FILOSOFÍA Y DERECHO



Errores en la creación y aplicación del derecho

Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco
(eds.)

Marcial Pons

Colección

Filosofía y Derecho

José Juan Moreso Mateos (dir.)
Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

ERRORES EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO
CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO (EDS.)

ERRORES EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico *manuscritos@filosofiayderecho.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web *www.filosofiayderecho.es.*

Calidad en Edición Académica
Academic Publishing Quality

La colección Filosofía y Derecho ha sido distinguida en 2017 con el sello de calidad en edición académica CEA-APQ, con mención especial de internacionalidad, promovido por la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) y avalado por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Flavia Carbonell Bellolio
© Carolina Fernández Blanco (eds.)
© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7 - 28004 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 979-13-87913-34-2

Depósito legal: M-27679-2025

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: Ene Estudio

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2025

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 13

PRIMERA PARTE: ERRORES EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

ERRORES Y FRACASOS LEGISLATIVOS, por *Roberta Simões Nascimento* 21

INTRODUCCIÓN 21

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA 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 violación de límites materiales implícitos .. 65

4. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA 70

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 72

RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA Y 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 LEGISLATIVOS Y 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 DISTINCIÓN ENTRE 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 CLAROS EN 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 INTERPRETACIÓN EN 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 ERRADOS Y 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

efectos secundarios indeseables, o incluso a la noción de legislación que ha provocado retrocesos en la situación que pretendía resolver. Esto demuestra que las leyes pueden fracasar de varias maneras.

El fracaso legislativo no siempre es inmediato, y puede producirse más tarde. Goddard (2022: 11) cita el ejemplo de un impuesto sobre las ventanas promulgado por el Parlamento inglés en 1696. Calculado sobre la base del número de ventanas de una casa, el impuesto produjo inicialmente ingresos sustanciales, pero con el tiempo los ingresos generados disminuyeron. Los propietarios de las casas existentes las remodelaron para tapar las ventanas (el autor pone incluso una foto de una casa típica *heredera* de este impuesto). Las casas nuevas se construyeron con pocas ventanas.

Esto provocó una reducción de la ventilación y la luz en muchos hogares. La medida recaudatoria fue perdiendo eficacia con el tiempo y exacerbó la propagación de enfermedades y causó, o aceleró, muchas muertes (Goddard, 2022: 12). Aun así, el impuesto sobre las ventanas sobrevivió en Inglaterra hasta 1851. Como puede verse, las leyes que resultan en un fracaso legislativo no siempre son efímeras.

Además, la evaluación del fracaso legislativo presenta dificultades epistemológicas y metodológicas. No se trata de una evaluación exacta o estrictamente objetiva, que requiera un simple contraste entre los objetivos anunciados y lo que realmente se ha conseguido. A veces, el cambio del contexto fáctico —el cambio de la realidad en la que se inserta la legislación— desempeña un papel importante, cuyos impactos no pueden pasarse por alto a la hora de analizar cualquier (in)éxito legislativo.

Ellery jr. *et al.* (2018: 377) dan un ejemplo hipotético que ilustra esta situación: imaginemos que se aprueba una legislación con un programa para animar a los consumidores a pedir facturas. Si luego el país entra en crisis, podría ocurrir que los ingresos hubieran disminuido, aunque el programa hubiera tenido éxito. Así, el diseño de la legislación, aunque sea adecuado, puede dejar de ser satisfactorio debido a los cambios en el contexto económico. Por eso hay que tener en cuenta varias variables a la hora de evaluar la legislación.

Por regla general, la principal estrategia para llevar a cabo la evaluación legislativa consiste en comparar la unidad objeto de la legislación (por ejemplo, familia, empresa, ciudad, región, etc.) con otras unidades no afectadas, o comparar unidades antes y después de la política, o incluso combinaciones de comparación a lo largo del tiempo y entre otras unidades (Imbens y Wooldridge, 2009). Naturalmente, estas comparaciones no suelen ser sencillas y algunas de las técnicas de evaluación pueden verse obstaculizadas por un número reducido de unidades tratadas o de comparación, así como por la ausencia de realidades paralelas para verificar el *contrafactual*.

El contrafactual se refiere a lo que habría ocurrido en ausencia del suceso. Por ejemplo, si un puente se derrumba como consecuencia de un accidente, lo contrafáctico sería que el puente no se hubiera derrumbado. En el caso de la legislación, el contrafactual es lo que habría ocurrido sin la legislación. Sin embargo, la contrafactualidad del mundo nunca se observa realmente; simplemente se estima, normalmente a partir de un *grupo de control* (o *grupo de comparación*) que es estadísticamente idéntico al *grupo de tratamiento* (formado por los participantes, en este caso los afectados por la legislación). A partir del *grupo de control*, no afectado por el programa, será posible elaborar una estimación del resultado contrafactual (no se puede establecer el verdadero impacto).

Además, para evaluar el efecto de un programa, es necesario tener clara la diferencia entre *correlación* y *causalidad*. La correlación es una medida estadística que describe la fuerza o el grado en que dos variables están relacionadas, es decir, cómo la presencia de una variable puede afectar al comportamiento de la otra variable analizada. La causalidad, por su parte, significa la existencia de un vínculo material entre una variable (la causa) y el resultado concreto observado. La correlación no implica necesariamente causalidad.

La confusión entre estos conceptos es a menudo la fuente de conclusiones erróneas sobre los efectos de la legislación, y esta confusión también puede conducir a la desorientación. Baste recordar el ejemplo que se acaba de mencionar de Ellery jr. *et al.* (2018) —del programa de fomento de la emisión de facturas—, que plantea un problema de evaluación de la causalidad.

Una vez hechas estas explicaciones preliminares, pasamos a indicar los principales problemas asociados a los fracasos legislativos.

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

Esta causa del fracaso legislativo de algunas leyes subyace a la premisa básica de que la legislación tiene la función de resolver problemas.

Si antes no se identifica correctamente el problema original, la legislación tiene pocas posibilidades de ofrecer una solución eficaz. Según Gouvin (1994: 1284), el encuadre de los problemas que recibirán atención legislativa y la selección de las respuestas adecuadas son aspectos a los que a menudo se presta poca atención. El encuadre del problema, en particular, es la etapa que sirve para sentar las bases sobre las que se redactará la propuesta legislativa. A

partir de ahí, los legisladores evaluarán la idoneidad de la solución propuesta para resolver el problema.

La advertencia podría parecer trivial si no fuera por la propensión de los parlamentarios a proponer soluciones antes de comprender adecuadamente los problemas subyacentes, ya sean sociales, económicos o de otro tipo. En la mayoría de los casos, el proceso legislativo comienza con una propuesta de solución y los debates parlamentarios giran en torno a estas alternativas legislativas sugeridas, más que al problema en sí. Las mejoras introducidas en el curso del proceso casi nunca van encaminadas a definir el problema, a delimitar el fenómeno que la legislación pretende corregir.

En algunas situaciones, ni siquiera es posible decir que el proyecto de ley se elaboró para responder a un problema concreto. Por ejemplo, la *Lei do Estado de São Paulo n.º 16.270,* de 5 de julio de 2016, que obliga a que las personas que se hayan sometido a cirugía bariátrica o a cualquier otra gastroplastia reciban un descuento o media ración en restaurantes o similares, y establece otras disposiciones. Si el debate hubiera avanzado para exigir una articulación explícita y coherente del problema que se pretendía resolver con el proyecto de ley, tal vez la legislación habría tomado otra forma o no se habría aprobado.

Según la justificación dada, la propuesta pretendía posibilitar que las personas con estómago reducido participaran normalmente en las comidas, pagando un precio justo en función de lo que realmente fueran a consumir. Esta ley fue finalmente declarada inconstitucional por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, por violar la competencia de la Unión para legislar en materia de derecho mercantil (art. 22, inciso I, de la Constitución brasileña de 1988) y por atentar contra la libre empresa (art. 170). Sin embargo, el ejemplo sigue siendo válido para demostrar la importancia de lo que aquí se señala: la no utilización de la metodología adecuada llevó a la aprobación de una ley sin un problema claro.

Otras leyes similares a la que acabamos de mencionar pueden encontrarse en Costa (2021).

Una de las dificultades que entraña la identificación de un problema es que *lo que es* un problema es subjetivo y puede variar según la perspectiva de la persona que lo define. En palabras de Gouvin (1994: 1327), los problemas no existen *en abstracto*, sino en referencia a un conjunto de valores que clasifican un fenómeno concreto como problemático. Como cada individuo (o grupo) tiene su propio conjunto de valores, un mismo fenómeno puede representar un problema para una persona (o grupo), pero no para otra.

Citemos un ejemplo concreto que ayuda a ilustrar este obstáculo: la cuestión de la *requisa íntima* de los visitantes que ingresan en las cárceles, objeto de la *Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 7.010,* de 25 de mayo de 2015, que prohibió el registro corporal íntimo en las cárceles del estado de Río de Janeiro. Para un

sector predominante, el registro corporal íntimo es vejatorio, humillante, vergonzoso e inadmisible; se afirma que en varias prisiones habría obligación de realizar varias sentadillas, independientemente de la edad avanzada del visitante.

Por otro lado, hubo quien argumentó que no todo el registro corporal íntimo es degradante, ya que existen métodos menos invasivos; que hay situaciones en las que es *necesaria*, sobre todo en ausencia de escáneres y máquinas de rayos X, y también excepcionalmente ante denuncias anónimas, por ejemplo. Por si fuera poco, también hubo quien dijo que el registro corporal íntimo serviría para *proteger a* los visitantes, especialmente a las mujeres, que tendrán la excusa perfecta para no llevar en su interior objetos, productos o sustancias prohibidas por la ley o que pongan en peligro la seguridad del centro penitenciario. En caso de que el registro corporal íntimo lo confirmase, habría castigo.

Como puede verse, un mismo dato de realidad puede parecer problemático a unos, pero no a otros. Por eso formular el problema implica identificar, implícita o explícitamente, los valores ofendidos por el fenómeno en cuestión. La identificación del problema también debe tener en cuenta sus *causas* y *condiciones*, es decir, debe estar en relación con un problema *concreto*. No identificar los problemas obstaculiza el proceso legislativo y dificulta la evaluación de la medida propuesta en el proyecto de ley.

El *encuadre* del problema tiene un efecto importante en la evolución del proyecto de ley. Puede incluso determinar la solución propuesta y, aunque no se convierta en legislación, tiene poder de permanencia y puede moldear el curso de futuras negociaciones sobre el contenido del proyecto de ley (Gouvin, 1994: 1341). Como ya se ha indicado, es poco probable que el curso de los debates cambie el *encuadre* del problema. Los posibles cambios solo suelen afectar a las propuestas para resolverlo. En función del *encuadre*, la consideración de alternativas políticas puede verse comprometida.

Una identificación correcta implica diferenciar un problema *real* de un problema *percibido*. Hay que tener cuidado de no intentar encajar los hechos en una determinada visión del mundo. Dada la escasez de tiempo y recursos, dedicarse a cuestiones que no son *problemas reales* es una pérdida de oportunidades.

Una de las formas de mitigar estos obstáculos es exigir una cuidadosa evaluación *ex ante* de la cuestión; exigir que los diagnósticos de la realidad se basen en datos fiables, en estudios elaborados, si no con arreglo a métodos científicos, al menos con criterios objetivos. No hay que subestimar la falta de recopilación de información pertinente.

Prestar atención a esta causa de los fracasos legislativos también podría evitar algunas leyes simbólicas, que no tienen nada que ver con la resolución real de los problemas. Estas leyes básicamente contienen declaraciones po-

líticas o reconocen ciertas causas. Por ejemplo, en Brasil, la *Lei n.º 14.489,* de 21 de diciembre de 2022, que modifica la *Lei n.º 10.257,* de 10 de julio de 2001 (Estatuto de la Ciudad), para prohibir el uso de técnicas de construcción hostiles en espacios abiertos de uso público.

Apodada *Ley Padre Júlio Lancelotti* —en honor a un religioso que promovió obras sociales en la ciudad de São Paulo y fue célebre por utilizar un mazo para retirar piedras afiladas instaladas bajo un viaducto— esta ley estableció como directriz general de política urbana la promoción de la comodidad, el abrigo, el descanso bienestar y accesibilidad en el disfrute de los espacios abiertos de uso público, su mobiliario y sus interfaces con los espacios de uso privado, prohibiendo el uso de materiales, estructuras, equipos y técnicas de construcción hostiles que tengan como objetivo o resultado la eliminación de personas sin hogar, ancianos, jóvenes y otros segmentos de la población.

Al establecer una prohibición negativa (*no hacer*), y además sin definir claramente lo que se califica de *hostil* (la definición legal es circular), resulta difícil medir la eficacia de la ley.

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

La categoría más recordada de fracasos legislativos es la legislación que no logra alcanzar los objetivos de la ley, lo que presupone la definición previa de dichos objetivos. Sin embargo, hay situaciones en las que los objetivos están mal definidos o ni siquiera existen, en contra de la premisa básica de la legislación racional según la cual las leyes deben servir para alcanzar fines. Se trata de casos de fracaso legislativo, porque cualquier reflexión sobre el éxito se ve comprometida por esta falta de preparación de la legislación.

Sin embargo, el objetivo puede alcanzarse, pero viene acompañado de consecuencias indeseables que no aparecen hasta más tarde. El fracaso legislativo en este caso es mediato y se da por por la incapacidad de pensar en las consecuencias a largo plazo de la legislación. Recordemos el ejemplo de Goddard (2022: 24) del impuesto inglés sobre las ventanas. La legislación funcionó bien al principio, pero la gente cambió su comportamiento debido al instinto natural de evitar el pago de impuestos.

Para evitar este fracaso, los legisladores tienen que calcular cuáles serán las consecuencias de la legislación a largo plazo, especialmente cómo reaccionará la gente ante las decisiones legislativas.

La *miopía* legislativa es un tema frecuente en la serie de fracasos legislativos. Lo que resulta aún más sorprendente es el hecho de que, a pesar de los repetidos fracasos, ciertas medidas siguen repitiéndose a lo largo de la historia. Recordar la ocurrencia de algunas de estas situaciones es un intento de aprender de los fracasos anteriores.

Un primer ejemplo típico son los controles de precios y salarios. No existen episodios en los que esta medida haya logrado contener la inflación o sortear el problema de la escasez de productos. Como detallan SCHUETTINGER y BUTLER (2020), esta medida se ha intentado durante 4.000 años en diversos momentos históricos y económicos, y la recopilación muestra una secuencia de fracasos repetidos. En lugar de frenar la inflación, los controles de precios generan mercados paralelos y escasez.

Desde un punto de vista económico, los controles de precios aumentan la brecha entre la oferta y la demanda, sin abordar la verdadera causa de la inflación, provocada por el aumento de la emisión de dinero, en mayor proporción que el aumento de la producción (SCHUETTINGER y BUTLER, 2020: 15). Resulta que, por un breve momento, la política de control de precios controla los efectos de la inflación. El problema está a medio y largo plazo: con el tiempo, el control deja de ser una medida eficaz.

El hecho es que la causa del fracaso en cuestión reside en la adopción de políticas a corto plazo con consecuencias negativas a largo plazo. MENDES (2022: 13-14) pone el ejemplo de la utilización del gasto público para generar crecimiento. Resulta que, en realidad, el crecimiento se deriva de un aumento de la productividad. La idea errónea es que, si el gobierno gasta más, aumentan la renta y el consumo de los hogares, lo que a su vez lleva a las empresas a invertir más. A más largo plazo, lo que hace esta medida es aumentar el *déficit* público, los tipos de interés, la inflación y provocar una recesión.

El mismo tipo de dificultad surge cuando se conceden ventajas fiscales a determinados sectores (que están en crisis, por ejemplo). Esto suele dar lugar a empresas improductivas que sólo existen porque pagan menos impuestos. Esta cuestión se repite cada vez que existe una presión a corto plazo para que se adopten soluciones urgentes, de modo que se pide a la clase política que dé respuestas rápidas a problemas complejos (MENDES, 2022: 15). Para adoptar políticas con efectos beneficiosos a largo plazo, hay que resistirse al clamor por soluciones inmediatas o simplistas.

La reflexión conduce a fracasos legislativos del tipo que agravan el problema que pretendían resolver. El fallo no está relacionado con la definición del problema, sino con el aspecto dinámico de la legislación ya mencionado. De nuevo, los ejemplos proceden de GODDARD (2022: 25): a finales del siglo XIX, el gobernador de Delhi, deseoso de exterminar el gran número de serpientes venenosas que había en la ciudad, promulgó una ley que ofrecía una recom-

pensa por las pieles de serpiente. El objetivo era fomentar la caza y reducir la población de serpientes. Sin embargo, los habitantes de la ciudad empezaron a *criar* serpientes en lugar de matarlas para ganar la recompensa.

Cuando se vio que el programa costaba mucho más de lo previsto y no generaba una reducción del número de serpientes en Delhi, se puso fin a las recompensas. Las serpientes criadas, que habían perdido su valor, fueron liberadas por sus creadores, y el resultado final fue un aumento de la población de serpientes y un despilfarro de fondos públicos.

Este escenario se repitió en Hanoi a principios del siglo XX, con el problema de las ratas en las alcantarillas de la ciudad. Asimismo, el gobierno ofreció una recompensa por las colas de las ratas. Pronto surgieron granjas de ratas en las afueras de la ciudad y, en lugar de matarlas, los cazadores de recompensas simplemente les cortaban la cola y las dejaban vivas para que se reprodujeran y generaran más oportunidades de recompensa GODDARD (2022: 25). La sucesión de acontecimientos y los resultados fueron idénticos: gasto cada vez mayor en recompensas, ningún progreso en la reducción del número de ratas, cancelación de la recompensa, liberación de las ratas reproductoras y empeoramiento del problema original.

En la misma línea se sitúa la prohibición del *Hoy no circula* aprobada en Ciudad de México en 1989. Según el número de la matrícula, los coches quedaban restringidos a un determinado día de la semana con el fin de reducir los atascos y la contaminación atmosférica. Como consecuencia, muchas familias acabaron comprando un segundo coche para desviar la prohibición, que suele ser más barato, antiguo y contaminante. Así pues, la legislación agravó los problemas que pretendía resolver. Este caso fue estudiado por ESKELAND y FEYZIOGLU (1997) y DAVIS (2008). El cambio en el comportamiento de las familias no estaba previsto por los legisladores. Aunque ineficaces, existen medidas similares en otras ciudades latinoamericanas, como São Paulo (Brasil), por ejemplo.

En todos estos episodios que acabamos de mencionar, la legislación fracasó porque sus planificadores ignoraron los efectos dinámicos o las consecuencias a largo plazo de los incentivos creados por la nueva legislación. Para anticiparse a todo esto, la legislación debe concebirse en términos dinámicos, no estáticos. Los planificadores deben basarse en los avances de la economía del comportamiento, plantearse las preguntas pertinentes y avanzar en la predicción de las consecuencias.

Uno de los ejemplos que encaja tanto con la causa del fracaso legislativo anterior (identificación errónea del problema) como con la falta de fijación de objetivos que ahora se debate es la denominada *Truth-in-Lending Act* (Pub. L. 90-321, actualmente 15 U.S.C. 1601 *et seq*). Se han establecido tres objetivos básicos: 1) estabilizar la economía aumentando el uso informado del crédi-

to; 2) permitir a los consumidores comprar en las condiciones crediticias más favorables; y 3) proteger a los consumidores frente a cargos inexactos y desleales. El primer objetivo (estabilización económica) es demasiado ambicioso para ser evaluado adecuadamente y permitir extraer una conclusión sobre el éxito o no de la legislación. El caso fue diseccionado por Rubin (1991).

La definición de los objetivos o la finalidad de la ley se consigue respondiendo a las siguientes preguntas: ¿cuál es el resultado deseado de la legislación? ¿Cómo tendrá que cambiar el comportamiento de los agentes pertinentes para que se consiga ese resultado? (Goddard, 2022: 156). Al mismo tiempo, el ejercicio analítico debe avanzar hacia preguntas del tipo: ¿cómo es probable que la legislación propuesta funcione en la práctica? ¿Qué cambiará en comparación con el *statu quo*? ¿Qué aspectos del escenario posterior a la legislación son difíciles de predecir con una confianza razonable? (Goddard, 2022: 158).

Todas las consideraciones hasta aquí expuestas son importantes porque, sin conocer previamente el objetivo de la legislación, no es posible hablar de su eficacia. Para reducir el riesgo de fracaso legislativo, hay que analizar cuidadosamente si la legislación es capaz de alcanzar el estado de cosas deseado (factibilidad); si los medios empleados son adecuados al fin propuesto (adecuación de los medios a los fines). Para ello, es necesario identificar con precisión cuál era la finalidad de la legislación (sin perjuicio, por supuesto, de identificar correctamente el problema que pretendía resolver, como ya se ha señalado).

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

En las democracias, se espera que el poder legislativo represente, debata y tenga en cuenta las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos. Esto significa que la legislación es el resultado de este proceso de adaptación negociada de intereses. Esto se aplica tanto a la redacción de la propia legislación como a su posterior evaluación. En los procesos legislativos intervienen diversos actores que deben cooperar entre sí para alcanzar el fin deseado.

Es bien sabido que hay arreglos institucionales que son más propicios para dicha cooperación, y este es un tema que ha sido ampliamente explorado en la literatura, señalando el efecto de las diferentes instituciones en los sistemas democráticos (por ejemplo, Payne: 2006).

No estamos sosteniendo que exista un arreglo institucional ideal o único para llevar a cabo la labor de redacción de leyes. Simplemente se subraya que un enfoque estrictamente tecnocrático de la formulación legislativa —que ignora las fases de discusión, acomodación, negociación y deliberación— desatiende el contexto más amplio de la política parlamentaria, que es ineludible en la elaboración de la legislación. La planificación legislativa que se abstiene de prever cómo puede influir la política en la decisión tiende a fracasar.

Diseñar la legislación pasando por encima de las preferencias políticas de los representantes, que reflejan sus bases electorales y tienden a reflejar las creencias y costumbres arraigadas de la sociedad, puede resultar un fracaso y, a veces, la legislación ni siquiera llega a ser aprobada por los parlamentarios.

En teoría, la legislación tiende a ser mejor cuando las cámaras legislativas desarrollan la capacidad de formularla y cuando participan constructivamente en la formulación de las políticas nacionales, en lugar de limitarse a adoptar un papel servil en el que solo aprueban recomendaciones supuestamente basadas en criterios estrictamente técnicos y neutrales de tecnócratas (en la práctica, un pequeño grupo de funcionarios) o en los deseos del poder ejecutivo.

La politización del proceso legislativo es, por tanto, algo no solo inevitable, sino totalmente deseable. El proceso legislativo funciona como un escenario para el debate público. Es la única manera de permitir el acuerdo entre fuerzas opuestas y diferentes grupos de partes interesadas y de garantizar que la legislación refleje un abanico más amplio de perspectivas.

La falta de una participación más activa por parte de los poderes legislativos puede dar lugar a una legislación poco ajustada a las necesidades o demandas reales de los intereses de la sociedad. A medio y largo plazo, esto significa que la legislación carece del consenso mínimo y se vuelve políticamente insostenible y/o se aplica de forma ineficaz o injusta (Stein *et al*., 2006: 42).

Trasladando la idea al campo de la teoría política, se trata de la vertiente *deliberativista*, en la que la democracia es un valor *per se* y, al mismo tiempo, el medio para tomar decisiones que vincularán a la comunidad, dadas sus ventajas para generar ideas nuevas y superiores. La finalidad del proceso legislativo y del debate parlamentario sigue siendo encontrar soluciones *viables* a los problemas sociales, siempre que se cumplan ciertas condiciones previas: un debate público abierto, sincero y racional (Ackerman, 1980; Cohen, 1967; Dryzek, 1980; Gutmann y Thompson, 1996). Estos serían los requisitos para el éxito legislativo.

El objetivo aquí no es profundizar la medida en que estas condiciones se cumplen realmente en la práctica, sino simplemente señalar este hecho: la legislación implica una cuestión de acción colectiva, lo que debe tenerse en

cuenta a la hora de redactar la legislación. En la mayor parte de la literatura, este ámbito de la política no se tiene en cuenta.

A su vez, siempre dentro de la teoría deliberativa, el fracaso se produce cuando los cauces de debate están limitados de algún modo, o cuando un gran número de ciudadanos se niega a participar en el debate o se aferra a opiniones irracionales (Ely, 1980; Fishkin, 1991; Habermas, 1996; Sunstein, 1993). El fracaso legislativo se produciría invariablemente si el debate parlamentario está distorsionado o restringido.

Es cierto que algunos autores —por ejemplo, Zapatero (2009: 114)— tienen pocas esperanzas en las capacidades de los parlamentos en este sentido[1]. De hecho, los parlamentarios no suelen seguir en sus debates la ruta tradicional deseable: definir el problema, analizar sus causas, investigar las posibles soluciones, evaluar las opciones y elegir después la mejor.

En el mundo real, los parlamentarios no disponen ni de los conocimientos ni del tiempo necesarios para llevar a cabo un análisis tan sosegado. Para Gouvin (1994: 1283), sin embargo, la incapacidad de los legisladores para encontrar soluciones viables se debe a la falta de utilización de la metodología de resolución de problemas en cuestión o del método legislativo tratado por Rubin (1991).

Esta línea de razonamiento de estos dos autores acaba reduciendo el problema a una única causa: la razón del fracaso de la legislación sería el proceso político. Desde esta perspectiva, los fracasos serían inevitables; cualquier esfuerzo legislativo estaría condenado al fracaso a menos que sorteara los engranajes de la influencia política. Sin embargo, este no parece ser el único origen de los fracasos legislativos.

En este sentido, la evaluación de la legislación tras un cierto período de aprobación es un recurso de aprendizaje organizativo, destinado a orientar, clarificar, convencer y alinear a los actores implicados en las políticas públicas. No es (o al menos no debería ser) una actividad de auditoría (inspección certificadora), como expediente para castigar o premiar a organismos, equipos o programas. El objetivo de la evaluación es comprender «cómo» se están desarrollando las políticas públicas, así como el «por qué» de lo bien o mal que están funcionando.

Una vez realizadas las evaluaciones, corresponde al Poder Legislativo analizar los datos empíricos y jurídicos que subyacen al pronóstico legislativo

---

[1] En sus propias palabras: «El Parlamento puede mejorar técnicamente un buen proyecto de ley; pero difícilmente puede mejorar uno malo. Por tanto, si queremos mejorar la calidad de nuestras leyes, el mayor esfuerzo debe concentrarse en redactarlas antes de devolverlas a las Cámaras; e incluso antes de que empiecen a redactarse legalmente. Aquí es donde se aplica plenamente la metodología sugerida». (Zapatero, 2009: 114).

y repensar los intereses involucrados a partir de las nuevas condiciones de la realidad post-legislativa. En esta lógica, si el poder legislativo es esencial en el proceso de formulación de políticas, también lo es a la hora de analizar la información producida en el contexto de la evaluación de esas mismas políticas públicas. No hay forma de «despolitizar» ambas actividades.

Sin perjuicio de ello, lo que sí puede hacer la planificación es anticipar algunas cuestiones críticas típicas del debate parlamentario, por ejemplo, como sugiere Goddard (2022: 190):

a) ¿A quién pretende beneficiar la legislación?

a. Identifique a los grupos a los que la legislación pretende beneficiar.
b. Identifique los beneficios que cada uno de estos grupos quiere conseguir.
c. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de estos diferentes grupos/beneficios?

b) ¿Qué prestaciones desean estos beneficiarios?

a. Identifique los criterios que debe cumplir una persona para tener derecho a las prestaciones previstas en la legislación.
b. ¿Cuáles son las implicaciones de estos criterios para la complejidad de la legislación, la previsibilidad de su funcionamiento, la facilidad de acceso a estas prestaciones para los beneficiarios previstos y el coste de aplicación del régimen?

Estos son solo algunos ejemplos de preguntas, y para cada respuesta se trata de tener una justificación plausible.

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

En esta causa de fracaso legislativo, la planificación de la legislación no amplía el abanico de alternativas capaces de resolver el problema subyacente y tiende *a priori*zar un único camino. Evitar este fracaso pasa por establecer las diferentes vías para alcanzar el objetivo concreto que se pretende conseguir con la legislación. También debe tenerse en cuenta el escenario de *no acción*, es decir, sin la aprobación de opciones normativas. Además de enumerar cada uno de los diferentes enfoques legislativos, conviene establecer los costes y beneficios asociados a cada una de las opciones consideradas.

Para ilustrar este tipo de fracaso en términos de falta de *creatividad* legislativa, podemos mencionar el debate sobre la seguridad de los automóviles a

la luz de una legislación centrada exclusivamente en el comportamiento de los conductores.

En este sentido, se produjo un importante cambio de perspectiva con la aprobación de la *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* de 1966. Para prevenir los accidentes de tráfico, en lugar de centrarse únicamente en el *conductor*, la legislación cambió de perspectiva y empezó a dirigirse sobre todo a *los fabricantes de vehículos*, para que construyeran vehículos más seguros que protegieran mejor a sus ocupantes en caso de accidente. La atención pasó a centrarse en la promoción de tecnologías de prevención de colisiones o en la modificación del vehículo (entorno) para que la interacción entre el pasajero (huésped) y las fuerzas de deceleración de los accidentes (agente) produjera menos traumatismos. El caso es analizado por Mashaw y Harfst (1987).

La lectura de los autores, sin embargo, es que hubo un éxito en medio de un fracaso. Esto se debe a que *la National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)* —la agencia reguladora encargada de promulgar normas adicionales para forzar la tecnología de diseño de seguridad de los automóviles— acabó encontrando importantes dificultades para defender su normativa en los tribunales. Los tribunales exigían a menudo a la NHTSA un nivel de certeza científica difícil de alcanzar respecto a la eficacia de las normas de seguridad, lo que dificultaba la aplicación del mandato legislativo de 1966.

Sin embargo, en compensación, la *NHTSA* empezó a obligar a *retirar del mercado* los vehículos de motor que contenían defectos relacionados con la seguridad. Durante la década 1976-1985, la *NHTSA* supervisó la retirada (*recall*) de más de la mitad de los vehículos estadounidenses vendidos nuevos. Los tribunales consideraron que las *llamadas a revisión* eran menos intrusivas. Así, la actuación de los tribunales acabó influyendo en la acción reguladora hacia la adopción de medidas correctoras dirigidas a productos defectuosos específicos (*retiradas*).

Para Mashaw y Harfst (1987: 313), el éxito de la *NHTSA* a la hora de conseguir retiradas fue positivo, pero no compensó totalmente su fracaso a la hora de promulgar normas de seguridad automovilística. Aun así, el caso revela un importante proceso de aprendizaje por el que se abandonaron algunos de los ambiciosos objetivos de la ley de 1966, especialmente el intento de configurar activamente el futuro de la seguridad automovilística mediante la regulación. Aun así, cabe añadir aquí que el caso también muestra un importante cambio en el enfoque de la intervención legislativa.

En esta línea, para reducir el riesgo de fracaso legislativo es necesario considerar enfoques alternativos. Preferiblemente con un examen de si ya se han intentado (probado) en otros lugares, con los resultados y la relevancia de esta experiencia para el problema específico (Goddard, 2022: 155). Goddard (2022: 157-158) sugiere formular las siguientes preguntas analíticas:

a) ¿Existe algún modelo internacional bien establecido y de éxito que deba utilizarse como punto de partida para la legislación propuesta?

b) ¿Qué precedentes existen en sociedades comparables para el enfoque propuesto y adoptado en la legislación?

c) ¿Tuvo éxito el planteamiento en estas otras sociedades? ¿Cómo podemos saberlo?

d) ¿Se trasladará el éxito en otros lugares al entorno social, económico e institucional de su sociedad?

La búsqueda de vías alternativas también implica diversificar los instrumentos que pueden utilizarse en cada caso. La técnica tradicional de utilizar normas de mando y control puede dar paso a otras opciones de aplicación, como la negociación, el convencimiento y la persuasión (Hood, 1986; Howlett, 2005). Existen diversos medios gubernamentales para estructurar la respuesta al problema, incluidos los que no son necesariamente legislativos, como la concesión de subvenciones (incentivos), las campañas de información, etcétera.

Los instrumentos tampoco tienen que ser necesariamente punitivos (acompañados de sanciones, ya sean económicas o restrictivas de derechos o libertades), esto depende del grado de coerción deseado. Eventualmente, los instrumentos también pueden ser mixtos; todo ello para garantizar el mejor diseño de la legislación.

En este sentido, además de no considerar alternativas, la elección equivocada de las herramientas de aplicación puede conducir a fracasos legislativos. A continuación, se analizan algunos ejemplos históricos de este fracaso.

La *War on Drugs* fue una política adoptada por Estados Unidos en la década de 1970 con el objetivo de reducir el tráfico y el consumo de drogas ilícitas. La guerra contra las drogas es una metáfora que asocia el consumo de drogas con una amenaza para la seguridad nacional. El principal objetivo de la *Guerra contra las Drogas* era combatir el tráfico y el consumo de drogas mediante la adopción de estrictas medidas punitivas. Los resultados de la *Guerra contra las Drogas* incluyeron un aumento de la población carcelaria, aunque la tasa de consumo de drogas se mantuvo estable (o aumentó en ciertos periodos). Se dice que las razones del fracaso están asociadas al enfoque exclusivamente punitivo, a la aplicación desigual de las leyes (afectando más intensamente a afroamericanos y latinos) y a la falta de atención a las medidas preventivas y de tratamiento en términos de salud pública.

La *política del hijo único* se implantó en China en 1979, con el objetivo de controlar el crecimiento demográfico del país y reducir la presión sobre los recursos naturales y los servicios públicos. Sin embargo, las evaluaciones señalan que la política ha provocado un importante desequilibrio entre hombres y mujeres, el envejecimiento de la población y violaciones de los derechos

humanos. Entre las razones que contribuyen al fracaso están: la aplicación coercitiva, la falta de respeto a los derechos individuales (libertad de elección y planificación familiar) y la ausencia de políticas de apoyo a la familia. India —que también se enfrenta a problemas de superpoblación, ha adoptado políticas menos coercitivas y ha invertido en programas de planificación familiar y educación— ha conseguido evitar algunos de los problemas experimentados por China.

Desde 1985, las zonas rurales pueden tener un segundo hijo. En 2015, el gobierno empezó a permitir que todas las familias, independientemente de la región, tuvieran dos hijos.

De hecho, incluso dentro de esta causa de fracaso legislativo, se encuentra la situación en la que, debido a la complejidad de la legislación, su aplicación requerirá la actuación de los tribunales. Goddard (2022: 18, 84) cita el ejemplo de la reforma de 2001 de la ley que regula la división de bienes entre parejas en Nueva Zelanda: la norma otorgaba a los tribunales el poder de decidir sobre demandas relacionadas con la disparidad de ingresos tras la separación, causada por la división de roles en el seno de la familia. La legislación se centraba en la situación en la que, debido a la separación, el capital humano y la capacidad de ganancia de uno de los miembros de la pareja (casi invariablemente el hombre) aumentaban y el capital humano y la capacidad de ganancia del otro (casi invariablemente la mujer) disminuían.

El nuevo régimen, sobre todo debido a la generalidad de la cláusula de disparidad económica, era complejo y opaco. Además, fue administrado por los tribunales de una forma que hizo que su aplicación fuera lenta y costosa, ya que ahora se requerían pruebas periciales sobre el potencial de ingresos real y contrafactual (Goddard, 2022: 84). Como resultado, la reforma legislativa se convirtió en *papel mojado*. En la práctica, supuso un obstáculo para la eficacia de la legislación, ya que para verla aplicada había que acudir a los tribunales e incurrir en gastos. Quienes más podrían haberse beneficiado de la legislación (principalmente las mujeres) fueron precisamente quienes más dificultades tuvieron para invocarla.

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

Como ya se ha visto, según las buenas prácticas y las orientaciones teóricas, el proceso de elaboración de la legislación debe pasar por una serie de etapas analíticas, que implican: definir el problema; saber qué acciones se han tomado (o no) anteriormente para resolverlo; enumerar las alternativas disponibles o posibles; deliberar y elegir la mejor opción; adoptar y aplicar la legislación; evaluar los resultados obtenidos; y decidir si se revisa o modi-

fica la legislación. Estas actividades coinciden con el ciclo tradicional de las políticas públicas, cuyo proceso, como es bien sabido, no es tan lineal como sugiere la lista anterior.

Todas las fases de este proceso legislativo están impregnadas de argumentación, que es la clave. La *comunicación* sobre cada una de estas fases es un elemento que, aunque no figure en la lista, es clave para dar visibilidad y arrojar la luz adecuada sobre la consecución de los objetivos. Subestimar la necesidad de la retórica y el desarrollo de las habilidades comunicativas necesarias para redactar la legislación es uno de los factores que pueden contribuir a los fracasos legislativos.

Una comunicación adecuada de la propuesta legislativa formaliza los conceptos y permite avanzar en los debates. Debe abarcar tanto el contexto como el proceso. Se trata de la capacidad de los formuladores para explicar y defender el plan de acción; de empaquetar la propuesta de forma que resulte persuasiva en el debate público. En la redacción de legislación, lo que no se puede redactar o explicar de forma sencilla y convincente tiende a no tener éxito. La identificación de argumentos persuasivos desempeña un papel importante en el proceso, más que el razonamiento basado en demostraciones lógicas, datos, información y pruebas.

Varios autores —como Atienza (1997; 2004), Oliver-Lalana (2022) y otros— han trabajado sobre el carácter argumentativo de la justificación de las normas. A este enfoque se añade el elemento *estratégico* trabajado por Majone (1989), en el sentido de encajar la propuesta legislativa en un *storytelling*, una narración verosímil construida de forma sencilla y convincente sobre las razones de la legislación propuesta y cómo se llevará a cabo. Esta narrativa es una herramienta explicativa y, al mismo tiempo, una prueba de fuego para la claridad y coherencia de las ideas y la consistencia del proyecto de ley con el objetivo político original (Goddard, 2022: 161).

Los actores tendrán que explicar sus posiciones en la arena política. Por esta razón, Majone (1989) sostiene que el analista involucrado en la formulación de políticas públicas necesita actuar como un orador que busca persuadir a los actores políticos y al público en general, reconociendo la complejidad de los problemas y la necesidad de justificar las decisiones tomadas. El autor subraya la importancia de crear consenso en el proceso de formulación de políticas públicas. El objetivo principal es, aportando pruebas y argumentos, permitir la deliberación pública. Los legisladores no deben limitarse a identificar soluciones a los problemas subyacentes a las propuestas, sino que deben tratar de persuadir y comunicar eficazmente, trascendiendo la mera aplicación de modelos racionales de toma de decisiones.

Entre las habilidades discursivas que requiere este enfoque están la simplificación, la planificación y la capacidad de hacer inteligible la información.

Según Smith (2013: 23), la comunicación consiste en producir información útil para el proceso político de elaboración de la legislación. La información útil tiene cuatro características principales: ayuda a resolver problemas; sirve para la acción; tiene consecuencias; y es accesible al público. Se trata de responder a algunas preguntas cuando se diseña la comunicación o se decide proporcionar información sobre el proceso legislativo: ¿para quién es relevante? ¿Cómo ayudará a resolver el problema? ¿Qué se quiere conseguir con la información? ¿Qué es probable que ocurra como resultado de esta información? ¿Qué impacto podría tener esta información? ¿Cómo se hará pública esta información?

Smith (2013: 24) continúa explicando los aspectos que influyen en esta comunicación, como el conocimiento previo de las expectativas implicadas, el género, la credibilidad, etc.

7. CONCLUSIÓN

En este capítulo se ha abordado la idea de los *fracasos legislativos*, se han enumerado algunas de sus principales causas y se ha señalado cómo las directrices disponibles para mejorar la redacción legislativa pueden ayudar a evitar la aprobación de leyes que no logran los resultados que se esperaban de su promulgación o que, aunque avanzan en esa dirección, lo hacen a un coste elevado o con efectos secundarios no deseados o, lo que es peor, agravando el problema que pretendían resolver. La lista no pretendía ser exhaustiva, sino simplemente comprender los factores más comunes que conducen a distintos tipos de fracaso legislativo e ilustrar que ciertos fracasos podrían evitarse aplicando los métodos adecuados.

Sin embargo, como hemos visto, el *fracaso legislativo* no es del todo malo, ya que forma parte de un proceso de aprendizaje. Sin fracaso, la legislación no evoluciona. En línea con Gouvin (1994: 1286), sin la perspectiva del fracaso, el proceso de elaboración de la legislación pierde un eslabón vital y la posibilidad de ser mejorado. De ahí la importancia de identificar correctamente el problema que la ley pretende resolver. Sin ello, no es posible evaluar la eficacia legislativa, que se mide en función de los problemas que la legislación pretendía resolver. No identificar el problema, por tanto, dificulta la medición de su fracaso o éxito.

Pueden producirse fallos incluso con la aplicación previa de la metodología para una legislación racional. Pueden haberse producido causas externas o los mecanismos pueden haber fallado a la hora de identificar las susceptibilidades *ex ante*. Pero los fallos siempre pueden medirse *a posteriori*. Por eso es importante llevar a cabo evaluaciones de la legislación, que proporcionan *información* valiosa sobre qué enfoques funcionan y cuáles no. Institucionalizar

esta actividad de evaluación de los resultados legislativos es la mejor solución para abordar (corregir y prevenir) los fracasos legislativos.

La lista de las principales causas de los fracasos legislativos analizada en el capítulo ha dejado fuera algunas fallas en la planificación de las leyes que ya han sido suficientemente trazadas en la literatura, como desconocer la importancia de las instituciones que se encargarán de implementar la legislación, ya sea aplicando, interpretando o garantizando su coercitividad; si ya existen, es necesario conocer cómo funcionan estas instituciones en la práctica; si no, es necesaria su planificación al momento de diseñar la legislación (Bardach, 1977). Sin duda, la falta de capacidad institucional es una de las principales causas de los fracasos legislativos (King; Crewe, 2014).

Tampoco se ha profundizado en otro fallo común: el de descuidar que la perspectiva más importante a tener en cuenta es la del destinatario final de la legislación, las personas a las que se aplica; si estas desconocen la legislación o no entienden sus normas, la legislación tiende a fracasar. En estos términos, la *accesibilidad* es un elemento esencial para que la ley sea eficaz. Además de hacer pública la legislación, el mecanismo para hacerla accesible consiste en redactarla y presentarla en un *lenguaje sencillo* que facilite su comprensión y aplicación. Por otro lado, si el público al que va dirigida la legislación es especializado, debe utilizarse un lenguaje técnico.

Como hemos visto, muchos fracasos legislativos son el resultado de no prestar suficiente atención a los cambios de comportamiento que una nueva ley fomentará, en términos dinámicos, considerando las consecuencias no solo a corto plazo, sino a medio y largo plazo. No prestar suficiente atención a los incentivos a largo plazo creados por la ley —como sucedió, por ejemplo, en los casos del impuesto a las ventanas, los días sin auto en la Ciudad de México, las serpientes, las ratas— genera los peores tipos de fracasos legislativos, aquellos que agravan el problema que pretendían resolver.

Un argumento más complejo sobre los fracasos legislativos puede encontrarse en Scott (2021), quien sostiene que los planes de ingeniería social suelen fracasar debido a una combinación de cuatro factores: 1) la simplificación excesiva de la complejidad de la vida social y natural; 2) lo que el autor llama la *ideología del alto modernismo*, prevaleciente en el siglo xx, consistente en la creencia en la capacidad de la ciencia y la tecnología para transformar la sociedad, que llevó a la aplicación de soluciones únicas y universalmente aplicables, ignorando los contextos locales específicos; 3) Estados autoritarios, con mayor capacidad para imponer planes de ingeniería social de manera vertical, suprimiendo la resistencia y la retroalimentación de la sociedad civil, eliminando la adaptabilidad y la capacidad de responder a problemas imprevistos; y 4) una sociedad civil debilitada, carente de capacidad para resistir los planes de ingeniería social impuestos por el Estado. Aunque este enfoque

no se ha explorado en profundidad en este trabajo, no es incompatible con el utilizado aquí.

Para resumir todo lo que hemos visto, las causas más comunes del fracaso de las leyes se deben a fallos en el proceso de planificación, fallos en el análisis, sobre todo del problema (por falta de información relevante) y en el reconocimiento y predicción de las consecuencias. Cuanto más explícito sea el problema que la legislación pretende resolver, los objetivos que pretende alcanzar y cómo (los medios para hacerlo), mayores serán las posibilidades de localizar y corregir los posibles fallos. Sin estos elementos mínimos, la propia evaluación puede verse comprometida. Y no realizar evaluaciones legislativas es una de las recetas del fracaso legislativo.

REFERENCIAS

Atienza, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.

— 2004: «Argumentación y legislación», en A. Menéndez (dir.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Civitas.

Bardach, E., 1977: *The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law*, Cambridge: The MIT Press.

Costa, A., 2021: *Leis absurdas: 51 leis absurdas que você não conhecia*, São Paulo: LVM Editora.

Davis, L., 2008: «The Effect of Driving Restrictions on Air Quality in Mexico City», *Journal of Political Economy*, 116 (1): 38-81.

Ellery, R. *et al.*, 2018: «Controle sintético como ferramenta para avaliação de políticas públicas», en A. Sachsida (org): *Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*, Brasília: IPEA.

Eskeland, G.S., Feyzioglu, T., 1997: «Rationing Can Backfire: The «Day Without a Car» in Mexico City», *The World Bank Economic Review*, 11 (3): 383-408.

Goddard, D., 2022: *Making Laws that Work: How Laws Fail and How We Can Do Beter*, Oxford: Hart Publishing.

Gouvin, E., 1994: «Truth in Savings and the Failure of Legislative Methodology», *University of Cincinnati Law Review*, 62: 1281-1376.

Hood, C., 1986: *The tools of government,* Chatham, NJ: Chatham House Pblrs.

Howlett, M., 2005: «What is a policy instrument? Tools, mixes, and implementation styles», en P. Eliadis, M. M. Hill, y M. Howlett (eds.): *Designing government. from instruments to governance*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press.

King, A. y Crewe, I., 2014: *The Blunders of Our Governments*, London: Oneworld.

Majone, G., 1989: *Evidence, argument, and persuasion in the policy process*, New Haven: Yale University Press.

Mashaw, J., Harfst, D., 1987: «Regulation and Legal Culture: The Case of Motor Vehicle Safety», *Yale Journal on Regulation*, 4 (2): 257-316.

Mendes, M., 2022 (org.): *Para não esquecer: políticas públicas que empobrecem o Brasil*, Rio de Janeiro: Autografia.

OLIVER-LALANA, A.D., 2022: «Los debates legislativos en el parlamento como fuente de justificación de la ley: un enfoque de análisis y evaluación», en OLIVER-LALANA, A.D. (ed.), *Debatiendo leyes: Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Madrid: Dykinson.

PAYNE, J.M., 2006: *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*, Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

RUBIN, E., 1991: «Legislative Methodology: Some Lessons from the Truth-in-Lending Act», *The Georgetown Law Journal*, 80 (2): 233-307.

— 2005: «The Conceptual Explanation for Legislative Failure», *Law & Social Inquiry*, 30 (3): 583-606.

SCHUETTINGER, R.L., BUTLER, E.F., 2020: *4000 Años de controles de precios y salarios*, Madrid: Unión Editoral.

SCOTT, J.C., 2021: *Lo que ve el Estado. Cómo ciertos esquemas para mejorar la condición humana han fracasado*, México: FCE.

SMITH, C., 2013: *Writing Public Policy*, Oxford: OUP.

STEIN, E., *et al.*, 2006: *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*, Washington: Inter-american Development Bank, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University.

ZAPATERO, V., 2009: *El arte de legislar*, Pamplona: Aranzandi.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 43-74
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/02*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES *INCONSTITUCIONALES*

Jorge Baquerizo Minuche
Università degli Studi Roma Tre

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis teórico sobre las diversas posibilidades de «error» en el ámbito de la producción de leyes de reforma constitucional. En la primera parte se realizan algunas precisiones de orden conceptual sobre las dimensiones de la constitución en la reforma constitucional y sobre el estatus de las normas limitadoras de la reforma; asimismo, se proponen varias definiciones en orden a perfilar la noción de «errores de producción constitucional». Sobre la base de lo anterior, en la segunda parte del trabajo se expone una tipología de errores de producción constitucional que se conecta con las condiciones de validez formal y material a la que está sometida dicha producción normativa. Esta tipología de errores permite esclarecer la noción misma de «reformas constitucionales *inconstitucionales*», de creciente uso en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional de diversos países, así como sus diversas posibilidades de aplicación dentro de los ordenamientos jurídicos caracterizados por la rigidez de sus constituciones.

PALABRAS CLAVE: reforma constitucional; límites a la reforma; rigidez constitucional; validez formal; validez material; errores legislativos.

1. INTRODUCCIÓN: RIGIDEZ Y LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En este trabajo me ocuparé de un tipo particular de errores de producción legislativa: los errores en la producción de reformas constitucionales, dentro de los ordenamientos jurídicos encabezados por una constitución escrita y *rígida*.

La rigidez, como se sabe, es una característica de ciertas constituciones cuya modificación está fuera del alcance de la legislación ordinaria: su cambio solo se puede vehicular a través de ciertos procedimientos legislativos especiales y más complejos que el procedimiento legislativo común. Desde el punto de vista de los grados de dificultad que pueden identificarse en tales procedimientos especiales —cuestión que atañe al derecho positivo—, se puede hablar de constituciones *más o menos* rígidas[1] o, incluso con más precisión, de *procedimientos* más o menos «agravados» de reforma dentro de sistemas de constitución rígida. Sin embargo, desde el punto de vista del *concepto* mismo de «rigidez» (y no de sus condiciones), una constitución solo puede ser «rígida» o «no rígida» (es decir, «flexible»): no se trata de un concepto gradual sino más bien bivalente, *tertium non datur*[2].

En los ordenamientos con constituciones rígidas, el poder de reforma constitucional se caracteriza por ser un poder *constituido* («constituido» precisamente por la constitución que lo establece), cuyo ejercicio produce un tipo de legislación cualitativamente distinta a la legislación ordinaria[3]. Se trata, pues, de un poder normativo que, a través de un *proceso* legislativo especial, se dirige a modificar el texto de una constitución escrita; así, cuando este poder es efectivamente ejercido, el *producto* o resultado de ese ejercicio es un documento normativo (usualmente denominado «ley de reforma constitucional») que modifica el conjunto de disposiciones constitucionales hasta entonces existente[4]: ya sea reemplazando o derogando disposiciones que se encontraban previamente en vigor, o bien introduciendo nuevas disposiciones en el respectivo texto constitucional[5].

---

[1] Guastini, 2017a: 270 [1].

[2] Luzzati, 2012: 201-202.

[3] «Si, y solo si, la constitución es rígida, se vuelve posible distinguir dos "niveles" jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de reforma constitucional)». (Guastini, 2017a: 216. Traducción propia).

[4] En este trabajo adopto la conocida distinción teórico-general entre «disposición» y «norma» (véase *infra*, apartado 2.1). Sobre esta distinción, véase, en general, Guastini, 1998: 15-20; Pino, 2016: 22 y ss.

[5] En la mayoría de ordenamientos jurídicos, la introducción de nuevas disposiciones constitucionales está prevista únicamente como posibilidad de una *reforma parcial*; sin embargo, existen ordenamientos (en realidad, muy pocos) cuyas constituciones también prevén el eventual reemplazo de *todo* el documento constitucional a través de un mecanismo de *reforma total*. Este es el caso, por ejemplo, de

Ahora bien, si las leyes de reforma constitucional pueden modificar válidamente una constitución es porque ocupan un lugar destacado en la jerarquía de las fuentes del derecho. Y es que, si bien estas leyes se encuentran *formalmente* (o «estructuralmente») subordinadas a las normas constitucionales que determinan la competencia y el procedimiento para reformar la constitución[6], al mismo tiempo sus normas (las normas que se extraen de dichos actos reformatorios) están *materialmente* situadas en el mismo nivel jerárquico que las normas de la constitución hasta entonces en vigor[7]; si no fuese así, cualquier modificación constitucional que estableciera algo diverso respecto de lo que dice la constitución —lejos de reformarla— sería sencillamente inconstitucional[8]. Así, pues, en línea de principio, las leyes producidas por el poder de reforma constitucional se colocan «sobre el mismo nivel que la propia constitución» desde el punto de vista de la jerarquía material[9]: es esto lo que precisamente permite que la constitución pueda ser válidamente reformada[10].

No obstante, el poder de reforma constitucional, como se analizará a lo largo de este trabajo, está *necesariamente* sujeto a límites: siendo una competencia jurídica conferida y limitada por las normas constitucionales que determinan, cuando menos, *quién* puede y *cómo* se puede modificar válidamente la constitución, se trata de un poder que no puede *no* tener limitaciones, lo que es un rasgo común de todos los poderes constituidos. De esta necesidad —en sentido lógico o conceptual— se sigue que no es concebible un poder *ilimitado* de reforma constitucional; al contrario, se trata de un poder limitado por el derecho, cuyo ejercicio «bien podría ser, si se violan tales formas y tales límites, invalido»[11], dando como resultado —no ya una reforma consti-

---

las constituciones de Austria (art. 44.3), España (art. 168), Perú (art. 32.1) y Suiza (art. 193). En estos casos, como es evidente, la reforma constitucional no produce simplemente un cambio *en la constitución* sino, más bien, un cambio *de constitución*.

[6] Guastini, 2017a: 125.

[7] *Ibid*. Con la notoria excepción de las normas constitucionales que eventualmente se encuentren protegidas frente a la reforma; como se verá más adelante, estas normas son materialmente superiores a las normas provenientes de los actos reformatorios (véase *infra*, n. 60 y texto correspondiente).

[8] *Ibid.*: 125 [57].

[9] Guastini, 1998: 367 (traducción propia). Es pertinente aclarar que una relación de jerarquía material atañe al *contenido* de los enunciados jurídicos y, por tanto, no se establece propiamente entre actos normativos sino entre *normas*; por ende, una relación de este tipo no se da entre «la constitución» y «las leyes de reforma constitucional», sino entre las respectivas normas obtenidas a partir de la interpretación de tales actos normativos. Con todo, esta forma de expresarse es bastante inocua si se tiene en cuenta que una jerarquía material «se concreta en la posibilidad de anular un acto normativo» y que, en consecuencia, esta también podría ser concebida «como una jerarquía entre tipos de actos normativos (una jerarquía entre fuentes), determinada por la particular relación que se genera entre las normas expresadas por tales actos normativos» (Pino, 2016: 171. Traducción propia).

[10] Si, en condiciones normales de ejercicio, el poder de reforma constitucional puede producir *válidamente* ciertos cambios a la constitución, ello implica que las disposiciones constitucionales introducidas por el poder de reforma encuentran un fundamento dinámico de validez en las normas constitucionales precedentes y forman parte de las *fuentes derivadas* del derecho. Sobre las fuentes «derivadas» («*derivative sources*»), véase Pino, 2021b: 73-74, 76.

[11] Ferrajoli, 2007a: 857.

tucional— sino un acto *inconstitucional* que, bajo ciertas condiciones, podría incluso contar como una ruptura *de facto* del orden constituido, es decir, como una manifestación del «poder constituyente» [12].

En virtud de estas características del poder de reforma, dentro del contexto de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas es posible hablar de «errores» de producción legislativo-constitucional, vale decir, errores de forma o de contenido que se pueden cometer al momento de producir una reforma que viole los límites marcados por la propia constitución para tales efectos. Utilizar una terminología vinculada a los «errores» legislativos, ciertamente, no es muy común en el ámbito de la reforma, pero su introducción se acopla bastante bien con las nociones de fondo que estructuran el discurso de los cambios constitucionales; además, lo anterior permite resaltar algunos aspectos de suma importancia tanto para la teoría como para la práctica constitucional.

Para la teoría constitucional, introducir la noción de errores de producción constitucional puede ser funcional para resaltar la distinción entre los cambios constitucionales *según la constitución* (producidos precisamente por el ejercicio regular del poder de reforma, dentro de los límites establecidos) y los cambios constitucionales *contrarios a la constitución* (producidos por un ejercicio irregular o inválido de tal poder, fuera de los límites de la reforma). Ello, a su vez, permitiría reconstruir las transformaciones constitucionales evidenciables dentro de una determinada comunidad política, a efectos de identificar qué cambios han supuesto la continuidad del orden jurídico preexistente y qué cambios han implicado, por el contrario, el surgimiento de un *nuevo* orden jurídico [13].

Para la práctica constitucional, por su lado, la noción de errores de producción constitucional podría ser relevante desde al menos dos perspectivas: la perspectiva de la *participación* en el proceso de reforma y la perspectiva del *control* de constitucionalidad de las reformas.

Desde la perspectiva de los participantes del proceso de reforma —lo que puede incluir no solo a los actores políticos involucrados sino también a los ciudadanos [14]—, conocer qué tipo de cambios constitucionales constituyen un «error» (según la constitución de que se trate), podría tener un impacto en

---

[12] Sobre las condiciones para considerar que ha habido una manifestación del poder constituyente, véase Baquerizo Minuche, 2021: cap. II.

[13] Adopto en este trabajo la definición de «orden jurídico» que se extrae de Alchourrón y Bulygin, 1976 : 420-421: una secuencia de sistemas normativos —es decir, una secuencia de conjuntos de normas— relacionados por los mismos criterios de identificación.

[14] La participación política dentro un proceso de reforma constitucional se incluye aquí como parte de la *práctica constitucional* dado que, como afirma Bruce Ackerman, no parece razonable restringir este ámbito de acción a la práctica de los jueces: «*While courts played a secondary role in the evolving higher lawmaking process, we cannot narrowly focus on judges if we hope to describe, and reflect upon, the constitutional practice*» (Ackerman, 1991: 22).

distintos niveles. Así, por ejemplo, lo anterior podría condicionar la elección del tipo de pretensiones de modificación a la constitución que se quisieran proponer, así como el tipo de iniciativa y de procedimiento que habría de seguirse para impulsar y lograr el cambio constitucional pretendido; y podría condicionar también la decisión de las mayorías en los procesos electorales cuando, dentro de ciertos supuestos, una reforma a la constitución sea sometida a la aprobación popular[15].

Asimismo, desde la perspectiva del control de constitucionalidad sobre las reformas (en los ordenamientos donde se prevé algún tipo de mecanismo al respecto)[16], la relevancia en la identificación de los posibles errores de producción constitucional puede contribuir a resaltar los parámetros de control para determinar si un determinado proyecto de reforma, o una reforma ya concretada, resulta (o no) «constitucional»[17].

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo está estructurado en dos partes: en la primera parte (apartado 2) realizaré algunas precisiones de orden conceptual que pueden contribuir a perfilar la noción de error de producción constitucional; en la segunda parte, en cambio (apartado 3), realizaré una exposición sobre los diversos tipos de errores de producción constitucional que se pueden verificar dentro de este contexto normativo. Finalmente, cerraré el presente trabajo con una breve reflexión a modo de conclusión (apartado 4).

2. ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL: PRECISIONES CONCEPTUALES

2.1. La doble dimensión de la constitución frente a su reforma

Un presupuesto necesario para formular una tipología de errores de producción constitucional es la conocida distinción teórica entre «disposición» y «norma»[18]. Una *disposición* es un enunciado contenido en un documento calificable como fuente del derecho[19]; una *norma*, en cambio, es el significado

---

[15] Por ejemplo, el art. 138, inciso 2, de la constitución italiana prevé, bajo ciertas condiciones, un referéndum de aprobación de las reformas constitucionales.

[16] Véase Ragone, 2011, para un estudio de derecho comparado sobre las diversas modalidades con las cuales se ha instituido un control constitucional de las reformas.

[17] El control constitucional de las reformas puede adoptar una modalidad preventiva (sobre proyectos de reforma) y/o una modalidad correctiva (sobre reformas ya realizadas), lo que depende no solo del diseño específico que cada ordenamiento jurídico establezca al respecto, sino también —y quizás sobre todo— de las orientaciones jurisprudenciales en sede de la jurisdicción constitucional de cada país (*ibid.*: capítulos III-V).

[18] Como se sabe, se trata de una distinción ampliamente aceptada en la filosofía contemporánea (véase, al respecto, Moreso, 2023: 31-33). Sobre la evolución de esta distinción y sobre su consolidación a partir de los desarrollos en la teoría analítica de la interpretación, véase Pino, 2021a: 27 [6].

[19] Pino, 2016: 24; véase, también, Guastini, 2017a: 23.

atribuible a una disposición a través de la interpretación jurídica[20]. Esta distinción resulta útil dentro de este contexto de análisis porque permite caracterizar con mayor exactitud las dos dimensiones de una constitución respecto a las modificaciones constitucionales: como *objeto* sobre el que recae una reforma constitucional y como *guía normativa* para la realización (o para la evaluación) de una reforma constitucional[21].

Cuando la constitución es *objeto* de una reforma, la modificación recae siempre sobre el documento constitucional escrito: sobre el *texto* constitucional[22]. El concepto relevante aquí es el de *disposición*: los actos normativos de reforma constitucional, siempre en relación con el texto constitucional escrito, introducen nuevas disposiciones, derogan disposiciones preexistentes o sustituyen ciertas disposiciones por otras (es decir, realizan una mezcla de las anteriores posibilidades: derogación *e* introducción de disposiciones)[23]. El objeto de la reforma constitucional, pues, tiene que ver exclusivamente con disposiciones constitucionales o con fragmentos de disposiciones; por ello mismo, los específicos actos normativos de reforma (las leyes de reforma constitucional) se refieren siempre a los «artículos» de la constitución, al modo de: «Introdúzcase el siguiente artículo a continuación del art. X» o «Sustitúyase el art. Y por el siguiente artículo», o «Elimínese el art. Z de la constitución», etcétera.

En cambio, cuando la constitución funciona como *guía normativa* para la realización o para la evaluación de una reforma constitucional —o sea, para regular o para controlar su propia modificación—, el análisis exige echar mano no solo del concepto de *disposición* sino también, y sobre todo, del

---

[20] Pino, 2016: 24. Por «interpretación jurídica» se entiende «la actividad intelectual que consiste en atribuir significado a las disposiciones contenidas en un texto normativo» (*ibid.*., traducción propia). En el mismo sentido, véase también Guastini, 2017a: 23, 307 y ss.; y Pino, 2021a: 28: «El resultado de esta actividad, su producto, es la "norma": el tránsito de la disposición a la norma (el tránsito del enunciado a su significado) se da a través de la interpretación. La norma, en síntesis, es el significado de una disposición, identificado luego de una interpretación» (traducción propia). Con todo, la tesis de que las normas son el resultado de la actividad interpretativa no es una tesis pacífica; una reciente discusión al respecto puede verse en Moreso, 2023: 33-36.

[21] Esta dualidad explica, a su vez, la ambigüedad del término «constitucional» dentro de este contexto: una reforma es «constitucional», banalmente, cuando recae sobre una constitución (constitución-*objeto*), o bien cuando resulta *conforme* con la constitución (constitución-*guía*).

[22] En este sentido, Carl Schmitt definía el concepto de reforma constitucional como una modificación «del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento» (Schmitt, 1928: 115). Véase también Loewenstein, 1969: 175: «Técnicamente, una reforma constitucional solamente puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación —suplemento—, o bien se suprime algo —supresión— o bien se sustituye el texto existente por otro —cambio—».

[23] Siguiendo lo expuesto en Bulygin, 1982: 180, Guastini señala tres posibles tipos de reforma constitucional: *a*. la introducción de una nueva disposición; *b.* la supresión de una disposición preexistente; y *c*. la sustitución de una disposición preexistente, esto es, la combinación de *b.* y *a.* (véase Guastini, 2011b: 369). Esta tipología está emparentada con ciertas ideas expuestas en Alchourrón, 1988 : 332, sobre el cambio de los sistemas normativos, a saber: la *expansión* (adición de una norma al conjunto); la *contracción* (eliminación de una norma del conjunto) y la *revisión* (eliminación y posterior adición de normas en el conjunto).

concepto de *norma*. Por una parte, toda constitución rígida contiene necesariamente disposiciones que establecen la competencia y el procedimiento para operar una reforma constitucional [24]; además, algunas constituciones (numerosas constituciones, pero no todas) contienen también disposiciones que prohíben explícitamente la reforma de ciertos contenidos que se asumen como protegidos [25]. Pero, por otra parte, esas disposiciones constitucionales no pueden comprenderse ni aplicarse sin que antes se les atribuya un significado: su comprensión exige efectuar previamente una interpretación jurídica [26].

Dicho de otro modo, la «guía normativa» de la reforma constitucional se extrae a partir de la actividad interpretativa de ciertas disposiciones de la constitución relativas a los límites de tal operación reformatoria y se concreta en el producto o resultado de la interpretación: en normas constitucionales [27]. En adición, y como se verá más adelante, esta guía normativa puede conformarse no solo por normas *explícitas* sino también por normas *implícitas* que no son propiamente el producto de la interpretación textual de disposiciones constitucionales sino el resultado de la interpretación constitucional «en sentido amplio» o interpretación «metatextual» [28].

---

[24] Si no fuese así, no se trataría de una constitución rígida: «En todo sistema de constitución rígida necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de reforma constitucional, en el sentido de que la constitución (siendo rígida) dicta reglas sobre el procedimiento de reforma: si no lo hiciere, no sería rígida» (Guastini, 1999: 113. Traducción propia). En esta última hipótesis, podría argumentarse que la constitución es «flexible» o, al contrario, «petrificada», dependiendo del contexto y, sobre todo, de las asunciones conceptuales de quien interpreta un caso de este tipo; para una exposición de los diversos argumentos que se podrían ofrecer respecto de este problema (el problema de cuando una constitución no dice nada respecto de su reforma), véase Guastini, 2011c: 184-186.

[25] Véase *infra*, n. 70.

[26] Como señala Giorgio Pino, «el derecho no se aplica por sí mismo a sus destinatarios: existen instituciones dedicadas a la aplicación del derecho, y en el proceso de aplicación tales instituciones deben (= no pueden no) interpretar las disposiciones jurídicas, esto es, deben atribuirles un significado» (Pino, 2020: 391. Traducción propia). Esto es así salvo que se asuma que, en ciertos casos (en los «casos claros»), las disposiciones jurídicas puedan ser comprendidas sin necesidad de interpretación, por mera comprensión intuitiva o en virtud de directivas metodológicas como la tradicional *in claris non fit interpretatio*; para una crítica de esta forma de entendimiento de las relaciones entre interpretación y significado, véase Guastini, 2011b: 401-404. En este trabajo, en cambio, adopto una tesis contraria: «*no existe significado sin interpretación* [...] cualquier decisión acerca del significado de un texto, no importa si es "claro" u "oscuro", constituye interpretación [...] también un significado obvio es de todos modos un significado, y el significado es una variable dependiente de la interpretación» (*ibid.*: 405, cursivas en el original. Traducción propia). Véase también Pino, 2021a: 98: «la noción de caso claro no deja afuera a la interpretación: al contrario, la presupone. Para establecer que un cierto caso es un caso claro es necesario que se haya realizado previamente una actividad interpretativa, justamente porque un caso es claro *a la luz* de una norma, *respecto* de una norma, y la norma es el producto de una interpretación» (cursivas en el original. Traducción propia).

[27] Lo que es compatible, por cierto, con el uso de normas que son el resultado de interpretaciones anteriores: «el intérprete puede decidir que utilizará exclusivamente, y de manera directa, una norma (una interpretación-producto) tal como ha sido elaborada en una ocasión anterior, sin necesidad de emprender *ex novo* una actividad interpretativa para el caso respectivo» (*ibid.*: 56. Traducción propia).

[28] Véase *infra*, apartado 3.2.2. La interpretación jurídica «en sentido amplio» o «metatextual» es definida como «una serie de operaciones heterogéneas que se realizan "en torno a" (y no "sobre") los textos a interpretar, ya sea antes o después de la interpretación textual», y que mantienen con esta última «una relación que se caracteriza no solamente por las densas interacciones sino también por la

2.2. El *estatus* de las normas limitadoras de la reforma constitucional

Una vez efectuada la anterior distinción, es necesario realizar también una siguiente clarificación respecto al estatus de las normas que establecen límites a la reforma constitucional. Una norma, como se ha dicho, es un significado que se identifica por medio de la actividad interpretativa; pero dado que la interpretación jurídica es una actividad intelectual que puede ser realizada por *cualquier* persona y no solo por sujetos dotados de autoridad[29], una representación adecuada de los límites a la reforma constitucional requiere encuadrarlos dentro de normas *jurídicamente existentes* en un ordenamiento dado[30]. En este específico contexto de análisis, la existencia jurídica de tales normas se puede identificar, en mi opinión, a partir de dos criterios: el vínculo textual inequívoco con la constitución; o la consolidación de ciertas orientaciones interpretativas.

El primer criterio, formulado elípticamente, establece que un determinado límite a la reforma constitucional *existe* cuando la constitución lo declara expresamente: porque la constitución así lo «dice». En términos más precisos, lo que se señala con este criterio es que las normas limitadoras de la reforma constitucional existen, ante todo, cuando son el producto de la interpretación «declarativa» de ciertas disposiciones de una constitución que se refieren a su propio cambio, es decir, cuando son el resultado de una interpretación que simplemente confirma o reitera el significado más obvio o intuitivo (el significado *prima facie*) de tales disposiciones[31]. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando el enunciado interpretativo (resultante de la interpretación) no hace más que iterar la formulación lingüística de una disposición constitucional sobre la reforma[32]. En tales circunstancias, independientemente de quién realice la interpretación, puede convenirse que ciertas normas que limitan la reforma constitucional existen jurídicamente porque encuentran un inequívoco fundamento textual en la propia constitución.

---

continuidad» (*ibid*.: 223). Sobre las diversas operaciones que conforman este tipo de interpretación, véase *ibid*.: cap. VII; véase también Chiassoni, 2007: cap. II, § 4.

[29] Véase, en este sentido, Pino, 2021a: 53; véase también *ibid.*: 31: «Las normas adquieren existencia con un acto de interpretación jurídica, que es una actividad intelectual que puede ser realizada por cualquier persona» (traducción propia).

[30] Y es que resultaría de lo más insensato afirmar que la reforma constitucional está limitada por normas meramente *pensadas* por alguien, o por normas formuladas verbalmente por algún profesor de derecho constitucional dentro de sus clases, o por normas formuladas dentro de un libro o de un artículo académico, o por normas formuladas dentro de un voto disidente (*dissenting opinion*) de una sentencia constitucional, etc. (estos ejemplos han sido adaptados a partir de varias hipótesis señaladas en Pino, 2016: 113 y en Gianformaggio, 1991: 30).

[31] Sobre la interpretación declarativa, véase Pino, 2021a: 182-183.

[32] En este caso, el producto de la interpretación sería una «norma explícita isomorfa» (Chiassoni, 2007: 124). Otros modos de realizar una interpretación declarativa son expuestos en Pino, 2021a: 183.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si la interpretación declarativa se limita a reiterar el significado *prima facie* de ciertas disposiciones constitucionales, entonces las normas así identificadas difícilmente permitirán resolver problemas prácticos relacionados con reformas constitucionales concretas; así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico italiano, para resolver el problema de una reforma constitucional que se considere polémica porque aparentemente altera la «forma republicana», resulta claramente insuficiente invocar una norma que se limite a reiterar lo dispuesto por el art. 139 de la constitución («La forma republicana no puede ser objeto de reforma constitucional»). Por tanto, este primer criterio ciertamente permite identificar normas jurídicamente existentes (normas constitucionales) que establecen límites a la reforma, pero su utilidad estará reducida, por lo general, a pocos casos (casos «fáciles») de aplicación en abstracto o en concreto[33].

El segundo criterio, por su parte, establece que las normas constitucionales limitadoras de la reforma también existen jurídicamente cuando, a pesar de no ser el resultado de una interpretación «declarativa» del texto constitucional, tienen un uso consolidado o dominante dentro de una determinada cultura jurídica[34]. Esto implica que las normas que establecen límites a la reforma pueden ser también el resultado de diversas y heterogéneas operaciones interpretativas y/o constructivas que se realizan tomando como base el texto constitucional, pero siempre en la medida en que sean objeto de un acuerdo mayoritario o generalizado dentro de la comunidad jurídica de que se trate. La consolidación de una orientación interpretativa, por supuesto, no es una cuestión «todo o nada» sino más bien gradual, lo que apareja inevitablemente un problema de vaguedad (con la presencia de casos claros pero también de casos dudosos de «consolidación»)[35] y, asimismo, un problema de reconocimiento social del fenómeno[36].

Con todo, estos problemas pueden atenuarse si se tiene en cuenta una dimensión institucional de la interpretación jurídica, donde tiene toda relevancia

---

[33] Con todo, puede admitirse que ciertas disposiciones constitucionales sobre el procedimiento de reforma no parecen exigir mucho más que una interpretación declarativa a efectos de su aplicación en abstracto o en concreto.

[34] Véase, al respecto, Guastini, 2011b: 218: «En general —o sea, en relación con la mayor parte de los textos normativos— en cada momento dado existe dentro de la cultura jurídica una interpretación consolidada y dominante: el "derecho viviente"» (traducción propia). Véase también Guastini, 2013: 105: «Dicho con otras palabras: aunque existan diversas interpretaciones de las formulaciones normativas, así como diversas construcciones de normas inexpresas, siempre (o, mejor dicho, casi siempre) existen sincrónicamente varias interpretaciones y construcciones jurídicas generalmente aceptadas y dominantes: lo que la Corte constitucional italiana llama el "derecho viviente"» (traducción propia).

[35] Algunos problemas relacionados con el carácter irremediablemente gradual e indeterminado de este criterio son analizados en Pino, 2016: 113-115.

[36] Como señala Letizia Gianformaggio, la «positividad» del derecho (entendida como una propiedad gradual que se reconoce a los fenómenos jurídicos, vinculada con palabras, significados, argumentaciones y prácticas sociales), «es el fruto de una operación de reconocimiento, que es una práctica difuminada, compleja y, sobre todo —por necesidad lógica— no institucionalizada» (Gianformaggio, 1991: 30-31. Traducción propia).

establecer qué tipo de sujetos utilizan las normas en cuestión[37]; y es que, en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos, existen intérpretes cuyas decisiones «*a)* son vinculantes para algunos sujetos (resuelven autoritativamente un problema práctico); y, *b)* a menudo están dotadas de una cierta influencia incluso frente a otros intérpretes»[38]. En este sentido, si las normas constitucionales limitadoras de la reforma son utilizadas por órganos de aplicación con una especial posición o con una particular autoridad dentro del sistema constitucional y si, posteriormente, son objeto de un seguimiento uniforme por parte de otros intérpretes (otros jueces y tribunales, los legisladores, los representantes del poder ejecutivo, etc.), entonces puede decirse que dichas normas –ya sea explícitas o implícitas, fruto de la interpretación en sentido estricto o de la interpretación «metatextual», dotadas de mayor o menor grado de abstracción, etc.– *existen jurídicamente* en el ordenamiento respectivo porque efectivamente existe una convergencia a nivel institucional para utilizarlas en la resolución de casos prácticos[39].

2.3. Una definición de «límite a la reforma constitucional»

Siguiendo las anteriores distinciones y clarificaciones, resulta también necesario precisar que, dentro del presente trabajo, por «límite a la reforma constitucional» se entiende:

i. Una *condición de aplicación* de una norma constitucional jurídicamente existente que, de manera explícita o implícita, regula aspectos formales y/o materiales para la modificación de una constitución rígida[40];

---

[37] Pino, 2016: 114. Véase también Pino, 2021a: 8: «aunque de hecho cualquier persona puede interpretar textos jurídicos, en el derecho no todos los intérpretes tienen el mismo papel ni el mismo peso; algunas interpretaciones, realizadas por determinados intérpretes, tienen asignado un mayor "peso" que otras, y este mayor peso puede llegar al punto de modificar el lenguaje mismo del derecho: los intérpretes del derecho se expresan con un lenguaje que es, en parte, construido por ellos mismos (o, mejor dicho, por algunos de ellos)» (traducción propia).

[38] *Ibid.* (traducción propia).

[39] Esta circunstancia determina que dichas normas sean consideradas *vigentes*, según una de las posibles acepciones de este término: «Una norma es vigente cuando el juez la *usa* para justificar su decisión» (Bulygin, 1963: 378, cursivas en el original). En el mismo sentido Guastini señala que, desde un cierto nivel profundo de análisis, «la palabra "derecho" designa el conjunto de las normas *vigentes*, o sea, *efectivamente aplicadas* —es decir, usadas para motivar decisiones— en el pasado y previsiblemente aplicables en el futuro por parte de los órganos que, justamente, "aplican" las formulaciones normativas: los jueces, pero también la administración pública y los órganos constitucionales supremos» (Guastini, 2013: 105, cursivas añadidas. Traducción propia).

[40] La expresión «condiciones de aplicación» es utilizada por G.H. von Wright para hacer referencia a uno de los «componentes»", «ingredientes» o «partes» de las normas prescriptivas (von Wright, 1963: 70): «*The condition which must be satisfied if there is to be an opportunity for doing the thing which is the content of a given norm will be called a* condition of application *of the norm*» (*ibid.*: 73, énfasis en el original). Véase también *ibid.*: 73-75.

Las condiciones de aplicación, más específicamente, son establecidas dentro del supuesto de hecho de las normas: son las condiciones de «aplicabilidad interna» de una norma. Véase, en este sentido,

ii. Asociada a la consecuencia jurídica de la validez del acto normativo de reforma o de la validez de las específicas normas que componen el contenido de dicho acto (según el «carácter» formal o material que adopten los respectivos límites a la reforma constitucional).

De la anterior definición se sigue que los límites de la reforma constitucional solo pueden tener lugar dentro de la estructura «lógica» de las normas que, teniendo existencia jurídica, se derivan de actividades interpretativas —sea en sentido estricto o en sentido amplio— basadas en un texto constitucional. En este esquema, dentro de las referidas normas constitucionales, se pueden identificar los (necesarios) *límites formales* —que condicionan la reforma de aquello que *se puede cambiar* dentro de una constitución— así como los (contingentes) *límites materiales* que, en cambio, determinan aquello que *no se puede cambiar* dentro de una constitución.

Así, los límites formales de la reforma operan como condiciones de aplicación de las normas constitucionales sobre la producción jurídica de los actos normativos modificatorios de la constitución (normas cuya observancia determina la validez *formal* de esos actos); mientras que los límites materiales operan como condiciones de aplicación de las normas constitucionales que regulan el contenido de las reformas a la constitución (normas cuya observancia determina, simétricamente, la validez *material* de las normas que componen el contenido de los actos normativos modificatorios).

2.4. «Reforma constitucional» *vs*. «error de producción constitucional»

Finalmente, sobre la base de lo expuesto en los epígrafes precedentes, resulta oportuno estipular que:

a. Una modificación a la constitución cuenta como «reforma constitucional» *si*, y *solo si*:

a.1 El acto normativo mediante el cual se vehicula la modificación de la constitución ha sido formalmente producido de conformidad con las correspondientes normas constitucionales sobre la producción jurídica (para ese tipo de actos); *y*,

---

Pino, 2016: 52-53: «el supuesto de hecho es la descripción en términos generales y abstractos de un estado de cosas, de una conducta, etc., identificados a través de determinadas propiedades (elementos, características). Esta descripción establece las condiciones de *aplicabilidad interna* de la norma, es decir, la indicación de los hechos a los cuales la norma puede o debe ser aplicada, su campo o ámbito de aplicación (las condiciones de aplicabilidad interna de una norma no son otra cosa que las circunstancias de hecho indicadas en el antecedente de la norma, es decir, en el supuesto de hecho)» (cursivas en el original). Sobre la noción de«"aplicabilidad interna», *ibid.*: 135-136.

*a.*2. Las normas que se identifican mediante la interpretación jurídica de las disposiciones del acto normativo modificatorio no son consideradas contradictorias con eventuales normas constitucionales en vigor que regulen aspectos de contenido de las reformas (específicamente, con aquellas normas que prohíben reformar ciertas materias en la constitución).

b. De manera simétrica, cualquier modificación a la constitución en la que no se presenten las referidas condiciones *a.1* y *a.2* (de manera individualmente necesaria y conjuntamente suficiente) no cuenta como «reforma constitucional» sino como un *error de producción constitucional*. Un error de este tipo, a su vez, puede consistir en una de las dos siguientes posibilidades:

b.1. Un *acto inconstitucional*: cuando los vicios formales y/o materiales que aquejan a la respectiva modificación sean objeto de un control judicial de constitucionalidad que desemboque en una sentencia estimatoria con efectos de anulación jurídica[41]; o,

b.2. Un acto de manifestación del *poder constituyente*: cuando, a pesar de la existencia de vicios formales y/o materiales, la modificación a la constitución logre imponerse en los hechos, *de facto* o *extra ordinem*, con un suficiente grado de efectividad[42].

Se debe precisar en este punto que el ejercicio irregular del poder de reforma puede ser la ocasión para la manifestación del poder constituyente[43]. Esto no equivale a sostener que el poder constituyente pueda manifestarse a través de «vías legales», sino que el uso de esas vías puede degenerar, *de facto*, en una ruptura constitucional[44]. En lo principal, este tipo de ruptura no solo ocasiona que los cambios producidos sean jurídicamente inválidos desde la perspectiva del orden jurídico preexistente sino, además, que ello puede ser valorado como una interrupción en la continuidad de ese orden, con el consecuente surgimiento de un nuevo orden jurídico[45].

---

[41] Evidentemente, la existencia de un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales es un dato contingente que se presenta (o no) dependiendo del diseño constitucional de cada ordenamiento jurídico y de ciertas orientaciones jurisprudenciales en materia constitucional (véase *supra*, n. 16-17).

[42] Guastini, 2011c: 121, 172. Sobre el «principio de efectividad», véase *ibid*.: 135-136. Sobre los componentes de la efectividad, en relación con ciertos hechos «normativos» presupuestos en el concepto de «poder constituyente», véase Baquerizo Minuche, 2021: 133-141.

[43] En otras palabras, «[e]l mismo procedimiento de reforma constitucional, si es ejercido *contra constitutionem*, puede constituir la ocasión para el ejercicio del poder constituyente» (Pace, 1997: IX. Traducción propia). En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli señala que, si el poder de reforma constitucional «es invocado y utilizado para dar vida a una nueva constitución, entonces sí que es constituyente pero anticonstitucional [...] en el sentido de que su ejercicio equivale a un acto revolucionario o subversivo» (Ferrajoli, 2007a: 857. Traducción propia).

[44] Como subraya Ferrajoli, si el poder de reforma es ejercido de manera contraria a la constitución, será «anticonstitucional respecto a la constitución existente [...] precisamente por ello, ilícito respecto al ordenamiento preexistente» (*ibid.*.).

[45] Esa valoración, evidentemente, dependerá de los criterios que se elijan para identificar un orden jurídico. Una breve exposición de los clásicos criterios de identidad de los órdenes jurídicos puede verse en Baquerizo Minuche, 2021: 156-160.

3. UNA TIPOLOGÍA DE ERRORES DE PRODUCCIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez definido qué cuenta como un error de producción constitucional, en esta segunda parte del trabajo realizaré una presentación de los diversos tipos de errores que se pueden identificar dentro de este ámbito.

3.1. Errores formales de producción constitucional

Los errores formales de producción (de una reforma) constitucional son aquellos que se originan por la violación de las normas sobre la producción jurídica *en sentido estricto*[46]:

a. Por la violación de las normas constitucionales que confieren a un determinado órgano la *competencia* para reformar la constitución; y,

b. Por la violación de las normas constitucionales que regulan el ejercicio de tal competencia al determinar el *procedimiento* de formación de los actos normativos de reforma (las leyes de reforma constitucional)[47].

Ambos tipos de errores tienen un carácter *formal*, en el sentido de que no se refieren al contenido de la producción normativa[48]: se refieren, respectivamente, a la autoridad normativa —el órgano del Estado— competente para ejercer el poder de reforma; y a la secuencia de actos que conforman el procedimiento de producción de los actos normativos de reforma.

En este sentido, cuando la constitución confiere a un determinado órgano la *competencia* para reformar la constitución, al mismo tiempo instituye una «reserva de competencia normativa» a favor del órgano designado para operar una reforma constitucional[49]. Ello determina la invalidez de las modificaciones constitucionales producidas por otro órgano y, además, la invalidez de cualquier acto de delegación de la competencia de reforma: una competencia «reservada» *es*, por definición, una competencia indelegable. En otros términos, el carácter «reservado» de una competencia puede ser violado no solo

---

[46] Sobre las normas de producción jurídica en sentido estricto, véase Guastini, 2017a: 48-51.

[47] Como se puede intuir, uso aquí la expresión «acto normativo» como sinónimo de *documento normativo* formulado por una autoridad de creación del derecho (esto es, una «fuente del derecho»).

[48] Subyace aquí una noción de «forma» entendida como «todo aquello que *no* atañe al contenido normativo» (Guastini, 2017b: 376, cursivas en el original. Traducción propia).

[49] «[L]as disposiciones del tipo «Confiérase la competencia C al órgano O» comúnmente se entienden en el sentido de que la competencia en cuestión está *reservada* a aquel órgano: *solo* al órgano O, y a ningún otro, se atribuye la competencia C» (Guastini, 2017a: 49, cursivas en el original. Traducción propia). De manera similar, José Juan Moreso ha señalado que las normas que confieren el poder de reforma constitucional cumplen una función de «reserva de constitución» (Moreso, 1991: 202-208).

cuando otros sujetos no competentes intenten ejercerla, sino también cuando el propio órgano exclusivamente competente intente despojarse de ella[50].

Asimismo, cuando la constitución establece el *procedimiento* de formación de las leyes de reforma, al mismo tiempo limita la forma de producción de este tipo de actos normativos; de modo que, si el poder de reforma no se ejerce según *ese* procedimiento, entonces se producirá una reforma constitucional inválida[51].

En cualquiera de estas posibilidades, la existencia de errores formales de producción constitucional se fundamenta en una relación de *jerarquía formal* o *estructural*, acorde a la cual las leyes de reforma constitucional están subordinadas a las normas constitucionales sobre la producción jurídica en sentido estricto; dicho a la inversa, estas normas constitucionales son estructuralmente superiores a las leyes de reforma constitucional[52]. De la existencia de esta relación jerárquica se sigue que la observancia de las normas que establecen límites formales para la producción de los actos normativos modificatorios de la constitución determina la validez *formal* de tales actos y, en consecuencia, la validez de sus disposiciones[53]. La inobservancia o la violación de estas normas, por ende, genera *errores formales*: errores de competencia (por la intervención de una autoridad incompetente) o errores procedimentales (por el seguimiento irregular del procedimiento establecido).

En cualquier caso, los errores formales de producción constitucional producen la invalidez «originaria» del acto normativo de reforma, pues, teniendo relación con la formación misma del acto, este se considera «viciado» e «inválido desde el inicio»; por ello mismo, «una declaración de invalidez formal afecta a la totalidad del acto normativo viciado», independientemente de cuál sea su contenido[54]. Además, la existencia de errores formales de producción constitucional puede generar efectos que se despliegan a todo el orden jurídico[55].

Sin embargo, si bien los errores formales pueden considerarse los *más* burdos y evidentes en una modificación constitucional, por lo mismo también

---

[50] Guastini, 2017a: 52-53 (en relación con la «reserva de ley»; el mismo análisis se aplica, *mutatis mutandis*, para la «reserva» constitucional aquí analizada).

[51] «[L]as disposiciones del tipo «La competencia C se ejercerá según el procedimiento P» comúnmente se entienden en el sentido de que la competencia en cuestión puede ser ejercida *solo* a través del procedimiento de que se trata» (*ibid*.: 50, cursivas en el original. Traducción propia).

[52] *Ibid*.: 125. Este tipo de relación jerárquica es aquella que se presenta «entre una norma (o conjunto de normas) N y un acto normativo AN, en base a la cual el acto AN debe ser producido según las modalidades previstas en la norma o conjunto de normas N» (Pino, 2016: 169 [8]. Traducción propia).

[53] «[P]or metonimia se puede hablar también de disposiciones formalmente válidas o inválidas, es decir, de disposiciones contenidas en un acto normativo válido desde el punto de vista formal» (*ibid.*: 27 . Traducción propia). Sobre la validez formal de los actos normativos, véase *ibid.*: 26-27, 169 [8].

[54] *Ibid.*: 27 (traducción propia).

[55] En efecto, uno de los criterios para considerar que un orden jurídico mantiene la misma identidad a pesar de los cambios es la forma de producción de los cambios constitucionales: «la identidad del orden jurídico se mantiene cuando se respeta el procedimiento de generación constitucional» (Caracciolo, 1988 : 71).

puede decirse que son los errores que *menos* se presentan en la práctica: los casos de intervención de una autoridad incompetente o de violación del procedimiento de reforma (al menos tal como se entienden los procedimientos de reforma según una interpretación literal del respectivo texto constitucional) son casos bastante marginales.

Menos raro, en cambio, es observar casos problemáticos que, en relación con los límites formales, surgen dentro de un contexto interpretativo y aplicativo donde se entrelazan cuestiones de forma y de contenido y donde, además, se evidencia la relevancia que adquieren los conceptos constitucionales asumidos por los intérpretes. El caso más visible de este tipo es el que se observa en ciertas constituciones que establecen un procedimiento de reforma constitucional delimitado dentro de ciertos supuestos materiales, lo que exige examinar el contenido de la propuesta modificatoria para verificar si esta se enmarca (o no) dentro del ámbito material normativamente circunscrito[56]. En el contexto de aplicación de las normas de este tipo, la distinción entre *forma* y *sustancia* es impracticable: la forma está condicionada por la sustancia y la sustancia solo tiene sentido si se canaliza a través de una cierta forma. Y, por supuesto, la determinación de un error de producción constitucional dentro de este contexto normativo no puede sino presuponer una visión integral de los aspectos formales y materiales que resulten relevantes.

3.2. Errores materiales en el contenido de la reforma constitucional

Los errores materiales en la producción de una reforma constitucional son aquellos que se originan por la violación de un específico tipo de normas sobre la producción jurídica *en sentido lato*[57]: por la violación de las normas constitucionales que *prohíben* reformar ciertas partes de la constitución[58]. Estos

---

[56] Por ejemplo, en el art. 168, numeral 1, de la constitución española, se establece que determinadas secciones del texto constitucional solo pueden ser reformadas mediante el mismo procedimiento previsto para la «revisión total». Las referidas secciones son: el Título Preliminar (arts. 1 a 9); el Título I, Capítulo Segundo, Sección Primera («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», artículos 15 a 29); y el Título II («De la Corona», arts. 56 a 65) de la constitución española.

[57] Sobre las normas de producción jurídica en sentido lato, véase Guastini, 2017a: 51-55. Este tipo de normas, según el autor citado, «tienen un carácter "material" o "sustancial", ya que atañen precisamente al contenido de la normación futura» (*ibid.*: 48. Traducción propia).

[58] Debe tenerse en cuenta que la existencia de estas normas dentro de un sistema constitucional rígido no es necesaria sino *contingente*. A diferencia de las normas que establecen límites formales, las normas aquí analizadas no determinan la existencia misma del poder de reforma; lo que determinan, por así decirlo, es su «radio de acción» (lo que dependerá del diseño constitucional en cada Estado). Por ello mismo, no solo es posible concebir sino que *de hecho* es posible observar que algunas constituciones (por ejemplo, la constitución española o la austríaca) no contienen ninguna disposición que prohíba la reforma de ciertas materias. Asimismo, es posible observar que algunas jurisdicciones constitucionales no solo *no* identifican sino que expresamente niegan la existencia de normas constitucionales explícitas o implícitas que limiten materialmente la reforma; por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha expresado en varias sentencias que la constitución española carece de «un núcleo normativo inaccesible

errores tienen un «carácter» *material* o *sustantivo*, en el sentido de que se refieren al contenido de la producción normativa; se producen precisamente porque alteran aquello que *no se puede cambiar* dentro de una constitución.

En este sentido, cuando la constitución prohíbe modificar ciertas materias que forman parte de su contenido, al mismo tiempo limita el ámbito material permitido para el ejercicio del poder de reforma; de modo que, si el poder de reforma no es ejercido dentro de ese ámbito material, entonces se producirá una reforma constitucional inválida[59].

La existencia de errores materiales de producción constitucional se fundamenta en una relación de *jerarquía material* acorde a la cual ciertas normas constitucionales «protegen» a otras normas de la constitución, instituyendo a favor de estas una superioridad jerárquica frente a las normas que se extraen interpretativamente de las leyes de reforma[60]. De esto se sigue que la observancia de las normas constitucionales que establecen prohibiciones de reforma es una condición para la validez *material* de las normas que se extraen de tales leyes reformatorias; en otras palabras, el contenido normativo de una ley de reforma será válido en la medida en que respete las normas que prohíben reformar ciertos contenidos constitucionales, lo que a su vez dependerá de que ese contenido sea compatible con las normas constitucionales «protegidas»[61].

Si esto último no se verifica —en sede interpretativa, naturalmente, pues el contraste se realiza entre normas, no entre disposiciones—, entonces puede decirse que el contenido normativo del acto reformatorio (o una parte de ese contenido) es materialmente *inválido*; como consecuencia de ese *error material*, un control judicial de constitucionalidad de las reformas podría declarar la anulación —no necesariamente de todo el acto normativo de reforma, sino— de las específicas disposiciones o fragmentos de disposiciones de las que se extraen interpretativamente las normas «viciadas» [62].

---

a los procedimientos de reforma constitucional» (véase, por ejemplo, la Sentencia 48/2003, Fundamento Jurídico 7 y la Sentencia 31/2009, Fundamento Jurídico 13).

[59] Guastini observa este doble aspecto de las normas que establecen límites materiales a la reforma constitucional, al expresar que estas pueden ser reconstruidas indiferentemente como normas de prohibición (modalidad deóntica) o como normas que establecen una incompetencia (modalidad hohfeldiana) (Guastini, 2017b: 378 [23]).

[60] Guastini, 2017a: 125. Este tipo de relación jerárquica, según Guastini, es atinente «al contenido de las normas: […] dos normas, N1 y N2, mantienen entre sí una relación jerárquica material toda vez que una tercera norma positiva, N3, establezca que N2 es inválida si entra en conflicto con N1. En estos casos, se puede decir que N1 es materialmente superior a N2» (*ibid.*: 115. Traducción propia).

[61] «[L]a validez material depende de la compatibilidad entre el contenido de la norma cuya validez se discute y una norma "superior" que funciona como parámetro de validez de la primera» (Pino, 2016: 27. Traducción propia).

[62] Ello bajo el entendido de que el control de constitucionalidad «juzga sobre normas, pero se pronuncia sobre disposiciones» (sobre esta dinámica del razonamiento jurídico en los procesos constitucionales véase, al respecto, la Sentencia n. 84/1996 de la Corte Constitucional italiana). Como señala Pino, «una declaración de invalidez material afecta, usualmente, solo aquellas partes del acto normativo de las que se extrae la norma inválida en sentido material» (Pino, 2016: 27. Traducción propia).

Un interesante aspecto identificable en los ordenamientos donde existen límites materiales a la reforma constitucional es que los errores de competencia que afectan a una modificación de la constitución pueden ser comprendidos también bajo una dimensión *sustantiva*: será incompetente no solo el sujeto que no esté autorizado por la constitución para ejercer la competencia de reforma, sino *también* el órgano que, estando autorizado para ello, ejerza tal competencia invadiendo el ámbito material vetado a la reforma[63]. Bajo esta comprensión, se presupone una noción de «competencia» no solo en sentido formal (la autorización para producir un cierto tipo de actos) sino también en sentido material (la autorización para producir actos con un *cierto contenido*)[64]; por tanto, para decidir si la autoridad normativa es (o no) competente en este sentido «integral», será necesario tener en cuenta «el objeto de la regulación y, por tanto, en *este* sentido, el "contenido" del acto»[65].

Ahora bien, los errores materiales de producción constitucional pueden generarse por la violación de normas constitucionales que establecen prohibiciones de reforma tanto en sentido explícito como implícito[66]; es decir, pueden generarse por la violación de límites materiales *explícitos*, que son el resultado de la interpretación de determinadas disposiciones del texto constitucional (ya sea que se utilice un argumento literal-declarativo u otro tipo de argumentos interpretativos en sede de interpretación *textual*), así como por la violación de límites materiales *implícitos*, que son el resultado de operaciones de integración o construcción jurídica que van más allá de la atribución de significado al texto constitucional (es decir, que son el fruto de la denominada interpretación *metatextual*)[67]. Veamos[68].

---

[63] Tiene aquí relevancia la segunda forma de reconstruir las normas que establecen límites materiales a la reforma (véase *supra*, n. 59).

[64] Sobre estos dos sentidos de «competencia», véase Guastini, 2017b: 378. Ese *cierto contenido*, por supuesto, equivale a todo aquello que no invada el ámbito material prohibido a la reforma.

[65] *Ibid.*: 378 [23] (cursivas en el original; traducción propia).

[66] Presupongo aquí una distinción entre *normas explícitas* y *normas implícitas* (o inexpresas), según la cual «las normas explícitas son normas obtenidas a partir de la interpretación de disposiciones contenidas en las fuentes del derecho; las normas inexpresas son normas elaboradas por los intérpretes a partir de otras normas, con operaciones de varios tipos» (Pino, 2016: 69. Traducción propia).

[67] Véase *supra*, n. 28. Con todo, debe advertirse que los confines entre «interpretación» y «construcción» jurídica son bastante frágiles (véase Guastini, 2011b: 162-163) y que su separación en este trabajo tiene fines meramente didácticos. Como señala Pino, «la interpretación textual y la interpretación metatextual, por un lado, están estrechamente entrelazadas y, por otro lado, no son fenómenos del todo heterogéneos» (Pino, 2021a: 263. Traducción propia). Sobre estas conexiones e interacciones, véase *ibid.*: 263-269.

[68] A pesar del parecido terminológico, esta subdivisión no es coincidente con la tipología de límites a la reforma constitucional propuesta por Riccardo Guastini; según este autor, los límites *expresos* (o textuales) son aquellos «expresamente establecidos por el propio documento constitucional interpretado a la letra», mientras que los límites *inexpresos* son «todos los demás», es decir, tanto los límites *implícitos* «que se extraen del texto constitucional mediante otras —más controvertibles— técnicas interpretativas», como los límites *lógicos* que «derivan del concepto mismo di constitución y/o de reforma constitucional» (Guastini, 1998: 371. Traducción propia).

3.2.1. Errores materiales por violación de límites materiales explícitos

Los límites materiales *explícitos* de la reforma son establecidos por normas constitucionales asimismo *explícitas*, vale decir, son el producto de la interpretación de determinadas disposiciones existentes en un texto constitucional. Esta actividad interpretativa puede efectuarse de varias y diversas maneras; de modo esquemático, puede decirse que existen tres posibilidades básicas mediante las cuales se identifican normas constitucionales explícitas que establecen límites materiales a la reforma:

i) Mediante la interpretación literal de una disposición constitucional que expresamente prohíbe la reforma de ciertas materias;

ii) Mediante la interpretación no-literal (extensiva, si se quiere) de una disposición del tipo antes indicado; y

iii) Mediante la interpretación de otras disposiciones constitucionales a las que se atribuye la misma función de prohibir la reforma de ciertas materias dentro de la constitución.

Pues bien, los errores materiales por violación de límites materiales explícitos a la reforma constitucional se pueden presentar en cada una de estas posibilidades. Sin embargo, determinar que una específica reforma constitucional resulta «errada» desde un punto de vista material es una actividad frecuentemente controvertida: por un lado, debido a que las disposiciones constitucionales que establecen límites de contenido a la reforma usualmente contienen términos ambiguos, establecen supuestos genéricos, se refieren a conceptos vagos o a conceptos valorativos (o incluso a conceptos «esencialmente controvertidos»), etcétera, todo lo cual dificulta en gran medida la atribución pacífica de significado a los respectivos enunciados de la constitución[69]; y, por otro lado, debido a las dificultades de orden *conceptual* que están involucradas en la identificación de los límites a la reforma constitucional, dado que el «andamiaje» conceptual (muchas veces implícito) con el que operan los juristas no es en lo absoluto homogéneo, en el sentido de que, respecto a las propiedades definitorias que componen los conceptos constitucionales relevantes, suelen existir divergencias incluso dentro de una misma cultura jurídica.

Hecha esta aclaración, en lo que sigue realizaré una breve exposición de cada una de las tres posibilidades de error en relación con los límites materiales explícitos de la reforma, indicando ante todo cómo se obtiene el respectivo

---

[69] Sobre los términos dotados de un significado valorativo y sobre los problemas relacionados con su interpretación y aplicación en el derecho, véase Pino, 2021a: 140-151; más específicamente, sobre la interpretación de conceptos valorativos formulados en las disposiciones constitucionales y sobre las diversas «estrategias» que se podrían adoptar para llevar a cabo una interpretación dentro de este contexto normativo, véase Pino, 2010: 130-142.

parámetro y, posteriormente, cuáles son las respectivas dificultades para determinar la existencia de un error material.

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación literal de una cláusula de intangibilidad. Muchos textos constitucionales alrededor del mundo contienen disposiciones expresamente dirigidas a establecer aquello que *no* se puede reformar dentro de una constitución[70]; estas disposiciones, que la doctrina constitucional suele denominar «cláusulas de intangibilidad», «cláusulas de eternidad» o «cláusulas pétreas», constituyen el recurso más directo para evaluar la legitimidad de los cambios constitucionales: basta efectuar una interpretación literal (en sentido declarativo, iterativo) para identificar la respectiva norma que prohíbe determinadas modificaciones a ciertos contenidos de la constitución. En este contexto, la norma explícita que se produce a partir de este tipo de interpretación posee inequívocamente un respaldo textual: el límite material de la reforma existe porque así lo «dice» la constitución.

Sin embargo, no todas las constituciones contienen «cláusulas de intangibilidad». E incluso si existen, el hecho de que tales cláusulas admitan una simple interpretación literal no necesariamente significa que la norma explícita resultante sea suficiente para su aplicación en abstracto o en concreto; de hecho, como ya se advirtió de manera general al inicio del epígrafe 2.2, lo anterior puede resultar claramente insuficiente. Por ejemplo, la constitución de Portugal establece que las leyes de reforma constitucional «tendrán que respetar [...] los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos» (art. 288, lit. *d*); pero, como parece obvio, una interpretación al pie de la letra de esa disposición no dice nada específico para poder evaluar si una específica reforma constitucional incurre en un «error» dentro de ese contexto normativo.

Siguiendo este ejemplo, se podría preguntar si esa disposición de la constitución portuguesa se limita a prohibir la reforma de las específicas disposiciones constitucionales que expresan derechos, libertades y garantías; o si contiene, en cambio, una prohibición de efectuar cualquier tipo de reforma (sobre cualquier tipo de disposición) que directa o indirectamente «irrespete» el *contenido* de esos derechos, libertades y garantías. Si se elige esta última opción, se podría preguntar, a su vez, si la prohibición afecta a cualquier contenido posible de los derechos, libertades y garantías o si, en cambio, afec-

---

[70] Existen aproximadamente 75 constituciones en el mundo que contienen este tipo de disposiciones (según información disponible en la base de datos *Constitute Project*: *www.constituteproject.org*). Por ejemplo, en el art. 139 de la constitución italiana y en el art. 89 *in fine* de la constitución francesa, se prohíbe expresamente la revisión de la «forma republicana»; en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se prohíbe expresamente toda modificación que afecte, entre otras cosas, los principios enunciados en el art. 1 (relativos a la dignidad humana, al reconocimiento de los derechos humanos y a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales) y en el art. 20 (relativos a los fundamentos del orden estatal y al derecho de resistencia); y en el art. 288 de la constitución de Portugal se establece que las leyes de reforma constitucional «tendrán que respetar» una serie de principios y derechos expresados a lo largo de 14 literales.

ta únicamente al denominado «contenido esencial»; y si se elige la primera opción, asimismo, se podría preguntar si la prohibición se extiende (o no) a la introducción de nuevos derechos o a la ampliación de las garantías ya existentes[71]. Ninguna de estas preguntas puede responderse con una interpretación literal; cualquier intento de respuesta exige atribuir un significado más específico a aquella disposición.

Pongamos otro ejemplo. En aproximadamente un centenar de ordenamientos constitucionales (incluyendo los ordenamientos francés e italiano) se prohíbe reformar la «forma republicana»[72]. Respecto a esta prohibición pueden presentarse *casos claros* de modificaciones constitucionales que mantienen intacta la forma republicana (por ejemplo, limitar la facultad del Presidente de la República para disolver una o ambas cámaras del Parlamento fue considerada en Italia una reforma constitucional compatible con dicha forma de gobierno)[73]; también pueden presentarse *casos claros* de modificaciones que alteran la forma republicana (lo que sucedería, por ejemplo, si se introduce el mandato vitalicio del Presidente, o una sucesión hereditaria de dicho cargo, o un sistema de monarquía constitucional); y también, a la par de esos casos claros, pueden presentarse *casos dudosos* en los que no se pueda concluir fácilmente si una modificación constitucional mantiene o altera la forma republicana: por ejemplo, reforzar la estabilidad del gobierno mediante una reforma constitucional que garantice una mayoría parlamentaria al partido político vinculado con el Presidente, ¿altera o no la forma republicana y, por tanto, la identidad material de la constitución?[74].

---

[71] En este sentido, por ejemplo, Ferrajoli ha argumentado que los derechos fundamentales deben estar marginados de la reforma constitucional, *salvo* que sea para su ampliación: «una vez que se encuentran estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no están a disponibilidad de las mayorías y deberían estar sustraídos también al poder de reforma: o, mejor dicho, debería ser admitida solo su ampliación y nunca su restricción ni mucho menos su eliminación» (Ferrajoli, 2007a: 928. Traducción propia).

[72] Véase Roznai, 2017: 23.

[73] Me refiero a la reforma producida por la ley constitucional n. 1 del 4 de noviembre de 1991, que sustituyó el segundo inciso del art. 88 de la constitución italiana.

[74] El ejemplo es extraído de una reciente propuesta de reforma constitucional presentada en Italia por la Presidente del Consejo de Ministros (Giorgia Meloni) y aprobada por el Senado (en primer debate) el 18 de junio de 2024; entre otras cosas, la propuesta pretende sustituir el art. 92 de la constitución italiana para que el jefe de gobierno sea elegido por sufragio universal y directo y para asignar «un premio de base nacional que garantice la mayoría de los escaños en cada una de las Cámaras legislativas a las listas y a los candidatos vinculados al Presidente del Consejo». Esta modificación podría constituir un *caso dudoso* de alteración de la identidad material de la constitución porque, por un lado, la estabilidad del gobierno (la llamada «gobernabilidad») según la Corte Constitucional italiana «constituye sin duda un objetivo constitucionalmente legítimo» (Sentencia n. 1/2014); pero, por otro lado, en la misma sentencia mencionada, la Corte sostiene que perseguir de manera desproporcionada el objetivo de la gobernabilidad determinaría «una comprensión excesiva de la función representativa de la Asamblea así como de la igualdad del derecho de voto, capaz de producir una alteración profunda de la composición de la representación democrática sobre la cual se fundamenta toda la arquitectura del ordenamiento constitucional vigente» (traducción propia). Para un análisis profundo de esta cuestión, véase Marcenò, 2024.

Así, pues, en el ámbito de los ordenamientos constitucionales donde existen «cláusulas de intangibilidad» formuladas de manera genérica, indeterminada, o mediante el recurso a conceptos valorativos, etcétera, se presenta la necesidad de *concretizar* las normas constitucionales relevantes, esto es, la necesidad de transformarlas en normas lo suficientemente precisas para ser empleadas en la premisa mayor de un razonamiento con el que se decida si una específica reforma resulta adecuada o, por el contrario, «errada» desde un punto de vista material[75]. La concretización de las normas explícitas derivadas de las cláusulas de intangibilidad probablemente requerirá la ponderación con otros principios y consideraciones concurrentes, según las específicas circunstancias del caso de que se trate; y el resultado de esa concretización dependerá en gran medida de un razonamiento de tipo valorativo donde tiene toda relevancia el modo de comprensión de los conceptos referidos en aquellas normas constitucionales[76]. Retomando el anterior ejemplo extraído de la constitución portuguesa, las anteriores operaciones requerirán adoptar o presuponer una determinada concepción acerca de los derechos constitucionales, de su configuración estructural en su dimensión de normas jurídicas, del tipo de razonamiento adecuado para su interpretación y aplicación, de la compatibilidad o conflictividad entre derechos, etcétera, lo que evidentemente puede suscitar controversias entre los juristas (con la consecuente bifurcación de criterios respecto a si una específica reforma constitucional resulta —o no— «errada»).

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación no-literal de una cláusula de intangibilidad. Comienzo con un ejemplo: el ya antes mencionado art. 139 de la constitución italiana es un ejemplo de una «cláusula de intangibilidad», cuya interpretación literal permite identificar una norma

---

[75] Podría decirse que esto no es más que la aplicación, al ámbito constitucional, de la famosa máxima de Oliver Wendell Holmes: *General propositions do not decide concrete cases*. Y es que los principios constitucionales, como señala Guastini, «a causa de su peculiar forma de indeterminación – no son idóneos para funcionar como premisa normativa en la motivación de una decisión jurisdiccional [...]. Para que un principio pueda ser utilizado en la motivación de una decisión jurisdiccional [...], es necesario extraer del mismo una regla (inexpresa), dotada de un antecedente (relativamente) determinado, o sea, con un supuesto de hecho "cerrado", no derrotable y no genérico» (Guastini, 2011b: 203. Traducción propia). Sobre la concretización de principios constitucionales, véase *ibid.*: 201-203; en general, sobre la concretización de normas afectadas por la genericidad y la vaguedad, véase Pino, 2021a: 208-211.

[76] Podría pensarse que lo anterior no es necesario en aquellos ordenamientos constitucionales donde las cláusulas de intangibilidad, a primera vista, se expresan de manera precisa y taxativa; por ejemplo, el art. 281 de la constitución de Guatemala expresa (entre otras cosas) que «En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso *g*), 186 y 187 [...]». Dentro de este contexto normativo, para poder aplicar la norma constitucional explícita que establece el límite material, aparentemente bastaría con verificar si una propuesta de modificación a la constitución *se refiere* a alguno de esos artículos (y ello sin necesidad de entrar en un análisis sobre el contenido de la propuesta). Sin embargo, siguiendo el ejemplo, ocurre que el art. 140 de la misma constitución de Guatemala establece los principios de soberanía, garantía de los derechos y libertades, forma de gobierno republicana, etc.; con lo cual podría decirse que, incluso si no se deroga o sustituye explícitamente ese artículo (o una parte de este), queda aún la posibilidad de introducir *nuevas* disposiciones cuyo significado se considere incompatible con alguno de aquellos principios. Pero para poder verificar esto último, evidentemente, se requerirá concretizar tales normas de principio.

explícita que prohíbe reformar la «forma republicana». Sin embargo, la misma disposición constitucional puede ser —y de hecho es— interpretada también de manera no-literal. Así, mediante una interpretación sistemática (más concretamente, mediante el uso del argumento del *combinato disposto*)[77], se puede aducir que la expresión «forma republicana» debe entenderse de manera inescindible con lo que dispone el art. 1 de la misma constitución («Italia es una República democrática [...]»); de esa conjunción se deriva, pues, una norma que prohíbe reformar no solo la forma republicana sino, además, el carácter democrático del Estado[78].

Pues bien, más allá de las críticas que pueda generar este tipo de interpretación[79], esta norma resultante también requerirá, a efectos de su aplicación a casos genéricos o individuales, un proceso de concretización en el que se tengan como referencia las características de cada caso (y donde, nuevamente, será inevitable adoptar o presuponer alguna concepción acerca de la democracia, del sistema republicano, etcétera). Como se puede intuir, lo anterior también puede constituir una fuente de desacuerdos entre los juristas de cara a determinar la existencia de un error material que afecte a una específica reforma de la constitución.

Sobre los límites materiales derivados de la interpretación de otras disposiciones constitucionales. Parto nuevamente con un ejemplo: el art. 2 de la constitución italiana no se refiere, en ninguna parte de su formulación, a la reforma constitucional; no obstante, el mismo artículo expresa que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre […]». Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que, en relación con los límites del poder de reforma, «[s]on explícitos y absolutos los límites representados

---

[77] Sobre este argumento interpretativo, véase Pino, 2021a: 292.

[78] Se debe mencionar que la Corte Constitucional italiana ha declarado —aunque sin utilizar esta argumentación— que «el carácter democrático del Estado y el respeto de los principios del Estado de derecho» es una de las «exigencias fundamentales, correspondientes a los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano» (Sentencia n. 183/1973. Traducción propia). Por lo demás, el mismo argumento se puede utilizar, por ejemplo, dentro del contexto del ordenamiento constitucional francés, dado que su constitución establece, por una parte, que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión (art. 89 *in fine*) y, por otra parte, que Francia es una «República indivisible, laica, democrática y social» (art. 1).

[79] Lucio Pegoraro, por ejemplo, señala que interpretar de manera no-literal una cláusula de intangibilidad «se presta a toda acrobacia interpretativa y, al privilegiar la interpretación sistemática, también se presta a arriesgadas incursiones en el campo de la política: de hecho, alejándose del dato textual, las palabras vagas o imprecisas de las Constituciones pueden ser completadas por los intérpretes de acuerdo con el significado que ellos consideren correcto, sobre todo si tales palabras, mediante las cuales los textos sustraen a la revisión cierto aspecto de la Constitución, son la "democracia" o peor aún, el "espíritu"» (Pegoraro, 2008: 912). Esta crítica parece presuponer una ideología «literalista», según la cual las constituciones son actos de una autoridad normativa que admiten exclusivamente una interpretación lo más apegada a las reglas sintácticas y semánticas de la lengua con la que se formulan (sobre esta ideología interpretativa, véase Guastini, 2011b: 433-435); la crítica de Pegoraro también parece presuponer que el lenguaje de la constitución es estático (algo que viene «dado»), excluyendo la posibilidad de que sea moldeado o «administrado» en los contextos de interpretación y aplicación jurídica (sobre la noción de «lenguaje administrado» véase Pino, 2021a: 104-106).

por los derechos fundamentales, que el art. 2 de la constitución denomina "inviolables"»[80]. Parece claro, pues, que el argumento interpretativo se concentra en el término «inviolables», al que se atribuye un significado jurídico que se extiende hasta las posibles «violaciones» de los derechos en sede de la reforma constitucional, es decir, mediante la supresión o modificación en sentido regresivo de las disposiciones que los expresan[81].

Siguiendo este argumento, las disposiciones que expresan «derechos inviolables» en la constitución italiana estarían protegidas frente a la reforma en virtud del art. 2 de la misma constitución que, por su parte, sería interpretado *como si fuera* también una cláusula de intangibilidad (al modo de: «Los derechos humanos, que la República reconoce y garantiza, son inviolables frente a las leyes de reforma constitucional»)[82]. Se produce de este modo una norma que, asimismo, exige ser concretizada a la luz de las características de los casos genéricos o individuales a los que se pretenda aplicar; y en esa labor de concretización, nuevamente, será imprescindible asumir alguna concepción acerca de los derechos y de la extensión de la «inviolabilidad» según cada específico derecho (entre otras cosas)[83]. Por tanto, la determinación de un posible error material dentro de una específica reforma constitucional, en este caso, dependerá de cuál sea el resultado de tal operación de concretización; resultado que, evidentemente, puede ser bastante diverso dependiendo de las interpretaciones, valoraciones y, en último término, concepciones constitucionales asumidas o presupuestas por los juristas.

3.2.2. Errores materiales por violación de límites materiales implícitos

Las normas que establecen límites materiales de la reforma —y que funcionan como parámetros para la determinación de errores de producción constitucional— también pueden ser *implícitas*. Esto significa que dichas normas

---

[80] Ferrajoli, 1994: 237 (traducción propia). Véase también Ferrajoli, 2007b: 90, donde se afirma que la constitución italiana «además de la prohibición taxativa de reformar la forma republicana, establecida por el art. 139, contiene, en el art. 2, el límite expreso de la calificación como «inviolables» de los de los «derechos del hombre, ya sea como individuo o como parte de las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad» (traducción propia). Cabe aclarar que Ferrajoli utiliza una distinción entre límites «absolutos» (aquellos que prohíben la reforma) y límites «relativos» (aquellos que dificultan la reforma mediante procedimientos legislativos más agravados); véase, al respecto, *ibid*.: 90-91.

[81] Una crítica de este argumento puede verse en Guastini, 1994: 252.

[82] Si esta reconstrucción del argumento es adecuada, su conclusión consistiría en un subtipo de interpretación «manipulativa»: una interpretación *aditiva* (véase, al respecto, Pino, 2021a: 194-195).

[83] Una de las críticas de Guastini en relación con este argumento consiste en señalar que la constitución italiana solo califica como «inviolables» a algunos derechos (no a todos), siendo que algunos de los derechos que no reciben esa calificación «son percibidos por todos como irrenunciables» (Guastini, 1994: 252. Traducción propia). Este sería, precisamente, uno de los resquicios donde la argumentación respectiva puede evidenciar una toma de posición a nivel conceptual respecto de los derechos.

limitadoras no solo se identifican como resultado de atribuir un significado a específicas disposiciones de la constitución sino, además, como resultado de diversas labores de integración o construcción jurídica *a partir de* otras normas constitucionales (que son, a su vez, el producto directo o indirecto de la interpretación del texto constitucional)[84].

Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana, a lo largo de los años y a través de diversas sentencias, ha determinado que el principio democrático, el principio de laicidad del Estado, el principio de unidad jurisdiccional, el principio de solidaridad, el derecho a la tutela judicial, la libertad de conciencia, el orden público, la seguridad del Estado, entre otros[85], constituyen «principios supremos», es decir, principios «que no pueden ser alterados o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional»[86]. Todos estos principios, derechos, libertades, etcétera, evidentemente, tienen algún tipo de reconocimiento más o menos directo en la constitución italiana, pero en ninguna parte de ese texto constitucional se establece expresamente que no puedan ser objeto de reforma; resultan, pues, *implícitamente* protegidos frente a la reforma constitucional.

La protección implícita de todas estas normas constitucionales (y de otras más), creada en sede de la jurisdicción constitucional, implica dos cosas: por una parte, que las disposiciones constitucionales a las que se reconducen interpretativamente aquellas normas protegidas *no* pueden ser objeto de reforma[87]; y, por otra parte, que esas normas constitucionales implícitamente protegidas funcionarán como parámetro ya sea para la realización de una reforma como para la evaluación de una modificación al texto constitucional (con la posibilidad de detectar un error material de producción constitucional)[88]. Estas dos consecuencias, por supuesto, se generan debido a una labor de construcción de normas implícitas que establecen la prohibición de reformar esos contenidos constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que las normas implícitas, en general —y más aún en el ámbito constitucional—, pueden ser construidas de muy diversas maneras[89], dentro del contexto de la reforma constitucional las cosas están algo más definidas. Esto tiene que ver, sobre todo, con la necesidad de que las

---

[84] Las normas implícitas, en general, «no son obtenidas mediante la interpretación textual de específicas disposiciones o, en todo caso, su identificación no parece ser el resultado de un proceso de atribución de significado a un texto [...]. Las normas implícitas se identifican a través de una pluralidad de procedimientos intelectuales (a veces agrupados bajo las etiquetas de "integración" o "construcción jurídica"), a partir de *otras normas*» (Pino, 2021a: 33-34, cursivas en el original. Traducción propia).

[85] Estos ejemplos han sido tomados de Pino, 2008: 153-154; y Guastini, 2011b: 183 [21]."

[86] Véase la Sentencia n. 1146/1988 de la Corte Constitucional italiana (traducción propia).

[87] Ferrajoli matizaría esta aseveración señalando que la prohibición tiene como objeto las reformas en sentido regresivo, no las reformas en sentido progresivo (véase *supra*, n. 71).

[88] Véase Pino, 2008: 154.

[89] Véase Guastini, 2011b: 156-158, 186-190.

normas implícitas que establecen límites materiales a la reforma se refieran a estándares normativos reconducibles al *texto* constitucional; dado que las reformas constitucionales recaen exclusivamente sobre disposiciones[90], una norma implícita que se refiera a un principio o valor totalmente inexpreso, del que no se pueda encontrar ni siquiera indirectamente ninguna conexión con el documento constitucional, no podría funcionar como norma limitadora de la reforma: al no haber nada que reformar, no habría nada que limitar[91]. Se sigue de esto que las normas implícitas que aquí se analizan no son totalmente una «invención» de la jurisprudencia; tales normas, al menos en parte, están necesariamente compuestas por un elemento vinculado (de forma directa o indirecta) con el texto constitucional.

Sobre la base de lo anterior, estas normas implícitas que establecen límites materiales de la reforma pueden ser caracterizadas de la siguiente manera:

a. Pueden ser reconstruidas mediante una estructura lógica «clásica», compuesta por un antecedente y un consecuente;

b. En el antecedente de la norma se menciona una norma constitucional explícita o implícita (esto es, derivada directa o indirectamente de la interpretación del texto constitucional)[92], como referencia de la condición de aplicación; y,

c. En el consecuente de la norma figura la prohibición de reformar las disposiciones constitucionales a las que se reconduzcan interpretativamente las normas protegidas (es decir, las normas constitucionales referidas en el antecedente).

Siguiendo el desarrollo de esta caracterización, el antecedente de una norma implícita que limita materialmente la reforma estará compuesto por una condición de aplicación que menciona o se refiere a ciertas normas constitucionales explícitas o implícitas, al modo de una hipótesis o caso genérico sobre la posibilidad de que un acto reformatorio de la constitución verse sobre las materias relacionadas con tales normas. Así, en el antecedente de este tipo de norma podrán figurar normas explícitas (como, por ejemplo, el principio de solidaridad, que se deriva de la interpretación textual del art. 2 de

---

[90] Véase *supra*, n. 22-23 y textos correspondientes.

[91] Se podría rebatir lo anterior argumentando que, en esa hipótesis, la norma implícita podría cumplir la función de prohibir la introducción de *nuevas* disposiciones en el texto constitucional, cuyo contenido se considere contradictorio con el principio o valor referido por aquella norma. Sin embargo, si la hipótesis parte de una norma que no tiene ni siquiera indirectamente ningún vínculo con el texto constitucional, entonces el juicio para establecer si existe o no una contradicción normativa tendría como parámetro una pura asunción dogmática; es lo que sucedería, por ejemplo, si dentro de un ordenamiento jurídico cuya constitución no dijese absolutamente nada sobre el derecho a la vida del no nacido (ni directa ni indirectamente), se alegase que este es un principio «inalienable» y protegido incluso frente a la reforma.

[92] Sobre la posibilidad de que las normas implícitas puedan ser elaboradas a partir de normas explícitas o, incluso, a partir de otras normas implícitas, véase Pino, 2016: 35; Pino, 2021a: 34.

la constitución italiana) pero también podrán figurar otras normas implícitas (como, por ejemplo, el principio de laicidad del Estado, que no tiene ningún respaldo literal en la constitución italiana pero que, interpretativamente, «emerge de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 e 20 de la Constitución»)[93].

Por su lado, en el consecuente de las normas implícitas aquí analizadas se establece la prohibición de sustituir o derogar aquellas disposiciones del texto constitucional a las que puedan reconducirse, directa o indirectamente, las normas mencionadas o referidas en el supuesto de hecho; así como la prohibición de introducir nuevas disposiciones constitucionales cuyo contenido sea considerado contradictorio con tales normas protegidas. De este modo, siguiendo con los ejemplos de la constitución italiana previamente señalados, el principio constitucional de solidaridad se protegerá mediante la prohibición de reformar el art. 2 (y, eventualmente, otros artículos conexos), así como con la prohibición de introducir nuevas disposiciones cuyo significado sea incompatible con tal principio; y lo mismo ocurrirá con el principio constitucional de laicidad que, a pesar de no tener un respaldo literal en la constitución, se protegerá mediante la prohibición de reformar los artículos 2, 3, 7, 8, 19 o 20 del texto constitucional (en la parte relacionada con su contenido) y, además, mediante la prohibición de introducir cualquier nueva disposición con un contenido que le sea incongruente. Como es evidente, de todas estas prohibiciones se sigue que una reforma constitucional cuyo contenido sea contradictorio con las normas constitucionales «protegidas» incurrirá en un error material de producción constitucional.

Pues bien, reconstruidas de este modo, las normas implícitas que establecen límites materiales a la reforma constitucional poseen una parte necesariamente vinculada a las disposiciones de una constitución (el antecedente) pero, a la vez, también una parte «espuria» que carece de cualquier respaldo en el texto constitucional (el consecuente)[94]. En esto último radica la diferencia fundamental con los otros tipos de normas que establecen límites materiales a la reforma: mientras que en esos casos la prohibición de modificar ciertas materias constitucionales se deriva de una interpretación (literal o no) de una cláusula de intangibilidad, o a través de diversas técnicas con las que se interpretan otras disposiciones constitucionales (por ejemplo, interpretando «inviolable» como «irreformable»), lo que ocurre en este caso es que dicha prohibición es directamente estipulada por los intérpretes sobre la base de argumentaciones que, obviamente, van más allá de lo que «dice» la respectiva constitución[95].

---

[93] Sentencia n. 203/1989 de la Corte Constitucional de Italia (traducción propia).

[94] Si el consecuente de una norma implícita de este tipo pudiera reconducirse interpretativamente a alguna disposición constitucional, entonces ya no se hablaría de una norma propiamente «implícita» sino más bien *explícita* (pues sus dos partes encontrarían sustento en las disposiciones de una constitución).

[95] Para varias críticas sobre esta modalidad de imponer una «prohibición de reforma de la que no se encuentra ninguna señal en la constitución», véase Guastini, 1994: 251-255 (traducción propia).

En suma, si los otros tipos de normas pueden ser el resultado de una mayor o menor creatividad interpretativa en el plano *semántico*, este tipo de normas limitadoras de la reforma son el producto de una creatividad interpretativa que puede tener un gran impacto en el plano *pragmático*, esto es, en la innovación del derecho positivo[96]; siempre en la medida en que sean efectiva y establemente aplicadas por los órganos oficiales que actúan en las instancias de reforma constitucional y en el respectivo control de constitucionalidad[97].

Como se podrá intuir, esta creatividad (o «creacionismo») es precisamente el objeto de numerosas críticas sobre la altísima discrecionalidad (o la arbitrariedad, según ciertos autores) que exhiben las jurisdicciones constitucionales a la hora de conformar los elementos implícitos de la «identidad material» de la constitución. Pero, sin negar en lo absoluto esta posibilidad, también puede decirse que ese estado de cosas dependerá del grado de fortaleza o de debilidad de las argumentaciones que se elaboren al respecto. Ciertamente, es posible que un tribunal o corte constitucional elabore una norma implícita del tipo aquí analizado sin ningún esfuerzo argumentativo (por ejemplo, simplemente señalando que un cierto principio constitucional es irreformable); pero tampoco es inconcebible que las decisiones que se producen en esa sede puedan, en algunos casos, mostrar buenas razones para justificar que ciertas normas constitucionales consideradas especialmente importantes ameritan una protección frente a la reforma aunque la constitución no lo indique explícitamente.

De hecho, es usual —y cada vez más frecuente— encontrar construcciones jurisprudenciales de las que resultan normas implícitas que protegen ciertas materias constitucionales declaradas intangibles. Si de estas normas se puede predicar existencia jurídica —porque, por ejemplo, se advierte una estable y consolidada jurisprudencia constitucional al respecto— entonces tales normas pueden ser consideradas parte del derecho positivo vigente y, en tal condición, será bastante normal advertir su uso dentro de razonamientos jurídicos tanto teóricos como prácticos: funcionarán como parámetros para guiar normativamente las operaciones de reforma a la constitución y para evaluar posteriormente la posible existencia de un error material de producción constitucional.

---

[96] Sobre estas dos formas de creatividad interpretativa, véase Pino, 2021a: 340-347. Se presupone aquí una noción de «derecho positivo» como «un conjunto de actos normativos (textos producidos por el legislador) y de normas (las interpretaciones de esos textos, que a su vez pueden formularse en otros textos); al menos de normas que son utilizadas por los órganos de aplicación y que se han cristalizado en orientaciones interpretativas consolidadas» (*ibid.*: 347. Traducción propia).

[97] Como afirma Pino, «ante la presencia de interpretaciones consolidadas, de un «derecho viviente», el derecho positivo es «conformado» por lo que dicen los intérpretes: la presencia de una orientación interpretativa consolidada, seguida por los órganos de aplicación, efectivamente produce que una determinada interpretación se incorpore al derecho positivo» (*ibid.*: 346. Traducción propia). Con todo, el mismo autor citado advierte que «además de que no existe un umbral exacto a partir del cual una orientación interpretativa pueda considerarse "consolidada" o "unívoca" […], dicha situación no se traduce automáticamente en una obligación que tengan los intérpretes de alinearse a dicha interpretación» (*ibid.*: 347. Traducción propia).

4. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA

A lo largo de las páginas anteriores se habrá podido notar que la determinación de errores de producción constitucional depende de algunas operaciones que se realizan *a partir* del texto de una constitución escrita y rígida pero que en ningún caso se limitan a dicha textualidad. Así, se ha visto que la existencia de tales errores depende, ante todo, de la existencia de normas explícitas o implícitas que limiten la reforma constitucional, normas que son el fruto de una serie de actividades intelectuales de atribución y de construcción de significado dentro de un espectro interpretativo bastante laxo; y también se ha visto que, frecuentemente, la aplicación en abstracto o en concreto de las normas limitadoras de la reforma constitucional exige operaciones de concretización (e incluso de ponderación) para poder articular adecuadamente el razonamiento jurídico respectivo. A ello se debe agregar que la propia determinación de un error de producción constitucional depende centralmente de valoraciones efectuadas por los intérpretes, dentro de un contexto argumentativo y decisional donde, al final del día, los contornos estrictamente jurídicos se difuminan: a las razones proporcionadas por el derecho positivo se agregan las razones conceptuales e ideológicas con las que inevitablemente operan los juristas.

Lo anterior ha sido recurrentemente criticado al señalar la excesiva discrecionalidad e inestabilidad en la determinación de la identidad de una constitución y en la concretización de los principios y/o valores «identitarios» (que, a su vez, sirven de parámetro para identificar la existencia de errores de producción constitucional). Ello se agravaría por el hecho de que aquellas interpretaciones y valoraciones detalladas previamente a menudo son realizadas en sede de la jurisdicción constitucional, es decir, son efectuadas por funcionarios judiciales que, suelen tener la última palabra a efectos de controlar la actividad del legislador democrático que ejerce el poder de reforma; lo que puede incluir (dependiendo de cada ordenamiento jurídico) la capacidad de frenar el procedimiento de reforma o incluso hasta la capacidad de anular las leyes de reforma constitucional aprobadas en sede parlamentaria[98].

Así y todo, estos inconvenientes no menores desde el punto de vista del principio democrático o desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no son más que el reflejo de una serie de rasgos incontestables que caracterizan a los ordenamientos constitucionales contemporáneos, a saber: que, en la cultura jurídica de los estados constitucionales, la constitución generalmente no es

[98] Esta crítica, por supuesto, remite a las conocidas discusiones acerca de una de las formas en que se presenta la tensión entre el *constitucionalismo* (que atrinchera ciertas partes del programa constitucional, marginándolas de la deliberación pública para poder preservarlas) y el *principio democrático* (que rechaza las clausuras definitivas a la deliberación pública, en especial si las mayorías parlamentarias del presente consideran que una decisión política del pasado es errónea, inadecuada o insuficiente).

concebida como un conjunto normativo estrictamente delimitado[99]; que la inmensa mayoría de las constituciones actuales están pobladas por declaraciones de valores y principios; que la validez de las leyes (incluso si se trata de leyes de reforma constitucional) puede ser siempre cuestionada sobre la base de los principios de la constitución; que los juicios de validez de las leyes se basan, sobre todo, en la congruencia sustancial con los principios constitucionales relevantes; que la interpretación constitucional frecuentemente se entrelaza con operaciones de integración o construcción jurídica; que las jurisdicciones constitucionales, hoy por hoy, asumen roles cada vez más preponderantes de colegislador y de autoridad interpretativa (además del tradicional rol de «legislador negativo»); que el derecho de los Estados constitucionales es un derecho prevalentemente jurisprudencial; etcétera[100].

Esta explicación, por supuesto, no elimina en lo absoluto los problemas anteriormente indicados, pero sí que permite mostrar que estos surgen precisamente como un reflejo de la realidad de los estados constitucionales, esto es, del funcionamiento real de sus instituciones (con todas sus carencias y todos sus excesos) y de la cultura jurídica que se moldea como consecuencia de las correspondientes prácticas de creación, interpretación y aplicación del derecho, especialmente en sede de la jurisdicción constitucional[101]. Por lo demás, estos problemas podrían atenuarse en aquellos ordenamientos donde se articule un diseño de las instituciones constitucionales menos «fuerte» respecto al principio democrático[102] o donde se implementen «anticuerpos» para tratar de afianzar, en la medida de lo posible, el principio de seguridad jurídica[103] [104].

---

[99] Véase Pino, 2019: 44, donde el autor, exponiendo un modelo de constitución «por principios» —que representaría, en su opinión, «la fenomenología de las constituciones contemporáneas democráticas y plurales» (*ibid.*: 58)—, señala que las constituciones de este modelo son concebidas teniendo un ámbito normativo dinámico «que evoluciona con el tiempo y que se expande simultáneamente en una doble dirección: por fuera de los rígidos confines del texto de la propia constitución y hacia todos los sectores del ordenamiento jurídico» (traducción propia).

[100] Todos estos rasgos característicos del Estado constitucional son expuestos en Pino, 2018: 536-542.

[101] «*Understood as a description of the actual working and contents of (most) positive legal systems [...] [i]t is a matter of fact that last resort judges as well as other interpretive authorities whose decisions cannot be overruled (viz., supreme constitutional organs, as far as certain constitutional clauses are concerned) can ascribe normative texts whatever meaning they please, and it is true that law usually grants their "authentic" interpretations direct legal effects*» (Guastini, 2011a: 156). En el mismo sentido, véase Barberis, 2016: 21: «*Le grandi corti supreme, costituzionali e internazionali, infatti, si auto-attribuiscono anche il potere di scegliersi le fonti. In particolare, esse elevano al rango di fonti supreme materiali normativi prima non considerati formalmente giuridici, e ri-determinano i rapporti gerarchici fra questi e le fonti formali*».

[102] Como se ha discutido extensamente en la literatura filosófico-política, una posible solución de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia es la coexistencia de un régimen democrático «fuerte» con un sistema de constitucionalismo «débil» (por ejemplo, a través de un mecanismo de control judicial de constitucionalidad *sin* supremacía judicial). Véase, al respecto, Martí, 2014 : 556; sobre la noción de «constitucionalismo débil», véase Bayón, 2000: 88-90; Bayón, 2004: § 5.

[103] Algunas sugerencias en este sentido pueden verse en Pino, 2018: 544.

[104] Reconocimientos. Este trabajo fue escrito durante mi estancia como Investigador post-doctoral «Margarita Salas» en el Àrea de Filosofia del Dret de la Universitat de Girona y con el finan-

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, B., 1991: *We the People*, *1: Foundations*, Cambridge (Massachusetts): Belknap Press.

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., 1976 : «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 417-430.

Alchourrón, C.E., 1988 : «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en C. E. Alchourrón. y E. Bulygin: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 323-333. Traducido al castellano por Bulygin, E.

Baquerizo Minuche, J., 2021: *El concepto de «poder constituyente». Un estudio de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Barberis, M., 2016: «Para una teoría realmente realista del derecho» , *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29: 15-23. Traducido al castellano por Baquerizo, J.

Bayón, J. C., 2000 : «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, 1 (Derechos y Justicia Constitucional): 65-94.

— 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, F. Laporta, J. R. De Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.): *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.

Bulygin, E., 1963: «El concepto de vigencia en Alf Ross», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta, 2021: 369-382.

— 1982: «Time and Validity», en Id., *Essays in Legal Philosophy*, New York: Oxford University Press, 2015: 171-187.

Caracciolo, R.A., 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Chiassoni, P., 2007 : *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino.

Ferrajoli, L., 1994 : «Democrazia e costituzione», *Ragion pratica*, 3: 227-244.

— 2007a: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 (*Teoria del diritto*), Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli.

— 2007b: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2 (*Teoria della democrazia*), Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli.

Gianformaggio, L., 1991: «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en E. Diciotti, V. Velluzzi (eds.) Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (, Torino: Giappichelli, 2008: 25-40.

Guastini, R., 1994: «Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza», *Ragion pratica*, 3: 245-255.

— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè.

— 1999: «La costituzione come limite alla legislazione», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli: 107-114.

ciamiento del Ministerio de Universidades de España y de la Unión Europea - Next Generation EU (Ayuda REQ2021). Agradezco a cada uno de los compañeros y amigos de Girona por sus útiles críticas y comentarios.

— 2011a: «Rule-Scepticism Restated», en L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford: Oxford University Press: 138-161.
— 2011b: *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
— 2011c: *La sintassi del diritto*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2014.
— 2013: «Il realismo giuridico ridefinito», *Revus - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 19: 97-111.
— 2017a: *Filosofia del diritto positivo*,V. Velluzzi (ed.), Torino: Giappichelli.
— 2017b: «Identità della costituzione e limiti alla revisione costituzionale (il caso colombiano)», en Id., *Discutendo*, Madrid: Marcial Pons: 371-393.
Loewenstein, K., 1969: *Verfassungslehre*, 2ª ed., Tübingen: J.C.B. Mohr. Citado por la traducción al castellano de Gallego Anabitarte, A., *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976.
Luzzati, C., 2012: *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino: Giappichelli.
Marcenò, V., 2024: «Quali limiti alla normazione costituzionale? Riflessioni de iure condendo a partire dalla recente proposta di revisione costituzionale (ddl cost. AS 935)», *Costituzionalismo.it*, 2024 (1): 9-21.
Martí, J.L., 2014: «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», *Ratio Juris*, 27 (4): 550-558.
Moreso, J.J., 1991: «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 201-222.
— 2023: «Lekta nemo vidit unquam: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho», *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2023/2: 29-40.
Pace, A., 1997: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2da. ed., Padova: Cedam, 2002.
Pegoraro, L., 2008: «Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo por el sexagésimo aniversario: 895-931. Traducción al castellano por Enriquez Fuentes, G.J., y Iglesias Bárez, M.
Pino, G., 2008: *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
— 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
— 2016: *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*, Pisa: ETS.
— 2018: «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», *Diritto Pubblico*, 2(2018): 517-544.
— 2019: *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena: Mucchi.
— 2020: «Celano sul Rule of Law: il tassello mancante», en P. Luque, M. Maldonado Muñoz (eds.), *Discutendo con Bruno Celano. vol. 1: Contributi*, Madrid: Marcial Pons: 385-398.
— 2021a: *L'interpretazione nel diritto*, Torino: Giappichelli.
— 2021b: «Sources of Law», en J. Gardner, L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford: Oxford University Press: 58-92.
Ragone, S., 2011: *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna: Bononia University Press.
Roznai, Y., 2017: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press.
Schmitt, C., 1928: *Verfassungslehre*, München-Leipzig: Duncker & Humblot. Citado por la traducción al castellano de Ayala, F., 1982 : *Teoría de la Constitución*

(segunda reimpresión), Madrid: Alianza Editorial, 1996.
VON WRIGHT, G.H., 1963: *Norm and Action. A logical enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 75-114
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/03*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA Y ERRORES LEGISLATIVOS: UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA

Constanza Ihnen[*]
Flavia Carbonell[**]

RESUMEN: Nuestro objetivo en este artículo es formular un concepto de racionalidad y de 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 exponemos, 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, desarrollamos 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, mostramos 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.

PALABRAS CLAVE: racionalidad lingüística; intención del legislador; teoría pragmática del significado; errores legislativos; comunicación legislativa.

* Constanza Ihnen Jory. Doctora en Teoría de la Argumentación, Retórica y Filosofía del Lenguaje, Universidad de Ámsterdam. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *cihnen@derecho.uchile.cl*. *http://orcid.org/0000-0002-2687-2953*

** Flavia Carbonell Bellolio. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III, Madrid. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *fcarbonell@derecho.uchile.cl*. *https://orcid.org/0000-0001-6834-043X*

INTRODUCCIÓN

En este artículo nos proponemos elaborar un concepto de racionalidad lingüística para el contexto legislativo que esté expresamente vinculado con una teoría pragmática del significado y que pueda servir de marco teórico para un estudio sistemático de los errores lingüístico-legislativos derivados de su incumplimiento. El concepto de «racionalidad lingüística» o «comunicativa» se refiere a uno de los niveles o parámetros de «racionalidad legislativa» descritos por Atienza (1988, 1989, 1997, 2019) en su teoría de la legislación. Como se sabe, Atienza ha propuesto entender la racionalidad legislativa en términos de una estructura compuesta de cinco niveles: la racionalidad «lingüística» o «comunicativa», que exige «la comunicación fluida de un mensaje normativo (la ley) desde un emisor hacia su destinatario»; la «jurídica-formal», según la cual la nueva ley debe insertarse armoniosamente al sistema jurídico; la «pragmática», conforme a la cual la nueva ley debe ser tal que los destinatarios puedan adecuar su conducta a ella; la «teleológica», que exige que la nueva ley pueda alcanzar efectivamente los fines sociales que persigue; y la «ética», según la cual las conductas prescritas y los fines de las leyes deben presuponer valores susceptibles de justificación ética (1988: 437; 1989: 385).

La noción de «racionalidad lingüístico-legislativa» desarrollada por Atienza nos parece un punto de partida útil para teorizar sobre el error en la creación del derecho, y de los errores lingüístico-legislativos en particular. Dicho esto, la definición teórica propuesta es todavía demasiado general, cuestión que el propio autor reconoce (1988: 439). Desde nuestra perspectiva, un concepto adecuado de racionalidad lingüística (esto es, uno que permita explicar, evaluar y corregir el discurso legislativo) debería cumplir con a lo menos tres condiciones: el concepto debe estar vinculado expresamente con una teoría del significado; debe formularse desde la perspectiva de quien produce los textos legislativos (perspectiva que integra, pero que no es equivalente, a la de quien los interpreta); y debe hacerse cargo de las especificidades contextuales de la comunicación legislativa.

En el campo de la llamada «técnica legislativa interna»[1], es posible encontrar numerosas directrices para el buen uso del lenguaje en la redacción legislativa, así como listados, ejemplos y definiciones de los errores lingüísticos que pueden suscitarse en el proceso. Así, los manuales suelen mencionar, por ejemplo, directrices generales tales como la claridad, la precisión, la con-

[1] Tapia Valdés (1960: 64), basándose en Geny (1922), distingue entre la técnica legislativa «externa» e «interna». La primera trata sobre la organización y funcionamiento del poder legislativo y se ocupa, entre otras cosas, de la idoneidad de los procedimientos parlamentarios para discutir y aprobar leyes. La segunda, la interna, se refiere a la redacción misma de la ley, es decir, al examen d e su contenido, su orden, y su lenguaje.

cisión, la sencillez, la llaneza y la accesibilidad, y otras algo más específicas, tales como el dominio adecuado de la sintaxis, el léxico, la semántica y la ortografía; la utilización de un mismo término para expresar el mismo concepto; la coherencia textual; las formulaciones rigurosamente preceptivas; y la construcción de oraciones simples y directas. A su vez, los mismos manuales suelen referir a problemas de formulación que resultan del incumplimiento de estas directrices, tales como la oscuridad, la ambigüedad, la vaguedad, las palabras innecesarias, el lenguaje rimbombante o rebuscado y la afectación (véase, por ejemplo: Bentham, 1816; Tapia Valdés, 1960; Valverde Acosta, 1998; Ubertone, 2003; Pérez Bourbon, 2007; Rivera y Martínez, 2015; Aveledo, 2020). Los manuales de técnica legislativa suelen ser escritos por autores y autoras que cuentan con la perspectiva del investigador-participante, lo que vuelve sus contribuciones particularmente valiosas. Con todo, nos parece que a partir de este conjunto de directrices y listados de errores no es posible construir, por mera inducción, un concepto de racionalidad lingüística teóricamente satisfactorio ni tampoco un estudio sistemático de los errores lingüístico-legislativos.

Para ello se requiere la construcción de un marco teórico que permita no solo describir o definir los errores lingüístico-legislativos más comunes, sino sobre todo explicar cómo es que estos se producen, de manera que podamos saber también cómo evitarlos. A nuestro juicio, una manera de abordar este desafío es desarrollando un concepto de racionalidad y error lingüístico-legislativos que estén fundados en una teoría del significado de naturaleza pragmática, que subsuma pero que no se agote en las dimensiones semánticas y sintácticas del significado lingüístico. El artículo tiene tres secciones. En la primera sección exponemos los postulados básicos de una teoría del significado pragmática, conforme fuese desarrollada originalmente por Paul Grice y luego complementada y revisada por Robyn Carston y François Recanati. En la segunda sección presentamos un modelo para la comunicación legislativa, poniendo especial atención a ciertas especificidades contextuales. En la tercera y última sección, intentaremos mostrar, mediante ejemplos, cómo es que, a partir del concepto de racionalidad propuesto, es posible explicar ciertos errores lingüístico-legislativos tratados por la técnica legislativa.

1. UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA AL SIGNIFICADO DE LOS ENUNCIADOS LEGISLATIVOS

Como se ha dicho, la racionalidad lingüística consistiría, según Atienza, en «la comunicación fluida de un mensaje normativo (la ley) desde un emisor hacia su destinatario». Para vincular este concepto con una teoría del significado lo primero que debemos hacer es explicitar en qué consiste ese «mensaje normativo» que debe ser comunicado fluidamente. El mensaje normativo *pre-*

supone, en primer lugar, un soporte material: los enunciados legislativos que componen la propuesta de ley [2]. Pero los enunciados legislativos son el *soporte* del mensaje, no son el mensaje que se comunica. Lo que se comunica a través de ellos son significados [3].

En la filosofía del lenguaje y en la lingüística existen múltiples aproximaciones a la noción de significado. En cuanto al significado en el nivel de los enunciados, algunas aproximaciones utilizan el término «significado» para referirse únicamente a su «significado lingüístico», es decir, al contenido que expresa un enunciado descontextualizado a partir de lo codificado en los componentes léxicos y sintácticos de una lengua. Esta noción de «significado» suele usarse en oposición a la noción de «uso». Otras aproximaciones, que pueden ser denominadas «pragmáticas», y que tienden a establecer una conexión (con diversos grados de cercanía) entre significado y uso, utilizan el término «significado» para referirse a aquello que un hablante comunica mediante el uso de un enunciado con un determinado significado lingüístico en un contexto específico. En adelante, al hablar del «significado» de un enunciado legislativo, y a menos que se indique explícitamente lo contrario, lo haremos en ese segundo sentido.

Las aproximaciones pragmáticas ofrecen muy variadas explicaciones sobre cómo es que los usuarios del lenguaje producen significados e interpretan enunciados en contexto. Pese a esa diversidad, la gran mayoría comparte los siguientes postulados, los que aquí haremos también nuestros: (i) producir un enunciado es un tipo de acción verbal (un acto de habla); (ii) en tanto acción, se trata de una conducta intencional; (iii) la intención que caracteriza a la producción de enunciados es la «intención comunicativa»; (iv) la intención

---

[2] Por «enunciado» entendemos una acción discursiva mediante la cual se expresa (al menos) una proposición con (al menos) una fuerza ilocutiva. Estrictamente, el soporte material del mensaje comunicado por la ley es un texto legislativo, no un enunciado ni tampoco un mero conjunto de enunciados. Un texto es una unidad lingüística compleja, compuesto de una red de enunciados con cierta unidad de contenido y fuerza. Así, en el caso de los *textos* legislativos aún no promulgados, su unidad se explica al menos en dos niveles. Por una parte, en el nivel de la fuerza ilocutiva, los enunciados son parte de un macro-acto de habla con la fuerza ilocutiva de una propuesta de acción. Esta propuesta de acción consiste en que los contenidos expresados por los enunciados del texto legislativo cuenten como vehículos para expresar un conjunto de normas jurídicas, para lo cual se requiere el acto comisivo de aprobación y el declarativo de promulgación por los órganos autorizados. Por otra parte, en el nivel del contenido, los enunciados de un texto legislativo conforman una unidad en la medida que se presentan como medios para alcanzar un conjunto de objetivos coherentes entre sí (en Chile, las llamadas «ideas matrices» de un proyecto). Para simplificar nuestro análisis, nos concentramos en el nivel de los enunciados que componen un texto legislativo, pero es claro que una aproximación acabada de la racionalidad lingüístico-legislativa debe considerar también esta unidad mayor.

[3] No nos pronunciaremos aquí sobre si es correcto conceptualizar las normas jurídicas como significados. Solo partimos del supuesto que, cualquiera sea la ontología de las normas jurídicas, estas se expresan lingüísticamente mediante enunciados a los cuales es posible atribuirle uno o más significados. Para una discusión sobre si las normas pueden o no conceptualizarse en términos de significados —semánticos, pragmáticos, o semántico-pragmáticos véanse, entre otros: Alchourrón y Bulygin (2021); Redondo (2018); Navarro y Rodríguez (2022); Arriagada (2022, 2024) y Mañalich (2024a, 2024b).

comunicativa refiere a un tipo de intención reflexiva, a saber: la intención por parte de un hablante de hacer manifiesta la intención de comunicar algo a un destinatario; (v) para interpretar un enunciado, el destinatario debe intentar establecer en qué consiste esa intención comunicativa; (vi) para establecer en qué consiste esa intención comunicativa el destinatario debe postular qué sería racional que el hablante comunicase dadas las palabras y la sintaxis que usó en un contexto determinado; y (vii) el significado de un enunciado es equivalente a la intención comunicativa de un hablante en un contexto de uso particular. Grice (1957, 1968, 1969) utilizó el término «significado del hablante» para referirse a esta noción de significado (en oposición al significado de una expresión lingüística en abstracto). Este es un concepto basal no solo para Grice, sino también para buena parte de los desarrollos posteriores en los estudios lingüísticos de orientación pragmática[4].

A partir de Grice (1975, 1978), es común distinguir, dentro del concepto de «significado del hablante», dos niveles: el nivel de «lo dicho» y el nivel de «lo implicado». «Lo dicho» refiere al acto de habla (una proposición con determinada fuerza ilocutiva) que el hablante expresa (o hace como si expresara) por medio del significado convencional de las expresiones lingüísticas que emplea en su enunciado. Lo dicho incluye elementos implícitos, pero convencionalmente determinados que impactan el valor de verdad de la proposición expresamente comunicada, como las consecuencias lógicas (*entailments*)[5]. Por su parte, «lo implicado» remite a otros aspectos comunicados mediante el enunciado, denominados «implicaturas», y que consisten en actos de habla indirectos que, o bien se añaden a lo dicho, o bien reemplazan lo dicho (o, más específicamente, reemplazan lo que el hablante hizo como que dijera)[6]. Así, por ejemplo, mediante el enunciado «Hace frío en esta sala», un hablante comunica en el nivel de lo dicho un acto de habla asertivo con el contenido proposicional, *Hace frío en esta sala*, pero en el nivel de lo implicado, podría comunicar, dados ciertos tipos de supuestos que especificaremos a continuación, el acto de habla consistente en pedirle al destinatario que cierre la ventana, que tiene un contenido proposicional y una fuerza ilocutiva distinta (directiva) a lo expresado en el nivel de lo dicho. En lo que sigue, discutiremos solo aquellos aspectos del significado del hablante que resultan fundamentales para el desarrollo de nuestra propuesta. En particular, nos detendremos, aunque sea brevemente, en las siguientes cuestiones: (1.1) cómo es que un hablante puede

[4] El concepto así definido es utilizado de forma transversal no solo por los neo-griceanos, sino también por autores que se alejan en cierta medida de la propuesta de Grice y se inscriben en la teoría de la relevancia, como Sperber y Wilson (1986), Carston (2002) y Recanati (2003).

[5] Seguimos aquí la lectura que propone Neale (1992: 529-530) del concepto de lo dicho en Grice.

[6] Grice no definió lo dicho y lo implicado en términos de actos de habla, sino en términos de contenidos proposicionales. Al incluir la fuerza ilocutiva en la definición de estos términos, seguimos, en parte, la lectura que hace Searle (1979a) de lo dicho y lo implicado en su propuesta para distinguir actos de habla directos e indirectos.

comunicar contenidos proposicionales más allá de lo dicho; (1.2) qué rol juega el contexto en la determinación de las proposiciones expresadas en el nivel de «lo dicho», y (1.3) la distinción entre «significado literal» y «significado no literal», a la luz de lo planteado en (1.1) y (1.2). Expuestos estos elementos, ofreceremos una definición para el concepto de racionalidad lingüística (1.4) que luego, en la sección 2, revisaremos a la luz de las especificidades del contexto legislativo.

1.1. Lo implicado y las implicaturas

Grice (1975, 1978) distinguió diversos tipos de implicaturas. Por razones de espacio, aquí nos remitiremos solo a aquellas que Grice denominó «implicaturas conversacionales»[7]. Un hablante sería capaz de producir estas implicaturas sobre la base de tres elementos: (i) lo que dijo en su enunciado; (ii) el supuesto de que el destinatario presume que el hablante se comporta conforme a algún principio de racionalidad comunicativa; y (iii) la asunción de un contexto mutuamente compartido con el destinatario.

Se han propuesto diversas formulaciones para el principio de racionalidad comunicativa[8]. Aquí utilizaremos la formulación de Grice pues resulta especialmente útil para nuestros propósitos (por razones que expondremos más adelante, en la sección 2). Según Grice, las conversaciones estarían gobernadas por un principio de racionalidad que denominó «Principio Cooperativo» (PC) y que definió así: «Haga usted su contribución a la conversación tal y como lo exige el propósito o la dirección del intercambio acordado en el que participe, en el estadio en que tenga lugar» (Grice, 2005 [1975]: 524). Bajo este principio general, Grice distingue cuatro categorías de máximas y submáximas: (1) «máxima de calidad»: intente que su contribución sea verdadera; en concreto: (1a) no diga lo que crea que es falso y (1b) no diga aquello para lo que carezca de pruebas adecuadas; (2) «máxima de cantidad»: haz que tu contribución sea tan informativa como sea necesario (para los fines actuales del intercambio) y no aportes más información de la necesaria; (3) «máxima

[7] Grice (1975, 1978) distinguió, en primer lugar, las implicaturas «convencionales» de las «no-convencionales». Dentro de las implicaturas no-convencionales, distinguió además aquellas que son «conversacionales» de las que no son conversacionales. Las conversacionales se distinguen, a su vez, en las generalizadas y las particularizadas. Las implicaturas convencionales y las no-convencionales y no-conversacionales requieren un proceso distinto de inferencia que las conversacionales.

[8] Por ejemplo, los neo-griceanos Laurence Horn and Stephen Levinson proponen simplificar las máximas conversacionales de Grice en dos principios básicos complementarios: (1) Principio-Q: Diga lo más que usted pueda que sea verdadero y relevante (Horn, 1984); (2) Principio-I: No diga más de lo que sea necesario (Levinson, 2000). Por su parte, los teóricos de la relevancia, Sperber y Wilson (1986), proponen un Principio Comunicativo de la Relevancia, que estipula que cada acto de habla comunica una presunción de su propia relevancia óptima; es decir, una presunción de que será al menos lo suficientemente relevante como para justificar la atención del destinatario y, además, tan relevante como sea compatible con la competencia del comunicador y sus objetivos y preferencias personales.

de relación»: sea pertinente (o relevante); y (4) «máxima de modo»: sea perspicuo; en concreto: (4a) evite la oscuridad en la expresión, (4b) evite la ambigüedad, (4c) sea breve, y (4d) proceda de forma ordenada (Grice 2005 [1975]: 524-526). Si bien Grice formuló el PC y sus máximas como directrices para el hablante, este principio operaría, en tanto presupuesto de la comunicación, también como principio heurístico para el destinatario. Respecto al contexto mutuamente compartido que se requiere para la producción e identificación de implicaturas, Grice solo mencionó que este contexto era tanto de carácter lingüístico como no lingüístico. Sin embargo, creemos que el concepto de «creencias contextuales mutuas» (CCM; *mutual contextual beliefs* o *MCB*), introducido por Bach y Harnish (1979: 5-6) captura la noción de contexto a la que alude Grice. Conforme a estos autores, las CCM se caracterizan (i) no solo porque hablante y destinatario tienen una misma creencia *p*, sino también porque (ii) cada cual cree que el otro tiene en mente esta creencia *p*, y (iii) cada cual supone que el otro supone que tiene la creencia *p* en mente.

Según Grice, el destinatario sería capaz de identificar una implicatura mediante una inferencia pragmática a la mejor explicación con el siguiente patrón general de razonamiento: (i) el hablante ha dicho que *p*; (ii) no hay razón para suponer que no está observando las máximas, o al menos el PC; (iii) no podría estar haciendo esto a menos que pensara que *q*; (iv) sabe (y sabe que yo sé que él sabe) que puedo ver que la suposición de que piensa que *q* es necesaria para que observe las máximas o el PC; (v) no ha hecho nada para evitar que yo piense que *q*; (vi) pretende que yo piense, o al menos está dispuesto a permitir que yo piense, que *q*; y, (vii) por lo tanto, ha implicado que *q* (Grice, 1975). A su vez, para postular *q* como hipótesis interpretativa (en lugar de *r*, por ejemplo), el intérprete debe considerar cuál de todas las hipótesis compatibles con lo dicho y con la observancia del PC es, con mayor plausibilidad, la que el hablante pretende comunicar. Es aquí donde las CCM juegan un rol fundamental. Por ejemplo, volviendo al ejemplo anterior, si un hablante formula el enunciado «Hace frío en esta sala», este, además de haber comunicado la proposición *Hace frío en esta sala* en el nivel de lo dicho, puede implicar exitosamente el contenido proposional *Cierra la ventana* en la medida que, por ejemplo, las CCM incluyan, entre otras, que hay una ventana abierta en la sala por la que entra una corriente helada; que el hablante tiene alguna dificultad para cerrarla, pero no así el destinatario; que no es viable moverse a otra sala; y que el destinatario tiene algún interés por el bienestar del hablante.

1.2. Lo dicho y los enriquecimientos pragmáticos

Dijimos que un hablante dice que *p* (o hace como si dijera que *p*) a partir de las formas lingüísticas convencionalizadas que utiliza en su enunciado. Lo dicho *se refiere* a una proposición, es decir, a un contenido evaluable en térmi-

nos de su valor de verdad. Esta concepción de lo dicho es mayoritariamente aceptada en la literatura. Sí existe controversia, en cambio, respecto al rol que juegan el contexto y las inferencias pragmáticas en el proceso de determinación de lo dicho.

Recanati (1989) distingue dos aproximaciones en este sentido. Por una parte, estaría la postura «minimalista», conforme a la cual la proposición comunicada en el nivel de lo dicho estaría mayoritariamente determinada por el significado lingüísticamente codificado del enunciado. Las excepciones corresponden a aquellos casos donde el enunciado no expresa una proposición completa y debe ser pragmáticamente, es decir, contextualmente, «saturada». Los enunciados que contienen indexicales, genitivos, predicados paramétricos, o algún tipo de ambigüedad semántica o sintáctica serían ejemplos de enunciados que requieren ser saturados para expresar una proposición (Recanati, 1989: 7)[9]. Según Carston (2002), la teoría del significado de Grice se inscribiría en esta primera aproximación[10].

En cambio, para el «contextualismo», en el que se inscriben, entre otros, el mismo Recanati y Carston, lo dicho estaría inherentemente infra-determinado por el significado lingüístico. Es decir, no se trata de un rasgo excepcional. La infra-determinación incluiría no solo aquellos casos donde el enunciado contiene una proposición incompleta en el nivel de lo dicho, sino también aquellos donde se expresa una proposición completa (es decir, evaluable en términos de verdad o falsedad), pero que requiere ser ajustada o desarrollada para determinar cuál es la proposición que *el hablante pretende comunicar* en el nivel de lo dicho. La lista de infra-determinaciones de este tipo que han sido identificadas en la literatura es larga[11]; baste por ahora mencionar solo un ejemplo: el enunciado «No te vas a morir», pronunciado por una madre a un niño pequeño que llora por un rasguño en su codo, contiene una proposición incompleta pues debe ser saturada mediante fijación de referencia en relación al indexical «te». Pero incluso una vez saturada, es necesario complementar la proposición (ya completa, y evaluable en términos de valor de

[9] Por ejemplo, el enunciado «Juana es muy baja», si bien es una oración sintácticamente completa, no expresaría una proposición completa, pues su predicado paramétrico (*x* es baja) requiere saturación para que al contenido de lo dicho pueda asignársele un valor de verdad: ¿es muy baja para alcanzar la última repisa?, ¿para jugar básquetbol?, ¿para ser chilena?, ¿para ser escandinava?, etcétera. El ejemplo es de Carston (2013).

[10] Carston funda esta apreciación en el hecho de que Grice reconoció expresamente los casos de saturación, pero no los enriquecimientos del segundo tipo. Adicionalmente, Carston sostiene que Grice, a diferencia de los contextualistas, consideró que el PC y sus máximas jugaban un rol únicamente en el nivel de lo implicado (Cfr. Neale 1992, quien está en desacuerdo con este punto). En lo que sigue, asumimos como punto de partida la aproximación contextualista a lo dicho. Eso quiere decir que, si la interpretación de Carston respecto a la postura de Grice en cuanto a lo dicho es correcta, nos apartaremos en este punto específico de él.

[11] Para más casos de infra-determinación de lo dicho en general ver, entre otros: Bach (1994), Carston (2002; 2013) y Recanati (1989; 1993; 2003).

verdad) con cierta información para dar con la proposición que la madre pretendía comunicar: *No te vas a morir [por ese rasguño]*[12]. En definitiva, para el contextualismo (Carston, 2002; Recanati, 2003), el significado lingüístico de un enunciado codifica nada más que una estructura lógico-conceptual, a veces incluso sub-proposicional, con algunas ranuras, o variables libres, que indican dónde deben suministrarse ciertos valores contextuales. Esta estructura proporciona la fase inicial (puramente lingüística) de la comprensión y serviría de entrada a los procesos pragmáticos destinados a construir la forma proposicional pretendida por el hablante.

Carston (2013) denomina a las inferencias pragmáticas que debe llevar a cabo el destinatario en ambos casos (de saturación y ajuste) «enriquecimientos pragmáticos». Al igual que en el caso de las implicaturas, su identificación dependería de la presunción de que el hablante se comporta conforme a algún principio de racionalidad comunicativa (tal como el PC y sus máximas) y del contexto de enunciación. Sin embargo, estas inferencias pragmáticas se distinguen de las implicaturas en que el proceso inferencial en este caso «no consiste en inferir una proposición enteramente distinta a la expresada en el nivel de lo dicho […], sino en completar, desarrollar o ajustar el esquema [*template*] de significado proporcionado por el significado lingüístico decodificado» (Carston, 2013: 13).

1.3. Significado literal y no literal

Antes de proponer un concepto de racionalidad lingüística, es necesario hacer una última aclaración respecto al concepto de literalidad que, como veremos, jugará un rol importante en nuestra propuesta. Una forma común de entender el «significado literal» de un enunciado es en términos de su «significado convencional» o, lo que es lo mismo, de su «significado lingüístico» en un contexto «cero». La aproximación pragmática que hemos expuesto aquí sigue una ruta distinta.

Desde una perspectiva pragmática, «significado literal» puede entenderse en dos sentidos, según si se utiliza para referir a un nivel específico del significado del hablante o al significado que el hablante comunica en su totalidad mediante su enunciado[13]. Así, en un primer sentido, podemos usar la expresión «significado literal» para referir a aquello que el hablante pretende comunicar *en el nivel de lo dicho*. Nótese que conforme a la tesis de la infradeterminación expuesta, esto no implica que el significado literal sea equiva-

[12] El ejemplo es de Bach (1994).

[13] Las definiciones que proponemos aquí no son idénticas, pero sí consistentes con lo expuesto por Searle (1979a; 1979b).

lente al significado lingüístico. Lo dicho está en parte determinado contextualmente. Por contraste, el significado no literal de un enunciado corresponde a lo comunicado mediante implicaturas.

En un segundo sentido, *el significado total* que el hablante comunica mediante su enunciado puede ser literal, no literal, o parcialmente literal. Es literal, en caso de que todo lo que el hablante pretenda comunicar se agote en lo dicho. No es literal, en caso de que el hablante quiera comunicar un contenido distinto, en reemplazo de aquello que hizo como si dijese en el nivel de lo dicho (es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de las metáforas, la ironía y otras figuras retóricas). Por último, el significado es parcialmente literal en caso de que el hablante quiera comunicar, además de lo dicho, alguna implicatura (es lo que ocurre, por ejemplo, en un enunciado como «Me estas pisando» donde el hablante, además de querer comunicar lo dicho, también comunica, en un contexto estándar, *Saca tu pie de encima*)[14].

1.4. Racionalidad lingüística pragmática

En tanto estándar para la producción de enunciados, la racionalidad lingüística pragmática exige al hablante seleccionar una formulación lingüística de su enunciado que permita al destinatario construir una hipótesis interpretativa que se asemeje suficientemente a la intención comunicativa del hablante. En base al análisis del significado del hablante expuesto, esto implica que el hablante debe seleccionar una formulación léxica y sintáctica para su enunciado tal que:

1. Permita al intérprete identificar una estructura lógica conceptual (esquema o *template*) que resulte consistente con la proposición que el hablante pretende comunicar en el nivel de lo dicho;
2. Permita al hablante encauzar el proceso inferencial que llevará a cabo el destinatario para reconstruir la proposición expresada en el nivel de lo dicho mediante enriquecimientos pragmáticos a partir de la estructura lógica conceptual; y
3. Permita al hablante (en caso que también pretenda comunicar en el nivel de lo implicado) encauzar el proceso inferencial del destinatario para reconstruir implicaturas tomando en consideración lo dicho.

Para encarrilar óptimamente estos procesos inferenciales, el hablante debe asegurar, en la medida de lo posible, que el intérprete cuente con las premisas adecuadas para formular sus inferencias a la mejor explicación. Una de esas

[14] En cualquier caso, el significado literal de un enunciado debe distinguirse de la *interpretación* literal de un enunciado. El significado del hablante puede no ser literal, pero ser interpretado de un modo literal y viceversa.

premisas es el significado lingüístico del enunciado, otra es la presunción de que el hablante se comporta conforme a algún principio de racionalidad comunicativa, y otra refiere a las CCM que el destinatario asume que proyectó el hablante. El hablante tiene control sobre la primera premisa; sobre la segunda no tiene control (pues funciona sólo como presunción), y sobre la tercera tiene control hasta cierto punto, en la medida que puede generar, mediante enunciados adicionales, un contexto lingüístico que ayude al intérprete a conocer las CCM proyectadas por el hablante y dar con la interpretación buscada. En cualquier caso, si un hablante desea ser exitoso, debe tomar en consideración, al formular su enunciado, el contexto preexistente, preocupándose de evitar construcciones lingüísticas que generen hipótesis interpretativas que queden fuera de su intención comunicativa.

Por último, cabe aquí relevar dos consideraciones. La primera es que esta concepción de racionalidad lingüística no exige, en principio, que el significado *total* de un enunciado sea «literal», es decir, no exige formulaciones en las que lo dicho es idéntico a la intención comunicativa del hablante. Si el PC guía tanto la producción como la interpretación de enunciados, y si la formulación lingüística del enunciado está óptimamente ajustada a las asunciones contextuales mutuamente compartidas por hablante y destinatario, la generación de implicaturas conversacionales no debiera ser en principio obstáculo para que el hablante logre comunicar de forma exitosa su intención comunicativa.

La segunda consideración es que la racionalidad lingüística, tal como la hemos definido, alude sólo a los medios que están a disposición del hablante para que la comunicación con el destinatario resulte exitosa, pero no es condición suficiente para una comunicación exitosa. Aún si el hablante ha construido sus enunciados conforme al criterio de racionalidad lingüística expuesto, el destinatario puede no reconocer su intención comunicativa por diversas razones, por ejemplo, por desconocer el código lingüístico que el hablante razonablemente da por compartido, por falta de atención de parte del destinatario, porque el destinatario decidió, sin que hubiese buenas razones para ello, dejar de presumir racionalidad de parte del hablante, o bien porque decidió, por razones estratégicas, formular una interpretación no cooperativa. La producción racional de significados sí nos parece, en cambio, una condición necesaria para el éxito comunicativo. Si bien es cierto que en determinados contextos (sobre todo los conversacionales de cara a cara, donde el contexto compartido es fácilmente accesible para ambos) es posible que el destinatario logre reconocer la intención comunicativa del hablante, pese a un error en la formulación del enunciado por parte del hablante[15], creemos que

[15] Por ejemplo, una madre que llama al primero de sus hijos usando en su enunciado el nombre del segundo, pero el primero reconoce la intención comunicativa de la madre de llamarlo a él, y no al segundo.

en este caso es posible decir que «la interpretación fue correcta», pero no así que «la comunicación fue exitosa».

2. LA RACIONALIDAD LINGÜÍSTICO-LEGISLATIVA COMO UN CASO ESPECIAL

La tesis que defendemos en esta sección es que la racionalidad lingüístico-legislativa que debería guiar la producción de enunciados legislativos en el marco de la creación de una ley puede ser entendida como un caso especial de la noción de racionalidad lingüística propuesta en la sección anterior. Se trataría de un caso especial, pues el éxito en la producción de significados por parte del legislador exige el cumplimiento de condiciones adicionales o más específicas que las requeridas en un contexto natural de comunicación. Estas condiciones serían generadas por el contexto institucionalizado en el que se crean las leyes y por la manera en que el derecho reconoce el producto del proceso legislativo como «normas», es decir, como reglas vinculantes para sus destinatarios. Sustentamos esta tesis del caso especial en dos pasos. En primer lugar, esbozaremos un modelo de comunicación legislativa que muestre, por una parte, que la estructura elemental subyacente a la producción de significados en el contexto legislativo es la misma que la de cualquier interacción verbal, y por otra, que si bien existen diferencias importantes entre ambas situaciones comunicativas, ello no exige desarrollar otro concepto de racionalidad lingüística, sino ajustar y precisar el propuesto a las exigencias contextuales. En la defensa de esta tesis intentaremos hacernos cargo de los argumentos planteados por algunos autores en contra de la aplicación de un modelo intencionalista del significado al ámbito de la interpretación jurídica (en particular uno de inspiración Griceana), mostrando que esas críticas —independiente del mérito que puedan tener en el ámbito de la interpretación jurídica— no son extrapolables al ámbito de la *producción de significados legislativos*. En segundo lugar, y en base a los resultados de esa discusión, proponemos un concepto de racionalidad lingüístico-legislativa adaptada a las exigencias institucionales propias de la legislación.

2.1. Un modelo para la comunicación legislativa

Dascal y Wróblewski (1991: 432) han propuesto un modelo de comunicación legislativa que, con algunos ajustes basados en nuestro interés investigativo y el marco conceptual que hemos asumido, puede servir de punto de partida para nuestro análisis sobre la racionalidad lingüístico-legislativa. Este modelo, si bien analítico, no es prescriptivo, pues pretende representar tanto casos exitosos como no exitosos de producción de significados:

Fig. 1: Modelo analítico de la comunicación legislativa

		Produce:				*Interpreta:*
$H_{L\text{-}R}$	⇨	enunciado legislativo E_L, en base a código lingüístico $L_{HL\text{-}R}$, con significado $S_{HL\text{-}R}$, en contexto $C_{HL\text{-}R}$	⇨	ruido del canal	⇨ D_A	enunciado legislativo E_L, en base a un código lingüístico L_{DA}, con significado S_{DA}, en contexto C_{DA}

Según este modelo, el hablante es un legislador-redactor ($H_{L\text{-}R}$), es decir, un agente que participa en la acción de redactar, enmendar o aprobar enunciados que forman parte de un proyecto de ley[16], mientras que el destinatario es un agente aplicador del derecho (D_A), por ejemplo, una jueza o juez. El legislador-redactor produce un enunciado legislativo (E_L), en base al código lingüístico (léxico y sintaxis de una lengua) del que dispone al momento de la producción ($L_{HL\text{-}R}$), con un significado ($S_{HL\text{-}R}$), es decir, con cierta intención comunicativa, en un contexto de producción determinado ($C_{HL\text{-}R}$). La transmisión de ese significado pasa por un canal que puede ser ruidoso en distintos grados[17]. El destinatario luego interpreta el mismo enunciado, en base al código lingüístico del que dispone al momento de la interpretación (L_{DA}), atribuyéndole un significado (S_{DA}), es decir, una intención comunicativa, en un contexto de recepción concreto (C_{DA}).

Por otra parte, y esta vez desde una perspectiva normativa, diremos que un legislador-redactor que se comporta conforme al estándar de racionalidad lingüístico-legislativo que proponemos debiera procurar, por todos los medios que estén a su disposición, que el significado que le atribuya el intérprete a su enunciado sea *lo más cercano posible* al significado que éste pretendió comunicar ($S_{DA} \cong S_{HL\text{-}R}$). Ya dijimos que en el contexto de una conversación ordinaria esto implica que el hablante debe producir un enunciado con una formulación lingüística tal que le permita encarrilar —a partir del significado lingüístico de su enunciado, la presunción de que el hablante observa algún principio de comunicación racional, y el contexto que comparte mutuamente con el destinatario— el proceso inferencial que llevará a cabo este último para reconstruir la intención comunicativa del primero.

---

[16] El legislador también deroga enunciados legislativos, acción legislativa que no será abordada por estar fuera del objeto de este texto.

[17] Por «ruido del canal» lingüístico entendemos el conjunto de distorsiones o adiciones no deseadas por el hablante que o bien impiden o bien dificultan en algún grado la *decodificación* del significado lingüístico de un enunciado. Por ejemplo, en el contexto legislativo, el papel es el canal y cualquier error tipográfico, manchas, espacios en blanco, etcétera, que impidan o dificulten establecer el significado lingüístico de un enunciado constituyen fuentes de ruido. No nos interesa abordar aquí este tipo de errores.

Este modelo de comunicación legislativa nos permite dar cuenta de varios desafíos prácticos a los que se verá enfrentado el legislador-redactor que pretenda comportarse conforme a este estándar: debe evitar ruidos en el canal de transmisión; debe asegurarse, en lo que esté a su alcance, de usar un código lingüístico compartido con el destinatario; y, crucialmente, desde una perspectiva contextualista como la defendida aquí, debe representarse y proyectar, todo cuanto le sea posible, las CCM que comparte con el destinatario, en circunstancias que el contexto de producción legislativa y el contexto de recepción interpretativa son al menos espacio-temporalmente distintos. A estos desafíos prácticos a los que se ve enfrentado el legislador-redactor, se suman varios desafíos teóricos que debemos abordar para defender la tesis del caso especial. Estos desafíos pueden sintetizarse mediante las siguientes preguntas: (i) ¿quién o qué es el legislador-redactor de un enunciado legislativo?, y ¿es posible atribuirle una intención comunicativa?; (ii) ¿qué consecuencias tiene para la concepción de racionalidad lingüística propuesta la exigencia institucional de que los enunciados legislativos se formulen en términos generales y el uso intencional de conceptos indeterminados?, y (iii) ¿es plausible presuponer que hablante y destinatario se guían por un principio racional de comunicación como el PC? A continuación, intentaremos hacernos cargo de estas preguntas.

Legislador-redactor e intención comunicativa

Desde el punto de vista del modelo de la separación de poderes tal como es entendido a partir de la modernidad[18], el «legislador» es el órgano que tiene la competencia para dictar leyes, es decir, es la autoridad normativa que ejerce la «función legislativa», y cuyos integrantes, en un estado de derecho, son elegidos democráticamente y representan al pueblo. La idea de potestad legislativa como una distinta de la administrativa y de la jurisdiccional da cuenta del carácter institucionalizado del derecho en tanto orden normativo, donde estas funciones (legislativa, adjudicativa y administrativa) se encuentran separadas, formalizadas y sometidas a mecanismos de control recíproco[19].

Desde el punto de vista de la interpretación del derecho, por otra parte, se suele recurrir a la figura del legislador en argumentos tales como la historia de la ley (actas en que se plasma el debate parlamentario), la voluntad del legislador histórico (aquel que creó el precepto interpretado) o la intención del

[18] Sobre estas funciones, véase Atria (2016), especialmente cap. 8 (pp. 159 ss.) y cap. 10 (pp. 189 ss.).

[19] MacCormick señala que legisladores y jueces deberían desarrollar el derecho teniendo en mente la idea de un todo sistemático (coherente) (1999: 7; 2007: 303).

legislador racional o ideal[20]. Esta «intención» no se entenderá aquí como el fin buscado por el legislador mediante la creación de una ley (por ejemplo, garantizar el acceso a una educación de calidad, o mejorar la calidad y oportunidad de la atención en el nivel primario de la salud), sino como la intención comunicativa del legislador, es decir, lo que el legislador quiso comunicar al producir los enunciados contenidos en la ley. A los argumentos basados en este último tipo de intención se les denomina «argumento de la intención legislativa» en Canale y Tuzet (2010: 254-255); y «argumento psicológico» (del legislador histórico) en Ezquiaga (1994: 93) y en Tarello (2013: 327)[21].

Respecto a los argumentos interpretativos que refieren a la intención del legislador histórico, bastante se ha debatido acerca de (i) si tiene sentido referirse al «legislador» en singular, como si fuera una unidad nítidamente identificable[22]; (ii) si ontológicamente existe algo así como la «voluntad» o «intención» de este cuerpo colectivo al que llamamos legislador; y (iii) si epistemológicamente es posible conocer aquella «voluntad» o «intención»[23]. Poggi (2020), por ejemplo, ha desarrollado una crítica ontológica muy aguda a la aplicación de una teoría intencionalista del significado para el ámbito de la interpretación jurídica. A su juicio, una aproximación de este tipo resulta insostenible, pues exige de parte del intérprete atribuir al legislador una *intención comunicativa* consistente en querer hacer manifiesta la intención de comunicar un significado $S_{HL\text{-}R}$ determinado mediante la producción de enunciados legislativos, lo que presupone una comprensión ingenua de la práctica legislativa y jurídica: el así llamado «legislador» es en realidad un conjunto de individuos, y de la mera aprobación de un texto legislativo (sea cual fuere) por parte del órgano legislador no es posible suponer que todos sus miembros tienen la intención de comunicar un mismo significado. Esto sería así, entre otras razones, porque el significado de un enunciado cualquiera está infradeterminado por el significado lingüístico de la formulación lingüística de los enunciados que componen un proyecto y es dudoso que todos los legisladores enriquezcan pragmáticamente esos enunciados de la misma manera.

Por su parte, en lo que respecta al argumento basado en la figura del legislador racional, Dascal y Wróblewski (1991: 433) sostienen que es preciso distinguirlo del legislador actual (aquel que promulga leyes al momento de to-

---

[20] Recientemente, Poggi y Ferraro (2024) analizan críticamente la noción de «legislador ideal» (*Ideal Legislator*) como un dogma persistente en la interpretación del derecho, que actualmente aparece bajo la noción de «hablante competente» (*competent speaker model*). En opinión de estos autores, esta apariencia de racionalidad puramente instrumental solo amplifica, y no limita, la discrecionalidad del intérprete destinatario, cubriéndola de un velo de racionalidad.

[21] En cambio, el argumento basado en los fines del legislador suele denominarse «argumento teleológico». Véanse, por ejemplo, Ezquiaga (1994) y Tarello (2013).

[22] Los usos actuales de «legislador» no lo identifican con «una persona humana», sino con un ente colectivo, a pesar de que se «antropomorfiza» cuando se predica de él el atributo humano de la «intención». Véase, en este sentido, Rábanos (2017, n. 30).

[23] Estas cuestiones son tratadas por Canale y Tuzet (2010: 255).

mar una decisión interpretativa) y del legislador histórico (aquel que promulgó la ley que se interpreta), y abogan por un tipo de interpretación jurídica basada en el legislador racional (véase, también, Wróblewski, 1979). Esto explica por qué el legislador racional ocupa el lugar del «emisor» en su modelo de comunicación legislativa: el modelo cumple un rol en la interpretación según el cual «el destinatario *reconstruye* el significado del emisor, proyectando en el emisor (o en el texto), la noción de racionalidad. El intérprete pregunta no aquello que el emisor *habrá* querido decir, sino lo que el emisor *debió* haber querido decir» (Dascal y Wróblewski, 1991: 433).

Todos estos debates surgen de la mano de los eventuales problemas de interpretación de un texto del legislador a efectos de aplicarlo a la solución de un caso concreto sometido al conocimiento de un tribunal. Este artículo, sin embargo, se sitúa en el momento de la emisión de enunciados lingüísticos con la pretensión de que sean sancionados como ley, de manera que puedan dirigir el comportamiento de sus destinatarios en determinado sentido[24]. En ese contexto, la pregunta relevante no es cómo los aplicadores identifican, *a posteriori*, la intención del legislador y la aplican a un caso concreto, sino cómo es que quienes profieren esos enunciados plasman su intención comunicativa en el texto de una propuesta de ley. Por ello, adoptaremos aquí la nomenclatura de *legislador-redactor* para referirnos a un individuo concreto (o grupo de ellos) que profiere —ya sea mediante la escrituración de un proyecto de ley, la redacción de indicaciones legislativas, o la expresión de aprobación del articulado de un proyecto— emisiones lingüísticas con cierta intención comunicativa. Además, es relevante que el contexto en que el legislador-redactor produce sus enunciados legislativos es uno institucionalizado, existen reglas que indican las materias que pueden ser objeto de ley y otras que regulan el procedimiento de formación de la ley (etapas, quórums, promulgación, etcétera). Desde el punto de vista del texto, el debate parlamentario, también reglado, va puliendo, eliminando o agregando enunciados lingüísticos, hasta llegar al texto aprobado[25]. Estas reglas desde luego generan restricciones y oportunidades para la formulación lingüística del conjunto de enunciados legislativos que componen un proyecto de ley.

Resta ahora explicar por qué creemos que las críticas contra la aplicación de una teoría intencionalista del significado en el ámbito de la interpretación jurídica no son aplicables al de la producción de enunciados legislativos. Co-

[24] Existe cierto consenso en que también las normas constitutivas «regulan» la conducta en cierto sentido. Véase, por ejemplo, Arriagada, 2022: 405 y Schauer, 1991: 63.

[25] Por cierto, definir al emisor de nuestro modelo de comunicación legislativa en términos de un legislador-redactor no significa que la noción de «legislador racional» no cumpla un rol en la producción de significados legislativos. El «legislador racional» encarna en nuestro análisis la presunción de racionalidad comunicativa que proyectará el destinatario-aplicador en su interpretación de la ley, presunción que el legislador-redactor debe tener en consideración para encauzar óptimamente las inferencias pragmáticas que llevará a cabo el destinatario.

mencemos por la crítica epistemológica. Esta crítica señala que no es posible conocer, por parte de un destinatario-aplicador, la intención comunicativa del legislador. Esta crítica puede o no ser acertada en el contexto interpretativo, pero en el contexto de producción lo que interesa no son las intenciones comunicativas que se atribuyen al legislador, sino aquellas que un legislador-redactor *manifiesta* al proferir enunciados legislativos. De manera que el problema relativo a la atribución de intenciones por parte de un destinatario-aplicador no es extrapolable al proceso legislativo.

Revisemos ahora la crítica ontológica. Esta crítica señala que resulta inverosímil suponer que cada legislador tenga la intención de comunicar un mismo significado $S_{HL\text{-}R}$ mediante un enunciado legislativo E_L. Esto es relevante en el marco de la interpretación, pues el argumento basado en la intención del legislador histórico asume que hay un significado (o un conjunto limitado de significados) atribuible al legislador como cuerpo colectivo. Para establecer si esta crítica resulta relevante en el contexto de producción de la ley, es necesario considerar primero en qué consiste la intención comunicativa de un legislador-redactor. Nos parece que en este punto es útil distinguir dos tipos de actos comunicativos que realiza el legislador, pues estos actos suponen intenciones comunicativas de distinto tipo. El primero consiste en la acción de proferir (es decir, redactar, enmendar o expresar la aprobación individual de) un enunciado legislativo con la intención de significar algo. Respecto a este acto, pueden distinguirse dos niveles de intención comunicativa[26]:

(1) Yo, $H_{L\text{-}R}$, tengo la intención de proferir (redactar, enmendar o expresar mi aprobación respecto a) un enunciado legislativo E_L

(2) Al proferir E_L, yo, $H_{L\text{-}R}$, tengo la intención de significar $S_{HL\text{-}R}$:

(i) Yo, $H_{L\text{-}R,}$ tengo la intención de decir *p*;

(ii) Yo, $H_{L\text{-}R,}$ tengo la intención de implicar *q* (además de, o en reemplazo de *p*).

El tipo de intención comunicativa que se requiere por parte del legislador-redactor para generar significados (exitosamente o no) a partir de un enunciado legislativo es, respecto a este acto, de carácter individual. Nada exige que el significado que pretende comunicar sea el mismo, ni siquiera similar, al de los demás legisladores-redactores. Es más, en algunos casos, como cuando se usan intencionalmente conceptos indeterminados, lo que se busca precisamente es permitir inferencias pragmáticas diversas, quizás incluso incompatibles, con el fin de otorgar discrecionalidad al destinatario-aplicador frente a un

[26] Seguimos aquí parcialmente el análisis de niveles de intención comunicativa de un hablante propuesta por Poggi (2020).

caso concreto, dentro del marco interpretativo que permite el uso semántico y pragmático del concepto[27].

Ahora bien, es cierto que en la mayoría de los casos (es decir, cuando *no* se busca utilizar intencionalmente conceptos indeterminados), el legislador-redactor debería procurar, *si desea comunicarse con el destinatario-aplicador de forma exitosa*, que el enunciado no dé pie a inferencias pragmáticas que sean contrarias a su intención comunicativa. Una forma de hacer esto será asegurarse de que las intenciones comunicativas de los demás legisladores-redactores respecto a un mismo enunciado legislativo armonicen con la suya. Pero esto es algo que se le puede exigir solo en la medida que esas intenciones comunicativas se explicitan, por ejemplo, en el desarrollo del debate legislativo. Solo en ese caso se le podría exigir reformular o refinar las formulaciones lingüísticas para asegurar la coincidencia de significado. En los demás casos, nos parece una exigencia supererogatoria. Por esta razón, nos parece más adecuado entender que el éxito en la producción de significados determinados supone simplemente la intención individual de impedir inferencias pragmáticas no deseadas, en lugar de postular algún tipo de intención colectiva que implique una intención por parte de cada legislador-redactor de que los demás tengan la intención de comunicar un mismo significado $S_{HL\text{-}R}$. Si el análisis que proponemos es correcto, y todos los niveles de intención comunicativa que se requieren para proferir de forma exitosa un enunciado legislativo con un determinado significado son de tipo individual, entonces la intención comunicativa del legislador-redactor no tiene, respecto a este acto de habla, ninguna peculiaridad que torne su ontología sospechosa.

Sin embargo, para que un enunciado legislativo propuesto adquiera fuerza de ley, no basta, desde luego, la mera propuesta de un enunciado con la intención de significar algo (determinado o indeterminado). Para ello se requiere otro tipo de acto de habla que solo puede realizar un órgano legislativo en conjunto (la legislatura, una comisión, una cámara): el acto de aprobar mediante votación un artículo, una indicación, o el texto legislativo en su totalidad. Esta actividad sí parece requerir algún tipo de intencionalidad colectiva pues supone al menos el conocimiento mutuo y la aceptación generalizada de ciertos procedimientos y condiciones para dar por aprobado un enunciado o texto en tanto ley[28]. No obstante, la intención colectiva atribuible a cada participante en este caso no requiere una intención comunicativa colectiva respecto a lo que *significa* ese enunciado o texto. Basta con que el órgano apruebe que el texto cuente como ley. Así, por una parte, cada legislador-redactor aprueba, indivi-

---

[27] Volveremos sobre el uso de conceptos indeterminados más adelante, al referirnos a la formulación general de las leyes y el rol que juega el comportamiento estratégico en la creación del derecho.

[28] Poggi (2020; siguiendo a Ekins, 2012: 221) formula la intención colectiva correspondiente a esta actividad como sigue: «Yo tengo la intención de que nosotros tengamos la intención de participar en el procedimiento legislativo, mediante la aceptación de las reglas R_1, R_2, R_n, que establecen las condiciones para aprobar un texto como ley».

dualmente, un enunciado o texto legislativo conforme a su propia intención comunicativa de significar algo en particular, pero por otra, el cuerpo colectivo aprueba (mediante votación) que un *enunciado o texto* cuente como ley.

Ninguna de las observaciones que hemos planteado aquí contradicen las críticas planteadas por Poggi (y otros) al uso del argumento interpretativo basado en la intención del legislador. Puede que esas críticas sean correctas, pero también pudiera haber alguna salida a las dificultades que apuntan. No está entre nuestros propósitos en este artículo hacernos cargo de estas cuestiones[29]. Aquí solo hemos querido dar cuenta de que no hay razones teóricas ni prácticas para desechar el uso de una teoría pragmática del significado como la expuesta cuando se trata de explicar, evaluar y guiar la producción de enunciados legislativos.

Abstracción y generalidad de las leyes

Una característica de los textos normativos consiste en que los casos que regulan en sus antecedentes (hechos condicionantes a los que se asocia una solución normativa) son casos genéricos descritos en términos abstractos, a partir de ciertas propiedades relevantes.

Según una caracterización comúnmente aceptada de «reglas», estas regulan tipos y no particulares (Schauer, 1991: 18). Las reglas prescriptivas[30] obligan a una clase de individuos, en una clase de situaciones, a una clase de comportamientos. Consecuentemente, los objetos incluidos en una misma clase pueden diferir profundamente en diversos aspectos; a su vez, un «particular» puede simultáneamente ser parte de distintas categorías de propiedades específicas. Estas reglas prescriptivas pueden reconstruirse condicionalmente, tal como tradicionalmente se ha hecho desde la teoría del derecho lógico-analítica[31], de la siguiente forma: «si *x*, entonces O*y*», donde «*x*» designa un hecho genérico o circunstancia[32], donde «O*y*» designa una consecuencia jurídica y

[29] Una salida posible es quizás la que apuntan Dascal y Wróblewski (1991): lo que el intérprete debe reconstruir es la intención comunicativa atribuible a un texto asumiendo que el legislador es racional. Si cada legislador-redactor ha actuado conforme al principio de racionalidad lingüístico-legislativa aquí propuesto, el intérprete debiera al menos descartar aquellas hipótesis interpretativas que el legislador-redactor quiso excluir de su intención comunicativa.

[30] Aquí nos centramos en las «reglas prescriptivas» que, según Schauer, son aquellas que se usan para guiar, controlar o cambiar un patrón de comportamiento, aplicando «presión» al mundo (Schauer, 1991: 2). Este autor luego contrapone las reglas prescriptivas a las reglas descriptivas, y traza, con matices, la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. En cualquier caso, la noción de generalización como parte del predicado fáctico es aplicable también a las reglas constitutivas, que, en la formulación estándar «*x* cuenta como *y*», equivaldría también al «*x*».

[31] Por todos, Alchourrón y Bulygin (2021). La estructura condicional (hipotética) de las normas puede verse, desde luego, ya en Kelsen (1983: 84 y ss., 115-116).

[32] Estos son los «casos genéricos», entendidos como subclase o subconjunto del universo del discurso (UD) definido por una propiedad y también la propiedad definitoria de la subclase, en la terminología de Alchourrón y Bulygin (2012: 43).

donde el conector «*si* ... entonces» significa que, *si se da* «*x*», entonces *debe darse* «*y*». En el ejemplo de SCHAUER (1991: 23), «Si una persona conduce a más de 120 km/h, entonces debe pagar una multa de 120.000».

La primera parte de las reglas, denominado «antecedente», «predicado fáctico» o «hechos operativos», especifica el ámbito de aplicación de la regla, las condiciones fácticas para su aplicación o la hipótesis a la que se aplica la consecuencia jurídica. En el ejemplo anterior, una persona que conduce a más de 120 km/h. Los predicados fácticos son generalizaciones, entendidas como el resultado de un proceso de categorización que consiste en agrupar individuos que comparten una o más propiedades relevantes en tipos o clases, de manera tal que los individuos que poseen una cierta propiedad relevante se consideran casos o especies de aquellos tipos o clases (SCHAUER, 1991: 17-19). En el mismo ejemplo, la prohibición de conducir a más de 120 km/h aplica a la categoría, tipo o clase «personas». Así las cosas, esta generalización, más amplia o más estrecha – como podría ser, por ejemplo, si se dijese «personas mayores de edad» –, siempre es aplicable a todo «algo» (*Ibid*.: 24).

La generalización sobre la que se construye el predicado fáctico puede ser más o menos extendida, y dependiendo de ello, suele distinguirse entre «reglas generales» y «reglas particulares». Sin embargo, la noción misma de regla significa que es aplicable a todos los eventos, acciones, omisiones, o personas que compartan las propiedades relevantes del tipo o clase. Salvo excepcionalísimos casos, entonces, las reglas jurídicas no emplean pronombres personales ni se refieren a sujetos individuales, sino a clases o subclases de sujetos, ni se dictan para regir por períodos determinados o para una sola instancia de un determinado comportamiento.

La selección de las características que se incluyen en el predicado fáctico depende de la justificación de la regla, es decir, de los objetivos que se quiera promover, bienes que se quiera proteger, males que se quiera erradicar. Como las generalizaciones son selectivas y solo probabilísticas, puede suceder que en algunos casos sea dudoso que un individuo se encuentre incluido en la generalización del predicado fáctico o que, estando incluido, no parezca estar conectado con la justificación de la regla. Como el propio SCHAUER nota (1991: 89 ss.), la generalización de los predicados fácticos no puede asegurar que exista un ajuste perfecto con la justificación de la regla. Por ejemplo, si aceptamos que la regla «prohibido el ingreso de perros al restaurante» es una manera adecuada de evitar interrupciones molestas, siguiendo el famoso ejemplo del autor, podemos igualmente reconocer que no todos los perros causarán interrupciones molestas y que algunas no serán causadas por perros. El primero es un ejemplo de sobre-inclusión: la aplicación de la regla a un caso incluido en la misma regla no se encuentra justificado; el segundo es un ejemplo de infra-inclusión: la no aplicación de una regla a un caso no incluido en la regla infringe su justificación. En otras palabras, una regla es sobre-incluyente

cuando es aplicable a un caso concreto —incluido en el predicado fáctico general— pero su observancia en la instancia particular no promueve su propósito o justificación. Una regla es infra-incluyente si la regla no es aplicable al caso particular, pero de haber sido aplicable, la regla habría cumplido o promovido su propósito.

La cuestión acerca de la sobre e infra-inclusión de una regla, referida a las dudas acerca de la extensión de su ámbito de aplicación, suele abordarse también como el problema de la vaguedad extensional de las reglas. En tanto todos los términos son potencialmente vagos, pueden originar casos que estén dentro de la llamada «zona de penumbra» —es decir, casos no claramente incluidos o excluidos del ámbito de aplicación de una palabra o expresión[33], mientras que los textos claros tienen un núcleo esencial o luminoso donde esta incertidumbre no se produciría (Hart, 1977).

Estos problemas de sobre e infra-inclusión o de vaguedad, que suelen tratarse en sede de interpretación y aplicación de normas a un caso concreto[34], pueden, al menos parcialmente, ser considerados por el legislador-redactor, a la hora de formular el predicado fáctico de su enunciado legislativo, aclarando (por ejemplo, en la parte expositiva del proyecto) la justificación que subyace a la regla, empleando en el texto legislativo generalizaciones más precisas, incorporando excepciones explícitas, entre otras cuestiones.

Aunque muchos autores tratan como problemas sinónimos la «textura abierta» y la «vaguedad» (como el caso de Hart)[35], Schauer (1991: 34-36), siguiendo la definición de textura abierta de Waismann, traza una diferencia, indicando que la «textura abierta» es la posibilidad de que incluso un término mínimamente vago o el más preciso puede tornarse vago frente a una instancia que no pudo ser anticipada cuando el término fue definido, como consecuencia de nuestro conocimiento imperfecto del mundo y nuestra limitada habilidad de predecir el futuro. La textura abierta, por tanto, refleja la tensión entre el lenguaje estático y el mundo en constante cambio. Desde el punto de vista del legislador-redactor, solo podemos pedirle que proyecte, desde su conocimiento del presente, los posibles escenarios futuros.

---

[33] Sobre este punto, véase Carrió (1994: 17-36) y Nino (1995: 245-256).

[34] En terminología de Guastini (2014: 55 ss.), son problemas que provienen de la «indeterminación de la norma», en sede de «interpretación concreta» que aplica una norma a un caso, luego de que se ha interpretado en abstracto.

[35] Hart (1997: 124-136) dice que la textura abierta significa que hay áreas del comportamiento en que un amplio margen es dejado para ser desarrollado por los tribunales o por las autoridades que buscan, a la luz de las circunstancias, un equilibrio entre los intereses contrapuestos, cuyo peso varía en cada caso. Véase, además, Waldron (1994). Sobre los conceptos jurídicos indeterminados o esencialmente controvertidos, puede consultar Gallie (1956) y Perelman (1984).

Un problema adicional y anterior, en sede de interpretación abstracta[36], consiste en la «indeterminación normativa» que caracteriza al derecho. Los textos o enunciados legislativos, especialmente el predicado fáctico —aunque eventualmente también el consecuente— pueden ser equívocos y tener una pluralidad de significados. Esta equivocidad, se sostiene, tiene básicamente dos orígenes: primero, la ambigüedad propia de los lenguajes naturales en que se formulan las normas jurídicas (es decir, problemas de ambigüedad que radican en el código lingüístico); y segundo, distintas posiciones teóricas, dogmáticas y ético-políticas que hacen que palabras o sintagmas de disposiciones jurídicas sean entendidos de diversa manera. La indeterminación normativa proveniente de ambos orígenes es, en realidad, ineliminable, pese a que la idea misma de derecho como técnica de regulación de conducta no admita que la indeterminación normativa sea total[37]. El legislador-redactor puede reducir o enmarcar, si esa es su intención, los significados posibles del texto, o excluir *a priori* otros (Capone, 2013: 402). Veamos cada una de estas causas de indeterminación.

Con relación a la ambigüedad de origen lingüístico, es posible distinguir tres sentidos: ambigüedad semántica —que se produce cuando a una palabra puede atribuírsele más de un significado; ambigüedad sintáctica —que se produce por la ordenación de las palabras o por el empleo de símbolos lingüísticos, adjetivos o conectores; y ambigüedad pragmática —que se genera en los casos en que un mismo enunciado puede tener distintas fuerzas ilocutivas, y del contexto no queda claro qué tipo de acto de habla es (Guastini, 1997).

Por otra parte, la diversidad de posiciones teóricas, dogmáticas y ético políticas que tienen los integrantes de la comunidad jurídica respectiva (juristas, abogadas, jueces) puede condicionar el significado que los distintos intérpretes atribuyen a un texto normativo aprobado por el legislador. Por ejemplo, que se siga una posición dogmática acerca de cómo debe solucionarse una antinomia aparente, o que se adopte un concepto de causa como condición necesaria mas no suficiente, influye en determinar si un caso concreto es o no subsumible en el predicado fáctico de la norma.

---

[36] Guastini (2014: 33-36) traza la distinción entre interpretación en abstracto y en concreto de la siguiente forma. La interpretación en abstracto consiste en establecer el significado de disposiciones en abstracto y determinar cuáles son normas vigentes («la disposición "D" significa la norma N1, N2...»), y sin referencia a casos concretos. La interpretación en concreto («orientada a los hechos») es aquella que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto». Tiene la forma siguiente: «El caso 'C' forma parte del campo de aplicación de la norma N1, N2...». La interpretación en abstracto precede a la interpretación en concreto.

[37] En este sentido, «para poder identificar una norma perteneciente a un sistema debe ser posible conocer al menos un caso y acción genéricos previstos por ella» (Redondo, 1997: 184). En otras palabras, la existencia de una norma es incompatible con la indeterminación total de su significado; «[d]e no ser así, el derecho podría existir sin guiar o justificar acción alguna. En sentido estricto, afirmar que el contenido de una norma está totalmente indeterminado es incurrir en una contradicción en los propios términos. Una norma compatible con cualquier acción no es una norma en absoluto» (1997: 185).

La indeterminación normativa puede adoptar distintas formas (Agüero y Sepúlveda, 2022): 1) emplear listas de ejemplos; 2) usar términos valorativos o conceptos jurídicos indeterminados; 3) fijar supuestos de hecho abiertos; 4) usar principios o estándares abiertos e indeterminados; 5) emplear parámetros extrajurídicos (sociales, económicos, políticos, morales).

Consideremos el uso de términos valorativos o el uso de lenguaje emotivo en un enunciado legislativo. Como ha distinguido Wróblewski, los «hechos» [38] en el lenguaje jurídico se encuentran referidos al menos de dos formas distintas: hechos determinados descriptivamente y hechos determinados valorativamente (1973: 164 ss.). Esta distinción condiciona la forma en que habrá que probar, en un caso concreto, los enunciados fácticos acerca de la ocurrencia del hecho en cuestión. Por ejemplo, «el que mata a otro» o «vehículo» son ejemplos de hechos determinados descriptivamente, en los cuales, frente al caso concreto, deberá acreditarse que «el hecho H ha existido en el tiempo *t* y el espacio *e*». La prueba consistirá en la verificación de las proposiciones como verdaderas o falsas o en su demostración como probadas, según los mismos métodos de las ciencias naturales o las reglas probatorias respectivas, con las limitaciones propias del proceso judicial para alcanzar la certeza. En cambio, tratándose de «hechos determinados valorativamente», como lo serían el uso de sintagmas tales como «interés legítimo», «razonable», «ofensa moral» en el antecedente del enunciado legislativo, la cuestión probatoria se hace compleja, si aceptamos la distinción entre descripciones y evaluaciones, la que excluye que respecto de estas últimas pueda predicarse verdad o falsedad. En estos casos, indica Wróblewski, la verificación es compleja, y pasa, en primer lugar, por probar la existencia del objeto al que se refiere, en el ejemplo, del «interés» de la misma forma que los hechos formulados descriptivamente, y, en segundo lugar, por evaluar el objeto, en este caso, como interés «legítimo», calificación que no se resuelve a través de un contraste entre proposición y mundo o meramente aplicando directivas lingüísticas, sino escogiendo un sistema axiológico determinado. En este caso, la subsunción del caso concreto en la clase de hechos regulada por el predicado fáctico consistiría en la conjunción de estas dos proposiciones «el hecho H ha existido en el tiempo *t* y el espacio *e*» más «el hecho H tiene el valor V de acuerdo con el sistema axiológico SA».

En muchas ocasiones, el legislador-redactor usa términos valorativos para *intencionalmente* dejar abierta distintas vías interpretativas, delegando la determinación precisa del significado del enunciado normativo a los aplicado-

[38] Distintos tipos de «hechos» pueden dar lugar a distintos niveles de indeterminación o problemas interpretativos tanto para el legislador-redactor como para el intérprete-aplicador. Por ejemplo, los hechos externos que consisten en sucesos, o los que consisten en omisiones, o los hechos internos tales como estados mentales o las acciones mentales. Para esta tipología de los hechos en el derecho, véase González Lagier (2013: 18-19).

res del derecho, por ejemplo, a través de información co-textual y contextual (Dascal y Wróblewski, 1991: 431). Por ejemplo, la frase «que no se opongan a la moral, las buenas costumbres y el orden público» es una fórmula legislativa que habilita el dinamismo (Stevenson, 1975: 18-22), la evolución del derecho sin cambio de texto, o la adaptación del derecho a circunstancias nuevas e imprevisibles (Capone, 2013: 402), precisamente por la dependencia espacio-temporal de estos elementos, especialmente de los dos primeros. En casos como estos, es posible que el legislador-redactor analice la manera en que han sido interpretados sus textos y si no se corresponde con su propósito, puede modificar el texto o dictar una interpretación vinculante («ley interpretativa»), según el caso (Dascal y Wróblewski, 1991: 431).

En otros casos, por ejemplo, es imposible que el legislador pueda identificar estándares de diligencia para la realización de todas las actividades que sea posible ejecutar en la vida social, y emplea una noción general opuesta, como «culpa», y la define: «falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios […]. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano» (art. 44 Código Civil chileno). El nivel de diligencia, por tanto, sólo puede ser determinado teniendo a la vista consideraciones pragmáticas inescindibles del contexto de aplicación. En palabras de Endicott (2011: 23), «[e]l desafío de los legisladores [*law-makers*] es determinar si, en un cierto esquema de regulación, la arbitrariedad que resulta de la precisión es peor que la precisión que resulta de la aplicación de un estándar vago», arbitrariedad que es entendida por este autor como resistencia o ausencia de razón o justificación razonada. Precisamente, en casos en que es necesario regular un amplio rango de conductas que pueden ser variables, como la determinación de estándares de diligencia a partir de una definición común que habilite concreciones diferenciadas según la naturaleza de la actividad, no es posible ni deseable emplear estándares precisos. La vaguedad, en estos casos, cumple la función de delegar poder en los tribunales para efectuar dicha concreción y constituye una importante técnica legislativa (Endicott, 2011: 23). Esta delegación de la determinación precisa del significado consiste en conferir discrecionalidad a jueces y juezas. En uno de los sentidos que distingue Caracciolo (2009), la discrecionalidad es una delegación que concede el legislador para elegir el contenido de la decisión; o, en términos de García Amado (2006: 151), la discrecionalidad es la «libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho».

El uso de términos valorativos, por otra parte, podría generar una indeterminación normativa inconsciente o no querida. Diríamos, en este caso, que un tal descuido del legislador-redactor es posible de evitar, cuando se trata de casos en que está claro, por ejemplo, que no forma parte de la intención

comunicativa delegar facultades de determinación del contenido semántico-pragmático al aplicador.

Creencias contextuales mutuas (CCM) en el proceso legislativo

En el modelo de comunicación propuesto, $H_{L\text{-}R}$ y D_A producen e interpretan enunciados desde contextos espacio-temporales diversos. Por sí misma, esta diferencia contextual no tiene por qué ser un obstáculo para el éxito del proceso comunicativo. De hecho, buena parte de la comunicación funciona de esta manera (piénsese, por ejemplo, en la interpretación de cualquier texto de Shakespeare o del discurso final de Salvador Allende). Lo que se requiere para que la comunicación de significado sea exitosa no es un mismo contexto espacio-temporal, sino un conjunto suficiente de CCM. Específicamente, para que un $H_{L\text{-}R}$ pueda comunicar exitosamente su intención comunicativa a un D_A a través de un enunciado legislativo determinado, se requiere: (i) que $H_{L\text{-}R}$ y D_A crean ambos en un conjunto limitado de proposiciones {P} que resultan relevantes para la interpretación del enunciado en cuestión; (ii) que $H_{L\text{-}R}$ crea que D_A cree que {P}, y que D_A crea que $H_{L\text{-}R}$ cree que {P}; y (iii) que $H_{L\text{-}R}$ crea que D_A supone que $H_{L\text{-}R}$ cree que {P}, y que D_A crea que $H_{L\text{-}R}$ supone que D_A cree que {P}. La pregunta relevante es si en principio es posible que, para un número significativo de casos, exista un conjunto suficiente de CCM para que la comunicación entre un $H_{L\text{-}R}$ determinado y un D_A específico, respecto a un enunciado dado E_L, sea exitosa.

Creemos que hay razones para pensar que esto es posible. La comunicación entre un legislador-redactor y un destinatario-aplicador opera siempre sobre la base de lo que Searle (1980, 1991, 1996) ha denominado el «Trasfondo»: suposiciones y prácticas no explícitas que conforman el entorno cognitivo que comparten todos los seres humanos (el «trasfondo profundo») o grupos de seres humanos social y culturalmente definidos (el «trasfondo local»), sin los cuales no sería posible ningún entendimiento verbal. Este Trasfondo bien puede asumirse como parte integral del conjunto de CCM que requiere la comunicación desde un legislador-redactor a un destinatario-aplicador. El trasfondo puede incluir suposiciones respecto a la realidad física (por ejemplo, el supuesto de que, a mayor velocidad de circulación de un vehículo, mayor riesgo de lesiones graves o muerte en una colisión), pero también supuestos sobre materias sociales o culturales (por ejemplo, el supuesto de que, en los delitos de violencia sexual, la víctima tiende a desdecirse de los hechos que originalmente denuncia). Adicionalmente, en el marco del trasfondo local, los participantes de la práctica jurídica, incluido el legislador, comparten un contexto normativo que incluye las normas que integran el sistema jurídico determinado, los conceptos, debates y propuestas interpretativas que realiza la doctrina respecto de enunciados legislativos y problemas de relevancia jurídi-

ca, junto con los argumentos interpretativos y criterios que emplea la dogmática y los tribunales en sus decisiones, y la manera en que son usados por los aplicadores del derecho. Estos argumentos interpretativos no son otra cosa que esquemas interpretativos generalmente aceptados y usados o potencialmente utilizables por la cultura jurídica para justificar la atribución de significado a los enunciados legislativos y para evaluar el resultado de esas operaciones. Son, así, parte de una cultura jurídica determinada (Tarello, 2013: 312-346; Perelman, 1988: 77-83; Ezquiaga, 1994).

Hasta aquí sólo hemos pretendido defender la tesis según la cual, en principio, un legislador-redactor y un destinatario-aplicador pueden compartir un conjunto suficiente de CCM que haga posible la comunicación exitosa entre ellos. Desde luego, esto no implica que ello siempre ocurra. El legislador-redactor, al producir un enunciado legislativo con cierta intención comunicativa, puede proyectar erróneamente ciertas CCM al intérprete por descuido. Es más, incluso un legisaldor meticuloso no podrá nunca prever, al momento de redactar el enunciado legislativo, todas las situaciones a las que puede ser aplicada la ley ni desconocer el hecho de que el aplicador real toma en cuenta circunstancias reales que el primero desconoce y que no puede tomar en cuenta en la formulación de enunciados legislativos (Dascal y Wróblewski, 1991: 427-428). Por ejemplo, el contexto de interpretación se puede alejar del contexto de redacción porque cambia el sistema jurídico por incorporación o eliminación de normas, cambia en el tiempo el significado de las palabras, se vuelven más precisas las tesis dogmáticas mayoritarias, las tesis minoritarias se transforman en mayoritarias, entre otras situaciones. En este sentido, el contexto de interpretación es siempre en algún grado opaco para el legislador-redactor.

Principio cooperativo y máximas en la legislación

Según Marmor, y a diferencia de la comunicación ordinaria, el procedimiento de dictación de una ley «no es un intercambio cooperativo de información» sino, típicamente, es «una forma de comportamiento estratégico» (Marmor, 2011: 96)[39]. Un comportamiento estratégico entre parlamentarios que tienen intereses políticos divergentes o incluso contrapuestos hace que no haya cooperación en el intercambio de información que realizan (Marmor, 2008: 93). En este sentido, la legislación se caracteriza por ser el resultado de

[39] En igual sentido, Nascimento (2023: 341): «Las leyes no son tanto el resultado de una decisión clara de unos pocos legisladores (comisiones, parlamento, ministros) como el producto de una transacción entre un gran número de participantes extraparlamentarios. Las leyes son compromisos de intereses, coaliciones, poderes plurales. Legislar no es solamente dar argumentos, hay, además de eso, toda una actuación concreta y estratégica».

un compromiso que generalmente consiste, en palabras de Marmor, en decisiones incompletas tácitamente reconocidas (*tacitly acknowledged incomplete decisions*), es decir, en decisiones en las que hay elementos o aspectos que se dejan intencionalmente sin decidir, porque, por ejemplo, existen intenciones o expectativas incompatibles entre los legisladores respecto de lo que se quiere significar, o sobre qué casos se quieren incluir en una palabra o sintagma usado en un proyecto de ley. En estos casos, se emplea un término deliberadamente vago o implicaturas infra-determinadas, existiendo algo así como un acuerdo tácito en que los legisladores delegan en los tribunales la competencia de especificar el significado ante un caso concreto. Así las cosas, que se trate de un comportamiento estratégico destinado a formar acuerdos entre coaliciones políticas significa, por tanto, que la comunicación lingüística legislativa es, al menos, parcialmente no-cooperativa (Marmor, 2011: 97-98).

A diferencia de lo que Marmor sostiene, sin embargo, una tal conclusión —la no aplicación o la aplicación solo parcial del principio cooperativo a la actividad comunicativa legislativa— presupone que el PC y las máximas conversacionales son incompatibles con algún grado de incertidumbre en el enunciado lingüístico que el legislador formula, con la indeterminación del contenido comunicativo del texto, o incluso con la idea según la cual el legislador puede conscientemente decidir delegar la determinación del significado en el juez que juzgará casos concretos. Pero esa supuesta incompatibilidad nos parece dudosa. Si el comportamiento estratégico consiste, como plantea Marmor, en un «acuerdo tácito» por parte de los legisladores-redactores de comunicar un significado (en parte) indeterminado, entonces la intención de los legisladores-redactores es simplemente la de significar una pluralidad de significados mediante el mismo enunciado, con el fin de que el intérprete decida para el caso concreto cuál es la mejor interpretación, dentro del marco mínimo que provee el concepto y la situación de hecho. Es más, ese acuerdo tácito no se podría lograr sin presuponer el PC: haga su contribución de tal manera que sirva al propósito del intercambio que, en este caso, consiste en formular y aprobar enunciados lingüísticos que comuniquen una pluralidad de significados. En cambio, sí vulneraría el PC, y en particular la máxima de calidad, si un legislador-redactor pretende comunicar un significado indeterminado con un enunciado legislativo, a sabiendas de que otros legisladores-redactores pretenden comunicar con el mismo enunciado un significado distinto e incompatible, pues la pluralidad de significados no sería parte de ningún «acuerdo tácito» entre los participantes, sino del engaño.

Por otra parte, junto con Carston, nos parece razonable suponer que en la comunicación desde un legislador-redactor hacia un destinatario-aplicador (y la ciudadanía en general) «existe una noción mínima [*thin*] de actividad cooperativa y con propósito [...]: el productor del lenguaje quiere transmitir un cierto significado a una audiencia, y la audiencia quiere captar ese signifi-

cado» (Carston, 2013: 17). Vulneraría, en cambio, el principio cooperativo el «discurso manipulativo», en el cual se hace abuso de las implicaturas. Un caso de vulneración sería, por ejemplo, lo que el propio Marmor denomina «*legislative double-talk*», en el cual el legislador habla a varias voces, transmitiendo intencionalmente un mensaje para el público general y otros distintos para órganos reguladores o tribunales (Marmor, 2008: 437).

Así las cosas, el argumento según el cual el hecho de que el legislador se comporta estratégicamente, tanto respecto a los demás legisladores como a su audiencia, no es óbice para la aplicación de las máximas griceanas y, específicamente, no impide cumplir con el PC. Por el contrario, el PC permite comportamientos estratégicos que resultan compatibles con la función legislativa dentro de un estado democrático de derecho (por ejemplo, la utilización de conceptos indeterminados), pero excluye aquellos que son contrarios a él.

Ahora bien, es cierto que las máximas fueron explícitamente formuladas originalmente como directrices para intercambios informativos. Sin embargo, Grice también indicó que estas máximas debían ampliarse hasta que cubran «objetivos generales tales como las de dirigir o influir las acciones de otros»[40]. El contexto de producción legislativa nos parece que exige una ampliación de esta naturaleza, que se ajuste al propósito de generar enunciados que, eventualmente, adquirirán fuerza normativa. En este sentido, nos parece que la *máxima de calidad* debe ser ampliada para cubrir no solo enunciados de carácter informativo, sino también enunciados con (potencial) fuerza prescriptiva. Así, proponemos formular la máxima de calidad en el siguiente sentido: intente que su contribución sea aceptable (verdadera o normativamente correcta), en particular: (a) no diga lo que no cree aceptable; (b) no diga aquello que carezca de justificación.

2.2. Racionalidad lingüístico-legislativa

Dado el modelo de comunicación legislativa propuesto, y las especificidades contextuales relevadas, ¿qué forma asume la racionalidad lingüística en el proceso de formación de una ley? Una primera consideración dice relación con el objeto que será evaluado o direccionado conforme a este estándar: la racionalidad lingüístico-legislativa viene a regular las acciones de individuos concretos, es decir, de cada legislador-redactor. No prescribe nada para la entidad colectiva denominada «legislador». Aclarado este punto, sostenemos que el concepto general de racionalidad lingüística esbozado en la sección

[40] Luego de introducir el PC y sus máximas, Grice (2005 [1975]: 526) añade: «He anunciado mis máximas como si el objetivo central fuera el de intercambiarse información de forma máximamente efectiva; esta percepción es demasiado restringida, y el esquema ha de ampliarse hasta que tengan cabida en él objetivos generales tales como el de gobernar o influir en la conducta de los demás».

anterior exige a un legislador-redactor seleccionar una formulación lingüística para un enunciado legislativo tal que permita a los futuros destinatarios-aplicadores construir una hipótesis interpretativa que se asemeje suficientemente a la intención comunicativa de *ese mismo* legislador-redactor. En la práctica, esto significa que el legislador-redactor deberá procurar, en todo lo que esté a su alcance, que los futuros destinatarios-aplicadores cuenten con las premisas adecuadas para formular sus inferencias pragmáticas: a saber, (i) un enunciado cuyo significado lingüístico (codificado) sea coherente con la intención comunicativa que el legislador-redactor pretende hacer manifiesta; (ii) la presunción, por parte del destinatario-aplicador, de que el hablante se comporta verbalmente conforme a un principio de racionalidad comunicativa, específicamente, conforme al PC y sus máximas, y (iii) el reconocimiento por parte del destinatario-redactor de aquellas creencias contextuales propias que el legislador da por compartidas con el destinatario-aplicador.

Extrapolamos el concepto general de racionalidad lingüística al ámbito legislativo en base a dos consideraciones. La primera refiere a la presunción de que cualquier actividad discursiva se rige por los mismos principios comunicativos generales, salvo pruebas en sentido contrario. No hay para qué multiplicar constructos teóricos si sirven y están a nuestra disposición. La segunda consideración es que las tres razones más prominentes para dudar de la tesis del caso especial no logran derrotar esta presunción, pues: (i) no hay nada en el concepto de racionalidad lingüístico-legislativa propuesto que requiera postular una intencionalidad comunicativa por parte del legislador, en tanto ente colectivo, respecto al significado de un enunciado legislativo; (ii) hay razones para creer que el principio cooperativo y sus máximas gobiernan la conducta de legisladores y destinatarios, independiente de que estos actores puedan actuar, y a menudo actúan, de forma estratégica; y (iii) si bien es innegable que los contextos de producción y recepción de un enunciado legislativo son diversos, también es cierto que existe un conjunto significativo de CCM que hacen por lo menos posible la comunicación exitosa entre emisor y destinatario.

En lo que atañe a las especificidades del concepto, hay dos que nos parecen especialmente prominentes. La primera, y que se desprende del hecho de que el contexto de producción y recepción pueden llegar a ser muy diversos, es que el legislador-redactor, con el fin de evitar divergencias importantes entre su intención comunicativa y la hipótesis interpretativa del destinatario-aplicador a raíz de estas diferencias, debiera producir enunciados con un significado total literal. Es decir, lo que el legislador-redactor pretende comunicar debería agotarse en el nivel de lo dicho, evitando así la producción de implicaturas conversacionales en el nivel de lo implicado. Una forma de hacer esto es preocuparse activamente de obedecer el PC y las máximas conversacionales.

En lo que respecta a lo comunicado en el nivel de lo dicho, el legislador-redactor se enfrenta a una difícil tarea. Por una parte, la divergencia entre los

contextos de producción y recepción exigen que el contenido proposicional esté lo más saturado y ajustado posible a los posibles contextos de aplicación del enunciado. Por otra parte, sin embargo, el legislador-redactor debe formular sus enunciados en términos generales, comunicando significados abstractos, y a veces, incluso, indeterminados. Así, la tarea del legislador consiste en equilibrar ambas exigencias, produciendo enunciados legislativos generales, pero preocupándose al mismo tiempo, y en la medida de lo posible, de proyectar futuros contextos de aplicación, evitar ambigüedades semánticas, sintácticas e ideológicas indeseadas, y postular posibles hipótesis interpretativas para casos concretos buscando activamente que la proposición comunicada no resulte ni infra ni sobre-incluyente. En palabras de Capone (2013: 400), el hablante debe hacer «su mejor esfuerzo para expresarse lo más claramente posible, para reducir la ambigüedad interpretativa, la vaguedad, etcétera, a menos que deliberadamente escoja ser vago en orden a alcanzar un acuerdo general de todas las partes involucradas en escribir y aprobar el texto jurídico» (Capone, 2013: 400).

Por último, y en relación con las máximas conversacionales, nos parece interesante destacar la correspondencia entre éstas y los niveles de racionalidad legislativa que distingue Atienza. Así, mientras las *máximas de modo* (sea perspicuo) y *cantidad* (haz que tu contribución sea tan informativa como sea necesario y no aportes más información de la necesaria) se relacionan directamente con la racionalidad lingüística, las *máximas de calidad* y *relevancia* exigen la formulación de enunciados legislativos que cumplan, por una parte, con los estándares correspondientes a la racionalidad jurídico-formal y ética y, por otra parte, con los de la racionalidad pragmática y teleológica. En efecto, la máxima de calidad, tal como la hemos formulado, exige que el enunciado legislativo no sea inconsistente o incoherente con el sistema jurídico en el que se pretende insertar, es decir, requiere evitar la generación de antinomias, que es precisamente lo que exige la racionalidad jurídico-formal. También exige, al igual que la racionalidad ética, que sean aceptables o estén justificados los valores o principios morales o ideológicos que guían la producción de la norma conforme a las convenciones sociales al momento de producción y las que se proyecten al futuro. En cuanto a la máxima de relación, nos parece que la exigencia de que el enunciado legislativo resulte relevante implica, en el contexto legislativo, que lo dicho mediante el enunciado, una vez que adquiera fuerza de ley, sea un medio eficaz en su cumplimiento y aplicación, así como efectivo en lograr el propósito para el cual se propone su creación.

Lo dicho aquí viene a reforzar lo señalado por Atienza (1989: 387) en cuanto a que, si bien los niveles de racionalidad legislativa pueden estudiarse analíticamente de forma separada, es necesario también estudiarlos dinámicamente, poniendo atención a cómo es que se articulan entre sí. Al mismo tiempo, sugiere que su tesis de que la racionalidad lingüística puede ser con-

siderada como el nivel más básico de racionalidad y que está presupuesto por todos los otros (1989: 389), debería ser complementada con la idea de que la racionalidad lingüística también presupone el cumplimiento de los estándares que exigen los demás niveles.

3. ERRORES LINGÜÍSTICOS-LEGISLATIVOS

Hasta aquí, hemos propuesto una noción de «racionalidad lingüístico-legislativa» como caso especial de la racionalidad lingüística pragmática aplicable al modelo de comunicación legislativa que hemos adoptado.

La noción de «racionalidad lingüístico-legislativa» desarrollada por Atienza nos pareció un punto de partida útil para teorizar sobre el error en la creación del derecho, y de los errores lingüístico-legislativos en particular. Ello, en primer lugar, porque permite definir de forma clara qué es un error legislativo: a saber, cualquier acción llevada a cabo en el contexto de la actividad legislativa que no satisface (suficientemente) alguno de los parámetros de racionalidad recién descritos. En segundo lugar, porque permite distinguir analíticamente, desde un punto de vista interno o estático, el error lingüístico como un tipo específico de error legislativo que se caracteriza por el incumplimiento del parámetro de racionalidad lingüística. En tercer y último lugar, porque la estructuración de la racionalidad legislativa en distintos niveles o parámetros permite investigar, desde un punto de vista dinámico, la relación entre la racionalidad lingüística y los demás niveles, así como entre los errores lingüísticos y otros tipos de errores legislativos, cuestión que resulta imprescindible si se asume una perspectiva pragmática de la comunicación. Esta última relación requeriría, en futuros trabajos, especificar las condiciones de cada uno de los otros niveles de racionalidad del legislador —«jurídica-formal», «pragmática», «teleológica», «ética»— y, a partir de allí, identificar los distintos tipos de errores como defectos en el cumplimiento de dichas condiciones.

Recordemos que la noción de racionalidad lingüística pragmática propuesta exige al hablante seleccionar una formulación lingüística de su enunciado que permita al destinatario construir una hipótesis interpretativa que se asemeje suficientemente a la intención comunicativa del hablante. A partir de esta noción y de las especificidades de la racionalidad lingüística en el ámbito legislativo, el error lingüístico-legislativo no es otra cosa que la infraccion de aquellas directivas y la falta de consideración de las especificidades contextuales por parte del hablante. En otras palabras, el error equivale al incumplimiento de los requisitos que derivan de un concepto de racionalidad lingüístico-legislativa; el error es irracionalidad lingüístico-legislativa.

Uno de los aportes que nos parece importante destacar es que nuestro modelo de racionalidad lingüístico-legislativa tiene por objeto desplazar el foco

desde los problemas sintácticos y semánticos que dan origen a los errores de ambigüedad y oscuridad legislativa *hacia* los problemas pragmáticos. Normalmente, como hemos dicho, la literatura señala estos errores como tipos de errores legislativos, junto con otros de carácter sintáctico, el uso de palabras innecesarias o de lenguaje rimbombante. Sin embargo, no se detiene en esta dimensión pragmática (que incluye las implicaturas pragmáticas y la posibilidad de prever escenarios de aplicación), lo que permite un mayor conocimiento de las causas de los errores lingüístico-legislativos y, consecuentemente, aumenta la probabilidad de prevenir su ocurrencia.

Una aproximación pragmática a los errores lingüístico-legislativos permite poner de relieve que estos se producen no solo mediante la desobediencia involuntaria del PC y sus máximas —produciendo implicaturas no deseadas en el nivel de lo implicado— o bien vulnerando voluntariamente estos estándares, pero de manera no manifiesta, para producir implicaturas que no resultan aceptables para otros participantes del proceso comunicativo. También se pueden producir errores en el nivel de lo dicho, en caso de que la formulación lingüística del enunciado legislativo aprobado permita enriquecimientos pragmáticos que son contrarios a la intención comunicativa del hablante, poniendo especial atención a los casos de infra y sobre-inclusión que quieren evitarse. En esta línea, como hemos insistido, no basta con el dominio adecuado de la sintaxis, el léxico, la semántica y la ortografía, la utilización de un mismo término para expresar el mismo concepto, la coherencia textual, las formulaciones rigurosamente preceptivas y la construcción de oraciones simples y directas. Es crucial también que el legislador-redactor se represente y proyecte correctamente, cuanto le sea posible, las CCM que en efecto comparte con su audiencia, y que tenga en consideración el PC y las máximas que proyectará el destinatario al interpretar sus enunciados legislativos.

Veamos un ejemplo para ilustrar la manera en que podrían generarse errores lingüísticos-legislativos. La denominada «Ley Antonia»[41] incorporó el siguiente numeral al art. 331 del Código Procesal Penal chileno (CPP): «Artículo 331.- Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: f) Cuando existan antecedentes fundados sobre la retractación de la víctima, los que serán valorados por el tribunal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 [sana crítica], teniendo en especial consideración los informes psicoló-

[41] Ley 21.523 de 2022, que «Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización». Se le denominó Ley «Antonia», pues la moción parlamentaria se origina con el caso de Antonia Barra, una joven que se suicida en octubre del 2019 después de haber sido agredida sexualmente por Martín Pradenas. No se explicitan los motivos de regular de esta forma la retractación de la víctima en la Historia de la Ley, que pone el énfasis en la justificación de la creación de tipos penales, como el «suicidio femicida».

gicos acompañados y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra».

Esta regla es una excepción a la regla según la cual toda la prueba que puede ser usada para justificar una decisión judicial debe rendirse en la audiencia de juicio oral y ante los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, en conformidad a los principios de oralidad e inmediación que lo rigen. Simplificadamente, ello quiere decir que las víctimas y testigos prestan declaración en esa audiencia, aunque hayan declarado antes, que los peritos declaran y son interrogados verbalmente, aunque hayan realizado un informe escrito, que los objetos, videos y fotografías se exhiben y que los documentos incorporados se leen. Con relación a peritos y testigos, el art.329 CPP señala expresamente que «deberán ser interrogados personalmente» y que su «declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332». La dogmática y los tribunales han sostenido que esta regla es una limitación justificada al derecho a la defensa, específicamente, al derecho al contrainterrogatorio de personas que declaran en un proceso, en pro de una mayor protección de la víctima de delitos sexuales[42]. En delitos como estos, que se caracterizan por una escasez probatoria, si no se considerase la declaración de la víctima que se retracta (pensando en que es la única prueba que normalmente se tiene en este tipo de delitos), se hace muy desafiante obtener la condena de personas que realmente cometieron el delito que se les imputa, por falta de prueba y porque la exigencia probatoria en el proceso penal es bastante alta (opera la regla de decisión o estándar de prueba «más allá de toda duda razonable», estipulada en el art. 340 del CPP). Este carácter excepcional que justifica las restricciones al derecho a la defensa forma parte de un contexto normativo compartido por los intervinientes de un proceso, por jueces y tribunales y por la dogmática jurídica nacional actual.

Desde el punto de vista de los delitos de violencia de género, dentro de los cuales están los de violencia sexual, la retractación de la víctima se encuentra

---

[42] La Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile ha sostenido que «la aplicación de esta norma descansa sobre la existencia del fenómeno de retractación de la víctima, la que puede traducirse en la mera ausencia al juicio oral o concurriendo a este, se entrega una versión contradictoria u opuesta, a las vertidas previamente en la etapa investigativa. Que, dicha norma conlleva una excepción al principio de la inmediación, en virtud del cual, el juez o los jueces, en este caso, deben percibir por sus propios sentidos la prueba que se rinde en juicio, para luego, en base a dicha percepción, realizar el ejercicio de aquilatamiento probatorio, que sustentará la decisión del asunto. Tal excepción fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico el año 2022, mediante la Ley 21.523 y establece que ante el supuesto de retractación de la víctima, la fiscalía puede incorporar en juicio, la declaración prestada por ésta durante la etapa investigativa, la que será valorada como si la propia víctima hubiera prestado su atestado en el juicio. De lo anterior, se destaca que la norma contiene una doble finalidad. Desde el punto de vista de la afectada, será la de evitar una victimización de carácter secundaria y sus perniciosas consecuencias. Mientras que, desde el punto de vista de Fiscalía, es permitir que aun cuando la víctima se reste del proceso, igualmente se pueda contar con su declaración, como insumo probatorio valorable legítimamente» (Sentencia CS de 19 de junio de 2024, Rol 14.684-2024).

fundamentalmente asociada a su fenomenología. La Corte Suprema, en los pocos casos que ha conocido hasta ahora, adopta un concepto amplio de retractación, que incluye situaciones en las que la víctima se desdice, minimiza, modifica o niega los hechos que originalmente denuncia, mantiene un relato contradictorio con uno previo, o simplemente se ausenta a la audiencia. La explicación de este fenómeno se vincula con el hecho de que la víctima que denuncia normalmente sigue estando dentro de un contexto de violencia y teme ulteriores manifestaciones de violencia si el victimario toma conocimiento de su denuncia. La fenomenología de un delito —la manera en que generalmente se manifiesta la conducta punible en la realidad— forma parte del contexto socialmente compartido por un determinado grupo social y consiguientemente, por legisladores-redactores y por operadores del derecho. En algunos casos, este contexto compartido se encuentra incluso respaldado por conocimiento experto —por ejemplo, por la psicología del testimonio—. En nuestro ejemplo, la fenomenología de los delitos de violencia sexual incluye la retractación, por lo que se espera que este conocimiento compartido sea usado para interpretar los enunciados legislativos y extraer conclusiones plausibles en su aplicación a casos concretos.

Si volvemos al enunciado legislativo del 331 f) CPP, podríamos preguntarnos por cuál habrá sido la intención comunicativa de uno de los legisladores que concurrieron a aprobarlo. Pensemos en que el propósito de esta ley es evitar la victimización secundaria de la víctima de delitos sexuales (lo que ocurriría si se requiriese varias veces su declaración en el proceso) y permitir que, si la víctima decide restarse del proceso, la Fiscalía, en tanto persecutor penal público, pueda contar con la declaración prestada en una oportunidad anterior al juicio oral como prueba para sostener la hipótesis acusatoria.

Como hemos visto, conforme a la máxima de relación, la intención comunicativa (I_C) debe adecuarse al propósito o fin del acto legislativo. En este caso, la I_{C1} del $H_{L\text{-}R1}$ tendría que adoptar una forma como la siguiente «que se valore como prueba la declaración de la víctima de delitos sexuales que se haya retractado, prestada en el proceso penal con anterioridad al juicio oral», o una formulación distinta pero equivalente.

Ahora bien, el enunciado legislativo contenido en el art. 331 f) CPP nada dice acerca del tipo de delitos a los que se aplica esta excepción probatoria. El legislador-redactor $H_{L\text{-}R1}$ tiene la posibilidad de proyectar, en este caso, cómo será transmitida y decodificada su intención comunicativa por su receptor. Podrá prever, por ejemplo, que el intérprete le atribuya una intención comunicativa distinta, I_{C2}: «que se valore como prueba la declaración de la víctima que se haya retractado, prestada en el proceso penal con anterioridad al juicio oral». Esta I_{C2} es más amplia que I_{C1}, en tanto no se limita a los delitos sexuales.

Dada la posibilidad de que el intérprete le atribuya al enunciado una intención como I_{C2}, el enunciado legislativo utilizado en el art. 331 f) CPP puede ser criticado por dos razones: i) puede transmitir una intención comunicativa que no es adecuada para alcanzar el fin o propósito de la norma, en tanto que no se produce la revictimización en un caso de retractación de la declaración de una víctima cuando, por ejemplo, se trata de delitos contra su propiedad; ii) no considera el contexto pragmático o las CCM sobre la fenomenología de los delitos sexuales, las que plausiblemente proyectará el intérprete al enunciado, generando una dificultad interpretativa innecesaria que le obligará a elegir entre I_{C2} (hipótesis interpretativa extensiva, pero incoherente con las CCM) o I_{C1} (hipótesis interpretativa restrictiva, coherente con las CCM). De optar por atribuir I_{C2} en lugar de I_{C1}, se produciría un problema de sobre-inclusión evitable: se incluyen hipótesis no queridas al permitir una aplicación general de la retractación a toda clase de delitos, y no solo a los delitos sexuales, que son aquellos en que se producen las consecuencias que se quiere evitar. La visualización de estos errores legislativos podría llevar al legislador-redactor a redactar el enunciado legislativo de una manera que los evite.

El legislador-redactor $H_{L\text{-}R1}$ también podría proyectar que el intérprete le atribuya otra intención comunicativa, I_{C3}: «que se valore como prueba la declaración de la víctima de delitos sexuales que se haya retractado, prestada en el proceso penal con anterioridad al juicio oral, pero solo en *circunstancias muy excepcionales*, es decir, casos en que exista informe psicológico y antecedentes relativos a la evaluación del riesgo bajo el cual se encuentra la víctima».

Esta hipótesis interpretativa debiera ser evitada por el legislador-redactor $H_{L\text{-}R1}$ en la formulación del enunciado legislativo. En efecto, en su formulación actual admite una lectura tal que: i) exige que la víctima (su defensa) pruebe que se encuentra en una situación de violencia, prueba adicional que puede ser incompatible con el fin de evitar la revictimización o con permitir que exista prueba en estos casos de escasez probatoria; ii) desconoce o pone en duda la relación fenomenológica existente entre violencia de género y retractación, ya que no basta *el hecho* de la retractación —incomparecencia, negativa de declarar, etcétera—, sino que además hay que probarla. Esto genera, nuevamente, una dificultad interpretativa innecesaria para el destinatario, quien tendrá que sopesar si proyectar al enunciado una intención comunicativa consistente con las CCM atribuibles al legislador-redactor (I_{C1}) o bien una intención comunicativa en pugna con las CCM (I_{C3}), pero que, por otras razones, podría creerse más adecuada. Por ejemplo, esta lectura restrictiva podría estar apoyada en el carácter excepcional de las limitaciones al derecho a la defensa del imputado en los procesos penales. En ese sentido, la exigencia de aportar antecedentes médicos que permitan calificar esa negativa como una retractación de aquellas características de la fenomenología de la violencia sexual en razón de género permitiría distinguir entre la simple negativa a declarar por cualquier razón y la retractación propiamente tal.

En la construcción de su enunciado, el legislador-redactor podría, adicionalmente, centrarse en la formulación lingüística de sintagmas específicos. En el ejemplo, ¿qué tipo de antecedentes caen bajo la intención comunicativa del legislador-redactor en la frase «antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra»? En tanto estos antecedentes aparecen inmediatamente después de referirse a «informes psicológicos» y los «antecedentes» son vinculados con estos informes mediante conjunción, es claro (si presuponemos, como lo haría el destinatario, que el hablante obedece el PC y en particular la máxima de cantidad) que la intención comunicativa excluye los informes psicológicos. Sin embargo, es posible proyectar una serie de preguntas que pudiese formular el destinatario-aplicador a la hora de decidir un caso concreto: ¿la situación de riesgo debe haberla generado necesariamente el victimario?, ¿se requiere un alto riesgo para que se autorice incorporar esta declaración escrita en el juicio oral, y, de esta manera, pueda atribuírsele valor probatorio? ¿O basta que exista algún riesgo? ¿Forma parte de la intención comunicativa del legislador-redactor dejar abiertas estas cuestiones, y delegar su concreción a la discrecionalidad del intérprete-aplicador? Si la respuesta a esta última pregunta fuese negativa, estaríamos también frente a un error lingüístico-legislativo.

Nuestra pretensión en esta última sección no ha sido más que ilustrar el tipo de consideraciones pragmáticas que debería tener en cuenta un legislador-redactor cualquiera a la hora de formular y aprobar enunciados legislativos para evitar errores lingüístico-legislativos en el sentido definido en este artículo. Desde luego, aún queda mucho trabajo por hacer. En particular, creemos que los distintos mecanismos de enriquecimiento pragmático de lo dicho identificados por autores como Carston y Recanati en el ámbito de la pragmática-lingüística, vinculados a las exigencias contextuales que constriñen la formulación de los enunciados legislativos reseñados aquí, pudiesen servir de base para una tipología de los errores lingüísticos-legislativos teóricamente fundada y con potencial explicativo. Por ahora, esperamos al menos haber mostrado que una aproximación pragmática como la aquí expuesta no solo es aplicable al ámbito de la producción legislativa, sino también potencialmente útil para el estudio de la racionalidad lingüístico-legislativa y de los errores que se derivan de su incumplimiento.

REFERENCIAS

Agüero, C. y Sepúlveda, E. (2022), «La especificación de tres conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Público chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) *59*: 1-30.

— (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.

— (2021). *Análisis lógico y derecho*, 2ª ed. Madrid: Trotta.
Arriagada, M.B. (2022). «Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica». *Doxa 45*: 377-410.
— (2024). «Entre el hombre araña y las arañas. Sobre el estatus ontológico de las normas jurídicas». *Discusiones 32*(1): 91-31.
Atienza, M. (1988). «Teoría y técnica de la legislación». *Theoria*, segunda época, año III, N 7-8: 435-447.
— (1989). «Contribución para una teoría de la legislación». *Doxa 6*: 385–403.
— (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Tecnos.
— (2019). *Argumentación legislativa*. Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre: Astrea.
Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
Aveledo, R.G. (2020). *Criterios de Técnica Legislativa*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
Bach, K. (1994). «Conversational impliciture». *Mind and Language 9*: 124-162.
Bach, K. y Harnish, R. (1979). *Linguistic communication and speech acts*. Cambridge: M.I.T. Press.
Bentham, J. (1816). «Nomography or the art of inditing laws». En: J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, *Vol. III*. Edinburgh: William Tait.
Canale, D. y Tuzet, G. (2010). «Inferring the Intention. Or, What Law the Legislature Could Have Intended to Make». *Dignitas 47/48*: 254-272.
Capone, A. (2013). «The role of pragmatics in (re)constructing the rational lawmaker». *Pragmatics & Cognition 21*(2): 399–414.
Caracciolo, R. (2009). «Discreción, respuesta correcta y función judicial». En: *El derecho desde la filosofía. Ensayos* (pp. 251-260). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Carrió, G. (1994). «Sobre los lenguajes naturales». En: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
Carston, R. (2002). *Thoughts and Utterances: The Pragmatics of Explicit Communication*. Oxford: Blackwell.
— (2013). «Legal Texts and Canons of Construction: A View from Current Pragmatic Theory». En: M. Freeman and F. Smith (eds), *Law and Language: Current Legal Issues,* Volume 15. Oxford: Oxford *Academic* [online edition].
Dascal, M. y Wróblewski, J. (1991). «The rational lawmaker and the pragmatics of legal interpretation». *Journal of Pragmatics 15*: 421-444.
Ekins, R. (2012). *The nature of legislative intent*. Oxford, England: Oxford University Press.
Endicott, T. (2011). «The Value of Vagueness». En: A. Marmor y S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in Law* (pp. 14-30). Oxford: Oxford University Press.
Ezquiaga, F.J. (1994). «Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional». *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho 1*: 69-98.
Gallie, W.B. (1956). «Essentially contested concepts». *Proceedings of the Aristotelian Society 56*: 167-198.
García Amado, J.A. (2006), «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?». *Isegoría 35*: 151-172.
Geny, F. (1922). *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique*. Deuxieme tirage. Librairie de la societé du Recueil Sirey.

González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. México D.F.: Fontamara.
Grice, P. (1957). «Meaning». *The Philosophical Review 66*(3): 377-388.
— (1968). «Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning». *Foundations of Language 4*(3): 225–242.
— (1969). «Utterer's Meaning and Intention». *The Philosophical Review 78*(2): 147–177.
— (1978). «Further Notes on Logic and Conversation». En: P. Cole y J.L. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics*, Vol. 9, *Pragmatics* (pp. 113-128). New York: Academic Press.
— (2005 [1975]). «Lógica y conversación». En: L. Valdés Villanueva (comp.), *La búsqueda del significado* (pp. 520-539). Madrid: Tecnos.
Guastini, R. (1997). «Problemas de interpretación». *Isonomía 7*: 121-131.
— (2014). *Interpretar y argumentar.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Hart, H.L.A. (1977), «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Nobel Dream». *Georgia Law Review 11*(5): 969-989.
— (1997). *The Concept of Law*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press.
Horn, L. (1984). «Towards a New Taxonomy for Pragmatic Inference: Q-based and R-based Implicature». En: D. Schiffrin (ed.), *Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics 1984* (pp. 11-42). Washington, DC: Georgetown University Press.
Kelsen, H. (1983). *Teoría pura del derecho*. México D.F.: UNAM.
Levinson, S. (2000). *Presumptive Meanings: The Theory of Generalized Conversational Implicature*. Cambridge, MA: MIT Press.
MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
— (2007). *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory.* Oxford: Oxford University Press.
Mañalich, J.P. (2024a). «Las normas de comportamiento como artefactos deónticos». *Discusiones 32*(1): 27-77.
— (2024b). «La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho». *Discusiones 32*(1): 163-246.
Marmor, A. (2008). «The Pragmatics of Legal Language». *Ratio Juris 21*(4): 423-452.
— (2011). «Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech». En: A. Marmor y S. Soames (eds.). *Philosophical Foundations of Language in Law* (pp. 83-104). Oxford: Oxford University Press.
Nascimento, R. (2023). «El modelo ideal (no irreal) del legislador que argumenta». *Doxa 46*: 335-346.
Navarro, P. y Rodríguez, J.L. (2022). «Concepciones de las normas». En: J. J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, vol. I (pp. 185-204). Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
Neale, S. (1992). «Paul Grice and the Philosophy of Language». *Linguistics and Philosophy 15*(5): 509-559.
Nino, C.S. (1995). *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.

Perelman, Ch. (1984). «Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse». En: Perelman, Ch.; Vander Elst, R. (eds.), *Les notions à contenu variable en droit* (pp. 363-374). Bruxelles: Établissements Émile Bruylant.

— (1988). *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

Pérez Bourbon, H. (2007). *Manual de Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer (KAS) y Editorial de la Universidad Católica Argentina (EDUCA).

Poggi, F. (2020). «Contra el modelo conversacional de la interpretación jurídica. La diferencia entre intención legislativa e intención del hablante». *Revus 42*. https://journals.openedition.org/revus/6527

Poggi, F. y Ferraro, F. (2024). «From the ideal legislator to the competent speaker: uncovering the deception in legislative intent». *Jurisprudence*: 1-18, https://doi.org/10.1080/20403313.2024.2321028

Rábanos, J. (2017). «El filósofo, el legislador, y el sistema». *Revus 35*. http://journals.openedition.org/revus/3799; https://doi.org/10.4000/revus.3799

Recanati, F. (1989). «The pragmatics of what is said». *Mind and Language 4*: 295-329.

— (1993). *Direct Reference: From Language to Thought*. Oxford: Blackwell.

— (2003). *Literal Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.

Redondo, M.C. (1997). «Teorías del derecho e indeterminación normativa». *Doxa 20*: 177-196.

— (2018). *Positivismo jurídico "interno"*. Kranj: Klub Revus.

Rivera, M. y Martínez, C. (2015). *Cuando la forma es fondo. Estudios de técnica legislativa y legilingüística.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: Flores.

Schauer, F. (1991). *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press.

Searle, J.R. (1979a). «Chapter 2: Indirect speech acts». En: *Expression and Meaning* (pp. 30-57). Cambridge: Cambridge University Press.

— (1979b). «Chapter 5: Literal Meaning». *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press.

— (1980). «The Background of Meaning». En: Searle, J.R., Kiefer, F., Bierwisch, M. (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics* (pp. 221–232). Texts and Studies in Linguistics and Philosophy, vol 10. Dordrecht: Springer.

— (1991). «Response: the Background of intentionality and action». En: Lepore, E. y Van Gulick, R. (eds), *John Searle and his Critics* (pp. 289–99). Oxford: Blackwell.

— (1996). *The Construction of Social Reality.* Oxford: Blackwell.

Sperber, D. y Wilson, D. (1986). *Relevance: Communication and Cognition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Stevenson, C.L. (1975 [1963]). *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis*. Westport, Conn.: Greenwood Press.

Tapia Valdés, A. (1960). *La técnica legislativa*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.

Ubertone, F. (2003). «La calidad del texto normativo, ponencia presentada en el 2º Congreso Argentino de Administración Pública - Sociedad, Gobierno y Ad-

ministración Pública». *Reconstruyendo la estatalidad: transición, instituciones y gobernabilidad*, realizado en Córdoba en noviembre de 2003.

VALVERDE ACOSTA, C. (1998). *El lenguaje de la ley*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

WALDRON, J. (1994). «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues». *California Law Review 82*: 509-540.

WRÓBLEWSKI, J. (1973). «Facts in law». *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 59(2)*: 161-178

— (1979). «A Model of Rational Law-Maker». *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 65(2)*: 187-201.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 115-143
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/04*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

A. Daniel Oliver-Lalana*

Resumen: El propósito del capítulo es discutir el papel que desempeñan los principios de *debido proceso legislativo* en el control judicial de la legislación parlamentaria, para lo cual se toma como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional español (TC) sobre vicios del (y en el) procedimiento de producción de leyes. Según esta doctrina, tan solo aquellos vicios que alteren de modo «sustancial» la formación de la voluntad del parlamento pueden acarrear la inconstitucionalidad e invalidez de una ley (o de una decisión intraparlamentaria sobre los trámites seguidos en su elaboración). El trabajo se estructura en cuatro partes. En la primera, intentaré trasladar la distinción entre «reglas» y «principios» al contexto de la producción legislativa, para mostrar después, al hilo de la doctrina el TC, que la validez (formal-procedimental) de una ley no solo resulta de la observancia de las reglas procedimentales derivadas de la constitución o los reglamentos de las cámaras, sino que puede también depender de los principios subyacentes a dichas reglas. Es decir, seguir las reglas de procedimiento legislativo no siempre basta para producir leyes formalmente válidas, al igual que no cualquier desviación de esas reglas comporta tacha de inconstitucionalidad o invalidez. Esto enlaza con otra cuestión: los principios de debido proceso legislativo que justifican las reglas de la legalidad parlamentaria entran con frecuencia en colisión, por lo que decidir si una alteración en la formación de la voluntad legislativa es «sustancial» e implica invalidez e inconstitucionalidad puede requerir de algún ejercicio ponderativo. En la tercera parte, ensayaré una reconstrucción de cómo podrían operar esas ponderaciones, que suelen ser bastante opacas en la jurisprudencia del TC. Por último,

* Universidad de Zaragoza. Por sus comentarios, críticas y sugerencias estoy en deuda con José Luis Bermejo, Jesús Delgado, Álvaro Núñez y Eva Sáenz, así como con los participantes en las jornadas «Errores y aciertos legislativos» (Universitat de Girona, 2023), en especial con Carolina Fernández-Blanco. El texto es una versión revisada y abreviada de «Principios de debido proceso legislativo en el control judicial de las leyes», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 26 (2023), pp. 225-261.

> quisiera plantear que, aun cuando el TC clarificase su argumentación ponderativa sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo, su doctrina seguiría siendo insatisfactoria, por cuanto descarta que los defectos no invalidantes y, en general, la mejor o peor calidad del proceso legislativo sean factores que deban considerarse en el control material de la legislación como resultado (por ejemplo, al analizar la proporcionalidad del contenido de una medida legislativa).

Nada tiene de extraordinario que el *Bundestag* apruebe una ley, después de tres lecturas plenarias y una comparecencia de expertos en comisión, para aumentar el tope de financiación de los partidos políticos. Lo que no parece normal es que haga todo eso en diez días, de modo que sus señorías puedan irse de vacaciones con el asunto zanjado. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) tampoco lo vio razonable: aunque ninguna disposición constitucional diga —apuntó al enjuiciar el caso en enero de 2023— cuánto deban prolongarse las deliberaciones legislativas, la Ley Fundamental excluye cualquier acortamiento de plazos que restrinja sin debida justificación la publicidad del parlamento o los derechos de participación de sus miembros[1]. Pocas semanas antes, el Tribunal Constitucional español (TC) ordenaba, como medida cautelar *inaudita parte* ante un recurso de amparo parlamentario, impedir que el Senado debatiese dos enmiendas que el Congreso había incorporado al texto de una proposición de ley de reforma del Código Penal. Motivo crucial para adoptar la medida fue que las enmiendas no guardaban la mínima conexión exigible con la iniciativa enmendada. Tampoco hallamos esa exigencia en ninguna disposición constitucional o reglamentaria: la fijó en 2011 el propio TC al resolver otro amparo parlamentario contra la admisión, por la Mesa del Senado, de una increíble enmienda a un proyecto de ley en materia de arbitraje en 2003. Pasados veinte años, a fines de 2022, sustraer dos enmiendas inconexas de una discusión legislativa todavía en marcha resultó ser constitucionalmente necesario —por seis votos contra cinco— para salvaguardar el *ius in officium* de los diputados recurrentes[2]. Siempre que un tribunal, como sucede en estos dos ejemplos, argumenta más allá o aun en contra de la literalidad de las disposiciones relevantes para su decisión, son posibles varias reconstrucciones teóricas de lo que hace. La que quisiera ofrecer aquí arranca de la controvertida distinción entre «reglas» y «principios», que procuraré trasladar al contexto de la elaboración parlamentaria de leyes. Mi propósito es discutir el papel que juegan los principios de «debido proceso legislativo» en el control judicial de la legislación, y para ello tomaré como referencia básica la doctrina del TC sobre vicios procedimentales al legislar —auque también me serviré de la ju-

---

[1] BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 96.

[2] ATC 177/2022, de 19 de diciembre, FJ 8 y Antecedente 1d. Meses después, ante un caso que guarda similitud con —pero *no es igual a*— este, el BVerfG (2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023), por cinco votos a dos y sin disidencias, suspendió la tramitación de un proyecto de ley con una argumentación que comparte piezas con —pero *tampoco es igual a*— la del ATC 177/2022. Véase *infra*, secc. 4.

risprudencia constitucional alemana—. Comenzaré señalando cuáles podrían ser tales principios y cómo dan sentido a las reglas de procedimiento legislativo (en adelante, PL) [1], para abordar luego la doctrina del TC bajo una luz «principialista» y mostrar que la validez (en sentido formal-procedimental) de una ley no siempre resulta, sin más, de la observancia de las reglas de procedimiento derivadas de la constitución o los reglamentos de las cámaras, sino que puede depender además de los principios subyacentes a dichas reglas [2]. Dado que los principios de debido proceso legislativo que justifican las reglas de la legalidad parlamentaria pueden entrar en colisión, su empleo implica con frecuencia un ejercicio ponderativo. Aunque las ponderaciones que efectúa el TC suelen ser un tanto opacas, es posible ensayar al menos una reconstrucción de cómo podrían operar. Para ello me apoyaré, entre otros casos, en el polémico ATC 177/2022 —el segundo ejemplo aludido antes— [3]. Desde luego, la argumentación ponderativa sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo no es el único punto en el que el TC tiene margen de mejora. Su enfoque de control resulta todavía insatisfactorio, por cuanto descarta que los defectos procedimentales no invalidantes y, en general, la mejor o peor calidad del proceso legislativo sean factores relevantes en el control material de la legislación como resultado (*e.g.,* al analizar la proporcionalidad de una medida legislativa). No ocurre así en otras jurisdicciones, donde algunos tribunales —como el BVerfG— siguen un modelo de control en el que los principios de debido proceso legislativo pueden ser determinantes para enjuiciar la constitucionalidad del contenido de las leyes [4].

1. PRINCIPIOS DE «DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO»

Mientras que a buena parte de la comunidad iusteórica le repele la sola distinción entre reglas y principios, entre sus defensores no termina de haber consenso ni claridad sobre los contornos de ambas clases de norma[3]. Pero no es mi intención terciar en debates de tipología normativa —ni en la estéril disputa ontológica que a menudo traen consigo—. A efectos presentes, basta con asumir que, sobre la base de materiales jurídicos brutos, es posible construir normas que pretenden valer definitivamente y excluir el razonamiento práctico de quien ha de seguirlas (reglas), y normas que no pretenden validez definitiva y exigen tal razonamiento (principios). En el plano estructural, podríamos asignar a las reglas un conjunto cerrado de condiciones de aplicación, más o menos indeterminadas, cuya concurrencia desata una consecuencia jurídica binaria. Las condiciones de aplicación de un principio, en cambio, quedarían

[3] Cfr. García Amado (2023: 149 ss.), García Yzaguirre (2023: 374 ss.), García Amado y Dalla-Barba (2022), o Sampaio (2021: 59 ss.), así como Lopes (2017: 471 ss.), Guastini (2016: 75 ss.), Sieckmann (2011: 27 ss.; 2009: 19 ss.) o Atienza y Ruiz Manero (2004: 28 ss.), entre otros.

abiertas, y lo que el principio establece, ordena o permite es realizable de forma gradual y modos diversos: sin ir más lejos, mediante diferentes reglas —de ahí la metáfora espacial de que los principios subyacen a las reglas—. Y digo que «podríamos asignar» estas estructuras en el sentido de que así se visualiza mejor el contraste entre reglas y principios en muchos escenarios (en cualquier caso, que los antecedentes sean abiertos o cerrados, que sea posible construir subclases de reglas o de principios, o que a estos les convenga una estructura «puente» u otra distinta, es ahora lo de menos: la clave diferencial que importa aquí está, sobre todo, en la gradualidad de lo que establecen los principios y en su relación justificatoria con las reglas).

Pues bien, para trasladar la distinción al procedimiento legislativo (PL)[4], solo habría que aceptar esta sencilla tesis: la constitución y los reglamentos (y usos) parlamentarios expresan reglas de PL que estipulan cómo elaborar las leyes, y esas reglas pretenden satisfacer ciertos principios que, por ende, las justifican[5]. Qué principios subyazcan al entramado de reglas que conforman un PL siempre es algo discutible. Rara vez las disposiciones procedimentales especifican vínculos entre reglas y principios, y estos, por su parte, pueden no estar formulados en ningún sitio, de manera que han de inferirse o extraerse interpretativamente de textos (o prácticas) constitucionales o reglamentarios. Por lo demás, las reglas de PL son heterogéneas: regulan trámites y aspectos diversos, y no necesariamente se justifican todas por idénticas razones. A pesar de ello, no costaría demasiado, en sistemas jurídicos como el español, identificar algunos principios generales o estructurales que las reglas de PL, en conjunto, contribuyen a realizar[6].

El elenco admite variaciones de número y denominación, pero incluiría, como mínimo, principios que exigen deliberación, representatividad e igualdad política, respeto por (y participación de) las minorías, publicidad y justificación, así como el de autonomía parlamentaria. Por supuesto, habría que agregar principios de funcionalidad u operatividad (eficiencia, seguridad jurídica, especialización y división del trabajo, etcétera); aquí, no obstante, los

---

[4] El «procedimiento» sería la regulación de actos y trámites para la aprobación de una ley, *i.e.* la faceta «externa» o «formalizada» del proceso legislativo, mientras que este abarcaría el entero ciclo de la decisión legislativa (su aspecto «interno» o «material»): cfr. Oliver-Lalana (2017: 723 ss.).

[5] «*The legislative process* […] *ought to be understood not just in reference to the secondary rules that happen to constitute it and govern it, but also in reference to the relationship between those rules and deeper values and principles that explain why the rule-governed aspects of the process are important to us* […]. [*T*]*his is to say that the secondary tier of a legal system—what Hart called the secondary rules—comprises not only rules but principles as well*» (Waldron 2003: 376).

[6] Cfr. Miranda (2018: 111 ss. y 150 ss.). Sobresalen el principio democrático y el pluralismo político (Biglino 1991: 54 ss.; STC 99/1987, FJ 1a) como reflejo de la soberanía popular (STC 119/1995, FJ 3), siempre en conexión con la publicidad parlamentaria o el «debate parlamentario público» (STC 119/2011, FJ 9) y los derechos de participación política (vistos aquí como principios iusfundamentales). Para el mundo anglosajón, J. Waldron (2006: 18 ss.) sugiere siete principios: legislación explícita; diligencia legislativa; representación, respeto al desacuerdo y oposición leal, deliberación; formalidad legislativa; e igualdad política (para una lista más laxa, Waldron, 2003: 379 ss.).

dejaré en el trasfondo, para centrarme tan solo en los principios procesales que subyacen típicamente a la regulación del PL en una democracia constitucional. Por abreviar, podríamos incluso reducirlos a dos, el principio «deliberativo-representativo» y el «de justificación pública», que encarnan la doble cara de una legislación democrática (entre ellos hay, por tanto, un fuerte ligamen, aunque también caben tensiones). El primero exige, tanto como sea (jurídica y fácticamente) posible, un procedimiento (y proceso) limpio e inclusivo donde se pueda expresar los disensos legislativos y ejercer bien los derechos de participación política, y donde los desacuerdos se resuelvan por mayoría[7]; el segundo, un procedimiento (y proceso) que asegure, tanto como sea (jurídica y fácticamente) posible, una legislación transparente, responsable y diligente, basada en los mejores argumentos. Valdría decir que el grueso de las reglas de PL promueve uno u otro principio, o los dos a la vez[8]. En combinación con los principios de funcionalidad, ambas ramas del principio democrático —deliberación representativa y justificación pública— definirían un «debido proceso legislativo».

Bajo este planteamiento, surgen en seguida —para quienes participan en la empresa legislativa, y para quienes la controlan, estudian o contemplan— las mismas preguntas que asociamos a la distinción entre reglas y principios en otros campos del derecho (cfr. Aguiló 2019: 94-95). Para empezar, ¿en qué consisten realmente el respeto o la fidelidad al PL, en observar sus reglas o en honrar los principios que les confieren sentido y las justifican, o acaso en saber combinar una y otra forma de lealtad? La tercera opción ha sido defendida por J. Waldron persuasivamente. A su juicio, el compromiso con los principios que subyacen a las reglas de PL es justamente lo que define «el ideal de la integridad legislativa»: un ideal que «imbuye nuestro sometimiento» a dichas reglas «de la conciencia de por qué importan y qué intentan lograr», y orienta su observancia «hacia los valores y principios más profundos a los que se supone que las reglas sirven» (Waldron 2003: 377 y 385). Mucho me temo que sea una mera coincidencia terminológica, pero no parece muy dispar el enfoque que adopta el TC español en este pasaje:

---

[7] La de mayoría es una *regla*, aunque también puede resignificarse en el sentido de que las resoluciones parlamentarias deberían idealmente acordarse por la mayoría más amplia que resulte viable. Sobre la confusión entre principio democrático y regla de la mayoría, véase *e.g.* el voto particular de M. Aragón a la STC 136/2011: la CE instaura «una democracia basada en el juego de las mayorías», pero, «para no incurrir en errores conceptuales elementales» hay que «distinguir dos planos»: «el de la adopción de decisiones parlamentarias» y «el del procedimiento deliberativo previo a la adopción de la decisión» (§ 3). Cfr., sobre el frecuentemente llamado «principio» mayoritario, la STC 136/2011 (FJ 5).

[8] Por razones que no discutiré aquí, doctrina y jurisprudencia constitucional tienden a ceñirse al primer principio y a solapar o incluso ignorar el segundo. Ejemplos de reglas que promueven la justificación legislativa pública serían las contenidas en el art. 124 del Reglamento del Congreso: «las proposiciones de ley se presentarán *acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios* para poder pronunciarse sobre ellas»; o en el Art. 107.2 del Reglamento del Senado: «las enmiendas y las propuestas de veto deberán formalizarse por escrito y *con justificación explicativa*» (cursivas añadidas).

> [El legislador debe] tener en cuenta que en un Estado de Derecho […] resulta inexcusable el respeto escrupuloso de las *normas* que rigen los procedimientos, incluido […] el legislativo, […] [y que corresponde] al Tribunal Constitucional […] velar por el cumplimento de esas *reglas procedimentales*, que se conforman como garantías del modo en que los poderes públicos han de actuar»; «nuestro escrutinio habrá de ceñirse […) a comprobar si la tramitación del procedimiento legislativo se ajustó en este caso *a los principios* que […] han de presidirlo. […] Lo que está en juego en el presente caso no es solo la eventual reparación del derecho fundamental de los diputados […] al ejercicio de sus funciones representativas […], sino también *la integridad* del procedimiento legislativo[9].

Quien acoja al ideal de integridad legislativa tampoco tardará en preguntarse si la reconstrucción «iceberg» o de doble grada —reglas y principios— opera, en el contexto de la elaboración parlamentaria de leyes, igual que en otros ámbitos jurídicos. En otras palabras, ¿delimitan, extienden o acotan los principios democráticos de deliberación y de justificación el alcance de las reglas de PL (y, en su caso, hasta qué punto y cómo)? A bote pronto, se diría que, como tal, la relación entre uno y otro tipo de norma no tiene por qué funcionar de modo singular: los principios de debido proceso legislativo pueden servir para interpretar (teleológicamente y en conformidad con la constitución) y reducir indeterminaciones (naturales o deliberadas) en el lenguaje de las reglas de PL; y en ciertos escenarios, digamos, recalcitrantes, pueden emplearse asimismo para crear y justificar nuevas condiciones generales que derroten una regla sobreincluyente de PL o subsanen una infraincluyente. Sin duda, se puede discutir que una lectura principialista del PL sea normativa o políticamente adecuada —mantengamos abierta la cuestión—, pero, en términos explicativos, quizá nos permita entender un poco mejor la doctrina sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo del TC.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Con respecto al PL, la Constitución española de 1978 es parca. Sobre todo son las cámaras parlamentarias las que, en virtud de su autonomía, perfilan qué trámites han de seguirse para legislar. Y en primera instancia, de velar por su observancia se encargan también los órganos internos del Congreso y del Senado. No es infrecuente, sin embargo, que el TC deba revisar si las decisiones procedimentales adoptadas durante la tramitación de una ley son compatibles con la Constitución. Aunque la normativa que gobierna su funcionamiento (LOTC) no le faculte «expresamente» para controlar la aplicación de los reglamentos parlamentarios, hace mucho tiempo que el TC consideró que las reglas de PL contenidas en ellos son invulnerables para los legisladores,

[9] ATC 177/2022 (FFJJ 5 y 6), cursivas añadidas.

sobre todo «por el carácter instrumental» que tienen respecto de uno de los «valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político»[10]. Pero esa «invulnerabilidad», como veremos ahora, es relativa: apartarse del PL regulado puede, o no, acarrear tacha de inconstitucionalidad, y ello depende de qué tan seriamente impacte la desviación sobre la democracia. O sea, unas infracciones de reglas de PL —«vicios»— serían constitucionalmente tolerables, y otras, intolerables; la línea divisoria habrá de trazarse entonces con argumentos que, por hipótesis, no pueden ya basarse en la superficie reglada, sino que descienden al nivel de los principios subyacentes.

Ni la LOTC ni la CE ni los reglamentos parlamentarios diferencian entre tipos de vicios procedimentales en función de su gravedad, pero el TC dejó claro ya en 1987 que, si bien iba a tolerar desviaciones que no fuesen *demasiado* dañinas para la democracia, «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo» acarrearía la inconstitucionalidad de la ley cuando alterase «de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras»[11]. Por ejemplo —había anticipado un año antes—, la remisión tardía o hasta la omisión de documentación justificativa que, según las reglas de PL, debe acompañar a un proyecto de ley (los «motivos» y «antecedentes» que requiere el art. 88 CE) «sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión».[12] No cualquier vicio procedimental o inobservancia de reglas de PL, pues, hace inconstitucional una ley: «tal inconstitucionalidad sólo se producirá si el vicio o inobservancia […] afecta esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios», de manera que tan «sólo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir» a declararla inconstitucional[13]. Con este enfoque, el TC acoge una dicotomía entre vicios del (y en el) PL[14] invalidantes y no invalidantes que se remonta a los albores de la justicia constitucional europea[15]. La doctrina subsiste hasta hoy sin grandes cambios en su formula-

---

[10] STC 99/1987 (FJ 1a).

[11] STC 99/1987 (FJ 1a). Sobre cómo operan en este contexto la «finalidad», la «aquiescencia» y la «convalidación» como «remedios», véase Biglino (1991: 134 ss.).

[12] STC 108/1986 (FFJJ 3-4).

[13] STC 136/2011 (FJ 10). Cfr. STC 38/1999 (FJ 2): no cualquier infracción de «la legalidad del *ius in officium* resulta lesiv[a] del derecho fundamental. Sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos» facultades «que pertenezcan al núcleo» de la «función representativa parlamentaria», como «el ejercicio de la función legislativa».

[14] Sobre el contraste entre vicios *del* y *en el* PL, Aguiar de Luque (1987: 20) o Fernández-Fontecha (2013: 108). Al igual que en el procedimiento judicial, en el PL pueden violarse derechos fundamentales de naturaleza procesal: en este sentido, las semejanzas entre la gavilla de derechos de tutela judicial efectiva del art. 24 CE (garantías como la publicidad, derechos de defensa y a la motivación de resoluciones) y el *ius in officium* del art. 23.1 CE (en conexión con los principios deliberativo-representativo y de justificación pública) saltan a la vista.

[15] Ya Kelsen (1928: 37) defendía que un tribunal constitucional no debe invalidar una ley solo por una irregularidad procedimental, a no ser que sea «particularmente importante, esencial», y que apreciar esa importancia ha de quedar «a la entera libertad del tribunal», pues «no es bueno que la

ción abstracta. El TC ha recurrido a ella al revisar legislación estatal y autonómica en diversos escenarios, desde recursos de inconstitucionalidad contra leyes de contenido heterogéneo a recursos de amparo parlamentario contra la admisión de enmiendas (inconexas), pasando por recursos contra tramitaciones legislativas anómalas, como las enjuiciadas en la serie de sentencias sobre el *procés* catalán.

Una muestra arquetípica de cómo se ha empleado esta doctrina es la creación judicial de límites al derecho de enmienda de los parlamentarios, vertiente del derecho fundamental de participación política ligada también a la deliberación legislativa. En el ámbito estatal, consolidó esos límites la STC 119/2011 —había en el autonómico atisbos previos— al exigir una «mínima» homogeneidad entre enmienda e iniciativa enmendada. Con ello se abandonaban años de interpretaciones formalistas de las disposiciones sobre (in)admisión de enmiendas, que de hecho dejan un margen irrestricto para sugerir cambios en los textos legislativos en trámite. El atrincheramiento de las reglas de PL se justificaba siempre igual: «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley»[16]. Y parlamentarios de uno u otro signo aprovechaban, claro, el cheque en blanco. Pero la inserción *in extremis*, en un brevísimo proyecto de ley en materia de arbitraje, de una enmienda senatorial que creaba tres nuevos delitos fue pasarse de la raya[17]. La STC 119/2011 declaró que admitir la enmienda había violado (dañado «la esencia» de) los derechos de representación de los senadores que se opusieron a su tramitación[18], y anuló el acuerdo de la Mesa (los delitos no podían declararse inconstitucionales en un amparo, aparte de que se derogaron en 2005)[19]. No fue entonces óbice que el Reglamento «guard[as]e silencio sobre la posibilidad de que la Mesa» efectúe controles de homogeneidad, dado que «una lectura conjunta de las previsiones constitucionales» sobre PL y la «propia lógica de la tramitación legislativa» hacía exigible —ahora sí— una «mínima conexión» entre el texto remitido por el Congreso y las enmiendas senatoriales[20]. Que la CE imponga «implícitamente» límites a la activi-

---

Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales».

[16] STC 99/1987 (FJ 1) y 94/2000 (FJ 3).

[17] Los delitos castigaban la convocatoria ilegal de elecciones o referendos y el uso de fondos públicos para financiar partidos políticos ilegalizados. La Mesa del Senado admitió a trámite la enmienda y, en atención a la doctrina sostenida entonces por el TC, denegó las dos solicitudes de inadmisión presentadas por la oposición. De vuelta al Congreso, el proyecto enmendado fue aprobado. Los tres delitos fueron derogados en 2005, cuando todavía estaba pendiente la resolución del recurso.

[18] No así los de otros cinco senadores recurrentes que no formalizaron ninguna objeción ante la Mesa.

[19] Sobre la reticencia del TC a invalidar preceptos derivados de *riders*, Escuin (2018: 110 ss.)

[20] STC 119/2011 (FFJJ 6-7). La doctrina sobre enmiendas inconexas se ha reiterado abundantemente, si bien con alguna variación: cfr. *e.g.* SSTC 209/2012, 324/2014, 59/2015, 216/2015 o 155/2017, así como STC 4/2018 (FFJJ 3-5). Vale además para ambas cámaras, aunque conviene notar que la STC 119/2011 (FJ 6) remarcó que Congreso y Senado «no están en la misma posición dentro del

dad legislativa —apostilló el TC— no debería sorprender a nadie, pues había quedado dicho en otras ocasiones[21]. Y, para salvar recelos de injerencia en la autonomía parlamentaria, la sentencia se cuidó de recordar a los órganos internos que conservaban un «amplio margen de apreciación» y que debían, para evitar restricciones excesivas, ceñir su control a las enmiendas evidente o manifiestamente carentes de «conexión mínima»[22]. Por resumir aquel caso en pocas palabras: las causas regladas de inadmisión de enmiendas eran infraincluyentes (o las de admisión, sobreincluyentes) según los principios afectados (derechos de representación y deliberación democrática), así que, a partir de estos principios («lectura conjunta» y límites «implícitos»), el TC crea una nueva causa de inadmisión con la que, además, procura mantener el equilibrio con los principios que protegen la facultad de enmienda[23].

El TC se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la inobservancia de reglas de PL, vistas a la luz de los principios que las justifican. Un caso muy interesante es el resuelto por la STC 155/2017, donde, primero, se excusa la falta de mínima conexión de las enmiendas porque no habría provocado afección sustancial a la democracia (ambas condiciones figuran en la regla creada por la STC 119/2011)[24]; y, segundo, se derrota la regla de PL en materia hidráulica construida poco antes en la STC 13/2015, que hacía inexcusable un informe preceptivo requerido por varios Estatutos de Autonomía (el de Aragón, en este caso)[25]. Y es que el TC también recurre a su doctrina cuando no hay interferencias con derechos fundamentales. Así lo hizo, por ejemplo, en la STC 89/1984: entre otras cosas, se ventiló allí la cuestión de si se había infringido la regla acerca de la caducidad de iniciativas legislativas expresamente contenida en el

---

procedimiento legislativo», y no contribuyen a él «ni en el mismo momento ni con las mimas facultades». De ahí que las enmiendas senatoriales hayan de ser controladas más de cerca. Cfr. también STC 194/2000 (FJ 3). A diferencia del Congreso (véase García-Escudero, 2013: 200 ss.; 2016: 109 ss.), el Senado comenzó en seguida a verificar la conexión de las enmiendas, y el TC le premió con una (vencible) «presunción de coherencia u homogeneidad» en favor de las enmiendas admitidas a trámite (STC 59/2015, FJ 6a).

[21] STC 119/2011 (FJ 6). Cfr. SSTC 27/1981 (FJ 2) y 274/2000 (FJ 4).

[22] STC 119/2011 (FJ 7).

[23] Sobra decir que el caso puede reconstruirse también de un modo más próximo a los propios términos de la STC 119/2011, que basa la doctrina en el «carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado […]. [L]a enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad; sólo se enmienda lo ya definido» (FJ 6). O sea, el TC fijó el significado de «enmienda» mediante una interpretación gramatical, teleológica y sistemática que exigía, al menos, alguna conexión entre lo que pretende ser una enmienda y el texto que se quiere enmendar. Lo curioso es que «descubriera» este significado después de haber «descubierto» antes otro bien diferente; pero, si ignoramos la doctrina previa, valdría decir que el TC no se apartó de las reglas de PL, sino que determinó «la» regla que salía de las disposiciones relevantes. Bajo un enfoque parejo cabría sostener también, por ejemplo, que desviarse de lo que literalmente expresa una disposición no implica infringir la regla contenida en ella (simplemente, puede ocurrir que esa regla resulte de una interpretación teleológica, no literal).

[24] Porque las impugnadas carecieron de «alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras» medidas adoptadas en la misma legislatura, así que el TC no apreció afección esencial en la formación de la voluntad legislativa (STC 155/2017, FJ 3b y 3c).

[25] STC 155/2017 (FFJJ 4-8); cfr. también el duro voto disidente de C. Conde-Pumpido.

art. 207 del Reglamento del Congreso. Según el tribunal, era «verdad» que, una vez disuelto el Congreso, «caducan todos los asuntos pendientes de examen», con lo que el proyecto de ley orgánica a examen (el del Estatuto de Autonomía para Castilla y León), remitido en la legislatura anterior, había caducado; pero —matizó— «tal caducidad obedece al *principio* de representatividad de la Cámara» (mis cursivas), y «ello quiere decir que la caducidad puede ser excepcionada por la propia Cámara haciendo suyos los asuntos pendientes» (FJ 6). El TC optó por «una interpretación flexible» del Reglamento con la que pudo «excepcionar prescripciones expresas» (Aguiar de Luque, 1987: 23): con apoyo en el principio subyacente, decidió derrotar la regla que preexistía a su decisión ante un caso de sobreinclusión, y crear una nueva.

Cabría decir, en fin, que un lenguaje *principialista* —una terminología que evoca la noción de principios jurídicos como normas con dimensión de peso— impregna el discurso del TC sobre vicios procedimentales. Por ejemplo, en la nutrida jurisprudencia sobre legislación de contenido heterogéneo, en particular sobre las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario, se recuerda que interferencias *demasiado intensas o graves* con el principio democrático (eventualmente, también con la seguridad jurídica) podrían conducir a declarar la inconstitucionalidad de la ley, si bien el TC nunca llegó a apreciar afecciones *suficientemente importantes*. Lo que tampoco terminó de aclarar es por qué no lo eran: sus pronunciamientos no resultan muy informativos respecto a cómo se determinan las intensidades de las lesiones del principio democrático[26]. En cualquier caso, lo que revela la doctrina del TC sobre vicios procedimentales son, básicamente, dos cosas. Una es que la observancia estricta de la literalidad de las reglas de PL no asegura la conformidad constitucional del PL ni, por tanto, la validez formal de la ley resultante cuando los principios subyacentes se han visto afectados de modo especialmente grave (aunque sí cuando la afección haya sido poco significativa): tendríamos, en consecuencia, casos de infrainclusión en el nivel de las reglas que son cubiertos creativamente con principios. La otra es que inobservar reglas de PL genera inconstitucionalidad (invalidez) por razones formales solo cuando los principios subyacentes se han visto afectados de manera muy grave, y entonces es esa intensidad la que determina la inconstitucionalidad (invalidez); mientras que algunas reglas de PL se derrotan si las afecciones de los principios de legislación democrática son leves (o si realmente no se afecta a

[26] El TC nunca ha clarificado «cuándo estamos ante vicios con alcance sustancial», y «se ha ocupado de descubrir[lo] caso por caso» (Sanz, 2018: 40-41). Se aprecia bien en la saga sobre leyes de contenido heterogéneo, donde el TC elude la cuestión o afirma, apodícticamente, que no existió afección esencial (dando a entender que sí hubo afección, aunque *leve* o *moderada*) o que esta no se infiere de las alegaciones genéricas de los recurrentes (Oliver-Lalana, 2021: 235-241). Algo similar vale para el control judicial de la calificación de iniciativas: ahí, «el TC parece construir sobre suelo frágil, resultando muy difícil […] reconstruir las razones subyacentes» a su doctrina (Ortiz de Urbina, 2021: 82).

esos principios, sino tan solo al principio formal o institucional de legalidad parlamentaria, como en la referida STC 89/1984).

Los dos ejemplos con que iniciaba el trabajo pueden replantearse asimismo en términos semejantes con el modelo de doble grada. El ATC 177/2022, al pertenecer a la familia de sentencias sobre enmiendas inconexas, podríamos explicarlo también como la STC 119/2011. O, quizá mejor, cabría entender que ese polémico Auto aplica directamente la regla general que introdujo la STC 119/2011 con apoyo en los derechos fundamentales de representación y el principio deliberativo. No es obvio, dada la diferente constelación de circunstancias presentes en uno y otro caso, que debiera aplicarse exactamente la misma regla de conexión mínima, pero dejemos esto para más adelante. Y en cuanto a la acelerada tramitación legislativa en el *Bundestag* con la que se vio confrontado el BVerfG, serviría la misma línea de reconstrucción: respecto de ese caso, las reglas de PL resultaron sobreincluyentes, por cuanto validaban más de lo que hubieran debido validar en atención al principio de publicidad parlamentaria y a los derechos de representación política. El BVerfG, con todo, tan solo apuntó la posibilidad de derrotar esas reglas, pues al final no le hizo falta derrotarlas: invalidó la reforma del tope de financiación de los partidos, pero no por vicios procedimentales *ex principiis*, sino por considerar que su contenido era materialmente incompatible con la Ley Fundamental (aunque al considerarlo así, por cierto, no perdió de vista los principios de debido proceso legislativo).[27] En seguida volveré sobre ambos ejemplos. Lo que interesa ahora subrayar, como conclusión de este apartado, es que las doctrinas judiciales sobre vicios procedimentales al legislar van más allá del mero examen del seguimiento de las reglas constitutivas (de o sobre competencia) que establecen las condiciones para producir válidamente leyes. De ahí que la llamada dimensión «formal» («formal-procedimental») de la validez jurídica no pueda abordarse tan solo en términos de reglas. Para entender adecuadamente esa dimensión es necesario incorporar también el papel de los principios de debido proceso legislativo. Estos principios, además de orientar la interpretación de las condiciones de aplicación de las reglas de PL, pueden ser un factor determinante de la constitucionalidad y, por tanto, de la validez jurídica de una ley (o de una decisión intraparlamentaria adoptada durante su tramitación). Y ahí se complican las cosas, pues los principios son entidades de natural pendenciero: tienden a entrar en conflicto entre sí a cada rato. De tal suerte —si los principios de PL condicionan la validez de las leyes, y si manejamos las reglas de PL de forma transparente con respecto a su justificación—, no tardará en llegar la colisión de unos principios con otros; y, para saber si una ley es válida (formalmente, en cuanto a su procedimiento de elaboración), habrá que solventar la colisión *ponderando*[28]. Es decir, en ciertos escenarios,

[27] BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2023, § 103 ss. Sobre el papel de los principios de debido proceso legislativo en casos como este volveré al final del trabajo (secc. 4).

[28] En otro lugar (Oliver-Lalana, 2023: 236 ss.) desarrollo un poco más este punto.

determinar si un vicio de (o en el) PL entraña inconstitucionalidad o acarrea invalidez por alterar de modo sustancial la formación de la voluntad legislativa requerirá de un ejercicio ponderativo. Lo que no acaba de estar claro es cómo operaría esa ponderación de principios de debido proceso legislativo. Esto es lo que querría explorar a continuación, siquiera tentativamente, al hilo de la jurisprudencia constitucional española.

3. UNA PONDERACIÓN TENTATIVA DE PRINCIPIOS PROCESALES

El TC no ha dedicado especial esfuerzo a justificar por qué o cuándo los vicios del (o en el) PL comportan la inconstitucionalidad y por tanto la invalidez de las leyes (o de los sub-actos legislativos generados durante su tramitación). Hay circunstancias que suele considerar siempre relevantes —como que se haya planteado reproche de irregularidad ya en el parlamento—[29], pero da la impresión de que su enfoque tiende a ser, más bien, casuista o particularista. En vista del lenguaje con que formula su doctrina y del número de recursos de inconstitucionalidad y amparos parlamentarios que alegan vicios de (y en el) PL, hemos de suponer que ha efectuado ponderaciones, aunque no ha explicitado con detalle sus argumentos ponderativos ni ha saturado mucho la justificación de sus valoraciones sobre los vicios procedimentales denunciados. No obstante, cabría ensayar una reconstrucción —aunque temo que tan solo pueda ofrecer un esbozo simplificado— de cómo podría ser una de esas ponderaciones en sede judicial[30]. Para ello echaré mano del ATC 177/2022, puesto que incluye un expreso análisis de proporcionalidad y varias alusiones directas a problemas de ponderación. Cumple advertir que ese análisis sirve para justificar —en los votos disidentes, criticar— la adopción de una medida cautelar en un amparo parlamentario, y no tanto la sustancialidad de un vicio procedimental. Pero puede aprovecharse igualmente para ensayar lo que podría ser una ponderación de principios procesales, en especial si lo combinamos con jurisprudencia adicional acerca de enmiendas inconexas y legislación *omnibus*[31].

Supongamos que el TC ha de examinar, en un recurso de inconstitucionalidad o de amparo parlamentario, la alegación de que dos enmiendas inconexas a una proposición de ley orgánica (tramitada por procedimiento de urgencia) debieron rechazarse en la Comisión de Justicia del Congreso, y que no

---

[29] Las quejas previas mostrarían que los parlamentarios *se han sentido* violentados en sus derechos o *han percibido* una seria anomalía procedimental. Sobre esta subjetivización de los vicios de (y en el) PL, por ejemplo, Miranda (2018: 144-145).

[30] Anteriormente, claro, la ponderación debería haberla realizado un decisor primario (las mesas de la cámara o de comisiones), respecto al cual el TC es decisor secundario.

[31] Incluida la STS 411/2003 (de la que fue ponente uno de los jueces disidentes en el ATC 177/2022).

haberlo hecho ha causado una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad legislativa y una violación de los derechos de representación de los diputados de la oposición. Y supongamos también que, como la literalidad del Reglamento del Congreso (arts. 109 ss.) no recoge ningún requisito de admisión de enmiendas relacionado con la falta de conexión con el texto enmendado, la Mesa interpreta las disposiciones de PL *a contrario* para obtener una regla que le impide rechazar (o le fuerza a aceptar) las dos enmiendas cuestionadas. Si esa decisión (o esa regla) se impugna(n) ante el TC, se abren, resumidamente, tres opciones: o el TC obtiene la misma regla que la Mesa y confirma su decisión; o debía haberse aplicado (según el TC) otra regla de PL que regula un supuesto genérico en el que sea subsumible el caso concreto, y que la Mesa ha incumplido —entonces el TC podría resolver subsumiendo el caso en esa otra regla—; o estamos ante un caso nuevo que no resulta subsumible en ninguna regla preexistente. Asumamos lo tercero: tenemos delante un escenario inédito hasta la fecha.

Si el Tribunal quisiera efectuar un análisis completo de proporcionalidad —usaré el modelo secuencial estándar, en una versión abreviada—, lo primero que haría es sentar la base conflictual y justificar que la decisión intraparlamentaria (o la regla que aplicó) afecta a un principio iusfundamental protegido, o a la democracia como bien colectivo (con carga iusfundamental). Un posible argumento podría ser, *e.g.*, que se ha alterado el contenido de la proposición de ley tal como fue tomada en consideración, y eso limita la deliberación legislativa[32]. En segundo lugar, se preguntaría por la finalidad de la decisión o la regla que aplica, o sea, por el (o los) principio(s) subyacentes a ambas. Vamos a imaginar que la Mesa ni siquiera contempló razones de funcionalidad o de urgencia legislativa[33], y que tampoco estas fueron aducidas en la motivación de las enmiendas[34], sino que la finalidad de la decisión (y de la regla aplicada) fuese asegurar un derecho de enmienda lo más amplio

---

[32] Los hipotéticos recurrentes no podrían alegar que admitir las enmiendas inconexas afecta «al derecho del autor de la iniciativa (art. 87 CE)», pues este autor, en el ejemplo, es también autor de las enmiendas, pero sí podrían alegar que afecta «al carácter instrumental del procedimiento legislativo» y, por tanto, «a la función y fines asignados al ejercicio de la potestad legislativa […], provocando un vicio en el […] procedimiento» con «relevancia constitucional» que altera «de forma sustancial el proceso de formación de voluntad» de las cámaras (STC 59/2015, FJ 5).

[33] «Aceptar el ejercicio del derecho de enmienda como mecanismo paliativo o sustitutivo de las insuficiencias que pudieran tener los procedimientos legislativos supondría tanto como hacer caso omiso de la voluntad del constituyente», pues «esta ya ha determinado los instrumentos a través de los cuales las Cortes […] tienen que hacer frente a las "urgencias legislativas". […] Desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener, pero no forzar la Constitución» (STC 119/2011, FJ 7 i.f.). Ninguna razón «de pretendida "eficacia" puede servir para justificar la inaceptable práctica de admitir enmiendas que encubren iniciativas legislativas» (STC 136/2011, VP M. Aragón, § 5).

[34] Puede verse la justificación de las enmiendas 61 y 62 detraídas del debate senatorial por el ATC 177/2022 en *BOCG,* Serie B Núm. 295-4, 15 de diciembre de 2022, pp. 85-86 y 87-89.

posible: una finalidad legítima, amparada constitucionalmente por el derecho fundamental de representación, a la que al menos en algo contribuye la decisión (o la regla aplicada); como contribuye también, de paso, a garantizar los derechos de la mayoría parlamentaria[35]. Absuelto así el test de idoneidad, el de necesidad sería fácil de superar, ya que ninguna otra decisión (o regla) satisfaría el principio iusfundamental que ampara el derecho de enmienda tanto como la decisión (o regla) impugnada. O sea, ninguna lograría un grado equiparable de realización con menor incidencia sobre la democracia o el principio iusfundamental cuya vulneración se alega.

Llegamos, pues, al estadio de la proporcionalidad *stricto sensu*, a la ponderación propiamente dicha. Pero, antes de hacer juicios comparativos sobre afecciones de principios, habría que considerar el peso abstracto de los aquí implicados, en especial el peso abstracto relativo del derecho de enmienda (y de la democracia) frente al de representación (y a la democracia). Esto nos dará al menos una orientación acerca de qué significación atribuirles en el caso concreto. Por lo pronto, la decisión de la Mesa de la Comisión encuentra buen respaldo en el principio de autonomía parlamentaria (art. 72 CE), y gozaría, por tanto, de una presunción de legitimidad en grado máximo que justamente le reconoce el propio TC por su vínculo con el principio democrático (valga aquí la comparación con la posición prevalente en grado máximo, dentro de nuestro sistema jurídico, de la libertad de información ejercida por periodistas)[36]. En cuanto a los criterios abstractos relativos, habría que buscarlos entre la jurisprudencia anterior sobre enmiendas inconexas o vicios procedimentales: serían criterios derivados de, o incluidos en, las reglas resultantes de las ponderaciones previas de los principios en juego. La lista sería sin duda más larga[37], aunque para este ensayo ilustrativo sobra con seis posibles criterios o factores que deberían considerarse al ponderar:

> (1) Los órganos calificadores tienen «amplio margen de apreciación» sobre la homogeneidad de las enmiendas y solo deben rechazarlas si la falta de mínima conexión o afinidad es indiscutible (manifiesta, absoluta, evidente), sin que se exija «que las enmiendas deban responder a la misma finalidad concreta que las medidas contenidas» en la iniciativa legislativa[38].

---

[35] Cfr. ATC 177/2022 (FJ 6).

[36] «Los actos del legislador» y los «que componen un procedimiento legislativo tienen una presunción de validez en su grado máximo» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 28). Las «decisiones de los poderes públicos» están amparadas en una «presunción de legalidad» que «es más enérgica, si cabe, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad»; y a esa presunción de legitimidad se ha de sumar el necesario respeto, siempre en la medida de lo posible, a la […] autonomía parlamentaria» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.* § 5.4, con cita de ATC 26/2019, FJ 2).

[37] Cfr., por ejemplo, Ortega (2023), Escuin (2018), Martínez Lago (2016), García-Escudero (2013; 2016) o Santaolalla (2011).

[38] SSTC 119/2011, 136/2011, 59/2015, 172/2020. La cita literal, en STC 216/2015 (FJ 6b i.f.).

(2) Cuando las enmiendas han sido examinadas por la Mesa (como órgano calificador), en especial si ello responde a un trámite específico para asegurar la mínima congruencia material exigible, habrá una presunción (vencible) de homogeneidad de las enmiendas admitidas[39].

(3) La exigencia de mínima homogeneidad vale para ambas cámaras, aunque las enmiendas introducidas en el Senado deben ser controladas con especial cuidado, porque pueden limitar con más intensidad el principio democrático y las posibilidades de deliberación legislativa[40].

(4) La ponderación debe valorar «la entidad y la mayor o menor novedad de la enmienda que se tacha de heterogénea», pues su admisión solo comporta inconstitucionalidad si altera de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad legislativa[41]. Resulta particularmente peligroso, en este sentido, introducir contenidos heterogéneos que modifiquen alguna parte del bloque de constitucionalidad[42], o que modifiquen *ex novo* y de modo importante una ley «cabeza de grupo» sectorial, «orgánica, principial [*sic*] o básica», si de la modificación se derivan efectos sobre una extensa área del ordenamiento[43].

(5) La existencia de quejas dirigidas al órgano calificador, de intervenciones en los debates legislativos o de mociones que denuncien la falta de mínima conexión (y la consiguiente afección de derechos fundamentales o principios estructurales del PL) es siempre un «dato relevante»[44].

(6) La modificación de la propia enmienda inconexa (por ejemplo, mediante una enmienda transaccional) puede indicar menor afección de los principios de debido proceso legislativo[45].

Como digo, cabría señalar otros o más criterios, pero con estos será suficiente para nuestro ejemplo. Una vez planteada la ponderación en abstracto,

---

[39] STC 59/2015 (FJ 6a i.f.).

[40] «Hay que tener presente» que, en el PL, las cámaras «no están […] en una misma posición. […] La aplicación de esta doctrina en cada caso no puede hacerse sin valorar que el Congreso y el Senado no actúan ni en el mismo momento ni son exactamente las mismas sus facultades» (STC 119/2011, FJ 7); la doctrina de la mínima conexión se fija ante un amparo parlamentario, donde se circunscribe «al problema que plantean las enmiendas en el Senado» (STC 119/2011, FJ 8). Sobre la distinta posición legiferante de Congreso y Senado, cfr. también la STC 97/2002.

[41] STC 120/2014 (FJ 6). «Las disposiciones impugnadas carecieron de todo alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras adoptadas por las propias Cortes Generales en esa misma legislatura» (STC 155/2017, FJ 3); «la poca entidad de las previsiones normativas incorporadas a las enmiendas controvertidas relativiza aún más las exigencias de homogeneidad» (STC 209/2012, FJ 4).

[42] ATC 177/2022, FJ 5 (pero cfr. VP C. Conde-Pumpido, § 5.2).

[43] STS 411/2003, de 27 de enero, FJ 9.

[44] STC 155/2017 (FFJJ 3a y 6a), así como STC 216/2015 (FJ 6a): «son datos de relevancia para nuestro enjuiciamiento tanto el hecho de que dos grupos parlamentarios suscitasen formalmente la cuestión de la carencia de congruencia material de la enmienda […] como que el presente recurso de inconstitucionalidad haya sido interpuesto por un grupo de parlamentarios aduciendo precisamente el uso indebido del derecho de enmienda como motivo de inconstitucionalidad».

[45] Alegación de la letrada del Congreso en la STC 172/2020 (Antecedente 5b): «la enmienda fue objeto de debate […] y experimentó diversas modificaciones fruto del recurso a los instrumentos» reglamentariamente previstos «para acomodar la voluntad política con las exigencias procedimentales, como son las enmiendas transaccionales y las de corrección técnica, y lo mismo» pasó en el Senado. Cfr. STC 119/2011 (FJ 9): «la función representativa» exige que «los representantes populares» puedan ejercer bien «dicha representación participando en la función legislativa».

el TC ya podría considerar con detenimiento las circunstancias del caso para, sobre esa base, efectuar un juico comparativo de afecciones de los principios implicados. Ahí debería manejar argumentos ponderativos que no están en la jurisprudencia previa, pues resultarían relevantes ahora por primera vez (siempre hay criterios dependientes del escenario concreto). Pues bien —seguimos bajo circunstancias solo en parte reales—, ¿cómo funcionaría esa ponderación?

Comencemos por el final, y supongamos que el TC va a decidir que admitir las enmiendas dañó de forma gravísima el principio deliberativo-representativo y el *ius in officium* de los recurrentes («R»), alterando también con extrema gravedad el proceso de formación de la voluntad legislativa, pero que la afección de los bienes constitucionales, del lado de los diputados enmendantes («E»), hubiera sido leve en caso de inadmisión. Esperaríamos entonces que justificara ambas tesis, para lo cual habría de poner sobre la mesa, eventualmente, principios como los de autonomía parlamentaria o de justificación legislativa pública (y, si el recurso se zanja algún tiempo después de aprobarse la ley, el de seguridad jurídica). Para no alargarnos, aceptemos que las valoraciones empíricas y normativas del TC, en ambos sentidos, son todas seguras y correctas[46], y centrémonos en las intensidades de las afecciones.

A justificar la gravedad de la interferencia con «R» (principios que apoyan a los recurrentes) ayudaría, por ejemplo, que la proposición de ley se tramitase por el procedimiento de urgencia y con reducción notable de plazos (quizá también ayudase que fuera una iniciativa *aus der Mitte*[47], no un proyecto del gobierno que hubiera atravesado las fases preparlamentarias de producción legislativa); que las enmiendas afectasen a legislación orgánica o alguna pieza molar del sistema jurídico, como puede ser la renovación de miembros del TC; que se presentasen sin recabar ningún informe ni realizar consultas previas en el ámbito judicial (una exigencia justificatoria que podría derivarse del derecho de la Unión); que el debate en la Comisión durase apenas hora y media y solo dejase a los portavoces turnos de cinco minutos para el conjunto de las enmiendas de cada grupo, sin opción de debatir por separado las dos enmiendas controvertidas[48]; o que ni la Mesa de la Comisión ni la del Pleno

---

[46] Por ejemplo, si nadie discute que las enmiendas carecían de mínima conexión y encima hay un informe bien razonado de los letrados que lo sustenta (cfr. ATC 177/2022, Antecedente 2b y FJ 8), este punto puede considerarse muy seguro. Si la pertenencia al bloque de constitucionalidad de las leyes modificadas por las enmiendas, en cambio, fuese controvertible (cfr. ATC 177/2022, FJ 5 y VP C. Conde-Pumpido *et al.* § 5.2), la valoración perdería fiabilidad y sería solo plausible.

[47] Evidentemente, es del todo legítimo (y no cabe objetar nada a) que una iniciativa legislativa provenga del seno del parlamento, al menos mientras se justifique como es debido (cfr. art. 124 del Reglamento del Congreso). Pero, a efectos de nuestra hipótesis, digamos que la *proposición* de ley se presentó sin haber realizado ningún estudio previo sobre los hechos legislativos y con una motivación somera y genérica.

[48] Siendo puntillosos, que «la presentación y registro de las enmiendas objeto del recurso» se haga «en el último día y en instantes inmediatamente precedentes a la finalización del plazo» (ATC 177/2022, FJ 8), de modo que los recurrentes se enterasen de ellas *in extremis*, podría ser más grave que si las enmiendas hubieran sido registradas nada más abrirse el plazo.

realizaran ningún control de homogeneidad específico. Y, yendo al otro plato de la balanza, imaginemos que el TC justificara la levedad de la afección de «E» (los principios que apoyan a los enmendantes) aduciendo, pongamos, que es posible volver a presentar, tramitar (y, si se quiere, por vía de urgencia) y aprobar una iniciativa legislativa genuina con idéntico contenido que las enmiendas impugnadas.

Si el TC razonase así en un recurso de inconstitucionalidad contra una ley orgánica ya aprobada, se le podría objetar, entre otras cosas, que ha igualado indebidamente las posiciones de Congreso y Senado en el procedimiento legislativo[49], que es más grave introducir enmiendas inconexas en el Senado que en el Congreso, y que en este caso el Senado tuvo ocasión de debatir las enmiendas (e incluso hubiera podido eliminarlas, de modo que el Congreso tuviera de nuevo opción de pronunciarse); que ni siquiera se ha indagado cuál es la motivación que ofrecieron los grupos enmendantes (tal vez esgrimiesen argumentos adicionales para justificar la falta de conexión); o que razones de seguridad jurídica aconsejan conservar o al menos no invalidar *ex tunc* las normas resultantes de las enmiendas. Pero, al margen de estas y otras posibles consideraciones, creo que la valoración del vicio procedimental como esencial y la declaración de inconstitucionalidad quedarían justificadas con cierta plausibilidad e *integridad*[50]. Surgiría de ahí una regla general en cuyas condiciones de aplicación (abstraídas del caso concreto) encajaría la violación de principios alegada. Y la argumentación para construir esa regla, a su vez, justificaría externamente —à la Wróblewski— la inserción de una nueva y compleja condición de congruencia (derivada del caso) en la regla sobre causas de inadmisión de enmiendas por una comisión del Congreso.

Ahora bien, si lo que tuviera que hacer el TC (en vista de un defecto sustancial de PL detectado en un amparo parlamentario, mientras la tramitación legislativa sigue aún en curso) fuera decidir si decreta, *inaudita parte,* una medida cautelar que suspenda los efectos del acuerdo de la Mesa respecto a dos enmiendas y las detraiga de la deliberación senatorial, el cuadro cam-

---

[49] «Ha de tenerse en cuenta» que la actual doctrina fue introducida por la STC 119/2011 en «referencia a las enmiendas introducidas en la última fase del procedimiento legislativo, esto es, en el Senado. […] Existen también pronunciamientos […] relativos a parlamentos autonómicos […]. El auto del que discrepamos es consciente» de eso, «pero concluye, sin mayor razonamiento, que la misma [doctrina] se ha de proyectar igualmente sobre la presentación y tramitación de enmiendas en el Congreso […]. Entendemos […] necesario que este tribunal reflexione, ante la ausencia de pronunciamientos previos, acerca del impacto sobre el *ius in officium* de […] las llamadas enmiendas heterogéneas cuando son introducidas en el Congreso […], al inicio del procedimiento legislativo. Se trata de un extremo cuya aclaración reviste una evidente y especial trascendencia constitucional, máxime teniendo en cuenta la distinta configuración del Congreso de los Diputados, por una parte, y del Senado y las asambleas legislativas autonómicas, de otro lado» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 4.2).

[50] «El medio, la forma y el procedimiento seguidos resultan inequívocamente desconocedores, y […] cercenadores, de este derecho fundamental, que es la clave de bóveda del Estado democrático […], al haberse mermado de tal manera dicho derecho fundamental que queda sencillamente negado, borrado por la actuación de la mesa de la Comisión de Justicia» (ATC 177/2022, FJ 8).

bia[51]. Adoptar la medida con la justificación que acabamos de ver sería pasar por alto un puñado de datos relevantes. Como acabo de apuntar, las enmiendas se introducen en el Congreso, así que el Senado, en teoría, podría debatirlas con detalle, incluso vetar la proposición de ley o introducir enmiendas correlativas de supresión que finalmente el Congreso aceptara[52]. La medida, pues, interfiere (dejemos abierto con qué intensidad) en el proceso de formación de la voluntad legislativa, y afecta a los derechos de los diputados y senadores que no piden amparo[53]. Si nos figuramos, además, que se denegasen todas las solicitudes de personación (*e.g.* de diputados enmendantes o integrantes de la Mesa de la Comisión), la afección se agravaría[54]. Sin duda, hablamos de una decisión de notable «repercusión social» y con «consecuencias políticas generales»[55]. Detraer dos enmiendas de un PL en marcha es injerirse en la autonomía parlamentaria, protegida constitucionalmente frente a otros poderes[56], e implica achicar el deber de auto-restricción judicial ante una asamblea legislativa democrática, y aun «perturbar» su labor[57]. Cabría imaginar circunstancias adicionales que hicieran el caso más peculiar, como que en la misma legislatura nadie hubiera solicitado amparo frente a otras enmiendas inconexas[58], o que la medida pudiese lastimar la inmaculada imagen públi-

---

[51] Y cambiaría también si la medida cautelar se adoptase en vista de las alegaciones de todas las partes, como ha hecho el BVerfG (2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023) al suspender la tramitación de un proyecto de ley que se modificó de cuajo por una enmienda, sin dar tiempo —tres días— casi ni para leerla dos veces. En seguida haré un breve apunte sobre este caso.

[52] «Hubiera podido ocurrir que finalmente la proposición de ley» no se aprobara, o «que en el Senado se hubieran introducido enmiendas de supresión eliminando los preceptos del texto articulado que incorporaba las enmiendas […] y estas enmiendas hubieran sido aceptadas por el Congreso» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 25; cfr. también VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.3).

[53] Suspender «un procedimiento legislativo, aunque sea en parte, ocasiona un perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido —interfiere en el ejercicio de la función legislativa y altera nuestro sistema de justicia constitucional— y a los derechos fundamentales de terceros —al *ius in officium* de los diputados que promovieron y votaron las enmiendas—» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 34). La medida «afecta a los derechos del resto de los diputados, a los grupos y a los órganos» de la cámaras, «para los que el procedimiento legislativo es indisponible», e impide al propio parlamento «dar satisfacción (extraprocesal) al derecho de los recurrentes» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4 i.f.).

[54] «La admisión del recurso de amparo se resuelve sin más intervención que la del recurrente. La personación de los demás interesados en el recurso de amparo está subordinada a la iniciación de este mediante la resolución del Tribunal Constitucional que lo admite a trámite» (ATC 177/2022, FJ 2); cfr. VP M.L. Balaguer, pp. 8628 y 8630, y VP J.A. Xiol, § 9.

[55] ATC 177/2022 (FFJJ 4 y 6); cfr. VVPP J.A. Xiol (§§ 18 y 20) o C. Conde-Pumpido *et al.* (§ 4.2).

[56] «El Tribunal ha afirmado que "el principio de autonomía parlamentaria, reconocido por el art. 72.1 CE, se fundamenta en la necesidad de sustraer el Parlamento de posibles intromisiones de otros poderes"; […] resulta difícil negar que la concesión de la suspensión *inaudita parte* supone una grave interferencia en el procedimiento legislativo», «incide de forma directa en el funcionamiento autónomo de las cámaras» y «afecta a los derechos de los diputados que ya han votado la enmienda en el Pleno del Congreso» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4 i.f.).

[57] La «prudencia» debió «llevar a hacer una proyección del principio de proporcionalidad situando en el centro de la ponderación de los intereses en conflicto la extrema perturbación que en un sistema democrático tiene para el interés general interferir en la labor de las Cortes Generales» (ATC 177/2022, VP J.A: Xiol, § 3; cfr. § 28).

[58] Los recurrentes no explican «por qué razón han consentido» situaciones parejas ni «qué razón les lleva a sentir menoscabados sus derechos», cuando en la misma legislatura se puede contar «una

ca de neutralidad del TC[59]. Pero tampoco hace falta sumar circunstancias al ejemplo. La cuestión es, sencillamente, que una argumentación ponderativa sobre la inconstitucionalidad (y nulidad con reversión de efectos) de una decisión procedimental del parlamento no permite, sin más, justificar esa medida cautelarísima en un amparo.

Dejo por un instante el ejemplo ficticio, para esbozar en pocos trazos qué hizo el voto mayoritario del TC en diciembre de 2022. Según lo veo —aunque quizá debiera mirarlo con otros ojos—, se usó primero la regla originada en una ponderación previa (STC 119/2011) para calificar la sustancialidad del vicio de PL y la afección del núcleo del *ius in officium* de los recurrentes. Ahí el problema está en que el caso del que proviene la regla era distinto al que tenía que resolverse, lo que seguramente exigía re-ponderar[60]; una nueva ponderación podría, o no, haber llevado al mismo resultado. En un segundo paso, ahora sí, el voto mayoritario pondera para justificar la medida cautelarísima[61]. Y eso debía hacer *velis nolis* en vista de su propia ley reguladora: «en supuestos de urgencia excepcional», es posible, al admitir a trámite el recurso de amparo, «suspender los efectos del acto impugnado» (art. 56.6 LOTC), pero a condición de que «la suspensión *no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona*» (art. 56.2 LOTC, mis cursivas). Aquí, el punto débil radica en ignorar factores y datos que deberían ser relevantes en la ponderación —y

---

veintena de iniciativas legislativas» a las que se han «incorporado enmiendas» que podrían adolecer del «mismo vicio de falta de homogeneidad» (ATC 177/2022, VP M.L. Balaguer, apdo. d, iii).

[59] ATC 177/2022 (VP J.A. Xiol, § 23). Dejo al margen aquí la recusación (fallida) de dos miembros del tribunal: cfr. al respecto, por ejemplo, Lagasabaster (2023: 248 ss.) o García de Enterría (2023: 420 ss.).

[60] La trascendencia constitucional del caso está, «simplemente, en si se vulnera el *ius in officium* […] cuando se admiten enmiendas que carecen de toda conexión con el texto enmendado» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 19); este recurso daba ocasión al TC «para aclarar o cambiar su doctrina» tras «un proceso de reflexión interna», y su trascendencia radica «en que ofrece» la oportunidad «de aclarar si —y, en su caso, en qué términos— resulta aplicable al Congreso de los Diputados la doctrina constitucional acerca del impacto que las enmiendas heterogéneas tienen sobre los derechos fundamentales del art. 23 CE» (ATC 177/2022, VP Conde-Pumpido *et al.*, § 4.2).

[61] El ATC 177/2022 (FJ 9) subraya que «el principio de autonomía parlamentaria y la inviolabilidad de las Cortes […] constituye[n] un interés constitucionalmente legítimo que debe ser tenido en cuenta como factor en el juicio de proporcionalidad» para justificar la medida cautelarísima, pero no impiden controlar si el parlamento ejerce las funciones legislativas con «estricto respeto» a la CE. Sobre esta base, el TC considera la medida «idónea para alcanzar la finalidad pretendida» («impedir la consumación de la vulneración invocada mediante la aprobación definitiva de esa parte de la norma en tramitación»); necesaria, pues «no se atisba otra que resulte menos gravosa e igualmente eficaz para la consecución del objetivo solicitado»; y proporcionada *stricto sensu*, «porque permite conjugar adecuadamente la continuación de la tramitación parlamentaria de la norma con la protección cautelar de los derechos invocados». Así, «la medida no genera efectos» irreversibles, tanto si triunfa «el recurso (al haberse garantizado su finalidad reparadora)» como si se desestima, «porque no impide una nueva iniciativa parlamentaria» con «el contenido de las enmiendas» impugnadas. Para los jueces disidentes, la ponderación es «somera» (VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4), insuficiente y no valora bien los bienes en juego (VP M.L. Balaguer, apdo. d, ii). No vieron muy relevante, sin embargo, que los recurrentes solicitaran «la reconsideración de esa decisión [de la Mesa], sin que hasta la fecha hayan recibido respuesta motivada alguna a su petición», ni que no dispusieran «en la práctica de ningún recurso efectivo» (FJ 8).

que, pese a serlo también para analizar la gravedad del vicio procedimental alegado, el TC disoció de ese análisis.

Sin entrar en detalles, me gustaría apuntar un rápido contraste entre el ATC 177/2022 y otro recurso de amparo real, solicitado por un parlamentario alemán ante una enmienda *conexa* que modificaba muchos *aspectos clave del proyecto* de ley[62]. Ese recurso, presentado tras la primera lectura del proyecto, pedía, como medida cautelar, *que se diera a los diputados al menos catorce días para estudiar los pasajes* relevantes de cara a la segunda lectura (§ 11). Mientras que el TC *suprimió dos enmiendas y permitió continuar la tramitación legislativa*, el BVerfG, el pasado julio, *paró todo el procedimiento*, con base en un precepto de su ley reguladora (§ 32 BVerfGG) parecido al art. 56 LOTC, aunque *no idéntico*, el cual, ante situaciones de especial urgencia *(bei besonderer Dringlichkeit)*, le faculta para adoptar medidas cautelarísimas (§ 32.2 BVerfGG). Pero el BVerfG las tomó tras considerar las alegaciones iniciales y complementarias *de ambas partes* (§ 32.1 BVerfGG). Procuró *deslindar la medida cautelar del abordaje de la cuestión de fondo*, la violación de los derechos de participación (§§ 77-79), que dejó abierta, por más que bosquejara factores a tener en cuenta en el pleito principal (§§ 92 ss.)[63]. También *distinguió las peculiaridades del caso* frente a otros previos: que su jurisprudencia anterior sirviese le pareció dudoso (§§ 85 y 89). Nunca antes se había topado con una enmienda así (provenía de un documento de más cien páginas, y apenas hubo tres días para su estudio): hasta *la representación del parlamento reconoció que era una enmienda de «no escasa complejidad»* (§§ 93-94). *No existía urgencia* que la justificara, pues la ley había de entrar en vigor meses después (§§ 95 y 100). De adoptar la medida cautelar, y si el amparo no se concede luego —dijo el BVerfG—, se produciría una injerencia grave *(erheblich)* en la autonomía del parlamento (§ 100), mientras que, si llegara a concederse, no haberla adoptado sería una irreversible violación sustancial del derecho a una participación equitativa en la legislación (§ 102). Para equilibrar los polos, el BVerfG trató —según sus palabras— de afectar lo menos posible a la autonomía parlamentaria: dictó la medida cautelar, sí, *de forma que la tramitación legislativa pudiera reanudarse a vuelta del verano* en el periodo ordinario de sesiones, desde la fase en que quedó interrumpida (§ 100; cfr. § 47). Lo cual —añadiría yo— no anda lejos del espíritu con que oficialmente se remitió al *Bundestag* el proyecto de ley: cuando el gobierno lo aprobó, el ministro de finanzas manifestó incluso por escrito su deseo de que se «debatiese en profundidad» *(intensiv)* (§ 93).

Pero volvamos a nuestro ejemplo: lo que pretendía con él era solo visibilizar un poco cómo podría ser una ponderación de principios procesales, o

---

[62] BVerfG, 2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023.

[63] Incluido, por ejemplo, el efecto positivo sobre «la organización de futuros procedimientos legislativos» que podría tener la eventual concesión del amparo al recurrente (§ 105).

sea, cómo podríamos operar con esa estructura argumentativa para justificar una tacha de inconstitucionalidad (invalidez) por razones formales. Alcanzar balances y equilibrios en este contexto parece tarea intrincada y compleja, un ejercicio que exige algo así como ponderar la democracia consigo misma, pues el principio democrático no solo juega en ambos lados de la balanza, sino que también ha de sopesarse como principio formal que se opone a la injerencia en asuntos internos del parlamento y promueve la deferencia a las decisiones de sus órganos *(interna corporis acta)*. Y el ejercicio podría complicarse más si entraran en la ponderación los principios de funcionalidad que también subyacen al PL (e incluso principios materiales afectados por los contenidos legislativos). Habrá quien piense que no merece la pena tanta complicación, y que el riesgo de abusos ponderativos resulta demasiado alto, ya sea en general o en ciertos tribunales constitucionales. En una palabra, sería mejor no ponderar y atrincherar bien las reglas de PL[64]. Tengo para mí que tampoco esto evitaría las complicaciones ni el riesgo de abusos —los abusos no deben cargarse en la cuenta de ninguna estructura argumentativa, sino en la de quienes abusan de ella—[65]. Pero, desde luego, se puede defender ese atrincheramiento, como también que las reglas de PL deberían intentar formularse de modo mucho más preciso y detallado (en la línea de los procedimientos judicial y administrativo), y que eso facilitaría su observancia y aplicación. Sin embargo, aparte de que esa opción choca con la propia doctrina del TC[66], no creo que la práctica colectiva de elaborar leyes y el entorno social en el que se desarrolla sean, a este respecto, muy diferentes de otras prácticas y entornos sociales. Las regulaciones detalladas no siempre son mejores regulaciones —hay ámbitos donde son peores—: todo depende mucho de quiénes van a manejarlas. Pero convengamos, por mor del argumento, en que tenemos muy buenas razones tanto para establecer regulaciones minuciosas del PL como para no restringir ni ampliar el alcance de las reglas en función de sus principios subyacentes (otro tanto vale decir de cualquier regla legislativa en una democracia constitucional); y en que las tenemos también para sostener que un tribunal nunca debe ponderar al determinar la validez formal-procedimental de la legislación. ¿Qué espacio quedaría entonces —si alguno— para los principios de debido proceso legislativo en el control constitucional?

---

[64] Muchas de ellas no admiten otra lectura. Son, si se quiere, reglas «intocables» (Moreso, 2016) en cuya aplicación no debe entrar en consideración nada ajeno a las propias reglas: por ejemplo, para salvar un veto legislativo del Senado, en el Congreso es preciso obtener mayoría absoluta en primera votación, o, en segunda, mayoría simple (art. 90.2 CE). No obstante, se podrían idear algunos escenarios, digamos, apocalípticos, en los que hasta reglas como esta debieran ser derrotadas.

[65] Sí ayudaría a mitigar algunos males rehacer la regulación del PL aprovechando lo que sabemos de legisprudencia, es decir, legislar recursivamente, a la luz de la teoría y la metodología de la legislación, sobre cómo debe legislarse en el parlamento.

[66] La CE impediría que «el procedimiento legislativo» quede «atrapado en unas reglas tan rígidas que pueden convertir el debate parlamentario en un procedimiento completamente reglado» (STC 59/2015, FJ 5b). En la misma línea, por ejemplo, STC 119/2011 (FJ 7).

4. CONTROL SEMIPROCESAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina del TC sobre vicios procedimentales da pie a plantear también una cuestión general de método en el control judicial de la legislación. Pienso, en síntesis, que los principios de debido proceso legislativo que he ligado a esa doctrina deberían también ser empleados al evaluar la constitucionalidad —la «validez material»— del contenido final de la legislación. Intentaré explicarme.

Que haya defectos del (y en el) PL tolerables, vicios formales que no acarrean inconstitucionalidad, no significa que al TC le parezcan bien. El Tribunal, de hecho, combina a veces su tolerancia con palabras de censura, como que tales defectos resultan de un «cuestionable proceder» y merecen «algunos reproches»[67]. Y lo reprochable es siempre que los legisladores no hayan respetado reglas de PL o, habiéndolas observado, no hayan respetado principios subyacentes de debido proceso. Pese a ello, dentro de un control constitucional, serían faltas de respeto intrascendentes. Pues bien, este enfoque es insatisfactorio, por cuanto descarta de antemano que las fallas procedimentales no invalidantes y la mejor o peor calidad del proceso legislativo en general sean relevantes en el escrutinio material de la ley como resultado (*e.g.*, al analizar la proporcionalidad del contenido de una medida legislativa).

El enfoque de control que adopta el TC opera en «dos pasos» sucesivos, o discurre por «vías separadas»: se centra primero en cuestiones de forma, en la regularidad procedimental, y luego, en las de fondo, en la compatibilidad del contenido o resultado legislativo con la CE, pero sin permitir intersecciones entre uno y otro plano. En cuanto a vicios procedimentales, ya hemos visto que la doctrina básica del TC no es muy exigente: simples infracciones de PL (una iniciativa caducada, un informe preceptivo no evacuado, una enmienda inconexa…) no bastan para intervenir: los vicios tienen que haber alterado de modo sustancial o esencial la formación de la voluntad legislativa para cobrar relevancia constitucional. Si no, caen fuera del foco de control. Y superado el test procedimental, el TC pasa a examinar los contenidos impugnados (para ver si encajan, sobre todo, con su lectura de los derechos fundamentales, pero también de otras normas de la CE, como las que reparten competencias legislativas), sin atender más al procedimiento (ni al proceso) de legislación: independientemente de cómo se haya llegado a las decisiones legislativas, todas gozan de igual presunción de constitucionalidad. En suma, el TC razona en términos dicotómicos: o hay una injerencia demasiado grave en la demo-

[67] STC 155/2017 (FJ 7a,b). Si de verdad estos vicios son jurídicamente intrascendentes, el TC quizá haría bien en ahorrarse reproches: hacerlos casi parece autocontradictorio (véase STC 136/2011, Antecedente 9 y, en especial, VP L.I. Ortega).

cracia (principios de deliberación representativa y justificación pública) o el defecto procedimental es constitucionalmente inocuo y debe ignorarse.

Sin embargo, la existencia de fallas procedimentales o carencias procesales no invalidantes, como la calidad misma del proceso legislativo, también podría importar en el análisis constitucional del contenido de las leyes, del resultado del PL. Supongamos que, tras argumentar cuidadosamente sobre la alegación de un vicio procedimental o una carencia procesal, el tribunal llega a la conclusión de que la afección democrática causada no era esencial, *i.e.* no era tan grave como para invalidar una medida legislativa por motivos formales. Pues bien, dado que una afección no esencial de la democracia —de los principios de debido proceso legislativo— sigue siendo, por definición, una afección de la democracia, habría de existir algún argumento constitucional que la justifique, al menos si tomamos en serio la constitución como norma[68]. A falta de tal argumento, ¿por qué no atribuir a la injerencia, al menos, cierto peso en la valoración constitucional del resultado legislativo?[69]. Una afección infundada de los principios de deliberación y justificación pública, por ejemplo, podría debilitar la presunción de legitimidad otorgada a la ley y llevar a modular la deferencia institucional que se debe al parlamento democrático y a sus decisiones. Pero esto, claro, exigiría reemplazar el enfoque de doble vía del TC por algún control híbrido, semisustantivo o semiprocesal, donde se tenga en cuenta la calidad del proceso de justificación legislativa (incluidos los vicios procedimentales no invalidantes), es decir, donde la calidad del proceso sea un factor adicional dentro del razonamiento judicial sobre medidas impugnadas por otros motivos (violación o desprotección de derechos fundamentales, intromisión en competencias legislativas ajenas, infracción de la prohibición de arbitrariedad legislativa, etcétera)[70].

Cuando un tribunal juzga si el contenido de una disposición es compatible con la CE, a menudo ha de afrontar problemas empíricos y normativos difíciles. Por así decir, los jueces se mueven en una zona epistémica resbaladiza, donde no termina de estar claro si la decisión legislativa cae dentro o fuera de los límites constitucionales. En una zona así, la deferencia ciega a los legisladores o la decisión judicial soberana no son las únicas opciones. Dado que las incertidumbres constitucionales sustantivas son una cuestión de grado,

---

[68] Cfr. el VP de M. Aragón a la STC 136/2011: razones de «eficacia» (principio de funcionalidad) no pueden justificar la «práctica constitucionalmente fraudulenta» de las enmiendas inconexas.

[69] Cfr. también Giménez (2008: 561), quien se apoya en la STC 76/1990 (FJ 8) para sostener que, aunque los defectos de técnica legislativa no conduzcan a invalidar una ley, deberían considerarse como «agravante», *i.e*. como un factor que cuente para no declararla constitucional.

[70] Me vienen a la mente, en relación con los principios de autonomía universitaria e interdicción de la arbitrariedad (legislativa), los VVPP de P. Sala y P. Pérez Tremps (con E. Pérez Vera) a la STC 47/2005 —sentencia que, por cierto, consideró que tomar la decisión legislativa sin dar audiencia a la universidad afectada «no constitu[ía], desde luego, el "óptimo" constitucional, pero tampoco determina[ba] la inconstitucionalidad» (FJ 10 i.f.).

el TC podría ajustar su deferencia (también magnitud gradual) en función de la calidad del proceso que condujo a (y del procedimiento por el que se aprobó) una ley o una medida legislativa (*e.g.* insertada en trámite de enmiendas). La evaluación procesal-procedimental daría entonces un criterio modulador dentro de un estándar de constitucionalidad orientado al resultado, típicamente el canon de proporcionalidad.

No puedo profundizar ahora en los modelos semisustantivos (o semiprocesales) de control constitucional (o subconstitucional)[71], ni en el papel que pueda o deba jugar la democracia como principio formal o institucional en los análisis de proporcionalidad y las ponderaciones con que se justifica la (in)compatibilidad de los contenidos legislativos con la constitución[72]. Pero sí apuntaré que dar entrada a los principios de debido proceso legislativo en el examen material de la ley como resultado implicaría exigir a los legisladores que ofreciesen razones tanto sobre el producto como sobre el proceso, razones que justifiquen no solo el contenido de la medida impugnada, sino también la afección no esencial de los principios de legislación democrática[73]. Tampoco es ninguna propuesta innovadora. En diferentes modalidades, se lleva practicando décadas en algunas jurisdicciones estatales e internacionales. Consideremos, por ejemplo, la doctrina alemana de la «protección iusfundamental procesal» (*prozeduraler Grundrechtsschutz, Grundrechtsschutz durch Verfahren)*, que debe activarse allí

> donde los derechos fundamentales no puedan cumplir suficiente o adecuadamente su función tuitiva material. Así ocurre cuando [tales derechos] no suministra[n] ningún criterio material […] y un control de resultado basado directamente en el derecho fundamental queda excluido. Asimismo [debe aplicarse esa protección] si, siendo concebible el control de resultado basado en criterios materiales, solo puede realizarse en un momento en que la lesión del derecho fundamental ya no puede corregirse. En ambos casos es preciso retrotraer la tutela iusfundamental al proceso por el que se llega a la decisión, y no ejercitarla solo sobre su resultado[74].

Esa protección opera en situaciones especiales y a menudo solo parcialmente[75]. Entre las razones que explican y justifican su empleo predomina

---

[71] Véase *e.g.* Huijbers (2019), así como Coenen (2009), Bar-Siman-Tov (2012), Araiza (2013), Oliver-Lalana y Messerschmidt (2016), Dixon (2017), Landau (2019) y, respecto al TEDH, Baade (2018) o Saul (2021), entre otros muchos.

[72] Acerca del peso variable de la democracia en cuanto principio formal, cfr. Oliver-Lalana (2019: 431-434); para un panorama de la teoría de los principios formales, Portocarrero (2016) y, más recientemente, Borowski (2021: 135 ss.).

[73] Así, los legisladores —siquiera solo por propio interés— habrían de ofrecer justificaciones ya durante el proceso legislativo (cfr. Oliver-Lalana, 2021: 250-252).

[74] BVerfGE 90, 60, 96 *(8. Rundfunkentscheidung)*.

[75] Y, más a menudo aún, no opera en absoluto, pues se entiende que «no concurren las circunstancias» que excepcionalmente activan el «deber [constitucional] de justificación de la ley» *(Sonderkonstellation ausnahmsweise gebotener Gesetzesbegründung)* (BVerfG, 1 BvR 2821/11, Sentencia de 6 de diciembre de 2016, § 297, *Atomgesetz*).

siempre la idea de *compensación*: un amplio margen de configuración política, de un lado, y, del otro, alguna dificultad seria para que el tribunal enjuicie materialmente la constitucionalidad del resultado legislativo (o la plausibilidad de las premisas en que se basa) se compensan con exigencias metodológicas (legisprudenciales) sobre el proceso justificatorio: el BVerfG reconoce prerrogativas de apreciación y decisión a los legisladores que observan pautas de cuidado, o reduce la intensidad de su examen de resultados, efectuando «un control cauteloso» y comprobando tan solo que no haya habido errores flagrantes e inconstitucionalidades evidentes o manifiestas[76]. Los jueces canjean ese *minus* de control material por un *plus* de exigencias de debido proceso legislativo (cfr. ya Häberle, 1978: 175), para así equilibrar la gran discreción de que disponen los legisladores y evitar que quede libre de revisión constitucional. Este control se ha definido como un «segundo pilar» de protección iusfundamental, por ejemplo, frente a la incertidumbre aneja a algunos pronósticos legislativos. Entonces entran en juego

> exigencias procesales, que emergen como un segundo pilar (*zweite Säule*) del derecho fundamental junto a su dimensión material, la cual queda limitada al control de inconstitucionalidades evidentes *(Evidenzkontrolle)* […] Es cierto que, en principio, el legislador no debe, con la Constitución en la mano, nada más que una ley válida (*wirksam*) […] Pero [a veces] son precisas garantías procesales para que el mandato constitucional sea efectivamente respetado […] Las exigencias procesales […] compensan la dificultad de determinar [la constitucionalidad] mediante criterios materiales […] En este sentido, la dimensión procesal despliega una función tuitiva y equilibradora (*Schutz- und Ausgleichsfunktion*)[77].

Al igual que otros tribunales, el BVerfG —bien es verdad que en constelaciones de casos muy singulares— abre de este modo una vía media entre el examen propio del contenido de la medida final (o de las premisas en que se basa) y la total deferencia al parlamento como decisor primario. Al gran margen de apreciación y valoración de los legisladores en esos casos le «corresponden» obligaciones procesales que «equilibran» la indeterminación del parámetro de control constitucional material y le confieren un «suplemento» necesario[78]. Esto sucede, en particular, ante ciertas afecciones iusfundamentales: unas veces, lo que se compensa es la menor intensidad del control sustantivo sobre diagnósticos y pronósticos en escenarios regulativos complejos (en la línea, digamos, del análisis «procesal» de proporcionalidad)[79]; otras, la compensación se refiere al resultado final, el cual o no se enjuicia ya desde el

---

[76] BVerfGE 132, 134, 165 *(Asylbewerberleistung)*.

[77] BVerfGE 130, 263, 163-164 *(Professorenbesoldung)*, donde las exigencias procesales serían el contrapunto del margen de apreciación y pronóstico. Cfr. BVerfGE 132, 134, 162-163 *(Asylbewerberleistung)* y BVerfG, 1 BvL 10, Sentencia de 23 de julio de 2014, § 77 ss. (*Existenzminimum*).

[78] BVerfGE 79, 311, 344 ss. *(Staatsverschuldung)*.

[79] Sobre la idea de *procedural proportionality*, Lenaerts (2012: 8 y 10 ss.).

punto de vista sustantivo (se examina únicamente cómo se ha generado y justificado el resultado) o se controla tan solo con la intensidad mínima[80]. Este enfoque supondría, en suma, una autolimitación del tribunal —y una muestra de deferencia institucional— en temas o áreas cuya regulación es especialmente difícil, al tiempo que ofrece una efectiva protección constitucional, compensando la imposibilidad o dificultad de un control sustantivo de los resultados[81]. Y más o menos este es, en fin, el planteamiento que adoptó el BVerfG en enero de 2023 en el caso con que comenzaba este capítulo, la ley que subía el tope de financiación de los partidos políticos. En sus palabras:

> El mero hecho de que la decisión legislativa (…) sea justificable *(eine bloße Begründbarkeit)* no basta. La mayor racionalización ligada a la función compensatoria del control procesal *(Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung)* solo puede lograrse eficazmente cuando las necesarias investigaciones y ponderaciones de las circunstancias de la legislación se han realizado y documentado durante el proceso legislativo. El control procesal *(die Prozeduralisierung)* se centra en cómo se han generado las decisiones, y no en cómo se presentan *(nicht auf ihre Darstellung)*, es decir, [no atiende a] su justificación retrospectiva[82].

De ahí que, ante las alegaciones del *Bundestag* en el recurso de inconstitucionalidad (donde trató de justificar con detalle que la subida del tope de financiación de los partidos obedecía al aumento de los costes a que tenían que hacer frente), la respuesta del BVerfG fuese que

> las […] carencias en la justificación *(Begründungsmängel)* existentes [en el proceso legislativo] no pueden subsanarse [ahora] con las extensas explicaciones [ofrecidas por la representación del parlamento] sobre el incremento de costes ligado a la digitalización y la participación que tienen los partidos políticos, pues eso es una inadmisible aportación retrospectiva de razones *(ein unzulässiges Nachschieben von Gründen)*[83].

El BVerfG no invalidó la subida del tope de financiación por causas formales o procedimentales. Pero la interferencia que una tramitación de diez días produjo en los principios de debido proceso legislativo (deliberación representativa y, sobre todo, justificación pública) fue un argumento relevante, incluso decisivo, para declarar inconstitucional el contenido de la ley e invalidarla.

---

[80] BVerfGE 125, 175 *(Hartz IV)*.

[81] Este argumento para legitimar el control constitucional del proceso de (justificación de la) legislación lo encontramos ya en los primeros trabajos sobre el tema: «el control procesal (el control de qué puntos de vista tenía que tomar en cuenta el legislador, de si los ha tomado en cuenta y los ha ponderado entre sí) [es] un camino viable para sustituir al control de contenido en aquellos casos en los que el BVerfG (según una crítica extendida) corre el riesgo de poner *sus propias* concepciones materiales en el lugar de las decisiones del legislador» (Schwerdtfeger 1977, p. 188, cursivas originales).

[82] BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 131.

[83] BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 160. En su réplica a las alegaciones del *Bundestag* (§§ 60 ss.) y del gobierno (§§ 46 ss.), los recurrentes ya advertían que se trataba de alegaciones «irrelevantes», y que no era posible subsanar *ex post* la infracción de un deber procesal que los legisladores debieron haber cumplido en su día para garantizar «la especial función de publicidad y transparencia» de la deliberación en «el proceso parlamentario» (§§ 43 y 81).

5. RECAPITULACIÓN

Este trabajo pretendía acercarse al papel de los principios de debido proceso legislativo en el control judicial (de la regularidad constitucional de la tramitación) de las leyes. Partiendo de una tesis waldroniana sobre los principios de legislación y su relación con las reglas de procedimiento legislativo, he intentado esbozar una lectura «principialista» de la doctrina del TC sobre vicios procedimentales en la legislación parlamentaria, para mostrar que la distinción entre reglas y principios funciona, en la producción de leyes, de manera similar a como lo hace en cualquier ámbito. Desde luego, ese contexto tiene particularidades, y tampoco he querido sostener que la distinción *deba* funcionar *igual* que en otros ámbitos del derecho. Pero lo cierto es que, a tenor de nuestra jurisprudencia constitucional, la validez formal-procedimental de la legislación no es solo cuestión de reglas (constitutivas), sino también de principios (procesales). Y como los principios suelen colidir entre sí, decidir sobre la (in)constitucionalidad de una tramitación legislativa requiere a veces efectuar ponderaciones. En vista de que el manejo y los balances de principios tras la jurisprudencia del TC en esta materia (*i.e*. la argumentación judicial acerca de la «sustancialidad» de los vicios procedimentales) acostumbran a ser un tanto opacos, he ensayado una posible reconstrucción de esta clase de ponderaciones, a fin de poner de relieve los problemas y riesgos que encierran. Ahora bien, el juego de los principios de debido proceso legislativo en la revisión judicial de la ley no tiene por qué acabar en el control de la regularidad del procedimiento legislativo. La valoración del grado de satisfacción de esos principios —y, en general, la mayor o menor calidad del proceso legislativo— puede incorporarse también al razonamiento del TC acerca de la constitucionalidad material del contenido de las decisiones legislativas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar de Luque, L., 1987: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa», *Revista de Derecho Político* 24: 9-30.

Aguiló, J., 2019: «En defensa del Estado Constitucional de Derecho», *DOXA* 42: 85-100.

Araiza, W.D., 2013: «Deference to congressional fact-finding in rights-enforcing and rights limiting legislation», *New York University Law Review* 88: 878-957.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., 2004: *Las piezas del derecho*, 2ª ed., Barcelona: Ariel.

Baade, B., 2018: «The ECtHR's Role as a Guardian of Discourse», *Leiden Journal of International Law* 31: 335-361.

Bar-Siman-Tov, I., 2012: «Semi-procedural judicial review», *Legisprudence* 6/3: 271-300.

Biglino, P., 1991: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid: CEPC.

Borowski, M., 2021: «Limited review in balancing fundamental rights», en J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer: 135-162.
Coenen, D.T., 2009: «The pros and cons of politically reversible 'semisubstantive' constitutional rules», *Fordham Law Review* 77: 2835-2891.
Dixon, R., 2017: «The core case for weak-form judicial review», *Cardozo Law Review* 38: 2193-2232.
Escuin, C., 2018: «El juego entre la mayoría y las minorías parlamentarias en la elaboración de las leyes», *Corts – Anuario de Derecho Parlamentario* 31: 197-212.
Fernández-Fontecha, M., 2013: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria*, Madrid: Cortes Generales.
García Amado, J.A., 2023: «Reglas y principios», en A. Ródenas y V. García Yzaguirre (coords.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero*, Lima: Palestra/Marcial Pons: 149-172.
García Amado, J.A. y Dalla-Barba R.G., (eds.) 2022: *Principios jurídicos*, Lima: Palestra.
García de Enterría, A., 2023: «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad», *Revista de las Cortes Generales* 115: 413-431.
García-Escudero, P., 2013: «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos», *Teoría y realidad constitucional* 31: 199-236.
García-Escudero, P., 2016: «Homogeneidad de enmiendas e iniciativas legislativas», *La última jurisprudencia relativa al parlamento,* Vitoria: Eusko Legebiltzarra: 93-154.
García Yzaguirre, V., 2022: *Excepciones implícitas e interpretación*, Lima: Palestra.
Guastini, R., 2016: *La sintaxis del derecho,* traducción por A. Núñez, Madrid: Marcial Pons.
Häberle, P., 1978: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin: Duncker & Humblot.
Huijbers, L., 2019: *Proces-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Cambridge: Intersentia.
Kelsen, H. 1928: «La garantía jurisdiccional de la Constitución», traducción por R. Tamayo, *Ius et Veritas,* 5/9 (1994): 17-43.
Lagasabaster, I., 2023: «Las medidas cautelarísimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados», *Revista Vasca de Administración Pública* 126: 245-287.
Landau, J., 2019: «Process Scrutiny: Motivational Inquiry and Constitutional Rights», *Columbia Law Review,* 119/8: 2147-2204.
Lenaerts, K., 2012: «The European Court of Justice and Process-Oriented Review», *Yearbook of European Law,* 31/1: 3-16.
Lopes, P.M., 2017: «The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles», *Ratio Juris* 30/4: 471-490.
Martínez Lago, M.A., 2016: «Los límites de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* 106: 17-71.
Mengel, H.J., 1997: *Gesetzgebung und Verfahren*, Berlin: Duncker & Humblot.
Miranda, L.M., 2018: *Parlamento y control judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
Moreno, S., 2004: *Constitución y leyes de acompañamiento presupuestario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

Moreso, J.J., 2016: «The untouchables of law», *Critical Review of International Social and Political Philosophy,* 19/4: 496-503.

Oliver-Lalana, D., 2021: «Omnibus Legislation in Spain», en I. Bar-Siman-Tov (ed.), *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Cham: Springer: 227-256.

— 2019: «Deliberación legislativa y control judicial de las leyes», en D. Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio*, Valencia: Tirant: 397-465.

— 2017: «Zur gerichtlichen Prüfung des Verfahrens legislativer Begründung», en M. Borowski *et al.* (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübigen: Mohr Siebeck: 717-749.

Oliver-Lalana, D. y Messerschmidt, K., 2016: «On the legisprudential turn of judicial review», en K. Meßerschmidt y D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Cham: Springer: 1-16.

Ortega, C., 2023: «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda…», *Revista General de Derecho Constitucional,* 38: 39-58.

Ortiz de Urbina, I,. 2021: «¿Inconstitucionalidad de la ley penal por infracción del procedimiento legislativo?», en D.M. Santana *et al.* (coords.), *Una perspectiva global de derecho penal (Libro homenaje a J.J. Queralt)*, Barcelona: Atelier: 71-82.

Portocarrero, J., (ed.) 2016: *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá: Univ. Externado.

Punset, R., 1992: «Principio democrático y validez procedimental de las leyes», *Revista española de Derecho Constitucional,* 35: 271-276.

Ridao, J., 2023: «El control constitucional del parlamento y la juridificación de la vida política», *Revista de Derecho Político,* 117: 73-98.

Sampaio, J.S., 2021: «Brute balancing, proportionality, and meta-weighing of reasons», en J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer: 49-84.

Santaolalla, F., 2011: «¿Es la homogeneidad material condición indispensable de las iniciativas legislativas?», *Revista de las Cortes Generales* 83: 135-176.

Sanz, A. 2018: «Los vicios en el procedimiento legislativo, la confirmación de la teoría», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 6: 35-42.

Saul, M. 2021: «Shaping Legislative Processes from Strasbourg», *European Journal of International Law,* 32/1: 281-308.

Schwerdtfeger, G., 1977: «Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht», en R. Stödter y W. Thieme (eds.), *Hamburg, Deutschland, Europa*, Tübingen: Mohr: 173-188.

Sieckmann, J., 2011: «Los derechos fundamentales como principios», en J. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons: 27-50.

Sieckmann, J., 2009: *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden: Nomos.

Waldron, J., 2006: «Principles of Legislation», en R.W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge: Cambridge UP: 15-32.

Waldron, J,. 2003: «Legislating with Integrity», *Fordham Law Review,* 72: 373-394.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 145-179
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/05*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

ERRORES LEGISLATIVOS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO*

Antonella Massaro

RESUMEN: Este trabajo aborda la problemática de los errores legislativos en el marco del derecho penal, con especial énfasis en el ordenamiento jurídico italiano. Se explora cómo los errores legislativos, tanto por acción como por omisión, pueden socavar el principio de legalidad penal, que protege la libertad individual frente al poder punitivo del Estado. El análisis parte de la idea de que el derecho penal debe ser un recurso extremo (extrema ratio), empleado solo cuando otros mecanismos jurídicos han demostrado su insuficiencia. Sin embargo, la expansión del derecho penal contemporáneo lo ha transformado en una herramienta política, utilizada para generar respuestas inmediatas a situaciones de alarma social, lo que a menudo lleva a errores legislativos.

El artículo analiza varios tipos de errores, incluyendo aquellos relacionados con la violación de la precisión y verificabilidad de las normas penales, así como los errores técnicos y científicos que contradicen conocimientos aceptados. Además, se examinan los errores procedimentales, sancionadores y las decisiones legislativas arbitrarias tanto para criminalizar como para no criminalizar determinadas conductas.

El artículo concluye con la valoración de que el Tribunal Constitucional italiano desempeña un papel clave en la corrección de estos errores, a menudo mediante sentencias manipulativas o aditivas, pero su intervención plantea interrogantes sobre los límites de la discrecionalidad legislativa y el alcance de su poder. A través del análisis de casos

* Traducción al español realizada por Angelo Giraldi, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal en el Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Murcia.

emblemáticos, el estudio subraya la importancia de una correcta formulación de las normas para evitar una interpretación judicial excesivamente creativa y preservar así la coherencia del sistema penal en conformidad con los principios constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Error legislativo; Derecho penal; Tribunal Constitucional italiano.

1. EL ERROR LEGISLATIVO ANTE LA CRISIS DEL DERECHO PENAL: LA LÓGICA PRESCRIPTIVA DEL BINOMIO LEY ERRÓNEA-LEY CORRECTA

El tema de los errores legislativos adquiere, sin duda, una relevancia peculiar desde la perspectiva del derecho penal. Cada vez que el legislador «yerra" en la formulación de la ley penal, debilita las garantías que protegen la libertad personal, sobrepasando los límites impuestos al ejercicio legítimo del poder punitivo (*ius puniendi*).

El derecho penal está estructuralmente vinculado a la idea de «límite» en un doble sentido:

a) El derecho penal debe ser «limitado», en el sentido de que, como sugiere el (meta)principio de *extrema ratio*[1], debería representar el remedio extremo, al que el sistema sólo recurra cuando, ante la insuficiencia de los demás instrumentos puestos a disposición por el ordenamiento, sea realmente necesario el sacrificio potencial de la libertad personal;

b) El derecho penal funciona como «factor limitador» de la actividad de los poderes públicos, protegiendo al individuo en la relación entre «libertad» y «autoridad». El principio de legalidad, entendido en sentido amplio, se convierte en un verdadero «Paladio de la libertad civil», proponiéndose contener la acción de los poderes públicos dentro de ciertos e inexpugnables límites, según una lógica que también caracteriza al derecho penal: todo lo que no está prohibido es lícito (la llamada norma general exclusiva)[2] y, por tanto, todo lo que queda fuera del derecho penal es arrastrado a la esfera de la libertad del individuo intangible por el Estado. La regla de conducta debe ser clara y predeterminada, haciendo que el derecho penal sea conocible y, sobre todo, calculable[3].

Es innegable que el paradigma rápidamente esbozado, inspirado en la cultura liberal y en los principios de la Ilustración jurídica, parece ahora reducido a la consistencia de una «utopía anacrónica», incapaz de describir el estado real de la legislación penal.

---

[1] De Muro, 2013: 9.
[2] Hobbes, 1959: 422. *Amplius*, Ferrajoli, 2012: 46-47, nota 5.
[3] Cf. Pifferi, 2007: 745-746.

a) El derecho penal, en lugar de *última ratio*, se ha convertido en el instrumento privilegiado de intervención de un poder político dispuesto a utilizar la obsesión securitaria y la percepción de la inseguridad como verdaderos instrumentos de gobierno[4]. Ya es habitual referirse a la expansión del derecho penal[5], a la hipertrofia de la legislación penal[6], a un derecho penal (ya no mínimo sino) máximo[7]: el populismo penal[8] se proyecta en un horizonte más amplio que el populismo político[9], ofreciendo la respuesta «a coste cero» a las emergencias que alimentan la alarma social o, en todo caso, construyendo la ilusión de una política que, a través del derecho penal, pretende erigirse en modelo y baluarte cultural.

b) La crisis del Parlamento y de la ley (o, mejor dicho, de la reserva de ley en materia penal[10]) se traduciría en una «bancarrota» del principio de legalidad (también penal)[11], con la consiguiente centralidad del derecho jurisprudencial y de una interpretación cada vez más declaradamente creativa[12]. La legalidad penal, entendida como un sistema de principios que gira en torno a la ley del Parlamento y encuentra su culmen en la Constitución, se hace menos reconocible en un sistema de fuentes que se ha vuelto, según cierta opinión, reticular[13] y laberíntico[14].

Las consideraciones en cuestión, aunque describen una tendencia posiblemente irreversible, no implican, como consecuencia necesaria, renunciar a la idea de un principio de legalidad que ya no podría cumplir su cometido. Por el contrario, es necesaria una reconstrucción más rigurosa del deber ser, que permita poner de relieve y «corregir» las desviaciones erróneas del modelo impuesto por el derecho positivo[15]. El esquema epistemológico elaborado por la Ilustración jurídica y el modelo de derecho penal que se inspira en ella, como ha sido señalado, tienen el defecto fundamental y evidente de corresponder a un modelo-límite, en gran medida ideal, pero de hecho nunca realizado y nunca plenamente realizable[16]. Sin embargo, queda por ver si la no realización de ese modelo (o de algunas de sus partes) depende de sus límites intrínsecos y como tales insuperables o, más bien, de defectos, evitables o reducibles[17].

---

[4] Simon, 2008.
[5] Silva Sánchez, 1999.
[6] Paliero, 1985: 78 y ss.
[7] Cavaliere, 2018: 1 y ss.
[8] Risicato, 2019: 1 ss.; Donini, 2020: 12 ss.; Anastasia-Anselmi- Falcinelli, 2020; Cornelli, 2019: 128 y ss.
[9] Ferrajoli, 2019: 79 y ss.
[10] Bricola, 1980: 182-183; Fiandaca, 2011: 79 y ss.
[11] Aa. Vv., 2016.
[12] Di Giovine, 2013: 159 y ss.
[13] Ost- van de Kerchove, 2002: 11 y ss.; Ost, 2013: 29 y ss.; Pastore, 2014: 19 ss.; Losano, 2005: 425 ss.; Manes, 2018: 1 y ss.
[14] Manes, 2012: 5 y ss.
[15] Tarello, 1974: 363 y ss.
[16] Ferrajoli, 2012: 10.
[17] *Ibid*.: 12.

El tema del error legislativo, por tanto, se sitúa precisamente en el plano de la indagación prescriptiva. Es, bien mirado, el primer bordillo capaz de contener la aportación creativa del intérprete dentro de unos límites compatibles con la legalidad penal: cuanto más «correcta» sea la ley, menos «justificables» serán las intervenciones (excesivamente) creativas por parte de la jurisprudencia.

La referencia al derecho penal como sistema de límites, que encuentran su fundamento en la Constitución y que se dirigen en primer lugar al legislador y después al intérprete, puede por tanto valorizarse desde el plano metodológico: este último, en efecto, debe poder basarse en una ley «correcta» en el plano formal y material, para cumplir las obligaciones de las que es destinatario directo.

2. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES

En un sistema de fuentes «con una Constitución rígida», los errores legislativos se inscriben en el marco más amplio de los requisitos y límites del juicio de constitucionalidad: frente a los errores que entran en conflicto con la Constitución, la intervención del Tribunal Constitucional es el instrumento que permite «corregir» el error en cuestión.

Con especial referencia al ordenamiento jurídico italiano, un punto de partida interesante lo ofrece el art. 28 de la Ley n. 87 de 1953 (ley que contiene el reglamento de funcionamiento del Tribunal Constitucional). El artículo en cuestión especifica que el control del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de una ley o de un acto con fuerza de ley excluye cualquier apreciación de carácter político y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento.

Esto excluye, por tanto, un juicio del Tribunal Constitucional que pueda revisar el fondo de las opciones legislativas, consistentes, más precisamente, en valoraciones de naturaleza política y en el ejercicio de un poder discrecional.

En el trasfondo de esta regla está la idea kelseniana del Tribunal Constitucional como «legislador negativo», en el sentido de que los actos de anulación serían obligatorios y no discrecionales, al estar vinculados por la Constitución[18]. La única actividad discrecional, en definitiva, es la del legislador y, como tal, resulta incuestionable.

El art. 28 de la Ley n. 87/1953, en realidad, ha demostrado con el tiempo ser más una limitación aparente que real, mostrando toda su «fragilidad»[19]:

[18] Kelsen, 1981: 201 y ss.
[19] Arcidiacono, 2009: 2-3, 215.

algunos han definido este artículo como superfluo[20], dado que, a lo sumo, se limitaría a reafirmar que el constitucional es un juicio de legitimidad y no de fondo (como ya se deduce claramente del art. 134 de la Constitución italiana).

El Tribunal Constitucional italiano, en efecto, se ha alejado desde el principio de la idea, aun tendenciosa, de un legislador negativo, a través de decisiones cada vez más claramente «creativas»[21].

No obstante, la premisa de que la discrecionalidad del legislador es el límite (abstractamente) infranqueable para el Tribunal Constitucional no deja de ser una premisa útil, sobre todo si cuestionamos la posible relevancia de los errores legislativos. Mientras se permanezca en el ámbito de la discrecionalidad, dado que la misma es incuestionable, no cabe espacio lógico ni jurídico para el error legislativo: el error legislativo, dicho de otro modo, se queda fuera del legítimo ejercicio de la actividad discrecional del legislador.

Sin embargo, el concepto de discrecionalidad legislativa no es tan obvio.

La discrecionalidad, en efecto, es un atributo habitualmente referido a la actividad administrativa: está vinculada a la consecución de un interés público predeterminado por la ley, respecto del cual los poderes públicos conservan un margen de apreciación relativo (únicamente) a la forma de realización del propio interés, que tiene lugar mediante la «ponderación» de los diversos intereses en juego[22]. Por lo tanto, si la función administrativa no se ejerce de manera «óptima» con respecto a la consecución del fin establecido por la ley, es posible dar paso al control jurisdiccional.

Las características de la discrecionalidad administrativa, en una primera aproximación, son esencialmente dos: a) la presencia de una norma «externa», es decir, contenida en un acto adoptado por un sujeto distinto de la Administración pública, que predetermina el objetivo que debe perseguirse; b) un control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública, que, especialmente a través del vicio de exceso de poder[23], se traduce en un control sobre la razonabilidad de las opciones de la Administración Pública, situándose en la frontera entre el control de legitimidad y el control de fondo[24].

Por tanto, si el predicado de la discrecionalidad se refiriera también a la actividad legislativa, habría que negar que la actividad del legislador sea «política» en el sentido de «libre en sus fines», dado que la actividad discrecional sería, por definición, aquella que está constreñida en los objetivos a alcanzar.

---

[20] Giannini, 1954: 56.
[21] Ruotolo, 2021, 54 y ss.; Tega, 2021: 5 ss.
[22] *Vid.* Sandulli, 1989: 349 y ss.
[23] Modugno-Manetti, 1988: 1.
[24] Saitta, 2021: 622 ss.

En efecto, no se ha dudado en sostener que sólo la actividad administrativa puede considerarse, en sentido estricto, discrecional[25].

La entrada en vigor de la Constitución y, sobre todo, su carácter rígido, desplaza el problema, pero no lo resuelve del todo. El legislador, ciertamente, se convierte en el destinatario de verdaderas obligaciones constitucionales que, si no se cumplen correctamente, desencadenan la «sanción» de ilegitimidad constitucional.

Sin embargo, desde el principio se debatió cuál fuese el grado real de vinculación de las normas constitucionales y, en consecuencia, cuál fuese el grado de «libertad» concedido al poder legislativo.

Frente a quienes consideran que la Constitución opera como un límite extremo a la creatividad del poder legislativo, que, en todo caso, seguiría siendo libre en el ejercicio de su actividad[26], hay quienes identifican en la Carta Constitucional un cuadro de valores completo, capaz de imponer restricciones objetivamente reconocibles a la actividad del poder legislativo[27].

Según algunos, por tanto, la Constitución seguiría dejando al Parlamento una libertad sustancial en la selección política de los objetivos a perseguir[28], mientras que, según otra opinión, tras la entrada en vigor de la Constitución, la actividad legislativa ya no podría considerarse libre en sus objetivos, convirtiéndose, por el contrario, en una actividad funcionalizada, por estar vinculada a la aplicación de la Constitución[29].

3. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y DERECHO PENAL: LA DISTINCIÓN ENTRE DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

Este enfoque (aun breve y parcial) de las cuestiones planteadas por la discrecionalidad legislativa, especialmente en la relación entre la ley y la Constitución, permite encuadrar mejor la posición del derecho penal que, de hecho, parece encontrarse en el centro de una verdadera contradicción.

1) El rostro constitucional del sistema penal, en su conjunto, está delineado por proposiciones prescriptivas, que son mucho más efectivas que en otras áreas del ordenamiento jurídico.

---

[25] Giannini, 1939: 91 y ss.
[26] Crisafulli, 1952: 61.
[27] Mortati, 1991, 291 ss. *Amplius*, Scaccia, 1999: 392 ss.
[28] Sandulli, 1975: 565 y ss.
[29] Modugno, 1970: 616 y ss.

Los principios constitucionales en materia penal tienden a ser «rígidos» y refractarios a la ponderación: esta última, incluso cuando se admite, exige una carga de justificación especialmente intensa.

Además, el contenido mínimo de esos principios es claramente identificable. El principio de personalidad de la responsabilidad penal (art. 27, apartado primero, de la Constitución italiana) hace constitucionalmente ilegítimas (al menos) las formas de responsabilidad por hechos ajenos, o la posible introducción de la tortura como medio de búsqueda de pruebas o como modo de ejecución de penas, que contrastaría con los arts. 13 y 27 de la Constitución italiana: estas conclusiones son identificables sin un especial esfuerzo de interpretación y, sobre todo, no admiten excepciones ni temperamentos.

Frente a normas de este tipo, no parece atrevido hablar de verdaderas «obligaciones», de las que es destinatario el intérprete, pero antes el legislador. Dicho de otro modo, parece que no hay especial pudor en reconocer que la del legislador penal es una actividad discrecional, en la medida en que está constreñida externamente: un constreñimiento que no concierne tanto a los fines como a los contenidos de la ley.

2) Por otro lado, sin embargo, entre los principios generales que regulan la materia penal se encuentra también el de la reserva absoluta de ley, que, al atribuir un papel central al Parlamento democráticamente elegido, parecería imponer límites laxos a la discrecionalidad legislativa. El Tribunal Constitucional italiano, sobre todo en las últimas décadas, siempre ha mostrado especial cautela en su revisión de las normas penales, en nombre de una deferencia tendencial del control constitucional a la discrecionalidad del legislador[30].

Especialmente emblemáticos son los pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional excluye, al menos como regla general, una posible revisión de disposiciones penales que supongan un trato de favor para el reo. Una revisión constitucional *in malam partem* tendería a considerarse inadmisible: un pronunciamiento que declare la ilegitimidad constitucional de una norma, que tendría como efecto ampliar la esfera de lo penalmente relevante o endurecer la respuesta sancionadora, contrastaría con una «lectura fuerte» del principio de reserva de ley: el Tribunal, al carecer de legitimidad democrática, no podría invadir la esfera que el art. 25 de la Constitución italiana reserva al Parlamento[31].

---

[30] Manes, 2011: 1.

[31] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 27 de julio de 1995, núm. 411, punto 2 del *Considerato in diritto*; Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 13 de noviembre de 2000, núm. 508, punto 4 del *Considerato in diritto*. Para diferentes lecturas de este aparentemente anacrónico homenaje al modelo de democracia procesal y a la reserva absoluta de ley en las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la revisión *in malam partem*, *vid.* Cupelli, 2015: 181 y ss. y Di Giovine, 2007: 110.

Se trata de dilucidar, entonces, si el juego de pesos y contrapesos entre la Constitución y el Parlamento, en lo que atañe particularmente al Derecho penal, está más desequilibrado hacia la inderogabilidad de la vinculación-obligación constitucional o, por el contrario, hacia el perímetro de intangibilidad delimitado por la reserva absoluta de ley.

También en atención al criterio jerárquico que inspira nuestro sistema de fuentes, parece preferible partir de una apreciación de las obligaciones constitucionales que limitan el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal.

A efectos puramente penales, pues, la discrecionalidad legislativa puede definirse, estipulativamente, como el ejercicio de la potestad legislativa en cumplimiento de las obligaciones constitucionales que delimitan la materia penal.

La arbitrariedad, en cambio, se entiende aquí como el ejercicio del poder legislativo en violación de las obligaciones constitucionales que delimitan la materia penal.

El error legislativo (en materia penal) consiste, pues, en el ejercicio arbitrario del poder legislativo.

En este punto, trataré de repasar los principales errores legislativos que pueden encontrarse en materia penal, también con el objetivo de destacar, de vez en cuando, su grado de reconocibilidad y (por tanto) de justiciabilidad.

Dado que todo principio general que rige la materia penal es susceptible de funcionar como parámetro de constitucionalidad (principio de legalidad, culpabilidad, ofensividad, etcétera), vamos a considerar los posibles errores derivados del principio de legalidad en materia penal y, más concretamente, los consistentes en la vulneración de los principios de reserva de ley y de determinación.

La reserva de ley, como es sabido, no coincide con la legalidad: la reserva de ley es el «disfraz formal» que los sistemas de *civil law* eligen para caracterizar la legalidad penal. La determinación, por su parte, representa, en ciertos aspectos, la culminación de la reserva de ley: una ley penal indeterminada e incalculable, incapaz de seleccionar conductas penalmente relevantes, no cumpliría la función de garantía a la que está destinada la reserva de ley.

La exposición (no exhaustiva) que intentaré llevar a cabo se desarrollará a lo largo de dos líneas, identificadas respectivamente por la arbitrariedad de castigar y la arbitrariedad de no castigar.

4. LA ARBITRARIEDAD DEL CASTIGO: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE PENALIZACIÓN

Los errores que comete el legislador cuando opta por criminalizar una determinada conducta expresan la perspectiva tradicional de un principio de legalidad que interviene como limitación (ante todo) del legislador y como garantía del individuo frente a un posible ejercicio arbitrario del *ius puniendi*.

Se pueden considerar algunas posibles tipologías de error legislativo, que intentaré examinar según el siguiente «mapa»:

1. *Error procedimental.*
2. *Violaciones del principio de determinación:*
   - *a) error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje común*
   - *b) error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje jurídico*
   - *c) error por incumplimiento del «imperativo de realidad»:*
     - *c.1) error por violación del principio de verificabilidad;*
     - *c.2) error técnico-científico.*
3. *Error sancionador:*
   - *a) por «penas excesivamente indeterminadas».*
   - *b) por «penas excesivamente determinadas».*

4.1. Error procedimental

Por error procedimental entendemos el relativo al procedimiento previsto en la Constitución para la aprobación de la ley y de los actos con fuerza de ley, del que se deriva una violación del principio de reserva de ley, porque falta una ley formalmente válida. Si no se sigue el procedimiento, no existe una base legislativa formalmente válida en la que fundamentar la reserva de ley.

La cuestión se examinó, en el ordenamiento jurídico italiano, con especial atención a los actos con fuerza de ley (decretos-leyes y decretos legislativos), que son actos adoptados por el Gobierno.

El carácter absoluto de la reserva de ley (la materia penal debe ser regulada únicamente por la ley del Parlamento), en efecto, no excluye la posible intervención del Gobierno mediante decretos legislativos (art. 76 Const.) y decretos-leyes (art. 77 Const.)[32]. La Constitución italiana perfila la potestad

[32] Gallo, 2020: 36-38.

reglamentaria del Gobierno como excepcional, subordinándola, en todo caso, a un control del Parlamento: este control es preventivo en el caso de los decretos legislativos (el Parlamento, mediante ley delegada, debe identificar los principios y criterios rectores, por tiempo limitado y para objetos definidos) y posterior en el caso de los decretos-leyes (que deben convertirse en ley, en el plazo de sesenta días, perdiendo su eficacia *ex tunc* en caso de no conversión).

Si no se respeta el procedimiento previsto por la Constitución, el Tribunal Constitucional puede cuestionar la legitimidad del decreto legislativo o del decreto-ley, incluso si su anulación tuviera un efecto *in malam partem*: el comportamiento «anormal» del poder ejecutivo anula de hecho el control del Parlamento, violando el principio de reserva absoluta de ley en materia penal[33].

4.2. Violaciones del principio de determinación

4.2.1. Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje común

A continuación, examinaremos algunos tipos de error que pueden remontarse al principio de determinación necesaria de la norma penal y que, aunque están estrechamente relacionados, pueden mantenerse diferenciados a efectos de clasificación, también porque se caracterizan por un grado diferente de reconocibilidad.

El principio de determinación tiene una dimensión estructuralmente compleja que, partiendo de los perfiles relativos a la formulación de la ley penal (obligaciones dirigidas al legislador), llega hasta la prohibición de la analogía (obligaciones dirigidas al intérprete)[34].

La primera dimensión del principio de determinación podría identificarse en el principio de precisión, entendido como la obligación del legislador penal de formular la disposición penal conforme a las reglas que rigen el lenguaje común y el lenguaje jurídico.

---

[33] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 25 de febrero de 2014, núm. 32, relativa al incumplimiento del requisito de homogeneidad entre el decreto-ley y la ley de conversión: el decreto-ley núm. 272 de 2005, junto a las medidas urgentes para garantizar la seguridad y la financiación de los Juegos Olímpicos de Invierno de Turín, preveía modificaciones estructurales de la Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Decreto del Presidente de la República núm. 309 de 1990); Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 23 de enero de 2014, núm. 5, que censuró la derogación de un supuesto incriminatorio en ausencia de competencia delegada (derogación del delito de asociación militar con fines políticos previsto en el decreto-ley núm. 43/1948); Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 2022, núm. 105, que declaró ilegítima, también por exceso de poder delegado, la introducción del dolo específico en un supuesto de dolo genérico, que solo debía trasladarse de la legislación especial al Código penal (art. 586-*bis*, apartado séptimo, del Código penal).

[34] Massaro, 2020.

Se puede hablar de error lingüístico para indicar violaciones del principio de precisión por parte de las reglas del lenguaje común: este tipo de error, más concretamente, se produciría en el caso de la formulación de la ley penal mediante elecciones lingüísticas y/o sintácticas que, al violar las reglas del lenguaje común aceptadas en un determinado momento histórico, impiden al intérprete atribuir un significado racional y sistemáticamente coherente.

Esta situación puede darse en (al menos) dos hipótesis:

a) error material en la redacción del texto legislativo[35];

b) ley radicalmente oscura, debido a defectos de redacción distintos del error material puntual y «reconocible»[36].

Se trata, en ambos casos, de un defecto de redacción de la disposición, que impide, desde el principio, identificar un texto que deba interpretarse.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 110 de 2023, se centró en lo que denominó el principio de inteligibilidad, precisamente estigmatizando la oscuridad absoluta de una ley regional.

Se trata, sin duda, de un pronunciamiento interesante, porque la ley declarada inconstitucional no tenía ni carácter penal ni administrativo-punitivo: las premisas tradicionalmente elaboradas con referencia al principio de determinabilidad en materia penal asumen, por tanto, un carácter general, exigiendo, en particular, que toda ley cumpla unos requisitos mínimos de «interpretabilidad»[37]. Ciertamente, el legislador puede recurrir a cláusulas generales o, también, a conceptos técnicos cuya comprensión solo es posible para quienes poseen conocimientos especializados: «*diverso è, però, il caso in cui il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione — nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici — rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta. Una tale disposizione non potrà che ritenersi in contrasto con quei "requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa" che la poc'anzi menzionata sentenza n. 185 del 1992 ha, in via generale, evocato in funzione della tutela della "libertà e della sicurezza dei cittadini"*»[38].

---

[35] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 1992, núm. 185, relativa a un asunto en el que el error material consistía en la indicación errónea del número de un artículo.

[36] Sobre el fenómeno de la ley oscura, en general, Ainis, 2010.

[37] Palazzo, 2023: 1055.

[38] «Sin embargo, el caso es distinto cuando el significado de las expresiones utilizadas en una disposición —a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, realizados sobre la base de todos los cánones hermenéuticos comunes— permanece totalmente oscuro, con el resultado de que resulta imposible para el intérprete identificar siquiera un núcleo central de hipótesis que pueda ser rastreado con razonable certeza hasta el caso normativo abstracto. Tal disposición no puede sino considerarse en pugna con aquellas "exigencias mínimas de racionalidad de la acción legislativa" que la citada sentencia n.º

La identificación del «núcleo» de la disposición, por lo tanto, es un requisito para cualquier ley, no solo para el derecho penal.

Ahora bien, ¿cuál es la norma que debe tomarse como parámetro de legitimidad constitucional?

En el caso de las leyes penales, una ley radicalmente oscura supondría una violación del apartado 2 del art. 25 de la Constitución italiana (que establece el principio de reserva de ley en materia penal). Para una ley «no penal», sin embargo, la cuestión es más compleja.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 110 de 2023, sostuvo que debía identificarse en el art. 3 de la Constitución y, por tanto, en el genérico principio de razonabilidad[39].

Me parece, sin embargo, que el principio de razonabilidad es una base demasiado frágil, especialmente para un error tan «evidente». Dicho de otro modo, creo que para un «caso fácil» como este, en el que la violación del principio de legalidad es evidente, sería necesario basarse en un parámetro más específico que el ofrecido por la razonabilidad.

La cuestión podría quizás abordarse reduciéndola al nivel de la validez de una norma jurídica.

En este sentido, considero que entre las condiciones de validez de una norma jurídica puede identificarse también una validez interpretativa. Esta última, a su vez, puede distinguirse en validez interpretativa de primer grado y validez interpretativa de segundo grado.

La validez interpretativa de primer grado (o absoluta) se refiere a la corrección formal de la disposición que debe interpretarse: es el nivel en el que se sitúa la hipótesis de error legislativo considerada.

Esta forma de (in)validez interpretativa «primaria», por así decirlo, no deriva de la naturaleza del acto que se considera (penal, administrativo-punitivo, administrativo), sino que identifica la condición mínima para que sea una «ley», «ley regional», «decreto-ley», «decreto legislativo». Se trata, en efecto, de una condición que podría definirse como pre-jurídica, en el sentido

---

185 de 1992 evocaba, de modo general, en función de la protección de la "libertad y seguridad de los ciudadanos"». Traducción no oficial de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de abril de 2023, n.º 110.

[39] Así, «*l'errore materiale di redazione del testo legislativo, quale è stato evidenziato nel precedente paragrafo, costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale, o, quanto meno, a fuorviarlo. L'errore stesso, peraltro, introduce nella formulazione letterale della disposizione un elemento certo, pur se involontario, di irrazionalità e di contraddittorietà rispetto al contesto normativo in cui la disposizione è inserita e come tale determina anche una violazione di quel canone di coerenza delle norme che è espressione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione*»: sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 1992, núm. 185, punto 2 del *Considerato in diritto*.

de que constituye la condición misma para que un determinado texto escrito pueda ser leído en sentido jurídico: una condición tan obvia que no necesita ser explicitada.

Aunque soy consciente del carácter problemático de esta afirmación, creo que en este caso existe un defecto de forma que se refiere al propio ejercicio de la potestad legislativa. El art. 70 de la Constitución italiana establece que la *función legislativa se ejerce colegiadamente por las dos Cámaras*. Por lo tanto, una ley radicalmente oscura, incluso antes de violar el art. 3 de la Constitución o, en el caso de una ley penal, el art. 25, apartado 2, de la Constitución, violaría el art. 70 de la propia Constitución, ya que carece de un requisito previo implícito para un ejercicio del poder legislativo que pueda considerarse formalmente válido.

4.2.2. Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje jurídico

La validez interpretativa de segundo grado (o relativa), por su parte, se refiere al nivel de la norma que puede derivarse de un texto que, aunque formalmente inteligible, no permite deducir de esa norma un significado «calculable».

La norma, dicho de otro modo, debe estar suficientemente predeterminada o, al menos, ser predeterminable, según un parámetro que, en mi opinión, debe identificarse en el intérprete modelo. Este último, más precisamente, coincide con el sujeto que posee las herramientas técnico-cognitivas para atribuir significado a un enunciado jurídico o, si se prefiere, para realizar el proceso de «transición» que conduce de la disposición a la norma[40].

El perfil en cuestión se sitúa en un plano lógicamente posterior al anterior. No se trata (o, al menos, no debería tratarse) de la mera interpretabilidad del texto legislativo, si por esta se entiende que a la disposición se le puede atribuir cualquier sentido; se trata, más bien, de que el intérprete pueda encontrar una lectura tendencialmente «unívoca» y «estable» de la disposición cuya determinación se denuncia.

También en este caso podría existir un error legislativo susceptible de ser censurado por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, un error legislativo es menos evidente y menos reconocible que uno que dé lugar a una ley radicalmente oscura y, de hecho, sólo en raras ocasiones ha dado lugar, al menos en la experiencia italiana, a declaraciones de ilegitimidad constitucional.

---

[40] Massaro, 2020: 138 y ss.

Entre los argumentos que el Tribunal Constitucional italiano ha utilizado para «salvar» disposiciones vagas, ambiguas o genéricas se encuentra sin duda la valorización del derecho «viviente», entendido como una pauta jurisprudencial suficientemente estable capaz de hacer «calculable» la norma extraída de un texto abstractamente indeterminado. Aunque la existencia de interpretaciones constantes no suple, por sí sola, la posible imprecisión originaria del precepto penal, la existencia de una pauta jurisprudencial constante puede suscitar un elemento de confirmación de la posibilidad de identificar, a partir de una vía hermenéutica ordinaria, el valor más preciso de una expresión normativa de por sí ambigua, genérica o polisémica[41].

El riesgo, por supuesto, es el de reducir significativamente el espacio para la posible aceptación de una excepción de legitimidad constitucional: la referencia al Derecho viviente podría representar un expediente para «justificar», *ex post facto*, opciones discutibles del legislador, confiando a la jurisprudencia ordinaria tareas sustitutorias respecto de la obligación legislativa de correcta formulación de las normas penales[42], o incluso confiriendo una licencia de legitimidad a verdaderas analogías *in malam partem*, siempre que se hayan estabilizado en la doctrina jurisprudencial.

Estas preocupaciones son ciertamente compartibles. El paso del principio de «determinación» al principio de «determinabilidad» deprecia, en abstracto, el valor selectivo de esta articulación de la legalidad penal, aunque sea consecuencia, en muchos aspectos inevitable, del papel central asumido por la interpretación y el intérprete en la identificación de la norma penal.

El «margen de maniobra» del intérprete, en cualquier caso, puede reducirse y abordarse mejor mediante una técnica legislativa «correcta» y adaptada a las exigencias del derecho penal: cuanto más precisa sea la disposición penal, menor será la incertidumbre sobre la norma aplicable.

4.2.3. Error por incumplimiento del «imperativo de realidad»

a) Error por violación del principio de verificabilidad

La Ley penal debe describir casos capaces de resistir la prueba de la «realidad»[43] en el sentido de que: a) sus elementos constitutivos deben ser susceptibles de prueba dentro del proceso (también porque, al fin y al cabo, el derecho penal no existe fuera del proceso); b) los elementos en cuestión deben

---

41 *Ibid*.
42 Palazzo, 1991: 356; Viganò, 2016: 7.
43 Cfr., en una perspectiva más amplia, Pulitanò, 2006: espec. 798 ss.

cumplir los indicios que pueden derivarse del conocimiento extrajurídico, empezando por el conocimiento científico.

Otra dimensión del principio de determinabilidad, procedente de esta premisa, es el principio de verificabilidad, entendido, en una primera aproximación, como la obligación de formular tipos penales que se correspondan con la realidad y que, por tanto, sean susceptibles de ser probados en juicio.

El error de verificabilidad, por tanto, se da cuando el objeto de la comprobación no existe *in rerum natura* o cuando, en todo caso, el proceso penal no proporciona al intérprete las herramientas necesarias para llegar a una constatación «más allá de toda duda razonable».

Un caso especialmente famoso en Italia se refería al delito de «plagio». El Código penal de 1930 contenía el art. 603, redactado en los siguientes términos:

> *Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni.*
>
> *Quien someta a una persona a su poder, de modo que la reduzca a un estado de total sujeción, será castigado con pena de prisión de cinco a quince años.*

El Tribunal Constitucional, con la sentencia núm. 96 de 1981, declaró la ilegitimidad constitucional de este artículo, ya que el requisito del «estado de sometimiento total» no era susceptible, según los datos científicos disponibles en ese momento, de comprobación concreta a través de los instrumentos puestos a disposición del proceso penal: no es demostrable, precisó el Tribunal Constitucional, que puedan existir seres capaces de obtener por medios únicamente psíquicos el sometimiento total de una persona. Los jueces constitucionales, entonces, aclararon que el principio de determinación exige expresamente al legislador la formulación de normas conceptualmente precisas desde el punto de vista semántico de la claridad e inteligibilidad de los términos empleados, debiendo lógicamente considerarse implícita también la carga de formular hipótesis que expresen supuestos correspondientes a la realidad[44].

Una vez más, se plantea una duda sobre el parámetro constitucional. *Nulla quaestio* si se refiere a una ley penal, ya que sería el apartado 2 del art. 25 de la Constitución italiana el que se tomaría en consideración. ¿*Quid iuris,* en cambio, si el mismo «error» se refiriera a una ley distinta de la penal?

---

[44] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 4 de marzo de 1981, núm. 96, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sobre el tipo de plagio, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, *vid.* Flick, 1971. Para consideraciones relativas a la posibilidad/oportunidad de una relevancia penal del plagio, en particular, *vid.* Coppi, 1983: 932 y ss., y en sentido crítico con respecto a la declaración de inconstitucionalidad, *vid.* Boscarelli, 1981: 1147 y ss.

b) Error técnico-científico

El error científico, según algunos, sería reconocible cuando el legislador construye el caso en flagrante contraste con la evidencia biomédica o técnica, establecida en el conocimiento científico[45].

Ciertamente, no es este el lugar para repasar las relaciones entre el Derecho y la ciencia, que, si queremos simplificar, han llegado, aunque con dificultad, a la condición de interdependencia mutua: el derecho no puede prescindir de las relaciones entre el derecho y la ciencia, pero, al mismo tiempo, la Constitución establece límites, también de carácter axiológico, que ni siquiera la ciencia puede superar[46].

Lo que parece suficientemente cierto, en todo caso, es que una ley que esté en claro conflicto con el conocimiento científico puede ser declarada constitucionalmente ilegítima. Algunos han hablado, en este sentido, de un control de razonabilidad científicamente orientado[47], otros, como parece preferible, de la ciencia como parámetro interpuesto de constitucionalidad[48].

En Italia, entre los casos más representativos de leyes constitucionalmente ilegítimas por ser «científicamente erróneas» están los relativos a la Ley núm. 20 de 2004, sobre reproducción médicamente asistida. La estructura de la ley en cuestión fue literalmente demolida por el Tribunal Constitucional.

Me limitaré a hacer referencia a uno de los pronunciamientos más conocidos sobre el tema.

El artículo 14.2 de la Ley núm. 40 de 2004 establecía la prohibición de la creación de los denominados embriones supernumerarios, que en ningún caso podían superar el número de tres, y a continuación imponía la obligación de una implantación única y simultánea de los mismos.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 151 de 2009, declaró ilegítimas las normas en cuestión, que habrían obligado a los médicos a realizar intervenciones que, según los conocimientos médicos, son potencialmente perjudiciales para la salud de la mujer y del feto. Para ser más precisos, la prohibición en cuestión acababa «*per un verso, per favorire — rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito — l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro*

---

[45] Angelini, 2023: 13 y ss.

[46] Para todas las indicaciones bibliográficas necesarias, *vid.*, de nuevo, Angelini, 2023: 27 ss.

[47] D'Aloja, 2011: 19; Penasa, 2014.

[48] Casonato, 2016: 1 y ss. quien habla de una «reserva de ciencia» como límite a la discrecionalidad del legislador.

verso, determina[va], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime»[49].

También en este caso, planteo la misma duda sobre el parámetro constitucional, ofrecido, pero sólo si se toma en consideración una ley penal, por el art. 25, apartado 2, de la Constitución italiana. ¿*Quid iuris* si una ley distinta de la ley penal, aunque sea inteligible y procesalmente determinable, traiciona el «imperativo de realidad» por su carácter anticientífico? Para casos similares al que se refiere a la ley sobre reproducción médicamente asistida en Italia, se ha identificado un parámetro de referencia seguro en el art. 32 de la Constitución, dado que la elección del legislador acabaría perjudicando la salud de la mujer (y del feto): de forma más general, si se toman en consideración los derechos fundamentales, podría hacerse referencia al art. 2 de la Constitución.

4.3. Error sancionador

4.3.1. Por «penas excesivamente indeterminadas»

Nullum crimen, nulla poena sine lege. Aunque el principio de legalidad debe necesariamente extenderse también al nivel de la pena, sufre una flexibilización casi inevitable en este último frente[50].

Esto se aplica a la pena amenazada (prevista por el legislador), la pena conmensurada (identificada por el juez) y la pena ejecutada (aplicada por las autoridades competentes).

Permaneciendo en el lado de la pena prevista en abstracto por el legislador, es innegable que las relaciones con el principio de determinación son problemáticas desde su enunciación. Una pena totalmente determinada sería una pena fija, que, sin embargo, como observó Carnelutti, sería ciertamente una pena injusta: ningún delito y ningún delincuente es igual a otro, con la consecuencia de que el ejercicio del poder discrecional del juez entre la pena máxima y la pena mínima se convierte en el único medio posible de alcanzar la igualdad[51]. Si, por el contrario, la horquilla edictal (distancia entre la pena

---

[49] «Por una parte, favoreciendo —al hacer necesario recurrir a ciclos repetidos de estimulación ovárica cuando la primera implantación no produce ningún resultado— un aumento de los riesgos de aparición de patologías vinculadas a dicha hiperestimulación; por otra parte, determina, en los casos en que las posibilidades de éxito son mayores, un tipo diferente de perjuicio para la salud de la mujer y del feto, en presencia de embarazos múltiples»: traducción no oficial de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 1 de abril de 2009, núm. 151. Desde la perspectiva penal, *vid.* Dolcini, 2014: 1669; Bartoli, 2011: 90.

[50] Vassalli, 1965: 503, observa cómo el principio *nulla poena sine lege* debe encontrar necesaria confirmación junto al principio *nullum crimen sine lege*, aunque en materia de penas se admite una mayor elasticidad que no es posible admitir para la previsión de los delitos.

[51] Carnelutti, 1968: 201.

mínima y la máxima) fuera tan amplia que no ofreciera ningún criterio real de orientación para el juez, la pena sería constitucionalmente ilegal por ser «demasiado indeterminada».

El primer tipo de error sancionador, por tanto, es el que se deriva de unas penas demasiado indeterminadas y que consisten en la previsión abstracta de un abanico de penas tan amplio que en modo alguno resulta selectivo.

El Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia núm. 299 de 1992, declaró la ilegitimidad constitucional del art. 122 del Código Penal Militar de Paz italiano, que castigaba una figura especial de incumplimiento de una orden (*violata consegna*) con penas de prisión militar de dos a veinticuatro años, por violación del principio de legalidad de las penas[52]: cuando la amplitud de la distancia entre la pena mínima y la máxima supera el margen de elasticidad necesario para asegurar la individualización de la pena, la predeterminación legislativa es sólo aparente y el poder conferido al juez se transformaría de discrecional en arbitrario[53].

4.3.2. Por «penas excesivamente determinadas»

En el lado opuesto se encuentran las penas «excesivamente determinadas», es decir, en las que la elección previa del legislador sacrifica o anula por completo la discrecionalidad del juez.

1) Las penas fijas son aquellas que, por definición, no dejan margen al juez en la medición de la pena.

El Tribunal Constitucional italiano, con respecto a las penas accesorias[54], pero también a las sanciones administrativas de carácter punitivo[55], ha aclarado que una pena que no pueda ser graduada en el caso concreto por el juez entra potencialmente en conflicto con los principios de razonabilidad-proporcionalidad e individualización del tratamiento sancionador. Solo en el caso de una infracción (penal o administrativa) «no graduable», porque expresa una ofensa o gravedad sustancialmente indiferente a las particularidades del caso concreto, podría considerarse constitucionalmente legítima una pena fija. De no ser así, existiría un error del legislador, que podría ser censurado por infracción de los arts. 3 y 27 (apartados primero y tercero) de la Constitución italiana.

---

[52] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de junio de 1992, núm. 299, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1992, 1468 ss., comentada por C.F. Grosso, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*.

[53] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de junio de 1992, núm. 299, 1472.

[54] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 25 de septiembre de 2018, núm. 222.

[55] Sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 23 de septiembre de 2021, núm. 185; 10 de marzo de 2023, núm. 40.

De hecho, el ordenamiento jurídico italiano sigue previendo, en el catálogo de penas principales (art. 17 del Código Penal), la pena fija por excelencia, representada por la cadena perpetua (*ergastolo*).

La cadena perpetua, evidentemente, aparece estructural e irremediablemente reñida con la finalidad resocializadora que la pena, por imperativo constitucional, debe perseguir (art. 27, apartado tercero, de la Constitución italiana)[56].

El Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional de la cadena perpetua para los menores de edad[57], pero siempre ha «salvado» la legitimidad general de la prisión permanente. El argumento fundamental en el que se basan las conclusiones de los jueces constitucionales se refiere a la posibilidad de que los presos a perpetuidad tengan acceso a beneficios penitenciarios, cuyo efecto puede ser una «conversión» sustancial de la pena perpetua en una pena temporal. En concreto, un condenado a cadena perpetua, tras haber cumplido al menos veintiséis años de su condena, puede acceder a la libertad condicional si, durante la ejecución de su pena, ha tenido un comportamiento que permita considerar seguro su arrepentimiento (apartados 1 y 3 del art. 176 del Código Penal)[58]. Considerando, pues, los demás mecanismos de recompensa que tienen como destinatarios (también) a los reclusos a perpetuidad, debe concluirse que la «pena perpetua» también es compatible con el finalismo reeducativo «tendencial» a que se refiere el art. 27, apartado 3, de la Constitución italiana[59].

Estos argumentos no son del todo convincentes, aunque sólo sea porque, al afirmar que la cadena perpetua solo es constitucional en la medida en que es (potencialmente) temporal, no hace sino reafirmar el contraste estructural de la cadena perpetua con el art. 27.3 de la Constitución[60].

Sin embargo, estas premisas no «justifican» el denominado *ergastolo ostativo*, expresión utilizada para indicar, en sentido amplio, aquella cadena perpetua que, en atención a la gravedad de determinados delitos tasados (por ejemplo, delitos «de mafia»), impide el acceso a beneficios penitenciarios,

---

[56] Los perfiles de la ilegitimidad constitucional de la cadena perpetua han sido destacados por A. Pugiotto, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, en *Diritto penale contemporaneo*, 5 de marzo de 2013.

[57] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 24 de abril de 1994, núm. 168. Al respecto, *vid.* Ruotolo, 1995: 358 ss.

[58] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de noviembre de 1974, núm. 264.

[59] Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 24 de abril de 1994, núm. 168, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[60] Pugiotto, 2013: 4: «*il Giudice delle leggi ci dice che l'ergastolo non vìola la Costituzione perché non è più pena perpetua: cioè, costituzionalmente parlando, afferma che l'ergastolo esiste in quanto tende a non esistere. In tal modo, però, l'argomento della Corte costituzionale dimostra, a contrario, che una reclusione a vita è certamente incostituzionale: dunque, tutti i colpevoli che — per le ragioni più varie — hanno scontato un ergastolo fino a morirne, sono stati sottoposti ad una pena che la Costituzione respinge. È accaduto. Accade anche oggi. Continuerà ad accadere, sopravvivendo edittalmente la pena della reclusione perpetua*».

salvo que el condenado decida cooperar con la justicia (art. 4-*bis* de la Ley Penitenciaria italiana). En sentido estricto, el *ergastolo ostativo* indica la cadena perpetua «no reducible», como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la libertad condicional para los procesados que no colaboren y que hayan cumplido 26 años de su condena.

El carácter crítico del *ergastolo ostativo* fue puesto en conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su sentencia *Viola c. Italia*, censuró el automatismo preclusivo previsto en el art. 4-*bis* de la Ley Penitenciaria italiana[61].

Tras varias intervenciones «interlocutorias» del Tribunal Constitucional, el legislador intervino con el Decreto-Ley núm. 162 de 2022, convertido por la Ley núm. 199 de 2022, procediendo a reformular los mecanismos contenidos en el artículo 4-*bis* de la Ley Penitenciaria[62]. La reforma, sin embargo, pareció desde el principio insuficiente para superar las dudas de constitucionalidad relativas al *ergastolo ostativo* que, como se ha dicho, conciernen a la propia cadena perpetua simple (*ergastolo semplice*).

En el caso de la cadena perpetua, por tanto, la evidencia jurídica del error legislativo deja paso a la necesidad política de unos instrumentos que, sobre todo en el pasado, han demostrado ser estratégicos en la lucha contra el crimen organizado. El derecho a la esperanza, por tanto, deja paso a las exigencias de seguridad.

2) Los automatismos sancionadores. La excesiva determinación de la pena también puede conducir a un error legislativo cuando, al tiempo que no describe la pena de manera fija, el legislador introduce mecanismos que limitan el poder del juez en la fase de medición.

Una hipótesis que ha llamado a menudo la atención del Tribunal Constitucional italiano en los últimos años es la de las llamadas circunstancias privilegiadas, entendidas como circunstancias (en particular, agravantes) que el legislador exime del *giudizio di bilanciamento* (art. 69 del Código penal italiano, similar a la compensación del art. 66 del Código penal español). También en este caso, como en el de las penas fijas, los «parámetros constitucionales» que entran en consideración son el principio de razonabilidad-proporcionalidad y el principio de individualización del tratamiento de la pena.

Un caso reciente especialmente interesante se refería al homicidio doloso agravado por actos cometidos en un contexto «doméstico-familiar».

---

[61] TEDH, sección I, 13 de junio de 2019, núm. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*. Al respecto, *vid.* Dolcini, 2019: 925 ss.

[62] Para un análisis exhaustivo de la reforma, *vid.* Moro, 2023: 109 ss.

La Ley núm. 69 de 2019, que reforzó la respuesta penal al fenómeno de la violencia de género (*rectius*, violencia doméstica), dispuso que la circunstancia agravante del delito de homicidio voluntario, aplicable a los casos en que pueda reconocerse un vínculo familiar o, en todo caso, sentimental entre el autor y la víctima, no puede sucumbir en el juicio de compensación con las posibles circunstancias atenuantes[63].

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 197 de 2023, sostuvo que esta disposición se traducía en una drástica limitación de la facultad del juez para calibrar la pena al disvalor real del hecho cometido, impidiéndole considerar como prevalentes tanto la provocación como las circunstancias atenuantes generales, respecto de la circunstancia agravante de haber cometido el hecho en un contexto familiar o parafamiliar.

A juicio de los jueces constitucionales, sin embargo, no sería fácil identificar la *ratio* de una prohibición tan absoluta, que acaba tratando de la misma manera situaciones muy diferentes, que no necesariamente coinciden con casos de «violencia de género».

Los jueces constitucionales han considerado contrario al principio de razonabilidad equiparar conductas muy diferentes: los homicidios intrafamiliares son muy distintos entre sí y en ocasiones derivan de condiciones de angustia y sufrimiento, que no son reducibles al patrón tradicional de violencia machista contra la mujer y que, por ello, no sería razonable excluir de la valoración discrecional del juez sobre el balance entre circunstancias agravantes y atenuantes[64]. Una vez más, por tanto, el parámetro de referencia pasa a ser el de la razonabilidad.

A pesar de este caso concreto, es innegable que cuando el tema de la discrecionalidad legislativa en materia penal se cruza con el de la discrecionali-

---

[63] Art. 577 del Código penal italiano: «*Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 [omicidio doloso] è commesso: 1) contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenne o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva*. […]

La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta. […]

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma, non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste».

[64] Este es, en síntesis, el hecho que dio origen al recurso ante el Tribunal Constitucional: un hombre mata a su mujer, que padecía desde hacía unos diez años un trastorno bipolar severo de tipo límite, al que se sumó, en los meses anteriores al crimen, un problema de alcoholismo. El estado de salud de la mujer había empeorado desde que tomaba sustancias alcohólicas y tras un intento de suicidio. Su marido, que la cuidaba, se veía obligado a menudo a no dormir, por miedo a que cometiera actos autolesivos. Al final de una discusión, él la había matado, con repetidas puñaladas en el pecho, los brazos y el cuello.

dad del juez en la fase de medición de la pena, la aplicación de los principios de razonabilidad-proporcionalidad corre el riesgo de conducir a resultados (aún más) escasamente «controlables». En efecto, el Tribunal Constitucional asume la delicada tarea de evaluar, y eventualmente censurar, la *ratio* inspiradora de las opciones legislativas.

Un examen de razonabilidad que llegue a censurar como «erróneas» las razones para castigar (no oólo cómo se castiga, sino por qué se llega a esa elección), en otras palabras, representa una operación que ciertamente no se da por sentada, tanto en su resultado como en sus premisas.

5. LA ARBITRARIEDAD DE NO CASTIGAR: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE NO CRIMINALIZACIÓN

La preocupación posterior a la Segunda Guerra Mundial, como se ha señalado, era limitar la posible arbitrariedad del legislador en materia penal, potenciando el modelo del derecho penal como *extrema ratio*[65]. El objetivo, en otras palabras, era reducir el ámbito del derecho penal.

Más recientemente, en cambio, las cuestiones relativas a las obligaciones de tutela penal han adquirido una importancia creciente: se exige al legislador que tipifique, es decir, que introduzca nuevas figuras delictivas y nuevas sanciones penales. El problema ya no es un exceso de punibilidad, sino, por el contrario, un exceso de impunidad[66].

El concepto de obligaciones de tutela evoca, en una primera aproximación, una vinculación para el legislador nacional, procedente de una fuente distinta de la ley, cuyo incumplimiento se sanciona de forma diferente según la localización de la fuente «obligante» y su relación con la fuente «obligada».

A efectos de clasificación, cabe distinguir entre:

1) Obligaciones constitucionales de incriminación, derivadas «directamente» de la Constitución.

Según la opinión mayoritaria, en el ordenamiento jurídico italiano, el único caso de obligación explícita sería el apartado 4 del artículo 13 de la Constitución italiana, que establece que se castigará toda violencia física y moral contra las personas sometidas a limitaciones de la libertad personal. De esta disposición, en particular, se derivaría la obligación de atribuir relevancia penal a la conducta de tortura, a pesar de que, hasta hace pocos años, no existía ningún supuesto *ad hoc* en el Código penal italiano.

---

[65] Viganò, 2011: 2646.
[66] *Ibid*.: 2647.

2) Obligaciones de incriminación procedentes de la Unión Europea, basadas en el artículo 83 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

3) Obligaciones de tutela internacionales, que pueden derivarse de los tratados internacionales y, en el caso del CEDH, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Una de las cuestiones centrales que plantean las obligaciones de protección penal derivadas del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional es, sin duda, la justiciabilidad de su incumplimiento[67]: se trata de verificar, en otras palabras, si nos encontramos ante verdaderas «obligaciones» (caracterizadas, esto es, por el elemento del deber) capaces de restringir el poder legislativo y de convertir en arbitrario su no ejercicio.

En caso de que una obligación de incriminación de la UE siga sin cumplirse, la consecuencia imaginable es la apertura de un procedimiento de infracción.

El incumplimiento de una obligación contenida en un tratado internacional, por regla general, sólo tiene relevancia política. Si, por el contrario, se trata de una obligación derivada del sistema del CEDH, el «remedio» es un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, que tiene como resultado la condena del Estado incumplidor.

Más complejo es el discurso de las obligaciones constitucionales de incriminación.

Se pueden identificar al menos dos hipótesis diferentes.

1) La primera hipótesis es la del legislador que debilita una tutela penal existente, por ejemplo, derogando un tipo penal destinado a proteger los derechos fundamentales de la persona.

Supongamos, por ejemplo, que el Parlamento decida derogar el delito de hurto o el delito de agresión sexual.

Parecería que una ley de despenalización de este tipo suscitaría dudas de legitimidad constitucional, pero, según la opinión mayoritaria en Italia, de nuestra Constitución no se derivaría ninguna obligación implícita de criminalización. Por lo tanto, en ausencia de una obligación que limite la discrecionalidad del legislador, sería difícil identificar una violación que convirtiera la discrecionalidad en arbitrariedad.

Sin embargo, queda por aclarar en base a qué parámetro podría declararse ilegítima la ley de despenalización. Si se decidiera derogar el delito de tortura,

[67] Este es un aspecto que destaca eficazmente Paonessa, 2009: 62 ss.

se produciría una violación «directa» del art. 13, apartado 4, de la Constitución. En otros casos, sin embargo, los remedios para «corregir el error» parecen menos obvios y más problemáticos.

Una primera solución es la que hace hincapié en el principio de razonabilidad, que, sin embargo, como ya se ha dicho, es un parámetro (demasiado) débil e incierto, sobre todo si se tienen en cuenta los «errores» evidentes del legislador.

Una segunda solución, en caso de que la ley de despenalización debilitara la protección de los derechos fundamentales de la persona, sería utilizar como parámetro el art. 2 de la Constitución. Pero, incluso en este caso, habría que contar con un catálogo de derechos fundamentales difícilmente predeterminable y, sobre todo, con un parámetro que, en todo caso, habría que completar con el de la razonabilidad: si, por ejemplo, una ley derogara la violencia sexual, pero siguiera considerando penalmente relevantes las hipótesis menos graves de *violenza privata* (parecida a las coacciones), la protección de la libertad de autodeterminación del individuo se vería irrazonablemente debilitada, sobre la base de una lectura global del sistema.

Parece oportuno señalar que la búsqueda de una base constitucional «segura» resulta fundamental también porque cualquier sentencia del Tribunal que declarase ilegítima una ley de despenalización produciría efectos desfavorables y, al menos por regla general, debería considerarse excluida una revisión *in malam partem.*

Si, con respecto al derecho fundamental/bien jurídico individual, también pudiera identificarse una obligación «no nacional» de tutela, los recursos podrían reforzarse: piénsese, en particular, en los derechos/bienes jurídicos que encuentran su protección en el CEDH, incluso en forma de obligaciones de tutela penal, con la consecuencia de que su violación podría dar lugar a una condena del Estado infractor por el Tribunal de Estrasburgo.

En cualquier caso, parece «curioso» que, una vez más, a pesar de la presencia de un aparente «caso sencillo», se luche por encontrar una solución que pueda aplicarse, sin dudas ni dificultades (incluso) en el ámbito puramente nacional.

2) La segunda hipótesis es la de la mera omisión legislativa: el legislador no pone en práctica una obligación de incriminación, al no aprobar ninguna ley para lograr este objetivo.

Esta situación se ha registrado en Italia con referencia a la relevancia penal de las conductas de tortura, respecto de las cuales, con cierta concurrencia de opiniones, existe una obligación de incriminación basada en el artículo 13, apartado cuarto, de la Constitución italiana. La introducción de un tipo *ad hoc* para el delito de tortura se remonta únicamente al año 2017, cuando, también

como consecuencia de las condenas a Italia por violación del art. 3 CEDH, el legislador introdujo el art. 613-*bis* del Código penal italiano.

No es fácil averiguar de qué manera se podría haber resuelto antes la cuestión, activando posibles recursos de derecho interno ante el incumplimiento de una obligación que encuentra cierta cobertura en la Constitución italiana. Una posible vía habría sido plantear una cuestión de legitimidad constitucional relativa a un caso «próximo» a la tortura, pero insuficiente para garantizar una protección adecuada, pidiendo al Tribunal que interviniera con una sentencia aditiva: sin embargo, incluso en este caso, hubiera sido una vía extremadamente problemática, aunque sólo fuera porque la intervención del Tribunal, una vez más, hubiera producido claramente efectos *in malam partem*.

5.1. El error omisivo del legislador y los pronunciamientos manipulativos del Tribunal Constitucional

La cuestión de las omisiones legislativas puede considerarse independiente de la presencia de una obligación de tipificación que haya quedado incumplida. Esta cuestión está inextricablemente vinculada a las técnicas decisorias del Tribunal Constitucional italiano, que, desde la creación del Tribunal, se han alejado del modelo de sentencias «meramente ablativas».

Las sentencias manipulativas se conocen comúnmente como los siguientes tipos de decisiones[68]:

— Sentencia estimatoria parcial: declara inconstitucional solo una parte de la disposición censurada, permitiendo dar al texto un sentido distinto del original (inconstitucional);
— Sentencia aditiva: sirve precisamente para detectar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, que el Tribunal subsana añadiendo el texto necesario para que la disposición censurada exprese una norma conforme con la Constitución;
— Sentencia sustitutiva: declara la inconstitucionalidad de un texto en la parte en que prevé algo en lugar de otra cosa. Las sentencias sustitutorias, por tanto, serían la suma de una decisión estimatoria parcial (relativa solo a una parte del texto censurado) y una aditiva.
— Sentencia aditiva de un principio, a la que recurre el Tribunal cuando la disposición, aun necesitando ser completada, solo puede hacerse conforme a la Constitución mediante la indicación de un principio general, cuyo «desarrollo» está reservado al legislador y, antes de su intervención, al juez ordinario.

---

[68] La «clasificación» acogida en el texto es la propuesta por Ruotolo, 2023, a quien nos remitimos para un estudio más detallado.

La sentencia aditiva de un principio, por tanto, forma parte de un «diálogo» que el Tribunal Constitucional establece tanto con el legislador como con los tribunales ordinarios.

En el marco del diálogo entre el Tribunal Constitucional y el poder legislativo, se han hecho cada vez más recurrentes los pronunciamientos en los que el Tribunal «avisa» al poder legislativo, dirigiendo una advertencia a este último sin estimar la cuestión planteada. Se trata, en particular, de casos en los que el Tribunal detecta perfiles de inconstitucionalidad que, aunque evidentes, sólo pueden ser superados mediante la intervención del legislador. Si, por el contrario, se desoye la advertencia, la sentencia solo tiene valor «político».

Ante la resistencia cada vez más significativa mostrada por el legislador en materia penal, el Tribunal Constitucional ha recurrido, en algunos casos, a los llamados pronunciamientos de inconstitucionalidad diferida: ante cuestiones complejas, que sería preferible dejar al arbitrio del legislador, el Tribunal aplaza la vista, asignando al legislador un plazo para actuar. En ausencia, sin embargo, de reformas o cambios que superen la duda de constitucionalidad, la única vía sigue siendo la de una declaración de ilegitimidad por parte del Tribunal.

5.2. El caso del suicidio médicamente asistido en Italia

Las cuestiones relativas al suicidio médicamente asistido ofrecieron la primera ocasión en la historia de la República en la que el Tribunal Constitucional italiano recurrió a la técnica decisoria de la inconstitucionalidad diferida o, si se quiere, de la inconstitucionalidad anunciada pero no (inmediatamente) declarada. Se trata del conocido, en Italia, como «caso Cappato-Antoniani».

Esta es, en resumen, la historia.

Marco Cappato, político italiano conocido por sus batallas de «desobediencia civil», acompañó a Fabiano Antoniani, que había solicitado «ayuda para morir» ante su grave estado de salud, a una clínica suiza. Tras la muerte de Antoniani, se abre un proceso penal contra Cappato por ayuda material al suicidio, castigado por el art. 580 del Código penal italiano. Sin embargo, se plantea una cuestión de legitimidad constitucional, cuestionando la «conformidad con la Constitución» de la conducta de mera ayuda material al suicidio.

El Tribunal Constitucional intervino con una doble sentencia.

Con la ordenanza núm. 207 de 2018, poniendo de relieve (no la ilegitimidad constitucional de todo el art. 580 del Código Penal, pero sí) las cuestiones críticas que la incondicional relevancia penal de la ayuda material al suicidio planteaba respecto de pacientes en condiciones similares a las de Fabiano An-

toniani, el Tribunal «puso en mora» al Parlamento, asignándole un plazo para modificar, por vía legislativa, un marco normativo anacrónico e inadecuado.

Tomando nota de la persistente inercia del legislador, la sentencia núm. 242 de 2019 declaró la ilegitimidad constitucional parcial del art. 580 del Código penal: se confirmó la estructura del pronunciamiento anterior, precisando más detenidamente los elementos constitutivos de la causa de no punibilidad introducida con referencia a la complicidad en el suicidio. El art. 580 del Código penal, más precisamente, fue declarado parcialmente ilegítimo en la parte en que no excluía la punibilidad de quien, en la forma prevista por los arts. 1 y 2 de la Ley núm. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) —o, por lo que respecta a hechos anteriores a la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial de la República, por medios equivalentes—, facilitara la ejecución de la intención de suicidarse, independiente y libremente formada de una persona mantenida en vida por un tratamiento de soporte vital y aquejada de una patología irreversible, fuente de sufrimientos físicos o psíquicos que considera intolerables, pero plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes, siempre que dichas condiciones y la forma de ejecución hayan sido verificadas por una estructura pública del servicio nacional de salud, previo dictamen del comité de ética territorialmente competente[69].

En Italia, el suicidio médicamente asistido está actualmente regulado solo por esta intervención del Tribunal Constitucional. La Ley núm. 219 de 2019 regula los casos en los que el paciente renuncia a un tratamiento para salvar su vida o pide interrumpir un tratamiento ya instaurado, pero no toma en consideración las distintas hipótesis en las que el paciente pide que se le ayude a morir.

Estamos muy lejos de la idea de una intervención «obligada» del Tribunal Constitucional y creo que estamos también muy lejos de la idea de un error legislativo que pueda ser corregido por un poder distinto del legislativo. Parece que, con la sentencia núm. 242 de 2019, el Tribunal Constitucional ha ejercido precisamente ese poder discrecional funcional a opciones políticas que, por el contrario, le debería estar prohibido.

Todavía podría objetarse que la introducida por el Tribunal Constitucional en relación con la complicidad en el suicidio es una causa de no punibilidad, ya que se trata, por tanto, de una intervención que restringe el ámbito de la

[69] Para comentarios amplios y estructurados sobre ambos pronunciamientos, basta con leer las contribuciones recogidas en los dos volúmenes *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un ordinanza ad incostituzionalità differita*, en *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018,* editado por F.S. Marini, C. Cupelli, 2019 y *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, editado por G. D'Alessandro, O. Di Giovine, 2020. Véase también Massaro, 2020a: 38 y ss.

infracción penal. Lo que entra en consideración es, en todo caso, la clarificación de los elementos constitutivos de una infracción penal. *Nulla quaestio* si el delito fuera totalmente inconstitucional, pero la aclaración de los casos en los que la ayuda al suicidio no es penalmente relevante, debido a la forma en que se llevó a cabo, no tiene nada de «necesario», con la consecuencia de que la formulación original del delito no tenía las características de un error legislativo evidente.

El Tribunal Constitucional, en el tema de la «eutanasia», ha intervenido, me parece, para colmar una laguna axiológica, entendida según la definición propuesta por Alchourrón y Bulygin: se encuentra una laguna axiológica cuando un determinado caso está regulado por una norma, pero esta disciplina, a juicio del intérprete, es axiológicamente inadecuada porque el legislador no ha tenido en cuenta una distinción que debería haber tenido en cuenta. La ausencia de una norma «diferenciadora», es decir, de una norma que regule de forma distinta un caso que al intérprete le parece diferente y para el que sería «justa» una solución distinta, hace que la norma existente sea axiológicamente inadecuada[70].

El problema es que, en este caso, la norma diferenciadora, capaz de colmar la laguna axiológica y adecuar el Código penal a los principios constitucionales, podría haberse construido de muy diversas maneras: el Tribunal «eligió» una de las muchas situaciones imaginables, ejerciendo, repetimos, una función claramente político-legislativa.

No es de extrañar, por tanto, que recientemente se haya planteado una nueva cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 580 del Código Penal, relativa precisamente a las condiciones de no punibilidad introducidas por el Tribunal Constitucional: se pide al Tribunal que valore la legitimidad de una norma... ¡introducida por el propio Tribunal! El cortocircuito de las fuentes parece, en este punto, completo.

5.3. La violación de la reserva de ley en materia de ejecución penal

Otro ámbito de especial interés en el lado de los errores legislativos (también) omisivos es el de la ejecución penal o derecho penitenciario.

La vertiente de la «pena ejecutada», en efecto, representa plásticamente el «dilema» de las sanciones penales: no se puede privar de la libertad personal sino en los casos y formas previstos por la ley (art. 13, apartado segundo, de la Constitución italiana), pero, dado que la pena debe tener por objeto la reeducación/resocialización del condenado (art. 27, apartado tercero, de la Constitución; véase también el principio de personalidad de la responsabilidad penal,

[70] Alchourrón Bulygin, 1974: 158. Sobre este punto, Guastini, 2010: 57 ss.

contemplado en el apartado primero del mismo artículo), el tratamiento debe ser necesariamente individualizado (art. 13 de la Ley Penitenciaria italiana).

Es evidente que la necesaria individualización del tratamiento ha representado con demasiada frecuencia, en Italia, el pretexto para verdaderas «huidas de la legalidad»: la prisión es el reino indiscutible de las circulares administrativas y de los reglamentos internos, con una centralidad de las fuentes secundarias tan necesaria como arriesgada.

Se trata de una cuestión que afecta no solo a las prisiones, sino también a los hospitales psiquiátricos penitenciarios (ahora, en Italia, residencias para la ejecución de medidas de seguridad) y, de forma aún más evidente, a los centros de internamiento de extranjeros irregulares.

La cuestión previa se refiere al tipo de fuente encargada de regular las restricciones a la libertad personal. El legislador «omite» intervenir: la ley del Parlamento solo regula cuestiones generales de principio (casos), abdicando de las cuestiones de detalle (modos) en favor de la autoridad administrativa.

La violación del principio de reserva absoluta de ley no puede ser más evidente. El error legislativo, en este caso, es claramente reconocible. El problema, sin embargo, se convierte, una vez más, en el de identificar los instrumentos que puedan corregir el error en cuestión, dado que: a) las fuentes secundarias no pueden ser objeto de una cuestión de legitimidad constitucional; b) una eventual declaración de ilegitimidad de la ley, que contiene la disciplina general referida, entonces, a las fuentes secundarias, implicaría un vacío legislativo inadmisible, que requeriría una intervención sistémica del legislador.

En Italia se ha producido un pronunciamiento de indudable interés sobre este punto: se trata de la sentencia núm. 22 de 2022, en la que el Tribunal Constitucional debía valorar la legitimidad de la reforma que disponía el cierre de los hospitales psiquiátricos judiciales (OPG) y su sustitución por las Residencias para la Ejecución de Medidas de Seguridad (REMS)[71].

El Tribunal Constitucional constata, entre otras cosas, que la reforma no se apoya en una base legislativa adecuada, dado que mientras que los «supuestos» de admisión a las REMS son identificados por la ley, la especificación de las «modalidades» de admisión/internalización se confía a fuentes secundarias. El Tribunal, sin embargo, no puede ir más allá de una «advertencia» al legislador: la cuestión sometida a su conocimiento debe considerarse inadmisible, precisamente porque los perfiles de ilegitimidad constitucional constatados sólo podrían superarse mediante una reforma global del sistema, que es necesaria e ineludiblemente competencia del legislador.

---

[71] Giraldi, 2024: 83 ss.

6. CONCLUSIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE «ERROR ACTIVO» Y «ERROR OMISIVO» DEL LEGISLADOR PENAL

El tema de los errores legislativos se presta ciertamente a un enfoque unitario, sobre todo porque presupone una norma parámetro que permite atribuir el predicado de «correcto» o «incorrecto» a la elección del legislador.

Sin embargo, de la distinción entre errores activos y omisivos pueden derivarse otras indicaciones.

En cuanto a los errores activos, parece que se trata, al menos en ciertos casos, de errores (más) fácilmente reconocibles. En ocasiones, resulta complejo identificar los límites de la discrecionalidad del legislador, especialmente en sus relaciones con la discrecionalidad del juez, pero los aspectos más problemáticos se refieren a cuestiones ya consolidadas en el debate jurídico, que proporcionan una base sólida para un marco teórico general. Por lo que se refiere específicamente a los remedios que deben activarse para «corregir» el error, el derecho penal, gracias a un principio de legalidad «sólido» en su deber ser, parece ofrecer coordenadas suficientemente fiables que, de hecho, ofrecen a menudo un modelo más general, válido también para los distintos sectores del ordenamiento jurídico (especialmente por el lado del principio de determinación).

Cuando, por el contrario, el error consiste en una omisión del legislador, la propia identificación de un error en sentido estricto se hace más difícil. Esta cuestión está estrechamente vinculada a la de las omisiones legislativas, que, una vez más, remite a la cuestión más amplia de la discrecionalidad del legislador.

Las lagunas, en Derecho penal, sólo pueden entenderse en un sentido sustantivo: «*sul piano meramente formale è improprio parlare di lacune (anche l'ordinamento composto da una sola norma è pienamente idoneo a qualificare tutti i possibili comportamenti umani: è vietato il parricidio, tutto il resto è lecito), sul piano sostanziale possono emergere ipotesi per le quali, in difetto di una regolamentazione espressa, si avverte la necessità di dare una disciplina imputabile al sistema*»[72]. Partiendo de esta premisa, se hace difícil trazar una línea divisoria entre «lagunas legítimas» y «omisiones ilegítimas», incluso ante una teorización de las obligaciones de tipificación, en muchos aspectos aún incierta. La consecuencia necesaria pasa a ser la de identificar remedios al error omisivo, que, en cualquier caso, no pueden conducir a la introducción de una norma penal incriminatoria, ya que la reserva de ley en materia penal se opondría a este resultado.

---

[72] Gallo, 2020: 81.

Las aperturas que se han registrado sobre una censura más aguda del error omisivo del legislador, hasta ahora, se han referido a los derechos fundamentales de la persona y a los principios generales del ordenamiento jurídico. En presencia de una laguna normativa que redunde en un menoscabo de la protección de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales mantienen que el Tribunal Constitucional puede y debe hacerse cargo de la necesidad de evitarlos, con una intervención que, aun no estando constitucionalmente constreñida, se deriva de una perspectiva sistémica. La discrecionalidad legislativa, entonces, se convertiría en un «límite relativo» para la revisión del Tribunal, superable en el caso de que la inercia del legislador produzca omisiones inconstitucionales que, aunque diversamente subsanables, no pueden permanecer así *sine die*, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha enfatizado la necesidad de una intervención normativa. De lo contrario, sería el propio Tribunal el que abdicaría del papel para el que fue instituido: garantizar la preeminencia de la Constitución frente a las leyes y frente a cualquier acto autoritario e incluso frente a situaciones objetivas de vacío normativo.

Lo cierto es que, en todo caso, el Tribunal Constitucional, también para reaccionar ante «omisiones/inercias erróneas» del legislador, solo debería intervenir «en función garantista» o, si se quiere, para producir efectos favorables, no para ampliar la esfera de lo penalmente relevante. De lo contrario, deberían saltar las alarmas de los «límites» impuestos por la legalidad penal, que dicta que el legislador tiene en todo caso derecho a la última palabra.

La brújula, por lo demás, sigue siendo la del derecho penal «como límite», según el modelo clásico del derecho penal. Un modelo antiguo, pero no anacrónico. La identificación de un sólido y consciente deber ser, al fin y al cabo, es el primer y necesario paso para identificar aquellas «normas parámetro» que permitan la operatividad del binomio «correcto-incorrecto» y que, por tanto, atribuyan autonomía conceptual y sistemática al propio concepto de «error legislativo».

BIBLIOGRAFÍA

Ainis, M., 2010: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Milano: Laterza.

Alchourrón, C. E., y Bulygin, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea (trad. it., editado por Pierluigi Chiassoni y Giovanni Battiste Ratti, Torino: Giappichelli, 2006).

Anastasia, S., Anselmi, M., y Falcinelli, D., 2020: «Populismo penale. Una prospettiva italiana», Milano: Wolters Kluwer.

Angelini, F., 2023: *L'errore legislativo come errore sul fatto scientifico. Riflessioni in dialogo con Maria Pia Iadicicco su diritto e scienza nel caso della P.M.A.*, en *Il comitato di ricerca si confronta. Atti del I ciclo di Seminari (2021-2022)*, editado por F. Aperio Bella, N. Posteraro y M.A. Sandulli, Editoriale Scientifica: 13 y ss.

Arcidiacono, L., 2009: «Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni», *Teoria del diritto e dello Stato,* Roma: Aracne, 2009.

Aa. Vv., 2016: *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, editado por C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli: ESI.

Aa. Vv., 2019: *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, en *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018,* editado por F.S. Marini, C. Cupelli, Napoli: ESI.

Aa. Vv., 2020: *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, editado por G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino: Giappichelli.

Bartoli, R., 2011: «La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1: 90-111.

Boscarelli, M., 1981: *A proposito del principio di tassatività*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1147 y ss.

Bricola, F., 1980: «Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70», *Questione criminale*, 1: 179-275.

Carnelutti, F., 1968: *La certezza del diritto,* en F. Lopez de Oñate: *La certezza del diritto*, Milano: Giuffrè.

Casonato, C., 2016: «La scienza come parametro interposto di costituzionalità», *Rivista AIC*, 2/2016: 1-11.

Cavaliere, A., 2018: «Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del presente"», *Archivio penale*, 3: 1-26.

Coppi, F., 1983: voz «Plagio»*, Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milán: Giuffrè: 932 y ss.

Cornelli, R., 2019: «Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale», en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4: 128 y ss.

Crisafulli, V., 1952: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano: Giuffrè.

Cupelli, C., 2015: «Problemi di legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge», *Giurisprudenza costituzionale*, 1: 181-206.

D'Aloja, A., 2011: «Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale», en L. Violini (ed.): *Verso il decentramento delle politiche di* welfare, Milán: Giuffrè.

De Muro, G., 2013: «Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale», *Diritto@Storia*, 11: 1-28.

Di Giovine, O., 2007: «Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui 'falsi elettorali'», *Riv. it. dir. proc. pen.*: 100-134.

— 2013: «Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1: 159-181

Dolcini, E., 2014: «La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4: 1669-1692.

— 2019: «Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2: 925-948.

Donini, M., 2020: «Populismo penale e ruolo del giurista», *Sistema penale*:1-22.

Ferrajoli, L., 2019: «Il populismo penale nell'età dei populismi politici», *Questione giustizia*, 1: 79-85.

— 2022: *Diritto e ragione*, Bologna: Laterza.

Fiandaca, G., 2011: «Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale», *Criminalia*: 79-98.

Flick, G.M., 1971: *La tutela della personalità nel delitto di plagio,* Milano: Giuffrè.

Gallo, M., 2020: *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale,* I, Torino: Giappichelli.

Giannini, M.S., 1939: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano: Giuffrè.

— 1954: «L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme», *Riv. it. sc. giur.*: 39-71.

Giraldi, A., 2024: «La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios», *Cuadernos de Política Criminal*: 83-115.

— 2024: «La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios», *Cuadernos de Política Criminal*: 83-115.

Guastini, R., 2010: «Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione», *Revus*, 2010: 57 y ss.

Hobbes, T., 1959: «Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra», *Opere politiche,* Torino: Utet, I: 422.

Kelsen, H., 1928: *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, trad. it., en Id., *La giustizia costituzionale*, editado por C. Geraci, Milano: Giuffrè, 1981: 201 y ss.

Losano, M., 2005: «Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali», *Rivista internazionale di filosofia del diritto, 2005*: 403-430.

Manes, V., 2011: *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale, Dir. pen. cont. – riv. trim.*: 99-110.

— 2012: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* Roma: Dike.

— 2018: «Dalla "fattispecie" al "precedente". Appunti di deontologia ermeneutica», *Diritto penale contemporaneo*: 1-33.

Massaro, A., 2020: *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli: Editoriale Scientifica.

— 2020b: *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino: Giappichelli.

Modugno, F., 1970: voz «L'invalidità della legge», *Enciclopedia del diritto*, 1970: 616 y ss.

Modugno, F.- Manetti, M., 1988: voz «Eccesso di potere - II) Eccesso di potere amministrativo», *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma: Treccani: 1 y ss.

Moro, F., 2023: «L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro», *Sistema penale*: 109-125.

Mortati, C., 1991: *Istituzioni di diritto pubblico,* Padova: Cedam.

Ost, F., 2013: «Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?», *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, editado por M. Vogliotti, Torino: Giappichelli.

Ost, F.- van de Kerchove, M., 2002: *De la pyiramide au reseau*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis.

Palazzo, F., 1991: «Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale»*, Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 327 y ss.

— 2023: «La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3: 1049-1057.

Viganò, F.*,* 2016: «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale»*, Diritto penale contemporaneo*, 7: 1-43.

Paliero, C.E., 1985: «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova: Cedam.

Paonessa, C., 2009: *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari,* Pisa: Edizioni ETS.

Pastore, B., 2014: *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, en Id., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova: Cedam: 19 y ss.

Penasa, S., 2014: *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, en *www.forumcostituzionale.it* (última consulta realizada el 25 de septiembre de 2024).

Pifferi, M., 2007, «Difendere i confini, superare le frontiere. Le "zone grigie" della legalità tra Otto e Novecento», *Quaderni Fiorentini*, 1: 745-746.

Pugiotto, A., 2013: «Una quaestio sulla pena dell'ergastolo», *Diritto penale contemporaneo*: 1-25.

Pulitanò, D., 2006: «Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3: 795-825.

Risicato, L., 2019: *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino: Giappichelli.

Ruotolo, M., 1995: «L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica», *Giurisprudenza italiana*, I: 358-362.

— 2021, «Oltre le "rime obbligate"?», federalismi.it, 3: 54-63.

— 2023: «Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953», *Diritto e società:* 1 y ss.

Saitta, F., 2021: «Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica», *Nuove autonomie*, 3: 622 y ss.

Sandulli, A.M., 1975: «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», *Diritto e società,* 1975: 565 y ss.

— 1989, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli: Jovene.

Scaccia, G., 1999: «Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza», *Politica del diritto*, 3: 392 y ss.

Silva Sánchez, J.M., 1999: *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano: Giuffrè, 2004.

SIMON, J., 2008: *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America,* Milano: Raffaello Cortina.

TARELLO, G., 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino.

TEGA, D., 2021: «La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a *felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva», *Sistema penale*, 2: 5-31.

VASSALLI, G., 1965: voz «Nullum crimen sine lege», *Novissimo digesto italiano,* XI: 503 y ss.

VIGANÒ, F., 2011: «L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali»*, Studi in onore di Mario Romano*, Napoli: Jovene: 2645-2704.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 181-203
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/06*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

LEGISLACIÓN EMINENTEMENTE SIMBÓLICA, EFICACIA, EFECTIVIDAD Y ERROR LEGISLATIVO

Carolina Fernández Blanco*

RESUMEN: El texto realiza un análisis de la legislación simbólica, centrándose en su conceptualización, características, y su impacto en la calidad legislativa. La legislación simbólica se refiere a leyes que, aunque carecen de eficacia o efectividad, poseen un valor simbólico o expresivo significativo. Estas leyes, a menudo criticadas por ser «irracionales» o «engañosas», no son fácilmente clasificables como únicamente simbólicas o no simbólicas; sino que integran un espectro donde todas las leyes tienen alguna dimensión simbólica.

El análisis destaca la importancia de distinguir entre la eficacia (acatamiento o aplicación de la norma) y la efectividad (logro de los objetivos sociales, económicos o de justicia). La falta de eficacia y efectividad es una característica central de la legislación eminentemente simbólica. Sin embargo, el valor simbólico tiene en estos casos un peso relevante en la comunidad, aunque la norma no se cumpla o no logre los objetivos para los que fue creada.

Además, el texto argumenta que no toda legislación simbólica es el resultado de un error o engaño deliberado por parte del legislador. Puede ser producto de un fracaso en la implementación de políticas públicas, donde la norma inicialmente tenía un propósito auténtico (no simbólico) que no se pudo cumplir.

PALABRAS CLAVE: legislación; simbólica; eficacia; efectividad; error.

---

* Universitat de Girona. Agradezco a los participantes del Workshop sobre *Aciertos y errores legislativos* sus comentarios sobre una versión anterior de este texto. Especialmente a Francesco Ferraro quien, en ese encuentro, en muchos otros y mediante sus trabajos me ha permitido discutir con él sobre este tema.

Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00). Organismo financiador Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

1. INTRODUCCIÓN

La legislación simbólica ha recibido una creciente atención en el ámbito jurídico y ha sido bandera de reclamos políticos y sociales. Activistas globales, por ejemplo, reclaman que la legislación medioambiental es puramente simbólica y que debe *modificarse*, mientras que, en el otro extremo, miles de personas se manifiestan en el mundo para *mantener* una legislación considerada, por otros, meramente simbólica, como la que penaliza la interrupción voluntaria de los embarazos[1]. Sin embargo, a pesar de la atención cada vez mayor que despierta, pareciera que subsiste cierta falta de claridad sobre qué es o de qué hablamos cuando hablamos de legislación simbólica. Esto tiene un impacto también teórico pues hay defensores, «medios» defensores y detractores de la legislación simbólica que finalmente arriban a sus conclusiones sin un punto de partida común. Tampoco hay claridad sobre qué es «lo simbólico» en este tipo de legislación. Sobre esto último intentaré una aproximación posible que resulta compatible con diversos abordajes y conceptualizaciones[2].

Es importante clarificar inicialmente que el tratamiento de las leyes simbólicas implica un abordaje de grados. Las leyes difícilmente pueden ser clasificadas exclusivamente como «simbólicas» o «no simbólicas». Esta distinción suele pasarse por alto, lo que, en mi opinión, no ayuda a clarificar el fenómeno, ya que todas las leyes o normas poseen una *dimensión* simbólica, cuya importancia varía según el caso. Cuando la doctrina menciona leyes simbólicas y cuestiona su calidad y transparencia, se refiere a lo que aquí denominaré legislación *primordial o eminentemente simbólica*, que es el tema central de este trabajo[3].

Una primera aproximación que recoge la mayoría de las intuiciones sobre qué es la legislación eminentemente simbólica, aunque es acertada, resulta imprecisa: se asocia a la legislación simbólica con el incumplimiento de la norma o su falta de aplicación (ineficacia) y/o con la incapacidad de alcanzar los objetivos para los que fue promulgada (inefectividad). Sin embargo, esta

---

[1] Entiendo que algunos de los problemas que presenta la legislación eminentemente simbólica se debilitan o dejan de ser problemáticos respecto de los casos en donde las personas que defienden los valores que la legislación simbólica promueve se movilizan reclamando que se mejore o modifique la ley para hacerla eficaz y efectiva (tal es el caso de la legislación medioambiental, la que promueve la igualdad de género o penaliza la violencia de género o la corrupción).

[2] La definición de «símbolo» y de «lo simbólico» es problemática para todas las disciplinas. Humberto Eco en este sentido recuerda que: «Uno de los momentos más patéticos de la historia de la terminología filosófica se presentó cuando los colaboradores del Diccionario de filosofía de Lalande (1926) se reunieron a discutir la definición de /símbolo/ […] El esfuerzo de Lalande no fue en vano; sugiere que un símbolo puede ser todo y nada» (Eco, 1986: 131-132).

[3] Tampoco hay claridad sobre qué es la dimensión simbólica de las leyes, y cómo se distingue de sus efectos simbólicos, o sobre qué son las funciones simbólicas del derecho y de las leyes, entre otros fenómenos asociados con la legislación y su vinculación con lo simbólico. Lamentablemente no tendré en esta oportunidad de ahondar sobre estos temas.

legislación, aun cuando no se cumple o no alcanza sus metas, genera un efecto distinto, dotado de un valor simbólico o expresivo significativo.

Hay quienes defienden un modelo que contemple este tipo de legislación, como quienes respaldan una teoría expresivista del derecho, que, resumidamente, indica que es intrínsecamente importante para el gobierno expresar determinados significados, al margen de las consecuencias de dicha expresión (véase Adler 2000). Sin embargo, habitualmente la legislación primordialmente simbólica es criticada y se entiende que es «irracional» y «engañosa» (o similares calificaciones sobre su ausencia de calidad y transparencia) (véanse Hassemer, 1995 y Ferraro, 2022: 103). Aquí coincidiré con la idea de su falta de racionalidad pero diferiré acerca de la intuición compartida por la mayoría de que este tipo de legislación sea necesariamente engañosa.

Me centraré en caracterizar y analizar la legislación eminentemente simbólica en las normas primarias prescriptivas, es decir, aquellas que imponen prohibiciones u obligaciones, ya que son las que plantean mayores desafíos (como en el área del derecho penal donde la discusión sobre legislación simbólica tiene bastante tradición). Por otra parte, en este tipo de normas la cuestión de la eficacia y la efectividad pueden ser herramientas de utilidad para echar algo de luz sobre el fenómeno.

Adoptaré una visión instrumentalista del derecho, por la que este se concibe como un conjunto de normas y reglas que el parlamento sanciona con el propósito de alcanzar objetivos específicos de política pública (véanse van Klink, 2019: 173 y Xanthaki, 2019). Por lo tanto, desde la perspectiva instrumental del derecho, entiendo, junto con autores como Xanthaki (2019, 90-91), que los principales parámetros de calidad o racionalidad legislativa son la eficacia y la efectividad y agregar que la adecuación o racionalidad sistemática (cuando hay una antinomia con una norma superior) es condición de validez de la ley[4].

En los últimos años se ha identificado un nuevo tipo de legislación simbólica que no se vincula con el que se tratará aquí. Se trata de un modelo de legislación simbólica «positiva» y que se emparenta con el modelo de «Derecho como Símbolo» (*Law as Simbol*, LAS). La diferencia esencial con el modelo tradicional de legislación es que la legislatura ya no emitirá comandos respaldados por sanciones severas sino normas abiertas y aspiracionales que preten-

[4] Una forma de entender la validez es la referente a «[…] la competencia de la autoridad creadora de la norma (o lo que viene a ser lo mismo, la legalidad del acto creador de la norma)» (Alchourron y Bulygin, 1997: 12; Bulygin y Mendonca, 2005: 20), o como el rasgo que está presente «[…] si ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico» (Nino, 2003: 114). Si ello ocurre (es decir, siguiendo a Nino, la norma se crea de acuerdo con otra norma válida del sistema jurídico) la validez determinará la pertenencia de la norma al sistema jurídico. En este último sentido, explica Caracciolo siguiendo a Garzón Valdez que «validez equivale a pertenencia a un sistema jurídico y menciona una cierta propiedad de las normas» (Caracciolo, 1988: 16).

den modificar los comportamientos no ya mediante amenazas sino indirectamente mediante el debate y la interacción social (Poort *et al.,* 2016: 2; vease también van Klink, 2019). Entiendo que el modelo de legislación simbólica «positiva» (o LAS) no se opone a un modelo instrumentalista: se trata de un modelo de normas abiertas y aspiracionales o normas que pretenden la consecución de objetivos, pero sin indicar los medios para conseguirlo. Por la relevancia de los objetivos concretos de política pública que se persiguen con el modelo de LAS entiendo que es posible incluirlo dentro del espectro que comparte alguna visión instrumentalista del derecho, a diferencia de las teorías puramente expresivistas como las que describe Adler (2000). Sin embargo, en el contexto del LAS, las nociones de eficacia y efectividad con las que trabajo aquí no son completamente aplicables como no lo son tampoco a otro tipo de normas como las constitutivas o las normas que establecen permisos fuertes o potestades, etcétera[5].

La visión instrumentalista que contemplo sí se opone a las ya mencionadas versiones puramente expresivistas (Adler, 2000) que entienden que el derecho está justificado aun si funciona solamente como un símbolo sin necesidad de que su producción genere algún cambio en el mundo. Esta teoría afirma que la mera acción de un operador jurídico o un cuerpo oficial puede tener sentido, y que el significado que se le atribuye a una acción oficial es relevante, si no determinante, del estatus moral de esa acción (Adler, 2000: 1364). Esta visión expresivista entiendo que justificaría el mantenimiento de normas eminentemente simbólicas que aquí se criticará.

En este trabajo realizaré una caracterización de las leyes y normas primordial o eminentemente simbólicas[6] (puntos 2 y 3); cuestionaré que ellas sean siempre engañosas y, por lo tanto, que siempre obedezcan a un error activo del legislador (punto 4) y finalmente daré respuesta a dos objeciones que se han formulado sobre la aproximación que aquí se realiza a la legislación eminentemente simbólica (punto 5)[7], luego se ofrecerán unas breves conclusiones (punto 6).

---

[5] Para un análisis de la eficacia en normas constitutivas véase Lojo (2023) y sobre la eficacia en normas que confieren permisos, potestades, poderes, etcétera véase Fernández Blanco (2023).

[6] Los autores suelen referirse de manera algo imprecisa a la «legislación» o a las «leyes» simbólicas. Estas menciones parecen aludir a un conjunto de normas contenidas en una ley que, en su totalidad, es simbólica. Si bien esto puede ocurrir, es poco frecuente; lo más habitual es encontrar «normas» eminentemente simbólicas dentro de leyes o conjuntos de normas simbólicas en leyes que, en general, no lo son. Seguiré utilizando las expresiones «legislación simbólica» y «leyes simbólicas» como es de uso corriente, pero cuando sea evidente que se trata de una norma primordialmente simbólica, me referiré a ella como «norma simbólica».

[7] Esta aproximación fue expuesta anteriormente en Fernández Blanco (2022).

2. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y LEGISLACIÓN EMINENTEMENTE SIMBÓLICA

Como mencioné anteriormente, no existe un consenso claro sobre lo que entendemos por legislación primordialmente simbólica, aunque sí se comparten algunas intuiciones al respecto. VAN KLINK entiende que la legislación simbólica es mayoritariamente inefectiva y sirve para otros objetivos sociales que los oficialmente proclamados (VAN KLINK, 2016: 19) y que una ley es simbólica si se promulga primariamente para funcionar como símbolo (VAN KLINK, 2016: 21). Por su parte, Hassemer sostiene que «existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre `realidad´ y `apariencia´, entre `manifiesto´ y `latente´, entre lo `verdaderamente querido´ y lo `otramente aplicado´ […]. Simbólico se asocia con `engaño´, tanto en sentido transitivo como reflexivo» (HASSEMER, 1995: 27). También se ha dicho que la legislación simbólica puede entenderse como un tipo de legislación que sirve a los propósitos propagandísticos de los políticos, sin considerar la necesidad real de legislar o no. Y en este sentido se asocia a menudo con el «populismo» y la «demagogia» (MARCILLA CÓRDOBA, 2019: 316). ATIENZA, entiende que la legislación simbólica se da cuando el edictor dicta «leyes para no ser cumplidas» (ATIENZA, 1997: 44) y contundentemente Paliero sostiene que la legislación (penal) simbólica es el «*paradigma* de la ineficacia» (PALIERO, 1990: 529, citado por FERRARO, 2024: 29).

Todas las aproximaciones reseñadas, así como otras no citadas aquí (como BUSTOS RAMÍREZ, 1991; DÍEZ RIPOLLES, 2013, entre otros), coinciden en la idea central de que la legislación primordialmente simbólica fracasa en términos de eficacia (ya sea en el acatamiento o en la aplicación) y/o en la efectividad. Estoy de acuerdo con esta idea central propuesta por los diversos autores y la asumiré como un elemento definitorio de la legislación simbólica, pero propondré un análisis más detallado y preciso. Para ello, es fundamental tener en cuenta las concepciones de eficacia y efectividad que consideraré.

2.1. Dos sentidos de eficacia y la idea de efectividad

La eficacia, en un primer sentido, se vincula con la relación entre las normas y las conductas de los sujetos. Para que podamos entender que una norma prescriptiva es eficaz en este primer sentido, las conductas que reflejen lo que la norma establece deben tener algún tipo de vinculación particular con *esa norma*. El tipo de vinculación varía si adoptamos versiones más laxas o exigentes. Se identifican habitualmente tres modos de vinculación entre las normas y la realización de las conductas o generación de estados de cosas

prescriptas que van aumentando a medida que el vínculo entre norma y conducta se hace más riguroso. Navarro (1990: 16) identifica estos tres casos del siguiente modo:

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1 y los sujetos normativos producen C1 (correspondencia).

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen C1 (acatamiento).

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos conocen la existencia de (N) y producen C1 en virtud de (N) (cumplimiento).

En el caso de la *correspondencia* solo se requiere una coincidencia (Hierro, 2003: 76) entre el contenido de N y C1. Si la coincidencia es causal o casual es irrelevante en este primer enfoque. En el caso del *acatamiento*, a la coincidencia entre lo prescripto por N y C1, se suma el requisito de conocimiento de N1 por parte de los sujetos normativos (coincidencia y conocimiento). Aquí, aunque no es necesario que la relación entre norma y conducta esté presente permanentemente, entiendo que *en última instancia* las normas integran el razonamiento práctico de los sujetos cuando llevan a cabo la conducta descripta por la norma.

Finalmente, el caso del *cumplimiento* requiere además de la coincidencia entre N y C1, el conocimiento de N por los sujetos y que la motivación para realizar C1 provenga de N (el sujeto hace C1 porque N prescribe C1).

Desde una perspectiva instrumentalista considero que el estándar de acatamiento es más útil que el de la simple correspondencia y que el del cumplimiento. Ello se debe a que la relación más débil, la de correspondencia o coincidencia (N prescribe el estado de cosas o la acción C1 y los sujetos normativos producen C1) al ser menos exigente que las restantes (acatamiento y cumplimiento) puede incluir los casos que las otras relaciones también recogen, pero además comprende la situación de mera coincidencia en la que resulta irrelevante el conocimiento de N por los S, o la motivación de estos en N. Esta versión de la eficacia no resulta una herramienta útil para evaluar *el aporte* (o la falta de aporte) de N para la resolución de un determinado problema, es decir, no resulta útil para evaluar la calidad legislativa ni para entender la vinculación entre eficacia y efectividad. Esta versión tampoco es adecuada para identificar a la legislación simbólica pues en ella, en los casos de ineficacia, que recordemos son una de las características de la legislación eminentemente simbólica, no estará claro si los sujetos no cumplen la norma por desconocerla o por no motivar su conducta de acuerdo con ella.

La relación intermedia (acatamiento) agrega un elemento más a la relación ya que exige el conocimiento N por los S y el comportamiento de acuerdo con ella. Esta versión parece ser la más adecuada, cuando se trata de evaluar la capacidad de las normas para motivar la conducta de habitantes y ciudadanos

y/o personas jurídicas privadas, pues permite incluir situaciones en las que N es una causa subsidiaria de la realización de C1, pero no requiere que exista entre N y C1 una conexión *necesaria o permanente.* La relación causal (o de cumplimiento) no está excluida pero no es requerida. La relación de acatamiento permite captar las fluctuaciones de motivación: se considera que N es eficaz cuando es conocida por el sujeto y se realiza C1, pero no se requiere que N1 sea *de manera permanente* la motivación para realizar C1.

Un ejemplo puede ayudar a comprender la fluctuación o superposición de motivaciones: María es propietaria de un restaurante y conoce N1 que prohíbe fumar en espacios cerrados como su restaurante y sabe que pueden multarla si lo incumple, pero no es N1 lo que hace que María no fume en el interior del comercio, hay una multiplicidad de factores que hacen que María cumpla con esta obligación, tales como no molestar a sus empleados y clientes, como no dar un mal ejemplo, fumar menos, etcétera, ninguno de ellos es habitualmente N1. Sin embargo, en ocasiones María se ve tentada de fumar en el restaurante y le resulta complicado resistir y en esos casos es únicamente N1 el origen de su conducta: María no fuma en el restaurante *en virtud* de la obligación impuesta por N1. Es decir, la norma que prohíbe fumar en lugares públicos cerrados (N1) ha sido conocida y eficaz con relación a María (S) durante X cantidad de tiempo, pero en esa línea temporal ha fluctuado el tipo de eficacia (de correspondencia a cumplimiento). N1 actuó en este ejemplo como la *última ratio* del comportamiento de María.

La versión más rigurosa (cumplimiento) al igual que la correspondencia tampoco parece ser adecuada para los fines que nos interesan aquí. El *cumplimiento* parece ser demasiado exigente ya que no permite considerar la fluctuación de motivaciones y requiere que de manera permanente los sujetos estén motivados por la norma, que exista una relación causal (normativa) entre las conductas y las normas de manera permanente[8]. Esto resulta relevante ya que los legisladores frecuentemente recogen en normas jurídicas lo que ya era norma en una sociedad (por ejemplo, una norma social). La versión más exigente de la eficacia obligaría a forzar la ficción de entender que a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Estado los sujetos normativos (que ya se comportaban así) han pasado a motivarse en la nueva ley o, por el contrario, lo

[8] Evidentemente al referir a relación causal no se alude a una causalidad fáctica o física sino a un tipo de causalidad normativa. Como explica Kelsen «La relación causal que describe una doctrina sociológica del derecho, se configura —si por acaso lo hace— entre cualesquiera hechos económicos o políticos, y los actos productores de derecho, por un lado, y entre esos actos y la conducta humana hacia la cual ellos se orientan, por el otro. Y, en el último caso, solo aparece cuando esa conducta efectivamente está motivada por la representación de la intención del acto, lo que, por cierto, no siempre sucede, dado que la conducta conforme a derecho muy frecuentemente es causada por otros motivos» (Kelsen, 1982: 119). La teoría de la imputación objetiva ha construido la relación causal normativa en otro sentido: como la posibilidad de una atribución de un hecho a una persona, por la vía de un juicio normativo (Baraona, 2008: 64).

que también arroja un resultado poco atinado, sostener que la ley es ineficaz porque la gente no se motiva en ella aunque se comporte de acuerdo a lo que ella indica porque ya lo hacía con anterioridad o porque no es la norma la que motiva permanentemente su conducta. Por otra parte, los casos de esta versión más exigente están incluidos en la versión intermedia en los tramos en que la motivación de la conducta es N y no otras cuestiones o normas extralegales[9].

En un segundo sentido, que también consideraré como relevante para la evaluación de la legislación simbólica, la eficacia se vincula con «…el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales –esto es que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto» (Kelsen, 1979: 25). Hierro reconstruye el pensamiento más difundido sobre el tema y conjugando las dos facetas de la eficacia sostiene que, (1) una norma jurídica es eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, o (2) una norma jurídica es eficaz si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada (Hierro, 2003: 141). De lo anterior se infiere que (a) la norma será eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, aun cuando en los casos de incumplimiento la norma no fuese general y mayoritariamente aplicada; (b) la norma será eficaz si aun siendo general y mayoritariamente incumplida, fuese general y mayoritariamente aplicada (Hierro, 2003: 141).

Finalmente, una norma efectiva es la que *conduce* al *resultado* social, económico o de justicia inmediato y/o mediato que se espera con su sanción (R1)[10]. Cabe señalar que tanto la eficacia como la efectividad se manifiestan de manera gradual. Por lo tanto, cuando se habla de leyes o normas ineficaces o inefectivas, debe entenderse que presentan un bajo grado de eficacia o efectividad, y no su ausencia total. Lo mismo se aplica de manera inversa cuando se afirma que una norma es eficaz o efectiva.

Aunque no existe una relación conceptual entre eficacia y efectividad, sí hay una relación estadística significativa, condicionada por el buen diseño de la norma (es decir, la adecuada correspondencia entre medios y fines). Esto implica que, en general, las normas efectivas suelen ser normas bien diseñadas y previamente eficaces (los sujetos cumplen con la conducta ordenada y se logran los objetivos o resultados previstos). Por lo tanto, consideraré que habitualmente la eficacia, entendida como la adecuación de conductas a la norma, es una precondición para la efectividad[11]. Así, por ejemplo, para seguir con

---

[9] En otros trabajos he sostenido que el estándar más exigente, el del cumplimiento, tiene sentido cuando se aplica a agentes del estado y la norma impone una obligación de hacer. En el contexto de este trabajo no resulta significativa esa diferenciación por lo que me inclinaré generalmente por escoger la opción del acatamiento como la que resulta útil para identificar a la legislación eminentemente simbólica (Fernández Blanco, 2023).

[10] Para un desarrollo más extenso del concepto de efectividad váse Fernández Blanco, 2023.

[11] La eficacia como aplicación no siempre es relevante para lograr la eficacia como adecuación de las conductas y por eso lo omito como precondición generalmente presente de la efectividad. En

el ejemplo anterior, la norma que prohíbe fumar en lugares públicos cerrados tiene generalmente un alto grado de eficacia y dado que su diseño es generalmente acertado (el medio conduce al fin), ha conseguido, en muy buena medida, los objetivos que se tuvieron en miras para su dictado[12].

En la identificación de la ineficacia afrontamos un problema que, desde la teoría, hasta el momento no se ha podido resolver y esto podría tener consecuencias en la identificación de la legislación simbólica. Se trata del problema de la inconmensurabilidad de la obediencia (Hierro, 2003: 79).

La inconmensurabilidad de la obediencia se presenta en las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva. Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, erga omnes, y tienen un número inmenso, tendiente al infinito de ocasiones de cumplimiento (en la mayor parte de las ocasiones, la mayor parte de los sujetos normativos no matamos, no lesionamos, no robamos, etcétera) (Hierro, 2003: 79). La confección de un índice de eficacia de una norma de este tipo sería siempre tendiente a 1 (en donde 1 es eficacia total) (Hierro, 2003: 79). Si bien la inconmensurabilidad de la obediencia sigue siendo un problema teórico hay actualmente métodos empíricos que permiten medir diversas cuestiones vinculadas a la eficacia y la efectividad, por ejemplo, y en lo que aquí interesa, identificar cuál es el «peso» de la norma para evitar la conducta prohibida (es decir, si en última instancia y en qué proporción la norma o la legislación funciona como la razón para la acción cuando las razones extralegales son derrotadas).

---

otro trabajo he analizado la vinculación entre eficacia como aplicación y eficacia como realización de conductas vinculando ambos aspectos con la efectividad (véase Fernández Blanco, 2023).

[12] La norma que prohíbe fumar en espacios públicos cerrados, por diversas razones que no se pueden desarrollar aquí, ha tenido un alto grado de acatamiento (aunque obviamente se encuentran diferencias en el nivel de acatamiento entre distintos países y ciudades) (véase, entre otros, Sandoya *et al*., 2010: 211). En los países donde ha sido estudiado, se ha verificado una disminución de las enfermedades directamente asociadas al tabaquismo: sea por la reducción de enfermedades producidas a los fumadores pasivos —que parecía ser el objetivo principal de la norma—, o por la reducción de la cantidad de fumadores que se produjo con las restricciones. La efectividad se ha probado de manera bastante inmediata a la implementación (al menos para el resultado de la disminución de enfermedades). En Escocia e Irlanda, por ejemplo, se encontró disminución de los ingresos por problemas respiratorios de los fumadores de segunda mano desde los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la norma (ver https://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/fact_sheets/secondhand_smoke/protection/improve_health/index.htm. Visitado el 4 de octubre de 2023). Solo para tener idea de algunos datos adicionales: en Uruguay, el primer país de América Latina en implementar las restricciones se ha comprobado una disminución del 17,1 por 100 de los infartos agudos de miocardio dentro de los primeros 48 meses de implementación de las normas (Sandoya *et al*., 2010); en España la legislación se implementó de una manera progresiva y luego de la primer ley (2006) se produjo una disminución de los ingresos por infartos agudos de miocardio del 4,2 por 100 que se complementó con una caída del 3,1 por 100 en 2011 cuando entró en vigor la segunda ley (Bobadilla *et al.*, 2014). A nivel mundial, metanálisis publicados demuestran reducciones en el número de ingresos por síndrome coronario agudo de un 16-17 por 100 en el primer año de implementación de las leyes y las leyes más restrictivas consiguen mejores resultados (Tan y Glantz, 2012).

En síntesis, recopilando y organizando las intuiciones compartidas por los autores, junto con lo que he aportado aquí, afirmaré que la primera característica de la legislación eminentemente simbólica es la ausencia o baja eficacia (ya sea en términos de acatamiento o de aplicación) y/o la ausencia o baja efectividad. En cuanto a la cuestión de la inconmensurabilidad de la obediencia sigue siendo un desafío teórico, aunque en ciertas ocasiones es posible que encontremos datos empíricos que nos permitan superar ese obstáculo. Si bien la falta de eficacia y/o efectividad son condiciones necesarias, no son suficientes para considerar una ley como primordialmente simbólica. Es indispensable que además exista un significado secundario, que sea valorado positivamente por la comunidad o por una parte de ella. El aspecto de «lo simbólico» en la legislación simbólica será abordado en el siguiente punto.

3. EL SIGNIFICADO SECUNDARIO COMO DIMENSIÓN SIMBÓLICA

Los símbolos, se entienden en semiótica como un tipo especial de signos connotativos, esto es, signos que van más allá de su significado literal o convencional, y expresan otro significado o sentido secundario (van Klink, 2016: 21; Eco, 1984, 131-163). En lo simbólico el sentido literal permanece y la coherencia semántica se mantiene, no se trata de una relación entre realidad e imaginación (como en el caso de la metáfora) o entre verdad y mentira, sino entre realidad y sentido (García Villegas, 2014: 38).

Al profundizar, encontramos que el concepto de símbolo necesariamente incluye un componente valorativo. En este sentido, Lotman sostiene que «la idea más común del símbolo está vinculada a la idea de un contenido que, a su vez, sirve como base de expresión para otro contenido, generalmente de mayor valor cultural» (Lotman, 1993: 48). Aunque no es indispensable que este contenido secundario sea «valioso» en términos simbólicos, ya que podría representar todo lo contrario (por ejemplo, el uniforme negro de las SS es un símbolo del nazismo), en el contexto de la legislación simbólica, ese valor positivo al que se refiere Lotman debe estar presente, al menos para una parte de la comunidad.

Propondré una fórmula muy sencilla para caracterizar a la legislación predominantemente simbólica que considera las nociones de los párrafos anteriores y las conjuga con la idea de ausencia de eficacia y/o efectividad. Así, entenderé que «una legislación es primordialmente simbólica cuando el sentido secundario de la ley o la norma es más importante que su significado literal o convencional. Ese significado secundario debe tener un contenido que es considerado valioso (cultural o moralmente) en determinado momento por la comunidad o por parte de ella —que para esta cuestión son sus intérpretes

principales—, y que puede ser compartido o no, también por legisladores o exponentes políticos» (Fernández Blanco, 2022: 11).

El sentido secundario puede ser hallado al indagar en las razones o justificaciones subyacentes de la norma. Las normas tienen una justificación o razón subyacente (o simplemente razones) (Schauer, 1991: 2012). Al describir estas razones subyacentes podemos encontrar respuesta a las preguntas de ¿para qué? y ¿por qué? la norma y allí aparecerá generalmente ese sentido secundario que se vuelve primordial en la legislación simbólica[13].

En la legislación eminentemente simbólica el sentido secundario se vuelve el principal. Pues su significado literal o convencional (aun asumiendo que puede haber diferentes interpretaciones sobre él) queda relegado: los sujetos no se comportan como la norma indica o no se cumple con el significado que concierne al establecimiento de relaciones jurídicas hohfeldianas (Ferraro, 2024), por lo que es ineficaz en un primer sentido. Asimismo, los encargados de aplicar la ley no la aplican (ausencia de eficacia en su segundo sentido) y especialmente la ausencia de la primera forma de eficacia, conduce generalmente a la ausencia de efectividad. La situación que se produce es claramente paradójica ya que el valor atribuido, ese sentido secundario altamente valorado, no se realiza finalmente por la ausencia de eficacia y efectividad.

Tomemos el caso de la prohibición de la sodomía o de las relaciones sexuales entre varones adultos. Hasta 2003 trece estados de Estados Unidos de América prohibían las relaciones sexuales consentidas entre hombres, hasta su declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema en el caso *Lawrence v. Texas [539 U.S. 558 (2003)*]. Esta prohibición era obviamente incumplida por los varones homosexuales y casi nunca se aplicó en los procesos penales según explica Balkin (2011: 212)[14]. Una hipotética norma que prohibiera este tipo de relaciones podría imaginarse del siguiente modo: «será penado con seis meses a un año de prisión el varón que mantuviera relaciones sexuales con otro varón adulto con consentimiento mutuo». La relevancia del significado literal o convencional puede ser medida por su *eficacia*. Si los varones adultos omiten tener relaciones sexuales entre ellos entonces el significado primario de la norma está realizado. Sin embargo, si la norma no se cumple, pero su sentido secundario (su razón subyacente) adquiere, para un grupo relevante, un valor más importante que el primario, nos encontramos frente a una norma primordialmente simbólica (este sentido secundario podría vincularse, por ejemplo y entre otros, con la idea de que la homosexualidad es contraria a preceptos

[13] Sobre la vinculación entre razones subyacentes y legislación simbólica, véase Fernández Blanco, 2022.

[14] Existía una sentencia anterior de la Corte Suprema de EE. UU. que sostenía la constitucionalidad de esta norma *Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)*. La sugerencia de Balkin (2011: 213) es que esa decisión tuvo vinculación con el temor a la expansión del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y/o la expansión del virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

religiosos o que se opone a la idea de que las relaciones sexuales tienen como única función la reproducción o incluso, como se señala en la nota al pie anterior, el sentido secundario podría vincularse con evitar la expansión de contagios del VIH)[15].

Los posibles sentidos secundarios vinculados con lo religioso o la reproducción y que eran valorados positivamente por un grupo de la sociedad pueden entenderse como una manifestación de la moral social o positiva y en este sentido si la norma hubiese sido eficaz el fin axiológico se hubiera realizado. Pero también, en ocasiones, el sentido secundario se vincula con objetivos *sociales* que se consideran valiosos (es decir con aspectos teleológicos y no solo axiológicos de la legislación). En el caso anterior, por ejemplo, con detener la expansión de la enfermedad producida por el VIH. Sin embargo, evidentemente no fue la prohibición de la homosexualidad masculina lo que moderó la epidemia del VIH/SIDA (la norma fue ineficaz e inefectiva en este sentido)[16]. A pesar de las evidencias de ese fracaso en la contención de la epidemia y en el logro de los objetivos axiológicos o morales, grupos todavía muy numerosos se opusieron a la despenalización de la sodomía y tuvo que ser la Corte Suprema de Estados Unidos (como órgano contra mayoritario) quien obligara a la derogación de la norma por vía de su declaración de inconstitucionalidad. En casos como el de la homosexualidad masculina, lo que subsistía era primordialmente el valor simbólico de esas normas, el sentido secundario, que era más importante que su valor primario.

Por lo tanto, en la legislación primordialmente simbólica se presenta una preponderancia de algún sentido secundario que proviene de la interpretación de una parte de la población o de referentes sociales y que es, generalmente, independiente de su redacción (es decir, de su significado literal o convencional). Recapitulando la relación entre lo simbólico la eficacia y la efectividad es posible presentar estas cuatro situaciones (todas ellas deben leerse considerando que tanto la eficacia, la efectividad como la dimensión simbólica se presentan siempre como una cuestión de grados). Este artículo se ocupa únicamente de la primera opción:

a) Leyes primordialmente simbólicas: el sentido secundario (vinculado con las razones subyacentes) se transforma en el principal y su sentido conven-

---

[15] Las razones subyacentes dependen básicamente de la interpretación (Schauer, 2012: 87). Así, al depender de la interpretación estas no son inmutables y pueden coexistir más de una razón subyacente o sentidos secundarios de acuerdo con uno o más intérpretes.

[16] Según la oficina de la ONU para el SIDA (ONUSIDA), «Varios métodos e intervenciones han demostrado ser altamente efectivos para reducir el riesgo de infección por el VIH y proteger contra ella, incluyendo condones masculinos y femeninos, el uso de medicamentos antirretrovirales como profilaxis previa a la exposición (PrEP), la circuncisión médica voluntaria masculina (CMMV), las intervenciones para cambiar el comportamiento y reducir el número de parejas sexuales, el uso de agujas y jeringas limpias, la terapia de sustitución de opiáceos (por ejemplo, metadona) y el tratamiento de las personas que viven con el VIH para reducir la carga viral y prevenir la transmisión a otras personas». Véase *https://www.unaids.org/en/topic/prevention*

cional (el que se desprende del texto) queda relegado. Ello implica la ausencia de eficacia y consecuentemente la pérdida de efectividad, lo que conlleva, a la no realización de ese sentido secundario. Algunos ejemplos identificados por la doctrina sobre legislación primordialmente simbólica son: la prohibición del aborto, la prohibición de la tenencia de drogas para consumo personal, el aumento de penas para ciertos delitos (especialmente delitos de subsistencia), la imposición de multas a mendigos[17] o la penalización de la inmigración ilegal[18], la prohibición de relaciones homosexuales (Balkin, 2011), la existencia de tipos penales con una dificultad probatoria severa, diversas leyes de protección medioambientales (Dwyer, 1990: 234), la protección de ahorros frente a comportamientos financiero y contables deshonestos (Ferraro, 2024: 28, siguiendo a Alessandri, 2007), entre muchos otros.

b) Leyes no eficaces y no efectivas sin un sentido simbólico importante: no todas las leyes que carecen de eficacia y efectividad tienen un sentido simbólico relevante. Pensemos por ejemplo en ciertas normas que protegen la propiedad intelectual, la prohibición de cruzar para los peatones cuando el semáforo está en rojo, la obligación de detener el coche completamente ante la señal de «pare» o «*stop*», los límites de velocidad en las carreteras, y un largo etcétera. En estos casos la norma no tiene un valor simbólico relevante, lo que genera habitualmente un bajo reproche social a los autores de estas infracciones.

c) Leyes eficaces y efectivas con un importante sentido simbólico: es importante distinguir este caso del de la legislación primordialmente simbólica. En este caso no hay discusión sobre su calidad y transparencia. El caso de la prohibición del genocidio (que muchos consideran como primordialmente simbólica) es para mí un caso de este tipo (véase Fernández Blanco, 2022: 17) al igual que el caso de la prohibición de negar la *Shoah* (al que me referiré en el punto 6). También pueden ser casos de este tipo las normas que imponen obligaciones alimentarias para con los hijos, la obligación de no dañar a otros o prohíben el canibalismo o la profanación de tumbas.

d) Leyes eficaces y efectivas sin un sentido simbólico relevante: la mayoría de las leyes eficaces y efectivas no tienen un sentido secundario relevante (aunque, reitero, es siempre una cuestión de grados). Ejemplos de ello son las normas que prohíben a los vehículos cruzar con el semáforo en rojo, las normas que obligan a la presentación de declaraciones tributarias, las leyes que regulan la actividad de seguridad en la construcción, las normas de medianería, la regulación de las servidumbres de paso, solo por poner algunos ejemplos aleatorios y diversos de un enorme conjunto posible.

---

[17] Como la ordenanza sancionada en 2022 en Alicante. Ver *https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2022-02-15/alicante-sancionara-a-mendigos-y-prostitutas-con-multas-de-hasta-3000-euros-tras-aprobar-una-ordenanza-pactada-por-pp-y-vox.html*

[18] Véase la ley italiana 94/2009 citada por Ferraro, 2024: 29-30.

4. LA LEGISLACIÓN PRIMORDIALMENTE SIMBÓLICA NO SIEMPRE ES UN ERROR LEGISLATIVO

Casi todos los autores citados hasta ahora coinciden en atribuir al legislador, con mayor o menor énfasis, una decisión deliberada para sancionar legislación simbólica. Esta acción intencionada, desde la perspectiva instrumentalista escogida, sería incluso algo más que un error, casi una práctica desleal o un ejercicio irresponsable de la representación política. Además, muchos de los autores consideran que la acción deliberada de sancionar legislación eminentemente simbólica constituye un engaño debido a la discrepancia entre los propósitos declarados y los motivos reales detrás de su promulgación. En este sentido, Hassemer sostiene que en la legislación simbólica «[…] Los fines descritos en la regulación de la norma son —comparativamente— distintos a los que se esperaban de hecho […] Finalmente, en esta concreción de lo simbólico no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas […] apenas se espera aplicación alguna» (Hassemer, 1995: 29). van Klink, por su parte, entiende que «[…] una ley o legislación es simbólica *si se promulga primariamente* para funcionar como símbolo» (van Klink, 2016: 21, la itálica no obra en el original); y también de forma muy contundente, Atienza sostiene que la legislación simbólica se genera cuando el edictor dicta «leyes para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados» (Atienza, 1997: 44). Finalmente, Marcilla Córdoba sostiene que se trata de leyes que solo se orientan a propósitos propagandísticos de los políticos, sin considerar la necesidad real de legislar o no» (Marcilla Córdoba, 2019: 316).

Aunque coincido con la mayoría de los autores en que los problemas de eficacia y efectividad son parte de las características definitorias de la legislación primordialmente simbólica, no comparto la idea de que estas leyes deban ser necesariamente creadas de manera deliberada por el legislador, es decir, no siempre se tratará de un error legislativo.

En muchos casos, es cierto que los legisladores sancionan leyes con la expectativa de que serán altamente valoradas por la comunidad o por un sector significativo de ella, anticipando que estas leyes tendrán un fuerte impacto simbólico. En tales circunstancias, el legislador puede incluso no tener grandes expectativas sobre la eficacia futura de la legislación o mostrarse indiferente al respecto. Es más, en situaciones extremas, el legislador podría llegar a crear obstáculos deliberados para la eficacia o efectividad de la ley, como estableciendo normas que son difíciles o imposibles de cumplir. (como la imposición de multas a los residentes ilegales que menciona van Klink, 2016: 23 o la imposición de multas a los mendigos como la sancionada en Alicante); normas cuyo quebrantamiento se establece de un modo difícil de probar

(como la prueba del «motivo» de odio en ciertos delitos); normas que no conducen al fin para el que han sido propuestas (como la norma que prohibía a las personas de menos de 1,6 m ser profesores de matemáticas para poder infundir respeto entre los estudiantes [19] o la norma que obligaba a cerrar las discotecas a las 3 de la mañana para disminuir el consumo de drogas [20]), normas extremadamente vagas, normas inoperantes, etcétera.

Para que una legislación sea considerada simbólica, no es suficiente que sea ineficaz o inefectiva, ni que simplemente promueva valores apreciados por la comunidad. Además, es necesario que estos valores se alineen con los ya existentes en la comunidad o los constituyan, logrando así que esos significados secundarios se conviertan en aspectos relevantes en la valoración colectiva. Adicionalmente, es fundamental que la norma no sea cumplida, aplicada y que no alcance sus objetivos declarados o presumibles. Un ejemplo de fracaso en el alineamiento con los valores de la sociedad fue la norma que ordenaba cerrar las discotecas a las 3 de la mañana para prevenir el tráfico y consumo de drogas; esta medida no logró conectar con los valores de la comunidad, no adquirió ninguna relevancia simbólica y fue mayormente rechazada.

Incluso en casos extremos donde el legislador pudiera introducir obstáculos a la eficacia y efectividad de una ley, estos pueden ser revisados por tribunales que evalúan su constitucionalidad o por otras agencias ejecutivas que, al reglamentar las leyes, terminan moldeando el programa legislativo y haciéndolo aplicable (Dwyer, 1990: 233). Por lo tanto, la idea de un legislador creando deliberadamente leyes simbólicas de manera arbitraria no es tan directa o realista como a veces se plantea.

---

[19] El ejemplo es real, se trata de una legislación sancionada durante la última dictadura militar argentina y que fue declarada inconstitucional al restablecerse la democracia. La norma exigía a los aspirantes a matricularse en el Profesorado de Matemática y Astronomía tener una estatura superior a 1,60 metros. La Corte Suprema argentina sostuvo «…la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m.— no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía…» (CSJN, «Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno Nacional, Ministerio de Educación»15/05/1984 - Fallos 306:400, Considerando 5 del voto de la mayoría). De manera contundente también el voto particular de los jueces Belluscio y Petracchi rechazó la constitucionalidad de la norma sosteniendo que ese tipo de políticas «…rebajan las calidades humanas a la mensurabilidad física, establecen acríticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empequeñecen la figura de los maestros al no advertir que si estos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación» (Considerando 11 del voto de los magistrados Belluscio y Petracchi).

[20] Se trató de un Decreto del entonces Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Eduardo Duhalde. Duhalde firmó el decreto el 3 de junio de 1996. A partir del 1º de julio siguiente, las discotecas debían cerrar a las 3 de la madrugada entre marzo y diciembre y a las 4 en los meses de verano. Además de que la vinculación entre horario de cierre y disminución del consumo de drogas no estaba nada clara, en caso de que existiera esa adecuación de medios a fines se generaba un nicho adicional para la venta y el consumo de drogas pues el mismo decreto, autorizaba a los jóvenes de 14 a 18 a concurrir a las discotecas hasta las 3 o 4 de la madrugada cuando antes solo podían hacerlo hasta las 24. Ver *https://www.pagina12.com.ar/1999/99-08/99-08-29/pag21.htm* (visitado el 18 de octubre de 2023).

Por otro lado, identificar una legislación simbólica basándose únicamente en su origen deliberado genera otros problemas como el poder identificar con cierto nivel de certeza que la intención del legislador era que la norma no fuera cumplida. Es evidente que su verdadera intención no aparecerá explícitamente en ningún documento. Sin embargo, podríamos inferir los propósitos del legislador a través de ciertas irracionalidades internas y externas, como las que señala Ferraro (2022)[21], o por la presencia de malas técnicas legislativas que hicieran que la norma fuese imprecisa, poco clara o incompleta. No obstante, en estos casos es muy difícil distinguir si se trata de una mala técnica legislativa o si se trata del deseo del legislador de sancionar una norma para que no sea cumplida o no sea efectiva.

Asimismo, y este es un argumento central, hay muchas leyes o normas sobre las que no resulta razonable conjeturar con que ellas se pretendieran primordialmente simbólicas desde su origen. En oportunidades pareciera que ha sido el fracaso de la política pública por ellas implementadas lo que generó su transformación en predominantemente simbólicas, junto, claro está, con una valorización especial del sentido secundario de la norma. Este parece ser el caso de la legislación que penaliza la tenencia de drogas para consumo individual: cuando comenzó su punición y hasta los años cincuenta pareciera que, aunque contestables, las razones de estas normas podían tener una expectativa de ser realizadas mediante la implementación de las normas punitivas[22]; algo similar sucede con la normativa que penaliza el aborto (también ineficaz e inefectiva en los países que la mantienen)[23], que seguramente fue concebida como un intento sincero de proteger la vida del feto.

En estos casos de leyes eminentemente simbólicas *sobrevinientes* hay, sin embargo, *al menos idealmente*, una obligación del legislador y/o de los expo-

---

[21] Ferraro plantea que, a la hora de evaluar la justificación legislativa explícita, hay dos aspectos que valorar: 1) su racionalidad interna, es decir, si es coherente con el sistema de conocimientos y valores del agente (es decir, del legislador), si respeta las reglas de la lógica, si contiene inferencias aceptables, etcétera; 2) su racionalidad externa, es decir, la racionalidad evaluada desde el punto de vista de un observador externo, que incluye la aceptabilidad de las propias premisas, tanto normativas como fácticas (prescriptivas y descriptivas), de la justificación. En el caso de las premisas fácticas, habrá que aportar buenas razones epistémicas para su aceptación (por ejemplo, pruebas de las últimas investigaciones científicas en el campo en cuestión) (Ferraro, 2022: 116).

[22] Explica Escohotado, que «hasta finales de los años cincuenta gran parte de las legislaciones condenaban igualmente el consumo y el tráfico de drogas. La despenalización de lo primero «[…] se debe finalmente a la incapacidad de las instituciones judiciales y penitenciarias para hacer frente al número de infractores [...]». Escohotado, 1998: 7 (nota al pie 11).

[23] Estadísticas a nivel mundial dan cuenta de este fracaso, por ejemplo, en países con ingresos medios el 66 por 100 de los embarazos no deseados finalizan en aborto, este porcentaje es menor en los países de bajos ingresos 40 por 100 y 43 por 100 en los países de altos ingresos. Lo más interesante para dar cuenta de la ineficacia de la prohibición del aborto es la bajísima diferencia de porcentajes de abortos entre los países que lo permiten y los que lo prohíben completamente (es decir no aceptan ninguna causal como la salud de la madre o la viabilidad del feto): en el primer caso el porcentaje de abortos en embarazos no deseados es del 41 por 100 y en el segundo del 39 por 100. Fuente Guttmacher Institute (2022), con información proveniente de Bearak J, *et al.,* 2020.

nentes políticos de reformar la legislación o derogarla: si se pretende legislar racionalmente, se debería reformar la legislación en pos de una mayor eficacia y efectividad, o derogarla si su «razón» se entiende actualmente injustificada (como en el caso de las recientes derogaciones legislativas de la prohibición del aborto en países como Argentina, Uruguay y en otros cincuenta países en los últimos veinticinco años)[24]. Entiendo que este deber se presenta en un sentido «ideal» ya que muchas veces aun un legislador bienintencionado no tiene la capacidad política o las mayorías suficientes para mejorar la calidad de las leyes o derogarlas. Por esta razón, frecuentemente, la legislación simbólica no es derogada por los parlamentos, sino que son los tribunales, especialmente los tribunales constitucionales, los que declaran su inconstitucionalidad[25].

Sin embargo, y a pesar de reconocer que pueden existir dificultades políticas para remover mediante derogación parlamentaria la legislación eminentemente simbólica, desde la teoría legislativa podría entenderse que existe un *deber legisprudencial* (no jurídico) que obliga a promover la derogación o modificación de la legislación eminentemente simbólica. Este deber podría incluirse dentro del «deber de corrección» identificado por Wintgens (2012).

Hay un último aspecto sobre el origen de la legislación simbólica que no comparto con la mayoría de la doctrina: se trata de la idea de que las razones expuestas por el legislador deben necesariamente diferir de las que realmente se buscan. Este elemento parece estar presente en gran parte de las aproximaciones a la legislación simbólica. Por ejemplo, Hassemer sostiene que: «Los fines descritos en la regulación de la norma son —comparativamente— distintos a los que se esperaban de hecho» (Hassemer, 1995: 29). Volviendo al ejemplo de la prohibición del aborto, cualquiera de las razones que todavía se esgrimen para evitar su despenalización y que se han convertido en el sentido secundario pero preponderante de la defensa de la prohibición, podrían haber sido incluidas de manera transparente en los debates o en la exposición de motivos de la ley o haber sido genuinamente la «razón» que tuvo el legislador al sancionar la norma (salvar al feto, salvar las dos vidas, promover la responsabilidad en el uso de métodos anticonceptivos, etcétera). El problema no radica en la discrepancia entre lo declarado y lo buscado, sino en la falta de eficacia y efectividad, junto con la aceptación de una «razón» (significado secundario) que en estos casos es sobredimensionada.

---

[24] Fuente Center for Reproductive Rights. *https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/* visitada el 1 de noviembre de 2023. La información consignada en la página web no especifica, sin embargo, si la derogación de la prohibición en esos cincuenta países ha sido por vía legislativa o judicial.

[25] Sobre los temas que se tratan en este trabajo podemos mencionar la declaración de inconstitucionalidad de la tenencia de drogas para consumo personal en Argentina (el último fallo es «Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de hecho, causa núm. 9080, 2009); la declaración de inconstitucionalidad de la punición del aborto en México (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017) y en Colombia en 2022 (Sentencia C-055) o el caso «Lawrence vs. Texas» de la Corte Suprema de EE. UU que traté anteriormente.

Se puede concluir hasta aquí que la legislación simbólica se caracteriza por la ausencia de eficacia o efectividad, por una sobredimensión de un sentido secundario que es considerado valioso por la comunidad o parte de ella en un momento determinado (Fernández Blanco, 2022: 14). Paradójicamente ese sentido secundario (que puede ser meramente moral o vincularse con objetivos legislativos o de política pública) no se realiza por la falta de eficacia y efectividad. Finalmente, la legislación simbólica no siempre es promovida deliberadamente por los legisladores y no es necesariamente engañosa por lo que no es adecuado considerarla necesariamente un «error» legislativo.

5. RESPUESTA A DOS OBJECIONES

Las ideas centrales sobre la legislación eminentemente simbólica que expuse anteriormente integraron un trabajo anterior sobre el tema (Fernández Blanco, 2022). Ese trabajo fue exhaustivamente analizado por Francesco Ferraro (2024) quien coincidió parcialmente con algunas de mis conclusiones y discrepó de otras. Creo que las dos principales objeciones de Ferraro a mis ideas sobre legislación eminentemente simbólica son buenos puntos de partida para algunas explicaciones adicionales y para ciertas aclaraciones.

La primera objeción sostiene:

> En primer lugar, no queda claro en qué sentido las «razones subyacentes» la norma podrían, por así decirlo, «independizarse» de la norma misma hasta el punto de que esta pudiese revelarse instrumentalmente inútil pero, al mismo tiempo, ser defendida por alguien para honrar sus razones subyacentes. Por ejemplo: si una ley que criminaliza la interrupción voluntaria del embarazo se revela, como suele pasar, inútil para reducir los abortos y, además, incrementa las muertes de mujeres por abortos clandestinos, está claro que se trata de una ley que no puede estar justificada por el valor de la vida humana. Entonces, ¿cómo es posible que alguien, a pesar de conocer la inefectividad de la ley, siga defendiéndola en el nombre de dicho valor? Si no se trata de autoengaño, es evidente que la razón subyacente la norma no puede ser el valor de la vida humana o, de todo modo, no puede serlo en el sentido en el que Schauer habla de razones subyacentes. Es decir, si de verdad el sentido secundario o simbólico —que, para Fernández Blanco, en la legislación simbólica asume una relevancia desproporcionada— está relacionado necesariamente con valores muy importantes (para toda la comunidad o una parte de ella), no se entiende por qué alguien debería defender un instrumento inútil para el logro de lo que dichos valores demandan (Ferraro, 2024: 37).

El autor no parece poner en duda que el ejemplo del aborto sea un caso de legislación ineficaz e inefectiva y, por otra parte, los hechos demuestran alrededor del mundo que la defensa de la prohibición de esta práctica moviliza a

cientos de miles de personas y captura la atención en debates legislativos, académicos, morales y de diversa índole. Si esto es así, hay «algo» que defienden quienes se oponen a la derogación de la prohibición que no se vincula con la eficacia y la efectividad (y que, adicionalmente, omite considerar los efectos dañosos de los abortos inseguros). Ese «algo» entiendo que es el valor secundario que (y en esto coincido con Ferraro) paradójicamente es incumplido.

Aunque me entrometo en campos menos jurídicos y más sociológicos entiendo que para la posible paradoja detectada es posible ensayar algunas respuestas o explicaciones:

a) En primer lugar, la idea del *autoengaño* (introducida por Ferraro, 2024) parece un camino posible para explicar la situación paradójica detectada.

b) En similar pero no idéntico sentido podría suceder que los que se oponen a la modificación o derogación legislativa *carezcan de información suficiente o adecuada,* o tengan *creencias no contrastadas con datos empíricos relevantes.* Ambas posibles explicaciones (el autoengaño y el problema de la información) permiten ver que la paradoja solo se presenta para el observador externo, que cuenta con información suficiente y no está autoengañándose. La paradoja no es percibida por los defensores de la legislación eminentemente simbólica por lo que nuestras exploraciones sobre la racionalidad de por qué alguien defendería «un instrumento inútil para el logro de lo que dichos valores demandan» (Ferraro, 2024: 37) carecen de sentido.

c) También es posible pensar en lo que propone van Klink, quien sostiene que una posible justificación de la legislación simbólica es la *confirmación del sistema de valores* defendido por un grupo en particular. Se trata, según entiendo de una confirmación no instrumental, meramente comunicativa. Ante la posible desaparición de la protección jurídica de ciertos valores un grupo preferirá esa confirmación inefectiva (o meramente simbólica) a su desaparición del sistema jurídico. Pensemos en una hipotética situación en la que la prohibición de la tortura se volviera tan ineficaz que la legislación que la prohíbe pudiera ser entendida como eminentemente simbólica. Seguramente un grupo nutrido de ciudadanos se inclinaría por mantener la ley, aunque su ineficacia sea ostensible. Algo similar ocurre en el ejemplo del aborto: un grupo no menor de ciudadanos prefiere un mundo en donde el aborto esté prohibido y el valor de la vida desde la concepción (aunque podría ser otro) esté contemplado en la ley (aunque sea ineficaz) que un escenario en donde este valor no se encuentre reflejado en el sistema jurídico. Esto se agudiza si se está frente a un escenario dilemático en el que por razones políticas o constitucionales la decisión legislativa solo puede definir «no derogar» o la «derogar la ley completa». Es decir, sin posibilidades de arribar a un escenario de negociación o modificación legislativa. Este, por ejemplo, ha sido el escenario del tratamiento legislativo de la derogación de la prohibición del aborto en Argentina (véase Charosky, 2021).

Todas estas posibles explicaciones no enervan la conclusión de que bajo los estándares de calidad legislativa adoptados por la teoría legislativa, la legislación eminentemente simbólica no puede ser considerada racional o razonable.

Pasemos ahora a la segunda objeción. Sostiene Ferraro que:

> En segundo lugar, en una ley puede prevalecer, a ojos de los intérpretes —en este caso, la comunidad— el sentido secundario o simbólico, sin que su sentido primario (que se refiere a la eficacia de la norma y, se podría decir, al establecimiento de relaciones jurídicas hohfeldianas) quede sin realizar. Es posible, entonces, que una ley primordialmente simbólica no carezca de calidad, porque tiene los requisitos necesarios para ser acatada y aplicada. Piénsese, por ejemplo, en una ley que criminaliza la negación de la *Shoah* u Holocausto de los judíos por obra del régimen nazi y de sus aliados. Es posible que la ley sea suficientemente clara como para ser aplicada; también que sea suficientemente conocida por quienes no crean en la realidad histórica del genocidio en cuestión y que, aun así, estos se abstengan de expresar opiniones negacionistas, para no incurrir en las sanciones previstas. Ahora bien, es verosímil que, al mismo tiempo, las ocasiones de aplicación de la ley sean escasas y también que la tentación de negar la *Shoah* esté muy poco difundida en las sociedades democráticas contemporáneas, porque la inmensa mayoría de personas cree que se trata de un evento histórico cierto. Por otro lado, el aspecto o *función* simbólica (relacionada con el sentido secundario de la ley) se puede considerar —y se considera de hecho— extremadamente importante. La ley es entonces eminente o primordialmente simbólica, sin carecer de eficacia y de calidad. Prevalece el sentido secundario, sin que el primario quede completamente relegado (Ferraro, 2024: 40).

Creo que aquí el cuestionamiento se dirime sencillamente optando por una definición de legislación simbólica (como la que he expuesto en este trabajo) o por otra, como la que propone Ferraro que prescinde de la consideración de la falta de eficacia y efectividad para su identificación. Ferraro propone una versión positiva de la legislación simbólica en la que esta se identifica únicamente por ser «legislación cuyas funciones simbólicas prevalecen, o sea, son más importantes (que otras funciones)» (Ferraro, 2024: 39). Desde esta definición que prescinde de la falta de eficacia y efectividad parece ser adecuado caracterizar como primordialmente simbólica a la legislación que prohíbe la negación de la *Shoah*. En cambio, en la definición propuesta en este texto la legislación que prohíbe la negación de la *Shoah* integraría lo que he descripto antes como «leyes eficaces y efectivas con un importante sentido simbólico», categorización que compartiría con otras como la prohibición del holocausto, la obligación alimentaria frente a los hijos menores, la obligación de no dañar a terceros o no profanar tumbas, etcétera.

Creo que hay razones para defender una definición de legislación simbólica que contemple la falta de eficacia y efectividad ya que la versión positiva propuesta por Ferraro no captura las situaciones problemáticas de la legislación simbólica ni nos permite una visión crítica sobre este tipo de leyes. La versión positiva dejaría en la misma categorización a situaciones tan diferentes como

la mencionada legislación que penaliza la negación del holocausto o la prohibición del genocidio (ambas con un grado aceptable de eficacia y efectividad) con la prohibición de la sodomía, del aborto o las regulaciones medioambientales que no realizan sus fines porque no son cumplidas o implementadas.

6. BREVES CONCLUSIONES

En este trabajo he propuesto una caracterización de la legislación primordialmente simbólica que distingue a este tipo de leyes de otras que presentan diferentes grados de peso o dimensión simbólica. Espero haber aportado a las intuiciones de la mayoría de los autores precisando dos de las características distintivas de la legislación eminentemente simbólica: su falta de eficacia (como acatamiento o como aplicación) y/o su falta de efectividad, y he agregado la idea de que esta legislación presenta siempre una sobredimensión de las «razones» de la ley. He brindado argumentos por las cuales considero que, al no cumplir con los criterios de eficacia y efectividad, estas leyes no pueden considerarse como cumpliendo estándares de calidad legislativa desde una perspectiva instrumentalista del derecho.

Además, he diferido con los autores en casi todo lo que respecta al nacimiento de este tipo de leyes: considero que no hay ninguna razón para entenderlas como necesariamente producidas de manera deliberada o como siempre conteniendo algún elemento de engaño.

Finalmente he discutido dos objeciones que se realizaron a la propuesta de definición de legislación eminentemente simbólica y que espero que produzcan nuevas reacciones para seguir profundizando sobre este tema tan importante que captura una enorme atención y que requiere que todavía se exploren con mayor profundidad sus desafíos teóricos para mejorar la calidad de la legislación en la práctica.

BIBLIOGRAFÍA

Adler, M., 2000: «Expressive Theories of Law: Skeptical Overview», *University of Pennsylvania Law Review*, 148 (5): 1363-1502.

Alchourron, C. y Bulygin, E., 1997: *Sobre la existencia de las normas jurídicas,* México: Distribuciones Fontamara.

Atienza, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.

Balkin, J., 2011: *Living Originalism*, Cambridge-London: Belknap Press of Harvard University.

Baraona, J., 2008: «La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual)», en T. Vargas Pinto (ed.): *La relación de causalidad*, Santiago de Chile: Universidad de los Andes: 59-122.

Bearak, J. *et al*., 2020: «Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019», *The Lancet Global Health*, 8 (9): 1152-1161.

Bobadilla, J., Dalmaua, R., y Galveb, E., 2014: «Impacto de la legislación que prohíbe fumar en lugares públicos en la reducción de la incidencia de síndrome coronario agudo en España», *Revista Española de Cardiología*, 67(5): 349-352.

Bulygin, E. y Mendonca, D., 2005: *Normas y sistemas normativos,* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Bustos Ramírez, J., 1991: «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *Pena y Estado,* 1: 101-109.

Caracciolo, R., 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Charosky, H., 2021: *Diálogo pluripartidario, experiencias en participación, pluralismo y representación para democracias más sólidas*, en *https://www.redinnovacion.org/articulo/di%C3%A1logo-pluripartidista-experiencias-en-participaci%C3%B3n-pluralismo-y-representaci%C3%B3n-para (última consulta realizada el 1 de septiembre de 2024)*.

Díez Ripollés, J.L., 2013: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en J.L Diez Ripolles: *Política criminal y derecho penal*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch: 45-67.

Dwyer, J., 1990: «The Pathology of Symbolic Legislation», *Ecology Law Quarterly,* 17: 233-306.

Eco, H., 1986: *Semiotics and philosophy of language*, Bloomington: Indiana University Press.

—, 1984: *Semiotics and philosophy of language*, London: MacMillan Press.

Escohotado, A., 1998: *Historia general de las Drogas*, Madrid: Alianza Editorial.

Fernández Blanco, C., 2023: «Cuatro versiones de eficacia y su vinculación con la efectividad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 26: 47-75.

—, 2022: «La legislación primordialmente simbólica ¿irracional y engañosa?», *Revista Catalana de Derecho Público,* 64: 6-21.

Ferraro, F., 2024: «La legislación simbólica: la necesidad de una redefinición y el problema de las funciones simbólicas del derecho», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 27: 27-51.

—, 2022: «Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation», en F. Ferraro, y S. Zorzetto (eds.): *Exploring the Province of Legislation*, Amsterdam: Springer: 103-123.

García Villegas, M., 2014: *La eficacia simbólica del derecho,* Bogotá: IEPRI.

Guttmacher Institute, 2022: *Embarazo no planeado y aborto a nivel mundial*, en *https://www.guttmacher.org/sites/default/files/factsheet/fs-aww-es.pdf* (última consulta realizada el 1 de septiembre de 2024).

Hassemer, W., 1995: «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en AAVV: *Pena y Estado,* Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur: 23-36.

Hierro, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas,* Barcelona: Ariel.

Kelsen, H., 1979: *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., México: UNAM.

—, 1982, *Teoría pura del derecho.* Traducido al castellano por Vernengo R. México: UNAM.

Lojo, A., 2023: «The Semantic Conception of Efficacy and Constitutive Rules: Mapping A Tough Relationship», *Phenomenology and Mind*, 24: 216-225.

Lotman, I., 1993: «El símbolo en el sistema de la cultura», *Escritos, Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje,* 9: 47-60.

Marcilla Córdoba, G., 2019: «La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho», en Oliver-Lalana, D. (ed.): *La Legislación en Serio,* Valencia: Tirant lo Blanch: 301-341.

Navarro, P., 1990: *La eficacia del Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Nino, C., 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires: Astrea.

Paliero, C.E., 1990: «Il principio di effettività nel diritto penale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 33: 430-544.

Poort, L, van Beers, B., y van Link B., 2016: «Introduction: Symbolic Dimensions of Biolaw», en L. Poort, B. van Beers, y B. van Link (eds.): *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw,* Amsterdam: Springer: 1-15.

Přibáň, Jiří. (2016): «On Legal Symbolism in Symbolic Legislation: a systems theoretical perspective», en L. Poort, B. van Beers, y B. van Link (eds.): *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw,* Amsterdam: Springer: 105-121.

Sandoya, E., Sebrié, E., Bianco, E., Araújo, O., Correa, A., Davyt, O., Roballo, L., y Senra, H., 2010: «Impacto de la prohibición de fumar en espacios cerrados sobre los ingresos por infarto agudo de miocardio en Uruguay», *Rev Med Urug*, 26: 206-215.

Schauer, F., 2012: «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», en J. Ferrer Beltrán, y G. Ratti (eds.): *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility,* Oxford: Oxford University Press: 77-88.

—, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford: Clarendon Press.

Tan, C.E. y Glantz S.A., 2012: «Association between smoke-free legislation and hospitalizations for cardiac, cerebrovascular, and respiratory diseases: a meta-analysis», *Circulation,* 126 (18): 2177–2183.

van Klink, B., 2019: «Legislación, comunicación y autoridad ¿Cómo dar cuenta del carácter vinculante del Derecho?», en Oliver-Lalana, D. (ed.). *La Legislación en Serio,* Valencia: Tirant lo Blanch: 171-222.

—. 2016: «Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept», en L. Poort, B. van Beers, y B. van Link (eds.): *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Amsterdam: Springer (19-35).

Xanthaki, H., 2019: «Malentendidos sobre la calidad de la legislación: un enfoque fronético del drafting legislativo», en Oliver-Lalana, D. (ed.): *La Legislación en Serio*, Valencia: Tirant lo Blanch: 63-118.

SEGUNDA PARTE:

ERRORES EN LA APLICACIÓN 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. 207-232
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/07*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

¿PUEDE HABER ERROR AL INDIVIDUALIZAR NORMAS JURÍDICAS? REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CRITERIO DE INDIVIDUACIÓN, A PARTIR DE UN CASO CONCRETO

María Gabriela Scataglini*

«*Por ejemplo, supongamos que yo digo que he abandonado precisamente tres creencias desde el almuerzo. Una individuación tosca reduciría el número a dos, y una refinada lo elevaría a cuatro*»
Quine, W.V. O., «Objetos proposicionales»

RESUMEN: Este artículo explora la posibilidad de error en la individuación de normas jurídicas, analizando tanto aspectos teóricos como implicaciones prácticas. La autora plantea cómo la laxitud en la tarea de individualización por parte de las autoridades legislativas, que a menudo se basa en criterios imprecisos o arbitrarios, puede generar consecuencias jurídicas relevantes. A través de la distinción entre norma y formulación normativa, se examina cómo, en términos filosóficos, las normas se entienden como entidades abstractas y, por ende, difíciles de individualizar en la práctica.

El trabajo se apoya en teorías del derecho y la lógica, como las de Frege, Carnap y Alchourrón y Bulygin, para analizar las normas desde una perspectiva conceptual, abordando preguntas clave sobre su identificación y cuantificación. Se destaca que, aunque el derecho positivo puede establecer un marco general para la creación de normas,

* Universidad de Buenos Aires. E-mail: g_scataglini@hotmail.com.

la individuación de estas no siempre responde a criterios claros, lo que puede llevar a errores interpretativos.

El análisis del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 en Argentina sirve como un caso concreto para ilustrar cómo la organización de normas en un solo cuerpo legislativo puede tener implicaciones jurídicas importantes, especialmente cuando la ley limita las modificaciones a ese tipo de decretos. En este contexto, la forma en que las normas se individualizan y clasifican dentro de un sistema normativo cobra relevancia práctica y teórica, evidenciando que la tarea de individualización no es trivial ni exenta de consecuencias jurídicas.

1. INTRODUCCIÓN

Al crear normas[1], la autoridad legislativa las individualiza, usualmente asignándoles un número, por ejemplo «Art. 1:». Esta tarea, en algún sentido trivial, no sigue criterios específicos; podríamos decir que se rige más bien por algunas pautas tácitas y muy generales relacionadas con la unidad de sentido, comodidad en el manejo, sistematicidad, etcétera.

Digo que se trata de una tarea en algún sentido trivial, porque que se haga de un modo u otro —*i.e.*, que ciertos contenidos aparezcan en estatutos o artículos distintos o como parte de un único artículo, por ejemplo— no parece acarrear consecuencias relevantes, más que aquellas relacionadas con la claridad expositiva o el modo de presentación del material jurídico del que se trata.

Esta laxitud propia en la tarea legislativa de individuación de normas va de la mano con nuestro uso corriente del término «norma» en singular, o de «normas» en plural, el cual no sigue criterios definidos. Así, en la práctica jurídica, la utilización del término en singular «norma» oscila entre hacer referencia a un único estatuto o artículo contenido en una ley (por ejemplo «La norma del artículo 1 de la ley de Locaciones Urbanas establece que…») o para referirnos a ese cuerpo en su totalidad (por ejemplo, «La Ley de Locaciones Urbanas es la norma que regula los alquileres»). Asimismo hablamos de «El conflicto entre *dos* normas», o decimos que «Hay *varias* normas que regulan el tema», etcétera, para referirnos indistintamente a artículos individuales o a un conjunto de ellos. Este uso altamente impreciso en cuanto a qué unidad de material jurídico hacemos referencia con «norma» y/o qué criterio de individuación seguimos tampoco acarrea inconvenientes; compartimos criterios de uso referencial lo suficientemente homogéneos y ligados al contexto, que nos permiten comunicarnos sin problemas más allá de esa imprecisión.

[1] Por ahora, a los efectos de introducir el tema, permítaseme usar el término «norma» en un sentido coloquial, que es el de uso corriente, y sin mayores precisiones. Más adelante haré las distinciones teóricas pertinentes.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, la cuestión acerca de los criterios para la individuación de normas ha merecido alguna —aunque no suficiente— atención. Se ha hablado de cuáles son o deberían ser esos criterios, por ejemplo por parte de Raz (1972: 831-832), señalándose al respecto:

> […] Los principios de individuación son el método de dividir en unidades pequeñas y manejables el material jurídico total de manera que promueva nuestra comprensión de la ley, clasificando las leyes en varios tipos y mostrando cómo estas leyes se interrelacionan e interactúan entre sí» (*ibid.*: 831)[2].
>
> […] deberíamos adoptar una doctrina de individuación que mantenga las leyes en un tamaño manejable, evite la repetición, minimice la necesidad de referirse a una gran variedad de estatutos y casos como fuentes de una sola ley, y que no se desvíe innecesariamente de la (admitidamente vaga) noción de sentido común de una ley. Tal doctrina de individuación resultará en un mayor número de leyes que interactúan entre sí, modificándose y calificándose unas a otras. Este enfoque se asemeja más a la manera en que los abogados piensan habitualmente sobre el derecho, y también ilumina importantes conexiones entre las leyes. (*ibid*.:832)[3].

También Navarro y Rodríguez (2014: 169-170) hacen referencia al tema y concluyen:

> […] No existe una correlación única o unívoca entre las normas legales y los textos autoritativos. Dichos textos son los ladrillos necesarios para la identificación de las normas legales, es decir, las unidades básicas del derecho de una determinada comunidad política. En consecuencia, la identificación de normas siempre requiere la aplicación de principios de individuación y, como Raz ha mostrado claramente, la prevalencia de la autonomía implica el sacrificio de la simplicidad, por lo que las normas identificadas se apartarán drásticamente de nuestras intuiciones ordinarias (*ibid.*.: 169) (nota al pie omitida)[4].

Una aproximación a la que aquí prestaré especial atención se encuentra en Narváez (2015). La autora se ha ocupado del tema con particular agudeza arribando a conclusiones singulares. Muchos de los planteos que ella transita son también abordados aquí, aunque no estoy segura de si con consideraciones compatibles.

---

[2] «The principles of individuation are the method of carving small and manageable units out of the total legal material in a way which will promote our understanding of the law by classifying laws into various types and by showing how these laws interrelate and interact with one another».

[3] «*…we should adopt a doctrine of individuation which keeps laws to a manageable size, avoids repetition, minimizes the need to refer to a great variety of statutes and cases as the sources of a single law, and does not deviate unnecessarily from the (admittedly hazy) common sense notion of a law. Such a doctrine of individuation will result in a greater number of laws which interact with one another, modifying and qualifying each other. This approach is closer to the way lawyers ordinarily think about the law, and also illuminates important connections among laws*».

[4] «*There is no single or univocal correlation between legal norms and authoritative texts. Such texts are the necessary bricks for the identification of legal norms, i.e. the basic units of the law of a certain political community. Consequently, the identification of norms always requires the application of principles of individuation and, as Raz has clearly shown, the prevalence of autonomy entails the sacrifice of simplicity, and so the identified norms will depart dramatically from our ordinary intuition*».

La pregunta específica que abordo en este trabajo es si puede existir error en la individuación de normas jurídicas. La posibilidad de hablar de error supone la existencia de algún (o al menos algunos) criterios de corrección para la individuación. ¿Puede la teoría del derecho suministrar algún criterio de individuación de normas que sirva de guía? Como se verá, desde el punto de vista de la teoría, hablar de un criterio de corrección para la individuación de normas involucra cuestiones filosóficas sumamente complejas, entre ellas: 1) si las normas son lo mismo que sus formulaciones en el lenguaje; 2) si no lo son, qué tipo de entidades son las normas; 3) si concebimos a las normas como entidades abstractas (*i.e.*, distintas de los textos) cómo hemos de individualizarlas o contarlas; 4) si hay algo útil que la teoría del derecho pueda aportar al uso ordinario del término «norma»; 5) si las propuestas teóricas de individuación pueden servir como pautas de corrección aplicables en la práctica jurídica. Algunas de estas cuestiones —de cuyos aspectos más importantes daré cuenta en la medida de los límites de este trabajo— no tienen una respuesta definitiva. Y es por ello por lo que la pregunta del título podría quedar, también, abierta.

Pero en cualquier caso, el recorrido podría ser útil para poner de manifiesto la importancia del tema más allá de la teoría. Porque amén de la presunta trivialidad de la tarea de individuación por parte de la autoridad legislativa señalada párrafos más arriba, presento un caso concreto en el cual el modo de individuación repercute de manera significativa en las consecuencias jurídicas. Y ello nos pone en alerta respecto de que la cuestión no es solo interesante a los fines teóricos, sino que puede haber casos en los que el modo de individuación por parte de la autoridad resulta jurídicamente relevante y está lejos de ser inocuo. En casos tales, la posibilidad o imposibilidad de hablar de error resulta decisiva.

2. UN CASO CONCRETO. EL PROBLEMA JURÍDICO

En el mes de diciembre de 2023 el Poder Ejecutivo de Argentina, en uso de facultades legislativas[5], emitió el Decreto de necesidad y urgencia 70/2023[6]. La norma contiene 16 títulos (o capítulos) y más de 300 artículos. En cada título se regulan e introducen modificaciones a leyes prexistentes relativas a temas diversos tales como: tarjetas de crédito, derecho laboral, servicios esenciales, derecho aduanero, minería, yerba mate, actividad aeronáutica y aerocomercial, locaciones urbanas, salud y obras sociales, medicina y actividad

[5] Cabe aclarar que la idea de autoridad legislativa no necesariamente se limita a la de Poder Legislativo en un sistema tripartito de división de poderes. Ello, dado que el Poder Ejecutivo también puede tener competencia para dictar normas generales en razón de otras normas que lo faculten para ello, por ejemplo, decretos, reglamentaciones, leyes de emergencia.

[6] Disponible en www.servicios.infoleg.gob.ar.

farmacéutica, comunicación, deportes, sociedades, turismo y Registro de la propiedad automotor.

Más allá del desconcierto producido ante la cantidad de los temas tratados bajo un único decreto, y de la incomodidad para el manejo del material normativo (de hecho se ha hablado de «mega-decreto»), el caso presenta una cuestión jurídica específica.

La ley 26.122[7] regula el tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia, que, como su nombre lo indica, constituye un instituto de emergencia, sometido por ello a ciertas particularidades. En ese entendimiento, el art. 23 de dicha ley establece expresamente un impedimento:

> «ARTICULO 23. — Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de *la norma* mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes» (El resaltado es mío).

En general y como es frecuente, un decreto está conformado por un conjunto de artículos que lo integran. Al hacer referencia el art. 23 de la ley 26.122 a «la norma», en singular: se entiende que se está refiriendo al decreto de necesidad y urgencia *en su totalidad* (y no a cada uno de sus artículos).

La cuestión jurídica que plantea el caso del Decreto de necesidad y urgencia 70/2023 es la siguiente: al tratarse de un solo decreto, parece que la única opción admitida por la Ley 26.122 es la de aceptarlo o rechazarlo en su totalidad; porque aceptar algunos títulos y rechazar otros —por más independientes y disímiles que sean las materias reguladas en cada uno de ellos— implicaría realizar supresiones, lo cual está vedado por al art. 23 que impide expresamente «introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo».

Ahora bien, si el material legislado se hubiera organizado de manera diferente, por ejemplo individualizando cada título como un decreto distinto, imaginariamente: Decreto 70/2023 para las regulaciones en materia de derecho laboral, Decreto 71/2023 para las disposiciones en materia de derecho aduanero; Decreto 72/2023 para las tarjetas de crédito, y así sucesivamente, la consecuencia jurídica sería completamente distinta: las Cámaras del Poder Legislativo podrían aceptar algunos de esos decretos y rechazar otros sin violar el impedimento del artículo 23 de la ley 26.122. Y ello sin perjuicio de que cada uno de esos imaginarios decretos se hubiera promulgado el mismo día, uno acto seguido del otro.

De lo anterior se advierte que, en el caso, el modo de individualización de normas por parte de la autoridad bajo un solo número («70»), ha devenido jurídicamente relevante.

---

[7] Disponible en www.servicios.infoleg.gob.ar.

Por cierto, las normas están pensadas para casos normales; un uso lingüístico extravagante o una utilización atípica de las pautas y costumbres legislativas pueden acarrear problemas de interpretación. En este caso, aplicar la noción de «norma» aludida en el art. 23 de la ley 26.122 a semejante cantidad de material jurídico disímil en sustancia y no conectado entre sí como el que integra el Decreto 70/2023, resulta forzado o poco razonable. Parecería posible argüir que, pese a su individuación bajo un único número *hay* en esa normativa más de una norma[8].

Ahora bien, al argüir ello no solo se está implicando que el modo de individuación no resulta jurídicamente inocuo, sino que además parecería necesario proponer algún criterio de individuación distinto del que establece la mera numeración —arbitraria— dada por la autoridad legislativa. Y la defensa de tal criterio alternativo debería trascender razones relacionadas con la comodidad o la razonabilidad, las cuales, si bien son atendibles, no suponen la existencia de un error de individuación, que es lo que podría justificar el apartamiento de la consecuencia jurídica que parece surgir de la aplicación sin más del art. 23 de la ley 26.122. En otras palabras, la posibilidad de hablar de error supone la existencia de algún —o al menos algunos— criterios de corrección, porque solo es posible errar allí donde existe la posibilidad de discernir entre cursos de acción correctos e incorrectos, y no meramente convenientes o inconvenientes.

Si la numeración dada por la autoridad legislativa puede ser totalmente discrecional, tal como parece evidenciarse en el caso bajo análisis, ¿contamos con algún criterio de individuación de normas alternativo a la mera voluntad de la autoridad? ¿Puede la teoría del derecho proporcionarlo?

Como se anticipó, desde el punto de vista de la teoría, la pregunta por un criterio de individuación de normas nos sumerge en cuestiones filosóficas para nada sencillas.

---

[8] Una pauta para sostener esa afirmación es que, al iniciarse algunas acciones de inconstitucionalidad contra el decreto 70/2023, las resoluciones judiciales que admitieron cautelarmente dichas acciones fragmentaron de hecho el decreto en títulos, en base a razones de competencia. Es así que actualmente se encuentra suspendida la vigencia de algunos títulos referidos a esas acciones judiciales hasta tanto se dicte resolución definitiva, pero el resto sigue vigente. Sin embargo, este «fraccionamiento» del decreto en sede judicial por razones de competencia y a efectos de evaluar su constitucionalidad, no resulta decisivo para dirimir la cuestión jurídica de si, a efectos de su vigencia, las Cámaras del Poder Legislativo podrían válidamente «fraccionar» el decreto por títulos en pos de su aceptación o rechazo sin violar el impedimento del art. 23 de la Ley 26.122.

3. CUESTIONES FILOSÓFICAS

3.1. Sobre la distinción entre norma y formulación normativa (o disposición)

Previo a todo, cabe señalar la distinción teórica que media entre criterios de identificación y criterios de individuación. Un criterio de identificación es el que permite determinar qué hace que una cosa sea eso y no otra cosa; en el caso, qué hace que algo sea una norma jurídica y no, por ejemplo, una mera orden, una norma social, o una proposición, una formulación lingüística, etc. En cambio, un criterio de individuación es el que permite distinguir, dentro de un mismo tipo de entidades, qué hace que un elemento sea uno u otro: en el caso, qué permite distinguir a una norma jurídica de otra [9]. Cuando se tiene un criterio de individuación de ciertas entidades (*i.e.*, se puede decir si son la misma entidad o distintas) se las puede, además, contar.

En torno a la identificación de normas, la teoría del derecho ha distinguido entre norma y formulación normativa, distinción también aludida como aquella entre norma y disposición. El fundamento de la distinción se basa en la que se hace en filosofía del lenguaje entre proposición y oración. Siguiendo esta idea se ha entendido que, por un lado, está la formulación normativa o disposición, esto es, el objeto empírico constituido por una entidad lingüística, que puede consistir en una proferencia verbal o en una inscripción gráfica [10], y por el otro, la norma, de la que se dice de manera general que constituye *el significado* de la formulación normativa o disposición jurídica. Como analicé en otro lugar, esta idea puede resultar un tanto oscura y ser entendida de diversos modos [11].

La distinción entre norma y formulación normativa resulta relevante en lo concerniente a los criterios de individuación, porque muestra que no hay una relación biunívoca entre ambos tipos de entidades. Dos formulaciones distintas pueden expresar una única norma, por ejemplo: «No se puede fumar

---

[9] Al respecto, véase Narváez, 2015: 79.

[10] A su vez, puede hacerse referencia a la formulación normativa como tipo (*type*), es decir, a la clase de esas entidades lingüísticas o como caso (*token*) referenciando a un ejemplar de esa clase proferido en una ocasión particular.

[11] En Scataglini, 2022 señalo que la distinción entre norma y formulación normativa no es utilizada en la teoría del derecho de manera unívoca ni con el mismo alcance. Según sea la explicación de que se trate, la distinción es asumida con diferentes sesgos y con consecuencias diversas; ello se ve, por ejemplo, al comparar el escepticismo interpretativo de la denominada «Escuela genovesa» con el enfoque disposicional de Alchourrón 2000. A su vez, si esta distinción se entiende de manera radical, esto es, como sugiriendo que al toparnos con un texto escrito o una proferencia verbal estas son meras concatenaciones de «marcas de tinta» o «ruidos», que no dicen nada, y a las cuales recién en una instancia interpretativa posterior asignamos significado, la distinción resulta ininteligible. Pensar una oración como *no significando* es dejar de concebir el lenguaje como lo que es: la práctica compartida de referirnos al mundo y a nosotros mismos mediante el uso de signos.

en lugares cerrados» y «Es obligatorio no fumar en lugares cerrados» son dos formulaciones normativas distintas que expresarían la misma norma. Por otra parte, teniendo en cuenta la posible textura abierta del lenguaje, se afirma que la formulación «No se puede fumar en lugares cerrados» podría expresar dos normas distintas: aquella que alcanza solo a los ámbitos cerrados por paredes o aquella que incluye también a lugares semi-abiertos como quinchos, carpas, o lugares techados pero sin paredes.[12].

A partir de la distinción entre norma y formulación normativa, explícita o implícitamente aceptada por muchos teóricos del derecho, se ha tratado de explicar qué tipo de entidades son las normas. En tanto lo que se busca es distinguir a las normas de textos o entidades lingüísticas, por un lado, y, por el otro, rechazar la asimilación de las normas a meras prácticas o hechos, en general se ha afirmado que las normas son objetos abstractos o entidades ideales.

3.2. Las normas como entidades abstractas ¿se pueden contar?

Uno de los ejemplos paradigmáticos de concebir a las normas jurídicas como entidades abstractas o ideales es la llamada concepción hilética de las normas (Alchourrón y Bulygin, [1981] 1991). Bajo esta concepción, las normas son entidades semejantes a las proposiciones, es decir, significados de oraciones, pero de oraciones normativas (que establecen lo que debe ser, no lo que es). Cabe destacar que en la concepción hilética, las normas son independientes del lenguaje, en el sentido de que su existencia no depende de expresión lingüística alguna: se trata de entidades abstractas, puramente conceptuales Bulygin 1991: 174)[13].

En una veta que busca conciliar la idea del derecho con la de una práctica social, se ha sostenido que las normas jurídicas bien pueden ser concebidas

---

[12] Este tipo de ambigüedad de las disposiciones como expresando dos o más normas posibles entre las cuales el intérprete está llamado a elegir es sostenido por los defensores de la «Escuela genovesa» que defienden una posición escéptica de la interpretación jurídica. Sin embargo, en este marco también se ha dicho que las normas no son significados entendidos como objetos abstractos sino una (nueva) disposición interpretada; es decir como otro enunciado con la misma naturaleza lingüística de la primera. (Guastini ([1996] 1999: 100-101). En la misma línea, Chiassoni entiende la actividad interpretativa como consistente en traducir una disposición en una o más normas explícitas, es decir, reemplazar el enunciado-disposición con uno o más enunciados-normas presentados como comunicativamente equivalentes del primero (Chiassoni, 2019: 193). Sin embargo, así entendido, el escepticismo interpretativo tiene el problema de incurrir en un regreso al infinito.

[13] En la concepción hilética el contenido conceptual de una norma está compuesto por dos componentes: su contenido descriptivo y un operador deóntico (por ej. O= *Obligatorio*) que forma parte de dicho contenido. Alchourrón y Bulygin [1981] 1991: 123-124). En su contrapartida, la concepción expresiva, las normas son entidades lingüísticas —empíricas— que constituirían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje; el signo «!» muestra lo que el hablante está haciendo (*i.e.*, ordenar) pero no contribuye al significado del contenido conceptual que es unitario y permanece inalterado independientemente del acto de habla del cual es objeto.

como significados —y en tanto tales de existencia abstracta— que sobrevienen o emergen a partir de ciertas prácticas (Redondo, 2018: 75-76). De manera más específica, se ha dicho que las normas son entidades abstractas que están constituidas en virtud de —o fundadas en (*grounded in*)— criterios sociales (Caballero, 2022: 38, 49)[14]. Asimismo se ha considerado a las normas como «artefactos», esto es, entidades abstractas que son *creadas* por los seres humanos en un momento determinado para cumplir cierta función (Mañalich, 2024). Por su parte, Navarro y Rodríguez (2022) caracterizan a las normas como entidades abstractas o significados de (posibles) formulaciones lingüísticas o de prácticas sociales, pero que incorporan factores pragmáticos como parte de su contenido, y en tanto tales expresan nuestras preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real[15].

Siguiendo a Lewis (1986), Agüero-San Juan (2022) explica que un modo de caracterizar a los objetos abstractos es presentándolos como aquellos que carecen de ciertos rasgos poseídos paradigmáticamente por objetos concretos. Es decir, caracterizar a las entidades abstractas a partir de las propiedades que *no* poseen. Es aceptado en términos generales que el rasgo principal de los objetos abstractos es que, a diferencia de los objetos concretos, no pueden ser identificados en el espacio-tiempo[16].

En lo que respecta a las normas jurídicas, no parece haber controversia en relación con la carencia de ubicación espacial; las normas jurídicas, si son objetos abstractos, no ocupan ningún lugar en el espacio.

El de la atemporalidad es un aspecto más complejo. En principio, las entidades abstractas son atemporales; sin embargo, resulta intuitiva la idea de que una norma jurídica comienza a existir en un momento histórico determinado, específicamente cuando se incorpora a algún sistema jurídico existente. En este sentido se ha dicho que se puede asumir un criterio empírico de pertenencia a un sistema jurídico para las normas positivas, sin que ello implique concederles existencia empírica (Caracciolo 1997: 175), y en esta línea se ha defendido la atemporalidad, considerándose a la existencia relativizada a un sistema como «*aparente* dimensión temporal» de las normas (Rodríguez 2024: 148)[17].

---

[14] Para un panorama de la noción de fundamentación o dependencia metafísica (*grounding*) basada respecto de las normas jurídicas principalmente en los enfoques de Epstein (2015) y Schaffer (2009), ver Caballero 2022: 52-57, y también Diamond (2024).

[15] Para una reciente discusión acerca de la ontología de las normas en la que intervienen algunos de los autores mencionados, véase Mañalich 2024, Rodríguez 2024, entre otros en *Revista Discusiones*.

[16] Otras de las características principales de los objetos abstractos son la de no ser mentales y no ser causales. Detalles de esta caracterización se encuentran en Agüero-San Juan, 2022: 88-93.

[17] La cursiva es mía.

Es cierto que si pudiéramos decir que una norma comienza a existir en un determinado momento tendríamos un principio de individuación, puesto que podríamos distinguir una norma que comienza a existir en el tiempo1 de otra que comienza a existir en el tiempo2. Sin embargo, como se advierte a partir de los párrafos precedentes, la posibilidad de asignar temporalidad a las normas en tanto objetos abstractos no es en absoluto pacífica.

Más allá de esa cuestión controvertida, lo importante es lo siguiente: si se asume la distinción entre normas y formulaciones normativas —que es precisamente la que da lugar a la caracterización de las normas como entidades abstractas— que dispongamos de criterios de individuación espacio-temporales para las formulaciones normativas no puede ser de utilidad para la individuación de normas, y ello en razón de la ausencia de correlación biunívoca entre ambos tipos de entidades.

Narváez lo pone en términos de dilema:

> «o bien usamos como criterio de individuación uno también extensional: una frase escrita determinada, unas palabras pronunciadas, una inscripción, en cuyo caso se frustra el propósito de individuación al poder tener todas esas entidades empíricas más de un sentido; o bien usamos un criterio que apunta a la intensión, o sentido de esa entidad, en cuyo caso ya no podemos tratar las normas como "entidades discretas" de conocimiento» (Narváez 2015: 79).

En síntesis, si distinguimos las formulaciones normativas de las normas, advirtiendo que las primeras son entidades espacio-temporales y las normas objetos abstractos, ¿cómo hemos entonces de individuar y/o contar normas —en tanto entidades abstractas—?

Con lo anterior no quiero argüir que las normas son sus formulaciones. Asimilar las normas a textos o proferencias me parece un grave error. Pero que en pos de evitar ese error se afirme sin más que las normas son objetos abstractos no parece una buena solución. Esa afirmación acarrea serios problemas, entre ellos el que aquí se examina en torno a la posibilidad de individuar y contar normas. Parece que se requiere un análisis de otro tipo.

3.3. Un análisis desde un punto de vista lógico

3.3.1. A la luz de Frege

Para plantear con claridad este problema es necesario primero introducir brevemente algunas nociones del análisis de Frege sobre las proposiciones.

Frege concibió dos tipos de entidades lógicas, conceptos y objetos (los llamaba respectivamente «funciones» y «argumentos», usando terminología matemática). Los conceptos o predicados lógicos son *lo* que puede ser dicho

acerca de alguien o algo; los objetos o individuos lógicos son las entidades *acerca de las cuales* puede decirse algo. Cuando ambos se combinan, esto es, cuando un objeto cae bajo un concepto, ello da forma a un contenido judiciable (*Gedanke*, FREGE (1918/19), usualmente traducido como proposición).

En el análisis de Frege, conceptos y objetos constituyen dos categorías ontológicas distintas e irreductibles. La naturaleza distinta de los dos tipos de entidades se muestra en el simbolismo lógico: las letras mayúsculas *P*, *Q*, etcétera, (letras predicativas) se usan para los conceptos; por su parte *a*, *b*, *c* (constantes de individuos) para los objetos. Consideremos *P* como el predicado «es un caballo» y *a* como «Pegaso». Los predicados tienen una naturaleza insaturada o incompleta; en el simbolismo ello se muestra por un lugar vacío al lado de la letra predicativa (algo así como: «*P*…»). Por el contrario, los individuos lógicos son saturados o completos.

Cuando se necesita decir algo no sobre individuos determinados, sino sobre todos, algún o algunos individuos sin determinar se requieren los cuantificadores. ∀ (Cuantificador Universal) representa el significado de "todos", y ∃ (Cuantificador Existencial) representa el significado de «Existe algún» o «algunos» o expresiones similares del lenguaje natural. Los cuantificadores ligan a las variables lógicas como *x*, *y, z*, etcétera.

Los predicados, en tanto incompletos o insaturados —también llamados términos generales— denotan conceptos o relaciones. Por su parte, los objetos lógicos o términos singulares pueden denotar entidades concretas (personas, animales, objetos físicos) o abstractas: (clases, números, proposiciones, etcétera) esto es, nombres completos o saturados que pueden ocupar el lugar de una variable. Así, podemos hablar de objetos concretos o de objetos abstractos, pero aquello *de lo que hablamos*, a lo que nos referimos, no debe ser confundido con *lo que decimos* (o predicamos) de aquello de lo que hablamos.

Tomemos como ejemplo el término «perro». La expresión «… es un perro» (*P*…), es un término general, esto es, predica de cierto individuo que tiene el atributo o propiedad de ser perro (*i.e.* que cae bajo ese predicado). Lo mismo sucede con «…es negro» o «…ladra» [18]. Como se dijo, cuando se quiere hablar de un individuo particular, esto es, un perro determinado, en el vocabulario lógico recurrimos a las constantes que nombran términos singulares como *a*, *b*, etcétera; por su parte, en el lenguaje natural lo hacemos mediante nombres

[18] Como se advierte a partir de los ejemplos, los predicados lógicos pueden corresponder a términos que, gramaticalmente, son disímiles: tanto a un sustantivo (en ese caso, al expresarlo en el lenguaje natural luego de «es» se suele agregar «un» o «una»), a un adjetivo, o a un verbo. Esas diferencias gramaticales no son relevantes desde el punto de vista lógico, ya que en todos los casos corresponder a algo que decimos acerca de aquello de lo que hablamos. Al respecto, ver QUINE, (1960) 2001: 132.

propios (Lassie, Milú, Spike) o mediante expresiones indexicales como «Este perro», o descripciones definidas como «El perro de Tintín»[19].

Frente a aseveraciones de la forma, «*Pa*», «*Pb*», en las que «*a*» y «*b*» son términos singulares y *P*… el término general «…es un perro», puede tener sentido preguntarse si estamos hablando de un solo perro o de dos. Para ello, se requiere un criterio de identidad, que permita decir si *a=b* o si *a±b*. Las expresiones de identidad o no identidad permiten individuar —y por lo tanto contar— los objetos a los que se hace referencia mediante el uso de términos singulares. En el caso de los objetos físicos, tenemos la posibilidad de individuar recurriendo a la ostensión o a nociones espacio-temporales: si «*a*» ocupa el lugar1 y «*b*» ocupa el lugar1, entonces *a=b*: se trata del mismo perro, pero si «*a*» ocupa el lugar1 y «*b*» ocupa el lugar2, en el mismo tiempo, entonces *a±b*, por lo que estamos hablando de dos perros distintos.

Pasemos a las normas. Al igual que «perro», el término «norma» puede figurar como un término singular, por ejemplo, en contextos como «Tal norma es razonable»", o, en cambio, en contextos en los que aparece después de la cópula «es», por ejemplo: «Esto es una norma», o sea, como un predicado que dice de una entidad que tiene la propiedad de ser una norma, que cae bajo el concepto. Veamos cada caso.

a) Como término singular

En el primer contexto, cuando queremos nombrar o *hablar de* una norma (*i.e.*, como término singular) en el lenguaje simbólico tenemos las constantes de individuo: *a*, *b*, etcétera. Pero siendo las normas entidades abstractas —y a diferencia de lo que sucedía en el ejemplo de los perros— no podemos recurrir a la locación espacio-temporal para distinguir si estamos frente a una misma norma o dos distintas porque las normas no ocupan ningún lugar. Sí podemos, por supuesto, usar el lenguaje natural para expresar las normas *de la cuales* hablamos y así distinguir unas de otras. El problema es que al hacerlo solo podemos recurrir a formulaciones normativas, sea mencionándolas de manera entrecomillada, por ejemplo, «"Está prohibido fumar en lugares cerrados" es razonable», o usando la cláusula «que» (*i.e.*, «Que esté prohibido fumar en lugares cerrados es razonable»), o simplemente la identificación numérica:

---

[19] Como es sabido, respecto de las descripciones definidas, Russell ([1905] 1996) mostró que algunas de las oraciones que las contienen pueden no ser denotativas (es decir, no nombrar nada) porque no existe ningún individuo del cual se esté hablando; así sucede con el célebre ejemplo «El actual rey de Francia es calvo». Al respecto Russell destaca que, si bien esa oración no es denotativa, no es carente de significado, sino que, por el contrario, puede ser verdadera o falsa; de hecho, es falsa. Ello se muestra a través de su análisis en dos proposiciones en conjunción: «Existe un x tal que: x es el actual rey de Francia y x es calvo»; la primera de esas proposiciones es falsa, lo que torna falsa a la conjunción. Como se verá luego, Quine generalizó este análisis a todos los nombres.

«El artículo tal de la Ley del Tabaco». Ahora bien, todas estas son —o refieren a— formulaciones normativas y de ellas habíamos dicho que no eran correlacionables unívocamente con las normas (porque pueden expresar más de una) por lo cual, y como ya se dijo, no podemos usar formulaciones normativas para individuar normas[20].

Hay que aclarar que no todos los objetos abstractos presentan problemas a efectos de la individuación. Las clases y los números son objetos abstractos. Las clases —para no hablar del caso especial de los números— pueden distinguirse unas de otras y por lo tanto ser individuadas y contadas; ello mediante el recurso de definir la clase por extensión, es decir, mencionando a cada uno de los miembros que ella contiene. De este modo, dos clases son idénticas si tienen los mismos miembros, y son distintas —y en tal caso podemos decir cuántas son— si tienen distintos miembros. Así, con las clases se dispone de un criterio de identidad que es extensional y por lo tanto son objetos abstractos que pueden distinguirse unos de otros, individuarse y contarse.

Es por esta razón que un filósofo como Quine no tiene problemas en admitir la existencia de objetos abstractos como las clases (*i.e.,* como algo que puede ser nombrado por un término singular, es decir, ocupar el lugar de una variable) pero sí en admitir la existencia de otras entidades abstractas como las proposiciones, los atributos o los objetos intensionales, a los cuales considera innecesarios y reemplazables por las clases[21].

Pero ¿qué querría decir que los atributos son reemplazables por clases? Desde ya, decir «Existe un x tal que x es una norma» no es lo mismo que «Existe un x tal que x es la clase de las normas». Ahora bien, en cualquiera de los dos casos, ya hemos pasado al segundo contexto mencionado, esto es, cuando «norma» —y también «clase de las normas»— son predicados, esto es, *lo que se dice de* una entidad. En rigor, esta es la maniobra de Quine: eliminar todos los nombres de manera que el lugar de los términos singulares sea ocupado solo por variables cuantificadas (Existe un x tal que x tal y tal) y convertir todo lo demás en predicados o términos generales, de manera que ser (una entidad) sea ocupar el lugar de una variable. (Quine, [1962] 1981: 303).

---

[20] Este es el problema principal señalado en Narváez, 2015 y citado en la Sección 2 en forma de dilema.

[21] Dice Quine: «¿Pero cuál es la diferencia entre clases y atributos? […] Las clases y los atributos son igualmente abstractos y no espaciales […] y no hay ninguna diferencia entre las clases y los atributos, fuera, quizás de la siguiente: las clases son las mismas cuando sus miembros son los mismos, mientras que los atributos pueden ser considerados diferentes aunque sean poseídos por los mismos objetos […] la única diferencia entre clases y atributos reside, como hemos visto, en la condición de identidad, y a este respecto las clases son mucho más claras que los atributos» (Quine, [1943] 1973: 136). Es por ello por lo que en la ontología quineana solo existen objetos físicos y clases, todos los cuales pueden cuantificarse, individuarse.

b) Como término general

En este contexto hay dos problemas: el primero se relaciona con una crítica formulada por Hugo Zuleta (1982: 146/151) a Quine, cuestionando al filósofo estadounidense que, tras haber planteado como dos distinciones independientes —la que media entre términos singulares y términos generales por un lado, y aquella otra entre términos concretos y términos abstractos por el otro— termine ocupándose solo de los objetos abstractos (en particular de las clases), creyendo con ello haber dado cuenta del problema de los «universales» —en la terminología de Zuleta— esto es, de los atributos o lo denotado por los predicados (*Ibid.*: 149). El núcleo de la crítica —que Quine responde— parece ser que hablar de clases no es lo mismo que hablar de atributos[22].

Pero aquí hay que ir con cuidado porque, siguiendo a Frege, objetos y conceptos (o atributos) son dos categorías ontológicas irreductibles (*i.e*. aquello *de lo que* hablamos, y *lo que* decimos acerca de, respectivamente) por lo cual, y en rigor, los predicados (o términos generales), no pueden estar en el lugar de los nombres (o términos singulares), ya que no nombran nada. Sin embargo, sucede que podríamos querer hablar o decir algo acerca de atributos o conceptos, y esto implicaría ponerlos en el lugar de términos singulares (*i.e.*, aquello *de lo que* hablamos). Esto da lugar a la paradoja del concepto: al afirmar «El concepto caballo es un concepto», «El concepto caballo» figura como un término singular del cual decimos algo, entonces se refiere a un objeto y no a un concepto, pero obviamente estamos haciendo referencia y hablando de un concepto. Ante la necesidad expresiva que surge cuando queremos decir algo acerca de conceptos o atributos —lo que parece violar la distinción fregeana entre concepto y objeto— el propio Frege apela a la buena intención del lector, al que le requiere «un grano de sal» para entender lo que se quiere decir Frege ([1892] 1996: 220-221)[23].

En el marco de esa licencia fregeana podría interpretarse la sugerencia de Zuleta de que es posible tratar a los predicados como nombres que denotan conceptos o relaciones, aunque tratándolos como nombres incompletos (y no completos como los que denotan individuos o clases). De este modo, señala, se puede distinguir claramente el problema de los universales, como el problema de lo denotado por los términos generales, del problema de los objetos

[22] Para la crítica completa, con todos sus detalles técnicos, y la respuesta de Quine, véase Zuleta (1982) y Quine (1982) en *Análisis Filosófico. Dedicado a la Filosofía de W.V. Quine*.

[23] Frege reconoce: «Cuando quiero hablar de un concepto, el lenguaje me fuerza con violencia casi insoslayable a una expresión inadecuada, con lo cual el pensamiento queda oscurecido —casi diría falseado— [...] No podemos evitar palabras como «el concepto» pero debemos tener siempre presente su inadecuación. De lo dicho se desprende que objetos y conceptos son radicalmente distintos y no son sustituibles entre sí» (Frege [1892] 1996: 220).

abstractos —como las clases—, que es el problema de lo denotado por algunos términos singulares (Zuleta, 1982: 149).

Bien, más allá de esta controversia, surge un segundo problema que sería el siguiente: parece que para comprender en qué consiste tener el atributo o la propiedad de ser una norma jurídica y distinguirlo de otros atributos, tenemos ya que saber qué significa ser una norma jurídica.

Y aquí el significado de «[…] es una norma jurídica» no puede ser definido por extensión, esto es nombrando o señalando normas jurídicas, porque eso significaría no solo haber pasado a hablar de clases (*i.e.* la clase que contiene esos elementos) sino además volver a toparnos con el problema de que lo que nombramos como sus elementos no es otra cosa que formulaciones normativas. Por lo tanto, parece que tendríamos que dar cuenta del significado de «[…] es una norma jurídica» por intensión (*i.e.*, dar una definición, explicar el significado mediante palabras). Pero al intentar hacerlo, resulta que se suele reemplazar «norma jurídica» por otras palabras semejantes (por ejemplo, «hecho institucional» o «criterio social») que en última instancia presentarán el mismo problema de tener que ser definidas, y así sucesivamente, con lo que incurrimos en un regreso al infinito.

3.3.2. Significar y actuar normativamente

Parece que las normas presentan el mismo problema que los significados. Quizás por ello, Wittgenstein, en su segundo período, se rehusaba (aunque por razones distintas a las quineanas) a la reificación de los significados, esto es, a la tendencia a concebir a los significados como entidades y aún más, rechazaba la posibilidad misma de una teoría del significado, o cualquier tipo de explicación que intentara decir qué es el significado. Ahora bien, no poder dar una definición o explicación teórica del significado no constituye un obstáculo para que signifiquemos, ni para que existan condiciones para significar (*i.e.*, modos de hacerlo correctamente o no hacerlo), es decir, condiciones de significatividad, sobre las que podemos asimismo reflexionar, aun sin pretensión teórica[24].

[24] Precisamente, qué hace posible que signifiquemos es lo que preocupó a Wittgenstein durante sus dos períodos, aunque de maneras muy distintas. En las *Investigaciones filosóficas* (1953: 201) se plantea el problema del regreso al infinito de interpretaciones, proponiendo que «hay una captación de la regla que no es una interpretación». Ahora bien, con ello no se quiere sugerir que cuando comprendemos una regla captamos *algo,* en el sentido de una entidad abstracta asociada con (o detrás de) las palabras. No hay nada «en el mundo» que sea «el significado de una formulación» entendido como *objeto* —más allá del objeto directo de la oración (en sentido gramatical)— de nuestra captación. Para algo más respecto de esta cuestión, véase Scataglini, 2021: 129-135.

En el mismo sentido, respecto de las normas, las suspicacias acerca de su naturaleza como entidades abstractas y contables, o los problemas acerca de su identificación como predicado o atributo, no impiden que sepamos desarrollar prácticas normativas, esto es, reconocer cursos de acción como correctos o incorrectos, justificar y criticar, aunque de hecho no tengamos en claro si las normas son algún tipo de entidad que podamos individuar o contar. Podría afirmarse que al igual que como somos capaces de *significar* sin necesidad de postular que existan «los significados» como entidades, también sabemos *actuar normativamente* sin necesidad de explicar la existencia de normas como objetos o entidades abstractas[25]. Adviértase que al utilizar la expresión verbal «actuar normativamente» en lugar de la de «seguir normas» se evita el lenguaje que sugiere la reificación y posibilidad de individuación de normas, y en cambio se pone el énfasis en que se trata de una actividad. Con todo, admito que la cuestión es sinuosa[26].

Una posible salida a esta situación podría ser la de evitar cualquier cuestión de carácter filosófico u ontológico acerca de las normas, su naturaleza y su individuación, y en cambio proponer una definición que pueda usarse en el marco de una teoría, y que resulte útil a nuestros fines.

3.4. La elucidación o reconstrucción racional de norma

3.4.1. La noción de elucidación (explication)

Lo último dicho recoge principalmente la propuesta carnapiana de reconstrucción lógica de un concepto o «elucidación»[27].

---

[25] En esta línea Narváez (2015: 6) señala: «[…] las normas jurídicas no son entidades de tipo alguno. Decir que las normas jurídicas son tal o cual tipo de entidad es un sinsentido filosófico. No sostengo que aquello a lo que se refiere la palabra "norma", en cualquiera de las acepciones del término al uso, no exista, sino que al hablar de normas, al utilizarlas, no necesitamos aceptar ningún tipo de entidad (ni empírica, ni abstracta, ni material, ni ideal, ni factual)». Y a partir de su análisis propone una concepción del derecho que entienda las normas como «calificación normativa de acciones», tomando como datos aquellos de carácter intensional y que son el producto de tomar en consideración creencias compartidas, expectativas recíprocas, actitudes y compromisos; señala que en ese marco lo único que se admite es que se emiten juicios de corrección e incorrección i*Ibid.,* 80-85). La propuesta de la autora parece apuntar a que hablar de «calificación normativa de acciones» no acarrea los mismos problemas que hablar de otros reemplazos para «norma».

[26] Mi interés en mantener una noción de «actuar normativamente» que dé cuenta del carácter pragmático (*i.e*., práctico) y a su vez normativo de nuestras actividades intersubjetivas en tanto seres hablantes, reside en que encuentro varias ventajas en el marco de una explicación inferencialista del significado (Brandom, 1994, entre otros). Sin embargo, hasta qué punto el inferencialismo -en tanto explica el significado como constituido por «normas implícitas en prácticas»- puede evitar, a la vez, la reificación de los significados y la de las normas, es un interrogante a analizar; pero no será en esta oportunidad.

[27] Carnap (1950b: 2) usa la palabra inglesa *«explication»* (en el ámbito de habla hispana traducida como «elucidación») para referirse a este medio por el cual se define un término en el marco de una teoría.

Carnap entiende que podemos prescindir de preguntas ontológicas acerca de si las entidades abstractas «existen» o «qué tipo de entidad son» y en cambio ocuparnos de realizar un análisis lógico o racional de los conceptos.

Señala que, para poder hablar de entidades de un nuevo tipo, como por ejemplo entidades abstractas, previamente se debe construir un marco lingüístico o universo del discurso mediante la introducción de definiciones precisas[28]. Esas definiciones determinarán cómo han de entenderse las entidades definidas *dentro del marco*. Así, cabe distinguir dos tipos de cuestiones de existencia: cuestiones acerca de la existencia de ciertas entidades del nuevo tipo *dentro del marco* (cuestiones internas*);* y, en segundo lugar, cuestiones concernientes a la existencia o realidad *del sistema de entidades como un todo* (cuestiones externas). Las primeras se formulan usando las nuevas expresiones —por lo que solo tienen sentido dentro del marco— y se llega a las eventuales respuestas mediante métodos lógicos o empíricos. Las segundas, como por ejemplo las cuestiones ontológicas, constituyen problemas filosóficos cuyas eventuales respuestas —si las hubiere— no tienen contenido cognoscitivo, constituyen pseudo-cuestiones (Carnap, 1956, 1950a). Así, lo único que en el ámbito externo cabe hacer es dirimir una cuestión práctica: decidirnos por la propuesta que nos resulte útil o conveniente a los fines planteados, rigiendo a este respecto la idea de tolerancia.

La metodología de reconstrucción lógica o elucidación consiste entonces en tomar un concepto que parece útil a fines teóricos y prácticos, pero cuyo uso en el lenguaje corriente —o en una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico— es inexacto y vago, y transformarlo en un concepto exacto, o al menos más exacto que el primero. La expresión cuyo significado ordinario es difuso e inexacto —el *explicandum*— es reemplazada, a los fines científicos, por un término con significado preciso —el *explicatum*—, el cual constituye un uso técnico y fértil en el marco de una teoría (Carnap, 1956, 1950b).

Existen algunos interrogantes respecto de la metodología de la elucidación o reconstrucción racional. Por ejemplo, si lo que se quiere elucidar es un *concepto* o simplemente se trata de dar una definición precisa para el uso de un *término* o *expresión* en el marco de una teoría. El matiz no es trivial y pueden plantearse cuestiones al respecto; pero no entraré en ellas[29].

---

[28] Ejemplos paradigmáticos de elucidaciones son «par ordenado», «número», «conocimiento proposicional», «verdad», entre otras.

[29] Esta cuestión se relaciona con otra más profunda, a saber, la de si puede hablarse de una elucidación «correcta» o si no hay tal cosa. Respecto de la primera cuestión, Carnap se detiene en aclarar que lo que le interesa son los conceptos y no las palabras (1950b: 6); sin embargo, Quine, siguiéndolo, parece entender que de lo que se trata es de estipular un nuevo significado para un *término* (Quine [1960] 2001: 340-341). Respecto de la segunda cuestión, Carnap es oscilante: en «On explication» y en *Meaning and Necessity* dice firmemente que no podemos decidir de una manera exacta si una estipulación es correcta o errónea y que esa cuestión no tiene mucho sentido ya que no existe una respuesta

3.4.2. La elucidación de norma en el ámbito jurídico

En el ámbito jurídico, esto es lo que han hecho Alchourrón y Bulygin ([1971] 2002) con los conceptos de sistema normativo, laguna, y asimismo el de norma (*ibid.*: 30).

Específicamente respecto de las normas, los autores argentinos señalan que el método que utilizan supone un análisis sobre expresiones lingüísticas y no sobre sentidos ideales o esencias, y declaran expresamente que se oponen a la visión que entiende a las normas como entidades ideales (sentidos o significados) (*ibid.*: 24), aclarando a su vez que su opción no significa necesariamente un prejuzgamiento acerca del *status* ontológico de las normas, ya que en su análisis solo se presupone que las normas son expresables en el lenguaje (*ibid.*: 99)[30].

En este marco, las normas son definidas como expresiones que correlacionan casos con soluciones normativas. Los casos son situaciones o estados de cosas en que se presenta una o más propiedades relevantes; estos pueden estar caracterizados por propiedades normativas (deónticas) o por propiedades naturales (*ibid.*: 100). Las soluciones normativas se constituyen a través de la relación entre las acciones del universo de acciones y algún operador deóntico (Obligatorio: O, Prohibido: Ph y Permitido: P).

Así, la elucidación del concepto de norma consiste en un enunciado sintáctico que expresa la correlación de un caso con una solución normativa. En forma de esquema:

$$C \rightarrow SN$$

Bajo esta reconstrucción, el siguiente enunciado es una norma:

«Si el adquirente es de mala fe, entonces está obligado a restituir el inmueble al propietario»

En esta norma, «mala fe del adquirente» es el caso, y «obligatorio restituir» la solución normativa. (*ibid.*: 37).

Podemos representar esa norma mediante el lenguaje simbólico que utiliza los operadores deónticos en la solución normativa, escribiendo:

$$OR/\sim BFA$$

---

neta; lo importante es si la propuesta es satisfactoria (1950b: 3-4). Sin embargo Coffa (1975: 50-57) ha señalado que en ocasiones Carnap parece avalar la idea de que el *explicatum* capte el «significado real» del *explicandum,* lo que resulta ambiguo. Para una discusión sobre este punto véase Coffa (1975) y Simpson (1975).

[30] Cabe aclarar que, con posterioridad a la obra fundante de 1971, los mismos autores sí incursionaron en la naturaleza ontológica de las normas, proponiendo una dicotomía entre la concepción hilética y la concepción expresiva, por ejemplo, en Alchourrón y Bulygin ([1981] 1991).

O lo que es equivalente:

$$\sim \text{BFA} \rightarrow \text{OR},$$

Cabe destacar que en esta elucidación solamente son normas las normas hipotéticas, esto es, las que contienen una condición de aplicación explícita (el caso). De este modo, las llamadas por VON WRIGHT (1963) normas categóricas, quedan afuera de la definición de norma (ALCHOURRÓN y BULYGIN [1971] 2002: 79). Del mismo modo, quedan afuera las definiciones, es decir, los enunciados que no establecen obligaciones ni permisiones, sino que correlacionan casos con casos, por ejemplo, el tener menos de tantos años con ser menor de edad; este tipo de enunciados constituyen definiciones (y no normas) (*ibid.*: 100), más allá de que en el lenguaje corriente, en cuanto aparecen en corpus normativos, son consideradas normas jurídicas.

Lo anterior sirve para poner de manifiesto que las elucidaciones no necesariamente siguen el uso del término en el lenguaje corriente. De hecho, al tratarse de una definición que se propone ser más precisa que el uso ordinario, *explicandum* y *explicatum* necesariamente no son coextensivos. Aunque también vale la pena destacar que el método no pretende reformar los usos lingüísticos ordinarios; lo que intenta es contar con una definición que sea fértil a determinados fines teóricos.

Así, lo que cabe preguntarnos es si el método puede arrojar alguna luz al problema que venimos planteando que es el de la individuación de normas.

3.5. ¿Es útil la elucidación de norma a los efectos de la individuación?

Habiendo dejado de lado las preguntas ontológicas acerca de la naturaleza de las normas y los problemas que se presentaban al considerarlas como objetos abstractos, o inclusive como un atributo, lo que ahora interesa es si a partir de esta elucidación de norma como caso-solución normativa es posible responder la pregunta —interna, en términos carnapianos— de cuántas normas hay en un material legislativo determinado.

Dijimos al comienzo que el modo de individualizar normas jurídicas en el uso corriente era identificado una norma con una formulación normativa siguiendo el articulado. Sin embargo, cabe a su vez señalar que los términos teóricos «formulación normativa» o «disposición» son también ambiguos, ya que no es claro si siguen el articulado dado por la autoridad normativa (*i.e.*, «art. 1», «art. 2»), o si más bien se identifican con una oración en sentido gramatical (por ejemplo, unidades lingüísticas separadas por signos de puntuación o con un sujeto gramatical determinado, etcétera). Según el criterio del articulado, habría una única formulación normativa por artículo de una ley; en cambio, según el segundo criterio podría haber dos o más formulacio-

nes normativas en un único artículo que contuviera, por ejemplo, dos o más oraciones. Pero en cualquier caso esta ambigüedad podría aclararse mediante alguna convención teórica, sin mayores inconvenientes.

Más allá de ello, lo que resulta importante aclarar es que la norma entendida como la correlación caso-solución normativa no se equipara a una formulación normativa (en ninguno de los dos sentidos posibles mencionados). Se trata, en cambio, de una estructura sintáctica que brinda un esquema compatible con una *norma.* En razón de ello, el «problema» de que una formulación normativa puede expresar distintas normas es algo que esta elucidación permite poner de manifiesto, y a la vez constituye una herramienta para la desambiguación[31].

Esto implica un avance teórico a efectos de la individuación de normas, porque contamos con un enunciado —expresable en el simbolismo lógico— que permitiría «colocar» dentro de la estructura C→SN *una única* norma, expresada en lenguaje simbólico, y de ese modo no solo eliminar la ambigüedad del lenguaje natural, sino a su vez individualizar la norma de manera diversa a la formulación normativa.

Pero hay que aclarar que una norma entendida como C→SN, no corresponde a una unidad *mínima* de sentido, como lo sería, por ejemplo, que el caso esté conformado por una única propiedad (como equivocadamente podría pensarse si se tiene en mente alguna analogía con una proposición atómica). Por el contrario, el caso puede estar conformado —y así sucede usualmente— por más de una circunstancia y estas pueden a su vez estar contempladas en distintas formulaciones normativas, sea que se considere a estas como distintas oraciones gramaticales o como distintos artículos de una ley.

Por ejemplo, tomemos el art. 79 del Código Penal argentino que reza: «Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años, al que matare a otro». Considerando la elucidación de norma en términos de C→SN, la norma no sería algo así como M→OS8/25, sino que el caso debería reconstruirse incluyendo las excepciones explícitamente contempladas en otras partes del Código Penal, por ejemplo, que no se haya actuado en defensa propia (DF), lo cual está regulado en el inciso 6° del art. 34 de ese cuerpo normativo. De manera que obtendríamos, por ejemplo, M∧¬DF→OS8/25[32]. Del mismo modo, deberíamos seguir expandiendo el antecedente hasta incluir las demás excepciones contempladas

---

[31] Ello se ve claramente en los casos de la denominada ambigüedad sintáctica, en que una formulación normativa puede expresar dos normas distintas en relación con su construcción gramatical. En esos supuestos, la estructura C→SN permite desambiguar los dos significados posibles de la formulación usando las mismas propiedades, pero construyendo el caso de manera diversa a partir del uso apropiado de las conectivas lógicas.

[32] En particular, la excepción de la defensa propia regulada en el inciso 6° del art. 34 del Código Penal, prevé además, como subincisos, sus propias condiciones de procedencia.

por el artículo 34 del Código Penal, las que también formarían parte del caso como condiciones negativas[33].

Con ello vemos que esta definición de norma como C→SN es fértil a los fines de la sistematización y reformulación del sistema, que son tareas teóricas que buscan eliminar redundancias y obtener una base axiomática más reducida, esto es, obtener las mismas consecuencias con menos enunciados, que son los propósitos planteados por Alchourrón y Bulygin en el marco de su concepción de los sistemas jurídicos como sistemas normativos[34].

Así, podemos concluir que esta elucidación proporciona, efectivamente, un criterio de individuación de normas, en el sentido de que permite responder de manera unívoca y rigurosa la pregunta de cuántas normas (entendidas como caso-solución normativa) hay en un determinado material jurídico.

Ahora bien, los criterios de individuación pueden responder a diversos objetivos, y si bien el de manejarse con la menor cantidad de normas posible en la base axiomática es un propósito teórico valioso, también lo es el de no desviarse innecesariamente de la noción de norma en el uso corriente. Uno de los problemas con la propuesta de Alchourrón y Bulygin es que la noción de norma que se obtiene se aparta drásticamente de las intuiciones que, aunque laxas y difusas, utilizamos para individualizar normas en la práctica jurídica. Pero, además, también es cierto que aun dentro del ámbito estrictamente teórico, distintos objetivos pueden entrar en colisión, y la economía de enunciados no necesariamente es el que prevalece. Como señalan Navarro y Rodríguez (2014: 170) no existe una prueba canónica y aceptada para decidir cómo deben reconstruirse e individualizarse las normas jurídicas.

Más allá de estas consideraciones, la pregunta que resta abordar es si a partir de esta elucidación de norma podríamos sacar alguna conclusión con relación al análisis del Decreto de necesidad y urgencia 70/2023. Esto es ¿qué puede decirse específicamente respecto de la pregunta relativa a la posibilidad de hablar de un «error de individuación»?

---

[33] En esta ocasión no entraré en la cuestión de si, a los efectos de la reconstrucción de una norma, también deben contemplarse las excepciones implícitas. Para ello, véase Alchourrón, 2000.

[34] Alchourrón y Bulygin ([1971] 2002: 126-128) consideran el material normativo emanado de la autoridad como la base axiomática con la cual el teórico se encuentra; esta, sin embargo puede ser reformulada en pos de obtener el mismo sistema pero con una base más reducida y simple, lo cual constituye una de las tareas del teórico. Para mostrar lo anterior los autores ponen un ejemplo algo trivial, pero suficientemente claro: Supongamos que el jurista comprueba la existencia de las siguientes normas:

N1: Si hay mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso, procede la reivindicación.
N2: Si hay mala fe del enajenante, mala fe del adquirente y título oneroso, procede la reivindicación.
N3: Si hay mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y título gratuito, procede la reivindicación.
N4: Si hay mala fe del enajenante, mala fe del adquirente y título gratuito, procede la reivindicación.

Entonces el teórico puede reemplazar las cuatro normas por una única norma compleja normativamente equivalente (*i.e.*, que prevé las mismas consecuencias normativas), a saber:

N5: Si hay mala fe de enajenante, procede la reivindicación.

Recordemos que la cuestión planteada era si en la creación del Decreto de necesidad y urgencia 70/2023 podía hablarse de un error de ese tipo teniendo en cuenta la cuestión interpretativa que presenta el art. 23 de la Ley 26.122 al establecer el impedimento de introducir supresiones al texto del Poder Ejecutivo, rezando textualmente: «debiendo las Cámaras circunscribirse a la aceptación o rechazo de "*la norma"*»). Lo que se preguntaba, dicho de manera directa, es si desde el punto de vista de la teoría del derecho podía aducirse la existencia de un error de individuación, de modo de justificar el «fraccionamiento» de dicho decreto en distintas normas (por ejemplo, por títulos) a fin de proceder a la aprobación o rechazo a cada tema o título por separado.

Expresado a la luz de lo analizado ¿permite la elucidación de norma `*a la* Alchourrón y Bulygin responder la pregunta de si *hay* –entendiendo ahora «hay» en el sentido interno carnapiano– en el decreto 70/2023 más de una norma y en su caso cuántas?

En rigor, hay que decir que esta elucidación puede ser aplicada no para analizar el decreto de manera aislada sino en el marco del sistema normativo al cual este se incorpora. Ello porque la noción de norma entendida como la correlación caso-solución normativa forma parte de una teoría junto con otras elucidaciones con las que se encuentra relacionada, como lo son la de sistema normativo, laguna, etcétera. Así, la noción de norma propuesta resultaría fructífera a los fines de determinar cuáles son las nuevas consecuencias normativas que se obtienen a partir de la incorporación del Decreto 70/2023 al sistema preexistente, sistematizando y reorganizando la base axiomática con la cantidad mínima de enunciados. Si bien es cierto que la realización de esa tarea tendría características titánicas, debido a la cantidad de nuevo material normativo incorporado así como también a la cantidad de normas derogadas, se trataría de una tarea fundamental que esta elucidación de norma permite llevar a cabo. Con ello quedaría mostrado cuál es el aporte teórico que dicha elucidación proporciona: un concepto de norma y a la vez un criterio de individuación, a los fines de la sistematización y reformulación de la base axiomática del sistema.

Ahora bien, respecto de la cuestión jurídica de si con esta elucidación podría sustentarse una interpretación alternativa del art. 23 de la ley 26.122, en el sentido de proporcionar un argumento que muestre cuáles y cuántas son las normas contenidas en el decreto 70/2023, no hay una respuesta teórica decisiva. En este sentido, la elucidación de norma como caso-solución normativa no es una herramienta idónea para hablar de un error de individuación en la creación del derecho.

Lo que sí permitiría iluminar es un principio general de individuación en el sentido de que las circunstancias que conforman el caso no pueden ser concernientes a temas tan distintos como los que integran el decreto; a la luz de esta

elucidación no resulta inteligible que una misma norma refiera a cuestiones que no se relacionan sustantivamente entre sí. En este entendimiento, se podría construir un argumento tendiente a defender la posibilidad de fraccionar el decreto por temas o por títulos, pero ello sería solo un argumento interpretativo y no una conclusión teórica rigurosa obtenida a partir de la aplicación de esta elucidación de norma.

Ello a su vez muestra los límites de la elucidación: sirve para ciertos objetivos teóricos, no para responder todas las preguntas (por ejemplo, algunas preguntas sobre interpretación jurídica) y tampoco para resolver problemas filosóficos como los planteados en el apartado 3, cosa que, por cierto, es discutible que sea lo que se pretende cuando se propone una elucidación.

3.6. Resumen y conclusiones

Se partió de la pregunta acerca de si puede haber tal cosa como un error de individuación en la creación del derecho. Se señaló que a efectos de poder hablar de un error de individuación por parte de la autoridad creadora de normas debía proporcionarse algún o algunos criterios de individuación. La cuestión era si la teoría del derecho podía proporcionar un criterio que permitiera eludir la laxitud del uso ordinario de «norma» a nivel de la individuación, a la vez de constituir una alternativa a la mera discreción individualizadora por parte de la autoridad normativa.

Esta cuestión se reveló como importante no solo a los efectos teóricos sino también en el orden de la interpretación jurídica, a partir de la presentación del caso del Decreto 70/2023 como un ejemplo en el cual la tarea de individuación por parte de la autoridad resultaba relevante.

Mas la pregunta teórica por la individuación de normas resultó relacionada con complejas cuestiones filosóficas: si se parte de la distinción teórica entre norma y formulación normativa que parece conducir a la postulación de las normas como objetos abstractos, surgen serias dificultades a los efectos de la individuación, debido a la carencia de locación espacio-temporal de las entidades abstractas. Por su parte, en un análisis desde un punto de vista lógico, las normas como objetos intensionales o «ser norma» como propiedad o atributo tampoco presentan características tales que permitan la individuación.

Prescindiendo de cuestiones ontológicas o filosóficas, se analizó la elucidación del concepto de norma como la correlación caso-solución normativa. Dicha elucidación, si bien se reveló útil a efectos de la individuación de normas con el objetivo teórico de sistematización y reformulación de la base axiomática del sistema, resultó solo aplicable en el marco de una teoría que

concibe a los sistemas jurídicos como sistemas normativos, con la desventaja de alejarse demasiado de una noción intuitiva y corriente de norma.

Sin embargo, lo que la elucidación de norma alchourrón-bulyginiana sí permitió entrever es la base para un argumento interpretativo en pos de defender que cuando el art. 23 de la ley 26.122 limita el accionar de las Cámaras a la aceptación o rechazo de «la norma», ello podría entenderse no como haciendo referencia al decreto en su totalidad sino teniendo en cuenta algún criterio sustantivo de división por temas. Pero dejando en claro que ello sería la construcción de un argumento interpretativo con alguna raigambre en la teoría, y no la aplicación rigurosa de la elucidación de norma entendida como caso-solución normativa.

Así, a la pregunta de si la teoría del derecho puede brindar algún (o al menos algunos) criterios de individuación aplicables en la práctica jurídica a modo de pauta de corrección para determinar si se ha incurrido en un error de individuación, la respuesta, aunque resulte decepcionante, es negativa.

Pero, en cualquier caso, el recorrido ha servido para ponernos en alerta respecto de que la tarea de individuación de normas en la práctica jurídica no es inocua, sino que constituye una herramienta que puede ser utilizada por la autoridad a los fines de obtener determinadas consecuencias jurídicas. Y por su parte, en el ámbito teórico, que las elucidaciones, en tanto pueden responder a objetivos teóricos diversos, resultan útiles específicamente a efectos de esos objetivos. Si las elucidaciones carnapianas resuelven, disuelven o más bien permiten ignorar los problemas filosóficos, es algo que quedará para discutir en otro momento.

BIBLIOGRAFÍA

Agüero-San Juan, S., 2022: «¿Son las normas jurídicas entidades u objetos abstractos? Cuatro precisiones y sus alcances», *Isonomía,* 57: 69-101.

Alchourrón, C., 2000: «Sobre derecho y Lógica», *Isonomía*, 13: 11-34.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., [1981] 1991: «The Expressive Conception of Norms», en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London: Reidel. Hay traducción al castellano, «La Concepción Expresiva de las Normas», *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 121-152.

— [1971] 2002: *Normative Systems,* Vienna: Springer-Verlag. Hay traducción al castellano, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.

Brandom, R., 1994: *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment,* Harvard University Press.

Bulygin, E., 1991: «Normas, Proposiciones Normativas y Enunciados Jurídicos», *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 169-193.

Caballero, P., 2022: «Sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas», *Isonomía,* 57: 34-68.

Caracciolo, R., 1997: «Existencia de normas», *Isonomía,* 7: 159-178.

Carnap, R., 1956: *Meaning and Necessity*, 2ª ed. Chicago: Chicago University Press.

— 1950a: «Empiricism, Semantics, and Ontology», *Revue Internationale de Philosophie*, 11(4): 20-40.

— 1950b: «On Explication», en *Logical Foundations of Probability,* Chicago: University of Chicago Press: 1-18.

Coffa, A., 1975: «Dos concepciones de la elucidación filosófica», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 21(VII): 43-68.

Chiassoni, P., 2019: *El problema del significado jurídico*, México: Fontamara.

Diamond, A., 2024: «Moves & Rules: Addressing the Puzzle of Social Rule-Following», *Law and Philosophy*, en *https://link.springer.com/article/10.1007/s10982-024-09507-2* (última consulta realizada el 25 de septiembre de 2024).

Epstein, B., 2015: *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press.

Frege, G., [1918/19] 2013: «Der Gedanke. Eine logische Untersuchung», *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*. (I) : pp. 58-77. Hay traducción al castellano de Valdés Villanueva, L. M., «El pensamiento. Una investigación lógica» en Valdés L. M. Villanueva, Luis M. (ed.), *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid: Tecnos: 196-225.

— [1892] 1996: «Über Begriff und Gegenstand», en *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, (16), pp. 192-205. Hay traducción al castellano: «Concepto y objeto», *Gottlob Frege: escritos filosóficos*, Barcelona: Crítica: 207-222.

Guastini, R., [1996] 1999: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino, Giappichelli. Hay traducción al castellano de Ferrer, J.: *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.

Lewis, D., 1986: *On the plurality of worlds,* Oxford: Basil Blackwell Ltd.

Mañalich, J. P., 2024: «Las normas de comportamiento como artefactos deónticos», *Discusiones,* 32(1): 27-77.

Narváez, M., 2015: «Expresiones de normas», *Revus*, 25, en *http://journals.openedition.org/revus/3266* (última consulta realizada el 25 de septiembre de 2024).

Navarro, P. y Rodríguez, J., 2022: «Concepciones de las normas», en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, P.E. Navarro y J.L. Rodríguez (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea,* (I), Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons: 185-204.

— 2014: *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.

Quine, W.V.O., 1982: «Respuesta a Zuleta», *Análisis Filosófico. Dedicado a la filosofía de W. V. O. Quine*, 1(2): 155-157.

— [1969] 1974: «Objetos proposicionales», *La relatividad ontológica y otros ensayos*. Hay traducción al castellano por Garrido, M., y Blanco, J., Madrid: Tecnos.

— [1962] 1981: *Methods of Logic.* Hay traducción al castellano, *Los métodos de la lógica*, Barcelona: Ariel.

— [1960] 2001: *Word and Object*, Massachusetts: The Massachusetts Institute of Technology, Cambridge Mass. Traducción al castellano de Sacristán, M., *Palabra y Objeto*, Barcelona: Herder.

— [1943] 1973: «Notes on Existence and Necessity». Hay traducción al castellano de Simpson, T. M., «Notas sobre existencia y necesidad» *Semántica Filosófica. Problemas y discusiones*, Buenos Aires-Madrid: Siglo XXI Editores: 122-144.

Raz, J., 1972: «Legal Principles and the Limits of Law» *Yale L. J.,* 81: 823-854.

Redondo, M.C., 2018: *Positivismo jurídico "interno"*. Ljubljana: Revus.

Rodríguez, J., 2024: «¿Sueñan las normas con ovejas eléctricas? Sobre las normas como artefactos», *Discusiones,* 32(1-2024): 132-162.

Russell, B., [1905] 1996: «On denoting», *Mind,* XIV: 479-493. Hay traducción al castellano de Muguerza, J., «Sobre el denotar», *Lógica y Conocimiento*, Madrid: Taurus.

Scataglini, M. G., 2022: «Sobre la distinción entre norma y formulación normativa. Algunas reflexiones críticas», en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, P.E. Navarro y J.L. Rodríguez (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea.* Vol. I, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons: 163-173.

— 2021: *Seguimiento de reglas: el "aguijón pragmático" en la teoría del derecho*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.

Schaffer, J., 2009: «On What Grounds What», en D. Manley, D. Chalmers, R. Wasserman (eds), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford: Oxford University Press: 347-383.

Simpson, T. M., 1975: «Análisis y eliminación: una módica defensa de Quine» *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. VII. N° 21: 69-83.

Von Wright, G. H., 1963: *Norm and action,* London: Routledge and Kegan Paul.

Wittgenstein, L., [1953] 1988: *Philosophische Untersuchungen*, Oxford: Basil Blackwell. Hay traducción al castellano: *Investigaciones Filosóficas*, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

Zuleta, H., 1982: «Universales y entidades abstractas», *Análisis Filosófico. Dedicado a la filosofía de W. V. O. Quine,* 1 y 2(2): 139-155.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 233-244
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/08*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

ERRORES CLAROS EN EL DERECHO

José Juan Moreso*

Let the law enforcement people do their own dirty work. Let the lawyers work it out. They write the laws for other lawyers to dissect in front of other lawyers called judges so that other judges can say the first judges were wrong and the Supreme Court can say the second lot were wrong. Sure there's such a thing as law. We're up to our necks in it. About all it does is make business for lawyers. How long do you think the big-shot mobsters would last if the lawyers didn't show them how to operate?

Raymond Chandler, *The Long Goodbye* (1953).

1. INTRODUCCIÓN

Los juristas estamos familiarizados con decisiones judiciales y administrativas que a la hora de aplicar el derecho lo hacen de modo erróneo, algunas veces de modo claramente erróneo. Enrique Gimbernat (2009, 111-116), al ocuparse de una cuestión que en los años noventa del pasado siglo comportó cierta polémica: la condena del Tribunal Supremo al magistrado Gómez de

* J.J. Moreso, catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. E-mail: *josejuan.moreso@upf.edu*. Este trabajo se ha beneficiado del apoyo de las siguientes ayudas a la investigación de la AEI, dependiente del gobierno de España: PIF2020-115941GB-100 y Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M; y también de la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923.

Liaño por prevaricación[1], sostiene que hay sentencias que son lógicamente e, incluso, matemáticamente falsas —sería mejor decir erróneas—. Y lo sostiene con buenos argumentos.

Cuando Gimbernat dice que hay sentencias lógicamente falsas se refiere, en realidad, a casos en los cuales el órgano aplicador del derecho funda su decisión en una norma que no es, claramente, aplicable a su caso. Pone el ejemplo de una decisión del Tribunal Constitucional español, STC 232/1997, de 16 de diciembre[2], que anuló la sentencia de la Audiencia provincial de Oviedo, de 11 de junio de 1996, que condenaba a una persona por el delito de *exhibicionismo*, un delito que el nuevo código penal solo se preveía, en su art. 185, para «actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces», lo que no era el caso en el asunto enjuiciado.

Y cuando se refiere a sentencias matemáticamente falsas incluye casos en los que, claramente, los hechos descritos —la premisa menor del silogismo judicial— son patentemente falsos, lo son por razones matemáticas. Así (Gimbernat, 2009: 114):

> Una sentencia *condenatoria* de la Audiencia Provincial de Pontevedra es revocada también por otra del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1998, al ser aquella *matemáticamente* falsa por aplicar un delito y no una falta de daños ejecutada sobre un vehículo cuyo valor no excede a las 50.000 pesetas, siendo así que es en esa cuantía donde la ley sitúa la frontera entre el delito y la falta.

Pero no es de estos errores claros en la aplicación del derecho de lo que deseo ocuparme aquí. Uno de los objetivos de los recursos procesales a las resoluciones judiciales es precisamente eliminar estos errores y ello se cumple, en los sistemas jurídicos que gozan de un razonable estado de salud, bastante adecuadamente.

Voy a ocuparme de una cuestión que parece más controvertida, de la cuestión de si también en la creación del derecho puede haber *errores claros* y de cuáles sean las consecuencias de estos errores del legislador. En la sección segunda presentaré algunos casos que, a menudo, han sido considerados errores de este tipo. En la sección tercera, me referiré a la concepción de las normas jurídicas de Joseph Raz y a algunas consideraciones que el autor ofrece sobre los errores en la creación del derecho. En la sección cuarta, presentaré algunas consideraciones acerca de la concepción raziana y propondré un modo de afrontar estos errores claros del legislador. En la sección quinta, concluiré.

---

[1] La primera publicación del trabajo se halla en el diario *El Mundo* de 1 de noviembre de 1999. No es mi intención aquí, aunque es una cuestión íntimamente vinculada con el propósito de este trabajo, entrar en el debate sobre la naturaleza y el alcance del delito de prevaricación.

[2] *https://www.boe.es/boe/dias/1998/01/21/pdfs/T00028-00031.pdf*

2. PUFENDORF Y EL DERRAMAMIENTO DE SANGRE EN LAS CALLES DE BOLONIA

En un texto de Samuel Pufendorf (1672, V.XII.8: 718), citado a menudo en la literatura sobre la interpretación jurídica[3], el autor refiere un caso en el que una regulación medieval de la ciudad de Bolonia castigaba con duras penas a aquellos que derramaran sangre en las calles de la ciudad, una regulación que perseguía combatir el duelo al parecer[4]. El caso era si debía aplicarse dicha regulación a un barbero; como es sabido, en esos tiempos los barberos ejercían también de cirujanos, que había realizado una sangría, en la calle, a un ciudadano para salvarle la vida. Y la cuestión era más complicada si cabe porque, nos dice Pufendorf, el estatuto boloñés añadía que las palabras de la ley debían ser tomadas en su sentido preciso, no sujetas a la interpretación[5].

La conclusión de Pufendorf (y, también, de Blackstone) es que sería absurdo aplicar la sanción a nuestro barbero y que, por lo tanto, las palabras de ley no deben ser comprendidas como abrazando esta conclusión.

El caso de Bolonia también es traído a colación en un caso bastante comentado en la literatura anglosajona sobre la interpretación, *United States v. Kirby*,[6] un caso favorito del iusfilósofo Michael Moore (2002: 625-626)[7]. En este caso Kirby, un sheriff, fue detenido por el delito federal de obstruir o detener el paso del correo, y era cierto que él había realizado esta acción contemplada por la legislación penal federal, de hecho había retrasado la salida de un barco fluvial con la intención, que llevó a cabo, de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema absolvió a Kirby, en una decisión unánime, por considerar que, a los efectos legales, la acción de Kirby no era una obstrucción del correo. Argumentó que

> *All laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice, oppression, or an absurd consequence. It will always, therefore, be presumed that the legislature intended exceptions to its language, which would avoid results of this character. The reason of the law in such cases should prevail over its letter.*

---

[3] Por ejemplo, para referencias relativamente recientes y autorizadas, Schauer (2009: 155), ATRIA (2016: 209). En el mundo anglosajón la referencia a Pufendorf suele ser indirecta, a través de la referencia que se halla en Blackstone (vol I. Introd. Sect 2.4: 37).

[4] *Ubi memorat Bononiae fuisse statutum, ut quicunque in platea alteri sanguinem elicuerit gravissimas poenas daret.*

[5] *Qui inde in non mediocri periculo fuerat, quod in statuto esset additum, ea verba esse praecise & citra omnem interpretationem intelligenda.*

[6] *74 U.S. (7 Wall.) 482 (1869). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/482*. La decisión también se refiere, plausiblemente, a que el delito de escaparse de la cárcel no se extiende a aquella persona que huye de ella porque se ha producido un incendio, para evitar perecer en el siniestro.

[7] También yo me he referido en diversas ocasiones a este caso, así Moreso (2020: 86, 461, 474, 532, 585-6).

¿Podemos suponer, entonces, que estos son casos de errores del legislador, que pueden corregirse en la aplicación del derecho? Tal vez algo así es lo que supone Friedrich Karl von Savigny en sus reflexiones sobre la interpretación del derecho. Savigny (1840: I.IV.35) distingue dos casos en que la ley es defectuosa: por expresión *indeterminada* (*Unbestimmter Ausdruck*) y por expresión *impropia* (*Unrichtiger Ausdruck*). En el primer caso, así en casos de vaguedad, la ley no determina el resultado; en el segundo caso, la ley determina el resultado, pero lo determina de modo contradictorio con «el verdadero pensamiento de la ley», lo determina de un modo claramente erróneo, incorrecto (*Unrichtiger*). Fernando Atria, comentando estas ideas de Savigny, dice que (ATRIA, 2016: 212):

> La corrección de la expresión impropia de la ley es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional, es de hecho lo que nos provee la clave para entender la jurisdicción.

Son, sin embargo, errores de distinta naturaleza a los que consideraba Gimbernat, expuestos al comienzo de este trabajo. Son errores de carácter *normativo*, no errores fácticos o conceptuales. Es más que razonable no castigar al barbero de Bolonia por derramar la sangre en las calles al practicar una sangría y lo es no castigar al sheriff Kirby por detener a una persona sobre la que pesaba una orden de arresto por haber cometido un homicidio. Sin embargo, ¿cómo funcionan entonces las normas jurídicas en el razonamiento jurídico? ¿No determinan siempre el resultado?

3. RAZ SOBRE ERRORES CLAROS Y SOBRE GRANDES ERRORES

Una de las concepciones más robustas e influyentes acerca de cómo operan las normas jurídicas en el razonamiento práctico es la de Joseph Raz. Presentaré de modo muy sumario las ideas de Raz acerca de cómo funciona el razonamiento jurídico, ya que se trata de ideas muy conocidas[8].

Raz presenta sus ideas como una crítica al punto de vista común, a la concepción ortodoxa podemos decir, de las razones para la acción. Cuando, por ejemplo, yo me pregunto si debo dedicar esta tarde a terminar este artículo o a visitar a un amigo o a irme al cine o bien me pregunto qué porcentaje de mi salario debo entregar a *Amnistía Internacional*, es usual considerar que la estructura de mi razonamiento se articula asignando determinado peso a las diversas alternativas, con arreglo a las razones que las soportan, y decidir a favor de aquel curso de acción que cuenta con las razones de mayor fuerza, más

[8] Las ideas de Raz se hallan en, por ejemplo, Raz (1975, 1979, 1986, 1989, 1990, 1994, 2004, 2009, 2021). Sigo aquí de cerca la presentación que realicé en Moreso, 2024.

poderosas, con las razones que decantan la cuestión en un sentido determinado. Podemos llamarlo *el modelo del balance o la ponderación de razones*[9]. RAZ lo formula del siguiente modo (1975, 36):

> P1. *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones*[10].

Raz, sin embargo, considera que este es un principio incompleto para dar cuenta de nuestros razonamientos prácticos. Por ejemplo, si prometo a mi hija llevarla a un concierto de Kathia Buniatishvili, entonces mi promesa es una razón de primer orden para llevarla y, también, es una *razón excluyente*, de segundo orden, para no actuar por otras razones distintas al contenido de la promesa. Si el día del concierto me apetece más ir a jugar al pádel con unos amigos, esa razón no ha de ser balanceada con la razón de ir al concierto, porque dicha razón está *excluida* por mi promesa. Es decir, las razones están estructuradas en diversos niveles. Y eso nos lleva a otro principio del razonamiento práctico (RAZ, 1975: 40):

> P2. *No se debe actuar sobre el balance de razones si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada*.

Si P2 es válido, como Raz argumenta, entonces P1 debe, obviamente, ser revisado. La introducción de las razones excluyentes comporta que las razones pueden ser desplazadas de dos modos, pueden ser superadas por otras razones de primer orden o bien pueden ser excluidas por las razones excluyentes de segundo orden. Eso comporta, según su punto de vista, que P1 debe ser sustituido por otro principio (RAZ, 1975: 40):

> P3. *Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada.*

Esta idea de las razones es aplicada por Raz con gran perspicuidad a las razones provistas por las normas jurídicas dictadas por las autoridades. Dichas normas proporcionan razones *protegidas* para actuar, razones para comportarnos como la norma prescribe y razones que excluyen al menos algunas de las otras consideraciones para actuar[11]. De este modo, es posible sostener que el derecho pretende *autoridad*, pretende que las normas *obligan* de manera perentoria. Cuando dicha autoridad es legítima —y lo es cuando reúne los requisitos de la doctrina que llamó la *autoridad como servicio*— entonces sus normas reflejan las razones subyacentes que tenemos para actuar y consiguen su cometido. Este es el modo en el que Raz vindica el *positivismo jurídico*,

---

[9] RAZ en varios lugares (por ejemplo 1975, 36 nota, 1979, 3 nota 1) se refiere a DAVIDSON, 1969.

[10] Uso las formulaciones cómo aparecen en la traducción al español de Juan Ruiz Manero (RAZ, 1991).

[11] Raz usa en algunas ocasiones, después de la publicación de RAZ (1975), la expresión «razones *protegidas*» para referirse a esta doble dimensión de las razones suministradas por las autoridades, así (RAZ, 1979: 18; 1990: 191).

para que las normas puedan ejercer su función como razones protegidas su identificación debe ser posible atendiendo solo a sus fuentes sociales, sin recurrir a la argumentación moral.

Entonces como venía diciendo, con arreglo a su concepción (Raz, 1975), las normas jurídicas son razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente que desplazan otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio* (Raz, 1986: caps. 2-4, Raz, 1994: cap. 10), según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

Sin embargo, ¿dicha autoridad se extiende también a supuestos como el de Pufendorf? O, más bien, ¿hay casos que caen fuera del alcance de la exclusión de las razones? Raz reconoce que las razones excluidas son solo aquellas a las que la razón protegida alcanza y que puede haber razones que no son excluidas por ella. En otro lugar (Moreso, 2024) he tratado de mostrar que esta posición provoca una cierta tensión en su concepción, porque sin criterios claros acerca del modo de acotar el alcance de las razones excluyentes, es difícil saber cómo podemos delimitar las razones abrazadas por la exclusión sin acudir al balance de las razones subyacentes. No obstante, al menos en una ocasión, Raz se ocupa de la cuestión de los errores y de cuándo y en qué medida los errores anulan la fuerza excluyente de las razones. Lo hace con una analogía (Raz, 1986: 62):

> Consideremos una suma larga de, digamos, algo como treinta números. Alguien puede cometer un error muy pequeño que es a la vez muy claro, como cuando la suma es un número entero mientras uno y solo uno de los sumandos es una fracción decimal. Por otra parte, la suma podría ser de varios miles de modo que el error no fuese detectable más que con una cuenta laboriosa paso por paso. Incluso si la autoridad legítima es limitada por la condición de que sus directivas no son obligatorias si son claramente erróneas, y no deseo expresar opinión alguna sobre si se halla limitada de este modo, puede seguir realizando su papel de mediación. Para establecer que algo es claramente erróneo no es preciso acudir al razonamiento subyacente. No es el caso que el poder legítimo de las autoridades sea generalmente limitado por la condición que es revocado por errores significativos que no son claros.

Poco más dice Raz al respecto. Sin embargo, dos ideas parece que pueden ser rescatadas de su analogía: una es la importancia de distinguir entre errores *claros* y errores *grandes,* la segunda es la sugerencia de que los errores claros pueden ser detectados sin acudir a las razones subyacentes.

No es claro, sin embargo, como Raz mismo observa, que él considere que los errores claros caen fuera del alcance de la exclusión de las razones [12]. Pero supongamos que esta fuese su sugerencia, es decir, cuando los errores son claros las directivas de las autoridades pierden su fuerza de obligar.

Sea como fuere, me parece que las dos ideas que Raz sí sostiene, la idea de que es posible distinguir entre errores claros y errores grandes y la idea de que los errores claros pueden ser detectados sin acudir a las razones subyacentes, son ambas controvertibles.

Respecto de la primera, en el ejemplo aritmético de Raz es posible que un error, como él señala, sea pequeño, pero claro. ¿Tenemos algo así en los casos normativos? Me parece que la respuesta es negativa, que en los casos normativos si un error es claro entonces es un gran error. Es lo que sucede con el caso de Pufendorf referido a la regulación en Bolonia, aplicar la regulación que prohíbe derramar la sangre en las calles de la ciudad al barbero que realiza una sangría, es un error claro, pero también es grande. Es más, es claro precisamente porque es grande. Es el tamaño del error aquello que lo hace claro. Su aplicación produciría *absurdas* consecuencias precisamente por la amplitud del error. No soy capaz de ver como un error pequeño, desde el punto de vista normativo, un error que no tuviera gran relevancia práctica acerca de nuestras obligaciones, puede ser, a la vez, un error claro.

En relación con la posibilidad de detectar el error normativo sin acudir a las razones subyacentes también albergo algunas dudas. Es cierto que en el caso de Bolonia o en el caso *United States v. Kirby*, nuestra reacción inmediata es que las normas en cuestión no han de ser aplicadas al caso enjuiciado. Nos parece que una mirada a los hechos del caso ya conlleva la inaplicación de la norma. Sin embargo, el caso *Kirby* llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos, y Mr. Ashton, Assistant Attorney- General, arguyó a favor de la culpabilidad de Kirby. Y, en el caso de Bolonia, Pufendorf nos recuerda que el barbero no se halla en una situación de riesgo menor (véase nota 6), puesto que el estatuto establecía que las palabras en él contenidas debían ser tomadas en su tenor más literal. Entonces, parece que también en estos casos claros, es preciso acudir, aunque sea de un modo sumario, a las razones subyacentes para determinar que la regla *errónea* no alcanza a incluir estos casos en su ámbito.

Con lo que me parece que la analogía aritmética raziana no es una buena senda para abordar los supuestos de errores claros en la creación del derecho.

---

[12] Regan (1989: 1017), en discusión con Raz, sugiere esta posibilidad, pero Raz no parece persuadido (1989: 1195). Más sobre las ideas de Raz sobre los errores en, por ejemplo, Venezia (2013, 2020) y Gur (2018: 58-61).

4. ERRORES Y *DEFEATERS*

Hay, sin embargo, otra idea en Raz que puede servir, según creo, de marco para hallar una vía de solución al problema de los errores claros en la creación del derecho.

De hecho, la gran mayoría de los casos de errores claros que son considerados en esta literatura son casos que, en el ámbito del derecho penal, consideramos casos cubiertos por las causas de justificación. El barbero de Bolonia podría, sin duda, esgrimir la causa de justificación del estado de necesidad, en su caso el hecho de preservar el bien de la vida del herido al que practica una sangría, un bien mayor que evitar que se vierta la sangre en las calles. Kirby podría argüir también estado de necesidad o, mejor, al menos en nuestra cultura jurídico-penal, la causa de justificación del cumplimiento de un deber o el ejercicio de una potestad[13].

Algunas veces, Raz ha considerado que las causas de justificación en el derecho penal (Raz, 1986: 101-102, por ejemplo) suministran razones que justifican la desobediencia, en el sentido de que comportamientos aparentemente culpables, como puede ser un homicidio en legítima defensa, no deben ser castigados por el derecho. Veamos cómo explica el funcionamiento de las causas de justificación un raziano, como lo fue John Gardner, apoyado en la idea raziana de que algunas permisiones jurídicas funcionan como razones de segundo orden que cancelan la fuerza de las razones excluyentes para no obrar por algunas razones de primer orden; en el ejemplo de la legítima defensa, que dadas ciertas condiciones, podemos actuar haciendo de menos de la prohibición de matar (Raz, 1975: 89-91). Gardner (2007: 106-107) lo dice del siguiente modo:

> Lo que hace el derecho, que, sin embargo, crea un espacio para algunas defensas justificatorias, es proveernos de *permisiones cancelatorias* para realizar, bajo determinadas condiciones, las acciones que él criminaliza. Esta puede parecer una proposición sorprendente. Después de todo, antes se argumentó que las razones justificadoras no *cancelan*, sino más bien *derrotan* a las razones en contra de una acción o creencia. Ahora, por contraste, la pretensión parece ser que las justificaciones surgen en el derecho penal precisamente cuando las razones son canceladas por las permisiones. Pero el aire de paradoja se disipa tan pronto como se percibe que las permisiones cancelatorias del derecho no cancelan las razones para no realizar la acción criminal, sino simplemente cancelan las razones protectoras de segundo orden para no actuar por ciertas razones compensatorias.

[13] Nuestro código penal vigente, en su art. 20.7, exime de la responsabilidad criminal al «que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

La idea de concebir las causas de justificación como razones de segundo orden que cancelan, y así restringen su alcance, las razones excluyentes para no actuar por razones contrarias a las prohibiciones establecidas penalmente me parece iluminadora (véase en dicho sentido Moreso, 1997). Sin embargo, ¿cómo puede averiguarse si en un caso concreto la legítima defensa, por ejemplo, es aplicable y cancela la razón que excluye actuar por consideraciones en contra de la prohibición de matar o, en todo caso, lesionar a una persona; sin atender a las razones subyacentes? Debe establecerse si medió una agresión *ilegítima*, si la fuerza ejercida para repeler la agresión es o no *proporcional*, por ejemplo y, entonces, para averiguar qué es lo que queda fuera del alcance de la razón excluyente e incluido por la permisión cancelatoria, habremos de acudir a las razones subyacentes, lo que significa recurrir al balance de razones de primer orden[14].

Debe quedar claro que este argumento se aparta de la concepción de Raz. Se aparta porque considera que para determinar el alcance de las razones excluyentes es preciso acudir a las razones subyacentes, algo que el mecanismo raziano de la exclusión impide. Como bien sostiene Gur (2018: 55): «el peso de las razones es la única cosa de la cual el alcance de la exclusión no puede depender».

Sin embargo, este es —según creo— el modo en el que operan las causas de justificación. Introducen mecanismos, que operan como conductos, por los cuales los aplicadores del derecho pueden acudir a las razones subyacentes, operan como *defeaters*. Es mi opinión que hay otros mecanismos en el derecho que operan de este modo: las causas de invalidez de los actos y negocios jurídicos en derecho privado, los conceptos jurídicos indeterminados en derecho público y, también, los derechos constitucionales. Es también mi opinión, pero no puedo desarrollarla aquí[15], que este es el modo por el cual el derecho incorpora la moralidad, porque las razones subyacentes son de carácter moral. Por así decirlo, las fuentes sociales del derecho delimitan el marco en el que se generan nuestras obligaciones, pero son las razones subyacentes de carácter moral las que revelan su contenido[16].

5. PARA CONCLUIR: SETOS INSTITUCIONALES

Como antes decía, en la sentencia *United States v. Kirby* la Corte sostiene que siempre ha de presumirse que la legislatura supone determinadas excepciones en su lenguaje, precisamente para evitar resultados que producen

---

[14] Esta es la idea que defendí en Moreso, 2001.

[15] Aunque véase Moreso, 2022.

[16] Muy cerca ya de algunas ideas de Dworkin (por ejemplo, Dworkin, 2011: cap. 19) y de los más o menos dworkinianos, Greenberg (2014) y Hershovitz (2024).

consecuencias absurdas. Creo que es una idea saludable, una idea que nos conduce a rechazar un esquema simple de razonamiento jurídico, como sería el siguiente:

1. SUPUESTO DE HECHO SH → CONSECUENCIA JURÍDICA CJ
2. Los hechos h son una instancia de SH

Entonces, a h debe aplicarse CJ.

Dicho esquema debe sustituirse por uno como el siguiente:

1. SH & no hay DEFEATERS activables→ CJ
2. Los hechos h son una instancia de SH
3. No hay DEFEATERS activables

Entonces, a h debe aplicarse CJ.

Es decir, en los casos de errores claros en la creación del derecho lo que ocurre es que la presencia de *defeaters* bloquea la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la generalización normativa. No habría de resultar demasiado extraño, porque así es como funcionan las generalizaciones en nuestros razonamientos ordinarios. En uno de los ejemplos preferidos en este tipo de literatura se trata de hacer compatible la generalización según la cual los pájaros vuelan, con el hecho de que el pingüino Tweety, que es un pájaro, no vuela. Como tampoco no vuelan los pájaros muertos o los que han perdido sus alas, etcétera. Sin embargo, ello no significa que debamos abandonar las generalizaciones, sumamente útiles para nuestros razonamientos ordinarios. Solo significa que debemos hacerlas compatibles con la presencia de *defeaters* y, también, con procedimientos adecuados para determinar cuando son activadas.

No veo por qué las cosas deberían ser distintas en el razonamiento práctico, ni en el razonamiento jurídico. Aunque, obviamente, establecer cómo en el razonamiento jurídico son activables los *defeaters* es una cuestión de la máxima importancia. Lo que comporta una teoría adecuada del marco en el que se produce dicho razonamiento, esto es, de los *setos institucionales* en los que dicho razonamiento se produce. Aun si aceptamos, como yo lo hago, que el razonamiento jurídico es un *razonamiento moral institucionalizado*, establecer cuáles son las diferencias con relevancia práctica que la institucionalización produce es crucial, puesto que es la razón por la cual el razonamiento jurídico es un razonamiento moral de carácter *especial*, que tiene rasgos distintivos.

Establecer cuáles son más precisamente esos rasgos es algo que debe ser dejado para otra ocasión. Aquí se trataba solo de indagar cómo nuestra concepción del razonamiento jurídico podía evitar que los errores claros en la creación del derecho llevaran a consecuencias absurdas desde el punto de vista normativo.

REFERENCIAS

Atria, F., 2016:: *La forma del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Blackstone, W., 1771: *Commentaries on the Laws of England,* vol. 1, Philadelphia: J.B. Lippincott.

Chandler, R., 1953: *The Long Goodbye*, Boston: Houghton Mifflin.

Davidson, D., 2001: «How Is Weakness of the Will Possible?», en J. *Feinberg* (ed): *Moral Concepts,* Oxford: Oxford University Press: 93-113.

Dworkin, R., 2011: *Justice for Hedgehogs,* Cambridge: Harvard University Press.

Gardner, J., 2007: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Gimbernat, E., 2009: «De nuevo sobre la sentencia del caso 'Gómez de Liaño'», en E. Gimbernat, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Madrid: La Ley: 111-116.

Greenberg, M., 2014: «The Moral Impact Theory of Law», *The Yale Law Journal*, 123: 1288-1314.

Gur, N., 2018: *Legal Directives and Practical Reasons*, Oxford: Oxford University Press.

Hershovitz, S., 2024: *Law is a Moral Practice,* Cambridge: Harvard University Press.

Moore, M., 2002: «Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology», *Law and Philosophy*, 21: 619-705.

Moreso, J.J., 1997: «Come far Combaciare i Pezzi del Diritto», *Analisi e Diritto*, 7: 79 – 118.

— 2001a: *Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)*, *Doxa*: 525 – 545.

— 2020: *Lo normativo: variedades y variaciones,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2022b, «Nuevas variaciones para mis críticos» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22: 558- 573.

— 2024: «On the Exclusionary Scope of Razian Reasons» *Ratio Juris*, 37: 148-160.

Pufendorf, S., 1672: *De Iure Naturae et Gentium. Libri Octo.* Londini Scanorum: Junghans.

Raz, J., 1975: *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson.

— 1979: *The Authority of Law,* Oxford: Oxford University Press.

— 1986: *The Morality of Law,* Oxford: Oxford University Press.

— 1989: «*Facing Up: A Reply*», *Southern California Law Review.* 62: 1153-1235.

— 1990: «Postscript to the Second Edition: Rethinking Exclusionary Reasons», en J. Raz. *Practical Reason and Norms*, 2a ed., Princeton: Princeton University Press: 178-199.

— 1991: *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.

— 2004: «Incorporation by Law», *Legal Theory*. 10: 1-17.

— 2009: *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.

— 2021: *Exclusionary Reasons*, en https://ssrn.com/abstract=3933033 (última consulta realizada el 7 de septiembre de 2024)

Regan, D,1989: «Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom» *Southern California Law Review,* 62: 995-1095.
Savigny, F.K. von (1840): *System des heutigen römischen Rechts*, (Berlin), Band I. *http://dlibpr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22199236%22*
Schauer, F., 2009: *Thinking like a Lawyer,* Cambridge: Harvard University Press.
Venezia, L., 2013: «Raz's Normative Theory of Authority», *Philosophical enquiries: revue des philosophies anglophones*, 1: 95-110.
— 2020: «Mistaken Authority and Obligation», *Legal Theory* 26 (4): 338-351.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 245-267
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/09*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

SOBRE LOS ERRORES INTERPRETATIVOS EN LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO APLICABLE

Natalia Scavuzzo*

También podemos equivocarnos respecto a «Aquí hay una mano».
Únicamente en determinadas circunstancias no podemos equivocarnos.
—«incluso en un cálculo nos podemos equivocar—
solo en ciertas circunstancias deja de ser posible».
Ludwig Wittgenstein, § 25 *Sobre la certeza*

1. INTRODUCCIÓN

Es parte común, tanto en el ejercicio de la abogacía como en la judicatura, que podemos encontrar interpretaciones «divergentes» de los mismos textos legales[1]. Si bien en ocasiones parece intuitivamente razonable sostener que

* Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: *natalia.scavuzzo@uam.es*. ORCID 0000-0002-8009-7468. Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación «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.

[1] La posibilidad de interpretaciones divergentes es un tema central para los teóricos del derecho «realistas», pricipalmente para las tradiciones del realismo (norte)americano y el realismo jurídico genovés. Cfr. eg. Tarello, 1962; Schauer, 2018; Ferrer Beltrán y Ratti, 2011. Así mismo es un aspecto central de la profusa literatura sobre los desacuerdos en el derecho. Sobre esta, Rapetti, 2019; Luque Sánchez y Ratti, 2012.

estas interpretaciones son igualmente admisibles (o a lo sumo tolerables) y en las facultades de derecho, al estudiar posiciones divergentes de los dogmáticos, solemos referirnos a estas como «otras bibliotecas», no es poco frecuente encontrarnos con la pretensión de que la interpretación contraria a la que sostenemos no debe aceptarse por cuanto constituyen un error. Por tanto, es también parte común de la práctica del derecho que nos referimos a muchas interpretaciones como interpretaciones *erróneas*. En este sentido, sostener que existen interpretaciones erróneas parece ser entonces parte de nuestra real práctica interpretativa. Pero, no es claro en qué consiste la atribución de error que realizan los operadores jurídicos, si siempre se trata del mismo tipo de reproche y si el error puede presentarse en todo tipo de interpretaciones en los procesos judiciales. Este trabajo se ocupa precisamente de esto, del análisis de los errores en la interpretación de las fuentes del derecho como parte de la toma de decisiones judiciales.

Si bien en periodos de estabilidad política la justificación de las premisas normativas de las sentencias en su mayor parte se presenta como auto evidente y no es objeto de problematización, el fenómeno de los cambios en las interpretaciones judiciales vigentes, aun en casos que no parecían controvertidos, no es extraño a los juristas. Precisamente, el carácter dinámico del derecho y los cambios en los criterios jurisprudenciales, ponen de manifiesto interrogantes centrales sobre los límites de la actividad interpretativa, la posibilidad de su control y la responsabilidad de los intérpretes. Por esto, en esta ocasión me interesa volver sobre la justificación de la premisa normativa de las decisiones judiciales e indagar en qué sentido sostenemos que ciertas interpretaciones son erróneas, si efectivamente podemos encontrar errores específicamente en la interpretación de las fuentes del derecho y en cómo la determinación del error depende, en general, de la ideología de la decisión judicial presente en la cultura jurídica de referencia y, en particular, de la ideología de la interpretación jurídica aceptada por quien formula un juicio de error interpretativo.

El error en la premisa normativa de las sentencias es un tema que ha sido tratado, debatido y mientras, por un lado, diversas tipologías de errores han sido presentadas[2], por otro, han existido discusiones sobre la posibilidad misma de error en la interpretación, principalmente comparando las teorías cognitivistas y escépticas (en sus diversos matices) sobre la interpretación[3]. Ahora bien, es conocido que «interpretación» adolece de una serie de ambigüedades[4], cuya consideración es central para analizar los errores en la interpretación. En el presente trabajo presento y confronto cómo se entiende el

[2] Vésase Malem, 2009; Carbonell, 2021: 315-316; Carbonell, 2023: 72-73.

[3] Cfr. Ferrer Beltrán, 2012; Pino, 2021.

[4] Al respecto, siguiendo a Guastini podemos distinguir entre interpretación como proceso o como producto; entre la interpretación en abstracto y la interpretación en concreto; entre la interpretación como cognición y la interpretación-decisión; y, finalmente entre interpretación (en sentido estricto) y construcción jurídica. Cfr. Guastini, 2014.

error en la interpretación considerando distintas acepciones de interpretación y diversas teorías de la interpretación para indicar que las teorías tradicionales sobre la interpretación jurídica no se encuentran en la mejor posición para explicar la posibilidad y la función de las atribuciones de error interpretativo.

Para esto, en un primer momento se presenta la centralidad de las discusiones sobre la interpretación y el error interpretativo en los sistemas jurídicos que sostienen una ideología de la decisión judicial legal y racional (sección 2). Seguidamente se analiza la noción de interpretación y de error en la interpretación, especificando diversas formas en que la interpretación puede entenderse, para poder distinguir principalmente entre el error en la actividad interpretativa y el error en la interpretación producto (sección 3). Luego se compara cómo diferentes teorías de la interpretación afrontan la posibilidad de error en la interpretación del derecho (sección 4); y como estas parecen aceptar o presuponer la distinción entre errores epistémicos y errores valorativos asumiendo una distinción que debemos superar en la actividad interpretativa entre cognición y decisión (sección 5). Resuelta esta aparente dicotomía, se advierte sobre la dependencia entre los errores y la ideología de la interpretación (sección 6); e introduciendo la distinción entre *errores en la práctica* y *errores de la práctica,* se excluyen algunas consecuencias indeseables que estas conclusiones parecen implicar para el principio de legalidad (sección 7).

2. LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN EN LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Las decisiones judiciales constituyen un acto central para la práctica jurídica. Estas representan la aplicación del derecho por parte de los tribunales a los casos particulares que llegan a su conocimiento. De esta forma, son centrales para la vigencia del derecho.

Para facilitar el análisis de la justificación de la decisión judicial suele recurrirse al modelo del silogismo judicial. De esta forma se realiza un análisis lógico-semiótico de las decisiones y se distingue entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial. La justificación interna consiste específicamente en la derivación lógica de las premisas a la conclusión de la sentencia que es el fundamento de la decisión, en tanto que la justificación externa refiere a la justificación de las premisas de la decisión[5]. Mientras que la justificación interna es una justificación *lógica* que, utilizando instrumentos lógico-formales busca que las conclusiones sean correctamente inferidas de las premisas, la justificación externa refiere a la bondad de premisas parte del razonamiento judicial, es decir, que esta es una justificación del contenido

[5] Wróblewski, 2001.

de las premisas, sea la premisa normativa, sea la premisa fáctica. La premisa normativa del razonamiento judicial representa la norma o las normas que se aplicarán al caso. Para la justificación externa requerimos argumentos no formales que implican para el decisor la toma de decisiones y la realización de valoraciones.

Para el análisis de los errores interpretativos no me interesa cómo las valoraciones dirigen la toma de decisiones, sino que es central considerar particularmente la pregunta: ¿cómo debe decidir el juez a la hora de aplicar el derecho? La respuesta depende de la ideología de la aplicación judicial del derecho vigente en la cultura jurídica de referencia. En este sentido, «La ideología de la aplicación judicial del derecho es […] el conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones» (Wróblewski, 2001: 73).

Esta ideología, que puede ser más o menos amplia —*i.e*. más o menos completa—, depende de distintos factores que la definen, entre ellos la opinión de la doctrina, las decisiones de los tribunales, los aportes de la teoría y filosofía el derecho y de las propias normas jurídicas. Como explica Wróblewski, podemos intentar reconstruir esta ideología por diversos motivos según el tipo de investigación que estemos interesados en hacer y esto hace que consideremos, por ejemplo, cómo según la ideología debe decidirse considerando las decisiones judiciales en general, o solo las decisiones que se toman en el fuero penal, o solo en el fuero civil; o aún más, cómo funciona esta ideología en estados liberales o en estados de corte soberanista-populista o en un mismo estado en diversos períodos históricos. Así, «El objeto de la investigación teórica determina el nivel de abstracción y la necesidad de la esquematización de la ideología» (Wróblewski, 2001: 74)

Wróblewski propone tres modelos de ideología de la aplicación judicial del derecho: la ideología de la libre decisión judicial, la ideología de la decisión vinculada y el modelo de la ideología de la decisión legal y racional. En su propuesta estos modelos tienen fines explicativos, los modelos presentan la reconstrucción de cómo estas ideologías son usadas para guiar y justificar la toma de decisiones. Podríamos agregar que también tienen fines directivos y justificativos, es decir que la ideología de la decisión judicial determinará la corrección o error de la decisión.

En la actualidad, el modelo principalmente adoptado es aquel de la decisión legal y racional[6]. Conforme a la ideología de este modelo se debe dis-

[6] Esta forma de entender la justificación de las decisiones judiciales se encuentra difundida entre los téoricos del derecho y la argumentación jurídica, como así también vemos que es recogida por las exigencias normativas de los diversos ordenamiento jurídicos. Véase, Alexy, 1989; Guastini, 2016: 375. Solo a modo de ejemplo el art. 326 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de Córdoba, Argentina, reza «Toda decisión definitiva deberá tener *fundamentación lógica y legal*, bajo pena de nulidad».

tinguir entre la creación y la aplicación del derecho, y se asume como valor central el principio de legalidad. Explica Wróblewski que

> La ideología de la decisión legal y racional es un compromiso entre la ideología de la decisión vinculada y la de la libre decisión […] respecto a los valores que deben dirigir la actividad judicial, esta ideología subraya el papel de la legalidad y de la racionalidad de la decisión y, oponiéndose a la ideología de la libre decisión y sobre todo a sus tipos radicales, no elimina la diferencia entre la creación entre la creación y la aplicación del derecho. Al poner en primer plano el valor de la legalidad, esta ideología asume que es función del legislador elaborar el derecho, y que el juez debe mantenerse en principio dentro de los límites de elección que le proporciona la ley en vigor (Wróblewski, 2001: 82).

Que las decisiones y valoraciones a la hora de aplicar el derecho estén guiadas por una ideología es relevante para el análisis de los errores por cuanto esta idolología será la que determine los errores en la toma de decisiones. De esta forma, podemos advertir la centralidad de la exigencia de respeto al principio de legalidad[7]. Este implica para los tribunales el deber de aplicar las leyes, que presupone claramente la distinción entre creación y aplicación del derecho, y para el cual reviste un rol central la identificación de las normas presentes en las fuentes del derecho producto de la actividad de los órganos legitimados para producir normas generales y abstractas[8]. Este requisito es esencial y podemos ver cómo el respeto al principio de legalidad hace que los tribunales estén sujetos a un control estricto mediante la posibilidad de interponer recursos contra sus decisiones ante tribunales de mayor jerarquía.

Ahora bien, el derecho que deben aplicar los tribunales, como hemos visto, es aquel que se encuentra en las fuentes del derecho, y esto nos lleva necesariamente a considerar cómo se identifican las normas que lo conforman. Es decir, esto nos lleva al necesario análisis de la interpretación y, por consiguiente, de los errores que pueden presentarse en la interpretación en la toma de decisiones judiciales. Lejos de ser una cuestión unitaria, al analizar las decisiones judiciales[9] podemos descomponer la decisión en diversas decisiones que se toman para llegar a la decisión o parte dispositiva de la sentencia:

---

[7] Wróblewski sostiene que «La ideología de la decisión legal y racional no tiene ninguna filiación política salvo el régimen de la legalidad» (2001:82).

[8] Esta aplicación del derecho por parte de los tribunales es central para garantizar la preciada división de poderes del estado, que en su máxima expresión presupone un poder judicial políticamente neutro donde su rol técnico es la aplicación casi mecánica del derecho. Amén de ello, en distintas culturas jurídicas pueden apreciarse flexibilizaciones de esta ideología y advertirse otras funciones ya no tan políticamente neutrales que los tribunales llevan a cabo con sus decisiones como, por ejemplo, la producción de normas generales en los sistemas jurídicos en los que los precedentes constituyen a su vez fuente del derecho o el control político de las decisiones legislativas por medio del «control de constitucionalidad».

[9] Me refiero a las decisiones finales de un caso que encontramos en el acto procesal de la sentencia, nuevamente, aunque muchas de las consideraciones aquí presentadas podrían aplicarse a las decisiones intermedias del proceso.

1. Determinación de la norma válida aplicable al caso.
2. Decisión sobre los hechos del caso.
3. Subsunción de los hechos del caso.
4. Determinación de las consecuencias jurídicas[10].

Por lo tanto, la decisión judicial constituye (o podemos analizarla como) el resultado de un proceso en el que se debe resolver, antes de la decisión final, una serie de cuestiones, las cuales revisten ciertas especificidades. En este trabajo me interesa particularmente analizar la primera cuestión, es decir, la identificación del derecho aplicable a un caso para indagar el sentido de los errores en la interpretación.

3. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN, PERO… ¿QUÉ INTERPRETACIÓN?

Ahora bien, es importante realizar algunas aclaraciones terminológicas a la hora de abordar los errores en la interpretación. Es decir, que para abordar los errores en la interpretación debemos especificar a qué interpretación nos estamos refiriendo.

En primer lugar, debemos preguntarnos de quién son las interpretaciones que nos interesan, *i.e*. el sujeto de la interpretación ¿quién interpreta? En el ámbito jurídico son variados los sujetos que interpretan las fuentes del derecho, los propios productores o creadores de las fuentes del derecho, los destinatarios de las normas, las partes en un proceso, la dogmática, quienes resuelven controversias jurídicas. Me interesa para este trabajo concentrarme en la denominada interpretación judicial u operativa. Es decir, aquella que realizan las juezas para justificar sus decisiones judiciales. Este tipo de decisiones tiene especial relevancia porque produce efectos, es decir, tienen efectividad y no cualquier sujeto puede llegar a producir este tipo de interpretación «autoritativa», solo quienes cumplan con los requisitos específicos determinados por el derecho y, generalmente, representan sectores particulares de la sociedad[11]. Como vimos en la sección precedente una característica central de estas interpretaciones es que se encuentran sujetas a un fuerte control institucional. Es decir que los sistemas jurídicos, respetando ciertos requisitos, prevén la posibilidad de revisión de las decisiones por tribunales de mayor autoridad.

En segundo lugar, cuál es el objeto de la interpretación, es decir, ¿qué es lo que se interpreta? El objeto de la interpretación al que me referiré aquí serán los textos presentes en las fuentes del derecho. En virtud de que en este trabajo el interés radica en la interpretación judicial, se analizará la interpretación jurídica entendida como la interpretación de las fuentes del derecho guiada

[10] Wróblewski, 2001.
[11] Tarello, 1974: 475 ss.

por el principio de legalidad. Más específicamente, objeto de la interpretación son las disposiciones normativas que se encuentran en las fuentes del derecho.

Además de aclarar de quién es la interpretación que analizaremos y cuál es el objeto de la interpretación, es importante considerar que a la locución «interpretación jurídica» se atribuyen diversos significados. Con relación a la interpretación de las fuentes del derecho Wróblewski distingue entre un sentido amplio y un sentido restringido de interpretación (Wróblewski, 2001). En sentido amplio, la interpretación es cualquier adscripción de significado a una formulación normativa: «[...] cualquier uso del lenguaje implica interpretación, concebida esta como una "derivación" de algún significado a partir de una formulación lingüística» (Wróblewski, 2001: 135). En sentido restringido, la interpretación adviene solo en caso de dudas respecto del significado de un texto. En estos casos el significado *prima facie* se «clarifica» mediante la interpretación (Wróblewski, 2001: 152)[12]. Ambos sentidos son relevantes, para analizar los errores en la interpretación, por lo tanto, en lo que sigue utilizaremos el sentido amplio que incluye también los casos de la interpretación en sentido restringido.

Como he indicado en la introducción, existen otras ambigüedades que podemos advertir al tratar la interpretación jurídica. Por un lado, es de utilidad distinguir entre la llamada interpretación en abstracto y la llamada interpretación en concreto. Aquí podríamos distinguir entre errores que consisten en la identificación incorrecta del derecho existente y errores en la aplicación incorrecta del derecho correctamente identificado, por el otro. Esta distinción puede apreciarse de la tipología de errores propuesta por Malem que distingue entre los errores en la determinación del significado de la disposición jurídica y los errores en la aplicación del derecho, *i.e*. calificación jurídica de los hechos[13], lo que sería justamente la interpretación en concreto.

---

[12] Wróblewski también reconoce que en otro sentido, podría decirse aun más amplio, «interpretación» es sinónimo de «comprensión». Este es el sentido usado en ciencias sociales según el paradigma anti-positivista. «Para conocer es necesario "interpretar" o "comprender" el "substrato" material del objeto, es decir es necesario descubrir su "sentido" o "significado". Por lo tanto, "conocer" el objeto cultural es "interpretarlo". Todo objeto cultural, desde la era paleolítica hasta la máquina electrónica, debe ser interpretado» (Wróblewski, 2001: 151, 152).

[13] Sobre los errores en la determinación del significado de las disposiciones Malem solo admite que los errores en la interpretación pueden darse en lo que es el núcleo de significado claro y no en la zona de penumbra. Sobe estos explica que pueden ser: «[…] que el juez aplique un criterio interpretativo prohibido por el derecho […] En segundo lugar, habría un error de interpretación si el juez decide utilizar cualquier criterio interpretativo cualquiera sea el contexto en el que se encuentre el texto a interpretar […] En tercer lugar, otro error de interpretación consiste no ya en elegir equivocadamente el criterio interpretativo, sino en hacerlo operar de un modo incorrecto, violentando sus límites o las reglas de su propio funcionamiento […] En cuarto lugar, el juez puede interpretar equivocadamente el derecho porque opera mal con las distintas piezas del derecho, por carecer de la información suficiente para hacerlo correctamente o por cualquier otra causa […] Otra fuente de error judicial en la interpretación del derecho ocurre como consecuencia de la equivocada actuación del juez al operar con los principios […] Al operar con principios, el juez puede cometer dos tipos diferentes, aunque vinculados, de errores. El primero está relacionado con la determinación de las propiedades del caso genérico que regula el

Además, debemos considerar si con interpretación nos referimos solo a la interpretación de los textos presentes en las fuentes del derecho o si, por el contrario, estamos también abarcando a una serie más amplia de actividades, como puede ser la resolución de antinomias o contradicciones entre normas, la creación de normas inexpresas para colmar lagunas, la ponderación de principios, es decir, lo que Guastini ha llamado construcción jurídica[14]. En este último caso podríamos afirmar que estamos ante errores en la sistematización del derecho. Como ha sido indicado precedentemente en este trabajo me refiero solo a la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes del derecho, dejando por el momento de lado las actividades de construcción jurídica. Sin embargo, las conclusiones que se avanzarán respecto del error interpretativo pueden extenderse a estas otras actividades tendientes a la justificación de la premisa normativa del silogismo judicial.

Finalmente, podemos preguntarnos si los errores se predican de la actividad interpretativa o del resultado de esta interpretación, y de qué tipo de actividad (y por lo tanto de resultado estamos hablando). La distinción entre la actividad interpretativa y el producto o resultado de la interpretación es central para analizar los errores en la interpretación. En este sentido podemos distinguir entre errores en la forma en que se toma la decisión interpretativa y errores en el producto o resultado de la interpretación. ¿Pensamos en los errores por la actividad interpretativa o por el resultado de la actividad interpretativa? ¿Qué es lo que exige la ideología de la decisión judicial racional y legal?

Para responder a esto necesitamos indagar en la distinción en cuestión entre actividad y resultado. Por un lado, podemos pensar en la interpretación como actividad es un proceso mental, son los procesos psico-fisiológicos que se desarrollan cuando realizamos una interpretación. De qué tipo de proceso mental se trata, si de un proceso mental de cognición o de decisión, en qué se asemejan estos procesos o en qué difieren es una cuestión psicológica. Sin embargo, diversas cuestiones normativas pueden surgir sobre cómo debe llevarse a cabo la actividad interpretativa sea entendida como cognición que como decisión. Por ejemplo, la ausencia de *biases*, o prejuicios a la hora de interpretar, la correcta aplicación de los argumentos interpretativos, etcétera. Por otro lado, hablamos de la interpretación para referirnos al resultado o producto de esa actividad, nos referimos a un enunciado o conjunto de enunciados interpretativos. En el contexto del derecho el resultado o producto de la interpretación es un enunciado o un conjunto de enunciados interpretativos que expresan el significado de los textos de las fuentes del derecho, *i.e*. de las disposiciones normativas. En este punto nos preguntamos si el enunciado

---

principio; esto es, cuando transforma el principio en reglas. El segundo es con la asignación del peso a un principio en un determinado litigio» (Malem, 2009: 26-29).

[14] Guastini, 2014: 49-50.

interpretativo que se produce es correcto o, en cambio, si estamos frente a un caso de error. Esto depende claramente de la existencia de un resultado o de algunos resultados que sean correctos.

Cómo entendamos la forma lógica de estos enunciados interpretativos resultado de la interpretación, y si cuentan o no con valores de verdad, es una cuestión que está estrechamente relacionada con la forma en que consideramos a la actividad interpretativa.

4. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN Y ERROR

Es comúnmente admitido que el derecho puede identificarse, y este es un presupuesto de muchas de nuestras prácticas como la enseñanza del derecho y la aplicación del derecho[15]. ¿Qué es lo que se identifica? Lo que se busca identificar no son los textos presentes en las fuentes del derecho, lo que también podría dar lugar a errores, sino lo que el derecho permite, obliga o prohíbe hacer, es decir, queremos identificar lo que establecen las normas jurídicas. Para esto es necesario afrontar una cuestión importante: en qué consiste la actividad que nos lleva de los textos a ver cuál es la norma que estos expresan, es decir la naturaleza la actividad interpretativa.

Existen múltiples teorías que buscan explicar la interpretación jurídica. En la teoría del derecho contemporánea es usual distinguir entre teorías cognitivas, teorías escépticas y teorías mixtas o intermedias. Cada una de estas teorías representan diversamente a la actividad interpretativa y, por ende, los enunciados interpretativos que son el resultado de la interpretación también asumen características diversas según cuál sea la teoría de la interpretación que se considere[16], y cada una de estas se posiciona de diferente forma a la hora de dar cuenta de los errores en la interpretación del derecho.

Según las teorías cognitivas de la interpretación jurídica, las palabras o frases presentes en las fuentes del derecho tienen un significado que el intérprete debe descubrir. En este sentido, el significado se considera fijo y la interpretación se entiende como una tarea cognitiva, como una actividad intelectual y no de voluntad[17]. Para estas teorías, los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos y, por lo tanto, el error en la interpretación se presenta cuando se producen enunciados interpretativos falsos.

---

[15] Comanducci, 2010a.

[16] Guastini, 2014: 356-357.

[17] Es posible asociar esta visión con la escuela de exégesis y la escuela histórica del derecho del siglo xix. Cfr. Tarello, 1974: 477-482; Chiassoni, 2009. Explica Tarello que estas escuelas si bien privilegiaban argumentos que buscan la continuidad del ordenamiento eran de diverso «signo» político.

Frente a esta posición se ha sostenido que «No se avanza mucho en la vida jurídica sin aprender que no existe una única manera correcta y precisa de interpretar un caso, o de interpretar un conjunto de casos» (Llewellyn 1950: 395)[18]. Esta frase representa la posición de una teoría escéptica de la interpretación jurídica, que si bien hace referencia a un conjunto de casos podemos extenderla a un conjunto de textos. Según esta visión, a diferencia de la teoría cognitivista, cada texto no tiene un significado, sino que el intérprete decide el significado de un texto jurídico. Las palabras o frases presentes en las fuentes del derecho no tienen un significado determinado y fijo; el intérprete decide en cada ocasión cuál es su significado[19]. Esto no quiere decir que el intérprete atribuya cualquier significado, sino que identifica aquellos significados posibles que serían aceptados por la comunidad en cuestión, aquellos que conforman el marco de interpretaciones posibles[20]. Sin embargo, la interpretación no se agota en la identificación de estos significados posibles, sino que requiere de la atribución por parte del intérprete de uno de estos al texto de las fuentes. Vemos que, en esta posición, el error puede darse solo al identificar los significados que conforman el marco de interpretaciones posibles, pero no en la elección de aquel que se atribuirá al texto.

Por último, encontramos la teoría ecléctica o mixta de la interpretación, según la cual en la tarea interpretativa podemos encontrar casos de cognición y casos de decisión. Siguiendo esta idea para quien acepta la teoría ecléctica, en los casos en que la actividad interpretativa sea de cognición el resultado de la interpretación será un enunciado interpretativo que puede ser verdadero o falso, mientras que en los casos en que la actividad interpretativa implique la toma de una decisión los enunciados interpretativos carecerán de valor de verdad. Por esto, mientras que en los casos claros podríamos hablar de error en la interpretación, esto no sería posible en los difíciles donde el intérprete debe decir.

En este punto, son importantes algunas consideraciones sobre la teoría ecléctica. El intento de Hart de encontrar un punto intermedio entre el formalismo (o conceptualismo) y el escepticismo en la interpretación jurídica es un ejemplo paradigmático de una teoría ecléctica[21]. Si bien Hart no presenta

---

[18] La traducción me pertenece.

[19] Aquí podemos reconocer la posición del realismo genovés, que siguiendo los pasos de Tarello, 1974, asume una posición escéptica sobre la interpretación. Debe hacerse la salvedad de que, si bien las posiciones de los teóricos del derecho genoveses no son totalmente coincidentes, si comparten estas características centrales indicadas en el texto. Véase, por ejemplo, Comanducci, 2010b; Guastini, 2017; Chiassoni, 2019. Una versión de un escepticismo más radical podemos encontrarla en la posición de Troper, 2006. El realismo explica Tarello que nace como un movimiento cultural a finales del siglo xix, refieriéndose explícitamente al norteamericano, como una forma de reacción frente a la crisis de las escuélas de la exégesis y la escuela histórica, concentrándose en la metodología de la actividad interpretativa (Tarello, 1974: 482-484).

[20] Guastini, 2014: 74-75.

[21] Hart, 2011.

explícitamente una teoría de la interpretación jurídica, distingue entre casos fáciles y difíciles a la hora de aplicar reglas; en los primeros casos, las reglas se aplican automáticamente, mientras que, en los casos difíciles, el intérprete debe decidir si la regla se aplica o no. Sin embargo, Guastini advierte que esta posición no distingue entre la aplicación de reglas, interpretación en concreto, y la identificación de la actividad de extraer las reglas de los textos que se encuentran en las fuentes del derecho, interpretación en abstracto[22]. Es por esto por lo que, según Guastini, esta teoría parece presuponer que efectivamente existe un significado cierto que el intérprete debe descubrir y respecto de la interpretación en abstracto parecería asumir una posición cognoscitivista. De todas formas, la posición intermedia puede reconstruirse como asumiendo que existen textos o disposiciones que expresan un significado claro y textos o disposiciones oscuras donde en el intérprete debe decir cuál es el significado que expresan. Así reconstruida, la teoría ecléctica admitiría el error interpretativo en los textos claros, pero no en aquellos difíciles.

Hemos visto como estas tres teorías de la interpretación se encuentran en posiciones diferentes a la hora de explicar el error en la interpretación. Es claro que para una posición cognitivista que acepta la existencia de interpretaciones correctas o verdaderas, es sencillo explicar el error interpretativo, por cuanto este surge cuando el intérprete provee una interpretación diversa a la interpretación correcta. Si aplicamos este razonamiento en forma lineal, las teorías escépticas sobre la interpretación que enfatizan que la actividad interpretativa es decisoria y no asumen la existencia de interpretaciones correctas no podrían explicar el error interpretativo. Una posición ecléctica podría explicar el error en la interpretación de textos fáciles o claros, pero no en la de aquellos textos oscuros.

Es claro que la posibilidad de identificación del derecho presupone que podemos errar al identificarlo, es decir que presupone la posibilidad de error. La atribución de error respecto a una interpretación se refiere a la atribución a un texto de un significado diverso del significado propio del texto de las fuentes del derecho. Por esto, una teoría que no pueda dar cuenta de este tipo de errores estaría en dificultad para aceptar que el derecho puede identificarse y dar sentido a las prácticas que lo presuponen. En esta línea, la mayoría de los teóricos que asumen posiciones eclécticas y aún escépticas sobre la interpretación aceptan que pueden existir estos errores. La estrategia es reducir el dominio sobre el cual puede predicarse error. Es decir, que al menos en aquellos casos fáciles o claros habría interpretaciones correctas y, por lo tanto,

[22] Guastini, 2014: 355-356. Una crítica a esta posición puede encontrarse en Ramírez Ludueña, 2012.

errores en la interpretación, u otra alterativa sería que solo habría errores en la determinación del marco de interpretaciones posibles[23].

Al respecto, por ejemplo, desde una posición intermedia Pino explica que, si la interpretación es una actividad guiada por reglas, obviamente puede haber interpretaciones incorrectas. Estas para él se darían en los casos fáciles (Pino, 2021: 336). Los criterios para determinar la corrección son dos, por un lado, la cercanía del significado del enunciado interpretativo al significado del enunciado objeto de la interpretación, es decir, cercanía al significado más obvio y, por el otro lado, que esta se encuentre correctamente argumentada[24].

Ferrer Beltrán defiende que también el realismo jurídico que sostiene una posición escéptica sobre la interpretación puede aceptar la posibilidad de error[25]. Explica que para sostener que existe error es necesario contar con un patrón de corrección que sea independiente de la propia interpretación y que esto no se daría si, como parecen hacerlo las teorías realistas, se acepta que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Para Ferrer Beltrán se trata de un falso dilema, y explica

> En mi opinión, una vez se advierte la ambigüedad «el derecho es lo que dicen los jueces que es», el argumento en cuestión adquiere un aire de falso dilema: o bien hay respuesta correcta respecto de lo que exigen las reglas y esa respuesta es independiente de lo que piensen, digan o hagan los jueces, en cuyo caso los desacuerdos respecto de lo que estas exigen son genuinos desacuerdos, o bien qué exija el derecho depende únicamente de lo que diga cada juez en el caso concreto, de forma que los desacuerdos sobre lo que exige el derecho no tienen sentido antes de que el juez se pronuncie: de ellos deberemos, pues, dar cuenta mediante la *error theory* o bien sosteniendo que los participantes en la discusión son conscientes de que no hay respuesta previa y sus argumentos son hipócritas, ideología disfrazada (Ferrer, 2012: 264-265).

Ferrer Beltrán explica que no es el caso que los realistas admiten que el contenido significativo de una norma depende de la decisión de cada juez. Para él, una posición realista podría sostener una visión convencionalista del significado y aceptar que lo que una norma expresa depende de las convergencias o de la práctica de interpretación de los jueces como grupo social en un momento y lugar determinados.

---

[23] Rodríguez, 2021: 593-599.

[24] Pino, 2021: 333. Sin embargo, Pino reconoce que estos criterios son comúnmente discutidos. Pino recuerda que suele utilizarse la noción de «marco» para indicar las interpretaciones aceptables de aquellas que no lo son, pero considera que este no es un buen recurso en virtud de las discusiones respecto qué es o no admisible y a la ausencia de criterios objetivos para determinar la corrección de las argumentaciones (Pino, 2021: 334).

[25] Expresamente sostiene que «la posibilidad del error judicial no es incompatible, como pudiera parecer a primera vista, con una forma moderada de iusrealismo» (Ferrer, 2012: 259).

5. ERROR EPISTÉMICO Y ERROR ÉTICO-NORMATIVO

De esta forma, las diversas teorías de la interpretación darían cuenta del error interpretativo, pero diferenciándose por cuanto las teorías escépticas y eclécticas reducirían las interpretaciones a las cuales podríamos juzgar de erradas respecto a las teorías cognitivas. Para estas teorías solo los casos de interpretaciones estables o de textos claros, o la determinación del marco de interpretaciones posibles, serían casos en los que se admitiría la posibilidad de error. Sin embargo, es posible pensar en una alternativa.

Evidentemente para que exista un error debemos contar con un criterio de corrección. En el análisis de los errores judiciales, Carbonell explica que la corrección es una relación de ajuste de una cosa con otra. Explica:

> cuando el ajuste se produce, o el contraste arroja conformidad, se dice que la cosa objeto de comparación es correcta; en caso contrario, se dice que es «incorrecta». Así, funciona como un designador flexible de una relación de ajuste de cualquier contenido epistémico o axiológico —esto es, de una relación que se da entre diversas cosas y diversos parámetros— que se valora positivamente por quien emite el juicio (Carbonell, 2015: 13).

Ahora bien, según el criterio de corrección que tengamos que respetar, cambiará el tipo de errores que podemos cometer. En esta línea, Carbonell ha propuesto distinguir entre lo que serían errores epistémicos y errores axiológicos. Ella distingue entre dos tipos de corrección: epistémica y corrección ético-normativa (Carbonell, 2015)[26]. De esta forma, podemos pensar en errores epistémicos cuando nuestros enunciados formulados en función descriptiva o cognoscitiva no se corresponden con la realidad, con *el ser*, y podemos pensar en errores éticos-normativos cuando nuestros enunciados formulados en función prescriptiva o normativa no se corresponden con la realidad axiológica, es decir, con *el deber ser*.

Podemos tomar esta distinción entre errores epistémicos y axiológicos y analizar los errores en la interpretación según la interpretación se entienda como una actividad cognoscitiva o como una actividad decisoria. Así, si la interpretación consiste en una actividad de cognición, como sostienen las teorías cognitivistas, el error interpretativo sería un error epistémico. Este también sería el tipo de error presente a la identificación del marco de interpretaciones posibles que admite la teoría escéptica y el error interpretativo en los textos claros para la teoría ecléctica. De la misma forma, en aquellos casos en los que

[26] Explica Carbonell que «A esta gran clasificación entre corrección epistémica y corrección axiológica es posible agregar la "corrección lógica", que califica el cumplimiento de las reglas lógicas del silogismo en el paso de las premisas a la conclusión y que es el resultado de una operación de subsunción» (Carbonell, 2015: 13). De esta forma podríamos hablar de tres tipos de errores, epistémicos, axiológicos y lógicos.

la interpretación constituya actos decisorios el error será, no ya epistémico, sino axiológico. Podríamos pensar, por ejemplo, en errores en aquellos casos que la teoría del derecho entiende como casos de sobreinclusión y subinclusión[27], de lagunas axiológicas[28] o de derrotabilidad[29].

De esta forma, considerando ambos tipos de errores, nuestra evaluación de las decisiones interpretativas se amplía, pero distinguiendo el tipo de corrección que estamos buscando y el tipo de error que podemos advertir. Como advierte Carbonell, esto presupone que aceptemos la distinción entre derecho y moral, es decir entre identificar el derecho y hacer juicios sobre su valor, y la existencia de espacios de discrecionalidad interpretativa[30].

Explicar la atribución de errores en las interpretaciones judiciales recurriendo al error epistémico y al error axiológico, asumiendo los presupuestos indicados es atractivo, pero creo que oscurece en parte la complejidad de la actividad interpretativa y la existencia de decisiones y valoraciones que tienen lugar en la interpretación judicial de los casos claros. Para justificar esto es necesario disolver el dilema cognición/decisión al que las teorías tradicionales de la interpretación jurídica nos habían sujetado.

A estos fines, podría ser de utilidad otra distinción interesante, aquella que Gianformaggio presenta, entre interpretación-actividad noética, interpretación-acto lingüístico e interpretación-actividad dianoética[31].

La interpretación como actividad noética es la comprensión del significado, esta se identifica con un proceso mental. Si consideramos a la interpretación de esta forma, el producto de la interpretación será el significado que hemos comprendido. Ahora bien, si bien la interpretación noética podría determinar en muchas ocasiones la forma en que nos comportamos, como decidimos y, además, podemos pensar sin dificultad en casos de error en la comprensión, esta interpretación no es aquella que nos interesa en este trabajo. Esta interpretación no se expresa mediante el lenguaje y, por ende, no la encontramos en la motivación de las decisiones juridiciales sujetas a control.

---

[27] Schauer, 2013: 42-44.

[28] Alchourrón y Bulygin, 1987.

[29] García Yzaguirre, 2022.

[30] Carbonell, 2023: 81. Podíamos agregar que presupone además otra idea, que es la distinción entre *el ser* y el *deber ser*, entre dos formas de realidad diversa. Distinción que en este trabajo se acepta como dos formas diferentes y opuestas de uso del lenguaje.

[31] Cfr. Gianformaggio, 2018: 112-113. Algunas teorías sobre la interpretación que ponen precisamente el acento en el carácter argumentativo de la práctica interpretativa, distanciándose en parte de la tradicional distinción entre teorías cognitivas o decisorias. Estas son las llamadas teorías interpretativas o constructivistas de la interpretación. Para esta posición, si bien la interpretación no es solo un acto de conocimiento, si asumen que existe un enunciado interpretativo correcto al que debe llegarse como resultado de la interpretación. Cfr., Lifante Vidal, 2019.

La interpretación como acto lingüístico es, precisamente, la producción de un acto lingüístico. Aquí entra en juego nuestra agencia discursiva y, como hemos visto, aquí no solo se requiere que contemos con comprensión sino además que efectuemos un acto de habla, un enunciado interpretativo, que será el producto de esta acción interpretativa.

La interpretación como actividad dianoética consiste en la argumentación que se produce para justificar un enunciado interpretativo. En este caso, el producto de la interpretación es, precisamente, una argumentación interpretativa[32].

Esta distinción nos permite representar con mayor facilidad el rol de conocimiento o la comprensión en la actividad interpretativa, y la importancia de nuestra agencia discursiva en la producción de actos lingüísticos de interpretación y en las argumentaciones interpretativas. En ambos casos, error de la interpretación-acto lingüístico o error en la interpretación como actividad dianoética, podemos ver que entra en juego nuestra agencia discursiva. Es decir, que en ambos casos el análisis de la interpretación no se limita a la comprensión de los textos, sino que se evidencia la acción del sujeto que interpreta. Retomando el punto central, el dilema cognición/decisión puede disolverse si prestamos atención a nuestra agencia discursiva. Es importante considerar que cuando realizamos interpretaciones no solo estamos conociendo el significado de los textos que se nos presentan, sino que también formulamos actos lingüísticos, como la producción de enunciados interpretativos o la construcción de argumentaciones. Esto implica que estamos ejercitando nuestra agencia y en cuanto a agentes que realizan actos voluntarios existe la posibilidad de decisión. Esto nos lleva a que en la interpretación no siempre hay solo conocimiento o solo decisión, o casos de conocimiento y casos de decisión, encontramos siempre ambas cosas al mismo tiempo[33].

En efecto, siempre hay conocimiento en virtud de que para producir enunciados interpretativos hemos sido previamente entrenados en la práctica de interpretar las fuentes del derecho, hemos aprendido a distinguir entre interpretaciones que forman parte de la normalidad y aquellas que serían interpretaciones excéntricas de ciertas disposiciones. Hemos adquirido un *know-how* que nos permite interpretar las fuentes del derecho y no ser constantemente criticados por los demás intérpretes. Sin embargo, las interpretaciones son actos que implican decisión, como cualquier acto de habla. Es nuestra agencia discursiva la que decide realizar estos actos y decide si producir interpretacio-

---

[32] Considero que el producto de la interpretación dianoética es una argumentación a diferencia de Giangormaggio que sugiere que el producto de la interpretación como actividad dianoética sería la conclusión del argumento interpretativo.

[33] No es el momento de extenderme aquí en esta visión de la interpretación. Intento en este punto aplicar algunas de las tesis de Medina, 2006, basadas en Wittgenstein y Dewey a la interpretación jurídica. Otras propuestas teóricas sobre la interpretación jurídica se orientan en la misma dirección, véase, por ejemplo, Villa, 2012.

nes normales o realizar interpretaciones excéntricas. Como ha sugerido Chiassoni, el intérprete puede adoptar una actitud práctica de conformidad[34] (y, en ese caso, su interpretación cae dentro de un uso «normal»), o bien adoptar una actitud de desconformidad (y, en ese caso, su interpretación cae dentro de un uso excéntrico)[35].

Ahora bien, si retomamos la distinción ente error epistémico y error valorativo o axiológico, esta se presenta apropiada para la distinción de los errores en las teorías tradicionales. En cambio, si aceptamos que el dilema cognición /decisión es un falso dilema y que siempre hay cognición y decisión, entonces no podríamos distinguir con tanta claridad casos susceptibles de error epistémico y casos en donde el error es valorativo. El problema aquí es que la actividad interpretativa exige siempre que nuestra agencia adopte una actitud práctica que puede ser valorada y tachada de errónea y no podemos determinar en qué punto esta es solo una cuestión epistémica. Esto es así aun cuando interpretamos textos claros y producimos interpretaciones normales, en virtud de que estas implican una actitud práctica de conformidad y esto en sí puede ser un error desde el punto de vista valorativo. De esta forma, lo que pretendo poner en cuestión es que la actividad interpretativa si bien en muchos casos es aparentemente intuitiva o no reflexiva, implica valoraciones, si más no sea al optar por dar conformidad y mantener en el tiempo interpretaciones normales.

La ventaja de este enfoque es que nos permite ver con facilidad el aspecto dinámico, cambiante que pueden revestir los casos claros. Es decir, que lo que se entiende como claro, y que escapa a la justificación puede variar. Esto es, que lo que se considera un error de identificación (por no atribuir el significado claro), puede dejar de serlo y convertirse en el uso o interpretación correcta. Es decir, que siempre existe la posibilidad de variaciones. Esto es así en virtud de que aun en los casos claros, hay decisiones interpretativas. Siempre hay decisión y siempre hay cognición. Ahora claramente que ciertas interpretaciones que en un momento son entendidas erróneas puedan luego no ser consideradas como tales depende claramente de quién es el sujeto que las enuncia: cuál es la jerarquía, el poder del tribunal que la produce y las demás condiciones materiales del contexto, es decir, los aspectos verbales y no verbales presentes en la cultura jurídica en cuestión, por ejemplo, las circunstancias socio-políticas vigentes.

---

[34] Chiassoni, 2019.

[35] No pretendo sugerir que las interpretaciones excéntricas de cualquier intérprete tengan el mismo valor al interior de la práctica, es decir sean aceptadas de igual forma. En los sistemas jurídicos, tenemos instituciones específicas para controlar la normalidad de las interpretaciones; en particular las interpretaciones judiciales están sujetas al control estricto de otros jueces y de los tribunales supremos. Sin embargo, es interesante reparar en que distintos intérpretes se encuentran en diferentes posiciones que facilitan la producción de interpretaciones excéntricas y permiten a su vez que estas con el tiempo puedan convertirse en normales.

6. ERROR EN LA INTERPRETACIÓN E IDEOLOGÍA

Hemos visto cómo según las teorías tradicionales de la interpretación la actividad interpretativa y, por consiguiente, el producto de la interpretación podría concebirse de diversa forma. Sin embargo, disolviendo el dilema entre cognición/decisión podemos ver que siempre encontramos ambos aspectos en la interpretación. Pero, cuando advertimos que la dicotomía tradicional entre cognición/decisión no se presenta como tal en la interpretación judicial: ¿cómo se realiza entonces el control de las decisiones interpretativas erradas?

Aquí los errores surgen del incorrecto uso de los argumentos interpretativos o de la elección de los argumentos incorrectos que deben usarse. ¿Cuáles son los argumentos interpretativos que deben utilizarse? Esto depende de las directivas, los cánones interpretativos o códigos hermenéuticos que deben ser utilizados por los intérpretes para justificar sus decisiones interpretativas. Nuevamente aquí estamos frente a la pregunta por cuál es la ideología, pero no de la decisión judicial, sino particularmente de la interpretación. Es decir, el conjunto de directivas o cánones interpretativos presentes en las fuentes del derecho, seguidos por los tribunales en sus decisiones y por la opinión de la dogmática constituyen la ideología de la interpretación, es decir, un conjunto de postulados sobre cómo debe interpretarse y justificarse la interpretación.

En este sentido, no es de extrañar que existan diversas ideologías de la interpretación en competición en una práctica jurídica concreta. Estas pueden privilegiar interpretaciones que favorezcan la estabilidad de las interpretaciones o, por el contrario, el cambio de estas. Es decir, favorecer argumentos más conservadores como el argumento a contrario o la intención del legislador, o, argumentos más innovativos, como podrían ser el argumento *a simili* o el recurso a la equidad[36].

Explica Wróblewski que

> las directivas de la interpretación jurídica se agrupan en teorías normativas e ideologías de interpretación jurídicas. Un vistazo superficial a todas ellas muestra claramente que existen muchas incompatibilidades entre ellas y que, por ellos, una norma dada tiene sentidos diferentes según sea interpretada mediante las directivas interpretativas que pertenezcan a una ideología o teoría normativa o a otra (Wróblewski, 2001: 127).

A este punto, volvemos a enfrentarnos con las decisiones y valoraciones que deben realizar los decisores, pero, ahora específicamente al momento de interpretar y de justificar las interpretaciones de las fuentes del derecho. Esto implica que, según la ideología de la interpretación, cambiará el tipo de argu-

[36] Gianformaggio, 2018: cap. III.

mento interpretativo que debería usarse para interpretar las fuentes del derecho o que justifica una decisión interpretativa como correcta, lo que implica que, a la inversa, según la ideología de la interpretación que consideramos cambiará los que se consideren errores en la interpretación.

Vemos así la relevancia de la ideología de la interpretación, no solo a la hora de la argumentación interpretativa, sino particularmente a la hora de analizar la crítica de la decisión interpretativa[37]. Esta función crítica consiste en el control de las interpretaciones judiciales que se lleva a cabo precisamente mediante la atribución de errores por parte, como vimos previamente de tribunales de mayor jerarquía, pero también un control democrático de la sociedad que se garantiza a través de la publicidad de las decisiones[38].

De esta forma, el camino recorrido puede llevarnos a algunas conclusiones importantes sobre los errores en la interpretación que forma parte de la justificación de las decisiones judiciales y su doble función de crítica y de control de la actividad jurisdiccional.

Después de estas consideraciones, surge la pregunta: ¿es posible cometer errores en la interpretación? La respuesta es afirmativa «*Únicamente en determinadas circunstancias no podemos equivocarnos*»[39]. Claramente, para que exista un error debe haber un criterio de corrección. Ahora bien, lo que sugerí en este trabajo es que según el criterio de corrección que adoptemos, cambiarán los errores que podemos identificar. De este modo, la ideología de la interpretación y de la decisión judicial que adoptemos determinarán aquellos errores que podemos identificar. Lo que podemos advertir aquí es que el error o, mejor dicho, la atribución de un error interpretativo dependen siempre de la adopción de una particular ideología de la interpretación.

7. ERROR, IDEOLOGÍA Y LEGALIDAD

Que el error interpretativo dependa de la ideología de la interpretación que se acepte se presenta como particularmente problemático. Esto, al contrario de lo que generalmente se considera asumiendo posiciones cognitivistas sobre la

---

[37] Wróblewski, 2001: 170.

[38] Gianformaggio explica que el interés por la filosofía del derecho puede explicarse por un sentido «político», que ella advierte de dos formas, por la obligación de los jueces de motivar sus decisiones y por el control al que estos están sujetos. Explica que este control no solo es aquel jerárquico por parte de los tribunales de alzada, sino también el control democrático. Ella aclara que «No se trata de dos aspectos diversos de una misma situación: tanto es cierto que es claramente admisible un control, bien genéricamente social bien específicamente técnico-jurídico, sobre el trabajo de un órgano no obligado a motivar las propias elecciones. No se trata tampoco de una coexistencia accidental: la sujeción de órgano a la obligación de motivar ha sido siempre requerida en función de la facilitación del control sobre el trabajo de dicho órgano. Es a la vez un problema de equilibrios, de balance entre los poderes, y un problema de garantías» (Gianformaggio, 2018: 92). La traducción me pertenece.

[39] Wittgenstein, § 25 *Sobre la certeza.*

interpretación jurídica, negaría que la determinación de un error interpretativo sea una actividad cognoscitiva o epistémica. Por el contrario, al igual que la actividad interpretativa la determinación del error interpretativo exige valoraciones y, dado su carácter práctico es parte de un tipo de acto que no puede escindirse de su contexto y de los efectos que produce, como el mantenimiento de ciertas interpretaciones o su cambio. No podría, de esta forma, pensarse en una atribución de error no comprometida ideológicamente. Si bien la conclusión parece trivial, a primera vista parece incómoda de aceptar por algunas de sus temidas implicaciones.

Es importante, sin embargo, no alarmarnos con esta conclusión y extraer de ella más consecuencias de las necesarias. ¿La dependencia de la corrección y de la crítica de la ideología pone en discusión el principio de la posible identificación del derecho, es decir, que el derecho puede conocerse, elemento central del estado de derecho, y que una cosa es conocer el derecho y otra valorarlo? Considero que la respuesta es negativa, y la explicación se encuentra en la naturaleza híbrida de nuestras prácticas sociales.

Conocer y aplicar el derecho es una práctica social en la que participamos y cómo tal en la que somos entrenados a reconocer actos significativos y errores, es decir, a conformarnos y justificar nuestras acciones con la práctica y a criticar a quienes no se adecuan a la práctica. La práctica social del derecho incluye también la ideología de la toma de decisiones conforme al derecho y la ideología de la interpretación. Como tal, para que esta práctica exista es necesario que los participantes hayan aprendido a seguirla y con ella a hacer ciertas valoraciones y a tomar ciertas decisiones que se consideran correctas, y esto requiere de cierta estabilidad de la propia práctica. A la vez, estas prácticas existen por la acción de los individuos que participan en ella, lo que implica que no podemos garantizar totalmente esta estabilidad. Las prácticas sociales son cambiantes y son precisamente un producto de estabilidad y de cambio constante. Desde ya, esto no implica que el cambio se dé permanentemente y en toda la práctica, ya que esto provocaría el fin de la práctica como tal. Es la agencia de los participantes, sus acciones, sus actos lingüísticos y no lingüísticos los que mantienen y modifican estas prácticas.

El error, la atribución de error, tiene una doble función en estas prácticas ya que es un instrumento para asegurar la estabilidad, es decir, para controlar la normalidad y los usos estables, es decir, para desacreditar usos excéntricos: podríamos referirnos a estos como «error en la práctica». Vemos que no se trata de un error simplemente epistémico, ya que se predica del resultado de una actividad que implica a su vez decisiones y valoraciones.

Esto no excluye la posibilidad de que esta práctica sea a su vez valorada y criticada desde puntos de vista diversos (lo que presupone su conocimiento). En este sentido, la atribución de error puede funcionar como instrumento

de cambio y crítica: podríamos referirnos a este tipo de error como «error de la práctica». La dificultad es identificar cuándo la atribución de error es un caso de control de la normalidad o de crítica a esta, y la respuesta tentativa que podemos dar es que cuando el error se atribuye a un uso normal su función es crítica y, por lo tanto, podemos entenderlo como un caso de *error de la práctica.*

En el contexto de las decisiones judiciales, podemos conectar los tipos de errores con la posibilidad de realizar interpretaciones excéntricas. No todos los intérpretes tienen el mismo poder a la hora de influir en la estabilidad y el cambio de las prácticas interpretativas. Esto es relevante precisamente cuando el intérprete presenta interpretaciones divergentes, es decir excéntricas. La carga de probar su adecuación a la práctica[40] y la posibilidad de imponerla como interpretación correcta dependerá en gran medida de la posición que el intérprete ocupa. De la misma forma, la función crítica del error como *error de la práctica* tendrá mayor potencialidad transformadora según quien lo determine, en efecto, la agencia de ciertos sujetos de la práctica tiene más potencialidad transformadora que la de otros sujetos.

Cuando aprendemos a identificar el derecho aprendemos no solo cuáles son las fuentes, sino también cuáles son los argumentos interpretativos que podemos utilizar y cuándo debemos criticar su uso. Es decir, que la propia identificación del derecho que nos enseñan es producto de la aplicación de una ideología sobre la identificación del derecho. La propia práctica de identificar «objetivamente» el derecho es producto de una ideología que hemos aprendido y que sabemos utilizar y que, además, podríamos criticar desde un punto de vista moral y por lo tanto hacer interpretaciones excéntricas.

En efecto, podemos advertir con facilidad cómo uno de los aspectos más cambiantes de la práctica social del derecho es precisamente la ideología de la interpretación. Los cambios históricos y políticos provocan grandes cambiamos en los cánones interpretativos aceptados. Siguiendo a Tarello podemos decir que la especificidad de la interpretación jurídica no debe hacernos perder de vista el contexto general en el que las ideologías de la interpretación se encuentran (Tarello, 1974: 494).

Un ejemplo de esto puede advertirse con facilidad si consideramos la ideología de la decisión judicial legal y racional. Vimos la importancia para esta ideología del principio de legalidad ligado fuertemente al texto de le ley y cómo esto se refleja en ideologías de la interpretación que privilegian una interpretación literal y subsidiariamente, en caso de contradicciones, argumentos que reconducen a los trabajos preparatorios y de deliberación legislativa[41]. En el mismo sentido, otras ideologías de la interpretación incluyen a su vez

[40] Medina, 2006: 42.
[41] Tarello, 1974: 477.

elementos de la dogmática, privilegiando además argumentos que refieren a la sistematicidad del derecho, como la completitud o la coherencia. En esta línea de análisis, un cambio importante en relación con la justificación de las decisiones judiciales en un Estado de derecho puede advertirse en la paulatina relevancia que adquieren las cartas constitucionales (en los estados que cuentan con esta fuente del derecho) y los derechos humanos a la hora de justificar las decisiones judiciales. Considerando esto, la identificación del derecho ya no es más aquella que deviene de estricto respeto al principio de legalidad, entendido como respeto al texto de la ley, sino a la constitución (no a las normas que regulan la organización del estado, sino principalmente los derechos y garantías en ellas reconocidos) y a los derechos humanos entendidos como aquellos derechos que los seres humanos tienen en cuanto a tales y son solo reconocidos en esta. Pueden pensarse en este sentido argumentos que refieren a la naturaleza de las cosas o los fines hipotéticos del legislador. Pensemos que estos argumentos no son aplicados solamente por los tribunales constitucionales en la interpretación del texto constitucional, sino por todos los tribunales a la hora de dar interpretaciones de las disposiciones infraconstitucionales evitando incurrir en contradicciones con la constitución. Pensando en la ideología de la decisión judicial, parece que la práctica del derecho promueve que la decisión judicial no debe ser ya legal (en sentido estricto) y racional, sino que podríamos llamarla constitucional y racional[42].

8. CONCLUSIONES

Volviendo al error, hemos intentado mostrar cómo el error interpretativo depende de la ideología desde la cual se evalúa la corrección. Hemos visto que la ideología de la interpretación forma parte de la propia práctica del derecho, pero que no necesariamente es uno de sus aspectos de mayor estabilidad, y que esto en efecto muchas veces dificulta distinguir los «errores en la práctica» de los «errores de la práctica». Asumiendo que esta distinción es posible, la ventaja de adoptar una explicación de la actividad interpretativa compresiva tanto de sus aspectos cognitivos como de los decisorios para todos los casos, claros o no, es que siempre podemos advertir el compromiso ideológico del intérprete (sea de conformidad o de cambio con la práctica vigente). De esta forma, podemos avanzar y analizar la responsabilidad de los intérpretes al

[42] Aquí la constitución no es entendida como una fuente del derecho más, si así fuera no existiría un cambio real de ideología respecto a la decisión legal. Aquí la constitución es la expresión de la moral crítica y, por lo tanto, es esta la que justifica la interpretación del derecho aun en contra de la voluntad del legislador, modificando así el rol político de la judicatura que de un neutro aplicador de decisiones se erige como órgano de control de la discrecionalidad política de la legislación (sea esta producida por el poder legislativo o ejecutivo como sucede en diversos estados cada vez con mayor frecuencia). Cfr. Guastini, 2016: 192.

mantener o modificar los significados de los textos presentes en las fuentes del derecho.

Desde la teoría del derecho podemos contribuir y resaltar la importancia y responsabilidad de la actitud de crítica ante todas las interpretaciones, lo que implica revisar constantemente estos compromisos valorativos muchas veces ocultos no solo en las decisiones judiciales interpretativas, sino también en la dogmática jurídica y en la propia teoría y que salen a luz muchas veces en los juicios de error.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E., Bulygin, E., 1987: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires: Astrea.

Alexy, R., 1989 (1978), Adler R., MacCormick N. (trad.), *A Theory of Legal Argumentation,* Oxford: Oxford Univesity Press.

Carbonell Bellolio, F., 2015: «Sobre la idea de decisión judicial correcta», *Analisi e diritto,* 2015: 11-46.

Carbonell Bellolio, F., 2021: «El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales», *Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch: 293-323.

—, 2023: «Los errores del juez. Presupuestos y tipologías», en García Amado J. A. (dir.): *El error judicial. Problemas y regulaciones,* Valencia: Tirant lo Blanch: 57- 86.

Chiassoni, P., 2009: *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. Da Bentham a Kelsen*, Turín: Giappichelli Editore.

—, 2019: *Interpretation without Truth. A realistic Enquiry,* Berlín: Springer.

Comanducci, P., 2010a: «Epistemología jurídica», *Hacia una teoría analítica del Derecho,* Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales: 175-185.

—, 2010b: «La interpretación jurídica», *Hacia una teoría analítica del Derecho,* Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales: 93-113.

—, 2018: *La disputa entre positivismo y neo-constitucionalismo,* Ciudad de México: Fontamara.

Ferrer Beltrán, J., 2012: «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», en P. Luque Sánchez y G. B. Ratti (eds.): *Acordes y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons: 259- 274.

Ferrer Beltrán, J., Ratti, G.B., (eds.) 2011: *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons.

García Yzaguirre, V., 2022: *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica,* Lima: Palestra.

Gianformaggio, L., 2018: *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico,* Torino: Giappichelli.

Guastini, R., 2014: *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

—, 2016: *La sintaxis del derecho,* Madrid: Marcial Pons.

HART, H. L. A., 2011: *El concepto de derecho,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
LIFANTE VIDAL, I., 2019: «En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica», *Revus*, 39/2019, 63-84.
LLEWELLYN, K.N., 1950: «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statues Are to Be Constructed», *Vanderbilt Law Review,* 3: 395-406.
LUQUE SÁNCHEZ, P., RATTI, G.B., (eds.) 2012: *Acordes y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.
MALEM SEÑA, J. F., 2009: «El error judicial» en J.F. MALEM SEÑA, F.J. EZQUIAGA GANUZAS, y P.A. IBÁNEZ: *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 11-42.
MEDINA, J., 2006: *Speaking from Elsewhere*, Albany: State University of New York Press.
PINO, G., 2021: *L'interpretazione nel diritto,* Torino: Giappichelli.
RAMÍREZ LUDUEÑA, L., 2012: «El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"», *Discusiones,* 11: 87-116.
RAPETTI, P.A., 2019: *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
RODRÍGUEZ, J., 2021: *Teoría analítica del derecho,* Madrid: Marcial Pons.
SCHAUER, F., 2013 (2009): *Pensar como abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico.* Madrid: Marcial Pons.
—, 2018: «American Legal Realism», en M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosohy,* Springer Science and Business Media B.V.
TARELLO, G., 1962: *Il realismo giuridico Americano,* Milán: Giuffrè.
—, 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metatoria del diritto,* Bolonia: Il Mulino.
TROPER, M., 2006: «Une théorie réaliste de l'interprétation», *Revista Opinião Jurídica,* 8: 301 – 318.
VILLA, V., 2012: *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Turín: G. Giappichelli.
WITTGENSTEIN, L., 2002 (1969): *Sobre la certeza,* Barcelona: Gedisa.
WRÓBLEWSKI, J., 2001: *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara.

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 269-292
DOI: *10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/10*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

PRECEDENTES ERRADOS Y SEGURIDAD JURÍDICA

Víctor García-Yzaguirre*

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es posible observar un mayor grado de interés en analizar cómo entender, identificar y descomponer un sistema de precedentes [1]. Esto ha permitido aclarar un gran número de prácticas habituales en nuestros sistemas de *civil law*, así como identificar nuevos problemas prácticos y teóricos.

---

* Profesor asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá.. Código ORCID: 0000-0002-4662-2919. *garciayzaguirre@gmail.com*

Este capítulo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación. Por un lado, el Proyecto «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho (EPAD)», PID2020- 114765GB-100. Por otro lado, el Proyecto de Investigación «Epistemología Social y Derecho: Funciones y Medios del Conocimiento Jurídico», PID2024-159612NB-I00. Ambos financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Agradezco a Hugo Osorio Morales y a los asistentes al panel «Legal Precedents» del congreso ICON, celebrado en junio de 2024, por sus comentarios y críticas a una versión previa de este texto.

[1] Dentro de la literatura especializada cabe resaltar algunas de las principales propuestas de lenguajes teóricos para analizar los sistemas de precedentes: Núñez Vaquero, 2022a; Alexander, 2015; Lammond, 2023; Cross y Harris, 2012; Duxbury, 2008, la del *Bielfelder Kreis* contenida en MacCormick, Summers y Goodhart, 2016 y la de Chiassoni, 2015. Son principales en tanto son propuestas: i) sobre las que hay discusiones abiertas sobre su corrección o incorrección; y/o ii) que se toman como puntos de partida para elaborar nuevos argumentos.

En este contexto es posible identificar una serie de discusiones y argumentos centrados en identificar y analizar qué justifica la implementación y/o conservación de un conjunto de normas que regulen el seguimiento de precedentes[2]. En ellas, se suele sostener que dichas prácticas son idóneas para garantizar la seguridad jurídica en nuestros ordenamientos jurídicos.

Frente a ello, el objetivo del presente capítulo es analizar a qué nos compromete el uso de la noción de la seguridad jurídica como justificación de los sistemas de precedentes frente al seguimiento de un precedente calificado como errado por el aplicador del derecho que debe resolver un caso actual. Sostendré que la seguridad jurídica, en este contexto, es mejor entendida como un concepto valorativo denso cuyo uso es útil para describir y dar, a la vez, razones *pro tanto* a favor de la implementación de una serie de medidas que sean idóneas para satisfacer un determinado conjunto de preferencias. En tal sentido, sostendré que esta noción puede ser empleada para justificar tanto el otorgamiento de competencia para hacer un *distinguishing* a precedentes errados como para no hacerlo.

Para alcanzar este objetivo, llevaré a cabo los siguientes pasos. En el apartado 2 analizaré qué es un sistema de precedentes, el discurso de quienes los justifican utilizando la noción de seguridad jurídica y qué es un precedente errado. En el apartado 3, presentaré una propuesta de reconceptualización de la seguridad jurídica como concepto valorativo denso y cómo ello nos permitiría entender, de mejor manera, su empleo en la justificación de los sistemas de precedentes.

2. SISTEMA DE PRECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Entenderé por sistema de precedentes a un conjunto de normas que, por lo menos, regulan qué decisiones (de los aplicadores del derecho[3]) cuentan como precedente, quiénes son competentes para dictarlos, cuál es su alcance y fuerza, y qué aplicadores del derecho pueden llevar a cabo un *distinguish* y/o un *overruling*. Además, dichas normas han de prever tanto la ordenación entre precedentes, como su ordenación en relación con otras normas[4].

No hay un único modelo de sistema de precedentes. Cada uno puede variar dependiendo del contenido que se les dé a las normas indicadas y a

---

[2] Cabe precisar que esta pregunta es diferente a la discusión sobre si un aplicador del derecho debería o no seguir decisiones pasadas propias y/o de cortes superiores.

[3] Por aplicador del derecho aludo a aquellas personas que son competentes, en sede judicial o administrativa, para resolver problemas normativos. Un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa.

[4] Al respecto, véanse García Yzaguirre, 2024a; Zorzetto, 2022: 101.

las clases de aplicadores del derecho a los que se les otorgue las competencias mencionadas. En efecto, cada comunidad jurídica puede implementar diversos modelos, incluso, implementar diferentes modelos para cada área del derecho[5]. Cada modelo está condicionado por las condiciones materiales y sociales de la comunidad en la que se implementa[6], pero, especialmente, lo está por las razones que justifican (o que se utilizan para justificar) su implementación. Dentro de la literatura especializada se suelen esgrimir múltiples razones para justificar la implementación y/o conservación de un sistema de precedentes[7]. De todos ellos, me centraré en uno de los discursos principales y más frecuentemente empleados: el de aquellos que sostienen que dichos sistemas son medios idóneos para concretar la seguridad jurídica dentro de una comunidad.

Uno de los principales desafíos teóricos y prácticos al que nos enfrentamos es si la seguridad jurídica opera como una razón a favor o en contra de diseñar un modelo de precedentes que otorgue la competencia para hacer un *distinguish*, en especial, frente a la posibilidad de que se dicten precedentes errados por parte de un aplicador del derecho de superior jerarquía. Para profundizar sobre estos puntos, en este apartado partiré por descomponer algunas de las exigencias de la seguridad jurídica en el sistema de precedentes. Tras ello, haré una breve estipulación de qué cuenta como precedente errado.

2.1. Sistemas de precedentes y seguridad jurídica

Quienes sostienen que la seguridad jurídica justifica implementar un sistema de precedentes suelen emplear el siguiente argumento[8]: si el *stare decisis*[9] establece que el seguimiento de un precedente es condición necesaria o contribuyente de la validez de las decisiones institucionales de un aplicador del derecho, ello supondrá un aumento del grado de certeza y estabilidad del derecho. Lo anterior, debido a que le ofrecerá, por un lado, a los aplicadores del derecho un criterio de corrección de sus decisiones (al igual que una razón para que se contengan y limiten el ejercicio de la discrecionalidad judicial) y, por el otro lado, una expectativa a los habitantes del país respecto a cómo decidirán quienes resuelven controversias.

---

[5] Por ejemplo, es posible que la jurisdicción constitucional de un determinado país adopte un determinado modelo de sistema de precedentes, pero su jurisdicción tributaria emplee uno diferente.

[6] Véase, por todos, Taruffo, 2026.

[7] Para una sistematización de ellos ver Núñez Vaquero, borrador, MacCormick, Summers y Goodhart, 2016: Cap. 15. Schauer, 1987: 595 y ss. Waldron, 2012, Postema, 1991.

[8] Véanse, por todos, Schauer, 1987: 571, 595-98; Duxbury, 2008: 160-62; Marinoni, 2013: 136 y ss, Cross y Harris, 2012: 32.

[9] Entiendo por *stare decisis* al conjunto de metanormas o reglas sobre precedentes que regulan los efectos del uso de decisiones pasadas en los procesos de resolución de problemas normativos por parte de aplicadores del derecho. Véase Núñez Vaquero, 2022a: 138.

En tal sentido, si un aplicador del derecho ha de decidir un caso actual de la misma manera a cómo fue resuelto en el precedente, entonces los destinatarios del derecho estarán en mejores condiciones para tomar decisiones estratégicas. Ello dado que podrán pronosticar, con mayor grado de probabilidad de éxito, cómo se calificarán jurídicamente sus acciones. Además, los precedentes serán socialmente productivos porque los destinatarios podrán emplearlos en sus razonamientos (como razones para la acción), podrán justificarse en ellos al tener que interactuar con otros e, incluso, podrán exigir su cumplimiento[10]. En fin, la predictibilidad del uso de precedentes puede ofrecer un potencial desincentivo a la litigiosidad, pues supondría que cada parte tendrán más facilidad para calcular los riesgos de ir a proceso.

Por otra parte, para los aplicadores del derecho, que el diseño institucional garantice la predictibilidad del uso de precedentes puede suponer, por lo menos, dos efectos beneficiosos. Por un lado, una reducción de una tasa de revocatorias y de gastos de recursos judiciales para resolver una controversia (no será necesario deliberar, nuevamente, la forma de resolver un determinado problema normativo). Por otro lado, impone un incentivo a quienes tienen la competencia para dictar precedentes de evaluar, cuidadosamente, los posibles efectos prácticos y jurídicos de su decisión.

Ahora bien, cabe precisar que la predictibilidad, como condición de la seguridad jurídica, se suele predicar de diversas prácticas. Esto supone que es un discurso justificativo empleado para sostener múltiples posturas, no todas ellas necesariamente concordantes entre sí. Veamos alguna de ellas.

En primer lugar, predictibilidad se predica[11], por un lado, de los mandatos jurídicos, esto es, de la capacidad de predecir únicamente las reacciones jurídicamente autorizadas (se predicen solo actos jurídicos válidos). En otras palabras, las predicciones son sobre cómo se entenderán los precedentes (identificación de su *ratio decidendi*); y cómo dichas interpretaciones serán empleadas en la toma de decisiones jurídicas futuras. Desde esta perspectiva, habrá seguridad jurídica si es predecible que los aplicadores del derecho usarán los precedentes relevantes.

Por otro lado, la predictibilidad se puede predicar de los resultados. Esto es, se predice cómo reaccionarán los agentes (privados y públicos) con los que un sujeto interactúa ante sus acciones presentes o futuras. Esto supone determinar no solo cómo el derecho calificaría una acción, sino también cómo los agentes encargados de hacerlo efectivo reaccionarían ante dicha acción. Desde esta perspectiva, habrá seguridad jurídica si es predecible cómo actuarán los

---

[10] Como podrá notarse, la seguridad jurídica es una justificación de los sistemas de precedentes de tipo consecuencialista. Como tal es insuficiente, por sí solo, para ofrecer una adecuada justificación de este tipo de diseños institucionales. Sobre este punto profundizaré en ulteriores investigaciones.

[11] En este punto sigo lo señalado en García Yzaguirre, 2023a y García Yzaguirre, 2024b.

aplicadores del derecho frente a un problema normativo, sea que usen o no los precedentes relevantes.

La diferencia entre la predictibilidad de los mandatos jurídicos y de los resultados radica en cómo se entiende la predicción de la eficacia del modelo de sistema de precedentes. Para la predictibilidad de los mandatos jurídicos, una alta probabilidad de éxito de una predicción del no seguimiento de precedentes o del uso de precedentes que son casos claros de violación de derechos no serían casos de seguridad jurídica. Para la predictibilidad de resultados, que seamos capaces de predecir con un alto grado de probabilidad de éxito qué pasará en el futuro supone un escenario de seguridad jurídica, sin que sea relevante si la decisión supone la violación de obligaciones jurídicas.

En segundo lugar, se sostiene que la predictibilidad que puede ofrecer un modelo de sistema de precedentes ha de ser apta para generar expectativas sobre cómo se resolverá un caso actual. Además, dichas expectativas han de ser protegidas mediante un diseño institucional idóneo para ello. Esto supone que la predictibilidad, como bien señala Waldron (2012: 9-10), justifica implementar medidas a favor de la generación de expectativas y para la protección de expectativas. Respecto a lo primero, mientras el diseño del modelo ofrezca mayor cognoscibilidad del derecho y medidas que incentiven el grado de predictibilidad de una práctica (predictibilidad de mandatos jurídicos, para ser más preciso), entonces habrá mayor seguridad jurídica en el sistema normativo. Respecto a lo segundo, la predictibilidad justifica implementar normas que protejan dichas expectativas a través del aumento de probabilidad de que se seguirán los precedentes. Sobre este punto cabe precisar que esta concretización de la predictibilidad es, necesariamente, relativa y gradual. Relativa, en tanto, se predica en relación con un determinado objeto de estudio[12]. Es gradual, en tanto, es una propiedad que puede ser alcanzada en mayor o menor medida[13].

En este escenario, los sistemas de precedentes están justificados en la predictibilidad en tanto es un medio idóneo para aumentar su grado de concretización en una determinada práctica. En ese mismo sentido, estará más justificado un modelo que cuente con reglas claras de qué cuenta como precedente, sobre las competencias[14], sobre los efectos de no seguir el precedente, entre otros. Al respecto, por ejemplo, uno de los temas más debatidos en la literatura especializada es la identificación de la *ratio decidendi*. Frente a este punto,

---

[12] Este puede ser o bien una determinada práctica jurídica de una comunidad (a manera de generalización a partir de todas las áreas de aplicación del derecho), o bien de una determina práctica jurídica en un área específica (por ejemplo, de la jurisdicción constitucional de una determinada región de la comunidad).

[13] Sistema de precedentes no debe ser entendido como un ideal de certeza absoluta. Ello no solo debido a que es imposible (véase, por todos, Llewellyn, 1969: 17), también lo es debido a que la certeza absoluta es el antónimo a la noción de libertad (véase García Yzaguirre, 2024b).

[14] Por ejemplo, se suele sostener que ofrecerá una mayor cognoscibilidad y predictibilidad de actos si el modelo de sistema de precedentes opera con reglas expresas y no con reglas implícitas.

en extrema síntesis, es posible diferenciar entre modelos con identificación maximizada y con identificación no maximizada[15]. Los primeros aluden a los modelos que incluyen una metanorma que requieren al aplicador del derecho (u otro funcionario) que especifique el conjunto de enunciados (la máxima) a partir de los cuales se identificará la *ratio decidendi*[16]. Los segundos, en cambio, no hay regulación que requiera la especificación de qué enunciados son relevantes para identificar la *ratio decidendi*. Esto genera problemas de indeterminación sobre cómo identificar dicha norma. Como podrá notarse, los primeros ofrecen (potencialmente) un mayor grado de protección de expectativas, pues generarán condiciones para una mayor predictibilidad de seguimiento de precedentes que los segundos.

En tercer lugar, la predictibilidad puede ser empleada como un discurso prescriptivo respecto a cómo se deben dictar (y usar los precedentes)[17]. En síntesis, es posible sostener que los precedentes serán predecibles si su contenido se ajusta a un criterio normativo socialmente compartido y habitualmente empleado para calificar el derecho como axiológicamente aceptable. Por ejemplo, en una comunidad donde se comparte la idea de que la responsabilidad civil extracontractual debería estar orientada a concretar la justicia correctiva, los precedentes serán predecibles si se ajustan, de la mejor manera posible, a concretar la justicia correctiva. En efecto, la predictibilidad en este caso no va orientada, únicamente, sobre qué harán los aplicadores del derecho. Adicionalmente a ello, se emplean predicciones sobre las direcciones que ha de tomar el sistema normativo para satisfacer las exigencias de la moral social.

Esta forma de entender la predictibilidad puede ser utilizada para justificar, incluso, el no seguimiento de un precedente. En efecto, podemos diferenciar entre precedentes que se ajustan a las exigencias normativas y aquellos que no lo hacen. Bajo esta perspectiva, solo aquellos precedentes que cumplan con dichas exigencias ofrecerán seguridad jurídica, ya que satisfarán las expectativas de la comunidad de referencia. En este sentido, la predictibilidad justificaría el seguimiento únicamente de estos precedentes adecuados, pero no ofrecería tal justificación para los precedentes que no generen dicha adecuación.

En cuarto lugar (y en relación con el punto anterior), cabe diferenciar entre la predictibilidad generada por los efectos de los precedentes y por la jerarquía[18]. La primera alude a las expectativas generadas por los posibles efectos prácticos que generará determinado precedente. En tal sentido, se entenderá

---

[15] Tomo la expresión «maximización» de la propuesta de Nuñez Vaquero (2022a), quien la toma a partir de «máximas» del Ufficio del Massimario italiano. Además, véase Aarnio, 1995: 86 y ss.

[16] Tenemos, por ejemplo, casos como el de Perú, Brasil, Italia y México. Sobre este punto, véase el volumen 29 de la *Revista Discusiones,* en la que se discutió sobre la conveniencia o no de esta estrategia de identificación de la *ratio decidendi.*

[17] Sobre este punto ver, por todos, Linarelli, 2017: 173 y ss.

[18] Para una sistematización de las discusiones generadas en la literatura norteamericana sobre este punto, véase Kozel, 2017.

por concretización de la seguridad jurídica aquellos casos en los que sea predecible el seguimiento de precedentes que generen consecuencias prácticas deseables. La segunda, en cambio, alude a la expectativa generada por sobre los aplicadores del derecho a que ellos sigan los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos (precedentes verticales). Dicho de otro modo, habrá seguridad jurídica si es predecible que seguirán dichos precedentes. Este tipo de predictibilidad ha sido entendida por parte de la literatura especializada como la tesis de la independencia (Postema, 1991: 1160 y ss.; Hellman, 2013: 64 y ss.): se espera que los aplicadores del derecho sigan los precedentes con independencia de lo que ellos piensen de la decisión[19].

Este último punto, cabe señalar, permite diferenciar dos tipos modelos de sistema de precedentes en función a cuál es la razón para seguir el precedente y su relación con la predictibilidad de usos de precedentes[20]. Por un lado, en un modelo basado en la corrección del precedente, está justificado el seguimiento de precedentes que ofrezcan consecuencias prácticas consideradas jurídicamente y axiológicamente admisibles dentro de una determinada comunidad. Este modelo requerirá, por lo menos, que se prevea la competencia para hacer *distinguish* a determinados precedentes. Bajo este tipo de modelo, la predictibilidad está en lo que haga el aplicador del derecho frente a un balance de razones. Esto es, se predice qué se ponderará, cómo se ponderará y cuál es el resultado de tal ponderación (si usará o no el precedente). De esta forma, a mayor grado de probabilidad de éxito de la predicción, entonces habrá mayor seguridad jurídica. Como tal, adopta una forma de entender la predictibilidad como un discurso prescriptivo.

Por otro lado, en un tipo modelo basado en la competencia del agente emisor del precedente, está justificado el seguimiento de precedentes que hayan sido emitidos por una autoridad competente, con independencia de su corrección. Este modelo no requiere que se prevea la competencia para hacer *distinguish*. En efecto, bajo este tipo de modelo, la predictibilidad versa sobre si el aplicador del derecho usará o no el precedente relevante. Así, a mayor grado de probabilidad de que siga el precedente, entonces habrá mayor seguridad jurídica. Cabe precisar que, bajo este segundo tipo de modelo, la predictibilidad puede ser empleada, además, como una forma de justificar un determinado

---

[19] Los precedentes ofrecen una razón para resolver una controversia actual, o bien a razón de su corrección, o bien por haber sido dictadas por una determinada autoridad (y con independencia de su corrección). En el caso de estos últimos, el sistema de precedentes opera de tal manera que un aplicador del derecho que decide un caso actual usa la *ratio decidendi* dictada en un precedente y la razón justificante para hacerlo no es por el contenido de la *ratio* (esto es, por estar de acuerdo con ello), sino por quién lo dictó a mérito de su competencia para ello. Al respecto, véase Alexander, 2013: 48.

Cabe precisar que la tesis de la independencia no implica el carácter inderrotable de un precedente. Lo único que expresa es que es una razón *pro tanto* para llevar a cabo una acción. Esta podrá ser derrotada a razón de otras razones *pro tanto* jurídicamente relevantes.

[20] Sobre este punto, solo en parte, a Stevens, 2018: 435-7. Para una presentación de este punto en términos de razones excluyentes y protegidas, véase Perry, 1987.

conjunto de ideologías interpretativas basadas en la deferencia al superior jerárquico. Dicho en breve, en el escenario de un sistema normativo en el que se ha implementado un sistema de precedentes y un aplicador del derecho (de primera instancia) se enfrenta a un caso difícil[21], caben dos posibilidades: i) que actúe conforme a sus propias preferencias ideológicas; o ii) que pretenda resolver el caso de la manera en que lo haría la máxima instancia a través de un precedente. En este escenario, la predictibilidad puede ser utilizada para justificar que dicho actor deba realizar predicciones sobre el contenido de los posibles precedentes que las cortes competentes implementarían en este tipo de casos y tomar decisiones conforme a dichas predicciones. De esta forma, el aplicador del derecho actual (en aras de generar una práctica que garantice la predictibilidad de las decisiones) operará, en términos de Caminker[22], como un juez *proxy* de la máxima instancia: cada aplicador del derecho ha de decidir como si fuese la última instancia que resolverá el caso. Sobre los problemas de esta ideología interpretativa profundizaré en ulteriores investigaciones.

Como se podrá ver, la predictibilidad, como condición de la seguridad jurídica, se suele predicar de prácticas diversas que no necesariamente llevan a resultados concordantes. Resulta útil ordenar estos discursos.

Es posible identificar, por un lado, autores que consideran que la mejor forma de entender la seguridad jurídica es como un concepto que alude a la capacidad de un determinado conjunto de agentes de predecir, con un alto grado de probabilidad de éxito, cómo se comportarán el resto de los agentes públicos y privados (en contextos jurídicamente relevantes). A este conjunto de autores les denominaré predictibilistas[23]. Los juicios descriptivos de seguridad jurídica desde esta perspectiva incluyen una evaluación *ex ante* de la previsibilidad de los actos del aplicador del derecho y una evaluación ex post para confirmar si las predicciones se cumplieron. Los juicios prescriptivos, por su parte, se enfocan en que los aplicadores del derecho actúen de manera predecible y en el diseño de reglas procedimentales que faciliten esta predictibilidad. En tal sentido, a manera de generalización, quienes formen parte de este conjunto emplearán la predictibilidad de mandatos para formular juicios descriptivos. En cambio, para formular juicios prescriptivos (respecto del diseño de reglas), podrán estar de acuerdo con un sistema maximizado de *ratio decidendi* y con modelo basado en la competencia del agente.

Por otro lado, es posible identificar autores que sostienen que la seguridad jurídica alude a la aceptabilidad de los resultados de la aplicación del derecho. Entre ambos grupos, como es notorio, se emplean conceptos diferentes. Definen la seguridad jurídica como la capacidad de justificar externamente las decisiones legales utilizando razones correctas desde un punto de vista axiológico.

---

[21] A razón de casos de laguna normativa, vaguedad, antinomia y/o laguna axiológica.

[22] Véanse Caminker, 1991; Dorf, 1995.

[23] Para una presentación más clara de esta distinción, véase García Yzaguirre, 2023a.

Esto implica que las decisiones jurídicas deben ser tomadas conforme a un procedimiento basado en valores formales y que las calificaciones jurídicas de los actos sean coherentes con valores sustantivos. A este conjunto de autores les denominaré controlabilistas. Los juicios descriptivos, desde esta perspectiva, se realizan ex post, después de la decisión jurisdiccional, y los juicios prescriptivos se centran en la argumentación y coherencia con principios y valores establecidos. En tal sentido, a manera de generalización, quienes formen parte de este conjunto emplearán la predictibilidad de mandatos jurídicos para formular juicios descriptivos. En cambio, para formular juicios prescriptivos (respecto del diseño de reglas), podrán estar de acuerdo con un sistema maximizado de *ratio decidendi* y con un modelo basado en la corrección del precedente.

2.2. Precedentes errados

Como hemos visto en el subapartado anterior, dentro de la literatura especializada, la noción de seguridad jurídica suele ser empleada para justificar diferentes modelos de sistemas de precedentes[24]. Algunos de los modelos de sistema de precedentes justificados en la seguridad jurídica pueden suponer, por lo menos, dos costos[25]. Por un lado, genera una razón *pro tanto* en contra de la implementación de nuevas medidas en contextos cambiantes, lo que aumenta el grado de posible ineficiencia (o, incluso, de anacronismo) de un precedente para resolver un problema. Por otro lado, supone una razón para no resolver una experiencia recalcitrante[26]. De ambos, el punto en común es que la predictibilidad, aparentemente, nos compromete a tener que seguir un precedente errado.

Ahora bien, ¿a qué nos compromete la seguridad jurídica? ¿Proporciona la seguridad jurídica razones *pro tanto* para no otorgar una competencia expresa a un aplicador del derecho para realizar un *distinguish* de un precedente erróneo emitido por una autoridad de mayor jerarquía?

Suele ser el caso que un aplicador del derecho considere que el precedente aplicable al caso que debe resolver es errado[27]. Por precedente errado entenderé los siguientes casos[28]:

---

[24] Esta justificación, además de ser diversa, tiene sus propios desafíos. No profundizaré en ellos, pero cabe señalar que uno de los más importantes es la necesidad de determinar qué metodologías son útiles para alcanzar los resultados esperados (predicción con altos grados de probabilidad de éxito) y establecer un criterio de preferencia para elegir una de ellas. En este sentido, la predictibilidad plantea un problema epistémico: cómo acceder a la información que permita saber qué pasará en el futuro. Sobre los problemas generados por el carácter práctico y reflexivo de las predicciones en el derecho, véase García Yzaguirre, 2023b.

[25] Véase, por todos, Schauer, 1987: 597-98.

[26] Sobre los problemas que ello puede generar, véase García Yzaguirre, 2023b.

[27] En Nelson, 2021, es posible encontrar una recopilación de jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en la que ella califica a un precedente como errado. Véase, además, Kozel, 2017: 12 y ss.

[28] El elenco indicado refiere a los principales casos identificados. No pretende ser exhaustivo.

En primer lugar, a un precedente relevante que es considerado inválido o irregular porque fue emitido fuera del alcance de las competencias del aplicador del derecho que dictó el precedente. Es irregular, principalmente (pero no únicamente) debido a que la *ratio decidendi* es sobre una materia sobre fuera del alcance de las normas competencia o debido a que la emisión se llevó a cabo sin seguir el procedimiento establecido para ello.

En segundo lugar, a una *ratio decidendi* que ofrece una solución normativa inaceptable. Ello puede deberse, al menos, a dos circunstancias. Por un lado, a que el caso genérico de la norma no contiene una propiedad que debió haber sido introducida (conforme al sistema valorativo del intérprete). En términos más simples: el antecedente no contiene una distinción que debería contener[29]. Por otro lado, debido a que el caso genérico ha sido adecuadamente identificado, pero este ha sido correlacionado con un consecuente que no refleja, adecuadamente, el balance de principios jurídicamente relevantes al caso[30]. Dicho en breve, es un precedente errado por contener una *ratio decidendi* con un antecedente, ya sea diseñado inadecuadamente o diseñado adecuadamente, pero solucionado de manera equivocada.

En tercer lugar, un precedente será errado en caso de que su *ratio decidendi* ha dejado de ser coherente con nuestras convenciones sociales y morales. En tal sentido, el precedente ha devenido en anacrónico.

En cuarto lugar, un precedente será errado, en caso de estar en un modelo de sistema de precedentes con identificación maximizada de la *ratio decidendi*, si se considera que la máxima no es útil para identificar la *ratio decidendi*.

Un aplicador del derecho, frente a un precedente errado, podrá o bien seguirlo, o bien realizar alguna operación para evitar que la validez de su decisión esté condicionada al seguimiento de dicho precedente[31], entre ellas, un *distinguish*. Esta última operación será jurídicamente correcta, siempre que el

---

[29] Alchourrón y bulygin, 2012: 154 y ss. Una manera alternativa de presentar esta clase de supuestos es como un ilícito atípico, véase Atienza y Ruiz Manero, 2012: 244.

[30] Algunos autores presentan este punto señalando que se debería preferir seguir la Constitución antes que un precedente inconstitucional. Véase, por todos, Baude, 2019.

[31] Para un elenco de acciones posibles ver Marshall, 1996. En algunos casos la identificación de un precedente errado puede ser una razón para derogar el precedente. Respecto a esto último, para parte de la literatura, la verificación de un precedente errado es condición necesaria, pero no suficiente para justificar su derogación. Al respecto véanse Alexander, 1989-1990: 59; Núñez Vaquero, 2022b: 151.

Además de lo anterior, cabe precisar que un precedente errado puede convertirse en, siguiendo a Núñez Vaquero, un precedente negativo. Esto es, un precedente cuyo seguimiento generaría que la decisión sea considerada como injustificada, de manera que su uso generaría la invalidez de la sentencia. Sobre este punto: «un precedente negativo se da cuando se considera que una decisión jurisdiccional no resulta irrelevante, sino que es considerada como relevante, pero de manera negativa. Dicho con más precisión: seguir la *ratio decidendi* de un precedente negativo constituye una condición, contribuyente o suficiente, para que la decisión sea considerada inválida». Núñez Vaquero, 2022a: 254. En este supuesto se genera una situación inversa a la señalada en el texto principal: es condición de validez de la decisión del aplicador del derecho la omisión del uso del precedente.

aplicador del derecho tenga la competencia para llevarla a cabo y satisfaga las cargas de argumentación pertinentes. Ahora bien, ¿qué justifica que se deba otorgar la competencia para hacer un *distinguish*?

Para diversos autores, dicha competencia está justificada por razones diversas a la seguridad jurídica[32]. Como pasaré a precisar, esta afirmación es problemática.

3. SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO DENSO

A efectos de precisar, de mejor manera, qué supone el uso de la noción de seguridad jurídica en la justificación de un determinado modelo de sistema de precedentes, considero que es pertinente formular una reconceptualización de esta noción. Como es evidente, no es mi pretensión ofrecer una reconstrucción que sea capaz de explicitar los presupuestos implícitos de toda la literatura especializada en la materia, pues en ella hay desacuerdos teóricos que hacen inviable dicha labor.

Al respecto, la mejor forma de entender la literatura especializa no es como una discusión sobre los criterios que describen una práctica jurisprudencial o una sentencia usando el concepto de seguridad jurídica, sino como una discusión sobre cuál es la mejor forma de presentar a qué nos compromete la seguridad jurídica. El punto de divergencia está en las consideraciones normativo-valorativas: qué actos de los aplicadores del derecho merecen alabanza o rechazo.

Para ello, voy a sostener que la mejor forma de reconstruir qué es y a qué compromete la seguridad jurídica es como un concepto valorativo denso. Eso supone lo siguiente: i) la seguridad jurídica es una evaluación que un determinado sujeto realiza de una jurisprudencia y/o precedente; ii) dicha evaluación requiere adoptar el punto de vista interno de la práctica jurídica en la que se realizó el proceso de aplicación del derecho; y iii) esta evaluación supone, por un lado, generar (de manera justificada) predicciones sobre cómo actuarán los aplicadores del derecho y, por otro lado, formular preferencias que permitan calificar dichas expectativas. Veamos estos puntos.

---

[32] «*To take a dramatic example, past genocide does not generate an equality reason—not even a weak one—for continuing genocide in the present. Nor do any less dramatic past injustices have the effect of making what would otherwise be a present unjust act no longer unjust*». ALEXANDER, 2010: 495. Aquí, como podemos ver, el argumento está basado en una afectación a una forma de entender la pretensión de corrección de las decisiones judiciales.

3.1. Conceptos densos

Podemos diferenciar entre conceptos descriptivos y conceptos valorativos. Los conceptos descriptivos son aquellos empleados para presentar una característica del mundo. Por tanto, son verificables y no permiten expresar juicios de valor. En cambio, los conceptos valorativos son aquellos que permiten expresar juicios de valor.

Dentro de los valorativos, siguiendo a Bernard Williams (1995: 29), podemos diferenciar entre conceptos valorativos ligeros y densos. Un concepto valorativo ligero es aquel que es puramente evaluativo. Esto supone que es un concepto mediante el cual formulamos una razón *pro tanto*[33] para apreciar positivamente o negativamente[34]: son conceptos que usamos para expresar juicios sobre cómo debería ser el mundo, esto es, guían la acción.

En cambio, los conceptos valorativos densos son aquellos que nos permiten, por un lado, describir una determinada acción, objeto, hecho o estado de cosas y, por otro lado, alabarla o condenarla por poseer cierta (o ciertas) propiedad(es)[35]. Estos poseen dos componentes: i) uno valorativo (el mismo que ofrece un concepto valorativo ligero); y ii) uno descriptivo no valorativo (da cuenta de cómo es aquello de lo que se habla). La combinación de ambos ofrece conceptos que permiten expresar una razón *pro tanto* a favor o en contra y, a la vez, describe el mundo.

En extrema síntesis, un concepto valorativo denso es aquel que combina una evaluación y una descripción no evaluativa que, como bien señala Williams, opera tanto como guía de acción y son guiadas por el mundo[36]. Como se puede ver, este último elemento lo diferencia de los conceptos valorativos ligeros[37].

Veamos dos ejemplos de conceptos valorativos densos. En la afirmación «Juan es una persona egoísta», al calificar a Juan como egoísta lo que hacemos es dar cuenta de un conjunto de actos realizados. Pensemos que Juan prioriza sus intereses personales por sobre los de otros o por sobre la comunidad de

---

[33] Sobre la noción de razones *pro tanto* (y su diferencia con las razones *prima facie*), véase García Yzaguirre, 2022a.

[34] Pensemos, por ejemplo, en los conceptos bueno, malo, correcto, incorrecto, responsable, propiedad, entre otros.

[35] Pensemos, por ejemplo, en los conceptos de valiente, prudente, economía, frugalidad, grosero, entre otros.

[36] «*[S]uch concepts are "action-guiding". At the same time, their application is guided by the world*». Williams, 1985: 141-42.

[37] En términos de Kirchin, lo que diferencia un concepto valorativamente ligero de uno denso es que los primeros indican una valoración sobre un objeto (la cual es comparable con otras valoraciones). En cambio, los segundos realizan tal valoración, pero además nos informan sobre cómo es el objeto. Kirchin, 2012: 5.

la que forma parte: solo se pone en contacto cuando necesita algo, pero no está disponible para ayudar o apoyar cuando los demás lo necesitan. Al caracterizar los actos de Juan como egoístas hemos aprendido algo más sobre él, pero solo no eso. También se expresa una valoración de que esos actos son condenables y que no deben ser realizados. En tal sentido, se expresa una descripción de lo ocurrido, pero también un compromiso valorativo en el sentido de que ni otros, ni el hablante, deben llevar a cabo dichos actos.

Veamos la afirmación «este argumento es válido». Aquí estamos llevando a cabo dos cosas: estamos describiendo el argumento y, a la vez, lo estamos evaluando. Una primera apariencia es que, al predicar la validez, estamos describiendo que el argumento es válido por haber satisfecho determinados criterios contenidos en un lenguaje técnico. Por ejemplo, por haber satisfecho las exigencias contenidas en el modelo estándar de lógica de Von Wright. Sin embargo, el estudio de los desacuerdos entre los lógicos deónticos es demostrativo que ello sería insuficiente: al discutir sobre la validez de un argumento se está discutiendo sobre los compromisos filosóficos que los llevan a considerar al argumento como aceptable. Esos argumentos se reflejan, en parte, en las críticas a los lenguajes técnicos[38] y en la formulación de nuevos lenguajes lógicos en función a consideraciones normativas (se aspira ofrecer un lenguaje que capture la argumentación correcta y la diferencie de la incorrecta). Así, en breve, al predicar la validez de un argumento, lo que se hace es formular una descripción en base a un lenguaje técnico y a un compromiso normativo[39]. Como vemos, el uso de este concepto nos da una idea de cómo está estructurado y, además, exhibe nuestro compromiso de aprobación.

Para una adecuada comunicación será necesario que el hablante tenga comprensión y dominio de ambos elementos. El uso de los conceptos valorativos densos exige adoptar el punto de vista interno de una práctica jurídica[40]. En efecto, una determinada caracterización usando este tipo de conceptos requiere una manera de comprender aquello que se está describiendo. Esto supone una carga convencional compartida por una comunidad de referencia. Habrá, en ese sentido, usos correctos o incorrectos en función a si se adecúan a la práctica convencional o no[41].

---

[38] Véase Rodríguez, 2021: Cap. I, apartado 4. Asimismo, Russell, 2015.

[39] Sobre este punto, vase Arbeiter, 2023.

[40] Esta precisión es relevante, pues lleva a la discusión sobre cuál es la mejor manera para medir la seguridad jurídica de una práctica de aplicación del derecho en un determinado lugar. Sobre este punto no profundizaré en este capítulo de libro. Al respecto, cabe contrastar la metodología empleada en Ferrer y Fernández Blanco, 2015, basada en indicadores y la metodología empleada por el Civil Law Instititute para elaborar el *Index of Legal Certainty*, basada en encuestas de cómo expertos percibían las prácticas juridisccionales de sus propios países.

[41] Por ejemplo, señalar que una persona se ha comportado de manera lasciva supondrá descripciones disitintas dependiendo del lugar donde nos encontremos (y, por supuesto, del momento histórico). Lo que es considerado lascivo en Lima en junio de 2024 no necesariamente coincidirá con lo que es considerado lascivo en Barcelona en ese mismo momento o en la Barcelona de 1990. En este sentido,

Sobre los conceptos valorativos densos hay abiertas múltiples discusiones filosóficas. Para los efectos de este capítulo no será necesario abordarlas. Asumiré que es posible emplear este concepto para realizar precisiones conceptuales sin comprometerme con alguna de las respuestas a dichas discusiones[42].

3.2. Reconsideraciones a la discusión actual

Cuando calificamos una determinada práctica o decisión jurisdiccional como un caso que instancia la noción de seguridad jurídica estaríamos llevando a cabo una evaluación del objeto. Una expresión como «esta práctica de seguimiento de precedentes ofrece seguridad jurídica» o como «este precedente del Tribunal Supremo ofrece seguridad jurídica», sería una manera de expresar una descripción y una evaluación[43].

Kirchin (siguiendo a Williams), señala «Once we encounter other societies with their different evaluative concepts we may call into question the usefulness and truth of our own. But, if anything can give us confidence in our moral dealings it is our thick concepts, as they (supposedly) get more purchase on the world». Kirchin, 2012: 4.

Este punto ha generado una interesante discusión sobre el conocimiento de los deberes (e interpretación del derecho). Sobre este punto profundizaré en futuros artículos. Al respecto, véase Raz, 2017, Redondo, 2018; 71-73. Moreso, 2000: 109-11.

[42] Para ver un elenco de problemas filosóficos abiertos en relación con los conceptos valorativamente densos, véase Eklund, 2011.

A efectos de claridad y precisión, paso ahora a señalar las discusiones más complejas y que, potencialmente, podrían ser relevantes para la investigación:

En primer lugar, uno de los principales puntos de discusión es cómo los conceptos valorativos densos combinan una evaluación y una descripción no evaluativa. A ello se le suele denominar el problema de la combinación. Al respecto, caben dos posibles respuestas. Por un lado, algunos autores señalan que el carácter evaluativo se debe a la semántica del lenguaje empleado (véase, por ejemplo, Dancy, 1995). De esta forma, el componente valorativo es parte del significado del concepto. Señalar, de esta forma, que «Juan es una persona egoísta» implicaría la afirmación «Juan es una persona mala» y «Juan es una persona que prioriza sus intereses por sobre el interés de los demás». Por otro lado, otros autores señalan que el carácter evaluativo se debe a la pragmática (Väyrynen, 2013: 60 y ss.). Así, el componente valorativo no forma parte del significado, sino que es una implicación conversacional (Véase Moreso, 2008: 182).

En segundo lugar, del punto anterior se ha generado la discusión respecto a si los conceptos valorativos densos ponen en duda la separación entre ser y deber ser. A ello se le suele denominar el problema de la separación. Para muchos autores esta separación entre los hechos y las valoraciones supone que no es posible combinar un enunciado valorativo con uno descriptivo, pues no es lógicamente posible derivar un juicio de deber ser a partir de una proposición descriptiva. En tal sentido, o bien los conceptos valorativamente densos socavan dicha distinción, o bien no lo hacen y será necesario reconsiderar dicha conclusión.

[43] Cabe señalar que estas expresiones son, desde la aproximación que asumiré, gramaticalmente incorrectas. No es adecuado señalar que un sistema de precedentes o un precedente ofrece seguridad jurídica. La seguridad jurídica, desde esta aproximación, es una propiedad que dichos objetos poseen y que nosotros, como participantes de una determinada práctica, describimos y asumimos un compromiso valorativo al hacerlo. En tal sentido, la expresión «ofrece» (o cualquiera análoga) no es correcta. Sin perjuicio de ello, en vista a los usos lingüísticos vigentes, mantendré este tipo de expresiones a efectos de no generar propuestas lingüísticas disonantes o que distraigan la atención de la discusión. Agradezco a Maribel Narváez por las discusiones sobre este punto.

Si entendemos la seguridad jurídica como un concepto denso, ¿de qué manera ello nos permitiría aclarar, de mejor manera, si ofrece una razón pro tanto a favor o en contra de tener un modelo de sistema de precedente que prevé que ciertos aplicadores del derecho puedan hacer un *distinguishing* a precedentes?

Conforme a lo que se ha expuesto, sería necesario explicitar dos preguntas (relacionadas entre sí): ¿qué se describe? y ¿cómo se valora? De este modo, cabría diferenciar, en materia de seguridad jurídica, dos aspectos: expectativas fácticas y preferencias.

a) Expectativas fácticas

Por expectativas fácticas aludo al conjunto de criterios empleados para dar cuenta de estados de cosas futuros o de hechos. Si se trata de estados de cosas futuros les llamaré expectativas predictivas. Si se trata de hechos les llamaré expectativas de hechos. Veamos cada una.

Por expectativas predictivas refiero al conjunto de predicciones que un determinado conjunto de agentes predictores relevantes realiza sobre cómo será la jurisprudencia y/o una decisión específica. La formulación de estas expectativas supondrá llevar a cabo un estudio descriptivo sobre cómo es una determinada práctica y emplear alguna técnica de formulación de predicciones que les permita inferir cómo será en el futuro.

Como hemos visto líneas atrás, para la formulación de este tipo de expectativas será necesario: i) describir y valorar la estabilidad de los *inputs* informativos[44]; y ii) formular una predicción (el *output* será una posible norma aplicable a un caso individual presente o futuro). Dicho de otro modo, este tipo de expectativas aluden a lo que se espera ocurra en una práctica jurídica.

Por expectativas de hechos refiero al conjunto de criterios empleados para describir un determinado estado de cosas, acción y/o evento. Dichos criterios son criterios de relevancia que identifican ciertas características y cuyo empleo en la descripción de un sistema normativo son útiles para aplicar ciertos conceptos u otros.

Un ejemplo de estas expectativas de hecho es el Proyecto sobre Indicadores de Seguridad Jurídica en Iberoamérica formulado por Ferrer y Fernández Blanco (2015). En ellos se establece un conjunto de criterios que permiten analizar y medir el grado de seguridad jurídica en un determinado sistema jurídico. Dicho de otro modo, aluden a lo que se espera encontrar en una práctica jurídica.

---

[44] Ello supondrá describir el derecho vigente, instituciones públicas, prácticas e ideologías jurídicas, entre otras.

b) Preferencias

Por preferencias refiero al conjunto de valoraciones que, una determinada comunidad jurídica, suele emplear para calificar que un determinado proceso y resultado de aplicación del derecho es satisfactorio. De esta forma, pretendo identificar el conjunto de valoraciones *pro tanto* empleadas por los juristas para calificar un determinado resultado como correcto o deseable.

Como hemos visto, dentro de la literatura especializada hay desacuerdos respecto a qué hace valioso a un determinado estado de cosas. Los predictibilistas, por ejemplo, consideran valioso un estado de cosas que les permita generar condiciones favorables para el ejercicio de la autonomía personal. En cambio, los controlabilistas, consideran valioso un estado de cosas que sea axiológicamente aceptable. De esta forma, con la noción de preferencia agrupo al conjunto de discursos prescriptivos sobre qué hace valiosa una jurisprudencia y/o decisión específica para generar estabilidad en un determinado sistema jurídico.

Una manera alternativa de presentar este punto es recurriendo a la noción de normalidad: las preferencias son aquellas que permiten identificar una práctica de aplicación del derecho que satisface nuestras exigencias de normalidad[45]. De manera más precisa, refiero a que la distinción entre lo normal y lo anormal se basa en criterios axiológicos. Un caso se considera normal si produce efectos aceptables. En contraste, los casos anormales ofrecen consecuencias inaceptables. Dicho de otro modo, los casos normales son aquellos en los que resulta razonable realizar un acto de la forma en que era desarrollado con anterioridad. En cambio, los casos anormales son situaciones en las que es pertinente cuestionar si las consecuencias previstas son, dadas las circunstancias, el curso de acción adecuado o correcto según algún criterio axiológico.

Como podrá notarse, los casos normales suponen que el derecho esté determinado (que no haya problemas de laguna normativa, de vaguedad ni de ambigüedad) y que, respecto a los posibles efectos de la aplicación de la *ratio decidendi* sea posible identificar que son: i) idóneos para satisfacer la justificación de su creación; ii) no contradicen desmesuradamente los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) sean casos claros de resultados axiológicamente aceptables para la comunidad jurídica de referencia.

En cambio, los casos anormales serán aquellos en los que el derecho padece de lagunas normativas, antinomias o presenta una laguna axiológica. En

[45] Sobre las diferentes maneras de entender la noción de normalidad y su uso en la justificación de actos de creación de excepciones a normas véase García Yzaguirre, 2022b.

este último supuesto, ello se puede dar en caso de que el posible efecto de la aplicación de la *ratio decidendi* sea: i) contrario a la justificación de su creación; ii) contrario de manera desmesurada a los propósitos de otras normas que forman parte del sistema normativo; y/o iii) sea un caso claro de resultado axiológicamente inaceptable para la comunidad jurídica de referencia.

Como podrá notarse, con el uso de la etiqueta «anormal» pretendo presentar el supuesto bajo el que un aplicador del derecho considera que la aplicación de un precedente generará consecuencias que no se deberían producir o, en algunos supuestos, que considera que tiene el deber de evitar (un precedente errado).

¿Cómo es posible identificar el parámetro de normalidad? Dentro de la literatura especializada de seguridad jurídica, estas preferencias pueden ser identificadas a partir de diversos materiales normativos. Al respecto, paso a ilustrar el punto señalando los principales[46]:

En primer lugar, es posible construir preferencias a partir de la normativa utilizada en los procesos de aplicación del derecho. Estas preferencias pueden elaborarse a partir del propósito legislativo de la normatividad que es usada en el universo de casos analizados. En extrema síntesis, aludo al universo de resultados sociales, económicos o de justicia esperados por el legislador al momento de dictar la normativa usada.

En segundo lugar, es posible construir preferencias partir de las razones que justifican la creación de la institución a la que pertenece el aplicador del derecho. Estas preferencias pueden elaborarse, por lo menos, a partir de: (a) un análisis funcional del para qué ha sido diseñada e implementada una determinada institución jurídica; y (b) de un análisis de los principios institucionales (siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, se trata de aquellos que ofrecen guías de acción para una adecuada operatividad del derecho, estableciendo condiciones y mandatos para la ejecución de una de sus instituciones[47]).

---

[46] Cada uno de estos elementos variará en función a las preferencias de cada investigador.

[47] Algunos ejemplos de principios institucionales son: i) la preservación de la estabilidad del sistema jurídico que justifica la regulación de la declaración de estado de excepción que supone la suspensión del ejercicio de determinados derechos; ii) la efectividad de la investigación penal que justifica la regulación de la prisión preventiva; o iii) la separación de poderes que justifica, entre otras cosas, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Atienza y Ruiz Manero, 2001: 127-28.

Los principios institucionales pueden ser utilizados en una ponderación para: a) dar razones a favor de la aplicación del principio sustantivo (confirman el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); b) dar razones en contra de la aplicación del principio sustantivo (contradicen el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); o c) no dar razones a favor ni en contra de la aplicación del principio sustantivo. En caso de que sean utilizados para dar razones en contra, se deberá ponderar el principio sustantivo con el principio institucional, lo que supone, como toda ponderación, que en algunos supuestos prevalezca el principio sustantivo y en otros el principio institucional. Esta idea ha sido expuesta previamente en García Yzaguirre, 2021: 382.

En tercer lugar, es posible construir preferencias a partir de la moral positiva. Por ella, aludo a las guías de conducta que son efectivamente aceptadas y compartidas por un grupo social en un momento y lugar determinados. Es una moral que existe en la práctica, regulando comportamientos de manera concreta y observable dentro de una sociedad específica. Esta moral es denominada positiva, pues son reglas que están vigentes y se aplican en la realidad social, independientemente de su corrección moral o justicia[48].

En cuarto lugar, es posible construir preferencias a partir de una teoría normativa. Esto es, a partir de un conjunto de preferencias valorativas ético-morales sobre cómo debería ser la regulación de una determinada acción o actividad.

Dicho en breve, bajo esta propuesta entenderé por seguridad jurídica aquellos casos en los que hay coincidencia de un conjunto de expectativas fácticas y preferencias. Ahora bien, como podrá notarse, el compromiso con determinadas preferencias implicará comprometerse, además, con ciertas expectativas fácticas (y rechazar otras). Ello, pues las preferencias supondrán asignar relevancia a un aspecto del mundo u otro. En efecto, por señalar un caso, un conjunto de preferencias podrá determinar si preferimos diseñar expectativas fácticas orientadas a la predictibilidad de mandatos (un controlabilista) o, en cambio, a la predictibilidad de resultados (un previsibilista).

3.3. Seguridad jurídica como la expectativa predictiva de la satisfacción de una preferencia

Ahora bien, ¿de qué manera esta reconceptualización nos permite analizar la relación entre la seguridad jurídica, precedentes errados y la competencia para hacer un *distinguish*?

En primer lugar, el uso de la noción de seguridad jurídica supone adoptar compromisos normativos respecto a qué debe ser alabado y qué no. En vista a que es un concepto valorativo, ello supone que su ejercicio es producto de haber identificado y usado un sistema normativo axiológico que, para el presente caso, sirve para que cada sujeto determine cómo cree que debe ser la práctica jurídica de seguimiento de precedentes[49]. Esto permite señalar que aquello que se predice, el para qué se predice y si lo predecible cuenta o no como un caso de seguridad jurídica es, bien entendido, una manifestación de un conjunto de preferencias ético normativas sobre cómo debería ser la práctica jurídica[50].

---

[48] Véase, por todos, Muffato, 2014: 124 y ss.

[49] Por ejemplo, quien asume que la justificación que ofrece la seguridad jurídica es traducible en una absoluta estabilidad del derecho es una manera de predicar un conjunto de tesis normativas en contra de la adaptabilidad del derecho frente a un mundo cambiante y/o de renunciar a deliberación.

[50] Justificar un modelo de sistema de precedentes en base a la seguridad jurídica es solo una manera de encubrir preferencias sobre cómo queremos que sea la práctica jurídica. Un polo extremo es que

En segundo lugar, las relaciones entre expectativas predictivas y las preferencias nos ofrecen un elenco de posibilidades que ilustran los diferentes discursos sobre la seguridad e inseguridad jurídica. En efecto, ambos tipos de expectativas pueden coincidir o no[51]. Veamos estos escenarios:

i) No es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito (los procesos de aplicación del derecho son impredecibles).

ii) Es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito, pero estos no son coincidentes con las preferencias.

iii) Es posible construir expectativas predictivas con altos grados de probabilidad de éxito y estos son coincidentes con las preferencias.

Conforme lo señalado líneas atrás, uno de los puntos principales a ser explicitados de la literatura especializada es que la seguridad jurídica supone que los aplicadores del derecho actuarán de manera predecible. Ahora bien, esto ya permite diferenciar dos grandes maneras de entender la seguridad jurídica.

Para un previsibilista la predictibilidad alude, principalmente, a la capacidad de un destinatario del derecho de formular predicciones con alto grado de probabilidad de éxito respecto a cómo actuarán los aplicadores del derecho. Ello, conforme lo señalado líneas atrás, en base a preferencias generadas a partir de una determinada forma de entender la autonomía personal[52]. En cambio, para un controlabilista la predictibilidad no alude a cualquier tipo de interacción institucional. Solo son considerados como seguridad jurídica aquellos resultados que son valorados empleando una razón *pro tanto* para su alabanza.

En tal sentido, para ambas concepciones, el escenario i) es incompatible con cualquier expectativa posible que pueda asociarse a la noción de seguridad jurídica, constituyendo un claro caso de inseguridad jurídica. El escenario ii) representa la predictibilidad de un estado de cosas futuro valorado de manera negativa, lo cual se considera un caso de predictibilidad de la inseguridad

---

encubre un discurso formalista y jerarquizado. El otro polo es que justifica una aplicación del derecho en base únicamente a principios, desprendiéndose de cualquier noción de regla.

[51] Veamos un ejemplo clásico de este punto, propio de la literatura sobre la noción de confianza. Por un lado, puedo tener predicciones sobre la hora a la Juan llegará a una reunión pactada construidas a partir de cómo te has comportado en el pasado. Puedo, en este sentido, predecir (y que la predicción se verifique) que Juan llegará 15 a 30 minutos por encima de la hora pactada y, además, que ofrecerá una frase de disculpas. Por otro lado, puedo tener expectativas sobre la hora que Juan debería llegar a una reunión pactada en base a las reglas sociales imperantes en la práctica local (en efecto, no lo es lo mismo que Juan llegue quince minutos tarde a una reunión en Lima que en Girona, pues el reproche será de distinto grado). Véase Hollist, 1998: 12-13.

[52] Cabe precisar que el discurso previsibilista varía en función a cómo se entienda la noción de autonomía. Por ejemplo, si asumimos una preferencia de promoción de la autonomía privada vinculada, además, con una concepción de las personas como sujetos que piensan con racionalidad de fines. De ser así, la predictibilidad de resultados no parece ser satisfactoria a estas expectativas. Ello, pues si nos comprometemos a ella, la predicción altamente probable y exitosa de la anomia y de la vulneración de derechos daría satisfacción a la predictibilidad, pero no tiene sentido pensar que es un medio para la autonomía que sea calculable un mundo sin autonomía.

jurídica. Por último, el escenario iii) abarca aquellos casos en los que se predice un estado de cosas valorado de manera positiva, lo que constituye un caso de seguridad jurídica. La diferencia entre una y otra es, como podemos ver, el contenido de la preferencia.

En tercer lugar, que sea predecible un precedente errado, como podemos ver, no necesariamente ofrecerá mayor seguridad jurídica. Conforme a lo señalado, ello dependerá de las preferencias que tengamos y de las expectativas predictivas que identifiquemos a partir de ellas.

Si consideramos los discursos sobre la predictibilidad de mandatos jurídicos y el controlabilismo, entonces el modelo de sistema de precedentes que no admite el *distinguish* está injustificado. Esto se debe a que no ofrece condiciones institucionales para la seguridad jurídica. Usualmente, como hemos visto, en la literatura se suele considerar que el *distinguish* está justificado como resultado de un conflicto entre la predictibilidad y otros principios (como la justicia o equidad). Sin embargo, la noción de seguridad jurídica no implica, necesariamente, tratar las normas como inderrotables.

Hacer que un precedente errado sea imponderable genera condiciones institucionales para la inseguridad jurídica. Si tenemos un precedente que, *prima facie*, generará un escenario de vulneración de un derecho, y el aplicador del derecho es incompetente para resolver esta situación, entonces es más probable que estemos frente a un sistema que permite resultados inaceptables. Por lo tanto, otorgar la competencia a los jueces para hacer un *distinguish* es ofrecer condiciones institucionales para la predictibilidad de resultados y la controlabilidad (dicho de forma más precisa: para concretizar las preferencias que las justifican).

De esto surgen dos implicaciones importantes para la justificación de la seguridad jurídica en los sistemas de precedentes. Por un lado, es necesaria una evaluación institucional: ¿qué aplicadores del derecho deberían ser competentes para hacer un *distinguish*? Esto puede suponer que todos sean competentes, solo algunos, o que en ciertas áreas del derecho ninguno lo sea, lo cual requiere una evaluación de riesgos en cada sistema normativo[53]. Por otro lado, una evaluación casuística es relevante: ¿podemos formular predicciones genéricas exitosas de que quienes ejerzan el *distinguish* lo harán de manera coherente con la seguridad jurídica?

En cualquier caso, el análisis de la seguridad jurídica como un concepto valorativamente denso muestra que la relación entre precedentes errados y competencia para hacerles un *distinguishing* está mediada por un conjunto de preferencias. Como tal, no es posible sostener que la seguridad jurídica sea, necesariamente, una razón para tener que seguir un precedente errado.

---

[53] Para una profundización de este punto véase García Yzaguirre y Kersic, 2025.

CONCLUSIONES

En el presente capítulo he formulado una propuesta de análisis sobre el uso de la noción de seguridad jurídica en la justificación de modelos de sistemas de precedentes y sobre si ella opera como una razón en contra de otorgar la competencia para hacer *distinguishing* a precedentes errados. En particular, se ha mostrado que:

1. La seguridad jurídica ha sido entendida de diversas maneras por diferentes autores. Al respecto, se ha propuesto diferenciar entre propuestas previsibilistas y controlabilistas. Bajo las primeras se entenderá por situaciones de seguridad jurídica, principalmente, a los casos en los que un destinatario del derecho es capaz de predecir con alta probabilidad de éxito las acciones de los aplicadores del derecho. Bajo las segundas, en cambio, se entenderá por situaciones de seguridad jurídica, principalmente, aquellas en las que un aplicador del derecho ha ofrecido resultados que son satisfactorios frente a un conjunto de principios procedimentales y sustantivos.

2. Si entendemos la seguridad jurídica como un concepto valorativo denso ello permitirá explicitar un conjunto de premisas relevantes para entender los diferentes discursos justificativos de los sistemas de precedentes. Al respecto, he propuesto entender por seguridad jurídica a aquellos casos en lo que hay coincidencia de un conjunto de expectativas fácticas (conjunto de criterios empleados para dar cuenta de estados de cosas futuros o de hechos) y preferencias (conjunto de valoraciones que, una determinada comunidad jurídica, suele emplear para calificar que un determinado proceso y resultado de aplicación del derecho es satisfactorio). El compromiso con un determinado conjunto de preferencias condiciona la identificación de las expectativas fácticas.

3. La atribución de la competencia para hacer un *distinguishing* a precedentes errados, desde esta perspectiva, puede operar como un medio para generar seguridad jurídica o no. Ello dependerá del conjunto de preferencias a las cuales cada agente se comprometa y lo lleven a adoptar una tesis previsibilista o controlabilista.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., 1995: *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho,* México: Fontamara.

Alchourrón, C., y Bulygin, E., 2012: *Sistemas Normativos*, Bogotá: Astrea.

Alexander, L., 1989-1990: «Constrained by precedent», *Southern California Law Review*, 63 (1): 3-64.

— 2010: «Precedent», en D. Patterson (ed.): *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Wiley Blackwell: 493-503.

— 2013: «Did Casey Strike Out? Following and Overruling Constitutional Precedents in the Supreme Court», en C. J. Peters (ed.): *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer: Netherlands: 47-62.
— 2015: «La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes», en C. Bernal Pulido y Th. Bustamante (Coord.): *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Externado de Colombia: 159-178.
Arbeiter, S., 2023: «Validity as a thick concept», *Philosophical Studies*, 180: 2937-2953.
Atienza, M., y Ruiz Manero, J., 2001: «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», Doxa, 24: 115-130.
— 2012: «Rules Principles and Defeasibility», en J. Ferrer, Jordi y G. B. Ratti (ed.): *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press: 238-253.
Baude, W., 2019: «Precedent and discretion», *The Supreme Court Review*, (1): 313-334.
Caminker, E. H., 1991: «Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking», *Texas Law Review*, 73 (1): 1-82.
Chiassioni, P., 2015: «La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional», en C. Bernal Pulido y Th. Bustamante (Coord.): *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá: Externado de Colombia: 21-66.
Cross, R., y Harris, J. W., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid: Marcial Pons.
Duxbury, N., 2008: *The nature and authority of precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.
Dancy, J., 1995: «In defense of thick concepts», *Midwest Studies in Philosophy*, 20: 263-279.
Dorf, M. C., 1995: «Prediction and the Rule of Law», *UCLA Law Review*, 42: 651-715.
Eklund, M., 2011: «What are Thick Concepts?», *Canadian Journal of Philosophy*, 41 (1): 25-49.
Ferrer, J. y Fernández Blanco, C., 2015: «Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica», en C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco y J. Ferrer Beltrán (coord.): *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons: 243-281.
García Yzaguirre, V., 2021: «Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis», *Derecho PUCP*, 87: 373-404.
— 2022a: «"A primera vista" Un análisis sobre las normas prima facie», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25: 31-85.
— 2022b: *excepciones implícitas e interpretación. una reconstrucción analítica*, lima: palestra.
— 2023a: «Aproximaciones a la seguridad jurídica. Una propuesta de reconstrucción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50: 29-56.
— 2023b: «Non-Application and Justified Violation of Norms. A Proposal for the Study of Defeasibility in the Theory of Law», *Analisi e diritto*, 2023-II: 153-185.

— 2024a: «El modelo peruano de sistema de precedentes. Una propuesta de reconstrucción» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 168: 121-149
— 2024b: Seguridad jurídica y predictibilidad. Una propuesta de reconstrucción, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie.
García Yzaguirre, V., y Kersic, M., 2025: «¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente», *Revista Derecho de Estado*.
Hellman, D., 2013: «An Epistemic Defense of Precedent», en C. J. Peters (ed.): *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer: Netherlands: 63-74.
Hollis, M., 1998: *Trust Within Reason*, Cambridge: Cambridge University Press.
Kirchin, S., 2012: «Introduction: Thick and Thin Concepts», en S. Kirchin (ed.), *Thick Concepts*, Oxford: OUP: 1-19.
Kozel, R., 2017: *Settled Versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.
Lammond, G., 2023: «The Doctrine of Precedent and the Rule of Recognition», en T. Endicott, H. Kristjánsson, y S. Lewis, (Coord.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford: OUP: 21-34.
Linarelli, J., 2017: «Legal Certainty: A Common Law View and a Critique», en S. Fenwick y S. Wrbka (Coord), *The shifting meaning of legal certanity in comparative and transnational law*, Oxford: Hart Publishing: 159-176.
Llewellyn, K., 1960: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown & Co.
Postema, G. J., 1991: «On The Moral Presence Of Our Past», *McGill Law Journal*, 36 (4): 1153-1180.
Maccormick, N., Summers, R., y Goodhart, A. (Coord.), 2016: *Interpreting precedents*, Londres: Routledge.
Marinoni, L. G., 2013: *Precedentes obligatorios*, Lima: Palestra.
Marshall, J., 1996: «Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law», *Ragion Pratica*, 6: 29-35.
Moreso, J. J., 2000: «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa*, 23: 105-118.
— 2008: «Teoría del Derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, 31: 177-200.
Muffato, N., 2014: «Morale positiva vs morale critica», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014-1: 115-147.
Nelson, C., 2001: «Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents», *Virginia Law Review*, 87 (1): 1-84.
Núñez Vaquero, A., borrador: «Las razones, a favor y en contra, de los sistemas de precedentes».
— 2022a: *precedentes: una aproximación analítica*, madrid: marcial pons.
— 2022b: «Derogación y resolución de antinomias entre precedentes», en A. Martínez Verástegui (Coord.): *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN: 131-180.
Perry, S. R., 1987: «Judicial Obligation, Precedent and the Common Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7 (2): 215-257.
Raz, J., 2017: «Notas acerca del valor y la objetividad», en B. Leiter (Ed.): *Objetividad en el derecho y en la moral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 305-265.

Redondo, M. C., 2018: *Positivismo jurídico interno*, Krnaj: Revus.
Rodríguez, J., 2021: *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
Russell, G., 2015: «The Justification of the Basic Laws of Logic», *Journal of Philosophical Logic,* 44: 793-803.
Schauer, F., 1987: «Precedent», *Stanford Law Review*, 39 (3): 571-605.
Stevens, K., 2018: «Case-to-Case Arguments», *Argumentation*, 32: 431-455.
Taruffo, M., 2016: «Institutional factors influencing precedents», en N. MacCormick, R. Summers y A. Goodhart (Coord.): *Interpreting precedents*, Londres: Routledge: 437-460.
Waldron, J., 2012: «Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach», *Michigan Law Review*, 111 (1): 1-32.
Williams, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
Väyrynen, P., 2013: *The lewd, the rude and the nasty: A study of thick concepts in ethics*, Oxford: OUP.
Zorzetto, S., 2022: «Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales. Un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría», *Revista Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 16: 85-128.

FILOSOFÍA Y DERECHO

Errores en la creación y aplicación del derecho

Los errores en el derecho adoptan formas múltiples y aparecen tanto en la creación normativa como en su aplicación a casos concretos, especialmente por jueces y tribunales. Este volumen reúne trabajos que exploran esas desviaciones en ambos niveles desde una perspectiva amplia y plural, alejándose del enfoque tradicional centrado casi exclusivamente en las decisiones judiciales.

Se propone aquí un enfoque innovador: observar en paralelo el trabajo legislativo y el judicial como partes necesariamente interrelacionadas. El libro ilumina así los modos en que la actividad legislativa y la práctica interpretativa pueden alejarse de parámetros adecuados, ya sea por defectos en la elaboración normativa, problemas de interpretación, inconsistencias metodológicas o resultados que no se ajustan al Estado de derecho o a la seguridad jurídica.

El volumen adopta una noción amplia de «error» como desajuste respecto de prácticas esperadas o reglas vigentes. Esta apertura permite desplegar una variedad de ejemplos, reconstrucciones críticas y propuestas analíticas que muestran la complejidad del fenómeno y la utilidad de examinarlo desde distintos ángulos, tanto atendiendo a los detalles como captando patrones generales.

El libro también subraya un vacío persistente en el mundo jurídico del sur de Europa y América Latina: la escasa atención al estudio jurídico de los procesos legislativos. Al situar la creación normativa en el centro de la discusión, esta obra contribuye a revitalizar un área fundamental para evaluar la calidad de las leyes y reforzar la legitimidad de quienes las producen y aplican.

Resultado del proyecto «Errores en la creación y aplicación del derecho», esta obra ofrece una contribución colectiva rigurosa y estimulante. Invita a examinar cómo y por qué el derecho puede desviarse de múltiples maneras y a pensar críticamente en los caminos para fortalecer el Estado de derecho y la seguridad jurídica.

Flavia Carbonell Bellolio

Licenciada en Ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Concepción, Chile, abogada y doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y directora de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Sus líneas de investigación y publicaciones están vinculadas con la argumentación jurídica, razonamiento judicial, prueba, recursos, error y teoría general del proceso. Ha participado en proyectos nacionales e internacionales sobre argumentación jurídica, justificación de las decisiones judiciales y sesgos en la producción y aplicación del derecho. Integra diversas asociaciones y redes de investigación en filosofía del derecho, epistemología, prueba, argumentación y derecho procesal.

Carolina Fernández Blanco

Abogada por la Universidad de Buenos Aires y doctora en Derecho por la Universitat de Girona (UdG), donde actualmente es profesora e investigadora. Tiene un máster (LL.M.) en Columbia University School of Law (Nueva York). Investigadora en el grupo de filosofía del derecho (UdG), se ha orientado en los últimos años al estudio y enseñanza de teoría de la legislación, a la eficacia y efectividad normativas, y a la filosofía del derecho privado. Es miembro de la Cátedra de Cultura Jurídica (UdG), desde donde impulsa actividades académicas centradas en el estudio de la elaboración normativa, la evaluación de leyes, el fortalecimiento del Estado de derecho y la seguridad jurídica. Su trabajo contribuye a consolidar una agenda de investigación robusta sobre legislación en Europa y América Latina.

ISBN: 979-13-87913-34-2

Calidad en Edición Académica
Academic Publishing Quality

Marcial Pons