

LA LEGISLACIÓN PRIMORDIALMENTE SIMBÓLICA: ¿IRRACIONAL Y ENGAÑOSA?

Carolina Fernández Blanco*

Resumen

Habitualmente se considera que la legislación simbólica es “irracional” y “engañosa”. Sin embargo, en esa caracterización se omite distinguir que la legislación simbólica se presenta siempre como una cuestión de grados, y que esos calificativos podrían caber solo para la legislación primordial o eminentemente simbólica. En este trabajo, luego de intentar caracterizar la legislación primordialmente simbólica de un modo más preciso, se presentan dos análisis diferentes: se cuestiona la arraigada idea de que la legislación eminentemente simbólica es siempre creada de manera deliberada y, por ello, se rechaza la idea de que es necesariamente “engañosa”. A partir de ahí, se hace una valoración de su calidad utilizando ciertos parámetros propuestos por la teoría de la legislación y, como corolario de ese análisis, se acepta la idea de su irracionalidad o falta de calidad –principalmente por la ausencia de eficacia y efectividad que suponen las leyes primordialmente simbólicas–. Sin embargo, de acuerdo con la caracterización propuesta sobre este tipo de legislación, también se entiende que ciertas normas –como la penalización del genocidio– que habitualmente son tratadas como legislación eminentemente simbólica no lo son. Finalmente, se presenta un breve análisis desde una perspectiva externa a la teoría legislativa, que se vincula con sus justificaciones políticas.

Palabras clave: legislación simbólica; eficacia; efectividad; calidad legislativa.

PRIMORDIALLY SYMBOLIC LEGISLATION: IRRATIONAL AND MISLEADING?

Abstract

It is generally held that symbolic legislation is both “irrational” and “misleading”. Nevertheless, such a characterisation fails to take into account how symbolic legislation is a question of degree, and it may thus only be applicable to legislation that is primordially or chiefly symbolic. After attempting to provide a more precise definition of this primordially symbolic legislation, this article offers two different analyses: it questions the deep-rooted notion that chiefly symbolic legislation is always created intentionally and therefore rejects the idea that it is necessarily “misleading”. Based on this, it assesses its quality using certain parameters suggested by the theory of legislation and, as a corollary to this analysis, it accepts the idea of its irrationality or lack of quality, due principally to the lack of efficacy and effectiveness entailed by primordially symbolic laws. Nevertheless, in line with the proposed characterisation of this kind of legislation, it also holds that some laws (such as those penalising genocide) that are commonly regarded as chiefly symbolic are, in fact, not. Finally, it provides a brief analysis, not from a legislative theory-related standpoint, but rather from the perspective of such legislation’s potential political justifications.

Keywords: symbolic legislation; efficacy; effectiveness; legislative quality.

* Carolina Fernández Blanco, investigadora postdoctoral de la Cátedra de Cultura Jurídica y docente en el Área de Filosofía del Derecho, Universidad de Girona. Facultad de Derecho, c. de la Universitat de Girona, 12, 17003 Girona. carolina.fernandez@udg.edu, [@CarolinaFBlanco](https://www.instagram.com/CarolinaFBlanco).  0000-0002-0301-4024.

Artículo recibido el 17.01.2022. Evaluación ciega: 12.02.2022 y 13.02.2022. Fecha de aceptación de la versión final: 13.02.2022.

Citación recomendada: Fernández Blanco, Carolina. (2022). La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa? *Revista Catalana de Dret Públic*, 64, 6-21. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i64.2022.3779>

Sumario

1 Introducción

2 La legislación simbólica, la ineficacia y la ineffectividad

3 Lo simbólico en la legislación simbólica

4 El sentido secundario y las razones subyacentes

5 Sobre la génesis de la legislación primordialmente simbólica

6 La ausencia de calidad de la legislación eminentemente simbólica

7 Algunos casos tratados como legislación simbólica que no lo son y el “efecto” de la legislación simbólica

8 Breves conclusiones y algunas preguntas sin respuesta

Referencias

1 Introducción¹

La legislación simbólica recibe una gran atención en ámbitos políticos, académicos, periodísticos y hasta la Wikipedia le confiere una entrada en su versión en inglés.² Sin embargo, aunque hay un aire de familia entre todas las versiones propuestas no hay claridad ni precisión acerca de qué es la legislación simbólica. Esta carencia se presenta también en el ámbito de establecer qué es “lo simbólico” en este tipo de legislación.³

Una primera aproximación, no desacertada pero imprecisa, que recoge la mayoría de las intuiciones sobre este tema, nos permite conectar la legislación simbólica con la idea de incumplimiento de la norma o de su ausencia de aplicación (ineficacia) o con el hecho de no alcanzar los objetivos para los que ha sido sancionada (inefectividad). Sin embargo, esta legislación, a pesar de no ser cumplida y no alcanzar sus objetivos, tiene un efecto diferente, tiene un valor simbólico o expresivo relevante.⁴ Habitualmente, se entiende que este tipo de legislación simbólica es “irracional” y “engañosa” (o similares calificaciones sobre su ausencia de calidad y transparencia) (Hassemer, 1995; Ferraro, 2022, p. 103).⁵

En este trabajo llevaré a cabo una caracterización (es decir, un relevamiento de las características esenciales) de las leyes y normas primordialmente simbólicas⁶ y analizaré si cumplen con ciertos parámetros de calidad legislativa utilizados por la *teoría de la legislación*;⁷ además, cuestionaré que sean siempre engañosas.

Un punto de partida para la lectura de este trabajo es que referir a leyes simbólicas es referir a una cuestión de grados. Las leyes son difícilmente *simbólicas* únicamente o *no-simbólicas*. Esta distinción no se hace generalmente en la doctrina, y entiendo que esa omisión no contribuye a la clarificación del fenómeno, pues *todas las leyes o normas tienen una dimensión o efecto simbólico* –que será más o menos importante según el caso–. Cuando la doctrina se refiere a leyes simbólicas y cuestiona su calidad y transparencia, está haciendo referencia a lo que aquí llamaré *legislación primordial o eminentemente simbólica*. A este tipo de legislación está dedicado este trabajo.

Habitualmente, junto con el intento de identificar la legislación simbólica, se tratan temas tales como los efectos simbólicos de las leyes, las funciones simbólicas del derecho, el uso simbólico del derecho, etc. Considero que ese tratamiento conjunto ha generado dificultades para comprender el fenómeno de la legislación

1 Agradezco la lectura y comentarios, a una versión previa de este trabajo, de Francesco Ferraro, Andrej Kristan, Victoria Kristan, Diego Papayannis, Henry Reyes y Daniela Rovatti. También han sido de gran utilidad las sugerencias de los revisores anónimos.

2 Véase la entrada [Unenforced law](#) de Wikipedia.

3 Este no es un problema exclusivo del derecho, pues la definición de *símbolo* y de *lo simbólico* ha sido y es problemática para todas las disciplinas. En este sentido, Umberto Eco (1990, pp. 229-230) explica:

Uno de los momentos más patéticos de la lexicografía filosófica fue precisamente aquél en que los redactores del diccionario filosófico de Lalande (1926) se reunieron para discutir públicamente sobre la definición de /símbolo/. [...] la conclusión indirecta que Lalande sugiere es que el símbolo es demasiadas cosas y ninguna.

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 del derecho como símbolo. 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 pretenden modificar los comportamientos no ya mediante amenazas, sino indirectamente mediante el debate y la interacción social (Poort et al., 2016, p. 2; Van Klink, 2016, p. 24). Algunos aspectos de este modelo han sido criticados, entre otros, por Pribáň (2016, p. 107) y por Ferraro (2022, pp. 112-113).

5 Si bien la mayoría de la doctrina rechaza, total o parcialmente, la idea de la legislación predominantemente simbólica, hay autores que defienden una teoría expresivista del derecho; y según ellos, es intrínsecamente importante para el gobierno expresar determinados significados, al margen de las consecuencias de dicha expresión (Adler, 2000). 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, p. 1364).

6 De manera algo inespecífica, los autores se refieren a *leyes* o *legislación* simbólica. Estas referencias parecen mencionar un conjunto de normas contenidas en una ley que es, toda ella, simbólica. En ocasiones ello ocurre, pero es infrecuente; lo más probable es encontrar *normas* eminentemente simbólicas dentro de las leyes, o conjuntos de normas simbólicas dentro de leyes que no son tales. Seguiré, en general, el uso más difundido y continuaré usando las expresiones *leyes* y *legislación* simbólica; sin embargo, en ocasiones, cuando sea claro que es una norma la que es primordialmente simbólica, me referiré a *normas* simbólicas.

7 La teoría de la legislación, también llamada *racionalidad legislativa* o *legisprudencia* (Cohen, 1950), es un campo de estudio jurídico relativamente novedoso que propone abordar el análisis de los procesos y resultados legislativos desde perspectivas jurídicas, en general, pero no únicamente, emparentadas con la teoría y la filosofía del derecho. Sobre la evolución de esta disciplina ver Bar-Siman-Tov (2019).

primordialmente simbólica; por ello, en este trabajo omitiré tratar estos temas derivados, para focalizarme únicamente en la caracterización de la legislación primordial o eminentemente simbólica (para el tratamiento de estos temas conexos, entre otros, García Villegas, 2014; Van Klink, 2019; Ferraro, 2022; Díez Ripollés, 2013; Griffiths, 2005).

Me limitaré a caracterizar y analizar la legislación eminentemente simbólica en *normas primarias prescriptivas*,⁸ es decir, aquellas que imponen prohibiciones u obligaciones, pues son las que mayores problemas suscitan cuando son eminentemente simbólicas. Asimismo, adoptaré una visión instrumentalista del derecho, en la que este se concibe como una serie de normas y reglas que el parlamento sanciona *para conseguir objetivos específicos de política pública* (Van Klink, 2019, p. 173).

El trabajo se articula del siguiente modo: en primer lugar, presentaré una primera aproximación al concepto de legislación primordialmente simbólica que se vincula con su ineficacia e inefectividad (punto 2); luego, intentaré precisar qué es “lo simbólico” en la legislación primordialmente simbólica (punto 3); utilizaré, para ello, la idea de razones subyacentes (punto 4). A continuación, disentaré con la mayoría de la doctrina sobre la génesis de la legislación simbólica y analizaré si es siempre engañosa (punto 5); en el siguiente punto (6) analizaré, desde la teoría de la legislación, si la legislación eminentemente simbólica cumple con criterios que nos permitan sostener su calidad legislativa; para este análisis utilizaré el esquema de la racionalidad legislativa propuesto por Manuel Atienza (1997, 2013). El punto 7 estará dedicado a tratar algunos casos que la doctrina ha entendido como legislación predominantemente simbólica y que, de acuerdo con las propuestas aquí vertidas, no serán evaluados como tales. Finalmente, en las conclusiones (punto 8) presentaré algunas ideas que analizan el fenómeno de la legislación eminentemente simbólica desde una perspectiva externa a la teoría de la legislación, conectada con los aspectos políticos de su justificación. El trabajo arriba finalmente a la idea de que la legislación primordialmente simbólica, cuando nos referimos a normas prescriptivas, es “irracional” aunque no siempre es “engañosa”.

2 La legislación simbólica, la ineficacia y la inefectividad

Como adelanté, no hay un acuerdo preciso sobre de qué hablamos cuando hablamos de legislación primordialmente simbólica, aunque sí hay intuiciones compartidas. Van Klink, siguiendo los estudios de sociología crítica, entiende que la legislación simbólica es mayoritariamente inefectiva y sirve para otros objetivos sociales que los oficialmente proclamados (Van Klink, 2016, p. 19) y que una ley es simbólica si se promulga primariamente para funcionar como símbolo (Van Klink, 2016, p. 21). Winfried Hassemer (1995, p. 27), por su parte, sostiene que “existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno del 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”.

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, p. 316). Finalmente, Atienza (1997, p. 44) entiende que la legislación simbólica se da cuando el edictor dicta “leyes para no ser cumplidas”.

Como es posible advertir, todas las aproximaciones anteriores y otras no transcriptas (entre otros, Bustos Ramírez, 1991; Díez Ripollés, 2013) comparten como núcleo la idea de que la legislación primordialmente simbólica falla en los aspectos *de la eficacia* (como acatamiento o como aplicación) o *en la efectividad*. Comparto esta idea central que proponen los autores y la asumiré como parte definitoria de la legislación simbólica, pero propondré un análisis más completo y preciso. Para ello, es importante tener en cuenta cuáles son las concepciones de eficacia y efectividad que tendré en consideración:

- La eficacia, en un primer sentido, se vincula con la relación entre las normas y las conductas de los sujetos. Una posible versión de esta relación, que se ha llamado *eficacia como*

⁸ En un futuro trabajo analizaré la legislación simbólica en otros tipos de normas; por ejemplo, en el campo de ciertas formulaciones de derechos fundamentales y de las normas constitutivas.

correspondencia, sostiene que hay eficacia cuando una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, y los sujetos normativos producen C1. Una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (Navarro, 1990, p. 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma.

- 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, p. 25).⁹
- Por su parte, una norma efectiva es la que *conduce* al resultado social, económico o de justicia inmediato o mediato que se espera con su sanción (R1).¹⁰

Por cierto, que tanto la eficacia como la efectividad se presentan también en distintos grados. Por eso, cuando se hace referencia a leyes o normas ineficaces o inefectivas, debe entenderse como que tienen un bajo grado de eficacia o efectividad y no como su ausencia total (el mismo razonamiento, a la inversa, es aplicable a la afirmación de que una norma *es* eficaz o efectiva).

Si bien no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, sí existe una relación estadística importante que está condicionada al buen diseño de la norma (a una adecuación de medios a fines). Es decir, las normas efectivas son, por lo general, previamente eficaces (los sujetos realizan la conducta ordenada o los jueces ordenan su cumplimiento y se alcanzan los objetivos o resultados previstos), por lo que entenderé que habitualmente la eficacia es precondition de la efectividad.¹¹

Por lo tanto, la primera característica de la legislación eminentemente simbólica es la ausencia de eficacia (como acatamiento o como aplicación) y/o su ausencia de efectividad. En el punto 6 se retomará este tema y se expondrá por qué la eficacia y la efectividad son esenciales para evaluar la calidad de una ley. Si bien estas son condiciones necesarias, no son suficientes: no basta con la ausencia de eficacia y efectividad para considerar una ley como primordialmente simbólica; es necesario, además, que se presente un sentido secundario que será valorado positivamente por la comunidad o una parte de ella. A este aspecto está dedicado el punto siguiente.

3 Lo simbólico en la legislación 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.¹² Una bandera no es más que un paño con colores, pero el significado literal de ese trozo de tela es de notable menor relevancia que el de su significado secundario: la identificación de una identidad nacional, de un club deportivo, de un movimiento social, etc.

9 Hierro (2033, p. 141) 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. 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, y b) la norma será eficaz si, aun siendo general y mayoritariamente incumplida, fuese general y mayoritariamente aplicada.

10 Sigo aquí el uso del lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana, ya que, en italiano, por ejemplo, los términos correspondientes a *eficacia* y *efectividad* se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí; y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término *eficacia* (Pino, 2012, p. 174; Tuzet, 2016, p. 207).

11 Existen casos infrecuentes de normas no eficaces que logran efectividad, en otros trabajos he llamado a este fenómeno *efectividad impropia* (Fernández Blanco, 2019).

12 Es la reconstrucción de Van Klink (2016, p. 21) de la obra de Eco (1990, 229-287). Otra aproximación bastante difundida del concepto de símbolo es la de Peirce (1986, p. 30), para quien “Un Símbolo es un signo que se refiere al Objeto que denota en virtud de una ley, usualmente una asociación de ideas generales que operan de modo tal que son la causa de que el Símbolo se interprete como referido a dicho Objeto”.

En lo simbólico, el sentido literal permanece y la coherencia semántica se mantiene. No estamos, entonces, en presencia 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, p. 38).

Ahondando un poco más, encontramos que hay una parte necesariamente valorativa en el concepto de símbolo. En este sentido, Lotman (1993, p. 48) sostiene que “la más habitual idea del símbolo está ligada a la idea de cierto contenido que, a su vez, sirve de plano de expresión para otro contenido, por lo regular más valioso culturalmente”. Es cierto que no es condición necesaria de lo simbólico que ese contenido secundario sea “valioso”; podría ser todo lo contrario (por ejemplo, Goebbels es un símbolo del nazismo). Sin embargo, en el ámbito de la legislación simbólica, ese valor positivo al que refiere Lotman debe estar presente (al menos para parte de la comunidad).

Propondré una fórmula muy sencilla para caracterizar 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 sea 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.¹³

En la legislación eminentemente simbólica el sentido secundario se vuelve, paradójicamente, 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 (ausencia de eficacia) y/o los encargados de aplicar la ley no la aplican (ausencia de eficacia en su segundo sentido), y ello conduce, generalmente, a la ausencia de efectividad.

De este modo, por ejemplo, el significado literal o convencional de una imaginaria norma que prohíbe la tenencia de drogas para consumo personal se desprende del siguiente enunciado: “será penado con seis meses a dos años de prisión quien tuviera en su poder estupefacientes para consumo personal”. La relevancia del significado literal o convencional puede ser medida por su *eficacia*. Si las personas omiten estar en posesión de drogas para consumo personal, entonces el significado primario de la norma estará realizado.¹⁴ Sin embargo, si la norma no se cumple (y por ello tampoco es efectiva), pero su sentido secundario adquiere, para la interpretación mayoritaria o 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 el consumo de drogas es inadmisibles por la autodegradación moral que implica).

4 El sentido secundario y las razones subyacentes

Para seguir avanzando en esta caracterización, entiendo que ese sentido secundario lo podemos encontrar al indagar en las razones o justificaciones subyacentes de la norma. Frederick Schauer (1991, 2012) ha difundido la idea de que las normas tienen una justificación o razón subyacente (o simplemente razones). Al describir estas razones subyacentes, podemos encontrar respuesta a las preguntas del *para qué* y el *por qué* de la norma (esta diferenciación no es clara en la doctrina, sino que las respuestas se han dado para una y otra pregunta indistintamente).

Estas razones son, generalmente, independientes de la formulación de la norma:

Las formulaciones normativas poseen *autonomía semántica*, esto es, que su significado –lo que las mismas prescriben– puede establecerse sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas. Así, yo soy capaz

¹³ Me referiré genéricamente a *legisladores* o *edictores*; sin embargo, no restrinjo los análisis que aquí se proponen a la actividad parlamentaria propiamente dicha, sino también a modos de producción legislativa como los que pueden llevar adelante el Poder Ejecutivo o las Administraciones provinciales, estatales, autonómicas, municipales, etc.

¹⁴ En otros términos, si la norma no se cumple, el acto ilocucionario de tipo directivo (como el que se presenta en una prescripción) no tiene como consecuencia un acto perlocutivo o efecto; en este caso, ese acto de habla no es “feliz” (Austin, 1955, p. 75).

de atribuir significado a la señal que prohíbe [sic] los aparatos de radio en la biblioteca, aunque desconozca cuál es la justificación subyacente a esta disposición. (Ródenas, 2001, pp. 72-73)¹⁵

La idea de las razones subyacentes promovida por Schauer ha generado interesantes debates en diversas áreas, como la de los problemas de sobreinclusión y subinclusión de las normas, y derivado de ello, en la discusión sobre su derrotabilidad.¹⁶ Aquí propondré utilizar la idea de las razones subyacentes como herramienta para generar una aproximación más precisa a la legislación simbólica. Uno de los puntos de partida es que esas razones subyacentes dependen básicamente de la interpretación (Schauer, 2012, p. 87). Así, al depender de la interpretación, estas no son inmutables y puede coexistir más de una razón subyacente, de acuerdo con uno o más intérpretes.

En las discusiones sobre derrotabilidad, el intérprete de las razones subyacentes es, en definitiva, el juzgador (aunque las partes intentarán convencer al tribunal sobre su propia interpretación de las razones subyacentes). En cambio, en la idea que propongo –utilizar las razones subyacentes para identificar el sentido secundario en la legislación simbólica–, el intérprete principal no es judicial ni se produce en el marco de un proceso: el intérprete principal es la comunidad o un grupo de ella.

Por ejemplo, la norma que penaliza la tenencia de drogas para consumo personal, pudo tener en su origen, de acuerdo con una interpretación mayoritaria de aquel momento, una razón vinculada con contribuir efectivamente a la lucha internacional contra la droga, que luego, cuando el enemigo internacional dejó de ser el tráfico de drogas, pudo haber virado a erradicar el tráfico de drogas a nivel nacional impidiendo que se realice el último eslabón de la cadena, y que pudo coexistir en todo momento con la razón de promover la salud de las personas impidiendo el consumo de drogas o con el argumento perfeccionista de evitar la autodegradación moral de las personas. Hoy, la mayoría de la doctrina especializada considera que ninguna de estas razones subyacentes *se ha realizado* con esta norma; por ello, encuentra que esta prohibición no es *efectiva*, y esta ausencia de efectividad se origina en la ausencia de eficacia. Pero, a pesar de las evidencias de este fracaso, grupos todavía muy numerosos se oponen a la despenalización de la tenencia de droga para consumo personal en muchas partes del mundo.¹⁷ Lo que subsiste es, primordialmente, el valor simbólico de esas normas, el sentido secundario, que en estos casos es más importante que su valor primario.

Por lo tanto, recapitulando, en la legislación primordialmente simbólica se presenta una preponderancia de *algún* sentido secundario que proviene de la interpretación y que es, generalmente, independiente de su redacción (es decir, de su significado literal o convencional).

Dije anteriormente que las razones subyacentes nos dan respuesta al para qué y al porqué de la norma. La respuesta a para qué se vincula de manera más directa con la efectividad de la norma, es decir, con los objetivos sociales, económicos o de justicia buscados con su sanción; mientras que la respuesta al porqué se puede vincular con aspectos éticos o axiológicos, sin perjuicio de que también pueda resultar respuesta a

15 Ello no obsta a que la información sobre la razón subyacente (una de las posibles razones subyacentes) sea suministrada por el propio legislador en su exposición de motivos, preámbulo, en la discusión parlamentaria u otros anexos a la ley.

16 Las discusiones sobre derrotabilidad tratan acerca de cuando las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes para la deliberación judicial (Ródenas, 2001, p. 72).

17 En España la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (conocida como *ley mordaza*) sanciona con multas de 601 euros a 30.000 euros las infracciones graves (art. 39.1), entre las que se encuentra “el consumo o *la tenencia* [cursiva propia] ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares” (art. 36.16). Sin embargo, la punición de la tenencia de drogas para consumo personal ya estaba legislada desde 1992 (Ley de Seguridad Ciudadana 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, conocida como *ley Corcuera*). Algunos datos del Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones muestran la baja eficacia de esta norma sancionatoria desde 1995 hasta la actualidad: la evolución de la prevalencia de personas que admiten haber consumido drogas prohibidas alguna vez en la vida, es ascendente desde 1995 (26,1 %) hasta 2019 (67 %) (Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones [OEDA], 2021, p. 13) –he considerado solamente las drogas incluidas en la estadística desde 1995–. Y lo mismo ocurre si tomamos una droga en particular; por ejemplo, el cannabis. Respecto del consumo de cannabis en los últimos 12 meses: en 1995 la prevalencia fue del 7,5 % y en 2019 la prevalencia fue del 10,5 % (OEDA, 2021, p. 14); respecto del consumo en los últimos 30 días: en 1997 la prevalencia del consumo de cannabis era del 4,6 % y en 2019, del 8,0 % (OEDA, 2021, p. 15). El dato más llamativo con relación a la baja eficacia de la prohibición es el siguiente: en 2019 solo el 1,2 % de la población encuestada afirmó que si fuese legal el consumo de hachís o marihuana lo probarían (OEDA, 2021, p. 65). Es decir, la prohibición solo motiva la conducta de los sujetos en una muy baja proporción.

otro tipo de justificaciones (en el punto 6 se verá cómo estas categorías se insertan en el análisis de la calidad legislativa). Así, podemos interpretar que la razón subyacente de la prohibición del homicidio, en la faceta del para qué, es la protección de la vida humana; mientras que la pregunta del porqué sería respondida con alguna afirmación relativa a que la vida humana es valorada de manera especial. La idea detrás de la pregunta del porqué es hallar el *fundamento último* de la razón subyacente; por eso, en ocasiones, aparecen referencias directas o indirectas a valores morales.

5 Sobre la génesis de la legislación primordialmente simbólica

La explicación sobre la génesis de la legislación simbólica es compartida por casi todos los autores citados hasta aquí, quienes coinciden en atribuir al legislador, con mayor o menor contundencia, una decisión deliberada para sancionar legislación simbólica que, además, constituye para muchos autores, un engaño por la diferencia entre los propósitos expuestos y los motivos reales para su sanción. Por ejemplo, Hassemer (1995, p. 29) 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 ‘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 (como § 220a StGB) [genocidio] apenas se espera aplicación alguna”. Van Klink (2016, p. 21) en igual sentido sostiene que “una ley o legislación es simbólica si se promulga primariamente para funcionar como símbolo”; en el mismo sentido, Atienza (1997, p. 44) sostiene que la legislación simbólica se genera cuando el edictor dicta “leyes para no ser cumplidas”.

Si bien estoy de acuerdo con la mayoría de los autores en que los problemas en la eficacia y en la efectividad de las normas son parte de las características definitorias de la legislación primordialmente simbólica, no comparto la razón de la insistencia en que ellas deban ser *necesariamente* creadas de manera deliberada por el legislador. Es cierto que, en muchos casos, los legisladores tienen motivaciones o propósitos para la sanción de una ley que se presume serán ampliamente aplaudidos por la comunidad o un sector importante de ella, y que incluso el legislador puede ser pesimista o indiferente sobre la futura eficacia de esa legislación. Es más, en casos extremos, el legislador puede promover obstáculos a la eficacia o a la efectividad de la ley, como dictar normas de difícil o imposible cumplimiento (como la imposición de multas a los residentes ilegales que menciona Van Klink, 2016, p. 23), 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, normas extremadamente vagas, normas programáticas, etc.

Sin embargo, para que una legislación sea simbólica no basta con que se transmitan valores considerados importantes por la comunidad. Es necesario, además, *lograr* imponer o sintonizar con esos valores existentes en la comunidad (que esas razones o sentidos secundarios adquieran un valor relevante) y, adicionalmente, que los sujetos no cumplan con la norma o que esta no se aplique o que no sea efectiva.

Pero incluso en casos extremos, cuando el legislador pudiera “plantar” escollos a la eficacia y a la efectividad, estos pueden ser revisados en algunos casos por tribunales que determinarán sobre su constitucionalidad o sobre otras cuestiones. En otras ocasiones son las agencias del Ejecutivo, al reglamentar las leyes, las que terminan dando forma real al programa legislativo, y lo hacen aplicable (Dwyer, 1990, p. 233). Por lo tanto, la idea del legislador que crea deliberadamente legislación simbólica no es tan realista o directa como se la describe.

Por otra parte, la identificación de la legislación simbólica por su origen deliberado genera otros problemas, ¿cómo nos será posible conocer que la intención o deseo del legislador es que la norma se incumpla? Es obvio que la declaración de su verdadera voluntad no aparecerá explícitamente en ningún sitio. Podría, sin embargo, inferirse el propósito del legislador por algunas cuestiones de irracionalidad interna y externa como las que identifica Ferraro (2022),¹⁸ o por la presencia de malas técnicas legislativas que hicieran que la norma fuese

18 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, etc.; 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

imprecisa, poco clara o incompleta. No obstante, en estos casos, ¿cómo 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?

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 se podría pensar 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 50 parecía que aunque contestables, las razones subyacentes de estas normas podían tener una expectativa de ser realizadas mediante la implementación de las normas punitivas),¹⁹ algo similar sucede con la normativa que penaliza el aborto (también ineficaz e inefectiva en la mayoría de los países que la mantienen), 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 exponentes 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 la despenalización del aborto mediante su derogación legislativa).²⁰

El último aspecto genético que no comparto es que las razones expuestas por el legislador deban necesariamente diferir de las expresamente buscadas. Este elemento también parece acompañar gran parte de las aproximaciones a la legislación simbólica; por ejemplo, Hassemer (1995, p. 29) sostiene que “los fines descritos en la regulación de la norma son –comparativamente– distintos a los que se esperaban de hecho”. Esta no parece ser, a mi entender, una condición necesaria de la legislación simbólica (aunque pudiera ser un indicio). Volviendo al ejemplo de la tenencia de drogas para consumo personal, cualquiera de las razones que he propuesto al dar respuesta a para qué la norma o por qué la norma podría haber sido incluida 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. El problema no es la diferencia entre lo declarado y lo buscado, sino la falta de eficacia y efectividad y la aceptación de una “razón” (significado secundario) que es, en estos casos, sobredimensionada.

En síntesis, 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 –vinculado a las razones subyacentes– que es considerado valioso por la comunidad o parte de ella en un momento determinado. Finalmente, la legislación simbólica no siempre es promovida deliberadamente por los legisladores y no es necesariamente engañosa. En el punto que sigue me detendré en la evaluación de por qué, de acuerdo con ciertos parámetros para valorar la calidad legislativa, la legislación simbólica es irracional (no puede ser considerada cualitativamente aceptable).

6 La ausencia de calidad de la legislación eminentemente simbólica

La propuesta de Manuel Atienza sobre los niveles de racionalidad legislativa ha contribuido enormemente – desde fines de la década de 1980– al desarrollo de la teoría de la legislación. Este autor ha propuesto criterios de corrección o de calidad de las normas que denomina *niveles de racionalidad*. Seguiré el uso del lenguaje propuesto por Atienza y denominaré a los niveles como él lo ha hecho, pero entendiendo que nos permiten evaluar la calidad legislativa. La “racionalidad” o “irracionalidad” en estos niveles también se presenta

(por ejemplo, pruebas de las últimas investigaciones científicas en el campo en cuestión) (Ferraro, 2022, p. 116).

19 Explica Antonio Escobedo (1998, p. 7, nota 11), 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”.

20 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.

generalmente de manera gradual: no hay prácticamente leyes completamente irracionales o racionales en todos o algunos de los niveles de análisis.²¹

Atienza (1997) proponía originalmente cinco niveles de análisis de la racionalidad legislativa: un nivel de *racionalidad comunicativa o lingüística (Nr1)*; un nivel de *racionalidad jurídico-formal*, que luego llamó *sistemática* (Atienza, 2013) (*Nr2*); un nivel de *racionalidad pragmática*, vinculado a la eficacia normativa (*Nr3*); un nivel de *racionalidad teleológica*, vinculado a la efectividad (*Nr4*), y, finalmente, un nivel de *racionalidad ética o axiológica (Nr5)*.²² En los últimos años, el autor ha agregado un sexto nivel vinculado con el equilibrio interracionalidades de las normas, al que denomina *nivel de razonabilidad* (Atienza, 2013, p. 715). De este modo, para Atienza, en el nivel de la razonabilidad hay una exigencia de que exista un equilibrio entre los distintos niveles de racionalidad, y el sacrificio de alguno de esos fines tiene que hacerse a un coste razonable.

El *nivel de razonabilidad* explicado anteriormente suscita mi primer comentario acerca de la propuesta de Atienza: considero que existe una diferencia de relevancia y una relación de instrumentalidad y condicionalidad entre los diferentes niveles de racionalidad legislativa que hace contraproducente el ideal de un equilibrio interracionalidades. Lo anterior no significa que no existan vínculos entrecruzados entre estos niveles, como se verá más adelante, o que deba sacrificarse por completo un fin respecto de otro. Esta diferencia con Atienza tendrá más adelante un sentido para la argumentación sobre legislación simbólica.

El nivel de racionalidad lingüística (*Nr1*) es, a mi entender, principalmente instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles. La exigencia de que las leyes sean claras y precisas en su redacción tiene sentido en tanto esa claridad y precisión contribuya a que puedan ser eficaces (*Nr3*) y luego efectivas (*Nr4*), así como en el nivel de la sistematicidad (*Nr2*), para evitar principalmente redundancias y contradicciones. Asimismo, problemas en la racionalidad lingüística podrían impactar en el nivel de racionalidad axiológica por transmitir valores inadecuados.

Por su parte, la exigencia de racionalidad sistemática (*Nr2*) es, por un lado, también instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles, ya que normas que generen lagunas, redundancias o contradicciones con normas de la misma jerarquía (llamaré a estos supuestos *casos de irracionalidad sistemática*, siendo este el caso I) pueden promover deficiencias en el nivel pragmático (eficacia, *Nr3*) y en el nivel teleológico (efectividad, *Nr4*), o pueden tener impacto en el nivel de racionalidad axiológica (*Nr5*); sin embargo, por otro lado, el nivel de racionalidad sistemática *puede ser* (en casos de contradicción con normas de jerarquía superior) condición de validez de la legislación (caso II de irracionalidad sistemática); y por lo tanto, en estos casos, la ley sería inválida y, por lo tanto, no cabría analizar los restantes niveles de la racionalidad legislativa por no encontrarnos frente a una legislación válida.²³

Finalmente, el nivel de racionalidad ética o axiológica será de algún modo dependiente de los niveles de eficacia y efectividad, pues su concreción dependerá de la eficacia (racionalidad pragmática), es decir, que las personas adecúen sus conductas a lo que la ley ordena (*Nr3*); y también dependerá de que las leyes o normas obtengan los resultados para los que han sido sancionadas, es decir, de la efectividad (racionalidad

21 Una excepción podría ser lo que llamaré más adelante *caso II de irracionalidad sistemática*, en el cual hay una contradicción entre la norma evaluada y una norma superior; en estos casos no hay gradualidad: la norma es inválida.

22 Propondré entender el nivel de racionalidad ética o axiológica como aquel en el que se presentan las razones morales o axiológicas de las normas. Aunque no compartamos que existe una relación necesaria entre derecho y moral, y consideremos que el derecho puede o debe ser reconocido sin apelar a la moralidad, parece plausible aceptar que en la razón última de las decisiones legislativas –en ocasiones– se presentan razones morales.

23 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, p. 12); en el mismo sentido Bulygin y Mendonca, 2005, p. 114, o como el rasgo que está presente “si ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico” (Nino, 2003, p. 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 (1988, p. 16), siguiendo a Garzón Valdez, que “‘validez’ equivale a pertenencia a un sistema [jurídico] y menciona una cierta propiedad de las normas”.

teleológica, *Nr4*). La racionalidad pragmática (eficacia) y la racionalidad teleológica (efectividad) son, entonces, condiciones necesarias para la realización de la racionalidad axiológica (*Nr5*).

Albert Calsamiglia ha expresado esta última idea de modo muy claro:

Lo importante de una ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley. Puede tener una racionalidad ética pero si no se cumple, si no se obedece, no consigue su objetivo fundamental. Puede estar legitimada desde cualquier punto de vista pero carece de suficiente fuerza como para regir la conducta humana. La función de un legislador no es hacer declaraciones de principios, sino dirigir la conducta y garantizar derechos. (Calsamiglia, 1993, p. 173)

Es decir, se exige racionalidad lingüística (*Nr1*) y sistemática (*Nr2*) (caso I, cuando no hay contradicción con una norma superior) para que a) las personas guíen sus conductas de acuerdo con lo que las normas establecen (*Nr3*), y ello se requiere porque b) hay ciertos objetivos sociales, económicos o de justicia que se quieren obtener como resultados de esas conductas (*Nr4*) y que, deberían ser racionales también en el nivel de racionalidad axiológica (*Nr5*).

Si se acepta este esquema de relaciones instrumentales y condicionales, podemos entender, junto con autores como Xanthaki (2019, pp. 90-91), que los principales parámetros de calidad legislativa son la eficacia y la efectividad, y agregar que la racionalidad sistemática (caso II, o sea, cuando hay una antinomia con una norma superior) es condición de validez de la ley.

Dentro del binomio eficacia (racionalidad pragmática, *Nr3*) y efectividad (racionalidad teleológica, *Nr4*), se puede entender que hay también una relación de condicionalidad, pues sin la realización de las conductas (*Nr3*) es muy improbable que se llegue a los resultados esperados (*Nr4*), lo que haría, de la eficacia, una buena candidata a ser el objetivo principal de la legislación. Sin embargo, también hay razones para entender que la efectividad es el nivel de evaluación más relevante: desde la visión instrumentalista adelantada, se puede entender que “la legislación es simplemente una herramienta de regulación, es decir, una herramienta dentro del proceso por el que se llevan a cabo las políticas gubernamentales, en el grado y hasta el punto pretendidos por el gobierno” (Xanthaki, 2019, p. 89). Si ello es así, el fracaso de la efectividad es el fracaso de la legislación.

Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se podría argumentar que, en las normas prescriptivas, si las conductas son cumplidas o las leyes aplicadas (es decir, hay racionalidad pragmática o eficacia), pero no se alcanzan los objetivos sociales, económicos o de justicia para los que han sido sancionadas, es muy probable que se interfiera en la autonomía individual, prohibiendo o haciendo obligatorias ciertas conductas sin que ello esté finalmente justificado. Parece que las razones expuestas son suficientes como para entender que *conjuntamente la eficacia y la efectividad son los principales objetivos de la legislación* siempre que las conductas ordenadas o prohibidas y los objetivos buscados por la norma o la ley se adecúen a las normas superiores del sistema que es su condición de validez.

Las razones subyacentes de las normas pueden ubicarse en dos niveles de racionalidad: el de racionalidad teleológica (*Nr4*) y el de racionalidad axiológica (*Nr5*). La respuesta a para qué la norma es la respuesta a los fines sociales, económicos o de justicia que se persiguen con la sanción o mantenimiento de la norma en el sistema y debería, por lo tanto, ser ubicada principalmente en el nivel de la racionalidad teleológica; mientras que la respuesta a por qué la norma pretende dar cuenta de la justificación última de la norma, por lo que se vinculará más frecuentemente con aspectos éticos o morales y, por lo tanto, aparece más claramente en el nivel de racionalidad axiológica.²⁴ Aunque las dos preguntas encontrarán su lugar preferente en los niveles teleológico (*Nr4*) y axiológico (*Nr5*), hay también un entrecruzamiento pues frecuentemente la respuesta a para qué la norma nos permitirá encontrar una razón ética en su propósito, es decir, si el resultado social,

24 Admito que, en ciertos casos, la diferenciación entre las respuestas a por qué y para qué de las normas resulta difícil de distinguir claramente, pero en otras ocasiones es muy clara su respuesta distintiva. También es cierto que la respuesta a por qué la norma también podría dar lugar a enunciados que no tuvieran vinculación directa con aspectos axiológicos, como, por ejemplo, “porque es eficiente”, o “porque quiero ser reelecto”. Sin embargo, algunos aspectos de estas respuestas vinculadas con la justificación última también presentan, en definitiva, razones axiológicas.

económico o de justicia esperado (la efectividad esperada) es aceptable desde los parámetros escogidos en el nivel de racionalidad axiológica.

En síntesis, se puede describir la legislación primordialmente simbólica, desde este análisis, como presente cuando la interpretación mayoritaria sobredimensiona el nivel de la racionalidad axiológica, es decir, la respuesta a la pregunta “¿por qué la norma?” (y en ocasiones también a “¿para qué la norma?” en su dimensión axiológica) y, simultáneamente, se produce un déficit en la realización de los otros niveles, especialmente los de racionalidad pragmática (eficacia) y teleológica (efectividad). De este modo, podemos afirmar que la legislación eminentemente simbólica, tal como ha sido descrita aquí, no cumple con los principales parámetros para atribuir a una legislación las cualidades de “racional” (especialmente por no ser eficaz o efectiva, que son los principales indicadores de calidad de una ley).

Más allá del análisis de calidad legislativa, también es posible, desde una perspectiva más amplia, cuestionar la legislación primordialmente simbólica por su inadecuación a los supuestos básicos del Estado de derecho en cualquiera de sus formulaciones más importantes, esto es: que las personas y las autoridades adecúen sus comportamientos a lo que la ley establece (Hayek, 1979; Raz, 1985, p. 267; Guastini, 2002, p. 95), que las leyes sean claras (Hayek, 1979, p. 152; Raz, 1985, p. 268), certeras (Hayek 1979, p. 152; Nino, 2005, p. 41), previsibles (Hayek, 1979, p. 152), fácticamente realizables (Fuller, 1969, p. 39), comprensibles (Fuller, 1969, p. 39), que sean aplicadas de manera estricta por un órgano judicial o administrativo (Hayek, 1979, p. 158; Nino, 2005, p. 42) y, finalmente, que no debe existir incongruencia entre el modo en que las normas son expresadas y el modo en que son realmente administradas (Fuller, 1969, p. 39).

7 Algunos casos tratados como legislación simbólica que no lo son y el “efecto” de la legislación simbólica

Si tomamos las pautas desarrolladas hasta aquí y consideramos algunos casos frecuentemente tratados como legislación simbólica, veremos que no siempre se adecúan a la definición que he propuesto en este trabajo. Por ejemplo, a menudo se considera que la norma que penaliza el *genocidio* puede ser entendida como legislación simbólica (entre otros, Bustos Ramírez, 1991; Schiller, 1977, p. 47). En el mismo sentido, Hassemer (1995, p. 25) sostiene que la sanción penal del genocidio desde 1954 (§ 220 a StGB) tenía su significado político criminal *no en la realización instrumental del texto de la ley* sino en la asimilación del período nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas.

De acuerdo con las pautas trazadas anteriormente, la prohibición del genocidio no parece ser una norma primordialmente simbólica. A pesar de algunos aberrantes casos de genocidio ocurridos durante el siglo pasado y principios de este, es posible consensuar que, en la mayoría de los países (incluida Alemania), la legislación, desde su sanción, ha sido afortunadamente eficaz y efectiva (eficaz en el primer sentido, es decir, como adecuación de las conductas a la norma).²⁵ Incluso aceptando que las razones detrás de la sanción de la prohibición del genocidio hayan sido de asimilación del período nazi o fundamentalmente políticas, estas serán, en todo caso, las razones subyacentes (o algunas de ellas), pero de ningún modo puede inferirse que hubiera en el origen de la sanción de la norma una irrelevancia de la realización instrumental del texto. Hoy, podemos entender que esta norma tiene evidentemente *un sentido simbólico* muy relevante; es decir, su sentido secundario, autónomo de su texto, sea cual fuere (probablemente sea hoy diferente que los propuestos por Hassemer), tiene un enorme grado de aceptación entre la mayoría de las comunidades. Pero su valor simbólico no la transforma en una legislación eminentemente simbólica si es, afortunadamente, eficaz y efectiva.

Otro caso, algo diferente al anterior, pero al que tampoco consideraré legislación eminentemente simbólica, es el que propone Ferraro: según este autor, una ley que reduce el máximo de velocidad permitido en una carretera puede no ser eficaz, pero al transmitir un mensaje de alerta resulta efectiva por la reducción de las velocidades,

25 Asumo la descripción del genocidio tal como la establece la [Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio](#) de 1948 que dispone: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” (luego, se enumeran los actos tales como matanza, lesiones, impedimento de nacimientos, etcétera). Siguiendo esta caracterización del genocidio (mayormente adoptada por los Estados en sus ámbitos internos), quedan excluidos de su tipicidad los crímenes sistemáticos cometidos durante muchas dictaduras, por ejemplo, en América Latina, pues el factor “político” o “ideológico” no está incluido en la definición.

aunque se incumpla la máxima permitida. Si este mensaje es captado, podría obtenerse efectividad sin eficacia; y se trataría, según este autor, de un caso admisible de legislación simbólica (Ferraro, 2022, p. 114). Este tipo de legislación simbólica, sostiene el autor, es fácilmente detectable cuando se carece de mecanismos adecuados de aplicación (por ejemplo, cámaras de control de la velocidad). El aspecto simbólico consiste en el hecho de que los emisores de la norma no esperan un cumplimiento total de los límites de velocidad muy bajos, sino que saben que un cumplimiento parcial será suficiente para el resultado buscado (Ferraro, 2022, p. 114). No advierto, de acuerdo con los parámetros aquí propuestos, el carácter primordialmente simbólico de la norma. Si admitimos la existencia de racionalidad teleológica (se llega al resultado buscado), que es uno de los requisitos fundamentales para valorar la calidad de una ley, entonces es complicado aceptar que estamos frente a una legislación primordialmente simbólica. Por otra parte, al menos el modo en que está descrito el caso no permite advertir el sobredimensionamiento de la “razón” de la norma. Parece ser más bien un caso de efectividad sin eficacia; estos casos, si bien son marginales, se presentan esporádicamente (Fernández Blanco, 2019).

Por otra parte, la legislación (tanto la simbólica como la que no lo es) suele tener *efectos* que van más allá de los resultados esperados. Estos efectos pueden ser funcionales o disfuncionales a las normas y, a su vez, en un plano independiente, pueden ser aceptables o no desde un plano valorativo o, incluso, pueden ser “inconsistentes” con ciertos valores constitucionales (lo que implicaría un problema en el nivel de la sistematicidad, *Nr2*). Dos casos estadounidenses pueden dar cuenta de ello: el primero es el de una de las legislaciones simbólicas por antonomasia, el conjunto de leyes que integraron lo que se conoce como “la prohibición” (o la ley seca),²⁶ que no solo fue ineficaz e inefectiva, sino que generó desde mercados negros hasta la formación de grupos de crimen organizado antes inexistentes. El segundo caso, más cercano en el tiempo, es el de la prohibición de la sodomía en ciertos estados de Estados Unidos. Hasta el 2003, trece estados de ese país prohibían las relaciones sexuales entre hombres (hasta su declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema en el caso *Lawrence vs. Texas* (539 U.S. 558 (2003))). Esta prohibición era obviamente incumplida por los varones homosexuales y casi nunca se aplicó en los procesos penales. En cambio, tuvo otros efectos disvaliosos: se utilizó para negar a los homosexuales derechos de empleo, adopción y otros privilegios civiles (Balkin, 2011, p. 212).

Este último caso nos enfrenta con otro problema de las normas prescriptivas eminentemente simbólicas, aun en los casos en los que las leyes son generalmente ineficaces (en el sentido de su cumplimiento y en el de su aplicación), existen aplicaciones esporádicas o casuales. Los dos hombres protagonistas del caso *Lawrence* se encontraron en esa situación. Se han calificado estos efectos de la legislación como *perversos*; esto es, normas generalmente incumplidas e inaplicadas, pero que ocasionalmente se aplican y dan lugar a efectos negativos (Hierro, 2013, pp. 177-178, reformulando la idea de Fernández Dols, 1992).

8 Breves conclusiones y algunas preguntas sin respuesta

En este trabajo he propuesto una caracterización de la legislación primordialmente simbólica que abarca únicamente este fenómeno, sin involucrar otras nociones que suelen ser tratadas conjuntamente. Espero haber hecho aportaciones a las intuiciones de la mayoría de los autores al precisar dos de las características distintivas de la legislación eminentemente simbólica: su falta de eficacia (como acatamiento o como aplicación) o su falta de efectividad, y he agregado la idea de que esta legislación presenta siempre una sobredimensión de las “razones” de la ley o su sentido secundario. He brindado razones por las cuales considero que, dado que estas leyes no cumplen con los criterios de eficacia y efectividad, no puede considerarse que cumplan estándares de calidad legislativa. Adicionalmente, he presentado casos en los que los autores consideran estar frente a legislación simbólica, pero, de acuerdo con la definición propuesta en este texto, no sería así. Especialmente relevante es el caso de la penalización del genocidio. Finalmente, he diferido con los autores en casi todo lo

26 De acuerdo con Van Klink (2016, p. 23), el valor simbólico de “la prohibición” se encontraba en una reafirmación de la moralidad protestante en contra de la más hedonista moral católica de los inmigrantes irlandeses.

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.

Para finalizar, quisiera responder rápidamente a la pregunta sobre la racionalidad de la legislación eminentemente simbólica desde una perspectiva política (no ya desde la evaluación de la calidad legislativa). Se ha señalado que es posible identificar tres objetivos perseguidos al dictar este tipo de legislación (que podemos extender, casi siempre, también a la situación de “mantener” las leyes primordialmente simbólicas cuando estas son sobrevivientes): primero, se ha dicho que estas pueden perseguir la confirmación del sistema de valores defendido por un grupo en particular; segundo, la demostración o la simulación de poder por parte del gobierno; y tercero, la resolución de un conflicto social entre dos o más grupos o partidos políticos (Van Klink, 2016, p. 23). La primera de las razones dadas me parece obvia a la luz de la definición propuesta sobre legislación simbólica; ese propósito, sin embargo, no resulta justificativo de la necesidad de dictar o mantener legislación eminentemente simbólica. El segundo propósito es, en su primer sentido, débil: si el gobierno puede aprobar una legislación en determinado sentido –acto que generaría la demostración de poder–, por qué se conformaría, en estos casos, con que la demostración de poder sea solo simbólica; si realmente tiene el poder y quiere evidenciarlo, sancionaría legislación eficaz y efectiva. El caso de la simulación de poder es más plausible pues permite asumir que la fortaleza del gobierno no es suficiente como para aprobar la ley y, además, intentar que sea eficaz y efectiva. Finalmente, la resolución de un conflicto social entre dos o más grupos o partidos políticos es un propósito que parece cuadrar más o menos bien con la idea sobre legislación primordialmente simbólica aquí propuesta (unos obtienen la legislación y los otros cuentan con que no será eficaz o efectiva). Sin embargo, respecto de estos dos últimos propósitos que parecen plausibles, cabe preguntarse: ¿es la única solución que el gobierno tiene ante sí?, ¿debemos conformarnos con estándares legislativos tan poco exigentes?

La teoría de la legislación como área de estudios enfrenta dos desafíos: el primero, lograr un posicionamiento tanto en el mundo académico como en la realidad legislativa; el segundo, conseguir un diálogo genuino y constructivo con la política. Tal vez las respuestas a las dos preguntas del párrafo anterior puedan surgir de ese diálogo.

Referencias

- Adler, Matthew. (2000). Expressive theories of law: skeptical overview. *University of Pennsylvania Law Review*, 148(5), 1363-1502.
- Alchourron, Carlos, y Bulygin, Eugenio. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Distribuciones Fontamara.
- Atienza, Manuel. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Atienza, Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Austin, John L. (1955). [*Cómo hacer cosas con palabras*](#). [Edición electrónica de conferencias recuperada a través de la [Revista Katharsis](#)].
- Balkin, Jack. (2011). *Living originalism*. Belknap Press of Harvard University.
- Bar-Siman-Tov, Ittai. (2019). El resurgimiento global de la legisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica. En Daniel Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia* (pp. 522-558). Tirant lo Blanch.
- Bulygin, Eugenio, y Mendonca, Daniel. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Marcial Pons.
- Bustos Ramírez, Juan José. (1991). Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *Pena y Estado*, 1, 101-109.
- Calsamiglia, Albert. (1993). ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? *Doxa*, 13, 161-178.

- Caracciolo, Ricardo. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Cohen, Julius. (1950). Towards realism in legisprudence. *Yale Law Journal*, 59(5), 886-897.
- Díez Ripollés, José Luis. (2013). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En José Luis Díez Ripollés, *Política criminal y derecho penal* (2.ª ed., pp. 45-67). Tirant lo Blanch.
- Dwyer, John. (1990). The Pathology of Symbolic Legislation. *Ecology Law Quarterly*, 17, 233-306.
- Eco, Umberto. (1990). *Semiótica y filosofía del Lenguaje*. Lumen.
- Escohotado, Antonio. (1998). *Historia general de las drogas*. Alianza Editorial.
- Fernández Blanco, Carolina. (2019). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa*, 42, 259-283.
- Fernández Dols, José Miguel. (1992). Procesos escabrosos en psicología social: el concepto de norma perversa. *Revista de Psicología Social*, 7(2), 243-255.
- Ferraro, Francesco. (En prensa). Deception and expression: The puzzling rationality of symbolic legislation. En Francesco Ferraro y Silvia Zorzetto (eds.), *Exploring the province of legislation* (pp. 103-123). Springer.
- Fuller, Lon. (1969). *The morality of law*. Yale University Press.
- García Villegas, Mauricio. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.
- Griffiths, John. (2005). Do law have symbolic effects? En Nicolle Zeegers, Willem Witteveen y Bart van Klink (eds.), *Social and symbolic effects of legislation under the rule of law* (pp. 147-161). Edwin Mellen Press.
- Guastini, Riccardo. (2002). Implementing the rule of law. En Paolo Comanducci y Riccardo Guastini. *Analisi e diritto* (pp. 95-103). Giappichelli.
- Hayek, Frederich. (1979). *The constitution of liberty*. China Social Science Publishing House.
- Hassemer, Winfried. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En Juan Bustos (dir.), *Pena y Estado* (pp. 23-36). Editorial Jurídica Conosur.
- Hierro, Liborio. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Ariel.
- Kelsen, Hans. (1979). *Teoría pura del derecho* (2.ª ed.). UNAM.
- Lotman, Iuri. (1993). El símbolo en el sistema de la cultura. *Escritos, Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*, 9, 47-60.
- Marcilla Córdoba, Gema. (2019). La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho. En Daniel Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia* (pp. 301-341). Tirant lo Blanch.
- Navarro, Pablo Eugenio. (1990). *La eficacia del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nino, Carlos Santiago. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2.ª ed.). Astrea.
- Nino, Carlos Santiago. (2005). *Un país al margen de la ley, estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (4.ª ed.). Ariel.
- Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. (2021). *Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*. Ministerio de Sanidad.

- Peirce, Charles. (1986). *La ciencia de la semiótica*. Nueva Visión.
- Pino, Giorgio. (2013). Norma jurídica. En Pino Giorgio, Schiavello Aldoñ y Vittorio Villa (eds.), *Filosofía del derecho. Introducción crítica al pensamiento jurídico e al derecho positivo* (pp. 144-183). Giappichelli.
- Poort, Lonneke, Van Beers, Britta, y Van Klink, Bart. (2016). Introduction: Symbolic dimensions of biolaw. En Lonneke Poort, Britta van Beers y Bart van Klink (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw* (pp. 1-15). Springer.
- Přibáň, Jiří. (2016). On Legal Symbolism in Symbolic Legislation: a systems theoretical perspective. En Lonneke Poort, Britta van Beers y Bart van Klink (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw* (pp. 105-121). Springer.
- Raz, Joseph. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. UNAM.
- Ródenas, Ángeles. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, 24, 63-83.
- Schauer, Frederick. (2012). Is defeasibility an essential property of law? En Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni Battista Ratti, *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility* (pp. 77-88). Oxford University Press.
- Schauer, Frederick. (1991). *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Clarendon Press.
- Schiller, Barry. (1977). Life in a symbolic universe: comments on the Genocide Convention and International Law. *Southwestern University Law Review*, 9, 47-83.
- Tuzet, Giovanni. (2016). Effettività, efficacia, efficienza. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 207-224.
- Van Klink, Bart. (2016). Symbolic legislation: An essentially political concept. En Lonneke Poort, Britta van Beers y Bart van Klink (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw* (pp. 19-35). Springer.
- Van Klink, Bart. (2019). Legislación, comunicación y autoridad: ¿cómo dar cuenta del carácter vinculante del Derecho? En Daniel Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia* (pp. 171-222). Tirant lo Blanch.
- Xanthaki, Helen. (2019). Malentendidos sobre la calidad de la legislación: un enfoque fonético del drafting legislativo. En Daniel Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia* (pp. 63-118). Tirant lo Blanch.