motivo, Savigny entendía que la expresión impropia era mucho más problemática que la expresión indeterminada, porque a los fines de adecuar la expresión impropia, el juez corría el riesgo de convertirse no en juez del caso, sino en juez de la ley. En los casos de expresión impropia, no siempre es claro “si el pensamiento que resulta de nuestra interpretación es realmente el pensamiento del legislador o el que hubiera debido tener, en cuyo último caso la interpretación corregiría, no la [expresión], sino el pensamiento mismo”<sup>7</sup>.

Más adelante, al desarrollar sus ideas en torno a qué es aplicar la ley, Atria regresa a este defecto y lo desarrolla con más detalle. Entendiendo que una norma es la correlación entre un caso genérico que reviste un conjunto de propiedades consideradas como relevantes por el legislador con una solución normativa, sostiene que en la expresión impropia:

el problema no está en la ley sino en el caso: lo que en rigor debemos decir es que la expresión de la ley, aplicada al caso, lo soluciona inadecuadamente, y lo soluciona inadecuadamente no porque la ley sea defectuosa, sino porque el caso es especial y respecto de él la expresión es impropia. La expresión de la ley no es impropia en abstracto: es impropia (= inapropiada) ante los hechos del caso.<sup>8</sup>

Dicho de otra forma, en general, cuando el juez aplica la ley, verifica que en el caso sometido a su conocimiento se presentan las propiedades relevantes tenidas en cuenta por el legislador a la hora de legislar y aplica la solución normativa por él elegida. Sin embargo, en el tipo de casos que ahora nos ocupa existen propiedades específicas que **no** fueron tomadas en cuenta por el legislador al momento de dictar la ley. Esas propiedades adicionales, que en el caso son valorativamente importantes pero que no fueron consideradas por el legislador, son las que vuelven inadecuada la solución normativa<sup>9</sup>.

En nuestra opinión, la expresión impropia plantea dos problemas. Uno de tipo institucional: ¿qué órgano estatal está legitimado para detectar este defecto y solucionarlo? Y

<sup>6</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.*, p. 117

<sup>7</sup> VON SAVIGNY, Friedrich K. *Op. cit.* p. 162; citado en ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 118.

<sup>8</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 211. La bastardilla es del original.

<sup>9</sup> En una terminología que quizá resulte más familiar, este concepto coincide en buena medida con lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes” en las que se manifiesta el carácter sobre o subincluyente de la regla. SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial-Pons, 2004, p. 98.

uno de tipo epistémico: ¿cómo se puede conocer si las propiedades del caso específico fueron o no tenidas en cuenta por el legislador? Porque es posible que el legislador las haya considerado y de todas formas decidido que ellas no eran relevantes.

Puede ser útil recurrir a un ejemplo para comprender cabalmente estos dos problemas. El famoso caso de la Corte de Apelaciones de New York, *Riggs vs. Palmer*<sup>10</sup>, citado por Dworkin<sup>11</sup> es, en nuestra opinión, un caso de expresión impropia de la ley<sup>12</sup>. En él, la Corte de New York tuvo que decidir sobre la validez de un testamento mediante el cual el causante había instituido como heredero al nieto que, con posterioridad, lo mató para poder quedarse con las propiedades que componían la masa de la sucesión. La Corte sostuvo que, si bien era cierto que el nieto debía heredar de conformidad con el derecho vigente en ese momento, también era cierto que existía en el common law una máxima fundamental que disponía que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” y que, en el caso citado, resultaba violada si se aplicaba el tenor literal de las reglas vigentes. La Corte terminó negando validez al testamento y rechazando el pedido del nieto de heredar la propiedad de su abuelo. Lo primero en que se debe reparar es en que la regla aplicable al caso no era, en abstracto, ni injusta ni irrazonable. Lo segundo, como la

<sup>10</sup> ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelaciones de New York. **Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants, v Elmer E. Palmer et al., Respondents**. Fallo del 08 de octubre de 1889. Disponible en: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm) . Consultado en: 24 ene. 2018

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. The model of rules (I). En DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>12</sup> Otros autores, como Ruiz Manero, creen que *Riggs vs. Palmer* es un caso de lo que Alchourrón y Bulygin denominan laguna axiológica (ALCHOURRÓN, Carlos E. – BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 158 y ss: “[en las lagunas axiológicas, la solución normativa] es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tenido en cuenta. [...] [S]e piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica”). Por mi parte, no me parece del todo claro que expresión impropia de la ley y laguna axiológica sean términos intercambiables. Especialmente, teniendo en consideración el “caso típico” de laguna axiológica que dan Alchourrón y Bulygin: “Supongamos que se decidiera considerar los contratos celebrados por teléfono como contratos entre ausentes. En tal caso, sería razonable hacer una distinción entre dos formas de contratos entre ausentes –contratos celebrados por correo y contratos celebrados por teléfono–, a fin de tratarlos en forma diferente. Puesto que en los contratos telefónicos la oferta y su aceptación son simultáneas, parece mucho más razonable aplicar a este modo de celebrar contratos las reglas que regulan los contratos entre presentes”. Dado que en la idea de expresión impropia la regla en cuestión es, en abstracto, justa o razonable o sensata, mientras que en la de laguna axiológica (al menos en el “caso típico” citado) la regla en cuestión parece que es, en abstracto, inadecuada por omitir una distinción que debería haber considerado, mi impresión es que no son términos equivalentes. Adicionalmente, la objeción a la regla, en la expresión impropia, sólo se da en concreto; la objeción en la laguna axiológica puede darse también en abstracto. Adicionalmente, la laguna axiológica puede ser detectada por cualquier intérprete, mientras que la expresión impropia sólo se presenta ante un intérprete institucionalmente situado: el juez. Véase RUIZ MANERO, Juan. Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En ATRIA, Fernando – BULYGIN, Eugenio, et. al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 103-126.

propia Corte reconoció, es notar que en el caso eran verdaderas las propiedades relevantes que caracterizaban al caso genérico, de modo que era aplicable a él la solución normativa consistente en reconocer vocación hereditaria al heredero testamentario. Finalmente, cabe considerar que, a pesar de esto, en el caso había una propiedad valorativamente importante –la circunstancia de que el heredero testamentario hubiera matado al causante para heredar– que hacía que aplicar la solución normativa genérica resolviera el caso de forma inadecuada, esta inadecuación se manifestaba toda vez que resolverlo de este modo implicaba violar el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio dolo.

Aquí aparecen con cierta claridad los dos problemas ya aludidos. Por un lado, el problema que hemos llamado institucional preguntará: ¿estaba la Corte legitimada para identificar la impropiedad de la expresión en el caso y adecuarla? Bien podría decirse que lo que la Corte de hecho hizo fue introducir en el caso una excepción no prevista por la regla, modificándola. Es decir, da la impresión de que la Corte ejerció potestad legislativa en lugar de jurisdiccional. Por otro, el problema epistémico preguntará: ¿cómo se ha podido identificar con algún grado de certeza que en el caso había involucrados intereses que no fueron ponderados por el legislador? Ambos problemas son lógicamente independientes en el sentido en el que una respuesta a uno de ellos no compromete necesariamente con una respuesta al otro; pero están relacionados en forma práctica en tanto que si no se cuenta con un criterio más o menos robusto para identificar los casos de expresión impropia, el órgano institucionalmente legitimado para lidiar con ellos (ya una Corte, ya un Parlamento) tendrá total discrecionalidad en su tarea, es decir, no habrá ningún parámetro desde el cual juzgar como correcta o incorrecta su actuación.

Como hemos dicho al inicio, el objetivo que orienta este estudio es determinar si Atria da alguna respuesta a estas preguntas en La Forma del Derecho y, en su caso, cuál. De esto nos ocuparemos en el apartado siguiente.

## 2 LA EXPRESIÓN IMPROPIA Y LA FORMA DEL DERECHO

### 2.1 La cuestión institucional

A la hora de esbozar un modo de solucionar esta cuestión, Atria no lo hace en forma obvia. Como la expresión impropia surge en concreto, y dado que son los jueces quienes, de conformidad con nuestro diseño institucional, se enfrentan a la aplicación concreta de la ley, parece sensato empezar nuestra búsqueda por el modo en el que Atria caracteriza la actividad

jurisdiccional. Puntualmente, su comprensión de lo que significa “aplicar” la ley como tarea paradigmáticamente judicial.

### 2.1.1. Aplicación mecánica de la ley

En la segunda parte de “La forma del derecho”, Atria se propone realizar una reconstrucción teórica de las instituciones realmente existentes, tomando en cuenta una perspectiva que no sea conceptual sino institucional. Al hacerlo, nota el específico modo en el que está estructurado el poder judicial y la forma en la que sus decisiones están legitimadas *materialmente*, es decir, el modo en el que se puede entender que la decisión judicial, en cuanto a su *contenido*, cuenta como una decisión del pueblo, como ejercicio del poder del Estado por el pueblo<sup>13</sup>. A este modo de legitimación de las estructuras estatales, Atria, citando nuevamente a Böckenförde, añade el de legitimación orgánico-personal que “consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse al pueblo”<sup>14</sup>.

Ahora bien, la idea de juez “autómata”, característica del positivismo clásico del siglo XIX<sup>15</sup>, entiende que él es un ser inanimado que meramente se limita a verificar que en los casos sometidos a su conocimiento se dan las propiedades relevantes identificadas por el legislador, para luego aplicarle la solución normativa prevista en la ley<sup>16</sup>. En palabras de Atria, en la aplicación mecánica de la ley:

El juez es un «autómata», un ser inanimado que no puede modificar ni el rigor ni el alcance de la ley y debe limitarse a ser la boca de esta, si la función judicial es entendida de modo que la idea de sujeción a la ley se agota en la declaración de que determinado caso específico es una instancia de un caso genérico, porque

<sup>13</sup> Atria toma el concepto de legitimación material de BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. En BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 1991., p. 62. Puntualmente, dice Böckenförde: “La forma material o de contenido de la legitimación democrática tiene por objeto asegurar que, por lo que se refiere a su contenido, el ejercicio del poder del Estado deriva del pueblo o se concilia con la voluntad del pueblo, y que de esta forma se garantiza el ejercicio del poder del Estado por el pueblo”.

<sup>14</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Op. cit.** p. 58. Atria nos informa que: “[e]sta es la forma más obvia, por así decirlo, de legitimación democrática: si se trata de reconducir al pueblo toda decisión de ejercicio de potestades públicas, la primera condición es que las personas que detentan las potestades respectivas lo hagan por decisión del pueblo”. ATRIA, Fernando. **Op. cit.** p. 171.

<sup>15</sup> Es ilustrativa la caracterización canónica de la sujeción del juez a la ley formulada por Montesquieu: “Podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo perspicaz y ciega, fuese en algún caso demasiado severa. Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”. MONTESQUIEU, Charles. **Del espíritu de las leyes**. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1906, p. 237 (L. XI, §6). Atria propone una nueva forma de interpretar esta frase en ATRIA, Fernando. **Op. cit.** p. 111-115.

<sup>16</sup> Este sería, pues, el criterio de legitimación material de la jurisdicción para el modelo de juez autómata.

las propiedades que definen al segundo son verdaderas del primero, por lo que la correlación entre caso genérico y solución genérica contenida en la ley debe ser replicada correlacionando del mismo modo el caso específico y la respectiva solución específica.<sup>17</sup>

Como hemos visto en el primer apartado, la ley puede tener el defecto de incompletitud o, en los ya citados términos de Savigny, adolecer de expresión *indeterminada*. En este tipo de casos no es posible decir que los jueces aplican *mecánicamente* la ley; y no es posible hacerlo porque el caso genérico (o la solución genérica prevista en ella) se encuentra abierto. Esto significa que el juez deberá, previo a aplicar, completar la indeterminación legal; es decir, hasta tanto él no complete la indeterminación no habrá regla legal que aplicar. Para Savigny, este defecto no era problemático porque no había riesgo de que el juez sustituyera la voluntad del legislador con la suya<sup>18</sup>. La indeterminación de la ley llevó a desechar la noción del juez como aplicador mecánico porque mostró que no era una buena reconstrucción de la tarea judicial: había casos en los que los jueces debían “legislar”, es decir, completar la actividad legislativa defectuosa, incompleta, como paso previo a aplicar la ley<sup>19</sup>. Ahora bien, si aplicar mecánicamente la ley no es aplicar la ley<sup>20</sup>, entonces ¿en qué consiste aplicar la ley?

### 2.1.2 . Aplicación de la ley

Sobre este punto, Atria parte de dos premisas<sup>21</sup>: a) que el legislador se pronuncia sobre casos genéricos; b) que el sentido institucional de la ley es que constituye una declaración de la voluntad del soberano (del Pueblo, de Nosotros) que toma en cuenta los intereses de todos, es decir, que va en el interés de todos. El diseño institucional en el que se desempeña el legislador es uno que hace probable que sus decisiones vayan en el interés de todos. Por esto, él soluciona

<sup>17</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 204. Es necesario tener en cuenta que aquí Atria no está diciendo que esto sea de hecho lo que los jueces hacen *qua* jueces, ni que sea correcto que lo hagan. Simplemente está caracterizando qué es, para él, aplicar *mecánicamente* la ley.

<sup>18</sup> “Estas dos especies de defectos [expresión indeterminada y expresión impropia] no exigen el remedio de una manera igualmente imperiosa: la primera, debe en todo caso ser corregida y no ofrece peligro alguno” VON SAVIGNY, Friedrich K. *Op. cit.* p. 155.

<sup>19</sup> El problema de indeterminación de la expresión legislativa fue el foco central de la discusión positivista del siglo XX. Por ejemplo, ver HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 155-192. Para un análisis de la discusión, puede consultarse ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 118-124.

<sup>20</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 206. Nosotros no compartimos esta afirmación de forma tan categórica como la formula Atria por motivos que explicaremos más adelante. Sin embargo, dado que aquí lo que nos interesa es reconstruir su pensamiento, realizamos esta afirmación en el texto principal.

<sup>21</sup> *Ibid.* Dado que enfocarse en la legitimidad material de la ley no es el propósito de este estudio, simplemente enunciaremos las premisas sin detenernos ni en su justificación ni en su evaluación.

genéricamente casos genéricos<sup>22</sup>. El problema es que la estructura del órgano legislativo sólo hace probable que sus decisiones vayan en el interés de todos, de modo que siempre existe la posibilidad de que una ley sea el resultado del triunfo de intereses facciosos dentro del Parlamento.

Ahora bien, de las dos premisas antes citadas Atria sigue que el criterio de validez *material*<sup>23</sup> de una norma genérica es que ella vaya en el interés de todos, esto supone, para él, que los intereses de los afectados por la norma hayan sido tomados en consideración y ponderados por el legislador. Como la norma refleja el resultado de dicha ponderación, al decidir un caso de conformidad con ella no es necesario ponderar de nuevo esos intereses. En palabras de Atria, el juez:

tiene la función de correlacionar el caso específico sometido a su conocimiento con una solución específica [...]. Pero como lo que el juez debe hacer es decidir el caso conforme a la ley, en principio la decisión judicial asume sin discutir la correlación genérica contenida en la ley. [...] La norma abstracta es justificada, ante el juez, porque ella reúne determinadas condiciones de validez institucionalmente caracterizadas.<sup>24</sup>

En los casos de expresión impropia, aparece la dificultad de este criterio de validez institucional: si el hecho de que los intereses de los afectados fueron ponderados es lo que le da validez a la norma, entonces la validez en concreto se halla sujeta a que los intereses del caso individual al que se pretende aplicar la norma se encuentren entre los considerados y ponderados por el legislador. Como en los casos de expresión impropia aparecen como valorativamente relevantes propiedades o intereses que no fueron considerados ni ponderados, hallamos en ellos el límite de la *justificación* de la norma.

A esta altura, advierte Atria, resulta necesario fracturar el criterio de validez ya nombrado en dos:

[U]no que controla la justificación (validez) de normas y otro que controla su aplicación. El primero entiende la idea de imparcialidad [...] en un sentido universal y recíproco («¿han sido tomados igualmente en cuenta los intereses de todos los afectados por la norma?»), mientras el otro entiende la imparcialidad en un sentido aplicativo («¿es la norma de cuya aplicación se trata una que al ser

<sup>22</sup> Como el legislador soluciona casos genéricos, se hace probable que sus decisiones sean decisiones que van en el interés de todos, es decir, que no sean decisiones que avancen sus propios intereses individuales. Para una crítica a la idea atriana de que las estructuras “hacen probables” funciones, ver ARRIAGADA, María Beatriz. Tres problemas de Atria sobre los conceptos jurídicos ilustrados en el concepto de derecho subjetivo, inédito.

<sup>23</sup> Es decir, su legitimación en cuanto a su contenido.

<sup>24</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 219.

aplicada al caso trata imparcialmente los intereses de todos los involucrados en él?»<sup>25</sup>.

Para él, esta distinción entre justificación y aplicación es la que permite diferenciar institucionalmente entre legislación y jurisdicción, y muestra que la figura del juez como «mero» aplicador es defectuosa porque no entiende lo que es aplicar la ley. Esta distinción es central para entender la posición de Atria en relación con la expresión impropia, por lo que conviene citarlo *in extenso*:

Todos estos casos [de expresión impropia] tienen una forma común: se trata de casos en los que la objeción no es que la ley es, en abstracto, injusta, sino que el caso en cuestión no es un caso al cual la ley deba ser aplicada. [...] [L]a objeción no es que el legislador decidió incorrectamente (injustamente, irracionalmente) que el caso genérico debía ser correlacionado con una solución genérica. La objeción es que, aun cuando esa decisión sea aceptada, y aun cuando el caso específico se caracteriza por las propiedades que caracterizan al caso genérico, propiedades adicionales del caso específico implican que este no debe ser tratado como una instancia del caso genérico, porque esas propiedades adicionales implican que en el caso están envueltos intereses que no fueron ponderados al decidir sobre la norma abstracta.<sup>26</sup>

Aquí comienza a aparecer repetidamente la idea de que la ley no es aplicable a los casos de expresión impropia. Es necesario enfatizar esto porque es la distinción entre injusticia en abstracto (invalidez) e injusticia en concreto (inaplicabilidad) lo que permite entender el pensamiento de Atria. Dado que los casos que nos ocupan se desenvuelven en el segundo nivel y como la regla que pretende aplicarse a ellos no es, en abstracto, injusta o irrazonable, no puede entenderse a la expresión impropia como un ejercicio deficitario de la actividad legislativa. El propio autor remarca que esto es de fundamental importancia:

[S]i no podemos decir que la impropiedad de (la aplicación de la) ley es consecuencia de un ejercicio deficitario o incompleto de la potestad legislativa, entonces el que corrige la expresión impropia de la ley no está haciendo lo que el legislador no ha hecho debiendo haber hecho. [...] Pero si no es potestad legislativa, ¿qué potestad se ejerce cuando se corrige la expresión impropia de la ley? [...] [E]s la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional.<sup>27</sup>

Es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional porque, como hemos dicho, para Atria los jueces adjudican conflictos aplicando reglas cuya validez ellos no deben revisar puesto que ellas satisfacen el criterio de justificación institucional (= imparcialidad en sentido universal y recíproco). No obstante, para aplicar una ley, los jueces deben, previamente, verificar que ella es aplicable al caso sometido a su conocimiento. El

<sup>25</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 208.

<sup>26</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 210. El agregado y las bastardillas son nuestras.

<sup>27</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 212. El resaltado es nuestro.

criterio de aplicabilidad (= imparcialidad en sentido aplicativo) consiste en que los intereses involucrados en el caso individual sean aquellos ponderados y considerados por el legislador. Por lo tanto, que los jueces verifiquen el cumplimiento de este criterio en el caso es lo que ellos deben hacer *qua* jueces; en esto consiste aplicar la ley, y ello explica buena parte de las características de la estructura del poder judicial (i.e. que los jueces deban ser abogados, estar familiarizados con las reglas procesales que rigen la prueba, tener determinados años de ejercicio de la profesión, etc): es decir, la estructura es tal que hace probable que los jueces puedan corroborar el cumplimiento del criterio de aplicabilidad, que más adelante llamaremos institucional, que puedan tomar contacto directo con el caso y estén en buenas condiciones para evaluarlo. Una vez que se verifica su cumplimiento, al juez le toca la (relativamente) sencilla tarea de decidir autoritativamente que cierto estado institucional es debido, esto es, determinará que se debe realizar la solución deóntica de la norma.

Así queda finalmente, para Atria, caracterizada la jurisdicción en sentido moderno<sup>28</sup>. En este punto, surge una pregunta práctica de suma importancia: ¿en qué consiste adecuar la expresión impropia como tarea “paradigmáticamente” jurisdiccional? Dicho de otro modo, ¿qué debe hacer un juez con el caso sometido a su conocimiento tras haber identificado que, respecto de él, es impropio aplicar la expresión de la ley? Debe destacarse que esta pregunta está dando por supuesto que hay una forma de sortear lo que llamamos el problema epistémico de la expresión impropia, tema que todavía no se ha abordado en este trabajo. Por lo demás, Atria no responde expresamente a esta pregunta. No obstante, para él, en los casos de expresión impropia no hay regla aplicable, lo cual suena, de manera muy llamativa, a la noción clásica de laguna del derecho. En este sentido, hay una laguna del derecho “cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”<sup>29</sup>. Podría repetirse la pregunta en otros términos: ¿qué debe hacer un juez frente a un caso respecto del cual no hay en el sistema normativo ninguna regla aplicable? Extrañamente, no hay ninguna respuesta en *La forma del derecho*, a pesar de que el propio autor reconoce la enorme importancia que tiene la adecuación de expresión impropia para deslindar jurisdicción de legislación. No obstante, en otro trabajo Atria da una respuesta: el juez debe rechazar la demanda fundada en la ley cuya expresión,

<sup>28</sup> Las reglas en las que consiste el Derecho Moderno serían, para Atria, lo que MacCormick denomina reglas de aplicación estricta: “Una regla es de aplicación estricta si ha de ser entendida y aplicada sobre la base de que pueden darse ocasionalmente circunstancias relacionadas con los valores que ella protege de una manera tal que esos valores se verían considerablemente afectados si se invocara CN [Consecuencia Normativa] sólo por la presencia de HO (Hechos Operativos)”. MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 46.

<sup>29</sup> NINO, Carlos S. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2014, p. 281. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

aplicada al caso, resulta impropia: “¿Qué hará una jueza frente a este caso? Probablemente dirá que no hay ninguna regla aplicable y que, por lo tanto, debe rechazar la demanda”<sup>30</sup>.

Se volverá sobre esta posición más adelante. Por el momento, aparece con fuerza la necesidad de contar con algún criterio para identificar los casos de expresión impropia, es decir, una solución al problema que hemos denominado epistémico. En el siguiente apartado, pues, veremos qué dice Atria sobre este tema específico.

## 2.2. La cuestión epistémica

Al finalizar el apartado anterior hicimos énfasis en que haber hallado la respuesta que da Atria a la cuestión institucional nos deja con la necesidad, acuciante por cierto, de contar con una respuesta a la cuestión epistémica. Ella, recordemos, puede ser formulada del siguiente modo: ¿cómo se puede conocer si las propiedades adicionales y valorativamente relevantes que presenta el caso específico fueron consideradas por el legislador? Dijimos, en su momento, que existía la posibilidad de que dichas propiedades hubieran sido tenido en cuentas por el legislador y, a pesar de esto (o quizá, justamente por esto), él haya decidido que no eran, de todas formas, relevantes. De modo que poder contar con algún criterio, accesible a los jueces, para poder saber si el caso que a ellos se presenta es o no uno en el que la expresión de la ley resulta impropia es un asunto urgente.

No es necesario demorar la respuesta: en *La forma del derecho* no hay ningún criterio de este tipo. Esta omisión es sumamente grave, porque para el propio autor la expresión impropia de la ley y la capacidad de los jueces para adecuarla, en donde adecuarla significa

<sup>30</sup> ATRIA, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 78: “What will the judge do? She will probably say that there is no existing rule, so that she must dismiss the suit”. Cabe aclarar que Atria se refiere, en este punto, al caso ficticio de la pareja escocesa en el que el marido quiere ir de vacaciones a un lugar y la mujer, a otro. Como no se ponen de acuerdo, recurren a un juez para resolver su conflicto; y dado que, por hipótesis, no hay en el derecho escocés ninguna regla aplicable, Atria sostiene que la jueza debería rechazar la demanda de cualquier cónyuge que solicite de ella una decisión judicial sobre ese conflicto. A pesar de que el caso de la pareja escocesa parezca distinto a los de expresión impropia, puesto que Atria no distingue, como haremos nosotros, entre aplicabilidad formal y aplicabilidad institucional, colapsa ambos casos en lo mismo. Esta tesis (que en casos de lagunas los jueces deben rechazar la demanda) es ampliamente discutida en ATRIA, Fernando – BULYGIN, Eugenio, et. al. *Op. cit.* En *La Forma del Derecho* sólo se hace referencia a esta idea en una nota a pie de página en la que discute ideas vertidas por Jorge Rodríguez sobre lo que un juez debería hacer con el caso creado por Fuller de un hombre de negocios que se duerme en una terminal de trenes mientras espera que pase un tren de madrugada para regresar a su casa. En dicho caso, por hipótesis, hay una regla que impone una sanción a quien duerma en la estación. Para Atria, en dicho supuesto, “la mejor manera de entender este problema es decir que la regla no es aplicable al caso, por lo que el juez, sin discutir ni negar la validez o la justicia de la regla, debe negarse a sancionar al pasajero”. ATRIA, Fernando. *Op.cit.* p. 38 y 39.

rechazar la demanda fundada en ella, es el ejercicio paradigmático de la jurisdicción; adicionalmente, es lo que permite trazar el límite entre jurisdicción y legislación.

Atria es especialmente sensible a la urgencia de este asunto y nadie mejor que él para explicarla con claridad. Para el profesor chileno, el legislador *justifica* normas y el juez *aplica* normas en el sentido ya desarrollado en el apartado anterior. Por eso es posible decir que lo que el juez hace cuando adecua un caso de expresión impropia no es crear una norma inexistente en el sistema hasta ese momento sino adecuar la aplicación al caso de una norma ya existente, al menos ese es su argumento. Entender que esto es *crear* una norma colapsa, pues, la distinción entre aplicación y justificación, entre jurisdicción y legislación, oscureciendo así una diferencia de suma importancia:

La diferencia entre el juez que adecua la aplicación al caso particular de una norma cuya validez no discute y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto. La diferencia entre estas posiciones es importante porque sólo si las distinguimos es posible dar plausibilidad a la idea de fidelidad a la ley. *Si colapsamos ambas posiciones, entonces la fidelidad a la ley sólo puede ser formalismo absurdo.*<sup>31</sup>

En este sentido, es mucho lo que depende para Atria de la distinción entre aplicación y justificación de normas. Si no se realiza el deslinde, la noción de “fidelidad a la ley sólo puede ser formalismo absurdo”. No tener un criterio teórico que, al menos, haga probable la correcta identificación judicial de los casos de expresión impropia lleva a que, en la práctica, los jueces no puedan identificar estos casos, lo que a su vez lleva a no poder distinguir entre el juez que adecua la expresión impropia del juez que se erige en juez del legislador y objeta la validez de una norma porque no está de acuerdo con ella. Llegado a este punto, el juez atriano, que es consciente de la gravedad del problema pero que no es capaz ni siquiera de identificarlo cuando se le presenta, no puede no caer en el formalismo absurdo; él no puede no colapsar la diferencia entre legislación y jurisdicción.

### 3 REFLEXIONES FINALES

Hemos caracterizado a lo que Savigny llamaba “expresión impropia de la ley” y hemos desarrollado las ideas que respecto de ella defiende Fernando Atria. En este sentido, es posible decir que ya hemos alcanzado el objetivo propuesto en este trabajo. En este último apartado se propondrán algunas precisiones en relación con lo que hemos denominado la cuestión institucional: la distinción entre aplicabilidad formal y aplicabilidad institucionalidad

<sup>31</sup> ATRIA, Fernando, Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo, en ATRIA, Fernando – BULYGIN, Eugenio, et. al. *Op. cit.* La bastardilla es nuestra.

que deben considerar los jueces al momento de adjudicar. En relación con la cuestión epistémica, propondremos un criterio cuya verificación en el caso específico indica al juez que es posible que esté frente a un caso de expresión impropia.

### 3.1 La cuestión institucional: aplicabilidad formal y aplicabilidad institucional

Se ha explicado que la distinción entre aplicación y justificación de normas es lo que permite diferenciar entre jurisdicción y legislación. Para Atria, el criterio de aplicación que debe cumplir una norma para ser aplicable a un caso es que los intereses que en ese caso individual están presentes sean los que el legislador tuvo en cuenta al momento de realizar la ponderación y dictar la ley. En los casos de expresión impropia, notamos que Atria se acerca mucho a la noción clásica de laguna del derecho porque afirma que no hay norma aplicable al caso en cuestión, lo que resulta por demás interesante. Él no profundiza en esto, de modo que nosotros sí lo haremos en este apartado.

En algún sentido, las ideas de *laguna del derecho* y de *aplicabilidad de la norma* son como anverso y reverso de la misma moneda: si respecto de un caso individual no hay norma aplicable, habrá una laguna del derecho; correlativamente, si respecto del caso individual hay una norma aplicable, no habrá una laguna del derecho. La pregunta que, a nuestro juicio, surge de esta aproximación y que resulta interesante, es ¿qué tipo de laguna aparece frente a un caso de expresión impropia de la ley? No deja de ser curioso que Atria dé la misma solución para todos los casos de laguna: frente a ellos, los jueces deben rechazar la demanda. Incluso aunque no parezca que el caso de la pareja escocesa y el de Palmer vs. Riggs tengan mucho en común.

Una forma de encarar la pregunta sobre qué tipo de laguna surge en los casos de expresión impropia puede ser preguntándose qué tipo de aplicabilidad es la que está ausente en ellos. Atria maneja un solo concepto de aplicabilidad, al que ya hemos hecho referencia, pero en nuestra opinión debería distinguirse entre dos criterios, uno formal y otro institucional, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para poder decir de una norma que es *aplicable* a un caso individual.

Por un lado, aplicabilidad formal es aquella que se verifica cuando un caso individual es una instancia de un caso genérico porque en aquel están presentes las propiedades que definen a este. Este criterio es formal puesto que puede ser identificado desde la forma, es decir, desde la propia estructura del sistema normativo de que se trate; en este sentido, es *interno* al sistema. El juez automático sólo era sensible a este criterio de aplicabilidad, por eso él no podía percibir los casos de expresión impropia. Atria, que detecta el problema, desecha por eso este criterio de aplicabilidad, lo que, a su vez, explica su afirmación de que quien aplica

mecánicamente la ley no aplica la ley, “no porque a veces la ley no sea mecánicamente aplicable, sino porque *no entiende lo que es aplicar la ley*”<sup>32</sup>. En nuestra opinión, descartar totalmente este criterio es un error; si bien no puede decirse que la aplicación de la ley sea siempre mecánica, no puede tampoco decirse que ella nunca lo sea. De hecho, la aplicación mecánica describe adecuadamente los casos jurisdiccionales más comunes. Los de expresión impropia son, en este sentido, casos periféricos o de excepción.

Aplicabilidad institucional, complementariamente, es aquella que se verifica cuando los intereses involucrados en un caso específico son los intereses que el legislador consideró y ponderó al dictar la norma que correlaciona el caso genérico, del cual aquel es una instancia en el sentido ya explicado, con una solución normativa. Este criterio, a diferencia del primero, no puede ser formalmente detectado y es, por tanto, *externo* al sistema normativo en cuestión. El criterio es institucional en tanto que sólo puede ser asido si se entiende al derecho como un sistema institucional, es decir, como un sistema normativo organizado bajo un tipo específico de autoridad, la estatal, con potestad para decidir de forma autoritativa y final qué consecuencia es debida frente a determinados hechos en determinadas circunstancias<sup>33</sup>; en otros términos, es institucional porque este criterio permite distinguir entre aplicación y justificación de normas como tareas desempeñadas por dos órganos estatales distintos, el poder judicial y el poder legislativo. Por eso, Atria sostiene que el problema que plantea la expresión impropia, que ya había sido percibido por Savigny, es que “la diferencia entre corregir la expresión o corregir el pensamiento (la ley) es una diferencia puramente sustantiva, que no puede ser formalmente asida”<sup>34</sup>. El problema del juez atriano es que, del mismo modo que el juez autómatas sólo percibía el criterio de aplicabilidad formal, él sólo será sensible al criterio institucional de aplicabilidad, por lo que este modelo no puede explicar por qué hay casos en los que los jueces aplican mecánicamente (y correctamente) la ley.

En estos términos podemos explicar los casos de expresión impropia de la ley: en ellos hay una norma que satisface el criterio formal de aplicabilidad pero que no satisface el criterio institucional. Como la aplicabilidad depende, según hemos dicho, de la conjunción de ambos criterios, la conclusión que se sigue es que no hay, respecto del caso, norma aplicable. Pero esto no puede ser detectado por la forma, es decir, por la estructura del sistema

<sup>32</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 209. La bastardilla es del original.

<sup>33</sup> Estas circunstancias serán determinadas por el derecho procesal, que especifica cómo y bajo qué condiciones puede ejercerse legítimamente la jurisdicción. Sobre el derecho como orden institucional puede consultarse MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* p. 39-58.

<sup>34</sup> ATRIA, Fernando. *Op. cit.* p. 212. Esto hace notoria la relación entre la cuestión epistémica y la cuestión institucional.

normativo: para ella, el caso es un caso solucionado por la norma que correlaciona el caso genérico, del cual el caso individual es una instancia, con una solución deóntica.

Entonces, en respuesta a la pregunta planteada al inicio de este apartado, la laguna que aparece en los casos de expresión impropia de la ley es una laguna que llamaremos institucional. Frente a ella, sostenemos con Atria, el juez deberá rechazar la pretensión cuyo fundamento normativo sea la ley formalmente aplicable<sup>35</sup>.

Antes de terminar este apartado, diremos algo más sobre la relación existente entre estos dos criterios o sentidos de aplicabilidad. Ya señalamos que ambos deben cumplirse para que un juez pueda aplicar una norma a un caso específico. De este modo, el criterio formal es el primero al que atenderá el juez y, en la mayoría de los casos, verificar su cumplimiento será suficiente para que él dé por sentado el cumplimiento del criterio institucional. Frente a un caso, digamos, de desalojo por vencimiento del contrato de locación en el cual el inquilino no ha restituido el inmueble tras haber fenecido el plazo, el juez no se preguntará si los intereses allí presentes han sido igualmente considerados y tenidos en cuenta por el legislador al decidir este que el inquilino debe desocupar el inmueble. Simplemente verificará que se han cumplido los hechos operativos del art. 1223, primer párrafo, del Código Civil y Comercial<sup>36</sup> (extinción de la locación y no restitución del inmueble) y aplicará al caso la consecuencia normativa (obligatorio restituir el inmueble). Ahora bien, hay casos en los que el juez no puede presumir del cumplimiento del criterio formal el cumplimiento del criterio institucional, estos son los casos de expresión impropia. Esta afirmación, a su vez, nos obliga a decir algo sobre la cuestión epistémica, de modo que eso será lo que haremos en el apartado siguiente.

### 3.2 La cuestión epistémica: violación de los principios jurídicos

Terminaremos este trabajo proponiendo una posible solución a la cuestión epistémica sin pretensión de que ella resulte exhaustiva. Que, de aplicarse al caso que conoce el

<sup>35</sup> Nos parece demasiado vaga la solución que da Atria de “rechazar la demanda”: ¿qué pasa si la ley de expresión impropia es invocada por el demandado? Nuestra versión es más precisa en términos procesales y también en relación con nuestros criterios de aplicabilidad. En otro orden de ideas, hemos señalado que él da idéntica respuesta para los casos de lagunas normativas en el sentido de Alchourrón y Bulygin; por nuestra parte, no estamos tan seguros de que esto sea lo que los jueces deben hacer frente a ese tipo de lagunas. Sin embargo, como se trata de dos tipos de lagunas distintos, podemos mantener la posición del texto principal frente a uno de ellos sin comprometernos necesariamente con una respuesta frente al otro.

<sup>36</sup> “Art. 1223: Desalojo. Al extinguirse la locación debe restituirse la tenencia de la cosa locada”. ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación. Ley n° 26.994**. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#22> Consultado en: 24 ene. 2018.

juez, la norma formalmente aplicable lleve a violar un principio jurídico sin una buena razón es un indicador para el magistrado de que la aplicabilidad institucional no puede presumirse. En consecuencia, deberá plantearse la pregunta que ella supone, es decir, si los intereses involucrados en ese caso han sido considerados por el legislador o no. Esto, valiéndonos de la terminología atriana, sólo hará probable la identificación no-arbitraria de la impropiedad de la expresión. A pesar (o quizá a consecuencia) de ello, creemos que igualmente vale la pena el esfuerzo por desarrollarlo.

Para exponer esta idea no es necesario comprometerse con alguna noción demasiado fina de principios jurídicos, de modo que sólo a los fines del argumento, emplearemos la noción genérica que da Guastini<sup>37</sup>. Para este autor los principios son normas genéricas fundamentales —en el sentido de que son caracterizantes del ordenamiento jurídico al que pertenecen—, e indeterminadas —esto es, que no tienen un ámbito de aplicación bien delimitado—.

Ahora podemos regresar al ejemplo dado al caracterizar la noción de expresión impropia, el caso *Riggs vs. Palmer*. El principal argumento que empleó la Corte de New York fue que reconocer como heredero al nieto que había matado al causante llevaría a transgredir el principio según el cual nadie se puede beneficiar de su propio dolo. En abstracto, la regla en cuestión no vulneraba este principio, sólo lo hacía en concreto. Es decir, aplicar la regla al caso de *Riggs vs. Palmer* llevaba a la conclusión de que se violara el principio sin una buena razón que lo justificase<sup>38</sup>. Lo primero que detectó la Corte fue que la regla formalmente aplicable llevaba a apartarse del principio ya citado. Esto es, en nuestros términos, una advertencia para el magistrado, un hecho cuya constatación derriba la presunción de aplicabilidad institucional que

<sup>37</sup> GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 75-82. Por razones de espacio, el desarrollo de nuestra concepción de principio jurídico no puede ser realizado ni justificado en este trabajo, de modo que emplearemos la de Guastini. Cabe destacar, no obstante, que esta noción, y cualquiera que se le parezca, traiciona la idea básica del formalismo que presenta Atria puesto que los principios así caracterizados existen *por fuera* del sistema normativo, entendido este como solamente conformado por la ley. De todas formas, como lo que nos interesa en este punto es simplemente presentar la idea de que los principios del Derecho podrían servir de ayuda para identificar los casos de expresión impropia, creemos que la concepción de Guastini puede ser de utilidad para ilustrar la idea.

<sup>38</sup> Aquí hacemos expresa la necesidad de que no haya una buena razón que justifique apartarse del principio porque hay casos en los que él puede ser derrotado: la adquisición del dominio por usucapión es uno de estos casos. En él, el poseedor de mala fe que ha poseído por el tiempo prescrito por la ley adquiere la calidad de dominus. Es decir, se beneficia de su dolo adquiriendo un derecho que antes no tenía. No obstante, el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio dolo es excluido porque existe una buena razón política: el legislador desea que los bienes circulen y sean utilizados para producir riquezas. Adicionalmente, nótese que en el caso de la usucapión la razón que derrota al principio está legislada, no es ella creada por el juez. En *Riggs vs. Palmer*, no hay una razón semejante que justifique apartarse del principio. Sobre el fundamento de la prescripción adquisitiva, puede consultarse, entre otros: MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos reales*. Buenos Aires: Astrea, 2007, T. 1, p. 486-488.

acompaña a la aplicabilidad formal. De este modo, el juzgador deberá examinar el caso con mayor cuidado y no podrá aplicar en él *mecánicamente* la ley. Dado que en el caso de Riggs vs. Palmer no hay nada que justifique apartarse del principio, el juez tendrá buenas razones para creer que este es un caso de expresión impropia y que en él están involucrados intereses que no fueron considerados por el legislador. Habrá, por tanto, hallado un caso de laguna institucional y tendrá el deber de rechazar la pretensión cuyo fundamento normativo es la ley de expresión impropia.

## CONCLUSIÓN

El objetivo de este estudio era encontrar qué respuesta daba Fernando Atria en *La forma del derecho* a los problemas que plantea la expresión impropia de la ley. Para esto, comenzamos caracterizando este específico defecto que según Savigny tenía la ley. Así, verificamos que él se refiere a todos los casos individuales en los que las leyes resultan inadecuadas en relación con sus fines, es decir, casos en los que el sentido de la expresión está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley. Recordemos que el problema no está en la ley sino en el caso, que presenta propiedades adicionales axiológicamente relevantes que no fueron tenidas en consideración por el legislador. Postulamos que en estos casos surgen dos cuestiones: una de naturaleza institucional y otra epistémica.

Seguidamente, abordamos la tarea de reconstruir la solución que da Atria a estas dos cuestiones. En relación con la institucional, vimos que para él los jueces son quienes están legitimados para identificar y adecuar los casos de expresión impropia; más aún, hacer esto es, para Atria, una tarea paradigmáticamente jurisdiccional. Frente a un caso de este tipo, el juez atriano debe rechazar la demanda porque no hay regla aplicable. En relación con la cuestión epistémica, Atria no da ninguna solución; lo que lo lleva a colapsar la distinción entre legislación y jurisdicción. Este colapso, a su turno, hace que modelo de juez atriano no tenga más opción que caer en lo que el propio Atria denomina un formalismo absurdo.

En la última parte reflexionamos desde una perspectiva institucional acerca del vínculo entre la noción de aplicabilidad y la de laguna del derecho, presentando la tesis de entender la aplicabilidad en dos sentidos complementarios de cumplimiento conjunto para poder decir de una regla que es aplicable a un caso: la aplicabilidad formal y la institucional. Afirmamos que, en los casos de expresión impropia de la ley, existe un déficit de aplicabilidad institucional. Llamamos a dicho déficit laguna institucional. Asimismo, propusimos una solución a la cuestión epistémica: que en los casos en los que una regla formalmente aplicable lleva a una

solución contraria a algún principio jurídico se derriba la presunción de aplicabilidad institucional que acompaña a la aplicabilidad formal. Esto significa que, en este caso, el juez deberá prestar especial atención a la presencia de alguna razón que justifique apartarse del principio. En ausencia de tal justificación, el magistrado tendrá buenas razones para pensar que se trata de un caso de expresión impropia, de modo que deberá rechazar la pretensión cuyo fundamento normativo sea la regla que no satisface el criterio de aplicabilidad institucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación. Ley n° 26.994.** Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#22>  
Consultado en: 24 ene. 2018.
- ATRIA, Fernando. Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo. En ATRIA, Fernando – BULYGIN, Eugenio, et. al. **Lagunas en el derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ATRIA, Fernando. **La forma del derecho.** Madrid: Marcial-Pons, 2016.
- ATRIA, Fernando. **On Law and Legal Reasoning.** Oxford: Hart Publishing, 2002.
- ATRIA, Fernando – BULYGIN, Eugenio, et. al. **Lagunas en el derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. En BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.** Madrid: Trotta, 1991.
- DWORKIN, Ronald. The model of rules (I). En DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelaciones de New York. **Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants, v Elmer E. Palmer et al., Respondents.** Fallo del 08 de octubre de 1889. Disponible en: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm) . Consultado en: 24 ene. 2018.
- GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2016.
- NINO, Carlos S. **Introducción al análisis del Derecho.** Barcelona: Ariel, 2014.
- VON SAVIGNY, Friedrich K. **Sistema de Derecho Romano Actual.** Madrid: F. Góngora y compañía editores, 1878.

### Artigo convidado

#### COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

GUTIÉRREZ OLOCO, Rodrigo. La expresión impropia de la ley y la forma del derecho. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 436-454, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32463> >. Acesso em: dia mês. ano. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432463> .