FLAVIA CARBONELL BELLOLIO
CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO (EDS.)

ERRORES EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 13

PRIMERA PARTE: ERRORES EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

ERRORES Y FRACASOSLEGISLATIVOS, por *Roberta Simões Nascimento* 21

INTRODUCCIÓN 21

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARESPARA EVALUAR LA LEGISLACIÓN 23

2. IDENTIFICACIÓN ERRÓNEA DEL PROBLEMA; FORMULACIÓN DE DIAGNÓSTICOS INCOMPATIBLES CON LA REALIDAD; ENUNCIACIÓN DE PREOCUPACIONES GENÉRICAS QUE CARECEN DE COHERENCIA Y NO SE BASAN EN ESTUDIOS ELABORADOS CON ARREGLO A CRITERIOS OBJETIVOS 25

3. MALA DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS; DESDE UN PUNTO DE VISTA TELEOLÓGICO, PENSAR EN LAS CONSECUENCIAS A CORTO PLAZO, IGNORANDO LAS A LARGO PLAZO; FIJAR OBJETIVOS VAGOS O NO FIJAR NINGÚN OBJETIVO 28

4. NO TENER EN CUENTA QUE LA POLÍTICA INFLUYE EN LA DECISIÓN; BASAR LA EXPLICACIÓN DEL FRACASO LEGISLATIVO EN EL PROCESO POLÍTICO; EN UNA DEMOCRACIA, LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LEGISLACIÓN IMPLICA UNA ADAPTACIÓN NEGOCIADA DE INTERESES 31

5. FALTA DE CONSIDERACIÓN DE VÍAS ALTERNATIVAS PARA LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA; ENFOQUE PUNITIVISTA, APLICACIÓN COERCITIVA O NECESIDAD DE QUE INTERVENGAN LOS TRIBUNALES PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN... 34

Pág.

6. LA ADOPCIÓN DE UNA COMUNICACIÓN ADECUADA ES UN PASO IMPORTANTE PARA EL ÉXITO DE LA LEGISLACIÓN 37

7. CONCLUSIÓN 39

REFERENCIAS 41

ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES *INCONSTITUCIONALES*, por *Jorge Baquerizo Minuche* 43

1. INTRODUCCIÓN: RIGIDEZ Y LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL 44

2. ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL: PRECISIONES CONCEPTUALES 47

2.1. La doble dimensión de la constitución frente a su reforma 47
2.2. El ***estatus*** de las normas limitadoras de la reforma constitucional 50
2.3. Una definición de «límite a la reforma constitucional» 52
2.4. «Reforma constitucional»***vs***. «error de producción constitucional» 53

3. UNA TIPOLOGÍA DE ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL . 55

3.1. Errores formales de producción constitucional 55
3.2. Errores materiales en el contenido de la reforma constitucional 57

3.2.1. Errores materiales por violación de límites materiales explícitos 60
3.2.2. Errores materiales por violaciónde límites materiales implícitos 65

4. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA 70

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 72

RACIONALIDAD LINGÜÍSTICAY ERRORES LEGISLATIVOS:UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA, por *Constanza Ihnen* **y** *Flavia Carbonell* 75

INTRODUCCIÓN 76

1. UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA AL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS LEGISLATIVOS 77

1.1. Lo implicado y las implicaturas 80
1.2. Lo dicho y los enriquecimientos pragmáticos 81
1.3. Significado literal y no literal 83
1.4. Racionalidad lingüística pragmática 84

2. LA RACIONALIDAD LINGÜÍSTICO-LEGISLATIVA COMO UN CASO ESPECIAL 86

2.1. Un modelo para la comunicación legislativa 86
2.2. Racionalidad lingüístico-legislativa 102

3. ERRORES LINGÜÍSTICOS-LEGISLATIVOS 105

REFERENCIAS 110

Pág.

DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES, por *A. Daniel Oliver-Lalana* 115

1. PRINCIPIOS DE «DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO» 117
2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 120
3. UNA PONDERACIÓN TENTATIVA DE PRINCIPIOS PROCESALES 126
4. CONTROL SEMIPROCESAL DE CONSTITUCIONALIDAD 136
5. RECAPITULACIÓN 141

BIBLIOGRAFÍA 141

ERRORES LEGISLATIVOSY PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO, *por Antonella Massaro* 145

1. EL ERROR LEGISLATIVO ANTE LA CRISIS DEL DERECHO PENAL: LA LÓGICA PRESCRIPTIVA DEL BINOMIO LEY ERRÓNEA-LEY CORRECTA 146
2. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES 148
3. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y DERECHO PENAL: LA DISTINCIÓNENTRE DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD 150
4. LA ARBITRARIEDAD DEL CASTIGO: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE PENALIZACIÓN 153
   - 4.1. Error procedimental 153
   - 4.2. Violaciones del principio de determinación 154
     - 4.2.1. Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje común 154
     - 4.2.2. Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje jurídico 157
     - 4.2.3. Error por incumplimiento del «imperativo de realidad» 158
   - 4.3. Error sancionador 161
     - 4.3.1. Por «penas excesivamente indeterminadas» 161
     - 4.3.2. Por «penas excesivamente determinadas» 162
5. LA ARBITRARIEDAD DE NO CASTIGAR: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE NO CRIMINALIZACIÓN 166
   - 5.1. El error omisivo del legislador y los pronunciamientos manipulativos del Tribunal Constitucional 169
   - 5.2. El caso del suicidio médicamente asistido en Italia 170
   - 5.3. La violación de la reserva de ley en materia de ejecución penal 172
6. CONCLUSIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE «ERROR ACTIVO» Y «ERROR OMISIVO» DEL LEGISLADOR PENAL 174

BIBLIOGRAFÍA 175

Pág.

LEGISLACIÓN EMINENTEMENTE SIMBÓLICA, EFICACIA, EFECTIVIDAD Y ERROR LEGISLATIVO, por *Carolina Fernández Blanco* 181

1. INTRODUCCIÓN..... 182
2. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y LEGISLACIÓN EMINENTEMENTE SIMBÓLICA..... 185
   2.1. Dos sentidos de eficacia y la idea de efectividad..... 185
3. EL SIGNIFICADO SECUNDARIO COMO DIMENSIÓN SIMBÓLICA 190
4. LA LEGISLACIÓN PRIMORDIALMENTE SIMBÓLICA NO SIEMPRE ES UN ERROR LEGISLATIVO 194
5. RESPUESTA A DOS OBJECIONES 198
6. BREVES CONCLUSIONES 201

BIBLIOGRAFÍA..... 201

SEGUNDA PARTE: ERRORES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

¿PUEDE HABER ERROR AL INDIVIDUALIZAR NORMAS JURÍDICAS? REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CRITERIO DE INDIVIDUACIÓN, A PARTIR DE UN CASO CONCRETO, por *María Gabriela Scataglini*..... 207

1. INTRODUCCIÓN..... 208
2. UN CASO CONCRETO. EL PROBLEMA JURÍDICO 210
3. CUESTIONES FILOSÓFICAS 213
   3.1. Sobre la distinción entre norma y formulación normativa (o disposición) 213
   3.2. Las normas como entidades abstractas ¿se pueden contar?..... 214
   3.3. Un análisis desde un punto de vista lógico 216
      3.3.1. A la luz de Frege..... 216
      3.3.2. Significar y actuar normativamente..... 221
   3.4. La elucidación o reconstrucción racional de norma 222
      3.4.1. La noción de elucidación (explication) 222
      3.4.2. La elucidación de norma en el ámbito jurídico 224
   3.5. ¿Es útil la elucidación de norma a los efectos de la individuación?..... 225
   3.6. Resumen y conclusiones..... 229

BIBLIOGRAFÍA..... 230

ERRORES CLAROSEN EL DERECHO, por *José Juan Moreso*..... 233

1. INTRODUCCIÓN..... 233
2. PUFENDORF Y EL DERRAMAMIENTO DE SANGRE EN LAS CALLES DE BOLONIA 235
3. RAZ SOBRE ERRORES CLAROS Y SOBRE GRANDES ERRORES 236
4. ERRORES Y *DEFEATERS*..... *240*

Pág.

5. PARA CONCLUIR: SETOS INSTITUCIONALES 241

REFERENCIAS 243

SOBRE LOS ERRORES INTERPRETATIVOS EN LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO APLICABLE, por *Natalia Scavuzzo* 245

1. INTRODUCCIÓN 245
2. LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓNEN LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE 247
3. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN, PERO…¿QUÉ INTERPRETACIÓN? ... 250
4. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN Y ERROR 253
5. ERROR EPISTÉMICO Y ERROR ÉTICO-NORMATIVO 257
6. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN E IDEOLOGÍA 261
7. ERROR, IDEOLOGÍA Y LEGALIDAD 262
8. CONCLUSIONES 265

BIBLIOGRAFÍA 266

PRECEDENTES ERRADOSY SEGURIDAD JURÍDICA, por *Víctor García-Yzaguirre* 269

1. INTRODUCCIÓN 269
2. SISTEMA DE PRECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN 270
   - 2.1. Sistemas de precedentes y seguridad jurídica 271
   - 2.2. Precedentes errados 277
3. SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO DENSO 279
   - 3.1. Conceptos densos 280
   - 3.2. Reconsideraciones a la discusión actual 282
   - 3.3. Seguridad jurídica como la expectativa predictiva de la satisfacción de una preferencia 286

CONCLUSIONES 289

BIBLIOGRAFÍA 289

PRESENTACIÓN

Este volumen recoge las propuestas y reflexiones académicas del proyecto «Errores en la producción y aplicación del Derecho» [1] referidas a dos ámbitos: por un lado, en un área bastante poco atendida por los juristas, que es la de los errores en «creación del derecho», y, por otra parte, sobre los errores en la aplicación del derecho que se refieran a la denominada «premisa normativa», tales como problemas de interpretación de textos normativos o de precedentes. Los «errores probatorios», en cambio, vinculados con la «premisa fáctica» en sus diversos momentos procesales, integran otro volumen [2]. Por lo tanto, los artículos que se incluyen aquí sobre los errores en la aplicación del derecho se orientan principalmente al enfoque más clásico vinculado con la identificación, interpretación, eficacia y otras cuestiones a las que la teoría del derecho ha dedicado buena parte de su producción.

Una decisión metodológica importante tenida a la vista para la invitación a escribir y la reunión de los textos de este volumen fue evitar fijar un concepto unitario y rígido de error y eludir cercar las contribuciones dentro de los intereses de investigación y marcos teórico-conceptuales de las editoras del libro. Nos pareció mucho más interesante convocar miradas heterogéneas acerca de lo que las autoras y los autores entendiesen por «error» en la creación y/o en la aplicación del derecho, incluso sin la necesidad de explicitar un concepto, a través de presentación de ejemplos de defectos en actividades y resultados de actividades, o de la identificación de criterios o reglas de las que legisladores y jueces se apartan en determinadas ocasiones. Así, asumimos

---

[1] Proyecto «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho», 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

[2] Se trata del libro *Errores probatorios*, editado por Cármen VÁZQUEZ.

una noción amplia de error entendido como una desviación «de las prácticas esperadas o de las reglas vigentes»; donde el «el lenguaje del error […] supone la existencia de parámetros para llevar a cabo un juicio de contraste entre lo ”no-erróneo” y lo ”erróneo”»[3]. Nos pareció, en fin, que el empleo del vocablo «error» como *paraguas terminológico* que califica decisiones, acciones, resultados de procedimientos, juicios descriptivos y valorativos, da cuenta de que se trata de un término, como muchos otros en el lenguaje natural y en el lenguaje jurídico, que tienen un «contenido estructural que consiste en dar cuenta de una relación de ajuste [o desajuste] de una cosa con otra cosa; o en describir el resultado de una operación de contraste entre una cosa y un parámetro o criterio prefijado»[4].

Luego de haber revisado atentamente los textos, creemos que, de una u otra manera, subyace a todos ellos esta noción amplia; y que, a partir de ella, es posible, como con el lente de una cámara fotográfica, alejarse o acercarse de los aspectos o propiedades que cada autor o autora quiere visibilizar y así, adoptar un ángulo de visión al que estos nos invitan desde sus presupuestos conceptuales, teóricos y metodológicos, a recorrer y enriquecernos de esta diversidad de perspectivas.

Durante la edición de este libro fue muy fácil advertir la conexión natural entre la creación legislativa y la aplicación del derecho, algo cuyo estudio conjunto, en oportunidades, queda relegado. En parte, y solo en parte, ello se explica porque nuestra tradición jurídica se ha preocupado de modo primordial por cuestiones de aplicación del derecho y sobre cómo razonan los jueces, cuándo cometen errores, cuándo una sentencia está o no motivada, y tantos otros aspectos. Esta focalización en la actividad judicial suele explicarse por la popularidad que ha adquirido la obligación de justificar las decisiones judiciales y su contrapartida, el derecho a una decisión judicial motivada. La justificación de las decisiones judiciales se vincula con la necesidad de que jueces y juezas se legitimen, a falta de «legitimidad de origen», dando razones y reconduciendo sus decisiones a la ley. Este vínculo relevante entre legislación/decisiones judiciales y legislador/juez, sin duda no es una novedad; este libro, sin embargo, además de ponerlo en evidencia, ofrece un innovador acercamiento a la interrelación de estos dos fenómenos y de los actores que en ellos participan. Este acercamiento a la vez reaviva el estupor por la falta de atención que ha recibido el estudio de los procesos y resultados legislativos en el sur de Europa y en América Latina. En efecto, un aspecto importante del proyecto «Errores en la creación y aplicación del derecho» fue que impulsó

---

[3] Flavia Carbonell (2023), «Los errores del juez. Presupuestos y tipología», en García Amado, Juan Antonio (ed.), *El error judicial. Problemas y regulaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 57-86, citas en p. 59 y p. 62.

[4] Flavia Carbonell (2015), «Sobre la idea de decisión judicial correcta», *Analisi e diritto*, pp. 11-46, cita en p. 13.

fuertemente la agenda de las discusiones sobre legislación. Algunos de los trabajos producto de esa arista del proyecto se incluyen en la primera parte de este libro.

El volumen comienza con un trabajo acerca de los errores en la creación del derecho, de Roberta Simões Nascimento, que propone una conceptualización del error legislativo. Es un trabajo imprescindible para la construcción conceptual de los errores en el derecho, con distinciones muy acertadas y una idea clara y diferenciada sobre los errores en el ámbito legislativo, que además incorpora la idea de fracaso legislativo como un fenómeno diferenciable del error. El segundo artículo que integra este volumen es el de Jorge Baquerizo, quien continúa explorando la idea conceptual del error, pero en el ámbito de la actividad constituyente, lo que resulta un aporte de suma relevancia y bastante inexplorado. El trabajo de Baquerizo realiza un análisis teórico sobre los posibles errores en la producción de reformas constitucionales, en el que se precisan conceptos clave sobre las dimensiones de la constitución y las normas que limitan las reformas. Seguidamente, propone una tipología de errores de producción constitucional, que ayuda a entender el concepto de «reformas constitucionales inconstitucionales» y su aplicación en sistemas jurídicos con constituciones rígidas.

El tercer texto, de autoría conjunta de Constanza Ihnen Jory y Flavia Carbonell Bellolio, tiene por objetivo formular un concepto de racionalidad y error lingüístico-legislativo expresamente vinculados con una teoría del significado y que a su vez se ajusten a las particularidades comunicativas del proceso de formación de la ley. Para ello, las autoras presentan, en primer lugar, un concepto de racionalidad lingüística de carácter pragmático, basado en parte en las propuestas de Grice, y en parte en las reformulaciones de Recanati y Carston. En segundo lugar, desarrollan una noción de racionalidad lingüístico-legislativa, entendida como un caso especial de racionalidad lingüística, que exige al legislador el cumplimiento de un conjunto de condiciones más específicas de las requeridas por un contexto ordinario de comunicación. En tercer y último lugar, el artículo muestra cómo es que, a partir del concepto de racionalidad lingüístico-legislativa propuesto, es posible definir con mayor claridad la noción de error lingüístico-legislativo y, explicar cómo es que en la práctica pueden producirse y evitarse los errores de este tipo.

El cuarto trabajo, de Daniel Oliver-Lalana, aborda el error desde una perspectiva muy diferente de las anteriores contribuciones, ya que analiza el papel de los principios del debido proceso legislativo en el control judicial de la legislación, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional español. Ese tribunal considera que solo los vicios procedimentales que alteren de forma sustancial la voluntad parlamentaria pueden acarrear la invalidez de una ley. El texto distingue entre reglas y principios en la producción legislativa y luego muestra cómo la validez de una ley puede depender de los prin-

cipios subyacentes a las reglas. También aborda la ponderación judicial de los vicios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, cuestiona si la doctrina del Tribunal Constitucional español es suficiente al no considerar la calidad del proceso legislativo en el control material de la legislación.

El siguiente trabajo, de Antonella Massaro, incluye algunos temas que, al igual que el artículo anterior, demuestran esa vinculación inmanente entre creación y aplicación del derecho. Luego de analizar los errores en la creación del derecho penal, la autora hace hincapié en la importancia del Tribunal Constitucional italiano para la subsanación de esos errores. Se analiza cómo los errores legislativos, ya sean por acción u omisión, pueden socavar el principio de legalidad penal y, por lo tanto, la libertad individual frente al poder punitivo del Estado. El estudio destaca la expansión del derecho penal como herramienta política, fenómeno que, se sostiene, incrementa los errores legislativos. Finalmente, el texto examina el papel del Tribunal Constitucional italiano en la corrección legislativa, subrayando la importancia de una correcta formulación legislativa para evitar una interpretación judicial excesiva y preservar la coherencia del sistema penal.

El libro continúa con el trabajo de Carolina Fernández Blanco, quien aborda un tema clásico de la problemática legislativa como es el de la legislación simbólica. Además de realizar un intento de conceptualización de la llamada legislación *eminentemente* simbólica, se realiza un análisis de los problemas de eficacia y efectividad de este tipo de normas, para concluir que, desde una perspectiva instrumentalista del derecho, la legislación eminentemente simbólica no cumple con parámetros de calidad o racionalidad legislativa. Sin embargo, el trabajo plantea, a diferencia de lo que los autores mayoritariamente consideran, que la legislación eminentemente simbólica no tiene por qué ser engañosa o producto de un error legislativo.

La segunda parte del libro comienza con el trabajo de Gabriela Scataglini, quien presenta con enorme claridad esa yuxtaposición entre creación y aplicación del derecho, funcionando, de alguna manera, como un capítulo de transición entre la primera y la segunda parte de este volumen. La autora examina los errores en la individuación de normas jurídicas, analizando tanto aspectos teóricos como implicaciones prácticas. Se plantea que la laxitud en la individualización de normas, basada en criterios imprecisos o arbitrarios, puede tener importantes consecuencias jurídicas. Apoyándose en teorías del derecho y la lógica, el trabajo explora la distinción entre norma y formulación normativa, y cómo su identificación es compleja en la práctica. Como ejemplo, se analiza el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 de Argentina, ilustrando las implicaciones jurídicas de la organización y clasificación de normas en un cuerpo legislativo.

José Juan Moreso contribuye con un texto que, al igual que el anterior, puede considerarse, en cierta medida, como un texto bisagra entre errores en la creación del derecho (errores del legislador) y errores en la aplicación del derecho. El autor se centra en la noción de errores claros del legislador y usa la concepción raziana de normas jurídicas para abordarlos. Respecto de la propuesta de Raz, el texto pone en duda dos cuestiones: la distinción entre errores *claros* y errores *grandes* y la sugerencia de que los errores claros pueden ser detectados sin acudir a las razones subyacentes. Para abordar los errores claros en la creación del derecho recurre a otra idea de Raz, los *defeatears*, que bloquearían «la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la generalización normativa».

El siguiente trabajo, de Natalia Scavuzzo, aborda los errores interpretativos en los sistemas jurídicos que sostienen una ideología de la decisión judicial legal y racional. Siguiendo una clásica distinción, el texto luego distingue entre errores en la actividad interpretativa y errores en la interpretación producto. Presentadas que sean las diferentes teorías sobre la interpretación y la dualidad entre cognición y decisión que sirve para distinguirlas, la autora da cuenta de dos tipos de errores, epistémicos y axiológicos, que típicamente derivarían de aquellas operaciones. En este punto, realiza una crítica a la dicotomía entre cognición y decisión, señalando que la actividad interpretativa siempre comprende ambos aspectos y ello permite de mejor manera advertir el compromiso ideológico del intérprete. Finalmente, el texto introduce la distinción entre *errores en la práctica* y *errores de la práctica* como una forma de mostrar que los errores se atribuyen, en un ejercicio que conlleva valoraciones y que es inescindible de la práctica jurídica.

El libro termina con un texto sobre precedentes erróneos y el impacto que producen en una determinada concepción de la seguridad jurídica, de Víctor García-Yzaguirre. El capítulo comienza definiendo qué es un sistema de precedente y dando cuenta de la forma en que la seguridad jurídica, y la predictibilidad como una de sus condiciones, aparece como una de las principales justificaciones para implementarlo. La pregunta que el autor se formula es ¿a qué nos compromete la seguridad jurídica? Ella se vuelve relevante en los casos en que quien deba aplicar el precedente para resolver un caso actual lo considere errado, identificándose en el texto cuatro casos de precedentes errados. Para contestar la pregunta, se propone un concepto valorativo denso seguridad jurídica entendida como «la expectativa predictiva de la satisfacción de una expectativa normativa». Esta noción, argumenta el autor, sirve tanto para justificar que se otorgue al juez que considera un precedente errado la competencia para hacer un *distinguishing* como para no hacerlo.

Este volumen, en su estructura y contenido, no solo refleja la diversidad conceptual que subyace a la noción de error en el ámbito jurídico, sino que invita a sumergirse en una exploración detallada de las diferentes aristas que

constituyen el proceso de creación y aplicación del derecho y los posibles errores que pueden atravesarlos. Los artículos aquí reunidos representan un diálogo plural sobre los modos en que la actividad legislativa y judicial pueden desviarse de sus fines legítimos o legitimados, al tiempo que subrayan la importancia de abordar estos errores para fortalecer, en definitiva, el estado de derecho y la seguridad jurídica.

Flavia Carbonell
Carolina Fernández Blanco
Editoras

PRIMERA PARTE:

ERRORES EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

ERRORES EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 21-42
DOI: 10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/01
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

ERRORES Y FRACASOS LEGISLATIVOS

Roberta Simões Nascimento

INTRODUCCIÓN

El error se entiende tradicionalmente como un juicio falso de la realidad que influye decisivamente en la formación y manifestación de la voluntad. Si no fuera por la ignorancia o el falso conocimiento de las circunstancias, el agente actuaría de otro modo. En estos términos, el error suele enfocarse sobre todo en el contexto del Derecho privado, en relación con la responsabilidad civil, especialmente los delitos profesionales (*error médico*, por ejemplo).

En Derecho penal, el error se equipara a la ignorancia, de modo que por *error* se entiende tanto el desconocimiento de un objeto como la falsa representación del mismo. Los sistemas jurídicos no tratan la cuestión de manera uniforme. Los hay que conceden amplia importancia al problema del error —incluso diferenciando entre las especies de *error de hecho* y *error de derecho*— y los que le otorgan total irrelevancia a efectos de la responsabilidad penal del agente.

* Profesora adjunta de la Universidad de Brasilia (UnB), primer puesto en el concurso (2020). Doctora *cum laude* en Derecho por la Universidad de Alicante (España), con tesis dirigida por el Profesor Manuel Atienza. Doctorado y Maestría en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Profesora do Curso de Especialización Bases para una Legislación Racional en la Universidad de Girona (España). Abogada del Senado Federal de Brasil desde 2009.

En Derecho público, el estudio del error se deriva principalmente de la responsabilidad civil del Estado por los errores cometidos por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional. Se trata del *error judicial*, que suele ser indemnizable por disposición constitucional expresa en diversos ordenamientos jurídicos. También en el ámbito del Derecho público ha crecido el interés por el error de los gestores públicos, con la tendencia a establecer su responsabilidad personal solo en los casos de dolo o *error grave*, pero no en los de *error inexcusable*.

El debate sobre los *errores legislativos* es más complejo. En teoría, la noción clásica de *error* como falsa percepción de la realidad (fáctica o jurídica) se extendería al ámbito legislativo. Por lo tanto, también pueden producirse *errores legislativos*, es decir, la falsa representación de la realidad por parte de los legisladores a la hora de redactar las leyes. Sin embargo, tal como se presenta el problema en la literatura, existen diferencias de opinión sobre la responsabilidad civil por actos legislativos, ya que en la mayoría de los sistemas los legisladores están protegidos por la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria.

Además, en rigor, independientemente de la noción imperfecta del mundo, el mero ejercicio de la función legislativa —como cualquier otro acto estatal— puede causar daños. Así, a estos efectos, sobraría la categoría del *error*; y la responsabilidad del Estado podría surgir incluso fuera de la situación de leyes *inconstitucionales* o dictadas con *abuso de poder*. El hecho es que existe una vasta literatura que discute la posibilidad de responsabilidad estatal por actos legislativos en general (parlamentarios o reglamentarios).

No se pretende aquí entrar en este debate específico sobre si procede o no indemnizar por leyes que causan daños o están mal hechas (es decir, si sería posible atribuir imprudencia, negligencia o mala praxis al legislador); por leyes que, a la vista de información empírica más actualizada, se han revelado inútiles (causando así daños desproporcionados); o por leyes que simplemente se han revelado ineficaces porque no han logrado sus objetivos.

El objetivo de este trabajo es analizar *los errores legislativos* desde una perspectiva *más* amplia y descriptiva, en relación con sus *causas* más profundas, a partir de una revisión de la literatura, a la luz de los desarrollos teóricos más recientes, que han añadido una serie de pautas normativas de cuidado y diligencia en la creación de las leyes, exigiendo a los legisladores una atención cada vez mayor a la actividad legislativa típica, utilizando herramientas como los análisis de impacto *ex ante* y *ex post* y las consultas públicas, entre otras.

Las directrices y buenas prácticas exigen que los legisladores basen sus decisiones en hechos, situaciones reales y pruebas empíricas. También se exige que las medidas legislativas sean *proporcionadas* (impongan el menor sacrificio posible), puedan resolver los problemas que pretenden solucionar

(relación adecuada entre medios y fines) y, preferiblemente, estén motivadas. Solo entonces la legislación sería *racional*.

A veces, cuando estas directrices no se siguen en la práctica, la legislación fracasa. Los *fracasos legislativos* son entonces el resultado no solo de la ignorancia o el conocimiento imperfecto por parte de los legisladores (error), sino sobre todo de problemas en su preparación, desviaciones de las prácticas esperadas (la mayoría de las veces las desviaciones son involuntarias, aunque aquí el motor no es relevante para el punto: el fracaso de la legislación) o los resultados de acciones intencionadas que producen consecuencias negativas involuntarias (o de alto coste).

No se puede negar que hay situaciones en las que los fracasos se deben a acontecimientos imprevisibles que sólo se producen una vez promulgada la legislación. Pero el objetivo de este capítulo es presentar los *fracasos legislativos* que se derivan de fallos de planificación, debidos a una atención insuficiente a los arreglos institucionales indispensables para la aplicación o falta de capacidad para adaptarse a imprevistos. Por lo tanto, para tratar estas situaciones, preferimos utilizar el término *fracasos legislativos* en lugar de *errores legislativos*, que se considera más apropiado para el análisis.

En este sentido, el capítulo se ha construido en forma de diferentes «causas» (categorías hipotéticas) de los fracasos legislativos. La lista no sigue ningún orden, por lo que los puntos subsiguientes pueden leerse con relativa independencia unos de otros. Se espera que el conjunto sea coherente; y si no lo es, aunque sea indirectamente, la lista habrá servido para registrar y evitar que los fracasos citados (sobre todo los que pueden evitarse) se repitan en el futuro. La preocupación, pues, sigue siendo el interés por mejorar la calidad y la eficacia de la legislación. El texto termina con una conclusión, que resume los principales argumentos expuestos.

Antes de pasar a la lista propiamente dicha, la siguiente sección aborda brevemente algunas nociones importantes que el evaluador debe tener en cuenta para no incurrir en correlaciones espurias o conclusiones incorrectas sobre la legislación evaluada.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EVALUAR LA LEGISLACIÓN

Las leyes son el centro de gravedad en torno al cual gira el Estado de Derecho. Sin embargo, a veces la legislación no alcanza los objetivos previstos en el mundo real. La idea de *fracaso legislativo* se asocia, por tanto, a la legislación que no ha logrado los resultados que se esperaban de su promulgación o que, aunque ha avanzado en esa dirección, lo ha hecho a un gran coste o con