

# ¿Por qué deberíamos recuperar la crítica ideológica en la teoría del derecho?<sup>1</sup>

## *Why should we recover ideological critique in legal theory?*

Por PABLO BONORINO  
Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Vigo

### RESUMEN

*El objetivo de este trabajo es mostrar la importancia que tiene recuperar el concepto de «ideología» y con él la labor de crítica ideológica en la teoría del derecho. En las teorías positivistas de Kelsen y Ross era uno de los conceptos centrales, pero cayó paulatinamente en desuso en la segunda mitad del siglo XX, tanto a nivel político como en el campo específico de la teoría jurídica. En este trabajo se examinan algunas de las razones por las que se dejó de utilizar y se propone un concepto de «ideología» capaz de evitar esos cuestionamientos. Por último, se ponen de manifiesto las consecuencias perjudiciales (tanto teóricas como prácticas) que trae aparejado el abandono de la crítica ideológica en la teoría jurídica. Se utiliza como caso de estudio la concepción postpositivista sobre la naturaleza del derecho defendida por Manuel Atienza y algunas de las decisiones argumentativas que el propio Atienza ha adoptado guiado por ella en una polémica sobre el estatus normativo de la gestación por sustitución en la práctica jurídica española.*

*Palabras clave: Ideología, Crítica Ideológica, Teoría del Derecho, Post-positivismo, Razonamiento jurídico, Gestación por Sustitución.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Sesgos cognitivos y discrecionalidad judicial» (PID2019-105841RB-C22) financiado por el MINECO y la Xunta de Galicia (Ayudas a GPC, grupo AGAF).

## ABSTRACT

*This paper aims to show the importance of recovering the concept of «ideology» and the work of ideological critique in legal theory. In the positivist theories of Kelsen and Ross, it was one of the central concepts. However, it gradually fell into disuse in the second half of the 20th century, both at the political level and in the specific field of legal theory. This paper examines why it fell out of use and proposes a concept of «ideology» capable of avoiding such challenges. Finally, it highlights the detrimental consequences (both theoretical and practical) of abandoning ideological critique in legal theory. We use, as a case study, the post-positivist conception of the nature of law defended by Manuel Atienza and some of the argumentative decisions that Atienza himself has adopted guided by it in a controversy on the legal status of surrogacy in Spanish legal practice.*

*Keywords: Ideology, Ideological Critique, Legal Theory, Post-positivism, Legal Reasoning, Surrogacy.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. – II. IDEOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. – III. ¿QUÉ ES LA IDEOLOGÍA? – IV. POSTPOSITIVISMO E IDEOLOGÍA. – V. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION. – II. IDEOLOGY AND LEGAL THEORY LAW. – III. WHAT IS IDEOLOGY? – IV. POSTPOSITIVISM AND IDEOLOGY. – V. CONCLUSION.

## I. INTRODUCCIÓN

La presunta muerte de las ideologías en el plano político global trajo aparejada la muerte efectiva del uso teórico del concepto de ideología en los estudios jurídicos y el abandono de la crítica ideológica como una de las tareas centrales de la teoría del derecho<sup>2</sup>. Lo mismo ha ocurrido en otros dominios de conocimiento y tiene su origen en el descrédito generado por los cuestionamientos a los que fue sometida la idea misma de «ideología». No obstante, los fenómenos a los que se

---

<sup>2</sup> El término «ideología» ha casi desaparecido de los estudios jurídicos iberoamericanos. La última monografía jurídica publicada en España –con la expresión en su título– tiene más de treinta años. Véase PRIETO SANCHÍS, L.; *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. La anterior (de orientación marxista) fue publicada diez años antes, véase SAAVEDRA, M.; *Interpretación del derecho e ideología*, Granada: UdG, 1978. El uso residual más habitual es como sinónimo de valoraciones o enfoques normativos desde posiciones no cognitivistas en esos dominios, véase GUASTINI, R.; *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Trotta, 2008.

solía aplicar la expresión no solo no han dejado de existir, sino que proliferan a nuestro alrededor. Consideramos que el abandono del concepto trajo aparejado la renuncia a ciertos problemas y a algunas tareas que otrora se consideraban relevantes en la teoría jurídica –y que lo siguen siendo–. Su uso reciente se limita a identificar con ella un conjunto de creencias falsas o de entidades no susceptibles de verdad o falsedad (emociones, deseos, valores)<sup>3</sup>. Pero no siempre fue así. La «crítica ideológica» (para distinguirla de la «crítica de la ideología» característica de ciertas posiciones filosóficas identificadas con la llamada «Teoría Crítica») era una parte fundamental de la teoría del derecho positivista de la primera mitad del siglo xx. Lo que necesitamos para rescatar su uso es superar la manera en la que se entendía el concepto de «ideología» en esas obras.

El objetivo de este trabajo es mostrar la importancia que tiene recuperar el concepto de «ideología» y con él la labor de crítica ideológica en la teoría del derecho. En las teorías positivistas de Kelsen y Ross era uno de los conceptos centrales, pero cayó paulatinamente en desuso en la segunda mitad del siglo xx, tanto a nivel político como en el campo específico de la teoría jurídica. En este trabajo se examinan algunas de las razones por las que se dejó de utilizar y se propone un concepto de «ideología» capaz de evitar esos cuestionamientos y su uso peyorativo<sup>4</sup>. Por último, pondremos de manifiesto las consecuencias perjudiciales (tanto teóricas como prácticas) que trae aparejado el abandono de la crítica ideológica en la teoría jurídica. Para ello tomaremos como caso de estudio la concepción postpositivista defendida por Manuel Atienza, en la que se prescinde del concepto de ideología y se abandona la crítica ideológica, pero en la que se resalta – como una de sus virtudes– su capacidad para transformar la sociedad a través del derecho. Examinaremos como se plasma ese potencial transformador en algunas de las decisiones argumentativas que el propio Atienza adoptó guiado por esa concepción sobre la naturaleza del derecho en una polémica sobre el estatus normativo de la gestión

---

<sup>3</sup> O ambas, como se puede apreciar en la definición que se emplea en un libro reciente que pretende abordar el problema de la ideología en la función judicial: «... excluiré del concepto de ideología todas aquellas creencias que son empíricamente verdaderas o lógicamente certificables, quedando incluidas, por lo tanto, las creencias falsas, los valores, los deseos o las preferencias.» MALEM SEÑA, J. F.; *Los jueces: ideología, política y vida privada*. México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 25.

<sup>4</sup> El uso de «ideología» con un sentido descalificador para identificar y cuestionar al mismo tiempo las creencias del adversario es muy visible, por ejemplo, en los debates promovidos por el feminismo. En estas disputas es común descalificar al adversario por su «ideología machista o patriarcal», o, desde el lado opuesto, denunciar la imposición de una «ideología de género» en el derecho –uso que queda claro desde el mismo título de algunos libros recientes–. Véase TRILLO-FIGUEROA, J.; *La ideología del género*. Madrid: Libroslibres, 2009; y SCALA, J.; *La ideología de género, o el Género como herramienta de poder*. Madrid: Sekotia, 2010. En este uso peyorativo y vulgar del término es siempre el oponente quién defiende una «ideología», mientras que el que escribe lo hace desde el auténtico conocimiento.

por sustitución en la práctica jurídica española. Nuestra conclusión será que las teorías del derecho que no dan cuenta del papel de la ideología en la práctica jurídica no solo no pueden ofrecer una explicación adecuada de la manera en la que el derecho cumple con sus funciones sociales y políticas, sino que tampoco pueden guiar de manera efectiva los procesos de transformación social.

## II. IDEOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

El concepto de ideología es uno de los que mayores discusiones teóricas ha generado desde que fuera introducido por Destutt de Tracy a finales del siglo XVIII<sup>5</sup>. Las distintas posiciones sobre la naturaleza de la ideología que se han defendido en los últimos doscientos años se pueden clasificar según su carácter (positivas o negativas), su origen (subjetivo o social), su alcance (amplio o restringido), y sus relaciones con otros fenómenos cognitivos (principalmente con la ciencia)<sup>6</sup>. La teoría del derecho ha asumido desde sus inicios una concepción de la ideología de carácter negativo, originada en la forma de comprender de los individuos o grupos de individuos, de alcance limitado y que se presenta como la antítesis del conocimiento científico del derecho<sup>7</sup>. En la primera mitad del siglo XX la labor de crítica ideológica apelando a un concepto de ideología de ese tipo fue una parte sustancial del programa del positivismo jurídico, que puso el acento en el carácter antitético de la ciencia del derecho y de la ideología jurídica, y concibió una parte importante de su labor teórica como la de desvelar la realidad jurídica tal cuál es, poniendo al descubierto las creencias ilusorias o engañosas sobre el derecho que se propagan de manera interesada. El uso actual del concepto de ideología en el derecho descansa en gran medida en las concepciones presupuestas por Hans Kelsen y Alf Ross<sup>8</sup> al llevar a cabo esas tareas.

<sup>5</sup> Véase EAGLETON, T.; *Ideología: Una introducción*, Barcelona: Paidós, 1997; FREEDEN, M.; *Ideología: Una breve introducción*, Santander, Ediciones Universidad Cantabria, 2013; Zizek, S. (ed.); *Ideología: Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, FCE, 2003.

<sup>6</sup> LARRAIN, J.; *The Concept of Ideology*, London, Hutchinson, 1979.

<sup>7</sup> Llama la atención la despreocupación conceptual con el que lo utilizan los juristas. Véase PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*; GUASTINI, R., *op. cit.*; MALEM SEÑA, J. F., *op. cit.*; SAAVEDRA, M., *op. cit.* Uno de los pocos libros dedicado completamente a esta cuestión que comienza con un análisis conceptual más profundo sobre la idea misma de «ideología», antes de proyectarla al campo del derecho, es MARTÍNEZ ROLDÁN, L.; *Ideología, ciencia y derecho*, Oviedo, SPUO, 1983.

<sup>8</sup> El concepto de «ideología» que se utiliza en algunas obras posteriores no solo no aporta novedades respecto a las propuestas de Kelsen y de Ross, sino que en ciertos casos constituye un retroceso hacia un uso vulgar peyorativo o se emplea para aludir a las creencias valorativas de los jueces o a los enfoques normativos sobre la aplicación del derecho. BONORINO, P., «Como conceptualizar las creencias que configuran los procesos de producción normativa», en GARCÍA AMADO J. A. y SENDÍN

Kelsen presenta su *Teoría pura del Derecho* como la única forma de construir una auténtica ciencia jurídica, capaz de «mostrar al descubierto el objeto que conoce» y, al hacerlo, poner en evidencia que la mal llamada «ciencia jurídica» (la dogmática jurídica tradicional o doctrina) solo ofrece una visión distorsionada de la realidad jurídica porque su interés es valorativo. No busca describir su objeto sino legitimarlo (o cuestionarlo). Por ello, la misión principal de una teoría científica del derecho es la de «crítica ideológica» en el campo de los saberes jurídicos<sup>9</sup>.

¿Cómo entiende Kelsen el concepto de «ideología»? La ideología para Kelsen es un conjunto de creencias comúnmente aceptadas y reproducidas entre los juristas que (i) se presentan como descripciones del contenido del derecho, y (ii) en realidad son valoraciones que cumplen la función de legitimar o cuestionar algunos de esos contenidos. Son creencias que un grupo social genera y defiende como científicas cuando en realidad son ideológicas, distorsionan el objeto de estudio (el derecho) con el objetivo valorativo encubierto de conservarlo o cambiarlo. El grado de distorsión con el que presentan los contenidos del derecho se puede determinar tomando como parámetro la descripción valorativamente neutral que ofrece la *Teoría Pura del Derecho* –única concepción científica (auténticamente «jurídica») sobre el derecho–. La ideología no se reduce a un conjunto de creencias valorativas o enfoques normativos sobre el derecho (como ocurre en muchos autores positivistas posteriores).

La *Teoría Pura del Derecho* permite develar que los dualismos que la ciencia jurídica tradicional (la ideología jurídica) se empeña en mantener entre derecho público y derecho privado, o en especial entre Derecho y Estado, solo cumplen una función ideológica: la de dotar de legitimidad a las formas de Estado existentes que ya no pueden apelar a fundamentos religiosos o metafísicos para justificarse. «...La *Teoría Pura del Derecho* no rechaza la idea de legitimar el Estado por medio del derecho... lo que niega es la posibilidad de que la ciencia jurídica proporcione la justificación del Estado a través del derecho o –lo que viene a ser lo mismo– la justificación del derecho por medio del Estado... Especialmente, se niega a aceptar que la ciencia jurídica tenga por misión justificar cualquier cosa. Justificación quiere decir valoración. Las valoraciones – por ser siempre subjetivas – pertenecen a la ética y a la política, y no al conocimiento objetivo<sup>10</sup>.» La verdadera ciencia jurídica rehúsa valorar su objeto de estudio, esto es, se niega a valorar el derecho positivo que debe

---

MATEOS J. A. (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 39-63.

<sup>9</sup> Este objetivo está presente tanto en la primera edición, véase KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*, Madrid: Trotta, 2011 (edición original 1934); como en la segunda, véase KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1979 (edición original 1960).

<sup>10</sup> KELSEN, H.; *op. cit.*, 2011, pp. 126-7.

describir de manera objetiva. Es por eso que la *Teoría Pura del Derecho* «...rechaza servir a intereses políticos de cualquier signo que sean, proporcionándoles las ideologías que les permiten legitimar o descalificar el orden social existente<sup>11</sup>.»

En el final del libro, Kelsen destaca como uno de los logros más importantes de su propuesta la disolución del concepto meramente ideológico de «soberanía estatal». Es en esa parte de su argumentación cuando Kelsen percibe la conexión entre «los logros más esenciales» de su *Teoría Pura del Derecho* en el campo de la crítica a la ideología jurídica y la defensa de ciertas posiciones ideológicas sobre la «evolución político-jurídica» de la práctica política internacional de su tiempo. Kelsen «disuelve» y «desenmascara» las «falsas ideas» que esgrime «la ideología imperialista...contra el derecho internacional» y fundamenta la verdad de ciertas afirmaciones que constituyen «un presupuesto en modo alguno irrelevante de la unidad organizativa de un ordenamiento jurídico mundial y centralizado»<sup>12</sup>. Su ciencia del derecho no es valorativamente neutral, tiene consecuencias políticas –permite legitimar o cuestionar ciertos contenidos posibles del derecho–<sup>13</sup>.

Para salvar esta aparente contradicción en su concepción teórica Kelsen adopta una explicación funcional del concepto de ideología (similar en ese aspecto a la que algunos le atribuyen a Marx): son creencias teóricas generadas por el interés de legitimar (o cuestionar) ciertos contenidos normativos, no por la búsqueda de la verdad sobre el derecho. Por eso en su reflexión sobre el derecho internacional afirma que no importa que una auténtica ciencia del derecho genere ciertas creencias valorativas de naturaleza política: si llega a ellas con la intención de buscar la verdad seguirá siendo una ciencia. La clave no es el contenido de las creencias sino el interés que persiguen los sujetos que las aceptan y reproducen: si buscan legitimar o socavar ciertos contenidos del sistema jurídico haciéndolo pasar como una descripción neutral del objeto, entonces sus creen-

<sup>11</sup> KELSEN, H.; *ibidem*, p. 51.

<sup>12</sup> «La disolución teórica experimentada por el dogma de la soberanía, ese instrumento capital que la ideología imperialista esgrime contra el derecho internacional, constituye uno de los resultados más esenciales de la Teoría Pura del Derecho. Aunque en absoluto se haya llegado a ese resultado con intención política, puede tener resultados políticos, al sortear un obstáculo que se ha opuesto de un modo casi insuperable al desarrollo técnico del derecho internacional...» KELSEN, H.; *ibidem*, p. 144.

<sup>13</sup> En la segunda edición de su libro Kelsen trata de adoptar una posición equidistante y neutral sobre la práctica política internacional. Apela a una alambicada argumentación en la que traza una analogía con la adopción de una perspectiva tolemaica o copernicana sobre el mundo para mostrar que la adopción de una u otra de estas perspectivas opuestas sobre las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional «no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho, ni en el del derecho internacional, ni tampoco en el del derecho estatal, permaneciendo idénticos los enunciados jurídicos con los cuales se describe su contenido, sea que el derecho internacional sea pensado como incluido en el derecho estatal, sea que el derecho estatal está incluido en el internacional». KELSEN, H.; *op. cit.*, 1979, p. 346.

cias son ideológicas<sup>14</sup>. La línea de demarcación se hace borrosa, ya no depende de ciertas propiedades identificables en el contenido específico de esas creencias sino de la manera en la que son experimentadas por el sujeto que las acepta y reproduce. Es precisamente para referirse a esa experiencia de los sujetos ante el derecho para lo que Alf Ross utiliza el concepto de «ideología».

Alf Ross se plantea la pregunta: ¿qué clase de motivos inducen realmente a los sujetos a actuar conforme a derecho? Los jueces (y en gran medida el resto de personas) actúan ante todo motivados por un impulso desinteresado de obediencia al derecho y no por miedo a ser sancionados si no lo hacen (o por otro tipo de intereses). Este sentido del deber depende de la aceptación de una ideología jurídica tradicional, a la que Ross denomina «conciencia jurídica formal (o institucional)» para distinguirla de una genuina actitud moral frente a las normas jurídicas a la que llama «conciencia jurídica material (o substantiva)». Esta ideología, sin la que no sería posible la subsistencia de un ordenamiento jurídico en sociedades de ciertas dimensiones, moviliza un sentido de justicia asociado al cumplimiento de las normas jurídicas con independencia de sus contenidos específicos. Este sentido ideológico de justicia asume que quienes detentan el poder son autoridades legítimas y que el uso de la fuerza ejercido en nombre de la ley constituye un ejercicio legítimo de aplicación del derecho. En un sistema jurídico estable esta actitud surge de forma automática en la mayoría de los sujetos. «La ley es la ley, y la ley debe ser obedecida, dicen, y aplican esta máxima aún en aquellos casos en que las exigencias del derecho están en desacuerdo con la evaluación de los contenidos del derecho en nombre de la moral o de la justicia»<sup>15</sup>.

Cuando la distancia entre la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material llega a ciertos límites se produce una ruptura en esa lealtad y cooperación espontánea, lo que puede dar lugar a cambios políticos revolucionarios. En una comunidad pueden existir grupos de personas que solo obedezcan el derecho por miedo a las sanciones y que lo experimenten como un «régimen de violencia» en lugar de un «orden jurídico», identificando a quienes ejercen el poder a través del derecho como dictadores, tiranos o usurpadores de la autoridad legítima. Estos grupos pueden coexistir con otros que obedezcan las mismas normas experimentándolas como un orden jurídico legítimo. Pero no es posible que un orden jurídico funcione de manera apropiada a menos que sus funcionarios judiciales (policías y otras autoridades

---

<sup>14</sup> «La ideología... encubre la realidad, desfigurándola con el propósito de conservarla y defenderla, o desenfoándola con la intención de destruirla y sustituirla por otra. Todas las ideologías tienen en su raíz en la voluntad, y no en el conocimiento; ... responden a intereses que son muy diferentes al interés por la verdad... El conocimiento siempre destruye el velo que la voluntad extiende sobre las cosas.» KELSEN, H.; *op. cit.*, 2011, p. 52.

<sup>15</sup> Ross, A.; *On Law and Justice*, Oxford, OUP, 2019, p 68. Todas las traducciones de esta fuente me pertenecen.

ejecutivas) compartan ese fuerte sentimiento desinteresado de adhesión a la ideología jurídica tradicional –o conciencia jurídica formal–. El poder no es algo que se encuentra detrás del derecho, sino que es algo que solo se puede ejercer a través del derecho.

Para Ross la explicación del concepto de «vigencia» solo es posible mediante una síntesis de las posiciones del realismo ideológico y conductista. Su concepción es conductista en la medida en la que persigue el objetivo de encontrar coherencia y predictibilidad en los comportamientos verbales (externos y observables) del juez. Es ideológica porque esa coherencia es entendida como un todo coherente de sentido y motivación que solo es posible presuponiendo que el juez, en su fuero interno, está guiado y motivado por una ideología normativa con un cierto tipo de contenido. Los hechos observables (conductas verbales en el caso de las decisiones judiciales) subdeterminan los hechos inobservables (estados mentales) que cabe atribuirles a los agentes sociales para comprender sus acciones. Con el concepto de «ideología» Ross identifica algunas de esas entidades mentales, a las que llama «conciencia jurídica». Una decisión judicial se puede comprender a través de una analogía con la manera en la que un paralelogramo de fuerzas permite explicar visualmente el efecto que produce la suma de dos fuerzas sobre el movimiento de un objeto. Los dos vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material, que determinan mediante su efecto combinado el acto de decisión.

Los jueces, por lo general, no reconocen su papel creador en la tarea de administrar justicia. Utilizan las técnicas de argumentación y los métodos de interpretación para hacer ver que han llegado a la decisión de manera objetiva, que su contenido se halla determinado por el (único) significado atribuible a la ley o por la (única) intención atribuible al legislador al sancionarla. Buscan preservar ante sus propios ojos y ante los de los demás la imagen que brinda la ideología jurídica (formalista o tradicional) de la labor judicial: las decisiones judiciales están motivadas por el único interés de obedecer al derecho y por las creencias racionales sobre el verdadero significado de sus normas o de la auténtica intención del legislador que las ha sancionado. Una vez que ha tomado la decisión (producto de la fuerza combinada de la conciencia jurídica formal y material) construye una «farsa (o fachada) de justificación» que no suele concordar con lo que en realidad hizo durante el proceso de toma de decisión. Las técnicas argumentativas y los métodos que aprende a utilizar durante su formación le permiten «justificar técnicamente» la solución jurídica que considera «justa o deseable» en cada caso, preservando al mismo tiempo la ficción de que solo está obedeciendo a la ley y a los principios objetivos de interpretación y argumentación<sup>16</sup>. Sería un error pensar que son

---

<sup>16</sup> En la medida en la que esos métodos y técnicas también establecen límites a la libertad del juez en su esfera de discrecionalidad no se los puede considerar solo como parte de una ideología formal, sino que constituyen también una ideología



esas técnicas los factores que determinan el contenido del acto de decisión: «no son los métodos los que determinan la conclusión: es la conclusión la que determina los métodos»<sup>17</sup>. Las teorías sobre la decisión judicial (deductivistas o formalistas) ocultan la actividad político-jurídica del juez ofreciendo una imagen distorsionada o ilusoria de la toma de decisiones judiciales<sup>18</sup>.

### III. ¿QUÉ ES LA IDEOLOGÍA?

Utilizando el esquema clasificador presentado al inicio de la sección anterior, podemos decir que Ross no utiliza el concepto de «ideología» de forma negativa o peyorativa. Su descripción de la labor judicial emplea el concepto de ideología, pero no para hacer una crítica ideológica de la administración de justicia ni de las teorías que asumen (y refuerzan) esas prácticas ideológicas. Critica al formalismo jurídico porque las descripciones que ofrece de la labor judicial son empíricamente falsas –científicamente inaceptables, no inaceptables por no ser científicas o por ser ideológicas–. En relación con el origen de la ideología, parece inclinado a entenderla como originada en la propia psicología del sujeto, aunque reforzada y compartida por todos aquellos que pertenecen al mismo grupo social (el cuerpo de funcionarios judiciales y de otras autoridades jurídicas). Aunque utiliza la expresión «cultura jurídica compartida» en varias ocasiones, para referirse a los contenidos específicos de las ideologías judiciales, el concepto de «ideología» no se funde con el de «cultura jurídica», lo usa para identificar un subconjunto de las entidades mentales relevantes para comprender las decisiones judiciales. Por último, no entiende la ideología como la antítesis del conocimiento científico, sino cómo uno de los elementos relevantes para poder explicar científicamente

---

material o substantiva implícita («determinan el área de soluciones justificables»). Esta característica es la que lleva a Shklar a hablar del «legalismo» como una ideología política, véase SHKLAR, J.; *Legalismo. Derecho, moral y juicios políticos*, Madrid, Clave Intelectual, 2021.

<sup>17</sup> Ross, A.; *On Law...*, *op. cit.*, p. 179. En la sección XXX del Capítulo IV existen algunas diferencias relevantes entre la edición original en danés de 1953 (utilizada en la nueva traducción al inglés de 2019) y la edición inglesa de 1958 reflejada en la traducción en castellano de 1963, por lo que he utilizado ambas al redactar esta parte del trabajo, véase Ross, A.; *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963 (Traducción de Genaro Carrió).

<sup>18</sup> «Es un interesante problema psicosocial en sí mismo determinar por qué se quiere ocultar lo que realmente ocurre en el ejercicio de la autoridad jurídica. No es el momento de abordarlo. Debemos limitarnos a señalar que... parece ser un fenómeno universal. Probablemente no exista ninguna razón para considerar esta ficcionalización como un inconveniente, sea que el propio juez crea o no que la farsa argumentativa expresa lo que realmente motivó su decisión.» Ross, A.; *On Law...*, *op. cit.*, p. 179. Nino, por el contrario, considera que mantener oculta la actividad valorativa de los jueces es perjudicial porque impide el control público sobre sus decisiones, véase NINO, C. S.; *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 299.

te el derecho. No cree que el objetivo epistémico de una ciencia jurídica (o filosofía jurídica, pues reconoce que los límites entre ambas dependen de intereses y preferencias subjetivas de los investigadores), sea la de desvelar la realidad tal cual es a los ojos de los actores sociales. Ni siquiera cree que sea perjudicial que los actores sociales cuyo comportamiento aspira a comprender científicamente se auto engañen respecto a sus propios motivos para actuar como actúan.

Si nuestro objetivo es recuperar el espacio de la *crítica ideológica* en la teoría del derecho positivista deberíamos incorporar algunos de los rasgos de la concepción de Marx sobre la ideología –una de las más influyentes<sup>19</sup>– pero sin reproducir los defectos de las posiciones marxistas posteriores<sup>20</sup>. El paso del tiempo y los cambios políticos de finales del siglo XX nos permiten volver a Marx sin tener que asumir ninguno de los dogmas marxistas asociados (con mayor o menor rigor) a sus ideas ni tener que legitimar ninguno de los regímenes políticos contruidos en su nombre. El objetivo es dar sentido a ese espacio de «crítica ideológica», sin asumir los presupuestos de la llamada «crítica de la ideología» –tarea asumida por las teorías críticas en general y en algunas de sus propuestas específicas para los estudios jurídicos–<sup>21</sup>. La exclusión en este estudio de los trabajos producidos desde las corrientes de *Teoría Crítica del Derecho* no se debe entender como un rechazo general a los aportes de ese tipo de enfoques para el estudio del derecho<sup>22</sup>. La «crítica de la ideología» de orientación marxista presupone un acceso epistemológico privilegiado desde el que se puede acceder a la realidad tal cual es y desde el que es posible llevar a cabo el cuestionamiento de la ideología como un conocimiento falso, encubridor y legitimador de la posición de las clases dominantes. Este tipo de enfoques dieron lugar a trabajos dogmáticos y estereotipados sobre el tema, lo que condujo al abandono del propio concepto de ideología en el espacio identificado con las teorías críticas, tal como se puede apreciar en la ausencia del término en los trabajos de Bourdieu o de Foucault. El ejemplo más palmario del agotamiento al que condujo el marxismo dogmático en su afán por monopolizar el espacio de la «crítica de la ideología» lo encontramos en la obra de Ernesto Laclau, que pasó de un uso central del concepto de ideología en *Política e ideología en la teoría marxista: capitalismo, fascismo, populismo* (1978) a abandonarlo completamente en su obra más influyente –escrita junto a Chantal Mouffe– *Hegemonía y estrategia socialista* (1987). El espacio de la «crítica ideológica» es más amplio que el de la «crítica de la ideología».

---

<sup>19</sup> MARX, K., y ENGELS, F.; *La ideología alemana*, Madrid, Akal, 2017.

<sup>20</sup> KOLAKOWSKI, L.; *Las principales corrientes del marxismo*, Madrid, Alianza, 1980-83, véanse en especial los volúmenes II y III.

<sup>21</sup> Sobre los problemas de las llamadas «teorías críticas», véase GEUSS, R.; *The Idea of a Critical Theory. Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

<sup>22</sup> Véase MARÍ, E. (ed.); *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

Son varios los rasgos que Marx atribuye a la ideología y que se deberían preservar en una concepción capaz de superar algunas de las deficiencias detectadas. Primero, la relevancia de las circunstancias sociales e históricas en la conformación de las creencias (políticas y de otro tipo). Segundo, la importancia que tienen las ideologías en la conformación del mundo material no como meros elementos retóricos o meras superestructuras. Tercero, el reconocimiento de las funciones políticas cruciales que cumplen las ideologías, como las de ordenar el mundo social, legitimar o deslegitimar sus prácticas y guiar a los actores sociales en sus decisiones. El ejercicio del poder en una sociedad requiere la mediación de las ideologías<sup>23</sup>. Cuarto, el método de aproximación que propone Marx es de gran importancia aún para aquellos que no se consideran marxistas, y se puede resumir diciendo que lo visible no siempre es lo que importa. Para comprender las ideologías debemos aceptar que contienen niveles de significación que se encuentran ocultas para sus propios seguidores y, en ocasiones, también para quienes las producen. El estudio de las ideologías consiste en gran medida en una labor de decodificar, identificar estructuras, contextos y motivos que no son directamente observables a partir de la apariencia que presentan las conductas de los actores sociales u otros fenómenos de relevancia política –como los actos argumentativos con los que justifican sus decisiones deliberativas–. En palabras del propio Marx: «Ellos no lo saben, pero lo hacen».

Existen algunos atributos del enfoque de Marx que se deberían evitar, en parte porque resultan problemáticos en sí mismos, y en parte para hacer compatible sus aportes con la concepción de la ideología que hemos identificado en la propuesta de Ross. El primero es suponer que es posible adoptar una posición en el campo social totalmente libre de ideología desde la que llevar a cabo la identificación de los fenómenos ideológicos a partir del grado de desviación (falsedad, engaño, ilusión) que presentan respecto a ese punto de acceso privilegiado al conocimiento de la realidad social. El segundo rasgo a evitar es adoptar una concepción exclusivamente peyorativa, que aluda a creencias falsas, distorsionadas, enmascaradoras de la realidad, ofuscadoras del buen juicio del actor social o que adolezcan de otros deméritos epistémicos similares. Por último, hay que evitar el funcionalismo (definir la ideología según la función social que cumple respecto a los intereses de ciertos individuos o grupos sociales), y el holismo metodológico (entender las ideologías como

---

<sup>23</sup> «El poder político o poder del Estado es aquel que es ejercido mediante la técnica del derecho, o, en otras palabras, mediante el aparato del Estado, que es un aparato para el ejercicio de la fuerza. Pero la función de este aparato está condicionada... por factores ideológicos, a saber, la conciencia jurídica formal... Todo poder político es competencia jurídica. No existe un poder «desnudo», independiente del derecho y de su fundamento.» Ross, A.; *Sobre el derecho...*, op. cit., p. 57.

redes de creencias sociales irreductibles a las creencias adquiridas y sostenidas por individuos en una sociedad). La adopción del individualismo metodológico para explicar el concepto de ideología es importante no solo porque es lo que permite la conexión entre las ideas de Ross en el campo del derecho y algunas de las tesis que se pueden atribuir a Marx desde lecturas no dogmáticas, sino porque permitiría conectar la ideología con las teorías de psicología cognitiva que se ocupan de analizar el impacto de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales<sup>24</sup>.

Para estas cualidades la «ideología» debería aludir únicamente a estados mentales de individuos particulares: cierto conjunto de creencias individualmente sostenidas –de forma consciente o inconsciente– por los individuos de una sociedad o de un grupo social. Son entidades mentales que (i) existen, (ii) existen en la mente de individuos, (iii) los individuos son conscientes de su existencia –o pueden llegar a serlo luego de una labor de autorreflexión–, y (iv) cumplen cuatro restricciones respecto a su contenido proposicional: son descriptivas y valorativas, son relativas a la sociedad, son ampliamente compartidas con otros individuos y son determinantes para la acción del sujeto. Son entidades inobservables, su existencia solo puede ser constatada de forma indirecta, a partir de otros rasgos observables en el comportamiento del sujeto. Las creencias ideológicas están subdeterminadas por los actos observables de los actores sociales, no pueden ser simplemente inferidas a partir de ellos. Su importancia es innegable para explorar la relación entre el pensamiento social y la realidad social, porque estamos ante (1) entidades mentales que tienen por objeto la realidad social (o los hechos sociales), (2) el surgimiento o la permanencia de esas creencias puede ser causado o explicado a partir de ciertos hechos sociales, (3) son entidades mentales que son en sí mismas hechos sociales y que, como tales, pueden tener consecuencias en la estructura social: pueden causar su estabilidad –o contribuir a su inestabilidad– o causar cambios y transformaciones en la estructura social<sup>25</sup>. Para Elster el cambio en la red social de creencias a las que llamamos «ideología» la producen los individuos con sus creencias individuales, por eso para estudiar su estructura se debería emplear el mismo principio metodológico que para analizar

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ RODICIO, C. I.; «Sesgos cognitivos y decisión judicial», en BONORINO, P. y otros (eds.), *Justicia, Administración y Derecho. Nuevos retos del Derecho en el siglo XXI*, Pamplona, Thompson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 213-232; y GIMENO PRESA, M. C.; «Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del derecho», en BONORINO, P. y otros (eds.), *op. cit.*, pp. 233-262.

<sup>25</sup> Este rasgo es fundamental para la recuperación del uso del concepto de ideología que propone Piketty en su último libro, aunque puede que no sea compatible con el individualismo metodológico que intentamos preservar, véase PIKETTY, T.; *Capital e ideología*, Barcelona, Deusto, 2019.

su cambio: el individualismo metodológico<sup>26</sup>. Pero las creencias ideológicas deben ser creencias ampliamente aceptadas por grupos de individuos. La biografía no es relevante para la ciencia social, por lo que aquello que una mente individual crea no resulta relevante para una explicación científico-social de la ideología. El estudio de la ideología debe explicar por qué muchos individuos situados de manera similar en una sociedad se avienen a aceptar las mismas creencias, o las producen de manera independiente unos de otros –en ocasiones sin ser conscientes de ello–.

#### IV. POSTPOSITIVISMO E IDEOLOGÍA

En la segunda mitad del siglo xx el concepto de «ideología» fue paulatinamente abandonado. No solo por los defensores de la «muerte de las ideologías», sino por pensadores agobiados por la carga emotiva y teórica acumulada después de años de predominio de marxismo dogmático. Salvo por algunos representantes de la llamada *Teoría Crítica del Derecho* que no sucumbieron a las corrientes posmodernas en boga, el concepto dejó de utilizarse en las corrientes dominantes de teoría del derecho –tanto iusnaturalistas como positivistas–. Si revisamos el índice analítico de *El concepto de Derecho* de Hart, *Justicia para erizos* de Dworkin, o *La moralidad del Derecho* de Fuller, veremos que no utilizan el término en ninguna ocasión<sup>27</sup>. La crítica ideológica (o el uso del concepto de ideología para explicar el derecho –o aspectos salientes de la práctica jurídica–) fue eliminada junto con el uso teórico de la expresión.

¿Cuál es el costo de abandonar la crítica ideológica junto con el uso teórico del concepto de «ideología»? Tomaremos como caso de estudio la concepción postpositivista sobre la naturaleza del derecho propuesta por Manuel Atienza, en la que no se emplea el concepto de «ideología» en su formulación ni se asume la «crítica ideológica» como una de las tareas de la teoría jurídica. Sin embargo, con ella se aspira a potenciar el poder de transformación social del Derecho<sup>28</sup>. Según Atienza los autores positivistas no abordan en

<sup>26</sup> ELSTER, J.; *Making Sense of Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

<sup>27</sup> Finnis en *Derecho natural y derecho naturales* lo usa en tres ocasiones, de forma meramente incidental, para referirse a (i) ciertas creencias sociales infundadas («ideological myth»), (ii) al afirmar que Dworkin –en *Los derechos en serio*– sostiene que «la teoría jurídica es una rama de la teoría moral o política, o ideología», y (iii) cuando señala que uno de los problemas que trae aparejados utilizar la etiqueta «teoría de derecho natural» es que ese tipo de teoría se presenta a sí misma como filosofía moral o política correcta y no como «una ideología o teoría históricamente condicionada en busca de nombre». FINNIS, J.; *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, 2011, pp. 15-16, 344, 347. Las traducciones me pertenecen.

<sup>28</sup> ATIENZA, M.; *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

sus teorías las funciones sociales del derecho y, por ello, proponen un modelo de filosofía del derecho en el que la cuestión de su incidencia en las transformaciones sociales queda al margen. Solo utiliza el término ideología en una ocasión de manera marginal, en una sección denominada «fragmentos», para referirse a la «ideología de la separación» puesta de manifiesto en los esfuerzos de Kelsen por separar las normas de los hechos y las normas jurídicas de las normas morales –la primera basada en razones metodológicas y la segunda en su escepticismo moral–. La «ideología de la separación» (o «ideología aislacionista») sostiene un modelo de ciencia jurídica o de filosofía del derecho que se desentiende de la función transformadora del Derecho<sup>29</sup>. ¿Por qué la llama «ideología»? ¿En qué sentido utiliza el término? No hay forma de saberlo, al menos leyendo el libro, aunque se percibe cierta intención peyorativa en el uso de la expresión.

¿Qué es el «postpositivismo» para Atienza y qué respuesta puede dar al problema de la relación entre el Derecho y la transformación social? La respuesta a la primera pregunta podemos encontrarla en los siguientes fragmentos, en los que presenta su propuesta e identifica su antítesis teórica:

La tesis principal es que el derecho no consiste exclusivamente en un conjunto de normas, sino que debe verse, sobre todo, como una práctica social guiada por fines y valores<sup>30</sup>.

Al igual que tampoco (menos aún) debiéramos ser positivistas normativistas, sobre todo, a la manera de Kelsen ... Me parece que el derecho (o mejor, la idea regulativa del derecho) podría definirse... como el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos humanos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho<sup>31</sup>.

La filosofía del derecho «postpositivista» es una herramienta apta para promover la transformación social en la medida en que asume como propio el problema de justificar –asumiendo para ello el objetivismo moral– los fines y valores que guían al derecho, sin negar –como hacen las teorías de derecho natural tradicionales– su carácter

---

<sup>29</sup> «De manera que la pregunta por el papel transformador del Derecho no puede ni siquiera (desde el punto de vista de su teoría) plantearse; y si se planteara (pero entonces ya no estaríamos en el marco de la teoría pura) no podría contestarse racionalmente; mejor dicho, podría quizás señalarse qué modificaciones habría que introducir en el sistema jurídico si se desea producir ciertos efectos sociales, pero esos efectos, esos fines, no podrían propiamente justificarse». ATIENZA, M.: *op. cit.*, p. 281.

<sup>30</sup> ATIENZA, M.; *ibidem*, p. 13.

<sup>31</sup> ATIENZA, M.; *ibidem*, pp. 45-46.

artificial, social e histórico. La forma de superar esta aparente contradicción (introducir la moral objetiva en la definición de derecho y defender al mismo tiempo su naturaleza relativa a ciertas formas sociales históricamente situadas) es justificar la objetividad de algunos de los valores y fines intrínsecos a la práctica jurídica contemporánea (liberal y democrática). La filosofía del derecho debe comenzar justificando la manera en la que ciertas posiciones morales históricas y contingentes pueden ser objetivadas (o «naturalizadas»), para poder ofrecer una explicación adecuada de los «Derechos del Estado Constitucional» y una guía para la toma de decisiones jurídicas racionales (en sentido procedimental y sustantivo) adecuadas para promover el proceso de transformación social en nuestras sociedades (occidentales, liberales y democráticas). El concepto de «ideología» no es necesario para explicar la práctica jurídica ni para comprender la forma en la que se pueden justificar sus fines y valores intrínsecos ni para dar sentido a la idea misma de «transformación social» sobre la que gira todo su proyecto filosófico<sup>32</sup>.

Nos parece importante explorar no solo lo que «saben» quienes defienden teóricamente este tipo de posiciones postpositivistas, sino también lo que «hacen» en la práctica jurídica. Observar los procesos de transformación social que generan o impulsan quienes asumen esa concepción sobre el derecho. Para evitar las distorsiones que las distintas variantes de ese saber pudieran generar en un caso particular analizaremos un intercambio argumentativo en el que el propio Atienza defiende la respuesta postpositivista a un problema surgido en la práctica jurídica española. El mismo año en que se publicó su libro una cuestión que acaparaba la atención de los medios de comunicación era si los padres que hubieran recurrido a la gestación por sustitución en países donde estuviera legalizada tenían derecho a inscribirlos como sus hijos biológicos en España. Las decisiones de los Registros Públicos y de los tribunales no eran uniformes: algunas permitían la inscripción y otras la denegaban. El debate con el profesor de Derecho Constitucional Octavio Salazar se desarrolló en las páginas de uno de los periódicos de tirada nacional de más impacto<sup>33</sup>. Nos centraremos solo en los argumen-

---

<sup>32</sup> Los «rasgos de nuestro tiempo» de los que daría cuenta el postpositivismo (a diferencia de la pobre y superada forma de positivismo jurídico, superadora en su momento del derecho natural) son la preeminencia de los derechos, el constitucionalismo jurídico como forma de institucionalizarlos, el giro argumentativo en la metodología jurídica para determinar su alcance y el proceso de globalización que los ha universalizado. ATIENZA, M.; *ibidem*, p. 10.

<sup>33</sup> El intercambio comenzó con un artículo de Atienza en la sección de opinión el día 4 de mayo de 2017, titulado «La gestación por sustitución», duramente cuestionado por Salazar en un artículo del día 20 de mayo de 2017 titulado «Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran». Atienza respondió a esas críticas en la sección de opinión el día 21 de junio de 2017 con un breve escrito titulado «Dos falacias sobre la gestación por sustitución». Véase [www.elpais.es](http://www.elpais.es).

tos con los que Atienza defendió sus dos primeras tesis y en la manera en la que replicó a las críticas de Salazar<sup>34</sup>. La argumentación es la siguiente:

Primer argumento:

P1: El artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida (LRHA) establece que un contrato de gestación por sustitución (GxS) es «nulo de pleno derecho».

P2: Que el contrato de GxS sea «nulo de pleno derecho» no quiere decir que ese tipo de convención esté «prohibida», sino que la misma no produce el efecto de que el (o los) comitente(s) sea(n) considerado(s) por el Derecho como padre(s) del bebé así gestado.

P3: Una cosa es realizar un comportamiento prohibido y, por tanto, ilícito, y otra incumplir con alguno de los requisitos de validez de un contrato, incumplimiento que no necesariamente implica realizar una acción prohibida, ilícita.

P4: La LRHA no prohíbe expresamente esa conducta, ni establece tampoco ninguna sanción al respecto en los artículos que fijan el régimen de infracciones y sanciones.

[C-I]: La GxS no está prohibida en el Derecho Español.

Argumento central:

P1 [C-I]: La GxS no está prohibida en el Derecho español.

P2: Si la GxS no se trata de una conducta prohibida, entonces tampoco cabe esgrimir que la institución de la GxS atenta contra los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico para negar la inscripción en el registro español a niños nacidos (en el extranjero) mediante ese tipo de práctica.

[C-Tácita]: No se puede esgrimir que la institución de la GxS atenta contra los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico para negar la inscripción en el registro español a niños nacidos (en el extranjero) mediante este tipo de prácticas.

El primer argumento constituye un entimema (o argumento incompleto), hay un salto entre lo que se afirma en las premisas y en la conclusión. En las premisas se alude exclusivamente a lo que establece una ley (en sentido técnico) y en la conclusión se atribuye la solución jurídica al conjunto del «Derecho español». El argumento se apoya en el supuesto de que solo las normas jurídicas positivas son relevantes para determinar la solución que el «derecho» brinda en un caso particular –no se consideran relevantes ni los valores, ni los principios morales objetivos ni se hace mención a la finalidad perseguida por el legislador al sancionar ciertas normas—. ¿Dónde están los fines y valores que –de acuerdo a

<sup>34</sup> Para un análisis completo del intercambio argumentativo véase Bonorino, P.; «Sesgos ideológicos en debates jurídicos», en BONORINO, P. y otros (eds.), *op. cit.*, pp. 263-284.



la concepción postpositivista– deberían guiar (junto a las normas positivas) la práctica social a la que denomina «Derecho español»? Su segunda tesis se refiere al alcance a dar al principio de dignidad en esta cuestión, y la justifica de la siguiente manera:

P1: El significado de la dignidad humana es el establecido por Kant en la segunda formulación del imperativo categórico: «Obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio».

P2: El adverbio «solamente» en dicha formulación marca una diferencia crucial.

P3: Para sostener que la GxS es, en sí misma considerada, contraria a la dignidad no basta con señalar que esa práctica supone tratar instrumentalmente a un ser humano (¿qué contrato de trabajo no supone eso?), sino que habría que probar que implica «necesariamente» tratar a la mujer gestante «solamente» como un medio.

P4: Casi nadie (incluyendo a muchas feministas) ha probado que la gestación por sustitución implica «necesariamente» tratar a la mujer gestante «solamente» como un medio.

[C]: La GxS no es en sí misma contraria a la dignidad de la mujer gestante.

Atienza desplaza la discusión sobre los valores y principios relevantes a una pregunta conceptualmente diferente, de naturaleza moral, en la que los argumentos que esgrime no son jurídicos sino de ética normativa y la conclusión que defiende se limita a ese plano. Al separar –como dos problemas independientes– la cuestión jurídica de la cuestión moral respecto a la gestación por sustitución, los argumentos sobre la posible violación del principio de dignidad no son relevantes para fijar el contenido del ordenamiento jurídico español. Atienza mantiene la argumentación en torno al alcance y aplicación del principio de dignidad exclusivamente en el plano moral, dejando a un lado su incorporación jurisprudencial y constitucional en la práctica jurídica española. Su saber postpositivista torna enigmático su hacer argumentativo, porque uno de los pilares de la teoría del derecho que defiende en su libro es precisamente el principio (moral objetivo) de dignidad. La concepción sobre el concepto de «derecho» que permitiría comprender de manera consistente tanto las premisas tácitas en algunos de sus argumentos como la manera en la que planifica su argumentación es de naturaleza positivista y normativista: el derecho consiste exclusivamente en un conjunto de normas jurídicas positivas, claramente diferenciadas de las normas o principios morales. No encontramos en el texto argumentos para justificar el alcance constitucional en la práctica jurídica española del principio de dignidad, sino una argumentación que se inscribe claramente en el plano de la ética normativa (con la que defiende una interpretación polémica de la ética kantiana). La estructura general de su argumentación presupone la llamada «ideología de la

separación» –uno de los rasgos por los que el positivismo jurídico debía ser abandonado según el propio Atienza–.

Salazar no es un argumentador riguroso, se mueve de manera confusa de un plano a otro y mezcla permanente sus reflexiones sobre la serie de televisión y la novela *El cuento de la criada*, su cuestionamiento a la práctica de la gestación por subrogación y la refutación de la argumentación de Atienza. Sus críticas son de dos tipos: cuestionamientos a algunas de las premisas de los dos argumentos principales y una impugnación general a toda la argumentación. A pesar de que Atienza en su réplica solo responde a estos últimos, los más interesantes son los primeros<sup>35</sup>. Salazar afirma que si se tienen en cuenta los principios consagrados en las normas y tratados internacionales en materia mercantil que «excluyen al cuerpo humano del comercio de los hombres» no se puede sostener que los contratos de gestación por sustitución no se encuentran prohibidos en el Derecho español. Respecto al segundo de los argumentos de Atienza, afirma que el Tribunal Constitucional Español interpreta la máxima kantiana en el sentido de «que la garantía de la dignidad de la persona implica el valor absoluto de sí misma como sujeto, la negación de su instrumentalización y la exigencia de las condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad sea una realidad». Si se asume que el principio de dignidad es un principio constitucional, la manera en la que los órganos jurisdiccionales lo han interpretado en la práctica jurídica española es más relevante para fijar su alcance en un caso particular que la exégesis literal de los textos de un filósofo moral. En ambos casos Salazar insiste en que, si se conectan las cuestiones morales con las cuestiones jurídicas –en consonancia con la posición que asumen los movimientos feministas en los que abiertamente milita–, los argumentos de Atienza resultan insostenibles. La institución de la gestación por sustitución atenta contra los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español.

De las dos falacias que Atienza le atribuye en su réplica final, la segunda es la de reducir artificialmente una cuestión compleja a una pregunta que se puede responder por sí o por no<sup>36</sup>. La falacia consistiría en fundir dos preguntas en una (formular una pregunta compleja es precisamente eso, presentar como si fuera una sola pregunta lo que en realidad son dos cuestiones lógicamente independientes): es condenable moralmente la práctica de la gestación por sustitución y está jurídicamente prohibida son dos cuestiones que solo «artificialmente» podrían fusionarse. Si tenemos en cuenta el contenido y estructura de su argumentación, y la manera en la que responde a las críticas, se puede percibir que Atienza argumenta asumiendo una concepción positivista del derecho,

---

<sup>35</sup> La argumentación completa de Salazar (y la réplica de Atienza) están reconstruidas en: BONORINO, P.; «Sesgos...», *op. cit.*, pp. 263-284.

<sup>36</sup> La primera es un ataque al hombre circunstancial: Salazar descalifica los argumentos sobre la gestación por sustitución porque los formula un hombre, blanco y heterosexual –en este caso Atienza.

no postpositivista como defiende en su libro. Su «ideología jurídica» no coincide con su «teoría jurídica», lo que muestra que nos encontramos ante dos niveles de creencias que –aunque conectadas o con fronteras difusas– influyen de manera independiente en las decisiones que toman los sujetos en la práctica jurídica. Incluso actores sociales conscientes de los presupuestos conceptuales que moviliza cualquier acto de argumentación jurídica pueden no percibir la influencia que ejerce la ideología en su toma de decisiones. No todas las decisiones jurídicamente relevantes se producen en el ámbito judicial, también se debe decidir cómo argumentar y en defensa de qué afirmaciones, cómo planificar una argumentación o cómo refutar a un adversario.

En una sociedad postideológica, como la que suponen las teorías del derecho postpositivistas, los sujetos se encuentran a merced de la ideología de una forma más acuciante que en las sociedades supuestamente ideologizadas de principios del siglo xx. En ellas existía la preocupación teórica y práctica sobre la manera en la que la ideología era capaz de influir en la producción académica (Kelsen) y en las decisiones jurídicas (Ross). Si recordamos la frase de Marx para aludir a la ideología: «Ellos no lo saben, pero lo hacen», Atienza sería un claro ejemplo de actor social que, cuando cree estar alejado de la ideología, se vuelve más ciego a su influencia. La ideología jurídica tradicional (formal o institucional en términos de Ross) lo guía de la forma ideológicamente más pura: presentándose como la forma «natural» de tomar posición frente a un problema de relevancia social dentro de la práctica jurídica. Examinando sus actos argumentativos (lo que hace en lugar de lo que sabe) podemos percibir la fuerza de la ideología en la toma de decisiones en la práctica jurídica. Un rasgo silenciado por el saber teórico sobre el derecho que promociona y reproduce.

Las concepciones postpositivistas se presentan como teorías que describen de manera más adecuada la realidad jurídica y, en particular, la labor de interpretación y argumentación jurídica, porque dan cuenta de ciertos rasgos propios de los sistemas jurídicos de posguerra, como la incorporación a través de los textos constitucionales de ciertos principios de moralidad objetivos. Pero en el fondo solo han incorporado –o redefinido– ciertas técnicas argumentativas o interpretativas que cumplen la misma función ideológica de los métodos jurídicos tradicionales: presentar al decisor como un sujeto motivado exclusivamente por su conocimiento del derecho y por su deseo de obedecerlo, negando toda relevancia a sus valoraciones, deseos, intereses, emociones, y demás elementos motivacionales de naturaleza subjetiva y social. Atienza defiende una posición postpositivista en el plano del saber, pero argumenta (posiblemente por su rechazo valorativo y subjetivo a las posiciones feministas sobre la cuestión) desde técnicas ancladas en el positivismo jurídico tradicional cuando quiere acomodar la conclusión a su conciencia jurídica material sin someter sus criterios axiológicos a una auténtica confrontación. Pero opta por otras cuando el material normativo no le permite acomodar la conclu-

sión a sus valoraciones subjetivas –como se puede apreciar en muchas de las polémicas en las que ha participado<sup>37</sup>–. Pero no se puede afirmar que actúa de esta manera de forma consciente o deliberada, he ahí la razón por la que resulta relevante emplear el concepto de «ideología» para explicar sus actividades.

## V. CONCLUSIONES

La principal conclusión que se deriva del análisis realizado es que deberíamos recuperar el uso explicativo del concepto de ideología y con él la tarea de crítica ideológica en la teoría del derecho. Nadie puede actuar en la práctica política si no es desde una ideología que le de las coordenadas para entender la realidad social y lo guíe en la toma de decisiones. La práctica jurídica es una parte fundamental y constitutiva de las prácticas políticas tal como las conocemos, nadie puede actuar en ella si no es desde una ideología jurídica. Pero no debemos identificar esa ideología con la propia teoría jurídica o la filosofía del derecho, su naturaleza y funciones exigen un análisis y estudio particular (así como las relaciones que mantiene con otros saberes o discursos), porque la ideología se manifiesta como un hacer con el saber o un hacer desde el saber, entendido no como un cuerpo de creencias consciente y plenamente articulado. Si pensamos en la frase de Marx –«Ellos no lo saben, pero lo hacen»– sin hacer hincapié en el «saber ilusorio» como clave para entender la ideología, sino en lo que los sujetos «hacen espontáneamente» cuando viven la realidad social, podremos reformular el concepto de «ideología» para integrarlo de manera relevante en nuestras teorías sobre la naturaleza del derecho. Nuestro estudio ha mostrado que las teorías que invisibilizan el papel de la ideología en la práctica jurídica no solo ofrecen una explicación inadecuada de las funciones sociales y políticas del derecho, sino que no se podría promover con ellas ningún proceso de transformación social –ya que ni siquiera son capaces de transformar la práctica argumentativa de los actores sociales que las asumen como ciertas–.

---

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, la discusión con J. A. García Amado sobre el caso Baltasar Garzón en la que defiende su posición adoptando los métodos ponderativos defendidos desde concepciones postpositivistas del derecho. El objetivo ideológico es el mismo: atribuir el contenido de la decisión (argumentativa) al propio ordenamiento jurídico (entendido ahora como una práctica guiada por valores y principios morales objetivos) y defenderla por un interés desinteresado en su cumplimiento efectivo, véase ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A.; *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2016.