

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 volumen². 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 tomada 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 Carmen 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-

cimientos 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 *eminente* 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