

# El concepto de ideología y la epistemología del Derecho

The Concept of Ideology and Legal Epistemology

Andrés Blanco \*

**Resumen:** Partiendo de un concepto de ideología como “discurso funcional a una estructura social”, en la primera mitad del artículo se proponen los rasgos distintivos de ese tipo de discurso y se delimita el “análisis ideológico” como una herramienta tanto teórica, como epistemológica. En este último campo, el análisis ideológico formaría parte de la labor de “evaluación de teorías”. Posteriormente, se define a grandes rasgos un modelo de análisis ideológico para utilizar a esos efectos. En la segunda mitad del trabajo se proyecta dicho modelo a la epistemología del derecho, como instrumento de evaluación de teorías del derecho, primeramente en forma general, y luego con algunos ejemplos concretos como el iusnaturalismo, el positivismo, las doctrinas de los “conceptos jurídicos”, y algunos aspectos de las teorías de Dworkin, Kelsen y Luhmann.

**Abstract:** On the basis of a concept of ideology as “discourse acting functionally to a social structure”, in the first section of the article distinctive features of such kind of discourse are proposed, as well as the “ideological analysis” is outlined as a theoretical and epistemological tool. In the latter field, the ideological analysis would be a part of the “evaluation of theories”. Then, a model of “ideological analysis” is outlined in general. In the second section of the article such model is introduced into the epistemology of law, firstly in general, and then on certain concrete cases, as the doctrine of natural law, positivism, the doctrine of “legal concepts”, and some aspects of the theories proposed by Dworkin, Kelsen and Luhmann.

**Palabras clave:** Ideología, sociología del conocimiento, epistemología del Derecho, análisis ideológico del derecho, teoría del Derecho.

**Key words:** Ideology, sociology of knowledge, epistemology of Law, ideological analysis of law, legal theory.

**Fecha de recepción:** 26-9-2019

**Fecha de aceptación:** 1-11-2019

## 1. PLAN DE TRABAJO

Escribir sobre la ideología y el derecho no es nada nuevo. Desde los primeros intentos de abordar el fenómeno jurídico desde un marco teórico marxista, pasando por Kelsen, y llegando hasta las diferentes corrientes que se suelen agrupar bajo la denominación de “críticas”, permanentemente se ha

---

\* Profesor titular de Derecho Financiero y Teoría y Política de las Finanzas Públicas, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo (Uruguay).

pensado que el derecho presupone, contiene y/o divulga algo que se llama “ideología”. Podría pensarse pues que replantear las relaciones entre ideología y Derecho es un mero reordenamiento de cosas ya estudiadas. Sin embargo, creo que hay varios motivos para pensar que queda mucho camino que recorrer antes de sostener que este tipo de análisis está agotado.

En primer lugar, los rendimientos esperables del análisis ideológico son totalmente distintos según el nivel lingüístico en que nos ubiquemos. Supongamos preliminarmente que los discursos académicos sobre el derecho tienen tres niveles: el de la dogmática, el de la teoría del derecho y el de la epistemología del derecho, siendo la teoría del derecho un metadiscurso cuyo objeto es la dogmática (además del derecho positivo, las sentencias, etc.), y la epistemología del derecho un metadiscurso que tiene por objeto la teoría del derecho y la dogmática. Pues bien, el análisis ideológico puede tener su lugar en el nivel de la teoría del derecho, como medio de identificar las propiedades de la ley y la dogmática (por ejemplo), pero también en el nivel epistemológico, para evaluar las mismas teorías del derecho. Aunque la categoría “ideología” sea la misma, los tipos de abordaje de uno y otro nivel son diferentes.

Hasta hoy el análisis ideológico del derecho se ha centrado en el nivel teórico, orientándose a identificar contenidos ideológicos en la dogmática, el derecho positivo y las decisiones de los jueces<sup>1</sup>. Sin embargo, y aunque existen algunos antecedentes al respecto, es bastante escaso el análisis ideológico de las teorías del derecho en perspectiva epistemológica, que es lo que se propone este artículo.

Por otro lado el debate general acerca de qué entender por “ideología” está todavía totalmente abierto. En ese sentido, se mencionarán en este trabajo numerosos estudios de las últimas décadas que revelan que esta línea de trabajo en la teoría social y la teoría social del conocimiento está lejos de agotarse.

El plan de trabajo consiste en discutir, en primer término, el concepto general de ideología, proponiendo un programa de análisis ideológico aplicable en general, pero con especial énfasis en lo epistemológico. Seguidamente, se someterán a un análisis ideológico en perspectiva epistemológica algunas de las muchas teorías del derecho del último siglo y medio.

---

<sup>1</sup>Sólo para mencionar algunos ejemplos, Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1997, pp. 287-289, refiriéndose a la distinción entre derecho público y derecho privado; Miaille, Michel: *Une introduction critique au droit*, François Maspero, París, 1977, pp. 109 y ss., respecto de la afirmación de las relaciones de intercambio de mercancías. Se podría incluir a Duncan Kennedy en esta lista, pero –como él mismo lo admite– en su teoría el vocablo “ideología” denomina más a un programa de política jurídica que a una visión del entramado social subyacente o complementaria al discurso jurídico. Cf. Kennedy, Duncan: *A critique of adjudication*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1997, pp. 133 y ss.

## 2. SOBRE LA IDEOLOGÍA EN GENERAL

### 2.1. Introducción

La categoría “ideología” es probablemente el aporte epistemológico y teórico más notable de Marx y Engels, así como del marxismo, a las teorías sociales en general<sup>2</sup>. Si bien el vocablo no nació con Marx sino con Destutt de Tracy<sup>3</sup>, es indudable que primero Marx y Engels, y luego Marx en solitario, llevaron el concepto de ideología a un grado de madurez y desarrollo que lo impuso como una herramienta de análisis de discursos, dentro y fuera del marxismo.

Fuera de dudas, “ideología” es un vocablo de contornos controversiales, ya que hay casi tantas acepciones del mismo como autores que lo emplean<sup>4</sup>. Estas diferencias no son meramente de alcance (aunque las hay), sino que atañen al *topos* del fenómeno humano en que se ubica la ideología. En algunas concepciones la ideología aparece como algo semejante a las “categorías” kantianas, ubicándose por lo tanto en el plano psíquico. Ese sería el punto de vista de quienes ven a la ideología como una cierta “forma” de aprehender, ver, comprender, etc., la “realidad”<sup>5</sup>, o como “representaciones imaginaria” opuestas –otra vez- a la “realidad”<sup>6</sup>. También en un plano que podemos llamar psíquico, con el término “ideología” Žižek abarca a todo fenómeno de ocultamiento o solapamiento de una situación o proceso social de dominación<sup>7</sup>.

En mi opinión, en cambio, el terreno de las categorías psíquicas no es el único ni el principal en el que puede desarrollarse una teoría de las ideologías, inclusive cuando es evidente que, para todas las concepciones y también para el presente artículo, la ideología supone algo así como una refracción del conocimiento o la comprensión. Intuitivamente podemos aceptar que todo fruto de la acción humana (inclusive este artículo que estoy escribiendo) es una consecuencia de un proceso psíquico. También comparto la idea muy general de que la ideología, como otros fenómenos, es constitutiva del sujeto, lo cual

---

<sup>2</sup> Es decir, sin limitarnos a la teoría económica, en la cual Marx se concentró especialmente y donde se multiplican los aportes específicos.

<sup>3</sup> Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia: *La inexplicable sociedad. Problemas epistemológicos de las ciencias sociales*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1998, pp. 228-229:

<sup>4</sup> Eagleton, Terry: *Ideology. An introduction*, Verso, New York, 1991, pp. 1-31.

<sup>5</sup> Eagleton, Terry: *Ideology ...*, cit. 43-44; Courtis, Christian: “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en Courtis, Christian *et al.*; *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 350.

<sup>6</sup> Ruiz, Alicia: “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en AA.VV.: *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 100-101; Bellón, José Luis: “Ideología de la representación, y representación de la ideología” (2ª parte y fin), *Laberinto*, No. 14, Málaga, 2004, pp. 3 y ss.

<sup>7</sup> Žižek; Slavoj (2003): “El espectro de la ideología”, en AA.VV.: *Ideología. Un mapa de la cuestión* (Slavoj Žižek comp.), FCE, Buenos Aires, pp. 14-15.

implica que ella no sólo es una forma de relacionarse con el mundo, sino un factor para la comprensión autorreflexiva de la propia persona<sup>8</sup>.

Sin embargo, mi interés particular en la ideología está en su rendimiento epistemológico, en el marco de una concepción que privilegia a la ciencia como práctica y discurso de comprensión del mundo, por lo que demarcaré la ideología por comparación con el discurso científico. Desde luego que hay tantas definiciones de “ciencia” como autores han abordado el problema, y de hecho en este trabajo asumiré una de ellas (ver 2.5). Pero hay un par de aspectos en común en todas las concepciones que, por decirlo de algún modo, conceden a la ciencia un lugar relevante. Ellos son: a) la atribución de un papel no exclusivo, pero sí importante, al trabajo empírico en el desarrollo y/o evaluación de las teorías<sup>9</sup>; y b) la construcción del discurso explicativo, y también del trabajo empírico, a partir de métodos establecidos de antemano. La epistemología, en tanto metateoría o metaciencia, razonablemente debe también cumplir con los requisitos que exige a su lenguaje objeto, que es la ciencia. Por lo tanto, debe también preocuparse de la observación, y operar con algún tipo de método.

Más concretamente, si la epistemología se encarga, entre otras cosas, de la evaluación de teorías<sup>10</sup>, y las teorías son lenguajes, el uso epistemológico de la “ideología” pasa por concebir a esta última como una categoría del lenguaje. En efecto, el lenguaje, entendido como sistema de signos, es el único elemento aprehensible y susceptible de análisis directo en el cual podemos identificar una forma especial de representar el mundo, o una porción de él<sup>11</sup>. Concibiendo la ideología como una forma de lenguaje, no es menester adentrarnos en los procesos psíquicos que la sustentan<sup>12</sup>, lo cual nos alivia de la carga de su explicación psicológica, más allá de que ella, desde luego, sea posible.

Si se asume esa concepción general de la ideología como categoría del lenguaje, su uso epistemológico será importante por las consecuencias que tiene en la generación de teorías (o aparentes teorías)<sup>13</sup>. Mi propuesta es entonces que el análisis ideológico tenga inicio en la definición de la “ideología” como un tipo de discurso, definición que haremos mediante la señalación de ciertas propiedades. En segundo lugar, deberemos establecer en qué medida la presencia de rasgos ideológicos debilita la aptitud explicativa de una teoría.

<sup>8</sup> Ruiz, Alicia: “Aspectos ideológicos ...”, cit., pp. 189 y ss.

<sup>9</sup> Lo cual no significa, como se verá en 2.5, caer en el empirismo burdo, sino que la observación sea una instancia necesaria de control de los enunciados de una teoría.

<sup>10</sup> Kuhn, Thomas S. (2007): *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, pp. 137 y ss.

<sup>11</sup> Correas, Óscar: *Crítica de la ideología jurídica*, CIICH-UNAM – Coyoacán, México, 2003, pp. 30-31.

<sup>12</sup> Wittgenstein, Ludwig: *Los cuadernos azul y marrón*, Tecnos, Madrid pp. 29-30.

<sup>13</sup> Therborn, Göran: *The Power of Ideology and the Ideology of Power*, Verso, Londres, 1980, p. 2.

Cuando este último punto esté delimitado, podremos tomar uno o más discursos que llamaremos “discurso-objeto” (una novela, un artículo científico, una conversación pública, etc.), lo compararemos con nuestro modelo de “ideología” e identificaremos, en dicho discurso-objeto, las propiedades ideológicas. Entre esos discursos-objeto estarán las “teorías del derecho”.

Me apresuro a aclarar que el análisis ideológico no puede ser la única herramienta para la evaluación de teorías. Sin embargo, una vez que se ha aceptado que la producción del conocimiento, sobre todo en materia social, es a su vez un producto social, este tipo de análisis parece imprescindible.

## 2.2. Grandes acepciones de “ideología”

Empezaré discutiendo una división de acepciones de la “ideología” que se ha vuelto usual: una “neutra” o “descriptiva” y otra “crítica” o “negativa”<sup>14</sup>. La primera acepción correspondería a los discursos que refieren a creencias que, a su vez, rodean o subyacen a otro discurso, alimentándolo de premisas, valoraciones, criterios de selección de enunciados, etc. La segunda acepción atribuiría a la ideología –según Courtis en la cita referida– un papel falsificador o distorsionador de la realidad, y supone su evaluación crítica o negativa.

Si bien es cierto que hay dos grandes conceptos de “ideología”, y que en uno de ellos ese vocablo denomina a cualquier discurso social que alimenta a otro, no es correcto decir que la otra acepción de “ideología”, que podríamos llamar “restringida”, la entiende como un discurso necesariamente negativo, o como una distorsión total. Como observaremos de inmediato, esa sí era la definición de “ideología” de Marx y Engels en *La ideología alemana*. Sin embargo, en el trabajo posterior del propio Marx, y con mucha más claridad en el pensamiento posterior a Marx dentro y fuera del marxismo, el concepto de “ideología” evolucionó para abarcar a los discursos que cumplen un papel de conservación y reproducción de las estructuras sociales. Ciertamente que hay un conflicto entre “ideología” y “discurso verdadero”, pero ese conflicto es sutil y complejo, por ejemplo porque la refracción o distorsión que genera la ideología tiene diferente intensidad según los casos. De todos modos, para concebir a la ideología como un discurso socialmente funcional no es preciso afirmar que siempre es falsificador. Por lo tanto, se puede proponer una gran división de acepciones de “ideología”: un primer grupo que reúne a las concepciones *neutras*, y un segundo grupo que reúne a las acepciones que podríamos llamar *funcionales*.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos: ¿las dos acepciones de “ideología” son igualmente interesantes para el análisis de discursos, especialmente si nos proponemos usarla para evaluar teorías? A mi modo de ver, sólo las acepciones funcionales son realmente fructíferas desde este punto

---

<sup>14</sup> Entre otros: Eagleton, Terry: *Ideology ...*, cit., p. 43; Courtis, Christian: “Detrás de la ley ...”, cit., pp. 349 y ss.

de vista. En efecto, en la acepción neutra el análisis ideológico se confundiría con el análisis general del proceso de formación discursiva, excluyendo sólo los aspectos etimológicos. En su lugar, el análisis ideológico funcional nos permite llegar a los fenómenos sociales profundos que determinan el contenido de un discurso.

Tomemos un ejemplo de “análisis ideológico neutro” que propone Courtis: la separación entre “proceso civil” y “proceso penal”, con estructuras y normas diferentes, es una proyección de la concepción política liberal que separa nítidamente la esfera pública de la esfera privada<sup>15</sup>. La comprobación de que la división de procesos se origina en la concepción liberal de la política es un hallazgo relevante, pero no nos da una respuesta acerca de si esa separación tiene algún efecto material en las relaciones sociales, ni tampoco si la concepción liberal que separa la “vida pública” y la “vida privada” como esferas excluyentes, refleja realmente la vida social. Y, en caso de ser cierta la separación entre la “vida pública” y la “vida privada”, en el marco de un análisis ideológico neutro no sabemos qué la causa, ni para qué. Si adoptáramos una acepción funcional de “ideología”, en cambio, podríamos ir más allá y decir -por ejemplo- que si bien la separación entre lo público y lo privado es un fenómeno social auténtico, los discursos que, como la concepción política liberal o la dogmática jurídica procesal, aceptan acríticamente esa segmentación de la vida social, tienen la función de perpetuarla y evitar su cuestionamiento.

Por otra parte, para que la ideología sea una herramienta epistemológica relevante debemos pensarla como un discurso social de alcance general y público, más allá de quienes sean sus autores particulares<sup>16</sup>. De no ser así nos quedaríamos en la simple psicología individual de los intereses, si bien ésta puede estar conectada con el análisis ideológico. La relevancia de desligar la ideología de las condiciones individuales de sus creadores deriva de que, de esta manera, se evita la confusión de la ideología con un discurso deliberadamente tendencioso o una conspiración. La ideología no es ninguna de estas cosas, y es más, es normal que su generación no sea consciente, sino una consecuencia del influjo que recibe el individuo del entramado social en el que está inmerso.

### **2.3. Distintas versiones de la ideología como discurso socialmente funcional**

Ahora bien, la acepción funcional de “ideología” no es en absoluto unívoca. Limitándonos a la obra de Marx, lo que siempre subrayó fue la subordinación de los sistemas de creencias (si bien Marx ya atisbó el carácter discursivo de la ideología) a los modos de producción, de forma que cada uno de éstos genera discursos que tienden a consolidarlo. Sin embargo, a lo largo de

---

<sup>15</sup> Courtis, Christian: “Detrás de la ley ...”, cit., p. 357.

<sup>16</sup> Mannheim, Karl: *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, FCE, México, 2004, p. 91.

la evolución del pensamiento de Marx hay al menos dos formas diferentes de pensar esa funcionalidad.

En *La ideología alemana*, que data de 1845, Marx y Engels confrontan críticamente una parte de la filosofía política y práctica alemana de la que el mismo Marx había emergido, pero de la que se apartó rápida y tajantemente (los llamados “hegelianos de izquierda”). Precisamente, la crítica al hegelianismo pasa por tacharlo de “ideológico”. Y aquí viene lo importante: consideran como “ideología” a todo discurso que pretende describir un cierto estado de cosas en la vida social, por ejemplo, la estructura social de un país, pero que, por estar originado en los intereses de una clase social (en el caso, la pequeña burguesía), distorsiona (o “invierte” en palabras de Marx y Engels) ese estado de cosas para presentarlo de un modo favorable a la clase social respectiva. Es decir, que en esta obra “ideología” denomina un discurso determinado por intereses y, además, falso<sup>17</sup>.

Un poco más adelante, empero, Marx propondría lo que se puede calificar como otro concepto de “ideología”, aunque sin emplear esta palabra<sup>18</sup>. En la “Introducción” a la *Contribución a la crítica de la economía política*, que data de 1857, Marx sostiene que todo sistema de creencias es la consecuencia de las etapas históricas de la producción material de la humanidad, y tiene una función de asegurar la reproducción de cada modo de producción (valga la aliteración). Eso puede originar creencias falsas, que distorsionen, por omisión, exageración o falsificación directa, las verdaderas propiedades de los sistemas de relaciones sociales. Pero, y he aquí la diferencia con *La ideología alemana*, los escalones ascendentes de la producción van generando, cada vez en mayor medida, discursos total o parcialmente verdaderos, porque también con ellos se asegura la reproducción de las condiciones materiales de la vida social. Por otro lado, la funcionalidad de la ideología no consiste solamente en la proyección de intereses de clase, sino también en el aseguramiento de una estructura social, de un conjunto de relaciones sociales. No obstante, en toda sociedad en la que persiste la división del trabajo, y por ende la división de clases, los discursos acerca de la vida social, aunque en parte sean verdaderos, incurrirán en omisiones, exageraciones, proposición de propiedades falsas, etc., para conservar o reforzar las relaciones sociales.

Personalmente creo que es bastante más útil e interesante, dentro de la acepción funcional de “ideología”, esta segunda versión que nos propone Marx, entre otras cosas porque conserva de su primera versión la idea de que los discursos están influidos y condicionados por la estructura social. Pero Marx agrega en esta segunda versión un par de notas interesantes de la ideología. En primer lugar, no todos los discursos condicionados por la estructura social, y

---

<sup>17</sup> Marx, Karl y Engels, Friedrich: *La ideología alemana*, Ed. Pueblos Unidos, Montevideo, 1968, pp. 25-26.

<sup>18</sup> Marx, Karl: “Introducción” a la *Contribución a la Crítica de la Economía Política*, Comunicación, Madrid, 1978, pp. 227-239 y 250-252.

originados en intereses, son distorsionantes de las relaciones sociales, sino que, por el contrario, la evolución de la estructura social y la producción es la que permite que surja, paulatinamente, la auténtica ciencia social. En segundo lugar, la ideología deja de ser una mera descalificación y adquiere su dimensión de categoría de análisis epistemológico, ya que permite que dentro de una doctrina se discernan sus aspectos propiamente científicos, de sus rasgos ideológicos<sup>19</sup>.

Lo anterior refiere sólo a la acepción funcional de la ideología según el marxismo, pero hay otras en las que la funcionalidad no concierne (al menos no exclusivamente) a las formas de producción. Por ejemplo, se puede proponer a la ideología como un discurso general que asegura la coherencia de un grupo social, al ser el trasfondo de otros discursos más específicos<sup>20</sup>.

Hecha esta aclaración preliminar, examinaré algunos problemas generales del concepto de ideología para luego proponer las condiciones en las que puede ser operativa en la evaluación de teorías.

#### 2.4. ¿Es posible escapar de la ideología?

Existe una versión “totalizadora” de la ideología encarnada por Althusser<sup>21</sup>, según la cual toda representación, inclusive la más firmemente descriptiva y sólida en su justificación empírica, se produce cuanto menos en el marco de una “ideología”. Es que para Althusser la ideología no es, como lo proponía Marx, un discurso simplemente funcional a una estructura social: es una red de creencias que abarca absolutamente a todos los individuos en todas las épocas, de modo tal que no es posible producir ningún discurso por fuera de la ideología. Esto abarca a todas las ciencias, hasta las más duras. Con esto se produce la saturación del mundo por parte de la ideología, con lo cual el análisis ideológico pierde sentido<sup>22</sup>, ya que la detección de propiedades ideológicas sólo puede llevarse a cabo si es posible contrastar la ideología con otro discurso carente de dichas propiedades. En otras palabras, la expansión del concepto de “ideología” que propició Althusser deriva en su inutilidad.

Ahora bien, no es preciso amplificar a tal punto el concepto de “ideología”. Sin dudas que cualquier grupo humano comparte un discurso básico que enmarca absolutamente todas sus creaciones intelectuales y conductas. Las diferencias entre los discursos matrices de la vida llegan al punto de que grupos de personas pueden vivir en un universo lingüístico en el

---

<sup>19</sup> Mannheim, Karl: *Ideología y utopía ...*, cit., p. 115.

<sup>20</sup> Van Dijk, Teun: “Ideología y análisis del discurso”, en *Utopía y praxis latinoamericana*, Año 10, No. 29, Maracaibo, 2005, p. 10.

<sup>21</sup> Althusser, Louis: *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, pp. 23-27.

<sup>22</sup> Laclau, Ernesto: “The death and resurrection of the theory of ideologies”, en *Journal of Political Ideologies*, 1(3) 1996, pp. 203-204.

que los objetos del mundo no coinciden con los nuestros; eso explica –por ejemplo– que en ciertas comunidades sostengan que un conjunto humano es a la vez un conjunto de animales<sup>23</sup>. Pero nuestro concepto de ideología no tiene por qué coincidir con ese discurso matriz de toda la vida: podemos definirla estipulativamente como un discurso socialmente funcional a una estructura social, con lo cual el análisis ideológico sigue teniendo relevancia. Y no es un problema que para ello debamos aceptar, de modo relativamente dogmático, una cierta estructura de los objetos de la realidad dada por un discurso estructurador del mundo, aun cuando en otro ámbito discurso estructurador pueda también discutirse.

Sin llegar al extremo de calificar a la ideología como un trasfondo discursivo que lo invade absolutamente todo, por lo pronto siempre podría pensarse que cualquier investigador, en tanto sujeto social, puede ser objeto de una “refracción ideológica”. Por lo tanto, es imprescindible preguntarnos: ¿es posible una capacidad de autorreflexión tal que me permita decir “sé que soy libre de toda ideología al desarrollar mis investigaciones”? Esta es la llamada “paradoja de Manneheim”, la cual en rigor es de solución imposible, o más bien, es imposible dar una respuesta positiva a la pregunta de si hay métodos infalibles para no incurrir en un discurso ideológico<sup>24</sup>.

Respecto de este problema puede decirse, como lo indica Courtis, que el análisis ideológico es lo suficientemente interesante como para llevarlo adelante inclusive sin tener resuelta la paradoja de Mannheim<sup>25</sup>. Un factor adicional que hace interesante el análisis ideológico es que el mismo parece encajar bastante bien con el tipo de abordaje de la corriente analítica de la filosofía, en la que –en una generalización un tanto burda– podemos incluir a Russell, Wittgenstein, Carnap y el círculo de Viena<sup>26</sup>. En efecto, y si bien el “giro lingüístico” de la filosofía siempre ha tenido un enfoque completamente diferente a la teoría de la ideología, el puente entre uno y otro campo no es nada difícil: ambos suponen que el lenguaje es un filtro entre nosotros y el mundo, y que el análisis del lenguaje es el primer paso para clarificar cualquier entendimiento. Lo peculiar de la noción de ideología (tanto en un marco marxista como en otros) es concebir al lenguaje como un filtro cargado por las relaciones sociales, y entender las oscilaciones del lenguaje como efecto de los conflictos sociales<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Vygotsky, Lev: *Pensamiento y lenguaje*, Paidós, Barcelona, 2012, pp. 195-197.

<sup>24</sup> Mannheim, Karl: *Ideología y utopía ...*, cit., pp. 112 y ss.

<sup>25</sup> Courtis, Christian: “Detrás de la ley ...”, cit., p. 354.

<sup>26</sup> Norval, Aletta: “The things we do with words. A contemporary approach to the Analysis of Ideology”, in *British Journal of Political Science*, vol. 30, No. 2, 2000, pp. 313-316.

<sup>27</sup> Volóshinov, Valentin N.: *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Ediciones Godot, Buenos Aires, 2009, pp. 47-48.

## 2.5. Redefinición de la ideología: contraposición con la teoría, niveles de ideología y carácter inconsciente

Como he propuesto que el análisis ideológico sea una herramienta epistemológica, es necesario reflexionar acerca de la relación entre la ideología y la “falsedad” y “verdad” (o “veracidad”) de un discurso, así como de la relación entre ideología y “ciencia”. Históricamente las versiones no neutras de la ideología la han caracterizado como un discurso falso, o al menos por la deformación de un fenómeno. Sin embargo, hoy es imposible soslayar que se ha trastocado por completo la confianza en la noción intuitiva de “verdad” que – por ejemplo– Marx utilizaba acriticamente para distinguir la “ciencia” de la “ideología”<sup>28</sup>. Por lo tanto, es preciso, para mantener un lugar para el análisis ideológico como una herramienta epistemológica, dar alguna respuesta a este problema.

Una vez que, como se expresó en 2.1, hemos colocado a la ideología en el terreno lingüístico, su demarcación requiere la proposición de un discurso no ideológico, que tenga propiedades contrastables con aquella. El discurso que es candidato a enfrentarse a la ideología, y por ende que nos ayudará a definirla, es la “ciencia” o, si se prefiere una denominación menos fuerte, la “teoría” en sentido restringido. Debemos indicar que esta oposición “ideología/ciencia” ya estaba presente en Marx<sup>29</sup>, y supone que la “ciencia” es la forma más refinada de un “discurso verdadero”, por entender que es independiente de los intereses sociales. Esta fe en la ciencia sufrió un duro embate desde el punto de vista de la sociología del conocimiento (dentro de la cual la ideología tiene, precisamente, un lugar importante), una vez que quedó en claro el enlace entre el desarrollo de las ciencias naturales y la expansión de la producción como consecuencia del capitalismo en Europa<sup>30</sup>. De todas formas, ese embate no condujo a la invalidación de la ciencia, sino a una relativización de su independencia de los intereses. En particular, la admisión de que la ciencia y los intereses sociales, o la estructura social, son interdependientes, realza el papel del análisis ideológico como una herramienta necesaria para la evaluación de teorías.

Ahora bien, el análisis ideológico supone que la imbricación entre el conocimiento y la estructura social de alguna forma contamina al primero, de modo que este análisis debería esclarecer ese vínculo para corregir las consecuencias de esa influencia. Esa pretensión nos conduce una vez más a la “paradoja de Mannheim”, ya referida en el apartado anterior. Pero también nos introduce a otro problema: el uso del análisis ideológico como una herramienta epistemológica supone una sociología del conocimiento de corte *funcionalista en*

<sup>28</sup> Norval, Aletta: “The things we do ...”, cit., p. 315.

<sup>29</sup> Marx, Karl: “Introducción”, cit., pp. 245-247; Monteiro, João Paulo: “La distinción marxista entre ideología y ciencia (ideología e ideologismo)”, en *Diánoia*, No. 22, México, pp.76-92.

<sup>30</sup> Habermas, Jürgen: *Ciencia y técnica como “ideología”*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 159 y ss.

*sentido lato* (es decir, entendiendo por “funcionalismo” no sólo la teoría desarrollada por Parsons y seguidores). En efecto, las únicas sociologías que pueden tener consecuencias epistemológicas son aquellas que, de una u otra forma, admiten que los procesos sociales (y no sólo los fenómenos psíquicos individuales) generan discursos que tienen efectos sociales de conservación o mejoramiento de una estructura social<sup>31</sup>

Por otro lado, la noción de “verdad como correspondencia”, esto es, la suposición de que un enunciado es verdadero cuando, de alguna forma, refleja o representa uno o más hechos “reales”<sup>32</sup>, fue fuertemente discutida en el siglo XX. La discusión derivó en un carácter “convencional” de la verdad, que, tomado el pie de la letra, demuele la ciencia y en general toda pretensión de conocimiento del mundo, y por consiguiente tornaría irrelevante el problema de la ideología. Sin perjuicio podemos –como lo hace Davidson– decantar esa “convencionalidad” hacia una serie de criterios compartidos para apreciar la realidad<sup>33</sup>, bajo el supuesto –agrego yo, siguiendo a Popper– de que, por el momento, esos criterios se han probados como los más adecuados para resolver problemas y encaminar nuestras vidas.

Ahora bien, esta “versión modesta” de la verdad obliga a replantear la dicotomía entre “teoría” o “ciencia”, por una parte, e “ideología” por la otra. Aunque parezca paradójico por ser un confeso y ferviente opositor a Marx y el marxismo, creo que es Popper quien puede venir en auxilio de la ideología como herramienta de análisis epistemológico, en la perspectiva de la “deflación” de la verdad. Sabemos que Popper propuso que la frontera entre lo que es “ciencia” y lo que no lo es, está en que la primera produce enunciados refutables mediante la experiencia (y en ello incluyo la observación) empírica<sup>34</sup>. Uniendo la “versión modesta” de la verdad con este criterio de Popper, diríamos que la ciencia es una práctica generadora de discursos, en la cual las personas involucradas están dispuestas a someter sus enunciados a una crítica empírica que los pueda derrumbar<sup>35</sup>.

En conclusión, podemos decir que cuando un discurso es ideológico cuando es o se vuelve reluctante a la crítica, especialmente empírica, adoptando uno o más de los rasgos mencionados más arriba, y siempre que dicha

---

<sup>31</sup> Nagel, Ernest: *La estructura de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 674 y ss.

<sup>32</sup> Russell, Bertrand: *Investigación sobre el significado y la verdad*, Losada, Buenos Aires, 2003, pp. 241-260.

<sup>33</sup> Davidson, Donald: *De la verdad y la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 57-73.

<sup>34</sup> Popper, Karl: *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Barcelona, 2003, pp.309 y ss.

<sup>35</sup> Sobre la aplicación del criterio de Popper para evaluar teorías del Derecho véase Lariguét, Guillermo: “La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica”, en *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 17, México, 2002, pp. 184-202.

reluctancia a la crítica obedezca a una función de conservar o reforzar todo o parte de la estructura social, o prepare un estado social eventual<sup>36</sup>.

Para completar una definición de “ideología”, deben agregarse dos precisiones. La primera, que proviene de Gramsci, refiere a los “niveles” de la ideología<sup>37</sup>. Gramsci sostenía que existen sistemas conceptuales complejos de contenido ideológico, de origen académico y cuya difusión se limita a ciertos grupos cultos, mientras que por otro lado existen discursos que reflejan “creencias populares” más simples, también con contenido ideológico. Esta idea de Gramsci puede afinarse todavía más, y representarse a la ideología como círculos concéntricos. En el centro están los productos ideológicos complejos de los que habla Gramsci, originados en universidades u otros centros académicos, y que se dirigen a grupos reducidos de personas, típicamente profesionales u otros divulgadores de ideología. En un círculo más externo ubicamos a discursos ideológicos menos sofisticados, que son versiones simplificadas de las ideologías centrales, y que son objeto de uso y divulgación por las personas que tuvieron su aprendizaje en los centros generadores ideológicos. En este segundo nivel se ubicarían, por ejemplo, programas de grupos políticos, discursos para el aprendizaje, textos de divulgación, etc. Finalmente, en el círculo ideológico periférico encontraríamos discursos de circulación masiva, consignas simplificadas y semejantes. Es decir: existe una degradación de la intensidad de la ideología en la medida en que aumenta su masividad.

Por último, y en contra de la opinión de que la “ideología” supone una visión conspirativa de la actividad intelectual<sup>38</sup>, quienes proponen el análisis ideológico coinciden en que la ideología se genera en el nivel inconsciente, o al menos semiconsciente. Así, un sujeto o un grupo de sujetos pueden estar generando una ideología sin tener ningún plan deliberado, y sobre todo sin proponerse favorecer tal o cual estado de cosas, al punto que un sujeto puede defender y proponer una ideología contrapuesta a sus intereses materiales<sup>39</sup>

## 2.6. El análisis ideológico

Estamos ahora en condiciones de recapitular y ordenar lo visto hasta aquí, para delimitar el uso de la ideología para el análisis de los discursos teóricos. La premisa general para delinear el análisis ideológico es que la ideología es una categoría del lenguaje. De ello se deriva que el análisis ideológico tiene una función epistemológica importante: si hemos definido a la ideología por oposición a la teoría, y si hemos atribuido a esta última el lugar

---

<sup>36</sup> Norval, Aletta: “The things ...”, cit., p. 315.

<sup>37</sup> Gramsci, Antonio: *Selection from the Prison Notebooks*, ElecBooks, Londres, 1999, pp.706-707.

<sup>38</sup> Popper, Karl: *Conjeturas ...*, cit., pp. 159 y ss.

<sup>39</sup> Althusser, Louis: *Por Marx*, Ediciones Revolucionarias, La Habana, 1966, p. 60; Mannheim, Karl: *Ideología y utopía ...*, pp. 72-73 y 95; Ricœur, Paul: *Ideología y utopía*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 156.

preeminente en la comprensión de la realidad, todo aquello que contribuya a demarcar un lenguaje teórico (o científico, si se prefiere) de los lenguajes no teóricos o no científicos, será valioso. Por otra parte, y teniendo en cuenta que los discursos son en sí mismos partes de la vida social, el análisis ideológico puede ser útil a la hora de investigar funciones sociales de los lenguajes, o denotadas por los lenguajes.

En cuanto a la técnica del análisis ideológico, en el apartado anterior propuse que la ideología es, en primer lugar, un discurso reluctante a la crítica empírica, a diferencia de lo que debe suceder con el discurso científico o teórico. Por lo tanto, si proponemos una serie de requisitos más concretos para identificar una teoría, la detección de incumplimientos de estos requisitos valdría como la identificación de otros tantos posibles rasgos ideológicos. Para enumerar directamente los incumplimientos que denotan una ideología, tenemos: a) no permitir en forma alguna una refutación empírica; b) ignorar las observaciones que refutan sus enunciados; c) no realizar observaciones que puedan refutar los enunciados que se toman como punto de partida; d) desenvolverse en base a “experimentos mentales”, supuestos arbitrarios no precedidos de ninguna observación, modelos apriorísticos, u otras estrategias que soslayan la contrastación empírica; e) agregar permanentemente hipótesis *ad hoc*, incompatibles con las hipótesis centrales de la teoría, para explicar las discordancias entre sus predicciones y las observaciones que las desmienten (este último es un aporte esencial de Lakatos<sup>40</sup>).

Pero la resistencia a la crítica empírica es sólo uno de los elementos de la ideología; el otro es la funcionalidad a una estructura social. Se hace evidente, pues, que el análisis ideológico necesita de otro discurso, no ideológico, que se acepte como una visión no refractada de las relaciones sociales. Sólo después de haber identificado esa teoría podremos comparar con ella un discurso cualquiera y calificarlo o no como ideológico, en la medida en que cierto grupo de acciones o relaciones sociales, que tengan dentro de esa teoría una cierta explicación, sean presentadas por la ideología de una forma distinta, sea por falsificación, omisión, exageración, etc.

Lo dicho en el párrafo anterior sugiere que el carácter ideológico de un discurso admite *grados*: en función de la importancia de los aspectos falsificados, omitidos, refractados, etc., así como de la cantidad y calidad de rasgos ideológicos del discurso sometido a crítica, se podrá decir que el mismo tiene un alto, medio, bajo, casi nulo, etc., contenido ideológico. Por supuesto que eso requiere jerarquizar, dentro del marco teórico que hayamos tomado como bueno, diferentes enunciados y explicaciones de los fenómenos sociales de los que se ocupa.

---

<sup>40</sup> Lakatos, Imre: *Escritos filosóficos (I): La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza, Madrid, 2007, pp. 65 y ss.

En cuanto al marco teórico elegido como referencia, y si bien es usual que los análisis ideológicos tomen a tal efecto, en todo o en parte, el marxismo, ello no es absoluto necesario. Por ejemplo, existe un sector de la llamada “teoría crítica” del derecho que adopta con tal fin la teoría de Foucault del *poder* como fenómeno social general, no asociado exclusivamente a la propiedad de los medios de producción o a la apropiación del ingreso<sup>41</sup>. Esto determina algo importante: la calificación de un discurso como ideológico es algo siempre relativo, ya que lo que puede tener esa condición en comparación con un cierto marco teórico, puede no tenerlo en comparación con otro. No obstante, la misma definición de “ideología” hace imposible, o al menos muy difícil, su uso en ciertos contextos epistemológicos y teóricos.

Esta forma de pensar la ideología como un concepto compatible con varias teorías sociales, descarta la propuesta de que en cada época existe *sólo una ideología dominante*. Esto significa que la categoría “ideología” es una herramienta de análisis, epistemológico o teórico, con un valor en sí misma, y que sólo tiene en común la creencia de que las estructuras sociales inciden, entre otros, en los procesos de generación de discursos explicativos o normativos. Es decir, el concepto de “ideología” se vuelve transversal a las teorías, y por tanto la calificación ideológica pasa a ser esencialmente relativa<sup>42</sup>.

Hay, con todo, algunos límites para el uso del análisis ideológico concebido de esa forma. Por lo pronto, y si bien la ideología no está sólo vinculada al marxismo, no podría ser empleada a la par de un marco epistemológico y teórico que rechazara la generación espontánea e inconsciente de discursos socialmente funcionales, tal como ya se observó en el apartado anterior de este trabajo. Tampoco podría ser utilizada por una teoría rigurosamente apegada al individualismo metodológico, ya que la ideología sólo tiene sentido como discurso compartido y divulgado colectivamente.

Por supuesto que si admitimos el pluralismo de marcos teóricos de referencia para definir a la ideología, el análisis ideológico absorbe la fragilidad epistemológica de las ciencias sociales derivada de la convivencia, en cada una de ellas, de múltiples paradigmas<sup>43</sup>. En efecto, si la “sociología del conocimiento”, de la cual es parte el análisis ideológico, está vinculada con las ciencias sociales (principalmente la sociología, pero también la teoría económica y la ciencia política), su inclusión en un programa de valoración epistemológica traerá a este último terreno las mismas debilidades que la epistemología constata en las ciencias sociales. El metadiscurso (la epistemología), al nutrirse de su lenguaje-objeto, recibe las falencias que pretende evitar. Este problema no tiene solución, pero podemos decir a su respecto lo mismo que se dijo respecto

<sup>41</sup> Ruiz, Alicia: “Aspectos ideológicos ...”, cit., pp. 155-163.

<sup>42</sup> Abercrombie, Nicholas y Turner, Bryan: “The Dominant Ideology Thesis”, en *British Journal of Sociology*, 29 (2), London School of Economics, Londres, 1978, pp. 149-170.

<sup>43</sup> Kuhn, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1993, pp. 33-50.

de la “paradoja de Mannheim”: el análisis sociológico de la generación de teorías, incluyendo el análisis ideológico, es lo suficientemente interesante como para llevarlo adelante incluso cuando incurramos en este tipo de paradojas.

Una vez que definimos la teoría social que utilizaremos como referencia, para que el análisis ideológico sea operativo es preciso proponer formas concretas en las que la ideología es funcional a una estructura o grupo social para poder enlazar una característica del discurso con una o más funciones del discurso ideológico. Por ejemplo, siguiendo a Van Dijk podemos identificar cuatro acciones de la ideología: a) organiza y fundamenta la forma en que se ve la sociedad, y el lugar en que se ubican los otros sujetos y uno mismo; b) genera y alimenta otros discursos; c) permite el desarrollo de conductas sociales socialmente coordinadas; d) vincula las estructuras sociales con otras acciones y prácticas<sup>44</sup>. Así, y a vía de ejemplo, la “función legitimadora” de las estructuras sociales<sup>45</sup> se enmarcaría en la tercera y cuarta funciones: facilita la acción social en el entendido que las conductas funcionales son “buenas”, “virtuosas”, etc., y enlazan una práctica concreta con la estructura general de la sociedad.

### 3. ANÁLISIS IDEOLÓGICO Y EPISTEMOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO

#### 3.1. Uso epistemológico de la ideología para demarcar las teorías del derecho: generalidades

Ha sido frecuente que el análisis ideológico del derecho se haya utilizado con fines teóricos, esto es, para identificar propiedades ideológicas en el discurso de las leyes, de las sentencias, la dogmática, etc. Sin embargo, el nivel más básico en el que se puede usar la noción de “ideología” es el epistemológico, para responder la siguiente pregunta: ¿qué discursos podemos considerar auténticamente como “teorías del derecho”?

Mi propuesta es trasladar el análisis ideológico, tal como lo describí en el capítulo anterior, a la evaluación de las teorías del derecho. El análisis ideológico no es una herramienta excluyente para esa evaluación, pero sí –a mi entender– un instrumento sumamente útil. Eso supone un compromiso previo con una acepción restringida de “teoría” que, evidentemente, niega tal carácter a gran parte de las teorías del derecho que normalmente se reconocen como tales. En efecto, es indudable que gran parte de dichas “teorías” son o bien totalmente normativas, o tienen rasgos normativos importantes, lo cual significa –valga la expresión– negarles carácter teórico (o científico). Me apresuro a decir que eso no significa necesariamente un demérito: en lo personal no tengo ninguna duda de que es imposible desarrollar la vida sin algún tipo de discurso normativo. Sin perjuicio, restringir la teoría a los lenguajes susceptibles de crítica empírica implica negar a las “teorías normativas” (por llamarles de

---

<sup>44</sup> Van Dijk, Teun: “Ideología y análisis ...”, cit., p. 12.

<sup>45</sup> Ricœur, Paul: *Ideología ...*, cit., p. 213.

alguna forma) un valor cognoscitivo o explicativo, otorgándoles en su lugar el carácter de reservas o trasfondos para la construcción de argumentos normativos.

No obstante, eso no quiere decir que todo discurso normativo, por su sola condición de tal, sea ideológico. Cuando una propuesta se autoidentifica como normativa no incurre en una trasposición de géneros discursivos que pueda calificarse como una estrategia para sustraerse a la crítica empírica. De todos modos, asumiéndose o no como una propuesta normativa, sabemos que los discursos normativos normalmente tienen, como supuesto o marco de referencia, alguna concepción acerca de todas o algunas relaciones sociales<sup>46</sup>.

Esas partes descriptivas incluyen a las teorías del derecho que, aun asumiéndose como normativas, *además* proponen, abierta o veladamente, ciertas propiedades materiales del lenguaje o de la práctica jurídicas. Por otro lado, los discursos normativos siempre suponen, o se auxilian de, algún discurso que pretende describir o explicar la vida social. Por lo tanto, las teorías normativas autorreconocidas como tales pueden tener rasgos ideológicos en sus contenidos descriptivos, sean ellos explícitos o implícitos. En efecto, una teoría del derecho que sea normativa y no se autopresente como descriptiva, igualmente puede sugerir visiones de las estructuras sociales que –por ejemplo– las legitimen. La evasión a la crítica empírica puede estar oculta en la misma autoaceptación del carácter normativo: como los discursos normativos no son susceptibles, en sus partes propiamente normativas, de refutación empírica, sus partes descriptivas (que sí son pasibles de crítica empírica) pueden pasar ocultas dentro del bagaje normativo para eludir injustificadamente la sujeción a pruebas fácticas.

El caso quizás más serio de contenidos ideológicos en las llamadas “teorías del derecho” es el de aquellas que niegan u ocultan su carácter normativo, presentándose como explicaciones y/o descripciones del fenómeno jurídico. Este caso es el inverso del mencionado al final del párrafo anterior, pero con el mismo efecto: si decimos que estamos presentando una cualidad fáctica del derecho, pero en realidad estamos proponiendo una tesis normativa interna, o incluso una explicación moral del derecho, nuestra “explicación” no podrá refutarse empíricamente porque realmente no habla de nada fáctico. La identificación de este fenómeno, que es un caso de *transposición de géneros discursivos*, implica un análisis de *géneros discursivos*<sup>47</sup>: la apelación a giros, estilos, términos, etc., propios del lenguaje científico, pero sin incluir auténticas explicaciones ni descripciones. Es decir, tener la apariencia de científicidad.

---

<sup>46</sup> Sarlo, Oscar: “Acerca de la posibilidad de mentir en el discurso jurídico”, en AA.VV.: *Filosofía del derecho: aportes actuales*, Facultad de Derecho (Universidad de la República) – FCU, Montevideo, 1993, pp. 54-57.

<sup>47</sup> Bajtin, Mijail: “El problema de los géneros discursivos”, en *Las fronteras del discurso*, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2011, pp. 9 y ss.

A partir del camino trazado en el apartado 2, se podrían proponer dos niveles de análisis ideológico de las teorías del derecho para su evaluación epistemológica:

a. En primer lugar, frente a cada discurso que pretenda constituir una explicación general del fenómeno jurídico, deberemos preguntarnos: a) si es un discurso normativo que se autopropone como un discurso teórico, velando o negando su normatividad, o si asume otras formas de evasión de la crítica empírica; b) si sus contenidos descriptivos incluyen la propuesta de enunciados refutables empíricamente, y si efectivamente se someten los enunciados a dicha crítica; c) si se utilizan recursos que pretenden sustituir la observación, tales como “experimentos mentales”, modelos acrílicos, etc:

b. En segundo lugar, deberemos aceptar e introducir una teoría social dada, y en atención a ella identificar la relación o conjunto de relaciones sociales de las que, velada o explícitamente, se ocupa esa teoría del derecho, y luego determinar en qué medida la reluctancia a la crítica empírica por parte de dicha “teoría” apuntala esa relación o conjunto de relaciones. Aclaremos que el conjunto de relaciones sociales apuntaladas puede ser la misma práctica jurídica como tal, por ejemplo atribuyéndole virtudes como la “justicia” o similares.

Someter a un análisis ideológico todas las teorías del derecho que han tenido recepción o impacto es imposible. En los siguientes apartados se abordarán algunos escasos ejemplos de dicho tipo de análisis, con la aclaración de que, por razones de extensión, en cada caso se presentará apenas un esbozo simplificado de la propuesta analizada.

### **3.2. Concepciones autorreferentes del derecho, iusnaturalismo y “positivismo vulgar”**

Una concepción general que debe someterse al análisis ideológico es la que impregna el abordaje académico del derecho en Occidente, atravesando escuelas y épocas: la propuesta de estudiar el “fenómeno jurídico” como un discurso y/o práctica en sí. Las tendencias que se inscriben en esta concepción nos dicen que el estudio del derecho debe limitarse a estudiar el discurso de los juristas en forma cerrada y autojustificada o autolegitimada. Para ser más claro: me refiero a las teorías del derecho en las cuáles “el derecho” no rebasa los límites de lo que las personas que lo practican entienden como tal.

Esto no quiere decir que las tendencias que comparten esta concepción invariablemente nieguen que el derecho es un fenómeno social. Pero, aunque es frecuente admitir un vínculo genético, o la existencia de “puntos de contacto” entre la vida social y el derecho, nos proponen que éste tiene una autonomía funcional fuerte, de forma tal que no sólo es posible, sino necesaria, una teoría del derecho que se ocupe del discurso y la práctica jurídicas en sí mismos, sin conectar *todos y cada uno de los discursos y prácticas jurídicas, permanentemente, con*

*las relaciones sociales sobre las que operan.* Es algo así como decir: “Admitimos que el ‘derecho’ es un fenómeno social; pero ahora que ya está creado y operando, no veamos cada sentencia, cada ley, cada conflicto jurídico, cada tipo de relación jurídica, como actos, conflictos o relaciones sociales, sino –valga la perogrullada– como actos, conflictos y relaciones, jurídicos, esto es, como cuestiones que se desenvuelven puramente dentro de nuestra práctica y de las que hablamos con nuestro discurso especializado”.

El iusnaturalismo y el positivismo clásicos son ejemplos de esta concepción del derecho. Sea que propongamos que el discurso jurídico contiene enunciados “preexistentes” a las prácticas materiales de legislación, jurisdicción, etc., o que sostengamos que el “derecho” es solamente lo que se autocalifica como tal, en particular cuando se trata del positivismo grosero o exegético que dice que los juristas sólo trabajan con “textos autorizados”, es obvio que estaremos omitiendo abiertamente toda referencia a la vida social como una nota permanente y definitoria de cada pieza del derecho<sup>48</sup>. En cuanto a la sujeción a la crítica empírica, en el caso del iusnaturalismo en sentido propio la imposibilidad de refutación no necesita mucha explicación: la proposición de enunciados (o proposiciones) normativas trascendentes, que están más allá de los discursos sociales, y que éstos “reflejan”, es una propuesta esencialmente metafísica. Y los enunciados metafísicos son por definición imposibles de refutar.

Pero además, si el iusnaturalismo duro afirma que esos “enunciados trascendentes”, no derivados de una autoridad sino de origen divino, racional, etc., realmente tienen carácter normativo, se están falsificando las características del derecho como práctica social. Descriptivamente, los “principios normativos naturales” son enunciados que formulan personas reales, sean juristas académicos, teóricos morales, jueces, etc., y como tales responden a determinadas funciones sociales del Derecho. Sin que interese determinar cuáles son esas funciones, lo cual dependerá de la teoría social que se adopte, lo que no es dudoso es que la elevación de esos enunciados al grado de “reglas intangibles” no sólo es falso, sino que apuntala y consolida la función social que se manifiesta en ese enunciado normativo.

Pongo un ejemplo grueso. Supongamos que se propone que la “seguridad jurídica en la contratación” es un “principio natural” o “intangible” del derecho. Como enunciado fáctico es indudablemente falso, puesto que: a) sólo es aplicable a las sociedades en las que existan contratos, o algo parecido, lo cual –por ejemplo– no ocurriría con la humanidad primitiva ni con los pueblos que todavía hoy no practican los intercambios, y b) inclusive en una sociedad totalmente mercantil como la nuestra, hay amplios sectores de la contratación en los que se admite un grado altísimo de inseguridad, como por ejemplo en los contratos de trabajo.

---

<sup>48</sup> Atienza, Manuel: *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 2003, pp. 53-57.

El caso del positivismo es más complejo. Ante todo, la denominación no es unívoca, por lo que necesariamente tenemos que hacer distinciones. Si por “positivismo” nos referimos a la proposición simplista de que el discurso del Derecho se limita a los “textos autorizados”, que en español llamamos “Derecho positivo”, su reluctancia a la crítica empírica es ostensible. Para anotar sólo lo más evidente: el propio hecho de aceptar la autoridad exclusiva del Derecho positivo es una consecuencia normativa que no puede basarse ella misma en el Derecho positivo, sin caer en una regresión infinita. Además, la práctica jurídica constantemente genera enunciados que carecen de conexión con el derecho positivo (enunciados puramente dogmáticos, simples máximas, etc.), y esas refutaciones de la tesis no son tenidas para nada en cuenta por esta versión ruda del positivismo.

En resumen, estas versiones del iusnaturalismo y del positivismo son ideológicas porque pretenden describir propiedades necesarias del derecho, pero simplemente reproducen diferentes estilos argumentativos (unos más apegados a los textos autorizados, otros más proclives a apartarse de ellos) de los abogados, los jueces y los dogmáticos.

Las relaciones sociales que resultan apuntaladas por la sustracción a la crítica de estos discursos son, en primer lugar, las que convergen en la misma práctica jurídica, de las cuales son partes los juristas profesionales y las personas que participan de esa práctica; por ejemplo, los afectados por una ley, o las partes de un proceso. La ilusión de que la práctica jurídica es simplemente un desarrollo de textos preexistentes libera a los juristas de la carga de asumir personalmente la frustración de las expectativas de quienes se ven perjudicados por el derecho (por ejemplo, los que pierden un juicio). La ilusión de que hay “normas intangibles”. Por otro lado, la posición de un sujeto o un grupo en una relación social, o una relación social como un todo, si son recubiertas con una “norma intangible” que las ampara, quedan claramente solidificadas en el sistema de creencias sociales.

De esta forma, tenemos todos los componentes de una ideología: la sustracción a la crítica empírica por la generación de una teoría que no lo es, y el silenciar el hecho de que todos los estilos de argumentar obedecen, según el caso, a los intereses sociales que en cada caso están en juego y a las funciones que en cada caso debe cumplir una sentencia. Para poner sólo un ejemplo: cuando un interés socialmente prevalente o relevante tiene que entrar en la liza jurídica, y su prevalencia o relevancia no puede justificarse mediante un texto autorizado, es normal que la dogmática, los abogados o los jueces creen o reformulen un “principio”, proponiéndolo como “norma preexistente”, del cual derivan una solución *ad hoc* apropiada para ese interés<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Blanco, Andrés: “Función del derecho, principios y derechos subjetivos”, en *Ruptura*, No. 6, Montevideo, 2015, pp. 66-71.

### 3.3. El “positivismo teórico”

Ahora bien, si por “positivismo” entendemos una teoría cuya hipótesis central es que “derecho” es lo que socialmente se entiende como tal, y además que no hay una relación necesaria entre derecho y moral<sup>50</sup>, la valoración de esa teoría cambia. En primer lugar, la concepción del “derecho” como “normas que se reconocen socialmente” como tal (como sucede con Hart), sería una definición estipulativa y no una hipótesis. Ese concepto no nos proporciona ninguna explicación ni predice hechos, sino que constituye una “categoría” o “concepto” que forma lo que Kuhn llamaba “taxonomía” de un paradigma<sup>51</sup>. Sin embargo, la ausencia de una relación necesaria entre el “derecho”, así definido, y la Moral, definida –por ejemplo– como un “sistema de creencias acerca de lo bueno”, efectivamente es una hipótesis. Y además es una hipótesis susceptible de refutación empírica: es posible indagar en las prácticas jurídicas de los diferentes países, y si encontramos una coincidencia absoluta o sistemática entre “derecho” y “creencias morales”, la hipótesis quedaría refutada o debilitada. Empero, y como ocurre con la mayoría de las llamadas “teorías del derecho”, el positivismo entendido de esta forma no desemboca en estudios de campo u observaciones mediante las cuales ponga a prueba sus hipótesis, aun cuando éstas sean muy simples. Sin dudas que esto es un déficit epistemológico, y demuestra que el positivismo, y posiblemente toda la “teoría del derecho” que tiene un verdadero carácter descriptivo, todavía está lejos de alcanzar la madurez. No obstante, es un déficit menor que los que muestran otros discursos sobre el derecho, como –por ejemplo– las “doctrinas de los conceptos”, o la dogmática

En cuanto a la función social del positivismo, podríamos decir que en principio sus enunciados, inclusive cuando se desatiende su confrontación empírica, no parecen tener una función de conservación de estructuras sociales. Al contrario: la separación total entre “derecho” y “moral” supone despojar al discurso y la práctica jurídicas de ribetes virtuosos que omitan o justifiquen el trasfondo social sobre el que operan. Desde ese punto de vista podríamos decir que la tesis de la separación total entre “derecho” y “moral” tiene un contenido anti-ideológico. Pero también es posible que esa tesis adquiera connotaciones ideológicas si se le agrega un cierre total a cualquier otra explicación del fenómeno jurídico. Y también tiene connotaciones ideológicas la idea, bastante divulgada<sup>52</sup> de que una teoría del derecho positivista debe desentenderse de la explicación social de lo jurídico, lo cual es materia de la “sociología jurídica”, así

<sup>50</sup> Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 97 y ss. y 185 y ss.

<sup>51</sup> Kuhn, Thomas: *Las revoluciones ...*, cit., pp. 87-89.

<sup>52</sup> Bobbio, Norberto: *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 33 y ss.; Ferrajoli, Luigi: “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 30-37.

como también que es posible (si bien ajeno al campo jurídico) una valoración moral “racional” del derecho.

En efecto, esta versión “aséptica” del positivismo, que no niega que el derecho sea un fenómeno social, pero que no indaga en el entramado social sobre el que actúa, en definitiva nos está diciendo que desde un punto de vista, que es nada menos que el de los juristas profesionales, está epistemológicamente justificado verlo puramente como un discurso normativo, pasando por alto su función social. Otra vez, entonces, se adoptan rasgos ideológicos: en primer lugar, porque se genera un discurso con bajas posibilidades de crítica empírica; y en segundo lugar, porque –por lo pronto- se legitima el derecho tal como está al proponerlo como un fenómeno socialmente neutral.

### 3.4. Las doctrinas sobre los “conceptos jurídicos”

Pasemos ahora a la llamada “jurisprudencia de conceptos”, corriente de pensamiento que tuvo arraigo entre los juristas alemanes del siglo XIX y principios del siglo XX. Esta corriente del pensamiento jurídico intentó construir una “ciencia jurídica” que aislara y depurara “conceptos jurídicos” perennes o permanentes, reduciendo a ellos todo el contenido del discurso jurídico. En algunos casos esos “conceptos” tuvieron connotaciones metafísicas, mientras que en otros casos se propuso que tenían una base psicológica compartida<sup>53</sup>.

Esa visión de que la “teoría del derecho” consiste en aislar “conceptos jurídicos básicos”, tiene hoy un renacimiento de la (inesperada) mano de Ferrajoli<sup>54</sup>. Sin recaer –al menos explícitamente- ni en la metafísica ni en el psicologismo burdo de la jurisprudencia de conceptos alemana del siglo XIX, de todos modos Ferrajoli nos señala que la teoría del derecho debe centrarse en determinar la “validez” de los enunciados jurídicos específicos, entendiendo por “validez” su consistencia. A su vez, esta consistencia pasa por determinar los conceptos fundamentales con los que se maneja el discurso y la práctica jurídica: “negocio jurídico”, “ilícito”, “laguna”, “antinomía”, “permiso”, “obligación”, etc. Estableciendo un catálogo exhaustivo de estos conceptos se lograría, en primer lugar, tener herramientas explicativas de las categorías más especiales del derecho, que serían –según Ferrajoli- la materia específica de la dogmática: “mutuo”, “hurto”, “derogación”, etc. Incluso más: se podría construir una “teoría general axiomatizada” del derecho, que funcionara como un mecanismo de “validación”, esto es, una herramienta para determinar si un enunciado particular de un juez, un dogmático, un abogado, etc., son “válidos” por desprenderse deductivamente (es decir sin contradicción) de los conceptos generales.

---

<sup>53</sup> Atienza, Manuel: *Introducción ...*, cit., pp. 182-183.

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi: “Teoría del derecho ...”, cit., pp. 80 y ss.

Desde el punto de vista de su confrontación empírica, es indudable que estas concepciones están en el extremo opuesto de una teoría descriptiva que genera enunciados susceptibles de crítica y refutación. Al contrario: su aspiración es abstraerse de toda experiencia concreta, y proponer categorías sustraídas a discusión, no sólo empírica, sino conceptual, lo cual la coloca de antemano fuera de toda refutación. En una palabra: es una concepción rigurosamente normativa, no teórica, y esto no se oculta en absoluto. Por lo tanto, desde este punto de vista no podría achacarse un carácter ideológico a estas “teorías de conceptos”, especialmente en el caso de Ferrajoli, para quien asume su carácter normativo.

La calificación de estas “teorías de los conceptos jurídicos” como ideologías tuvo un primer representante notable en Pašukanis, quien utiliza como marco teórico de referencia a ciertos aspectos de la teoría económica marxista. Pašukanis observó que los “conceptos jurídicos” supuestamente perennes son, en realidad, figuras propias de las economías mercantiles, que alcanzan su máxima expresión con el capitalismo<sup>55</sup>. En tiempos en los que no hay, por ejemplo, mercancías, porque los humanos viven en comunidades pequeñas autosuficientes, no hay “contrato”, ni “relación bilateral”, sino que la normatividad se limita a un conjunto de prohibiciones muy simples que sostienen la vida comunitaria. Por lo tanto, la “eternización” de las categorías jurídicas de las sociedades mercantiles incurre en la misma falta que los economistas clásicos ingleses a los que se refería Marx en su “Introducción” a la *Contribución a la crítica de la economía política*: al proyectar para todo tiempo y lugar lo que es una propiedad de un cierto estadio del capitalismo, generan la creencia de que el actual estado de la sociedad y el derecho es eterno e intemporal, y por tanto incambiable.

Es plausible suponer que esta proposición de “conceptos jurídicos” perdurables que no son tales genera la creencia de que efectivamente el “contrato”, el “acto jurídico”, etc., son intemporales, y por lo tanto que las relaciones sociales que subyacen a esos conceptos jurídicos también lo son, o directamente que esos conceptos jurídicos son aplicables a *n* relaciones sociales. Si así ocurre, ese discurso tiene un papel de conservación de la estructura social: lo inmutable no puede cuestionarse. Esta imputación de ideología puede ser clara respecto de la antigua doctrina de los conceptos.

En la versión de Ferrajoli, sin embargo, la calificación como ideología cambia, porque lo que se nos propone es, aparentemente, algo epistemológicamente más modesto: un lenguaje común que permita operar ordenadamente dentro del derecho, pero sin la pretensión de que se trate de categorías perennes, ni que tengan carácter descriptivo. Si se la toma al pie de la letra, esta propuesta no es descriptiva, ni pretende serlo, por lo que no hay una transposición discursiva. Por otro lado, no hay un trasfondo descriptivo igual al

---

<sup>55</sup> Pašukanis, Evgeny (1976): *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor, Barcelona, 1976, pp. 37-39.

de la vieja doctrina de los conceptos jurídicos: no se nos dice que el “contrato”, la “derogación”, etc., sean conceptos eternos, sino simplemente que se está proponiendo un lenguaje común, definido estipulativamente, para eliminar ambigüedades en las discusiones entre los juristas, no en un ámbito teórico.

De todas formas, se trata de una doctrina que refuerza el desgajamiento del fenómeno jurídico respecto de las relaciones sociales, como si se tratara de un lenguaje y una práctica que se reproduce a sí misma sin influencia de los intereses de los grupos sociales y al margen de los movimientos de los conjuntos de relaciones sociales<sup>56</sup>. Es decir, si el jurista piensa (y creo que esto es una regla en cuanto a la cognición de los juristas acerca de su práctica) que sólo maneja un conjunto de prohibiciones, permisos, obligaciones, competencias, etc., derivados de categorías que él no creó, y que además existen autónomamente, queda abierto el camino para que el derecho cumpla cabalmente su función normativa y mistificadora, esto es: a) que se prosiga con la contención de la conducta disfuncional y el estímulo de la conducta funcional; y b) que las relaciones sociales que el derecho presenta como “jurídicas”, se sigan mirando a través del lente refractante del derecho, y no como relaciones sociales a las que el derecho brinda una vestidura especial.

Es interesante observar, con este ejemplo de la jurisprudencia de conceptos y de Ferrajoli, un aspecto importante de las teorías del derecho y de la dogmática que tienen rasgos ideológicos. Los destinatarios de esas ideologías no son las personas en general, sino el reducido grupo de los juristas profesionales, o incluso podríamos decir el grupo todavía más reducido de los juristas académicos, encargados de la enseñanza universitaria del derecho. Es este sector cuyas creencias necesitan reforzarse ideológicamente, para que el discurso del derecho se siga reproduciendo como hasta ahora, y por tanto que siga conservando y reproduciendo las estructuras sociales. A la gente en general, en cambio, le llegan versiones diluidas y muy débiles de la ideología, casi siempre reducidas a simples consignas o eslóganes. Esto confirma la visión de Gramsci, mencionada en 2.5, sobre los niveles de la ideología: estas “teorías” del derecho son productos ideológicos sofisticados, generados desde centros de producción académica, y por ello reservados a grupos reducidos de personas que, no obstante, tienen un papel social crucial.

### 3.5. Dworkin y el “derecho como integridad”

Otro caso que me interesa tratar es una de las tesis acerca del derecho que expone Dworkin en *Law's empire*<sup>57</sup>. A través de una metáfora (la

---

<sup>56</sup> Por este motivo decía que el renacimiento de una teoría abstracta de los “conceptos jurídicos” es inesperado viniendo de la autoría de Ferrajoli, quien no sólo en los ya lejanos tiempos del “uso alternativo del derecho”, sino más recientemente, ha defendido una práctica jurídica “activista”.

<sup>57</sup> Dworkin, Ronald: *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986, pp. 176 y ss.

construcción consecutiva de una novela por muchos novelistas –el ejemplo concreto es *A Christmas Carol*<sup>58</sup> de Dickens-) y un experimento mental (el juez Hércules), Dworkin desarrolla una idea bastante simple para describir el derecho: la integridad. Consiste en que, dado un cierto problema sometido a decisión judicial, ninguna decisión judicial puede desentonar de los textos precedentes, sean leyes, otras sentencias, dogmática, etc. No quiere decir que las sentencias posteriores no puedan diferir de las que le anteceden, pero sí que no pueden tener un tono excesivamente diferente al que tiene el resto del discurso jurídico. Hay varias “consecuciones” posibles del relato colectivo que es el derecho, pero ninguna puede ser abruptamente disímil del relato precedente.

La tesis de Dworkin es, en primer lugar interesante, porque replantea en términos descriptivos y, por ende, realistas, una cualidad del derecho que en otras teorías se llama “coherencia” o “sistematicidad”. Por ejemplo, se trata de una versión de la “coherencia” como propiedad del sistema jurídico empíricamente más sólida que la que proponen Alchourrón y Bulygin, que sostienen –aunque es dudoso que su tesis tenga un propósito descriptivo- que un “sistema jurídico” debe estar exento de contradicciones, esto es, que debe correlacionarse cada “caso” (cada situación de hecho) con una y sólo una “solución” jurídica<sup>59</sup>. La versión de Dworkin, en cambio, propone la coherencia como “ajuste a un tópico”: si bien pueden existir soluciones opuestas para casos semejantes, nunca se sale del “libreto” general compuesto de las creencias –por ejemplo- de que el derecho es el campo excluyente en el que deben dirimirse los conflictos sociales, de que existen “normas” como enunciados generales que permanecen más allá de las interpretaciones, etc. En suma: existe un metaprograma político jurídico dentro del cual hay variaciones de tono, pero que demarca el campo donde se juega el juego del derecho, y del cual no se puede salir sin quedar por fuera del sistema, sea como un espectador ajeno, sea como un opositor activo al mismo, ya que dicho metaprograma tiene como eje la aceptación del sistema social y político imperante.

Estas tesis de Dworkin generan enunciados refutables empíricamente, según el criterio de Popper: si en el futuro, y dentro del marco de la actual sociedad, se abre paso en la praxis jurídica una concepción que afirma –por ejemplo- que los conflictos sociales pueden dirimirse por fuera del estado y el derecho (supongamos, ante una asamblea de vecinos autoinvestida de autoridad, y en base a convicciones puras de esos vecinos), o que es posible expropiar un bien sin compensación y sin ley para destinarlo a un uso colectivo, la tesis de Dworkin se verá refutada.

---

<sup>58</sup> Se trata del famoso relato, frecuente en libros y películas para adultos y niños, del avaro prestamista Scrooge, que en vísperas de Navidad recibe la visita de los fantasmas de las Navidades pasadas y de su antiguo socio ya muerto, para mostrarle descarnadamente hasta dónde le ha llevado y le llevará su pasión por el dinero.

<sup>59</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 101-103.

Ahora bien, obsérvese que la explicación de Dworkin tiene un componente normativo muy significativo, ya que no solamente describe el fenómeno jurídico, sino que sus recomendaciones (sobre todo las dirigidas al conjetural juez Hércules) pretenden orientar y dirigir, no solamente explicar. Se produce entonces una mezcla entre un discurso descriptivo y uno normativo, en el que la enunciación de características fácticas de la práctica jurídica se convierte de inmediato, y sin explicación, en una propuesta regulativa para los jueces. El salto discursivo de descripción a regla propuesta equivale a excluir a la primera de refutación empírica, como sucede siempre con esta clase de confusiones de género. Por otro lado, la normativización de una característica material de la práctica jurídica tiene un efecto de refuerzo y consolidación de dicha práctica. Esta característica implica por sí sola un sesgo ideológico, ya que apunta a limitar la disidencia más allá de las fronteras de ese “relato común” del derecho. Cuando la tesis del “Derecho como integridad” se normativiza, encaja con otra tesis que Dworkin propone en su misma obra, que es abiertamente opuesta a la crítica empírica y fuertemente ideológica: la de la única respuesta correcta. En última instancia esta última tesis supone que el elenco de soluciones “razonables” para un cierto estándar argumentativo son las únicas posibles, lo cual es una versión más atenuada, pero no por ello menos metafísica, del Derecho natural.

Es más, una lectura atenta revela que su explicación razonablemente no rebasa la praxis judicial de los Estados Unidos. No existe en su texto ninguna reflexión acerca de la relación de la práctica jurídica con la vida social en general (una notable diferencia con Kelsen, según veremos) sino referencias fragmentarias a un trasfondo social y político específicamente norteamericano. Ello es notorio, por ejemplo, en la exigencia al juez Hércules de tener en cuenta la “historia legislativa”, entendida como el proceso social que llevó a la aprobación de una ley por parte de un parlamento democrático<sup>60</sup>.

La proposición, como único contexto explicativo de la praxis jurídica, de una versión muy específica del capitalismo y sus estructuras políticas, como lo son los Estados Unidos en los siglos XX y XXI, tiene un efecto ideológico particular para los Estados Unidos. La omisión de otros contextos sociales y políticos genera en el jurista norteamericano (que como vimos es el destinatario de la obra) la creencia de que su modo de hacer Derecho, y su contexto social y político, son universales, y que la divergencia del mismo es una anomalía. La refracción del contexto social es todavía más grave si es parte de la explicación de Dworkin se asume por un jurista fuera de Estados Unidos, particularmente en países en los que el régimen democrático no ha sido constante y perduran partes importantes de leyes dictatoriales. Esta omisión o, si se prefiere, universalización del contexto norteamericano como trasfondo social del derecho, supone un recorte del contexto fáctico de refutación de, al menos, una parte importante de la tesis de Dworkin. Lo que, a mi entender, queda como

---

<sup>60</sup> Dworkin, Ronald: *Law's empire*, cit., pp. 313 y ss.

aporte realmente teórico de la tesis, depurada de su contenido ideológico, es el concepto –este sí refutable en un contexto más amplio- de que el “relato general” del discurso jurídico tiene límites en cuanto a las disonancias. Igualmente esta hipótesis tiene que ser depurada, porque en todo caso su contexto de refutación son las sociedades capitalistas contemporáneas, y no cualquier sociedad (entre otras cosas, porque las sociedades premercantiles ni siquiera tenían derecho en sentido propio), aspecto que también está omitido en los textos de Dworkin.

### 3.6. Teorías de bajo contenido ideológico (I): Kelsen

De la misma manera que el cerno ideológico permite identificar rasgos ideológicos que constituyen debilidades epistemológicas, en ciertas concepciones del derecho, también permite, por oposición, identificar teorías con escasos (o quizás nulos) rasgos ideológicos, lo cual denota una alta fortaleza epistemológica.

El primero de estos casos que me interesa señalar es el de Kelsen, por el alto impacto que tuvo –al menos nominalmente- en la teoría del derecho occidental. Entre otras cosas, Kelsen sostuvo con meridiana claridad que el derecho es una herramienta de control social (“técnica de control específica”), dotada de ciertas propiedades especiales, por ejemplo: a) crea una estructura simbólica especial (“esquema de representación”) que dota de un significado social a acciones que, vistas sin los ojos de esa “refracción”, no tienen sentido<sup>61</sup>; b) la calificación del “derecho” como un sistema social, esto es, como un conjunto de mecanismos insertos en un conjunto de relaciones sociales mucho más vasto<sup>62</sup>; c) la proposición de que el fin específico del derecho es la organización de la violencia, atribuyendo el monopolio de su uso a la “comunidad jurídica”<sup>63</sup>; etc.

Estas aserciones teóricas pueden dar lugar a enunciados refutables empíricamente. Por ejemplo, si observáramos una conducta que, para tener sentido jurídicamente, no tuviera que ser interpretada (y aquí este término lo uso en su dimensión sociológica) a través de un esquema de representación del mismo discurso jurídico, podríamos refutar el enunciado teórico “el derecho crea un esquema de representación”.

Por otro lado, efectivamente Kelsen logra que grandes partes de su teoría (y podemos llamarla así con propiedad) no sean funcionales a ciertas estructuras sociales. Si bien la inserción del derecho en el entramado social omite partes importantes de ésta, particularmente porque Kelsen ni propone ni se afilia a una teoría general de la sociedad, los rasgos materiales esenciales del

---

<sup>61</sup> Kelsen, Hans: *Teoría pura ...*, cit., pp.15-16.

<sup>62</sup> Kelsen, Hans: *Teoría pura ...*, cit., pp. 39 y ss.

<sup>63</sup> Kelsen, Hans: *Teoría pura ...*, cit., pp. 49-50

derecho (la organización de la violencia, el constituir una herramienta de control, etc.) tienen una importancia central y, lo que es más relevante, no se propone ni se sugiere una visión de la estructura social favorable a ciertos intereses, o que tenga un efecto funcional de conservación y reproducción de dicha estructura. Particularmente, Kelsen se despega de toda valoración benigna del fenómeno jurídico, despojándolo de toda suposición (estas sí ideológicas) de que es o debe ser “justo”, o “preservar la paz social” o la “vida social ordenada”, o cosas por el estilo. Ciertamente que en Kelsen el derecho, como todo discurso y práctica normativa, es un factor ordenador, pero no se trata de ninguna ordenación esencialmente buena: ningún sistema jurídico es por definición bueno ni malo, sino que simplemente es, y cumple su función social. El derecho de un estado democrático, de un estado teocrático o de una dictadura militar, son derechos por igual, más allá de que alguno de ellos resulte reprobable desde la óptima moral del observador. Y otro aspecto relevante que marca el carácter no ideológico de la teoría de Kelsen: tampoco las sociedades sobre las que el derecho cumple sus funciones son buenas ni malas, ni en su estructura económica, ni política, ni de ninguna otra índole.

No obstante, en Kelsen se encuentran algunos elementos que, según la propuesta que realicé en 2.5, son marcas identificatorias primarias de la ideología. En primer lugar, Kelsen propone por lo menos un “experimento mental” como instancia de corroboración empírica de sus hipótesis: la de la “banda de ladrones”, que se convierte en comunidad jurídica una vez que ha establecido reglas que deben respetarse internamente<sup>64</sup>. En segundo lugar, Kelsen no realizó observaciones empíricas, ni tampoco se generaron (hasta donde llega mi conocimiento) observaciones a partir de su teoría. Pero fuera de eso, no tengo dudas de que la ausencia de un control observacional formal es un déficit epistemológico de la teoría de Kelsen, que en última instancia se convierte en un elemento, no decisivo pero tampoco totalmente irrelevante, propio de una ideología. Cabe destacar en defensa de Kelsen, no obstante, que la despreocupación por el control observacional es un rasgo típico de casi todas las teorías del derecho, inclusive de las más descriptivas, e incluso de muchas teorías sociales.

Hay algunos puntos de la teoría de Kelsen, en cambio, que no son susceptibles de refutación. Por ejemplo, hasta en sus últimos trabajos Kelsen sostuvo, coincidentemente con buena parte de la teoría del derecho, que la “norma” no puede confundirse con la “declaración”, que equivaldría al enunciado que la formula. Si bien en su última obra Kelsen se desembaraza de la concepción metafísica de la norma como una “entidad” expresada en el enunciado, de todas maneras la concibe como un “sentido” de este último, como si fuera algo separable –aparentemente– del mero conjunto de signos<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Kelsen, Hans: *Teoría pura ...*, pp. 57 y ss.

<sup>65</sup> Kelsen, Hans: *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, p. 43.

Pero la identificación de un rasgo ideológico no depende sólo de la ignorancia o la resistencia a la crítica empírica, sino fundamentalmente de que se pueda establecer una relación funcional entre ese rasgo del discurso y una estructura social. En este último punto es donde se vuelve especialmente difícil sostener que los déficits epistemológicos de Kelsen tienen propiedades ideológicas. Por ejemplo: si bien se podría argüir que la separación entre “norma” y “declaración” tiende a proponer a la primera como una entidad independiente de los sujetos, y de esa forma conjurar subrepticamente los intentos de cambio normativo, la realidad es que Kelsen aceptó con total amplitud que las “normas” pueden cambiar cuantas veces se quiera, y tener cualquier contenido. En suma, puede concluirse que la teoría de Kelsen tiene un bajísimo, por no decir nulo, contenido ideológico.

### 3.7. Teorías de bajo contenido ideológico (II): Luhmann

Paso a otro ejemplo de una teoría del derecho de bajo contenido ideológico, mucho más relevante porque involucra una teoría general de la sociedad: la teoría de los sistemas sociales de Luhmann.

Es imposible resumir en unos párrafos una de las teorías sociales más complejas del último medio siglo, por lo que, a modo de resumen, digamos que Luhmann explica la sociedad mediante un paradigma centrado en la noción de “sistema” proveniente de la ciencias naturales y de la matemática y la lógica. Todo sistema es un conjunto de “elementos” (que son a su vez las unidades irreducibles de un sistema), vinculados mediante “relaciones”, pero sin que los elementos tengan definición en sí, sino en el seno del propio sistema. Es decir que el sistema se perfila *antes* que los elementos que lo componen. Lo que identifica un sistema es su *diferenciación*, entendida como la colocación de límites respecto de su “entorno”. Los sistemas, no obstante, se alimentan de su entorno (que es, simplemente, todo lo que está fuera del sistema) mediante algo así como “compuertas”. La cantidad y amplitud de estas vías de entrada determinan el grado de apertura del sistema. Internamente, los sistemas tienen grados variables de *complejidad*, que se produce cuando la cantidad de relaciones posibles entre elementos del sistema supera las que efectivamente se pueden llegar a establecer. La complejidad tiene como complemento la *contingencia*, entendida como la probabilidad de que una relación posible se consume o se frustra. Para determinar qué relaciones entre elementos se hacen efectivas y cuáles no, los sistemas autogeneran criterios de selección<sup>66</sup>.

El sistema jurídico, según Luhmann, es un subsistema diferenciado dentro del sistema mayor “sociedad”, cuyo criterio de selección para solucionar los problemas de complejidad es “licito/ilícito”: lo primero se consume, lo segundo no. La función concreta del sistema jurídico como subsistema de la sociedad es, para esta teoría, la estabilización de las expectativas, que son

---

<sup>66</sup> Luhmann, Niklas: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthropos – Universidad Iberoamericana – Centro Editorial Javeriano, 1998, Barcelona, pp. 37-76.

complejas porque no todas pueden cumplirse, y tiene por lo tanto que dirimirse de algún modo cuáles se cumplen y cuáles se frustran<sup>67</sup>. Hay otros aspectos interesantes en la teoría de Luhmann, pero por el momento me detendré aquí.

Primeramente, la teoría de Luhmann, se comparta o no, genera enunciados refutables, por lo que puede ser calificada como científica. Por cierto que su universo teórico nos propone una visión de la sociedad muy diferente de otras teorías sociales: para empezar, los “sujetos sociales” no son ni las personas aisladas, como nos proponen las teorías individualistas (cuyo típico ejemplo es la corriente económica neoclásica), ni los grupos sociales (como ocurre en el marxismo con las clases sociales), sino los sistemas, que son complejos de mecanismos de procesamiento de información y/o acciones que se generan y se reproducen por sí solos.

Por otro lado, la teoría de los sistemas de Luhmann, al igual que el funcionalismo de Parsons (con quien Luhmann estudió), ignora los procesos de cambio social drástico, pareciendo proponer que todos los conflictos se resuelven por “absorción” dentro de alguno de los sistemas. Probablemente estas omisiones puedan vincularse con un fin de conservar las estructuras sociales vigentes, a través de su presentación como esquemas despersonalizados. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con el pensamiento económico neoclásico, que se parapeta en la proposición apodíctica de ciertos enunciados básicos con los que construye “modelos” carentes de contraste empírico, Luhmann aporta evidencias provenientes de trabajos de campo para su teoría. Por otra parte, al menos en los trabajos del propio Luhmann, no están presentes algunos rasgos clásicos del discurso ideológico, como la proliferación de modelos, experimentos mentales, hipótesis *ad hoc*, etc.

Donde sí se aprecia un rasgo ideológico es en la explicación de la función de la dogmática. Según Luhmann, el papel que cumplió históricamente la dogmática en el seno del sistema jurídico fue “clasificatoria”. Si la función general del sistema jurídico es controlar la complejidad descartando las expectativas “ilícitas” y satisfaciendo las expectativas “lícitas”, eso se hizo históricamente estableciendo un “centro de gravedad” del lado de la información que *recibe* el sistema jurídico desde su entorno. Si bien el sistema jurídico es, como todo sistema, autorreferente en su creación, los criterios de selección de lo lícito y lo ilícito se basan en la aprehensión de datos que vienen desde otros sistemas: estas son las situaciones de la vida que no están todavía “juridizadas”. Esta juridización consistió, históricamente, en la ubicación de cada situación de hecho en categorías predefinidas por la dogmática: “compraventa”, “acto administrativo”, “ilícito civil”, “tributo”, “sentencia interlocutoria”, etc. Luego, dice Luhmann, y como cada categoría estaba asociada a valoraciones de licitud/ilicitud aceptadas sin mayor discusión, los

---

<sup>67</sup> Luhmann, Niklas: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 39 y ss.

jueces simplemente aplicaban dichas valoraciones y el criterio de selección producía resultados previsibles. En otras palabras: para Luhmann el sistema transcurría bien mientras la dogmática cumplía una función clasificadora y calificadora, lo cual suena visiblemente próximo a la “jurisprudencia de conceptos”. Sin embargo, dice Luhmann, todo cambia cuando el centro de gravedad del sistema jurídico se traslada a las consecuencias de las decisiones, esto es, al criterio de selección, en vez de ubicarse en la recepción de información al sistema. La tesis de Luhmann es que la dogmática jurídica pierde su sentido tradicional al decrecer su labor clasificatoria y dedicarse a la proyección de soluciones jurídicas atendiendo a las consecuencias<sup>68</sup>.

Esta visión de la dogmática como mera generadora de categorías jurídicas y criterios de calificación (que en eso se resume la idea de que su lugar original era en los puntos de entrada de información al sistema jurídico) es claramente falsa en el largo plazo. Si bien ese pudo ser el programa de trabajo de algún sector de la dogmática occidental como la exégesis y la jurisprudencia de conceptos alemana (mencionada arriba), antes y después de esas corrientes, e incluso simultáneamente con ellas, la dogmática se ocupó de proponer proyectos de soluciones para problemas jurídicos no sólo a partir de calificaciones, sino discutiendo directamente la pertinencia de las soluciones. Utilizando términos del propio Luhmann, la dogmática jurídica siempre operó tanto en el punto de entrada de información al sistema como en los criterios de selección y la producción de resultados.

Citemos algunos ejemplos al azar, tomados de la antigua dogmática de principios del siglo XX. Por ejemplo, veamos la crítica de Carré de Malberg a la proposición del “derecho natural” como un límite jurídico para la actividad del Estado y su afirmación de que toda regla que opere como un límite tiene que tener “sanción material”<sup>69</sup>. Dado que esa tesis fue formulada en el ámbito jurídico académico, y está dirigida por lo tanto a juristas profesionales, es una tesis dogmática, y su contenido indudable es hacer prevalecer las soluciones basadas en la ley “en sentido formal”, esto es, en los textos autorizados. En palabras de Luhmann eso es un argumento dirigido a las consecuencias, no a la clasificación. Otro ejemplo es el tratamiento de la retroactividad por la más rancia dogmática civil; para citar un caso clásico, tomemos la obra de Planiol, de uso común en el aprendizaje del derecho en la primera mitad del siglo XX<sup>70</sup>. En esa obra hay un interés muy especial en combatir la retroactividad, lo cual nos remite –en el esquema de Luhmann– a las consecuencias de sistema, y no a la entrada de información al mismo.

---

<sup>68</sup> Luhmann, Niklas: *Sistema jurídico...*, cit., 61 y ss.

<sup>69</sup> Carré de Malberg, Raymond: *Teoría general del Estado*, FCE, México, 1998, pp. 229-231.

<sup>70</sup> Planiol, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*, tomo I, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1927, pp. 96 y ss.

Hasta ahora no existiría un problema epistemológico, porque la concepción de la dogmática de Luhmann sería de todos modos refutable, por ejemplo con los casos que vengo de citar. El problema empieza porque Luhmann no somete a crítica empírica a su tesis. Esto es especialmente relevante cuando los contraejemplos, que no se limitan a los casos que mencioné, son fácilmente asequibles a alguien familiarizado con la práctica jurídica como Luhmann, dada su condición de abogado. Además, cuando se lee más de cerca su tesis, se advierte un tono crítico hacia la práctica judicial orientada a las consecuencias, y consiguientemente a la dogmática que sigue ese camino. En otras palabras: bajo una tesis que en apariencia es puramente teórica (y que sin dudas tiene algunos aspectos descriptivos que, a mi juicio, son además verdaderos), se desliza un discurso normativo velado, que trata de advertirnos acerca de lo que más adelante en este trabajo llamaré “activismo judicial”. Esta trasposición discursiva de un discurso normativo velado en un lenguaje que se presenta como puramente teórico es un rasgo ideológico, según se señaló en 2.5.

Pero como en los demás casos, la calificación como ideología de la tesis de Luhmann requiere que, de acuerdo con alguna teoría social, sus déficits empíricos tengan una función de conservación de una estructura social. En ese sentido tenemos varias alternativas. Por ejemplo, si se acepta cualquier teoría en la cual el conflicto es el centro de la dinámica social (y ello comprende al marxismo y también otras teorías), la tesis de Luhmann sobre la dogmática puede tener tintes ideológicos. Cuando la dogmática, y el sistema jurídico todo, se orientan a las consecuencias, ponen explícitamente en la escena jurídica el conflicto social, ya que la decisión por consecuencias desnuda que algunas soluciones son favorables a algunos y perjudiciales para otros. Por contraposición, una mera labor clasificatoria, en la que las consecuencias se toman como dadas, supone no problematizar los efectos sociales de las decisiones judiciales.

Ahora bien, si el marco teórico aceptado es la teoría social del propio Luhmann, su tesis sobre la dogmática no tiene ribetes ideológicos por sencillas razones de coherencia interna. No obstante, y dentro del mismo marco teórico de Luhmann, no queda para nada claro por qué la orientación hacia las consecuencias y no sólo a la clasificación lesiona la aptitud del sistema jurídico para estabilizar las expectativas. Al contrario, no hay ninguna señal de que la creciente orientación a las consecuencias, si realmente fuera creciente (y no una continuación de algo que siempre ocurrió), comprometa la eficacia del sistema jurídico como medio de estabilización de expectativas. En tal caso, esta falla explicativa consiste en un defecto teórico, y también deriva de un déficit epistemológico, puesto que Luhmann desatendió en absoluto las claras evidencias en contra de su postura.

En este punto se revela lo dicho en 2.5: el carácter ideológico de una tesis es algo esencialmente relativo. En efecto, en todo caso lo que podía sostenerse es que toda la teoría social de Luhmann, o porciones generales de ella, tienen

contenido ideológico, pero eso dependerá -valga la redundancia- de una apreciación general de su teoría, y no sólo de su teoría del derecho. Queda demostrado así que el análisis ideológico es una herramienta epistemológica general, no sólo posible en un marco teórico marxista por más que es indudable que la herramienta en sí es un aporte de Marx y el marxismo.