

La legislación simbólica: la necesidad de una redefinición y el problema de las funciones simbólicas del derecho

Symbolic legislation: the need for a re-definition and the problem of the symbolic functions of the law

Francesco Ferraro *

Resumen: Objetivo del presente trabajo es proponer una definición de «legislación simbólica» que pueda abarcar los usos más comunes de este sintagma, descartando al mismo tiempo las connotaciones valorativas (en sentido negativo) que se le asocian en la doctrina jurídica. En lugar de identificar la legislación simbólica en negativo, es decir, individuando sus carencias específicas o defectos, se intentará ofrecer una definición en positivo, que explique la referencia al simbolismo. Concretamente, voy a proponer una redefinición a partir de las que llamaré «funciones simbólicas» del derecho, las cuales prevalecen en las leyes simbólicas. Dichas funciones serían cumplidas por medio de un sentido o significado secundario, que se añade al significado primario de las disposiciones (el significado que concierne el establecimiento de relaciones jurídicas hohfeldianas). Como veremos, no obstante, cuando se trata de identificar el sentido secundario o simbólico, todavía quedan por determinar de manera convincente las características que permiten diferenciarlo del sentido primario.

Abstract: The aim of this paper is to propose a definition of “symbolic legislation” that can embrace the most common uses of this syntagma, while discarding the value connotations (in a negative sense) that are associated with it in legal doctrine. Instead of identifying symbolic legislation in the negative, i.e. by identifying its specific shortcomings or defects, an attempt will be made to offer a definition in the positive, capable of accounting for the reference to symbolism. A redefinition will then be proposed on the basis of what will be called the “symbolic functions” of law, which prevail in symbolic laws. These functions would be fulfilled by means of a secondary sense or meaning, which is added to the primary meaning of the provisions (the meaning that concerns the establishment of Hohfeldian legal relations). But as will be seen, when it comes to identifying the secondary or symbolic meaning, the characteristics that enable it to be distinguished from the primary meaning have yet to be convincingly determined.

Palabras clave: Legislación simbólica, derecho simbólico, populismo penal, racionalidad legislativa, semiótica jurídica

Key words: Symbolic legislation, symbolic law, penal populism, legislative rationality, legal semiotics

Fecha de recepción: 6-1-2024

Fecha de aceptación: 10-1-2024

1. Introducción: el problema de la legislación simbólica

Objetivo del presente trabajo es proponer una definición de «legislación simbólica» que pueda abrazar los usos más comunes de este sintagma, descartando al mismo tiempo las connotaciones valorativas (en sentido negativo) que se le asocian en la doctrina jurídica. La intuición de fondo es que,

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Università degli Studi di Milano (Italia).

aunque se pueda admitir que, en la mayoría de los casos, la legislación simbólica es legislación «mala», queda por explicar por qué se utiliza el adjetivo «simbólico» y no simplemente otro, como «ineficaz», «irracional», etc. En lugar de identificar la legislación simbólica en negativo, es decir, individualizando sus carencias específicas o defectos, se intentará ofrecer una definición en positivo, que capture el significado de la referencia al simbolismo. Concretamente, voy a proponer una redefinición a partir de las que se llamaré «funciones simbólicas» del derecho, las cuales prevalecen en las leyes simbólicas. Pero, como se verá, todavía falta una definición convincente de dichas funciones, por lo cual el problema de la legislación simbólica queda, de alguna manera, abierto.

Tanto entre juristas como en el debate público, lo más normal es utilizar el sintagma «legislación simbólica» con acepciones despectivas. Esto pasa sobre todo, aunque no exclusivamente, con referencia al derecho penal. En materias tan diferentes como la protección de los ahorros frente a comportamientos financieros y contables deshonestos,¹ la lucha contra el «discurso de odio»,² la gestión de la inmigración irregular,³ la prevención de la violencia de género y de los femicidios,⁴ la batalla contra la corrupción,⁵ la reducción de las muertes en accidentes automovilísticos,⁶ y un larguísimo etcétera, la legislación penal ha sido tachada de simbólica por estudiosos y estudiosas escandalizados por los evidentes defectos de concepción que arrastraba. La legislación simbólica se considera el fruto podrido de una «compulsión» legislativa a utilizar los instrumentos, a la vez delicados y peligrosos, del derecho penal.⁷ Es también expresión de la tendencia política a excitar, y a canalizar, las pulsiones más irreflexivas del electorado por medio de las leyes penales, de acuerdo con lo que ha sido llamado «populismo penal».⁸

Se tiende a considerar la legislación penal simbólica, primariamente, como legislación ineficaz, en el sentido de que no es cumplida y/o aplicada, o inefectiva, en el sentido de que no consigue los fines que se le atribuyen.⁹ De

¹ Alessandri (2007).

² Díez Ripollés (2002).

³ Brandariz García (2012); Manna (2016), p. 3; Sessa (2016); Savio (2016); van Klink (2016), p. 19.

⁴ Venturoli (2015), pp. 163-168; Maugeri (2021).

⁵ Abukar Hayo (2021).

⁶ D'Amico (2019).

⁷ Insolera (2006).

⁸ Una redefinición de «populismo penal» más estricta (en particular, respecto al concepto de *penal punitiveness* tal como es adoptado en la literatura internacional sobre el tema) es ofrecida por Cornelli (2019, p. 135), para quien «el populismo penal [...] [es] aquel fenómeno que se verifica cuando los aspectos que caracterizan el proceso sociopolítico de afirmación de una *leadership* populista (estrategia, cultura y concepción del poder) encuentran en el campo penal el lugar para explicitarse».

⁹ Fernández Blanco (2022, p. 8).

hecho, Carlo Enrico Paliero considera la legislación penal simbólica como «*paradigma* de la ineficacia» y clasifica las leyes simbólicas, respecto a su «estructura», basándose en sus perfiles de ineficacia.¹⁰ De acuerdo con dicha clasificación, son leyes penales de ineficacia «sencilla» las que no pueden conseguir su objetivo por la pura y simple inadecuación del instrumento penal (de la cual, según Paliero, «el legislador es, o debe ser, consciente»).¹¹ Son leyes penales de ineficacia «antinómica» las que, justo por la decisión de criminalizar ciertas conductas, se revelan contraproducentes para tutelar el bien que supuestamente se tendría que tutelar.¹² Son leyes penales de ineficacia «disnómica» las que nacen «paralizadas» por contradicciones pragmáticas en la ley misma, por contradicciones lógicas o prescripciones paradójicas.¹³

En su análisis, Paliero parece hacer referencia al mismo tiempo a la falta de aplicación (eficacia secundaria) de la ley penal simbólica y a la capacidad de conseguir los supuestos objetivos (efectividad).¹⁴ Se trataría de legislación obviamente defectuosa e *irracional* desde el punto de vista instrumental. La incapacidad de las leyes simbólicas de alcanzar los fines a ellas atribuidos se debe a muchos factores, que las hacen difíciles de cumplir y de aplicar; en la medida en que la eficacia es una precondition factual de la efectividad, esta sería la razón que explica su inadecuación.¹⁵ La dificultad de aplicar estas leyes se debe muy frecuentemente a defectos en su formulación: se trata de leyes oscuras, caracterizadas por diferentes tipos de indeterminación semántica, como la vaguedad, la ambigüedad, la genericidad.¹⁶ En otros casos, los problemas no son meramente de formulación, sino de contenido: las leyes simbólicas están mal hechas: aunque se cumplan y apliquen (o justo por su cumplimiento y aplicación), su fin social no se consigue. Pertenece a estos casos la irracionalidad «técnica» de leyes como la ley italiana 94/2009 que criminaliza

¹⁰ Paliero (1990, pp. 529 y ss.).

¹¹ Paliero (1990, p. 539). Se trata, para Paliero, de leyes cuya formulación establece ilícitos de difícil determinación conceptual y/o verificación empírica (en el sentido de que no son «manejables» desde el punto de vista probatorio).

¹² El ejemplo propuesto por Paliero (1990, p. 540) son las leyes de criminalización del aborto, que dañan el mismo bien de la vida que el legislador presume de tutelar (porque los abortos clandestinos ponen en riesgo la vida de las mujeres).

¹³ Paliero (1990, p. 540) presenta como ejemplo una ley antidroga que obligara a un drogadicto someterse a un tratamiento desintoxicante o de rehabilitación si quiere evitar la cárcel: está claro que dicho tratamiento puede ser efectivo solo si quien lo recibe se somete de forma voluntaria.

¹⁴ El aspecto de la dificultad de aplicación, y consiguiente ineficacia, concierne sobre todo las leyes simbólicas de ineficacia «sencilla».

¹⁵ Como subraya Fernández Blanco (2022, p. 10), «[s]i 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)».

¹⁶ Véase van Klink (2016, p. 20); Ferraro (2022, pp. 111-112). Sobre la genericidad como fenómeno de indeterminación lingüística diferente de otros (como la vaguedad y la ambigüedad), véase Luzzati (2013).

la inmigración irregular: dicha ley sobrepone el proceso penal al proceso administrativo previsto por una ley anterior para los migrantes irregulares. En estos casos se crean antinomias y/o redundancias en el ordenamiento.¹⁷ Además, por defectos de concepción, la criminalización se vuelve criminógena, como en el caso de esta ley¹⁸ y de muchas otras (piénsese en la legislación penal en materia de drogas).

Es cierto que el derecho penal es especialmente propenso a volverse simbólico, también por la tendencia de los otros sectores del derecho a «pasarle la antorcha» cuando los problemas sociales parecen muy complejos.¹⁹ Pero se habla de legislación simbólica también fuera del ámbito penal y también con connotaciones despectivas. Es el caso de mucha legislación en el campo ambiental. John P. Dwyer, por ejemplo, ha hablado de la legislación simbólica como «patología» con relación a mucha regulación ambiental y especialmente al *Clean Air Act* estadounidense del 1982.²⁰ Los defectos en este caso conciernen la emisión de directivas no realistas, que piden a las autoridades administrativas o *agencias* (en este caso, la *Environmental Protection Agency* o EPA) establecer estándares de emisiones considerados «seguros para la salud», sin permitir que las mismas autoridades consideren los costes de implementación y la viabilidad tecnológica; es decir, sin dejar márgenes de ajuste razonable para interpretar disposiciones que expresan —si son tomadas al pie de la letra— normas irrazonables. En consecuencia, las autoridades retrasan el establecimiento de dichos estándares y se toman mucha libertad en la interpretación de la ley, procediendo despacio para retrasar el control judicial sobre sus regulaciones. Además, la promesa legislativa de eliminar todas las emisiones peligrosas para la salud (anulando cualquier riesgo) genera expectativas irrealizables y polariza el debate público.²¹ Parece, entonces, que otra característica lamentable de la legislación simbólica es la *irresponsabilidad* legislativa consistente en dejar que los órganos de aplicación (sean ellos tribunales, autoridades administrativas o funcionarios individuales) solucionen o eviten los problemas causados por la manifiesta irracionalidad, e irrazonabilidad, de las leyes.

Pero todos estos defectos no pueden ser debidos pura y simplemente a falta de racionalidad, o incluso de responsabilidad, de los representantes electos del pueblo, por mucho que sean ignorantes, irreflexivos o estén cegados por sus ideologías (o por su ambición). Por un lado, no se entiende por qué se utilizaría «legislación simbólica» en lugar de «legislación irracional», «legislación defectuosa» u otras expresiones similares. ¿Por qué se utiliza el adjetivo

¹⁷ Pulitanò (2016); Manna (2016), p. 3; Savio (2016).

¹⁸ Como observa Savio (2016), la ley coloca al migrante en una posición de vulnerabilidad objetiva y lo expone a chantajes de quienes quieran explotar su mano de obra de forma ilícita o irregular.

¹⁹ Lüderssen (2005, pp. 104 ss., 149 ss.).

²⁰ Dwyer (1990).

²¹ Dwyer (1990, p. 234).

«simbólico» que, en el lenguaje común, no es sinónimo de «irracional» o «defectuoso»? Por otro lado, la legislación simbólica es demasiado defectuosa respecto a los fines que se le atribuyen como para no resultar *sospechosa*. Es posible que, en realidad, las leyes en cuestión sean instrumentalmente racionales respecto a otros fines, diferentes a los que se suponía. En este sentido, Vilhelm Aubert fue el primero en aplicar la distinción sociológica entre funciones «manifiestas» y «latentes» para afirmar que la legislación simbólica cumple unas funciones latentes aun cuando sus funciones manifiestas parecerían indicar su fracaso. Esto parece apuntar hacia una divergencia entre los supuestos objetivos de la ley y otros objetivos escondidos, no manifiestos, que sí se satisfarían.²² De ahí que la legislación simbólica sea frecuentemente considerada como *engañosa*,²³ como carente de publicidad al esconder sus «intenciones latentes».²⁴ Entonces, el carácter simbólico de las leyes en cuestión no se corresponde con su irracionalidad instrumental: «contrariamente a una creencia popular, la legislación simbólica no es la antítesis de la legislación instrumental y no es simplemente equivalente a legislación inefectiva»;²⁵ el mismo término «instrumental» se podría aplicar tanto a leyes simbólicas como a leyes no-simbólicas y no sirve para distinguir entre unas y otras.²⁶ La legislación simbólica también puede ser instrumental, pero no respecto a los fines que se le atribuyen, sino a otros. Por eso Manuel Atienza ha definido «legislación simbólica» como «leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados».²⁷ Parecería claro, entonces, que «[u]n elemento central en el concepto de legislación simbólica es el engaño».²⁸

¿Pero quiénes son los perpetradores del engaño, y quiénes sus víctimas? La respuesta parece obvia: los legisladores engañarían a los ciudadanos, o intentarían hacerlo. Las razones explicativas de semejante comportamiento legislativo serían de tipo político. Newig (2007, pp. 279-280) ha propuesto un modelo de categorización de las leyes de acuerdo con: 1) su efectividad sustancial prospectiva con relación al asunto regulado, es decir, con relación al problema específico que provoca la intervención legislativa; y 2) su efectividad político-estratégica prospectiva. Cuando la efectividad del primer tipo es baja y la efectividad del segundo, en cambio, es alta, se puede hablar, según este autor, de legislación simbólica.²⁹ La efectividad político-estratégica suele ser alta cuando hay situaciones de mucha «presión política» sobre los legisladores para

²² Aubert (1967). Véase también van Klink (2016), Ferraro (2022).

²³ Hassemer (1989).

²⁴ Siehr (2016, p. 331).

²⁵ Van Klink (2016, p. 23).

²⁶ Newig (2007), p. 293 nota.

²⁷ Atienza (1989), p. 389.

²⁸ Newig (2007), p. 291.

²⁹ Al tratarse de conceptos de efectividad graduables, también la legislación podrá concebirse, según Newig, como «más» o «menos» simbólica.

que respondan a las expectativas de la opinión pública respecto a algún problema percibido como extremadamente urgente o importante. Se trata, por ejemplo, de situaciones que se perciben como de crisis y de emergencia.³⁰ Por otro lado, la efectividad substancial prospectiva, relativa a la solución del problema (o, en general, a la satisfacción de la exigencia) que supuestamente ha causado la intervención legislativa, se presenta como baja: normalmente, esto se debe al hecho de que 1) no hay una solución legislativa adecuada, o 2) dicha solución conllevaría costes (en sentido amplio) a corto plazo que superan las ventajas percibidas. En consecuencia, los legisladores 1) simulan un poder que no tienen, o 2) eligen promulgar leyes que solo tengan la apariencia de solucionar el problema en cuestión, porque las soluciones reales serían políticamente desventajosas. En este segundo caso, es posible que leyes substancialmente efectivas respecto al asunto regulado resulten también impopulares. Asimismo, puede darse el caso de que sea posible adoptar medidas que serían verdaderamente efectivas, pero que se decide no adoptar para no dañar los intereses de grupos de presión organizados cuyo apoyo es percibido como necesario por los políticos. En situaciones como esta, aprovechando una situación de «asimetría informativa» en la que el público en general no posee ni puede adquirir y procesar todas las informaciones relevantes, los políticos pueden engañar a los ciudadanos ofreciendo falsas soluciones para problemas y exigencias reales.³¹

En estos últimos casos, los legisladores actúan *estratégicamente*, enviando, con una misma ley, dos mensajes diferentes: uno dirigido a los ciudadanos en general y otro, a grupos de interés particulares. El público puede ser engañado y llevado a pensar que los legisladores están haciendo algo (por ejemplo, restringir la posibilidad para particulares de financiar partidos y campañas electorales) cuando, en realidad, están haciendo otra cosa diferente o incluso opuesta (de acuerdo con el ejemplo, permitir la financiación de forma menos controlada y menos transparente).³² Incluso es posible que el mensaje enviado a los órganos de aplicación y funcionarios sea muy diferente al que se envía a los ciudadanos particulares. Marmor (2011, pp. 156-157) ha hablado de estos casos como «*legislative double-talk*», es decir, discurso legislativo intencionadamente ambiguo y engañoso. Para Marmor, este uso estratégico (y no cooperativo) de la comunicación conlleva una ambigüedad pragmática, en el sentido de que no se aplican las máximas griceanas y no es posible entender las implicaturas del discurso: «[e]l mismo acto de habla implica un contenido diferente en contextos diferentes, o para diferentes públicos, aunque los contenidos sean mutuamente inconsistentes».³³ En estos casos, señala Marmor, los legisladores están

³⁰ En este sentido, Amelung (1980, pp. 59-61) ha hablado de «leyes de crisis» (*Krisengesetze*). Las leyes que transmiten la impresión (equivocada) de que la situación está bajo control y de que la reacción legislativa puede solucionar la crisis son «derecho ilusorio» (Kindermann 1988, pp. 230-239). Véase también van Klink (2016, pp. 22-23).

³¹ Newig (2007, pp. 281-284).

³² Marmor (2011, p. 156).

³³ Marmor (2011, p. 157).

explotando la que Dan-Cohen (1984) ha llamado «separación acústica» entre los funcionarios llamados a aplicar la ley y los demás ciudadanos, para la «transmisión selectiva» de diferentes mensajes a unos y a otros.

En todos estos escenarios, la legislación simbólica es una respuesta engañosa a la presión, política y social, que cierto problema pone sobre los legisladores. Esta respuesta les permite *gestionar* el problema, sin *solucionarlo*, porque no pueden o no quieren solucionarlo.³⁴ Por lo tanto, Kindermann (1989) ha explicado que la legislación simbólica funciona como «legislación de coartada» (*Alibigesetzgebung*) para los legisladores, que comunican al público la impresión que «algo se ha hecho».³⁵ El engaño está en las intenciones latentes: los legisladores comunican al público un mensaje falso y lo hacen adrede; si hacen declaraciones respecto a sus fines, estas son mentirosas. Si la ley está acompañada por una justificación formal (exposición de motivos), esta es necesariamente defectuosa respecto a sus premisas fácticas, porque los medios elegidos son inadecuados respecto a los fines declarados.³⁶ Newig (2007) ha subrayado como, en estos casos, los legisladores son conscientes de lo que están haciendo y se pueden averiguar *ex post* sus intenciones tramposas.³⁷

Parecería, entonces, que una redefinición oportuna de «legislación simbólica» podría ser «legislación engañosa respecto a sus fines, i.e. que engaña respecto a las intenciones subjetivas de quienes emanaron la ley». Pero, como se verá, hay razones para dudar de la oportunidad de esta redefinición y de la caracterización que implica del fenómeno que estamos analizando.

³⁴ Newig (2007).

³⁵ «No hay crisis que pase sin que se exija inmediatamente que se legisle. Los legisladores se ven así sometidos a una presión política de la que quieren aliviarse inmediatamente. Pero la legislación simbólica también alivia al público. Éste ve que algo está pasando; las dudas que habían surgido sobre el valor y la capacidad de actuación del sistema se evaporan. [...] Si la irritación del público es muy alta, el legislador no tiene más remedio que recurrir a una legislación simbólica» (Kindermann 1988, p. 269).

³⁶ Ferraro (2022, pp. 116-117).

³⁷ El caso de estudio presentado por Newig es el de la *Ozongesetz* alemana del 1995, una ley supuestamente orientada a prevenir el aumento de la contaminación por ozono en los estratos bajos de la atmosfera. La ley, que preveía prohibiciones para la circulación de vehículos (que no fueran de bajas emisiones), incluía tantas excepciones particulares que las prohibiciones en cuestión no se aplicaban casi nunca en la práctica. Entrevistas a los políticos responsables de la aprobación de la ley, realizadas entre 2000 y 2001, revelan que estos eran perfectamente conscientes de que la ley no tendría efectos concretos y también que, de hecho, ni siquiera querían que los tuviera; pero se habían visto obligados a dictarla para quitarse de encima la presión de la opinión pública, preocupada por los riesgos de la contaminación para la salud. En este caso, la ley (como era de esperar) no cumplió sus fines declarados, pero sí fue exitosa por cuanto disminuyó la atención pública sobre el asunto (Newig 2007, pp. 284-285).

2. La necesidad de una redefinición

Como observa Marmor (2011, pp. 154-155) «[e]l aspecto más familiar de la legislación es que es, casi siempre, el resultado de un compromiso». Todos los participantes al proceso legislativo tienen que conceder algo a los demás; nadie obtiene todo lo que quisiera, pero muchos obtienen algo, en el sentido de que el resultado final —el texto de la ley— refleja algunas de sus exigencias. Esta característica del proceso de decisión hace que a menudo se llegue a las que Marmor llama «decisiones tácitamente reconocidas incompletas» (*tacitly acknowledged incomplete decisions*), que «deliberadamente dejan algunos asuntos sin decidir». Los miembros de una asamblea legislativa, en estos casos, convergen sobre un texto de ley suficientemente indeterminado como para significar o (mejor dicho) implicar alternativamente cosas diferentes, de acuerdo con los diferentes deseos de los miembros mismos. Esto también conlleva que haya, entre ellos, diferentes expectativas y esperanzas respecto a la interpretación y aplicación de esa misma ley. Cuando las agendas políticas difieren significativamente, es difícil para los funcionarios y los jueces entender y aplicar la ley. Este fenómeno (que Marmor atribuye al carácter no-cooperativo y estratégico del debate parlamentario) causa indeterminación pragmática en la «conversación» entre legisladores y órganos de aplicación. Primero, es difícil establecer *quiénes* son, del lado legislativo, los participantes en dicha conversación: ¿qué intenciones comunicativas cuentan para entender lo que la ley implica? Y segundo, ¿*qué cuenta* como contribución relevante a la conversación por el lado legislativo?

Este fenómeno impacta directamente sobre el problema de la legislación simbólica. Según el modelo tricotómico propuesto por Kindermann (1988, pp. 230-239), que responde a una tipología de la legislación simbólica basada en los diferentes efectos que esta consigue, un efecto típico es el de permitir un «compromiso dilatorio» entre partes contendientes. Se trata de acuerdos puramente lingüísticos, verbales, que no representan una convergencia substancial sobre cómo regular cierto asunto. Por esta razón, se trata a menudo de acuerdos sobre textos de ley suficientemente vagos y/o ambiguos y/o genéricos como para dejar espacio para interpretaciones muy diferentes.³⁸ Estas

³⁸ «[E]l acuerdo no se refiere al fondo del asunto, sino simplemente al aplazamiento de la decisión de fondo. El compromiso consiste en una fórmula dilatoria que satisface todas las pretensiones en conflicto y —en una expresión ambigua— deja sin decidir los puntos realmente controvertidos. Los contenidos objetivamente irreconciliables reciben una «yuxtaposición lingüística externa». Los pseudocompromisos se caracterizan por su formulación imprecisa y ambigua» (Kindermann 1988, p. 239). En otros casos, según Kindermann, la legislación de compromiso moderna a menudo no produce textos muy indeterminados, sino que se caracteriza por el hecho de que los partidarios de una ley aprobada se conforman con su carácter puramente programático, y los opositores a esa misma ley esperan que no se aplique y trabajan para ello: «[e]n lo que respecta a la legislación simbólica, la legislación de compromiso moderna tiene otro aspecto. Como ha demostrado Aubert con la Ley noruega de trabajadoras domésticas, la regulación normativa suele ser bastante clara, pero el legislador no consigue que la ley se cumpla. Pero también en este caso ambas partes ceden. Los detractores de la ley aceptan un texto legal que va en contra de sus intereses; sus partidarios se conforman con una

características semánticas son muy típicas de la legislación simbólica, y a veces hacen que las leyes sean demasiado oscuras para que los ciudadanos las acaten y los funcionarios las apliquen.³⁹

En estos casos, está claro que los órganos de aplicación son los que tienen la decisión final sobre cómo resolver substancialmente los asuntos que —se supone—debería regular la ley. También está claro que hay algún elemento de engaño en leyes simbólicas de este tipo; pero ¿cuál es? Se podría decir que los ciudadanos resultan engañados, porque se esperarían que la ley regulara un determinado asunto, cuando, en realidad, la decisión queda en las manos de los funcionarios, que pueden elegir legítimamente entre soluciones muy diferentes o, en ciertos casos, incluso opuestas. También se podría decir que *se engañan* (o *que se engaña a*) aquellos miembros de la asamblea legislativa que creen que el texto de ley refleja fielmente sus intenciones (y no las visiones diferentes de otros grupos o partidos). Incluso puede considerarse la ley como el resultado de un engaño que diferentes partidos quieren perpetrar en perjuicio de los otros partidos; pero quién quede engañado de verdad lo decidirán, al final, los órganos de aplicación.

Como se ve, es difícil entender quién intenta engañar a quién. Se trata, a veces, de *autoengaños*, que también pueden considerarse característicos de cierta legislación simbólica: por ejemplo, cuando los ciudadanos apoyan idealmente cierta medida restrictiva pero, en la práctica, no observan las restricciones implicadas.⁴⁰ Pero engañar y autoengañarse son cosas muy diferentes: en el primer caso, alguien está utilizando intencionadamente el lenguaje para comunicar informaciones falsas (y se trata de cierto tipo de acto de habla), o por lo menos se induce a otros a formarse creencias falsas;⁴¹ en el segundo caso, se creen al mismo tiempo cosas incompatibles.⁴² En el caso de la legislación

mera normación de sus objetivos. También en este caso, la decisión real se pospone o difiere a los organismos de aplicación. [...] [L]os opositores a la ley esperan poder neutralizar el texto adoptado a largo plazo mediante la falta de aplicación, mientras que los partidarios esperan poder imponer la aplicación efectiva en una fecha posterior cada vez con más fuerza».

³⁹ «Los legisladores pueden ganar políticamente con la promulgación de leyes simbólicas, pero los tribunales, los funcionarios, y otros afectados por ellas [...] pierden al tratar de entender lo que las leyes quieren decir» (Tushnet & Yackle 1997, p. 3). Sobre la obscuridad y vaguedad como criterios para identificar leyes simbólicas, véase van Klink (2016, p. 120).

⁴⁰ Newig (2007, pp. 291-292).

⁴¹ Esto incluye también la ocultación de informaciones verdaderas, y no solo la presentación de informaciones falsas como si fueran verdaderas. Según Ekman (1992, pp. 28-30) en los dos casos se puede hablar de engaño o *mentira*, porque se persigue intencionadamente el objetivo de que otros se formen ciertas creencias falsas (*contra* Bok 1982, p. xv).

⁴² Sobre las dificultades de considerar el autoengaño como una forma intencionada de engaño (según el modelo del engaño de otras personas), véase Edwards (2013, p. 266). La visión más común sobre el autoengaño es que se trata de un fenómeno que implica tener, al mismo tiempo, creencias con contenidos incompatibles entre sí. Edwards acaba sosteniendo una posición «no doxástica», según la cual, en realidad, los que se autoengañan no acaban creyendo dos cosas opuestas e incompatibles al mismo tiempo, sino ninguna de las dos opciones.

simbólica, sustituir el engaño con el autoengaño quiere decir prescindir, de alguna manera, de la intención subjetiva de los legisladores como elemento de la definición misma de «ley simbólica»: no es necesario referirse, para caracterizar el fenómeno en cuestión, a la intención de todos, muchos o algunos de los miembros de la asamblea legislativa de engañar a los ciudadanos.

Parece, entonces, que ni la irracionalidad instrumental ni el engaño pueden servir para caracterizar las leyes simbólicas como tales. Los dos elementos en cuestión tienen en común dos características: una referencia a la intención legislativa y un uso del sintagma «legislación simbólica» como connotado por una evaluación negativa (porque se refiere a algo defectuoso o «malo»). Se podría, por lo tanto, intentar prescindir de una o de otra característica para una redefinición de «legislación simbólica» que no haga referencia a intenciones legislativas o que no connote negativamente el uso del sintagma.

Fernández Blanco (2022, pp. 13-14) considera que se puede prescindir de la intención legislativa, en el sentido de que las leyes simbólicas no siempre son *deliberadamente* creadas para ser tales. En primer lugar, averiguar que los legisladores no quieren que una ley se cumpla, o no quieren que consiga los propósitos declarados, es a menudo muy difícil. Se podría objetar que hay casos, como el de la *Ozongesetz* presentado por Newig (2007), donde los legisladores admiten que sus intenciones no eran que la ley se cumpliera o que fuera efectiva. Pero el segundo y central argumento de Fernández Blanco es que frecuentemente las leyes *se vuelven simbólicas* prescindiendo de las intenciones de sus autores y en un momento sucesivo, por el fracaso de la política pública que se pretendía implementar con ellas. Esto también conlleva que los objetivos declarados públicamente para las leyes en cuestión difieran de los efectos reales: es posible que los legisladores crean en la adecuación instrumental de las leyes para los objetivos declarados, pero que se equivoquen. Se puede hablar entonces de «leyes eminentemente simbólicas sobrevinientes». Según Fernández Blanco (2022, p. 8), muchas leyes presentan una dimensión simbólica y, por lo tanto, sería mejor hablar de leyes «eminentemente» o «primordialmente» simbólicas. Siguiendo a van Klink (2016), esta autora considera que dichas leyes se caracterizan por la preponderancia de un sentido «secundario» o connotativo, que es distinto al sentido «literal» de la expresión lingüística. Este sentido secundario estaría vinculado a las «razones subyacentes» de la norma, en los términos propuestos por Schauer (2004) para referirse a las razones que justifican la norma, respecto a las cuales la norma en cuestión tiene cierta «resistencia», es decir: no permite en cada ocasión volver a dichas razones para decidir un caso concreto. Es posible que, en algunos casos, las razones subyacentes se realizasen mejor sin acudir a la norma, que es una «generalización atrincherada» (Schauer 2004, pp. 101-112). Para Fernández Blanco (2012, pp. 11-13), hay normas que no realizan concretamente sus razones subyacentes en ningún caso, pero se mantienen vigentes justo en nombre de dichas razones. Esto pasa porque el sentido secundario o simbólico, que expresa las razones subyacentes de la norma, es considerado muy importante: las

razones subyacentes incluyen valores que la sociedad, o algún grupo dentro de ella, consideran especialmente importantes. Entonces, «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».⁴³ El intérprete principal que atribuye a la ley su sentido secundario o simbólico no es un órgano judicial, sino la comunidad o una parte de ella.

Como el significado primario o convencional está relacionado, según Fernández Blanco, con la eficacia de la norma (tanto en el sentido de acatamiento como de aplicación) y, por medio de esta, con su efectividad, cuando el significado secundario o simbólico prevalece esto quiere decir que la ley es defectuosa bajo los perfiles de su eficacia y de su efectividad. Aplicando la teoría de Atienza (1997; 2013) de los diferentes «niveles» de racionalidad legislativa, esta autora llega a la conclusión que, en la legislación eminentemente simbólica, el nivel de la racionalidad ética (o «axiológica») cobra una importancia desproporcionada respecto a los otros niveles.⁴⁴ Por lo tanto, concluye Fernández Blanco (2022, pp. 14-17), la legislación eminentemente simbólica es también defectuosa y carece de «calidad» (si se considera la calidad legislativa como primariamente dependiente de la eficacia y de la efectividad de las leyes).

La reconstrucción de Fernández Blanco tiene el mérito de prescindir de referencias dudosas (por difíciles de averiguar) a la intención legislativa (de engañar a los ciudadanos) para definir «legislación simbólica». Además, captura un aspecto importante de mucha legislación simbólica, es decir, su conexión con valores considerados importantes por algún grupo. En muchos casos, el hecho de que una ley supuestamente persiga dichos valores (el «porqué» de la norma, según Fernández Blanco), parece más importante que su efectiva adecuación instrumental como medio para alcanzar objetivos dictados por esos valores (el «para qué» de la norma). Pero esta reconstrucción también está expuesta a dos objeciones.

1) 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

⁴³ Fernández Blanco (2022, p. 11).

⁴⁴ En Atienza (1997, pp. 27-40) se proponen los siguientes niveles de racionalidad para un análisis de la racionalidad legislativa: lingüístico; jurídico-formal; pragmático; teleológico; ético o axiológico.

humana. Entonces, ¿cómo es posible que alguien, a pesar de conocer la ineffectividad 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.⁴⁵ 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.

En este sentido, la propuesta de Fernández Blanco parece afectada por los defectos del modelo de racionalidad legislativa concebido por Atienza (1997; 2013); en particular, con relación al nivel de la racionalidad axiológica o ética de la legislación, que el filósofo español considera como distinguible de otros niveles como el lingüístico, el sistemático (o «jurídico-formal»), el pragmático y el teleológico. Es decir: se presupone que una ley puede ser axiológica o éticamente racional, a pesar de graves carencias en la claridad de su formulación, en su coherencia y congruencia con las otras normas, en la posibilidad de cumplimiento y aplicación, y en la consecución de los supuestos objetivos sociales. Esto, de por sí, parece bastante raro. ¿Cómo se puede considerar éticamente valiosa una ley que se supone inspirada en ciertos valores morales, pero que en nada sirve para realizar o concretar dichos valores?⁴⁶

Fernández Blanco cita a Calsamiglia (1993, p. 173), para quien «[u]na 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». La objeción aquí presentada se funda, sin embargo,

⁴⁵ Para Schauer (2004, pp. 75-96), las razones o justificaciones subyacentes a la regla determinan el predicado fáctico de esta por una relación de causalidad (asumida probabilísticamente, en el sentido de que el predicado fáctico determina al menos de forma probable «el mal que se pretende erradicar o la meta que se pretende lograr»).

⁴⁶ Esta crítica se refiere, básicamente, a la idea de Atienza (1997, p. 54) de que cada nivel de racionalidad persigue unos valores distintos y característicos: por ejemplo, la racionalidad lingüística está caracterizada por el valor de la comunicación, la racionalidad pragmática por los valores de la eficacia y del «mantenimiento del orden social», etc. ¿Por qué no se deberían considerar dichos valores como éticos y, por lo tanto, como parte de la racionalidad axiológica? Además, complica el cuadro la adición de un sexto nivel de «razonabilidad» en Atienza (2013, p. 715), que consiste en el equilibrio entre los otros niveles (como subraya también Fernández Blanco 2022). Se podría entonces decir que es «razonable», por parte de los legisladores, no ser *demasiado éticos*. Otra vez, esto parece un uso peculiar del adjetivo «ético» (relacionado con una concepción específica del campo de la ética). Además, ¿cuáles serían los «meta-valores» superiores que justificarían el juicio de razonabilidad? Al parecer, se trataría de valores superiores a los éticos (¿valores meta-éticos?). Parecería más oportuno (y más sencillo) adoptar un modelo en el cual la racionalidad ética sea un «meta-nivel» superior, que asigne a los otros niveles los valores que tienen que perseguir respectivamente y en el cual se establezcan jerarquías (fijas o mutables) entre dichos niveles (Ferraro 2019, pp. 151-153).

en el siguiente punto: una ley que no se cumple (o sea, que carece de eficacia) o que no consigue sus fines supuestos (o sea, que carece de efectividad) no puede ser en absoluto «excelsa éticamente» y, obviamente, tampoco puede ser una buena ley.⁴⁷

2) 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.

Todo lo anterior induce a proponer una redefinición de «legislación simbólica» libre de connotaciones negativas: no es necesario que dicha legislación sea el producto de un engaño intencionado, ni que carezca de calidad y de racionalidad. Se puede redefinir el sintagma en cuestión, simplemente, como «legislación cuyas funciones simbólicas prevalecen, o sea, son más importantes (que otras funciones)». De momento, asumimos que las «funciones simbólicas» sean las que la ley cumple por medio de ese sentido secundario o connotativo del que se ha hablado —la que van Klink (2016, p. 21) llama «segunda capa de significado» (*second layer of meaning*).

El juicio de mayor importancia implicado por esta redefinición no tiene pretensiones de objetividad: es relativo al observador. Pero esto no conlleva una absoluta subjetividad, porque es posible dar razones o argumentos para

⁴⁷ Esto no se sigue necesariamente de abrazar una doctrina ética consecuencialista, es decir, que considera el juicio ético sobre las leyes como inseparable de la evaluación de sus consecuencias. También en el marco de éticas deontológicas es difícil defender leyes ineficaces e inefectivas como éticamente valiosas. Kant mismo considera necesaria, para el derecho, la imposición de sanciones como fuente de motivación externa para que los ciudadanos cumplan con sus deberes, según una ley universal de libertad (véase Capps & Rivers 2018). Una ley que no sea eficaz no cumple con esta función del derecho.

justificar una evaluación sobre la prevalencia de las funciones simbólicas. Por ejemplo, se pueden tomar en cuenta elementos como las opiniones más difundidas en la sociedad respecto al valor expresado por cierta ley. Se pueden comparar los efectos concretos de la ley (en términos de su eficacia y efectividad) con la importancia que se le atribuye socialmente (la cual puede parecer desproporcionada respecto a las ocasiones de cumplimiento y de aplicación). Además, esto permite rescatar la intuición según la cual, a menudo (aunque no siempre), la intención legislativa puede servir para detectar una ley simbólica: si parece claro (por declaraciones u otros indicios) que los legisladores querían explotar el sentido secundario de cierta ley, descuidando los aspectos relacionados con su sentido primario, entonces esto hará que las funciones simbólicas de dicha ley parezcan más importantes que otras. En último término, se puede confirmar lo observado por Fernández Blanco respecto a la posibilidad de hablar de leyes «más» y «menos» simbólicas: es difícil que las leyes sean completamente simbólicas o, al revés, que carezcan completamente de aspectos simbólicos. Cuando las funciones simbólicas se presentan como más importantes, entonces la ley será simbólica —y podrá serlo en menor o mayor medida.

Entonces, ¿se puede considerar solucionado el problema definitorio? Lamentablemente, no. Un elemento importante de la definición propuesta, la referencia a las funciones simbólicas de la ley, queda todavía oscuro, porque la caracterización provisionalmente aceptada de dichas funciones (como funciones que la ley cumple gracias a un sentido secundario o «segunda capa de significado»), como veremos, no resiste un análisis minucioso.

3. ¿Un modelo de derecho diferente?

En vez de prescindir de la referencia a la intención legislativa, van Klink elige renunciar al otro elemento que ataría la legislación simbólica a la irracionalidad instrumental y/o al engaño, es decir, su connotación ética negativa. Para este autor, como se ha dicho, «[e]l significado secundario [*secondary meaning*] agregado a la legislación simbólica substituye o eclipsa, en gran medida, la “superficie” o significado evidente de la ley» (van Klink 2016, p. 22). Cuando se habla de legislación simbólica con una acepción negativa, la ley en cuestión suele presentar ciertas características *semánticas* que ya se han mencionado: en los términos de van Klink, la vaguedad y la obscuridad. A estas se puede añadir la «discrepancia», término con el cual este autor se refiere a la falta —aparentemente irracional— de las previsiones secundarias necesarias para aplicar las previsiones substanciales de la ley (por ejemplo, previsiones sancionatorias). Además, hay características o «criterios» *pragmáticos* para identificar la legislación simbólica, dependientes del contexto en el cual se produce la ley. En primer lugar, hay un *conflicto de intereses* entre dos o más grupos en el proceso legislativo. En segundo lugar, algún grupo considera la aprobación de cierta ley como una «victoria moral» sobre otros grupos, en el sentido de que sirve para afirmar y confirmar sus valores peculiares (criterio de la *politización*). En tercer y último lugar, la sociedad se encuentra en un estado

de emergencia (real o percibida) que parece requerir acción inmediata por parte del poder legislativo (criterio de la *crisis*).⁴⁸

Pero según el propio van Klink y otros autores, también hay otra concepción posible de la legislación simbólica, no connotada negativamente. Esta se define por criterios semánticos y pragmáticos análogos, pero no idénticos, a los de la legislación simbólica «en sentido malo». Desde el punto de vista semántico, volvemos a encontrar la característica de la discrepancia entre previsiones substanciales y secundarias, pero se trata de una discrepancia inevitable y justificable. Los otros dos criterios semánticos son la *apertura*, que consiste en la posibilidad —amplia, pero no ilimitada— para los intérpretes de considerar la previsión substancial como fuente de una «norma aspiracional», que se puede concretar en maneras diferentes; y el *posicionamiento*, que se refiere a la posición central de la norma en la jerarquía de las fuentes. Criterios pragmáticos son: el criterio de la *comunicación*, consistente en el hecho de que la ley simbólica adquiere un papel central en el debate público sobre el asunto que se quiere regular; el criterio de la *inclusividad*, consistente en el amplio apoyo social a los fines de la ley y a los medios elegidos por ella; el criterio de la *operatividad simbólica*, consistente en el hecho de que la ley consigue gradualmente sus objetivos por medio de la discusión y de la interacción entre diferentes actores sociales.⁴⁹

Para los que sostienen la posibilidad de una legislación simbólica «en sentido bueno», las funciones simbólicas difieren de otras, como la «función protectora» consistente en tutelar los derechos de los ciudadanos, o la «función instrumental» consistente en perseguir fines e intereses colectivos (van der Burg & Brom 2000, p. 69; van der Burg 2001, pp. 34–35). Dentro del género de las funciones simbólicas, además, sería posible distinguir diferentes especies. Una es la «función expresiva» consistente en la transmisión de los principios morales y valores considerados fundamentales por la comunidad política (van der Burg 2005, p. 253). Otra sería la «función comunicativa» que consiste en la creación de un «*vocabulario compartido*» y de un «marco» (*framework*) para la discusión pública. Cuando la ley cumple con una función comunicativa, permite establecer y delimitar un espacio ideal de debate público dentro de una «comunidad interpretativa», donde diferentes participantes contribuyen a definir el significado de los textos jurídicos. La ley proporciona entonces, por así decirlo, una «infraestructura» lingüística para la comunicación y el intercambio de ideas entre los ciudadanos y los legisladores y dentro de la misma ciudadanía (van der Burg 2001, pp. 48–49).

De acuerdo con este enfoque, cuando los legisladores adoptan un «estilo comunicativo», promulgan leyes que dejan amplio espacio para el debate interpretativo y que no se pueden aplicar directamente, sino que expresan

⁴⁸ Van Klink (2016, p. 22).

⁴⁹ Van Klink (2016, pp. 24–25).

«normas aspiracionales» con «carácter general, teleológico e idealista» (Witteveen & Klink 1999, p. 127). Este estilo de legislación representa un modelo que ha sido llamado «enfoque interactivo» (*interactive approach*), «paradigma de la interacción» (*interactionist paradigm*), o «modelo de la ley como símbolo» (*Law as Symbol Model* o «LAS»)⁵⁰. Este modelo persigue «responsividad, inclusividad y reciprocidad», utilizando la ley para promover la participación más amplia posible de la comunidad para plasmar reglas y principios jurídicos; se trataría de un modelo distinto, pero complementario, del «modelo de la ley como instrumento» (*Law as Instrument Model* o «LAI»), en el cual la ley sirve a los legisladores para perseguir objetivos precisos «desde arriba» o «verticalmente», mediante la obediencia por parte de los ciudadanos y de la aplicación por parte de los funcionarios (van Klink 2019, p. 86). Según los autores citados, el LAS estaría ejemplificado por gran parte del llamado «derecho blando» (*soft law*) y sería muy fructífero en el ámbito del «bioderecho» y, en general, en materias éticamente controvertidas. La discrepancia entre previsiones substanciales y secundarias sería el resultado de una decisión racional por parte de los legisladores, porque las normas emitidas serían todavía (como se ha dicho) aspiracionales y para «cobrar vida» precisarían de contribuciones de diferentes actores: decisiones judiciales, artículos académicos, declaraciones de los mismos legisladores, etc. (Witteveen & van Klink 1999, p. 128).

La legislación comunicativa podría conseguir efectos sociales reales, a pesar de no establecer directivas precisas. Podría —según los autores citados— influenciar la manera de hablar, y de pensar, de los ciudadanos; indirectamente, entonces, llegaría a afectar también su manera de actuar. Este tipo de legislación cumple con un papel «cognitivo» o «epistémico» relativo a cómo los agentes jurídicos —institucionales y no institucionales— ven la realidad. Por medio del vocabulario utilizado, la legislación comunicativa afecta la prominencia de los diferentes aspectos de los asuntos tratados, haciendo que algunos destaquen y otros pasen a segundo plano. Además, esta legislación asumiría una función «retórica» al proporcionar argumentos para utilizar en el debate político y jurídico (van Klink 2016, p. 25).

Como se ve, la función simbólica de la ley, según el enfoque del LAS, puede cumplir con un papel positivo en la sociedad. La intención legislativa no sería la de engañar a la ciudadanía, ni resultaría afectada por irracionalidad instrumental (no estaríamos ya ante leyes inadecuadas para alcanzar sus supuestos objetivos). De hecho, la ley no se vería como un instrumento (como es típico, en cambio, del LAI), o al menos no como un instrumento para guiar las conductas de los ciudadanos y las decisiones de los funcionarios hacia ciertos fines, previamente establecidos. La ley sería, en cambio, una declaración general y genérica de valores y principios, que tocaría a la comunidad interpretar y precisar, para derivar de ellos reglas concretas que seguir y aplicar.

⁵⁰ Van der Burg & Brom (2000); van der Burg (2014, pp. 95–117); van der Burg (2015); van Klink (2019).

Claramente, el LAS no está exento de debilidades. En primer lugar, también se puede considerar la posibilidad de que una ley, producida para funcionar como este modelo presupone, sea una ley defectuosa: por ejemplo, porque la sociedad está tan dividida sobre el asunto en cuestión que no se llega nunca a acuerdos sobre cómo concretar en reglas los principios declarados.⁵¹ Además, los proponentes de este enfoque tienden a subestimar el problema de *quiénes* serían los participantes al debate en la comunidad: en particular, cómo se pueden armonizar las contribuciones de expertos y burócratas con las de ciudadanos comunes. Ahí aparece el riesgo de que sean los primeros quienes acaben influenciando la práctica jurídica y la concreción de las normas, de forma poco transparente (Schwitters 2005, pp. 95-96). Y, como se puede imaginar, el LAS también conlleva riesgos evidentes para la certidumbre del derecho. Por estas y otras razones, como se ha dicho, según van Klink LAS y LAI no se tienen que ver como mutuamente excluyentes, sino como complementarios.

Pero, aquí, lo relevante para el problema de la definición de «legislación simbólica» es preguntarse si la legislación comunicativa se puede considerar como un ejemplo de leyes simbólicas. Para responder a la pregunta, hace falta considerar si este tipo de legislación cumple funciones simbólicas, que (como se ha dicho) serían las que se apoyan en el sentido secundario o «segunda capa de significado» connotativo. Comúnmente, como se ha visto, a la legislación denominada «simbólica» se atribuyen caracteres negativos de irracionalidad y de engaño, que faltan en la legislación comunicativa. Pero la diferencia entre las dos no es exclusivamente de connotación moral: no se trata de un mismo fenómeno evaluado de formas diferentes.

En los casos de leyes comúnmente consideradas simbólicas, se podría aplicar la idea de que prevalece una segunda capa de significado que no corresponde con lo que las disposiciones convencional o «literalmente» dictaminan: se expresa un mensaje ulterior, que resulta ser más importante. Por ejemplo, una ley penal simbólica expresa, típicamente, un mensaje de reproche y condena de ciertas conductas que se presenta (por diferentes razones) como preponderante respecto al mensaje que asigna ciertas penas para ciertos ilícitos.

En el caso de la legislación comunicativa, en cambio, no se entiende cuál sería el sentido ulterior que la ley adquiere y que prevalece. La «segunda capa de significado» parece faltar del todo, tanto en las intenciones de los legisladores (emisores del mensaje) como desde el punto de vista de los

⁵¹ En el LAS, leyes lingüísticamente indeterminadas parecerían permitir los que Sunstein (1995) ha llamado «acuerdos incompletamente teorizados» (*incompletely theorized agreements*), es decir, convergencias donde se dejan de lado las diferencias de valores morales fundamentales, típicas de sociedades pluralistas, para encontrar acuerdos a un «nivel intermedio» sobre un lenguaje común, que se podrá utilizar para buscar soluciones compartidas. Pero el riesgo es que los desacuerdos, dejados de lado en este nivel intermedio, vuelvan a emerger con toda su fuerza en el momento de la interpretación, que será influenciada por los valores fundamentales de los diferentes intérpretes (Pintore 2010, p. 97).

ciudadanos y funcionarios (destinatarios del mensaje). No hay significados connotativos que se añadan a los significados literales o convencionales. Pero, mirando mejor, se nota que lo que falta no es el sentido secundario, sino el primario: no hay un significado convencional que se pueda atribuir, sin demasiadas incertidumbres ni desacuerdos, al texto de la ley. Si lo hubiera, no habría mucho que debatir sobre su interpretación; las normas expresadas no serían meramente aspiracionales; habría reglas para aplicar, no principios en busca de concretización.

Entonces, ¿por qué considerar la legislación comunicativa como simbólica? El tracto común no puede ser la falta de eficacia o de racionalidad instrumental: ya se ha descartado que estas sean características definitorias de «legislación simbólica» (y además, como se ha dicho, la legislación comunicativa no tiene por qué ser instrumentalmente irracional). Una respuesta podría ser la que ofrece van Klink (2019): a su juicio, de acuerdo con el LAS, la ley se considera como un *símbolo*, y esto conlleva importantes consecuencias.

4. Las funciones simbólicas del derecho: una cuestión abierta

En las palabras de van Klink (2019, p. 178),

De acuerdo con el modelo LAS, el derecho es, o debería ser, un símbolo o un repertorio de símbolos. Los símbolos son, en términos semióticos, una clase especial de signos connotativos; signos que, junto a su significado literal o convencional, expresan otro significado secundario, o connotación. Una unidad de expresión (o significante) y un contenido (o significado) ya establecidos —que constituyen un signo «normal» u ordinario— funcionan además como expresión de un nuevo contenido. Pensemos por ejemplo en el signo «sol», que no solo denota el significado primario de un astro o cuerpo celeste, sino que también transmite connotaciones como la fertilidad, el calor o el ocio. Como otros signos connotativos, un símbolo contiene una estructura semántica estratificada; pero el significado secundario que expresa posee una naturaleza más general e indeterminada en comparación con otras connotaciones, digamos, más convencionales. No hay un código disponible que pueda determinar o guiar la interpretación del símbolo. [...] En cuanto símbolo, el derecho permite diversas interpretaciones y no tiene un significado fijo. No existe un significado «original» ni último: el derecho continúa evolucionando a través del tiempo.

Así pues, resulta claro que, con la legislación simbólica, los legisladores estarían «lanzando» las leyes como símbolos, para que la comunidad vaya discutiendo y elaborando sus significados.

Al proporcionar esta sugestiva explicación, van Klink (2019) hace explícitamente referencia a Eco (1984). Para el semiólogo italiano, el carácter simbólico de cualquier texto o imagen —un *signo* o conjunto de signos, como,

en nuestro contexto, las disposiciones de una ley— depende de una atribución de contenido por parte de los intérpretes:

El modo simbólico es [...] un procedimiento [...] de *uso* del texto, que puede aplicarse a cualquier texto y a cualquier tipo de signo, mediante una decisión pragmática («quiero interpretar simbólicamente») que produce en el nivel semántico una nueva función signica, al asociar expresiones ya dotadas de contenido codificado con nuevos segmentos de contenido, máximamente indeterminados y elegidos por el destinatario. Es característico del modo simbólico que, en caso de que no se lo active, el texto sigue teniendo un sentido independiente en los planos literal y figurativo (retórico).

El modo simbólico, entonces, es una modalidad pragmática de interpretación que, a diferencia de otras, no prevé un *código* que discipline la atribución de significado y, por ende, la interpretación. Al símbolo (es decir, a lo que se toma como tal) se asocia una «nebulosa» de contenido (Eco 1984, p. 249). Se sabe que el símbolo quiere decir *algo*, pero no se sabe bien qué; solo en un momento posterior cierta interpretación prevalecerá, gracias al contexto (y al poder y carisma de quien imponga la suya: Eco 1984, p. 241).

Esta manera de ver el modo simbólico como forma interpretativa, que asocia nuevos significados indeterminados y siempre mutables a signos ya codificados, tiene claramente un influjo sobre la concepción de la legislación comunicativa de van Klink; y, a su vez, está influenciada por Firth (1973, p. 66), para quien los símbolos, a diferencia de las que Firth llama *señales*, connotan una «secuencia de eventos y experiencias mucho más imprecisa e indeterminada». También es posible advertir la herencia de la concepción psicoanalítica jungiana del símbolo: para Jung (2013), el símbolo es expresión visible y tangible de algo desconocido e inefable; en el momento en que su significado se estabiliza y se puede conocer de forma relativamente clara, el símbolo «muere» como tal y se vuelve un simple signo.

Sin embargo, la aplicación de este enfoque al problema de la legislación simbólica y, en particular, de las funciones simbólicas del derecho —¿cómo se caracterizan estas funciones?— provoca dudas substanciales. En el LAS, la legislación se utiliza como símbolo en el sentido de que está constitutivamente abierta a un número potencialmente indefinido de interpretaciones. Pero, como se ha dicho antes, aquí no se puede hablar ya de un «significado secundario» más indeterminado: es el mismo significado primario que necesita ser establecido.

Por otro lado, en la legislación más comúnmente considerada simbólica, la ley parece enviar mensajes diferentes y adicionales respecto a los que deberían guiar las conductas de los ciudadanos y la aplicación por los funcionarios, es decir, respecto a los mensajes que establecen relaciones jurídicas hohfeldianas. En este caso, sí parecería adecuado hablar de un significado, o sentido, secundario. Pero esta «segunda capa de significado» no

tiene por qué ser constitutivamente indeterminada y no codificada. De hecho, cuando los legisladores explotan las funciones simbólicas del derecho, lo hacen para enviar mensajes muy claros, para fines de propaganda política, para apaciguar a grupos de interés, para expresar adhesión a ciertos valores, etc. Incluso cuando la legislación adquiere sentido simbólico, independientemente y más allá de las intenciones legislativas, dicho sentido suele ser relativamente determinado y codificado, hasta el punto de que permite a los ciudadanos tomar posición a favor o en contra de la ley e identificarse políticamente como sus opositores o defensores.

Estaríamos tentados, entonces, de descartar la legislación comunicativa como especie del género simbólico: se trataría de un fenómeno diferente, que solo presenta algunas similitudes llamativas con la legislación simbólica, como el hecho de no ser directamente eficaz y de obtener sus resultados más relevantes sin guiar directamente la conducta de los ciudadanos y la aplicación por parte de los funcionarios.

Lamentablemente, sin embargo, esto tampoco solucionaría el problema de identificar las funciones simbólicas y esclarecer sus características típicas. Hemos asumido que las funciones simbólicas son las que la ley cumple cuando se interpreta como símbolo, y nos hemos quedado con la idea de que esto supone añadir un sentido secundario y no convencional a las disposiciones. Pero acabamos de concluir que dicho sentido secundario tampoco se caracteriza por ser no codificado y constitutivamente indeterminado. Entonces, ¿cuáles son sus características distintivas? ¿Cómo se diferencia del sentido primario? Si la diferencia es simplemente una cuestión de grado (es decir, el sentido simbólico es más indeterminado que el no-simbólico), no puede ser una diferencia pragmática, porque el uso del texto sería idéntico. Se trataría de «simple» indeterminación semántica. Entonces, ¿dónde se pondría (en qué nivel de indeterminación) la línea divisoria entre funciones simbólicas y funciones no simbólicas? Si tenemos en cuenta, además, consabidos ejemplos de indeterminación semántica en el derecho como el uso de cláusulas generales (como «buena fe», «orden público», y muchas otras) y de expresiones que parecen referirse a principios, ¿cómo se distinguiría entonces la indeterminación típica de estos casos de la indeterminación requerida por el cumplimiento de funciones simbólicas?

5. Conclusiones

Para aproximarnos al fenómeno de la legislación simbólica, comenzábamos considerando que, a menudo, esta legislación es entendida como instrumentalmente irracional, pero que esto no explica ni la referencia al simbolismo ni el hecho de que este tipo de legislación sí consiga alcanzar ciertos fines, aunque no sean los fines supuestos (o declarados). Se ha contemplado luego la posibilidad de que se trate, principalmente, de legislación engañosa. Pero para engañar hace falta una intención de desviar a alguien; y parece que el engaño de la legislación simbólica, muchas veces, es más bien un autoengaño y

que, otras veces, no se entiende quién intenta engañar a quién. Hemos optado entonces por prescindir de la intención legislativa como elemento para una definición de «legislación simbólica», para centrarnos en otras características: se trataría de una legislación en la que prevalecen funciones diferentes a la función, tradicionalmente atribuida a las leyes, de guiar la conducta y la tarea de aplicación con el establecimiento de obligaciones, derechos, etc. Dichas funciones diferentes y «simbólicas» serían cumplidas por medio de un sentido o significado secundario, que se añade al significado primario de las disposiciones (el significado que concierne el establecimiento de relaciones jurídicas hohfeldianas). Cuando el sentido o significado secundario prevalece o, mejor dicho, cuando prevalecen las funciones cumplidas a través de él —en el sentido de que asumen más importancia que otras funciones, en los ojos de los intérpretes—, entonces la ley en cuestión se podría calificar de simbólica.

Pero, lamentablemente, también hemos visto que, cuando se trata de identificar el sentido secundario y simbólico, es difícil encontrar las características que lo diferenciarían del otro sentido, el primario. En el caso de la legislación como símbolo «lanzado» en la sociedad, para que diferentes actores contribuyan al debate sobre su interpretación, no convence que el significado simbólico sea secundario y que se añada a un significado primario ya establecido, porque falta justo este último. En el caso de legislación simbólica como legislación que envía un mensaje adicional a la sociedad, no convence que el significado simbólico se considere como no codificado o caracterizado por cierta indeterminación constitutiva, de tipo pragmático: el mensaje de las leyes simbólicas es a menudo muy determinado y, se diría, codificado. Falta, entonces, un criterio para distinguir entre el sentido simbólico y el no simbólico. Un criterio semejante resulta necesario para caracterizar las funciones simbólicas del derecho; hasta que no se encuentre, el problema de la legislación simbólica estará todavía lejos de ser solucionado.

6. Bibliografía

Abukar Hayo, A. (2021) *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi: dalla pretesa di pienezza di tutela alle fattispecie aperte*. Napoli: ESI.

Alessandri, A. (2007) «Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio», en *La nuova legge di tutela del risparmio. In ricordo di Gino Alberto Bergmann*, Milano: Giuffrè, pp. 59-97.

Amelung, K. (1980) «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 92, pp. 19-72.

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

Atienza, M. (2013) *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

- Aubert, V. (1967) «Some social functions of legislation», *Acta Sociologica* 10, pp. 98-120.
- Bok, S. (1982) *Secrets*. New York: Pantheon.
- Brandariz García, J.Á. (2012) «Controllo dei migranti e diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna» in *Studi sulla questione criminale* 2, pp. 31-54.
- Calsamiglia, A. (1993) «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa* 13, pp. 161-178.
- Capps, P. & Rivers, J. (2018) «Kant's concept of law», *American Journal of Jurisprudence* 63, pp. 259-294.
- Cornelli R. (2019) «Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale», *Diritto penale contemporaneo rivista trimestrale* 4, pp. 128-142.
- D'Amico, L. (2019) «La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico», *Diritto penale contemporáneo* 5, pp. 89-123.
- Dan-Cohen, M. (1984) «Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review* 97, pp. 625-677.
- Diez Ripollés, J.L. (2002) «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 103, pp. 63-97.
- Dwyer, J. (1990) «The Pathology of Symbolic Legislation» *Ecology Law Quarterly* 17, pp. 233-306.
- Eco, U. (1984) *Semiotica e filosofia del linguaggio*. Torino: Einaudi.
- Edwards, S. (2013) «Nondoxasticism about Self-Deception», *Dialectica* 67, pp. 265-282.
- Ekman, P. (1992) *Telling Lies: Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage*. New York-London: Norton.
- Fernández Blanco, C. (2022) «La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa?», *Revista catalana de dret públic* 64, pp. 6-21.
- Ferraro, F. (2019) *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi: Un'introduzione teorica*. Giuffrè: Milano.

- Ferraro, F. (2022) «Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation», en *Exploring the Province of Legislation: Theoretical and Practical Perspectives in Legisprudence*, Cham: Springer, pp. 103-123.
- Ferraro, F. & Zorzetto, S. (eds.) (2022) *Exploring the Province of Legislation: Theoretical and Practical Perspectives in Legisprudence*. Cham: Springer.
- Firth, R. (1973) *Symbols: Public and Private*. London: George Allen & Unwin.
- Hassemer, W. (1989) «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 9, pp. 553-559.
- Insolera, G. (ed.) (2006) *La legislazione penale compulsiva*. Padova: CEDAM.
- Jung, C.G. (2013) *Típos psicológicos. Obra completa Volumen 6*. Madrid: Trotta.
- Kindermann, H. (1988) «Symbolische Gesetzgebung», en *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen: Springer, pp. 222-245.
- Lüderssen K. (2005) *Il declino del diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- Luzzati, C. (2013) *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Barcelona: Marcial Pons.
- Manna, A. (2016) «Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico», *Archivio Penale web*, 2, recuperado de: <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=36fc2b5d-6740-47c5-a0da-1101accfbf19&idarticolo=15044>
- Marmor, A. (2011) *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Maugeri, A. M. (2021) *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*. Pisa: Pisa University Press.
- Meßerschmidt, K. y Oliver-Lalana, A.D. (eds.) (2016) *Rational law-making under review: Legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*, Cham: Springer.
- Newig, J. (2007) «Symbolic environmental legislation and societal self-deception», *Environmental Politics* 16, pp. 276-296.
- Oliver-Lalana, A.D. (ed.) (2019) *La legislación en serio: Estudios sobre derecho y legisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paliero, C.E. (1990) «Il principio di effettività nel diritto penale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 33, pp. 430-544.

- Pintore, A. (2010) *Democrazia e diritti: Sette studi analitici*. Pisa: ETS.
- Pulitanò, D. (2016) «Intervento», en *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, Milano: Diritto penale contemporaneo, pp. 3-7.
- Savio, G. (2016) «Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà», en ASGI.it, web de la *Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione*, recuperado de: http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/01/2016_1_11_savio_reato_imm_irregolare1.pdf
- Schauer, F. (2004) *Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Schwitters, R. (2005) «Symbols Work», en *Social and Symbolic Effects of Legislation Under the Rule of Law*, Lewiston, Queenston y Lampeter: Edwin Mellen, pp. 89-111.
- Sessa, A. (2016) «Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica», en *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, Milano: Diritto penale contemporaneo, pp. 19-27.
- Siehr, A. (2016) Symbolic legislation under judicial control. En *Rational law-making under review: Legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*, Cham: Springer, pp. 315-346.
- Sunstein, C. (1995) «Incompletely Theorized Agreements», *Harvard Law Review* 108, pp. 1733-1772.
- Van der Burg, W. (2014) *The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*. Farnham-Burlington VT: Ashgate.
- Van der Burg, W. (2015) «The Emerging Interactionist Paradigm and the Ideals of Democracy and Rule of Law», *Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies* 15-01, recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589808
- Van der Burg, W. & Brom, F.W.A. (2000) «Legislation on Ethical Issues: Towards an Interactive Paradigm», *Ethical Theory and Moral Practice* 3, pp. 57-75.
- Van Klink, B. (2016) Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept. En *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Cham: Springer, pp. 19-35.

Van Klink B (2019) Legislación, comunicación y autoridad: ¿cómo dar cuenta del carácter vinculante del derecho? En *La legislación en serio: Estudios sobre derecho y legisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 171-222.

Van Klink, B. et al. (eds.) (2016) *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*. Cham: Springer.

Venturoli, M. (2015) *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?* Napoli: Jovine.

Witteveen, W.J. & van Klink, B.M.J. (1999) «Why is Soft Law Really Law? A Communicative Approach to Legislation», *RegelMaat* 9, pp. 126-139.

Zeegers, N. et al. (eds.) (2005) *Social and Symbolic Effects of Legislation Under the Rule of Law*. Lewiston, Queenston y Lampeter: Edwin Mellen.