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.