

FICCIONALIZAR LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE Kelsen*

Maximilian KIENER**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desafío cognitivista*. III. *Ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen (1881-1973) fue uno de los principales “positivistas jurídicos” del siglo XX. Y fue un positivista jurídico porque se centró exclusivamente en las “cuestiones de lo que el derecho *es* y cómo es producido (esto es, el derecho como es positivizado) y no (sobre)... cuestiones del derecho que *debe ser*”.¹ Asimismo, Kelsen distanció su postura de la teoría del derecho natural al rechazar que el derecho, para ser tal, “debe tener alguna preocupación

* Este artículo fue publicado originalmente como: Kiener, Maximilian, “Fictionalising Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 99-121. Traducción al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.com. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Investigador asociado en el Centro Uehiro de Ética Práctica de la Universidad de Oxford. Contacto: maximilian.kiener@philosophy.ox.ac.uk.

Deseo agradecer a Leslie Green, John Hyman, Jörg Kammerhofer y Matthias Jestaedt por sus valiosos comentarios respecto a un primer borrador de este ensayo. También me beneficié considerablemente por la presentación, en 2018, de una versión anterior del presente documento en la Conference of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Kelsen’s Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, en la Universidad de Friburgo (Alemania).

¹ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trad. al inglés de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Estados Unidos, Clarendon, 2004, p. 7. Énfasis añadido. De manera adicional a la traducción en inglés, también haré referencia a la versión original en alemán:

por la justicia, sea para asegurar un mínimo ético, sea para intentar, aunque inadecuadamente, ser un derecho «correcto», esto es, sencillamente, justo”.²

Sin embargo, a diferencia de muchos otros positivistas, Kelsen negó que la validez de las normas jurídicas —o, en otras palabras, su obligatoriedad normativa— pudiera ser siempre derivada del hecho de que la gente, en general, las obedezca. Entonces, Kelsen se apega a una distinción estricta del *ser* contra el *deber ser*, y afirma que una norma (un *deber ser*) jamás puede recibir su validez de un hecho (un *ser*), sino únicamente de otra norma. De acuerdo con esto, una norma es válida si, y sólo si, puede remontarse a una norma superior que le confiera validez. Como la cadena de normas que confieren validez no puede retroceder *ad infinitum*, Kelsen sostiene que la validez de las normas jurídicas, en última instancia, depende de una primera norma cuya validez no puede estar condicionada por otra norma. Así, Kelsen llama *fundamental* a esta norma (*Grundnorm*), y la presenta como una norma no-positiva (una norma que no está *positivizada* y, por lo tanto, no forma parte de un sistema jurídico dado) que, en tanto norma, es meramente presupuesta en el pensamiento. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) autoriza a la norma positiva más alta; en otras palabras, a la Constitución, y puede ser formulada esquemáticamente de la manera siguiente:

Los actos coercitivos deben realizarse en las condiciones y de la manera en que la primera Constitución histórica, y las normas creadas de acuerdo con ella, prescriben (en resumen: uno debe comportarse como la Constitución ordena).³

Como la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para la validez de las normas, también será crucial para la *cognición* del derecho en tanto objetivamente válido, lo que Kelsen describe como su principal objetivo:

...mi objetivo, desde el inicio, ha sido elevarla [esto es, a la teoría del derecho (*jurisprudence*)] al nivel de una ciencia genuina, una ciencia humana. La idea ha sido desarrollar aquellas tendencias de la teoría del derecho (*jurisprudence*) que se centren, únicamente, sobre la cognición del derecho más bien que en su conformación, y aproximar los resultados de esta cognición

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 15. En lo siguiente abreviada como RR₁.

² Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 22 (RR₁, 32).

³ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law. Translated from the Second (Revised and Enlarged) German Edition*, trad. de Max Knight, Estados Unidos, The Lawbook Exchange Ltd, 2009, p. 201. También, con respecto a la segunda edición, haré referencias a la versión original en alemán: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, p. 359. En lo sucesivo abreviada como RR₂. Véase, también, Kelsen, Hans, RR₁, p. 76.

tan cerca como sea posible a los más altos valores de toda ciencia: objetividad y exactitud.⁴

Ahora bien, en este ensayo tengo como objetivo realizar dos contribuciones al debate sobre Kelsen. En primer lugar (II), deseo llamar la atención sobre un serio desafío para el proyecto de Kelsen sobre la cognición del derecho, inherente a ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), que he denominado “desafío cognitivista”, y que no ha recibido atención en la literatura. En segundo lugar (III), deseo mostrar cómo el tratar de resolver el desafío cognitivista conduce a una comprensión más profunda del proyecto de Kelsen, en tanto “teoría”; esto es, un proyecto preocupado por la cognición, y de qué manera éste es “puro”; es decir, separado de la moral, así como de las ciencias interesadas por cuestiones de hecho, en oposición a las normas. En particular, me propondré resolver el desafío cognitivista al presentar una explicación de lo que denomino “ficcionalismo jurídico positivo”. Desde una perspectiva exegética (III.1), sostendré que el ficcionalismo jurídico positivo puede estar firmemente enraizado en las propias afirmaciones de Kelsen, aunque en ocasiones es necesario desarrollar sus afirmaciones, en lugar de darlas por sentadas. En consecuencia, el ficcionalismo jurídico positivo será kelseniano, pero no del todo kelseniano. Desde una perspectiva sistemática (III.2), expondré, entonces, las ventajas epistémicas específicas que el ficcionalismo jurídico positivo suministra al proyecto de Kelsen respecto al conocimiento del derecho, resolviendo así el dilema cognitivista y enfatizando el valor del ficcionalismo para el positivismo jurídico. Finalmente (IV), resumiré mis resultados y expondré mis conclusiones.

Este ensayo es ambicioso; por ende, para encausar y resolver el desafío cognitivista tendré que tomar en cuenta un amplio espectro de los textos esenciales de Kelsen: sus primeros escritos, las dos ediciones (1934 y 1960) de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), algunas obras de su periodo tardío, así como su correspondencia con otros académicos. Por si fuera poco, necesitaré vincular el debate sobre Kelsen a las afirmaciones de la discusión filosófica y metaética del llamado ficcionalismo, esto es, un vínculo que no ha sido explorado en el debate sobre Kelsen hasta ahora. Por último, tendré que ponderar, siempre, aspectos exegéticos y sistemáticos en el decurso del desarrollo de mis argumentos.

La mezcla de tal ambición y las restricciones habituales de espacio me impedirán discutir, en detalle, el amplio *corpus* de literatura secundaria sobre

⁴ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 1.

Kelsen. Por un lado, tendré, por tanto, que dejar al lector espacio para que continúe indagando sobre cómo mi enfoque armoniza o conflictúa, exactamente, con la opinión mayoritaria sobre las afirmaciones de Kelsen. Por otro lado, es justo esa aproximación la que me permitirá centrarme en importantes aspectos exegeticos y sistemáticos con la suficiente profundidad y, en consecuencia, proveer una postura fresca sobre diversas afirmaciones de Kelsen. Por ello, espero que el camino que discurro en este ensayo, incluyendo mi tratamiento aventurado de la literatura secundaria, no sólo se disculpe con referencia a las limitaciones de espacio, sino que también se aprecie en tanto intrínsecamente ligado al objeto de mi investigación y la ambición que persigo.

II. EL DESAFÍO COGNITIVISTA

Hans Kelsen presenta su teoría pura del derecho explícitamente como una “teoría”, lo que quiere decir que dicha teoría tiene como “único objetivo el conocimiento de su objeto de estudio”,⁵ y es, por lo tanto, genuinamente un proyecto científico. Kelsen, después, identifica como objeto de estudio a la norma jurídica, la cual, afirma, está dada en la forma de un condicional: eso (jurídicamente) *debe ser*; si algún evento natural *X* ocurre, entonces la consecuencia jurídica *Y* es impuesta. Kelsen enfatiza continuamente que uno puede alcanzar la cognición objetiva de la norma jurídica y, en su núcleo, el *deber ser* jurídico, fundamentando así una genuina ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*).⁶ Así, la cognición objetiva consiste en el conocimiento de una norma jurídica objetivamente válida. Y una norma jurídica es objetivamente válida si, y sólo si, es realmente vinculante desde el punto de vista normativo, lo que quiere decir que la norma jurídica, su fuerza normativa, no puede ser reducida ni a deseos o preferencias subjetivas ni a otros hechos psicológicos o sociológicos.

Por otra parte, Kelsen enarbola una perspectiva diametralmente opuesta sobre las normas morales. Cabe destacar que, en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), Kelsen sostiene que una norma moral es un ente ajeno al objeto de estudio⁷ (*logosfremdes Objekt*)⁸ y no puede ser ex-

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ Kelsen, Hans, RR₁, p. 15. Véase, también, el prefacio. *Rechtswissenschaft*, a diferencia de “ciencia jurídica”, no sugiere una afinidad a las ciencias naturales.

⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 17. En esta obra la traducción “ajeno a la lógica” parece demasiado estrecha.

plicada por medio del conocimiento racional.⁹ Que algo deba ser *moralmente* no se traduce como un objeto adecuado para una ciencia (*Wissenschaft*). Entonces, las normas morales no pueden ser objetivamente válidas, si es que existen, pues dependen de hechos psicológicos o sociológicos. Y si no pueden ser objetivamente válidas, no puede haber una cognición objetiva de las mismas en el sentido esbozado.

De ahí que, tomado al pie de la letra, Kelsen establece un marcado contraste entre las normas jurídicas y morales en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (Carsten Heidemann). Sin embargo, un vistazo más de cerca revela que existe otra distinción oculta: cuando Kelsen habla sobre las normas morales en la primera edición, siempre se refiere a normas morales *absolutas*;¹⁰ cuando habla sobre las normas jurídicas, siempre alude a las normas jurídicas *relativas*. Una norma es absoluta si su validez no depende de ninguna otra norma; es relativa si su validez depende de otra norma. En consecuencia, Kelsen no contrasta las normas *morales* con las *jurídicas* después de todo; contrasta las normas morales *absolutas* con las *jurídicas relativas*.

Por desgracia, emplear estas dos distinciones a la vez (*morales versus* jurídicas; *relativas versus* absolutas) ofusca lo que Kelsen pretende decir. Esto es así porque la distinción entre normas morales y jurídicas no corresponde a la distinción entre normas absolutas y relativas: podría haber normas morales relativas (como el relativismo ético sostiene) y normas jurídicas absolutas (como afirma la teoría del derecho natural). Además, Kelsen reconoce explícitamente esto en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Pero si puede haber normas morales relativas y normas jurídicas absolutas, esto nos conduce a las siguientes preguntas: ¿las normas morales absolutas fallan como objetos de cognición porque son normas *morales* o porque son normas *absolutas*? ¿Cuál es la posición exacta de Kelsen? Lamentablemente, ambas alternativas entrañan problemas.

Permítasenos asumir, primero, que las normas no pueden ser objeto de cognición si son normas *morales* y, por lo tanto, siguen lo que Kelsen parece afirmar en la primera edición. Bajo esta lectura, la combinación de la visión de Kelsen sobre las normas jurídicas y morales deviene muy desconcertante, ya que Kelsen mismo enfatizó que el “deber jurídico” y el “deber moral” convergen en la categoría “deber” como su *genus proximum*.¹¹ Por lo tanto,

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 16-18, 22, 23, 28 y 34 (RR₁, pp. 26-29, 33, 40 y 47). En esta obra, Kelsen afirma que las normas morales son absolutas.

¹¹ *Ibidem*, p. 26 (RR₁, p. 37).

uno podría pensar si el “deber jurídico”, a diferencia del “deber moral”, puede ser un objeto de cognición, esto puede ser en razón de lo que es distinto en el “deber jurídico”. No obstante, la respuesta de Kelsen es que la “diferencia entre el derecho y moral consiste en el hecho de que el derecho es un orden coercitivo”,¹² mientras que la moral no es un orden coactivo; es decir, la moral no impone un “acto coercitivo del Estado”.¹³ Pero esto no explica por qué un “deber” (jurídico) es un objeto de cognición, en tanto el otro “deber” (moral) no lo es. En consecuencia, esta primera interpretación del contraste de Kelsen de las diferentes normas parece conducir a un callejón sin salida.

Pero, ¿qué decir de la interpretación, de acuerdo con la cual Kelsen afirma que las normas no pueden ser un objeto de cognición si son *absolutas*? Ésta parece ser la posición que Kelsen adopta después, en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*). Kelsen sostiene que “un valor absoluto en general y, un valor moral absoluto, en particular, es rechazado desde el punto de vista del conocimiento científico”.¹⁴ Desde esta posición, tanto las normas morales como las jurídicas pueden ser objetivamente válidas y un objeto de cognición, siempre que sean relativas. De manera que Kelsen reconoce, en la segunda edición y en oposición a sus afirmaciones de la primera edición, que la ética es la “disciplina encaminada hacia su conocimiento (de las normas morales)”,¹⁵ y se refiere a la ética como “la ciencia de la moral”.¹⁶ No obstante, aun bajo esta lectura, ¿sigue siendo desconcertante cómo únicamente las normas relativas, pero no las absolutas, pueden ser objeto de cognición? ¿Cómo puede la *relatividad* facilitar la validez y la cognición *objetivas*? Y, además, después de renunciar a la distinción entre lo moral y lo jurídico, ¿cómo puede Kelsen preservar la distinción entre moral y derecho, que tanto se empeña en subrayar como parte del positivismo jurídico? Por eso la segunda interpretación de la contraposición de normas de Kelsen también conduce a cuestiones difíciles.

¹² Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Tur, Richard y Twining, William L. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, 1986, p. 112. Véase, también, Kelsen, Hans, *RR*₁, p. 37.

¹³ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 26.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., pp. 18, 63 y 67-69 (*RR*₂, pp. 128, 50, 134 y 137). Véase, también, Kelsen, Hans, “Problem der Gerechtigkeit”, en Kelsen, Hans, *RR*₂, p. 689. En mi propia traducción: [Kelsen rechaza] “desde el punto de vista del conocimiento científico... la existencia de valores absolutos generales y particulares... y sólo reconoce la validez de los valores relativos”.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 59 (*RR*₂, p. 119).

¹⁶ *Ibidem*, pp. 8, 19, 22, 64 y 86 (*RR*₂, pp. 33, 51, 52, 56, 126 y 169).

En lo sucesivo emplearé el término *desafío cognitivista* para describir la dificultad para mantener la perspectiva de Kelsen sobre las normas jurídicas relativas; es decir, que uno puede conocer objetivamente estas normas sin rechazar su postura sobre las normas morales absolutas, esto es, que uno *no puede* conocer objetivamente estas normas. Una solución al desafío cognitivista será de vital importancia para comprender el proyecto de Kelsen como una “teoría”, en otras palabras, como un proyecto de cognición objetiva y como un proyecto que es “puro”; es decir, un proyecto separado no sólo de las ciencias empíricas, sino también de la moral.

III. FICCIONALISMO JURÍDICO POSITIVO COMO UNA SOLUCIÓN AL DESAFÍO COGNITIVISTA

En esta sección desarrollaré aquello que llamo *ficcionalismo jurídico positivo* como una solución al desafío cognitivista. El soporte para dicho ficcionalismo jurídico positivo proviene de una perspectiva exegética, muestra que puede estar enraizada con firmeza en las propias afirmaciones de Kelsen y, desde una perspectiva sistemática, demuestra cómo asiste efectivamente al proyecto de conocer el derecho de Kelsen; en consecuencia, resuelve el desafío cognitivista. Sin embargo, antes de desarrollar estas dos perspectivas, deseo subrayar mi propósito. El ficcionalismo jurídico positivo consiste en las siguientes afirmaciones:

- *Teoría del error*. No existen normas objetivamente válidas. Por lo tanto, no existe una cognición objetiva de las normas,¹⁷ y cualquier afirmación que asegure la existencia de normas objetivamente válidas es falsa.
- *Ficción jurídica*. Emplear una ficción permite el conocimiento objetivo de las normas jurídicas relativas, lo que sería imposible de otra forma y provee mayores ventajas epistémicas para la cognición del derecho.

En pocas palabras, la solución que el ficcionalismo jurídico positivo propone al desafío cognitivista es la siguiente: es correcto que ninguna norma, jurídica o moral, relativa o absoluta, pueda ser un objeto de cognición —ha-

¹⁷ Es acerca de la cognición objetiva de las normas *qua* normas. Esto es aun consistente con decir que puede haber cogniciones objetivas de las normas, entendidas como hechos sociológicos o psicológicos.

blando estrictamente—. Sin embargo, recurrir a una ficción nos permite separar el conjunto de las normas jurídicas relativas de todas las otras normas y situar a las normas jurídicas en un camino que facilite su cognición objetiva. Se requiere una advertencia aquí: podría existir una cognición objetiva de estas normas *qua* normas a pesar de que esta validez de las normas no dependa más de ningún hecho o preferencia psicológica, sino únicamente de otra norma, es decir, la ficción, que explicaré en breve con referencia a la *norma fundamental* (*Grundnorm*); por lo tanto, la validez de las normas jurídicas, así como su cognición, pueden ser objetivas, a pesar del hecho de que tal validez pudiera ser ficticia, como la ficción misma.

Por su parte, el ficcionalismo jurídico positivo entiende por “ficción” una suposición falsa, e identifica como ficción la suposición de la existencia de una *norma fundamental* (*Grundnorm*). La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es supuesta para garantizar que el proyecto de Kelsen es una teoría. En otras palabras, concerniente a la cognición objetiva, así como que el proyecto de Kelsen es puro; es decir, separado de la moral y las ciencias empíricas. La ficción puede hacer esto al proveer las bases para la validez objetiva, o dicho de otra forma, la validez que no puede ser reducida ni a los deseos o preferencias subjetivas ni a ningún otro hecho psicológico o sociológico, pero que depende sólo de las normas.

La solución para el desafío cognitivista evade el callejón sin salida de la primera interpretación del contraste de Kelsen mencionado anteriormente: el ficcionalismo jurídico positivo no considera que el derecho, en tanto orden coercitivo, sea la razón por la que las normas jurídicas, pero no las morales, puedan ser objeto de cognición. Por si fuera poco, el ficcionalismo jurídico positivo también evita las preguntas difíciles de la segunda interpretación: no entraña que es justo la relatividad de las normas la que las hace objetos adecuados de cognición. Es la ficción aplicada al derecho positivo la que hace a las normas jurídicas relativas adecuadas para la cognición objetiva.

Como la ficción es aplicada sólo a las normas jurídicas, el ficcionalismo jurídico positivo es consistente con lo que Kelsen afirma en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*): que sólo las normas jurídicas, pero no las morales, pueden ser objetos de cognición. Más aún, el ficcionalismo jurídico positivo se encuentra también en concordancia con lo que Kelsen sostiene en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de que únicamente las normas relativas pueden ser objeto de cognición: la ficción es una norma absoluta (esto es, la *norma fundamental* [*Grundnorm*]), que no es por sí misma un objeto de cognición, sino que sólo facilita la cognición de

otras normas relativas cuya validez depende de la ficción de la forma correspondiente.

Una advertencia es necesaria en este punto: la *teoría del error* no debe ser confundida con el cálculo de errores (*Fehlerkalkül*), de Adolf Julius Merkl, que es una idea completamente diferente. El término *teoría del error*, como lo empleo, no está relacionado con la pregunta si o qué amplía aquellas normas jurídicas que contradicen otras normas jurídicas de mayor jerarquía que aún son jurídicamente válidas, sino que se centra sobre la falsedad sistemática de ciertas afirmaciones. Así entendido, la *teoría del error* es un término común en la metaética filosófica y, en particular, proviene del trabajo seminal de John Mackie, en su libro *Ética: inventar el bien y el mal* (*Ethics: Inventing Right and Wrong*).

Para explicar con mayor detalle y reivindicar el ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista, primero subrayaré la base exegética del ficcionalismo jurídico positivo en la obra de Kelsen (III.1); después, sobre esta base, explicaré cómo, desde una perspectiva sistemática (III.2), el ficcionalismo jurídico positivo resuelve el desafío cognitivista.

1. *La perspectiva exegética: las bases del ficcionalismo jurídico positivo en la obra de Kelsen*

La teoría del error generaliza las afirmaciones de Kelsen sobre las normas morales absolutas a todas las normas. Pero no sólo las normas morales y absolutas, también las jurídicas y relativas están excluidas de ser un objeto de cognición.

La teoría del error de Kelsen es sostenida por sus propias afirmaciones. Al enfatizar una distinción clara entre *ser* y *deber ser*, Kelsen sostiene que cualquier norma (jurídica o moral), esto es, cualquier *deber*, podría derivar su validez (o sea, su validez objetiva) sólo de otra norma, un *deber*, pero jamás de hechos, de un *ser*.¹⁸ Sin embargo, la cadena de normas que confieren validez a otras normas no puede extenderse de manera infinita; por lo tanto, si una norma particular tiene que ser objetivamente válida, tiene que haber una *primera* norma cuya validez no dependa de otra norma. Dicho de otra manera: tiene que existir una norma *absoluta*. No obstante, Kelsen rechaza la existencia de normas absolutas y, frente a esta ausencia, ninguna norma puede ser objetivamente válida, y en consecuencia, la teoría del error. Nótese que esto es coherente con todo lo que dice Kelsen sobre la *norma fundamental* (*Grund-*

¹⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 193 (RR₂, p. 346).

norm): Kelsen no afirma que ésta exista realmente, sino que sólo la presenta como una condición necesaria para la validez de las normas.

Mientras la teoría del error corrobora las afirmaciones de Kelsen sobre que las normas no pueden ser objetos adecuados de cognición, la ficción jurídica tiene como objetivo explicar cómo Kelsen puede aún afirmar que existe una cognición objetiva de las normas jurídicas relativas. La ficción jurídica afirma que una *ficción* puede separar el cuerpo de normas jurídicas relativas de todas las otras normas y colocar aquellas normas jurídicas relativas en una posición tal, que las *haga* objeto de conocimiento. Entonces, la ficción jurídica propone reexaminar la explicación de Kelsen de “presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*)” como la “utilización de una “ficción”, y así explicar la posición de la ficción.

Como se mencionó con anterioridad, Kelsen introdujo la *norma fundamental* (*Grundnorm*) para explicar la validez de las normas jurídicas relativas, y ésta es la primera norma absoluta que frena el regreso infinito de la cadena de normas que confieren validez. Kelsen explica la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en tanto meramente “presupuesta” (*voraus-gesetzt*) y como una norma no-positiva pura. Asimismo, la denomina una “hipótesis” y una condición trascendental para la propia posibilidad del derecho positivo para ser objetivamente válido.¹⁹ De igual modo, afirma que todas las normas en un sistema jurídico tienen que converger en una norma fundamental singular, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), si serán consideradas objetivamente válidas. Así, confluir en ella hace a estas normas objetivamente válidas porque su validez no puede ser reducida ni a deseos subjetivos, preferencias ni a otros hechos psicológicos o sociológicos. Su validez depende, en última instancia, de una norma: la misma *norma fundamental* (*Grundnorm*).

Reexaminar el argumento de Kelsen sobre “presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*)” como “emplear una ficción” conduce, entonces, a la siguiente explicación de la ficción jurídica: la ficción es la *norma fundamental* (*Grundnorm*), y es empleada al presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en el pensamiento. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es aplicada únicamente a las normas jurídicas positivas de un sistema jurídico y, por lo tanto, separa el conjunto de normas jurídicas de otras normas; por ejemplo, las normas morales. La *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción hace a tales

¹⁹ *Ibidem*, pp. 58, 64, 70 (RR₁, pp. 77, 85, 93). Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, pp. 101-107 (RR₂, pp. 197-207). Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, pp. 110, 134, 401, 406 y 437. Kelsen abandona la noción de “hipótesis” en favor de una ficción, en Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Estados Unidos, Clarendon Press, 1991, p. 256. Retomaré este punto una vez más.

normas jurídicas objeto de cognición al suministrar la base necesaria para su validez objetiva: una norma primera y absoluta, por ejemplo, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), que enviste a toda norma jurídica positiva con una validez objetiva. Entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) convierte a todas aquellas normas jurídicas en relativas, las cuales, en última instancia, dependen de ella. De esta forma, la ficción jurídica es tanto una interpretación como un desarrollo más amplio de la doctrina de Kelsen sobre la *Grundnorm*. Para observar dónde hay interpretación y dónde existe un desarrollo más amplio, necesito mostrar con gran detalle la forma en que la ficción jurídica concuerda con la propia afirmación de Kelsen *sobre las ficciones* y su alegado método para conocer el derecho: el *trascendentalismo kantiano*.

A. Kelsen sobre las ficciones

Kelsen reflexionó sobre las ficciones en diversos momentos durante su trayectoria académica. Dos de ellos merecen especial atención: en primer lugar, a inicios de 1919, Kelsen escribió respecto a los argumentos de Vaihinger sobre las ficciones jurídicas. De acuerdo con Vaihinger, Kelsen afirma que existen “verdades, esto es, ficciones epistemológicas en la ciencia jurídica... en el intento por conocer el derecho, enunciados de dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.²⁰ Cabe destacar que, de hecho, desde una época temprana, Kelsen afirma que existen *ficciones epistemológicas*; es decir, ficciones que se supone asisten al “dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.²¹ Sin embargo, Kelsen no desarrolla demasiado este punto; únicamente menciona a la “persona” como una ficción jurídica y argumenta que el emplear una ficción podría suministrar las “ventajas de *ilustración y simplificación*”.²² La “persona” ofrece estas ventajas al proporcionar una imagen vivida en lugar de una mera descripción jurídica y técnica de un conjunto de obligaciones y derechos.

En segundo lugar, desde 1960 en adelante, Kelsen centra su atención, de nuevo, en las ficciones jurídicas. Aunque dos diferencias significativas tienen lugar en este punto: primero, Kelsen considera, ahora, su propio argumento desde una perspectiva ficcionalista y no sólo otro argumento como el de Vaihinger; piensa en su *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una

²⁰ Kelsen, Hans, “On the Theory of Juridic Fictions. With Special Consideration of Vaihinger’s Philosophy of the As-If”, en Mar, Maksymilian del y Twining, William (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Nueva York, Springer, 2015, p. 5.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 7. Énfasis en el original.

ficción.²³ Segundo (y relacionado con el primer punto), mientras que el ensayo de Kelsen de 1919 estaba únicamente centrado en las ficciones *a través* del derecho (la “persona”), la consideración de Kelsen respecto a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como ficción ahora se enfoca en la ficción *sobre* el derecho como un todo.

Por desgracia, la posición de Kelsen desde 1960 hacia adelante es inconsistente con su postura de 1919. Esta inconsistencia es más obvia cuando Kelsen, después de 1960, afirmó que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es una ficción a pesar de que “contradice la realidad”,²⁴ y, explícitamente, revoca sus afirmaciones anteriores respecto a que las normas (*deber ser*) no son capaces de contradecir la realidad (*ser*), lo que forma la base de su postura en 1919. En consecuencia, cualquier interpretación de Kelsen requiere tomar partido.

Seguir por completo a Kelsen en su postura de 1960 hacia adelante podría, parcialmente, evitar el desafío cognitivista. Esto es así porque su visión de 1960 destaca con menos énfasis la distinción del reino del *deber ser* y las normas. En otras palabras, el objetivo de Kelsen es alcanzar la cognición objetiva. Y mi propósito en este ensayo es, por lo tanto, retener la visión de Kelsen de que las normas no pueden contradecir la realidad. Así, consideraré la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción, pero no en el sentido de que las ficciones contradicen la realidad (o sea, en el reino del *ser*), sino en el sentido de afirmar algo que no existe en el ámbito del *deber ser*.

Con base en lo anterior, el ficcionalismo jurídico positivo acoge los argumentos de Kelsen concernientes a las ficciones *sobre* el derecho (esto es, la ficción es la *norma fundamental* [*Grundnorm*]), la afirmación sobre que las ficciones proveen ventajas epistémicas genuinas y los argumentos sobre la distinción entre *ser* y *deber ser*. El ficcionalismo jurídico positivo se encuentra, por ende, sumamente cercano a las propias afirmaciones de Kelsen; sólo se aparta de él cuando sus afirmaciones contradictorias hacían ineludible un alejamiento, y la elección entre las afirmaciones contradictorias se hizo con la intención de mantener y no de eludir el desafío cognitivista.

Sin embargo, es importante también destacar que el ficcionalismo jurídico positivo va más allá de las propias afirmaciones de Kelsen: va más allá al recomendar que la perspectiva de las ficciones, desarrollada a partir de las mencionadas afirmaciones de Kelsen, es aplicada a todas las fases de su

²³ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review*, 1966, pp. 1-7.

²⁴ Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Tur, Richard y Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen...*, cit., p. 117.

trabajo, incluyendo la primera y segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), y no sólo la fase escéptica tardía en la vida de Kelsen, que está usualmente asociada a él en tanto ficcionalista, si es considerado como tal por completo. Esta es la principal razón por la que el ficcionalismo jurídico positivo es kelseniano, pero no del todo contado por el propio autor.

B. Kelsen sobre el trascendentalismo kantiano

Al ampliar la lectura ficcionalista a todas las fases de la obra de Kelsen, el ficcionalismo jurídico positivo compite con la interpretación más aceptada del método de Kelsen para conocer el derecho: el trascendentalismo kantiano. En esta subsección sostendré que el ficcionalismo es una mejor base exegética para el método de Kelsen para conocer el derecho que una versión calificada del trascendentalismo kantiano.

En la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), Kelsen centra su atención en las condiciones bajo las que la cognición del derecho positivo, en tanto objetivamente válido, deviene posible. Kelsen afirma que esta aproximación recuerda a Kant en su búsqueda por las condiciones para la posibilidad del conocimiento en las ciencias naturales.²⁵ Por lo tanto, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), es decir, lo que Kelsen identifica como la condición para conocer el derecho positivo en tanto objetivamente válido, es considerada “trascendental, cognitiva y teóricamente, en términos de la filosofía kantiana”.²⁶

A pesar de este alegado piso común, diversos comentaristas señalan, acertadamente, que el vínculo de Kelsen con el trascendentalismo kantiano es, más bien, débil.²⁷ Para empezar, mientras que la investigación de Kant —y también la de los neokantianos como Cohen, quien es referido por Kelsen— era acerca de las propias condiciones del conocimiento como tal, la búsqueda de Kelsen es sólo sobre *una vía* para observar *un área particular* del

²⁵ Véase, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 202 (RR₂, p. 361).

²⁶ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 25 (RR₁, p. 36). Kelsen también expresa su lealtad hacia Kant en otros lugares. Véase la carta de Treves en los documentos de Kelsen, p. 171. De igual manera, aparecen afirmaciones similares en sus obras tempranas y tardías. Para su obra temprana, véase Kelsen, Hans, “Prefacio”, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tubinga, Scientia, 1960, p. XVII.

²⁷ Wilson, Alida, “Joseph Raz on Kelsen’s Basic Norm”, *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 27, 1982, p. 49; Dreier, Horst, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986, pp. 44 y 81-89; Winkler, Gunther, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Austria, Verlag Österreich, 1990, pp. 107 y 108.

mundo; a saber, el derecho positivo. Kelsen, de hecho, afirma que “La teoría pura del derecho es muy consciente de que el significado específicamente normativo de ciertos hechos materiales, el significado caracterizado como «derecho», es el resultado no de una interpretación necesaria sino de una interpretación posible, sólo dado un cierto presupuesto básico”.²⁸

En consecuencia, Kelsen admite que uno podría, simplemente, rechazar aceptar sus condiciones sobre el conocimiento del derecho como objetivamente válido y, en su lugar, considerar las normas jurídicas como meros actos de poder y dominación. Sin embargo, en opinión de Kelsen, por el contrario, era imposible sólo rechazar las condiciones trascendentales del conocimiento y elegir un camino diferente de ver las cosas.

Segundo —y como resultado de la primera diferencia— la utilización del término *hipótesis* por Kant y Kelsen difiere considerablemente. Cuando Kant identifica las condiciones del conocimiento como tal, instituye estas condiciones como *hipótesis*, y las trata como afirmaciones que no puede probar de forma directa, sino únicamente postular a través del método trascendental. Sin embargo, para Kant una hipótesis es algo que puede ser cierto y es, de hecho, asumido como un buen candidato para una afirmación real. Esto es distinto en Kelsen: aunque la *norma fundamental* (*Grundnorm*) también es llamada *hipótesis*, Kelsen no quiere decir que algo puede ser verdad; dicha norma, en tanto norma, no puede ser verdadera, de acuerdo con Kelsen. Además, explícitamente sostiene que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) no existe.

Refiriéndose a estas diferencias, los comentaristas sugieren que Kelsen carecía de conocimiento suficiente sobre el trascendentalismo kantiano.²⁹ No obstante, esta es una interpretación poco generosa, por lo que en esta subsección deseo sostener que el alejamiento de Kelsen de Kant fue, en gran medida, deliberado, y, por lo tanto, debe ser apreciado más que criticado. Encuadrar el método kelseniano en términos ficcionalistas más que en términos trascendentales puede captar, caritativamente, el alejamiento de Kelsen de Kant y, por ende, debería ser la interpretación preferida del método de Kelsen para conocer el derecho.

El soporte para una interpretación ficcionalista proviene de lo que los comentaristas en ocasiones pasan por alto; a saber, que el propio Kelsen

²⁸ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., p. 34. Énfasis añadido (RR₁, p. 47). Repite este punto en Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 218 (RR₂, p. 393). Véase, también, Kelsen, Hans, “Value Judgements in the Science of Law”, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen*, Estados Unidos, The Lawbook Exchange Ltd., 2013, pp. 226 y 227.

²⁹ Véase, por ejemplo, Wilson, Alida, *op. cit.*

subrayó que él emplea la filosofía kantiana sólo “por analogía”.³⁰ es justo la atención sobre las *condiciones para la posibilidad del conocimiento* lo que relaciona a Kelsen con la filosofía kantiana en algún sentido. Pero existen otros aspectos del trascendentalismo (neo)kantiano que Kelsen rechaza explícitamente. En una carta poco conocida a Renato Treves, de 1933, Kelsen contrasta las condiciones para la posibilidad del conocimiento desarrolladas por Kant y Cohen con sus propias condiciones para la posibilidad de conocer el derecho positivo. Kelsen afirma que Kant y Cohen se adhirieron a un “*a priori* constituido por el contenido, materialmente determinado”,³¹ con lo que quiso decir que Kant y Cohen se unieron a juicios de valor sustanciales y, potencialmente, a una forma de realismo valorativo; o sea, al supuesto de valores absolutos. Kelsen, por el contrario, rechaza tales valores y busca sólo “categorías puramente formales de una validez *a priori*”.³² La *norma fundamental* (*Grundnorm*) es supuesta para ser por completo formal en el sentido de no incluir ningún valor sustancial o absoluto, o cualquier restricción sobre lo que las normas jurídicas deberían prescribir. Entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) simplemente respalda lo que la más alta norma jurídica positiva, la Constitución, estatuye.

Más aún, en la misma carta, Kelsen afirma que el relativismo moral es “algo que Cohen —exactamente como Kant en este punto— no estaba preparado para aceptar, aunque sea solamente por sus convicciones religiosas”.³³ Sin embargo, el relativismo moral es la clave para los propios razonamientos de Kelsen; él rechaza con ferocidad las normas absolutas y niega que pudieran ser comprendidas a través del conocimiento racional.

Para mantener a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como puramente formal y para defender el relativismo ético, Kelsen tuvo que afirmar que tal norma es, de hecho, sólo *un camino contingente* para observar al positivismo jurídico, así como negar que la mencionada norma puede ser cierta en el sentido en que las hipótesis kantianas pueden ser ciertas. Si la *norma fundamental* (*Grundnorm*) fuera una norma materialmente determinada, cierta y absoluta, Kelsen debilitaría su relativismo sobre las normas y la naturaleza puramente formal de las condiciones de conocimiento del derecho positivo.

³⁰ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 202 (RR), p. 361).

³¹ Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law, «Labandism», and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves”, en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Estados Unidos, Clarendon, 1998, p. 173. Énfasis en el original.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

En consecuencia, la carta de Kelsen a Treves muestra que su distanciamiento con la presentación de las condiciones mismas de la cognición como tal y la adhesión a las *hipótesis* en tanto aptas para la verdad no se debió simplemente a la falta de conocimiento de Kant. Puede ser visto como deliberado y necesario para mantener las características centrales de su relato, incluso si Kelsen no lo dijo explícitamente en su teoría pura del derecho. Por lo tanto, no es una sorpresa que Kelsen, aunque declara su lealtad a Kant y Cohen al enfocarse en una investigación sobre las *condiciones para la posibilidad del conocimiento*, rechaza el marco conceptual general de Kant y Cohen en tanto versiones de la “teoría del derecho natural”.³⁴

Estos datos exegéticos requieren una elección: uno puede continuar, todavía, interpretando a Kelsen como alguien que emplea el trascendentalismo kantiano, pero con todas estas características necesarias que remueven lo que es genuino respecto al trascendentalismo kantiano; o se puede desarrollar una interpretación diferente que se ajuste mejor con todas las afirmaciones de Kelsen. En el resto de esta subsección optaré por la segunda vía y afirmaré que un marco ficcionalista, conferido por la ficción jurídica, puede dar cuenta de todas las afirmaciones de Kelsen y podría, por tanto, ser adoptado.

Para empezar, el ficcionalismo jurídico reconoce el intento de Kelsen por identificar las condiciones bajo las que el conocimiento del derecho, como objetivamente válido, es posible. El ficcionalismo jurídico reconoce, entonces, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción como la condición necesaria para la posibilidad de la cognición por objeción de las normas jurídicas relativas. Así, la ficción jurídica puede ser entendida *per analogiam* al trascendentalismo kantiano en el sentido restrictivo que Kelsen también refiere. Pero operar con una ficción no deja duda que emplear la ficción es, únicamente, un camino para mirar al derecho positivo.

Mi propuesta ficcionalista no implica que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es el único camino, o inclusive una vía especial o privilegiada para observar el derecho positivo. Es, justo, el contraste entre una ficción y una hipótesis kantiana lo que ilustra la comparación entre la *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen y una hipótesis kantiana. Una ficción es algo que no asumimos como cierto, pero sabemos, actualmente, que es falsa o no existente. Esto es, con exactitud, lo que Kelsen dice sobre la *norma fundamental* (*Grundnorm*), pero que sería engañoso decir sobre una hipótesis. Y, de hecho, Kelsen más tarde abandonó la noción de *hipótesis* en favor de la de *ficción*.³⁵

³⁴ *Idem*.

³⁵ Kelsen, Hans, *General Theory of Norms...*, *cit.*, p. 256.

En consecuencia, la ficción es puramente formal y no como Kelsen pensó sobre las aproximaciones de Cohen y Kant, constituida por el contenido y materialmente determinada. La ficción es la *norma fundamental* (*Grundnorm*) y, como tal, comprende sólo lo que Kelsen le atribuye. Por último, desde que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es una ficción aplicada al derecho, no implica ni pretende nada sobre la moral; por ende, es compatible con el relativismo ético como Kelsen lo defiende.

En resumen, el ficcionalismo jurídico puede dar cuenta de todos los argumentos de Kelsen. Sobre esta base, propongo reconstruir el método de Kelsen para el conocimiento a través de un marco conceptual ficcionalista más que por medio del trascendentalismo kantiano. Sin embargo, cabe destacar que preferir el ficcionalismo sobre el trascendentalismo kantiano no implica abandonar por completo la caracterización de los argumentos de Kelsen como kantianos o neokantianos. Otros aspectos de la narración de Kelsen, que suelen ser considerados (neo)kantianos, pueden permanecer en su lugar. Estos aspectos son: *i*) el supuesto del *ser* y *deber ser* como categorías separadas e irreductibles; *ii*) el supuesto de la validez de las normas en términos de fuerza vinculante, y *iii*) el énfasis de la normatividad genuina de la ciencia jurídica, donde la ciencia jurídica es contrastada tajantemente con aproximaciones más empíricas, como la sociología jurídica.³⁶

C. Resumen

Esta sección destacó la base exegética del ficcionalismo jurídico positivo en las propias afirmaciones de Kelsen. Sin embargo, el ficcionalismo jurídico positivo no se limitó a adaptar las afirmaciones de Kelsen, sino que las superó en dos aspectos: primero, como no existía una narrativa consistente de una ficción jurídica en Kelsen, el ficcionalismo jurídico positivo tuvo que reconstruir tal narración desde las afirmaciones contradictorias de Kelsen; asimismo, aplicó, luego, esta narración a todas las diferentes fases del trabajo de Kelsen, y no sólo a la fase escéptica tardía. Segundo, el ficcionalismo jurídico positivo sugirió reinterpretar el método de Kelsen para conocer el derecho como una aproximación ficcionalista más que como una aproximación kantiana trascendental. Pero ya en la siguiente sección se ahondará sobre cómo el ficcionalismo jurídico positivo contribuye a un proyecto de cognición, requerido para resolver el desafío cognitivista.

³⁶ Véase Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *op. cit.*, pp. 297-315.

2. *La perspectiva sistemática: la contribución del ficcionalismo jurídico positivo a un proyecto de cognición*

Podría parecer paradójico que una explicación ficcionalista, esto es, una narración que yace en afirmaciones falsas, pudiera contribuir a un proyecto de cognición. Sin embargo, si el ficcionalismo jurídico positivo pudiera ser una solución al desafío cognitivista, necesito explicar cómo contribuye a una cognición objetiva. Para esto, primero explicaré el ficcionalismo como un método científico más general (A), después especificaré las ventajas epistémicas particulares inherentes a la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) qua ficción (como se hizo con el ficcionalismo jurídico positivo) (B), y, por último, explicaré cómo el ficcionalismo jurídico positivo no sólo provee ventajas epistémicas, sino que permanece leal al positivismo jurídico (C).

A. *El ficcionalismo como un método científico*

Kelsen, recuérdese, afirmó que existen “ficciones epistemológicas en la ciencia jurídica... en el intento por conocer el derecho, enunciados de dominio intelectual del ordenamiento jurídico”.³⁷ Asimismo, para ilustrar cómo una ficción puede asistir dicho dominio intelectual, Kelsen proporciona el ejemplo siguiente:

Tenemos que hablar de una ficción tan luego como la cognición (especialmente una cognición jurídica) da un rodeo al conocimiento de su objeto (en el conocimiento jurídico, este objeto es el derecho, el orden jurídico, el *deber ser* jurídico), un rodeo frente al cual se coloca conscientemente en contradicción con su objeto; sea solo para captarlo mejor: igual que un alpinista, para evitar un obstáculo y alcanzar su meta con mayor facilidad, se encuentra obligado, a veces, a escalar a una posición temporalmente más baja, es decir, hacia una dirección completamente opuesta a su meta, la cima.³⁸

Así, de acuerdo con Kelsen, una ficción puede ser una herramienta que permite superar un obstáculo para conocer. Tal obstáculo puede ser superado, dice Kelsen, si permitimos que la ficción nos conduzca a dar un “rodeo” para identificar un camino alternativo a fin de conocer. Por desgracia, Kel-

³⁷ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 5.

³⁸ *Idem*.

sen no explica en detalle cómo ese “rodeo” se puede trazar en el mapa. No obstante, la metáfora del alpinista es ilustrativa. Todavía más interesante: se parece al método de Vaihinger, a quien Kelsen conoció, alguna vez atribuido a la solución de Fermat para un problema matemático. Por lo tanto, la interpretación de Fermat por Vaihinger podría ayudar a precisar la opinión de Kelsen sobre cómo las ficciones ayudan a la cognición, aun si Kelsen no se refirió explícitamente a eso.

Vaihinger presentó su lectura con el siguiente problema matemático: supóngase que se desea dividir una línea en dos partes, x y $a-x$, de modo que el término $x^2(a-x)$ es lo más amplio posible. Vaihinger afirma que era imposible proveer una solución hasta que Fermat empleó un truco particular.

Fermat sustituyó la x en el término $x^2(a-x)$ con $(x+e)$, que lo condujo a la nueva fórmula $(x+e)^2(a-x-e)$. Luego equiparó el término original con el nuevo y alcanzó la siguiente ecuación: $x^2(a-x) = (x+e)^2(a-x)$.

Al equiparar ambos términos, Fermat hizo, conscientemente, una presuposición falsa, afirma Vaihinger. Fermat equiparó dos términos desiguales. Tras multiplicar todos los términos, Fermat alcanzó, entonces, la siguiente fórmula: $2ax + ae = 3x^2 + 3xe + e^2$.

Para invertir su falsa suposición inicial (es decir, añadir de forma arbitraria e a la ecuación), Fermat anuló todos los términos que contenían una e . Sin embargo, anular arbitrariamente todos los términos que contienen una e es, en sí misma, otra suposición falsa; afirma Vaihinger: no hay que dejar simplemente términos fuera de una ecuación.

Tras cancelar todos los términos contenidos en e y desplazar todo, excepto x , al lado izquierdo, Fermat alcanza $2a/3 = x$, y ésta es, de hecho, la solución al problema: si la línea x es dividida en partes, x y $a-x$, entonces $2a/3 = x$, el término $x^2(a-x)$ es más amplio.

De acuerdo con la interpretación de Vaihinger, Fermat empleó dos supuestos falsos como herramientas en su operación aritmética. Hizo, primero, una suposición falsa (agregar arbitrariamente e a la ecuación) para facilitar un cálculo aritmético sencillo; además, realizó una segunda suposición falsa (desplazar todos los términos contenidos en e) a fin de revertir la especulación falsa inicial. Vaihinger denomina esto como el “método de los errores opuestos”; en otras palabras, errores que se neutralizan entre ellos.

La solución de Fermat, cuando menos en la descripción de Vaihinger, parece ilustrar lo que Kelsen dice respecto a la metáfora del alpinista: “igual que un alpinista, para evitar un obstáculo y alcanzar su meta con mayor facilidad, se encuentra obligado, a veces, a escalar a una posición temporalmente más baja, es decir, hacia una dirección completamente opuesta a su

meta, la cima”.³⁹ Entonces, Fermat, para evitar un obstáculo matemático, se ve obligado a apartarse temporalmente de la verdad; es decir, a pensar en una dirección opuesta a su objetivo, la verdad. Y lo hace a través de su primer supuesto falso. Al igual que el ajuste de posición le permite al alpinista, más tarde, “alcanzar su meta con mayor facilidad”,⁴⁰ así Fermat puede alcanzar la verdadera solución al problema con mayor facilidad después de depender de una ecuación falsa que después neutraliza por medio de un segundo supuesto falso, bien escogido.⁴¹

La interpretación de Vaihinger de la solución de Fermat ilustra cómo los supuestos falsos, o sea, las ficciones, pueden ayudar a alcanzar el conocimiento. Por si fuera poco, la interpretación de Vaihinger se encuentra estrictamente cercana a cómo el propio Kelsen describe la forma en que las ficciones pueden auxiliar a la ciencia jurídica; de hecho, Kelsen conoció el libro de Vaihinger que contenía dicha interpretación.⁴² En consecuencia, aplicar la interpretación de Vaihinger a la teoría pura de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) podría ser un camino plausible para explicar el significado epistémico de la ficción en términos kelsenianos. Así, permítasenos trasladar esto de las ficciones a la teoría pura del derecho de Kelsen.

Tal y como Fermat hace frente a un predicamento aritmético, Kelsen puede ser visto frente a un predicamento concerniente a la validez de las normas. De acuerdo con la teoría del error, no existen normas objetivamente válidas. Sin embargo, en la ciencia jurídica en el sentido de Kelsen, si es posible tal cosa, sólo es factible si existen normas objetivamente válidas.

Justo como Fermat, que empleó un supuesto falso para superar un predicamento aritmético y facilitar un cálculo más sencillo, Kelsen puede ser percibido como alguien que emplea la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción para superar el predicamento jurídico de la inexistencia de la validez objetiva. De nuevo, la *norma fundamental* (*Grundnorm*), entendida como una ficción, es presupuesta; todas las normas jurídicas relativas pertenecientes a un sistema jurídico particular están revestidas de una validez objetiva.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Vaihinger, Hans, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig, Meiner, 1918, pp. 200 y ss.

⁴² Es cierto que no es seguro que Kelsen conociera este pasaje cuando escribía sobre las ficciones, pero no deja de ser probable. El libro de Vaihinger fue publicado en 1918 y Kelsen publicó una reseña en 1919, el mismo año en que su otro artículo apareció, de donde es tomada la metáfora del alpinista. Véase Kelsen, Hans, “On the Theory...”, *cit.*, p. 5.

Sin embargo, al igual que Fermat, quien invirtió el supuesto inicial falso para alcanzar el resultado correcto, Kelsen también tiene que evitar que la ficción distorsione los resultados alcanzados. Después que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción es presupuesta, Kelsen puede ser interpretado como alguien que agrega algo similar a una etiqueta a cada norma, y dice que éstas son válidas sólo sobre la base de una ficción; en otras palabras, sobre la base de este simple producto del pensamiento, pero no son válidas en cualquier otro sentido más amplio. Kelsen pudo haber hecho esto al introducir la proposición jurídica (*Rechtssatz*) en contraste con la norma jurídica (*Rechtsnorm*). Asimismo, explica ambos términos de la manera siguiente:

Las proposiciones jurídicas (esto es, *Rechtssätze*)... son juicios hipotéticos en los que se afirma que, de acuerdo con un orden jurídico nacional o internacional, bajo las condiciones determinadas por este orden, ciertas consecuencias condicionadas por el orden deben tener lugar. Las *normas* jurídicas (es decir, *Rechtsnormen*) no son juicios, en otras palabras, no son afirmaciones sobre un objeto de conocimiento. De acuerdo con su significado, son órdenes, podrían ser, también, permisos y autorizaciones.⁴³

Por lo tanto, las *Rechtsnormen* son las normas jurídicas que presenté como el sujeto-materia de la *Teoría pura del derecho*. Las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) son afirmaciones sobre aquellas normas y, por lo general, adquieren la forma siguiente: de acuerdo con el sistema jurídico X, tal y cual debería ser el caso. El prefijo, de acuerdo con el sistema jurídico X, podría ser leído como la etiqueta requerida. En una interpretación ficcionalista, este prefijo podría ser leído como “de acuerdo con la ficción en el sistema jurídico X”. Esta etiqueta esclarece que la validez objetiva aún depende de la ficción y evita que los resultados sean distorsionados; o sea, que se declare una validez objetiva independiente de un mero producto del pensamiento. En consecuencia, de manera similar a como Fermat neutraliza su suposición inicial falsa al desplazar todos los términos que contienen una *e*, el prefijo de Kelsen, en sus proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), evita el supuesto potencial falso de una validez objetiva que existe, independientemente de la ficción, y esclarece que la validez objetiva es, todavía, dependiente de una presuposición arbitraria.

No obstante, parece existir una diferencia entre Fermat y Kelsen: mientras que la segunda suposición de Fermat neutraliza su primera suposición falsa, Kelsen —en esta interpretación— sólo destaca, pero no neutraliza, el

⁴³ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 71 (RR₂, p. 141).

uso de una ficción. La falsedad de afirmar normas de validez objetiva no desaparece. La teoría del error aún permanece y, como se mostrará en el apartado C, todavía interpreta un papel importante. Mas en este punto sólo deseo subrayar esta diferencia con FERMAT: Kelsen evita resultados distorsionados a través de una estrategia diferente a la que Vaihinger atribuye a FERMAT.

B. Las ventajas epistémicas de la ficción jurídica

En el apartado anterior traté de explicar la aparente afirmación paradójica de que las ficciones, distanciamientos deliberados de la verdad, pueden ser empleadas algunas veces para alcanzar la verdad. Afirmé que tanto FERMAT como Kelsen pueden usar una ficción inicial para superar un predicamento y, después, evitar que la ficción conduzca a resultados distorsionados. Este método, en sentido estricto, se parece a la propia descripción de Kelsen sobre el uso de ficciones en su metáfora del alpinista; además, es plausible asumir que Kelsen sabía de la interpretación de FERMAT por Vaihinger y que estuvo inspirado por ésta.

Pero ahora deseo ser más específico y describir las ventajas epistémicas particulares inherentes a la interpretación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción. Estas ventajas epistémicas se dividen en dos grupos: primero, existen todas las ventajas epistémicas que Kelsen atribuye a la *norma fundamental* (*Grundnorm*), independientemente de considerarla como una ficción. Puesto que propuse redefinir el relato de Kelsen sobre la presuposición de la mencionada norma como la utilización de una ficción, sus ventajas epistémicas pueden ser reinterpretadas como las ventajas epistémicas de la ficción. Segundo, aun así, existen también ventajas epistémicas que derivan específicamente de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en tanto *ficción*. Tales ventajas epistémicas no se encuentran entre aquellas que Kelsen destaca, aunque contribuyen a la totalidad de su proyecto para conocer el derecho.

Permítaseme comenzar con el primer grupo de ventajas; aquellas asociadas con la *norma fundamental* (*Grundnorm*) con independencia de considerarla como una ficción. Tómese en cuenta el siguiente pasaje de Kelsen:

Que una asamblea de personas es un parlamento, y que el resultado de su actividad es una ley (en otras palabras, que estos eventos poseen este “significado”), quiere decir, simplemente, que los hechos materiales como un todo,

corresponden a ciertas previsiones de la Constitución. Esto es, el contenido de un evento actual corresponde al contenido de una norma dada.⁴⁴

Aquí Kelsen afirma que una norma jurídica *convierte* los “eventos actuales” en algo con significado jurídico: existe un derecho parlamentario (evento jurídico) y no sólo un grupo de personas redactando algunas reglas que desean se cumplan (evento natural); se configura el delito de homicidio (evento jurídico) y no sólo un asesinato (evento natural), etcétera. Sin una norma jurídica o, mejor dicho, sin normas jurídicas objetivamente válidas, podrían existir sólo eventos *naturales*, pero no *jurídicos*. Parece que Kelsen piensa en algo como una *realidad paralela o aumentada*.⁴⁵ No obstante, todo esto sólo es posible después de presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*), ya que sólo la presuposición de la norma asegura la validez objetiva. Por lo tanto, la práctica jurídica surge, y es comprensible, como una práctica *jurídica* sólo al presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*).

Así, las propias afirmaciones de Kelsen permiten la extracción de una razón específica para emplear la *norma fundamental* (*Grundnorm*) como una ficción: presuponer la citada norma hace a la práctica jurídica —así como a la cognición jurídica— inteligible. De manera más precisa, estos pasajes nos permiten extraer dos caminos a través de los cuales presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) contribuye a “conocer el derecho positivo”.⁴⁶ Primero, facilita el *conocimiento jurídico proposicional*; en otras palabras, saber *que* existen ciertos objetos jurídicos (derecho parlamentario, delito de homicidio, etcétera) que no podrían existir jurídicamente sin la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Segundo, facilita la *comprensión jurídica*; es decir, entender *por qué* los eventos actuales conllevan ciertas características jurídicas. Y es así porque concuerdan con las normas que se encuentran investidas con una validez derivada de la presuposición de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Sobre esta base, el jurista puede saber que existen ciertas normas, ciertos eventos jurídicos, y también que un grupo de normas, que remiten a la misma norma básica, pertenecen al mismo sistema jurídico, así como a entender por qué todo es cierto: por el vínculo de la *norma fundamental* (*Grundnorm*).

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 10 (RR₁, p. 19).

⁴⁵ Kelsen, Hans, “Value Judgements in the Science of Law”, *What is Justice? Justice*..., cit., p. 227: “Si el Sistema de normas Jurídicas es una ideología, es una ideología paralela a la realidad definida”. Véanse, también, pp. 208 y 227, donde Kelsen califica la *Teoría pura* como una ideología detrás de una realidad que se supone está conforme a esta ideología. Véase Kelsen, Hans, “Welt des Sollens” y “Welt des Seins”, en Kelsen, Hans, *Hauptprobleme*..., cit., pp. 5 y ss.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*..., cit., p. 58. Énfasis añadido (RR₁, p. 77).

Sin embargo, más allá de estas ventajas epistémicas asociadas a la ya tan mencionada *norma fundamental* (*Grundnorm*), con independencia de su interpretación como ficción, existen también ventajas epistémicas específicamente conectadas con la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción.

En primer lugar, las narraciones ficcionalistas pueden evitar las desventajas de los relatos realistas o teorías de derecho natural, pero aún poseen las mismas ventajas que estas perspectivas. Una desventaja de los relatos realistas de las normas o teoría del derecho natural es, a menudo, vista en su compromiso con una ontología compleja. No obstante, la ventaja de estas teorías es su semántica sencilla. Los relatos realistas y la teoría del derecho natural realizan afirmaciones proposicionales genuinas sobre las normas. En consecuencia, tales afirmaciones pueden ser completamente verdaderas o falsas y están sujetas a los principios de la lógica e inferencia. Una semántica proposicional tan sencilla, la aptitud para la verdad y la aplicabilidad de los principios lógicos, parecen favorecer un proyecto científico en igualdad de condiciones.

Asimismo, el ficcionalismo puede evitar la desventaja de una ontología compleja, pero proveer aún las ventajas de las narraciones realistas. También puede evitar una ontología compleja al adherirse a una teoría del error, verbigracia, al rechazar cualquier norma absoluta cuya existencia es afirmada por la teoría del derecho natural que Kelsen subrayó siempre como incomprensible ontológicamente. Al mismo tiempo, sin embargo, el ficcionalismo puede aun sostener que existen afirmaciones genuinas sobre el sujeto materia. Podría ser verdad que no existen normas, pero uno podría todavía afirmar que “de acuerdo con una ficción jurídica, tal y cual norma existe” (por ejemplo, las *Rechtssätze* de Kelsen). Estas declaraciones son afirmaciones genuinas con contenido proposicional, y como tales, estos enunciados caen bajo la semántica realista simple y, por lo tanto, pueden ser ampliamente verdaderos o falsos, así como estar sujetos a los principios de la lógica e inferencia. Por ende, una primera ventaja epistémica de los relatos ficcionalistas, como el ficcionalismo jurídico positivo, es que pueden evitar una ontología complicada al tiempo que proporcionan las mismas ventajas que la teoría del derecho natural.

En segundo lugar, otra ventaja del ficcionalismo jurídico positivo proviene de una distinción inherente a todas las narraciones ficcionalistas; a saber, la diferencia entre *aceptar* y *creer* afirmaciones. *Aceptar* una afirmación quiere decir respaldarla por el momento, sin creer que sea cierta. *Creer* una afirmación, en contraste, significa tomar la afirmación como cierta. Las narraciones ficcionalistas pueden hacer esta distinción al interpretar ciertas

afirmaciones falsas de manera sistemática (debido a la teoría del error), así se oponen a creer en aquellas afirmaciones. Sin embargo, las narrativas ficcionalistas pueden, también, postular que uno debería aceptar estas afirmaciones por otras razones más que su verdad literal (verbigracia, las ventajas específicas conectadas a esta ficción, que podrían ser epistémicas, pragmáticas, políticas o estéticas).

Jonathan Cohen emplea esta diferencia en una discusión en la ciencia más general. Argumenta que un científico que sólo *acepta* sus hipótesis, afirmaciones y teorías es superior al científico que sólo *cree* en ellas. Sobre esto último, dice: “La posesión de una creencia en *p* puede hacer que esté menos dispuesto a cambiar de opinión sobre la aceptación de esa *p* si aparecen nuevas pruebas o se dispone de una teoría mejor. Incluso puede hacer que esté menos dispuesto a buscar nuevas pruebas o una teoría mejor, cuando de otro modo lo habría hecho”.⁴⁷

Por lo tanto, *aceptar* en lugar de *creer* las afirmaciones conduce a una mayor apertura mental y a la voluntad de revisar las propias teorías, lo que puede ser propicio para un proyecto que tenga como objetivo la cognición.

El ficcionalismo jurídico positivo, al ser una narración ficcionalista, puede recurrir a la distinción entre aceptar *versus* creencia y, en consecuencia, proveer una ventaja epistémica para un proyecto kelseniano de cognición del derecho. Debido a la teoría del error, un jurista que adopte el ficcionalismo jurídico positivo nunca creería en las normas jurídicas; es decir, las tomaría como objetivamente válidas y punto, o incluso las tomaría como verdaderas. Un jurista sólo podría aceptar las normas jurídicas provisionalmente; en otras palabras, aceptarlas como parte de un sistema jurídico contingente sobre el supuesto ficcionalista contingente de una presupuesta *norma fundamental* (*Grundnorm*). En consecuencia, un jurista que abraza el ficcionalismo jurídico positivo no se aferra a las normas jurídicas de ninguna manera, sino que es indiferente a los cambios en ellas. Así, las afirmaciones sobre aquellas normas, las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), se encuentran sujetas también a una contingencia radical. Son contingentes radicalmente porque podrían necesitar cambiar cuando las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) cambien. Este es el caso, aunque las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) —a diferencia de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*)— puedan ser ampliamente verdaderas o falsas. De esta forma, el jurista ficcionalista sólo acepta las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) y, desde que las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) son la base de las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*), se encuentra también abierto a cam-

⁴⁷ Cohen, L. Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford University Press, 1992, p. 88.

biar las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) cuando “surge nueva evidencia o se dispone de una mejor teoría”, para usar la frase de Cohen de nuevo.

Por lo tanto, a medida que la apertura de criterios puede considerarse una virtud epistémica en concordancia con la descripción de Cohen, el ficcionalismo jurídico positivo —en tanto narración ficcionalista— puede afirmar que provee esta virtud para un proyecto del conocimiento del derecho.

C. *El ficcionalismo como positivismo jurídico*

En las dos subsecciones anteriores (A y B) traté de explicar el uso de una ficción como un método científico de manera general, así como precisar las ventajas epistémicas particulares de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción. En esta subsección (C) deseo destacar cómo mi propuesta ficcionalista, entre todas las aspiraciones cognitivistas, aún permanece fiel al positivismo jurídico; en consecuencia, regreso también a una afirmación que hice al final de la sección III.2.

Es, de hecho, el giro ficcionalista específico que coindice con el positivismo jurídico: el giro en el que no existen normas objetivamente válidas (teoría del error), únicamente una ficción que asegura la validez objetiva ficticia (ficción jurídica). Para observar cómo estas afirmaciones proporcionan ventajas, permítasenos considerar la narración contraria de un proyecto cognitivista más rico que abandona la teoría del error y el supuesto de la ficción. Un proyecto tal no parece ser terriblemente atractivo, *vis-à-vis* el positivismo jurídico de Kelsen. Lo último a lo que debería llegar Kelsen es a un relato cognitivista que tiende a recomendar que ciertas normas son realmente verdaderas y deben cumplirse. Kelsen, de hecho, destaca que la *Teoría pura* no ha sido desarrollada para legitimar el derecho de ninguna forma, pero permanece escéptica al valor moral del derecho positivo.⁴⁸ Dreier está en lo correcto cuando dice que nunca fue el objetivo de Kelsen limitar la arbitrariedad del derecho positivo.⁴⁹ La teoría del error es coherente con estas afirmaciones y enfatiza que la plena necesidad normativa del derecho sigue siendo compatible con la máxima depravación moral del sistema jurídico. De esta forma, mantener la *teoría del error* facilita una interpretación que se encuentra cuidadosamente matizada entre las aspiraciones cognitivistas y positivistas. Esto justifica etiquetar mi propuesta como *ficcionalismo jurídico positivo*.

⁴⁸ De manera particular, Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory...*, cit., pp. 7 y 18 (RR₁, pp. 15 y 29); Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., pp. 1, 68 y 69 (RR₂, pp. 21 y 136-138).

⁴⁹ Dreier, Horst, *op. cit.*, p. 59.

D. Resumen

Esta sección (III) tenía como objetivo explicar cómo la teoría pura del derecho de Kelsen puede ser un proyecto cognitivista luego de adoptar una teoría del error. Al referir el ficcionalismo jurídico positivo hice tres afirmaciones: primero (III.1), la función epistémica de una ficción puede ser explicada de acuerdo con la metáfora de Kelsen del alpinista. Tal y como Fermat cuando empleó un supuesto falso para resolver un desafío matemático, Kelsen puede utilizar una ficción para resolver un desafío jurídico, esto es, para explicar la validez objetiva. Segundo (III.2), el presuponer la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción, facilita las siguientes ventajas epistémicas: provee un conocimiento proposicional jurídico y proporciona comprensión jurídica. Más aún, evita una ontología complicada a la vez que facilita una semántica proposicional sencilla y conduce a una apertura de criterios en la teorización jurídica. Por último (III.3), más allá de estas ventajas epistémicas, una narración ficcionalista es, también, particularmente adecuada para el positivismo jurídico, pues equilibra las aspiraciones cognitivas y positivistas.

IV. CONCLUSIÓN

Al comienzo de este ensayo identifiqué dos objetivos: llamar la atención sobre el desafío cognitivista en tanto un verdadero reto para la narración de Kelsen, y proponer el ficcionalismo jurídico positivo como una solución al desafío cognitivista.

El desafío cognitivista fue un reto respecto a cómo mantener la postura de Kelsen sobre las normas jurídicas relativas; en otras palabras, que uno puede conocer objetivamente estas normas sin rechazar su perspectiva sobre las normas morales absolutas, esto es, que uno *no puede* conocer objetivamente estas normas. Afirmé que una solución al desafío cognitivista es de vital importancia para comprender el proyecto de Kelsen como una *teoría*; es decir, un proyecto de cognición objetiva, y como un proyecto que es *puro*, separado no sólo de las ciencias empíricas, sino también de la moral.

La solución que propuse, el ficcionalismo jurídico positivo, siguió dos pasos: primero, sobre la base de la teoría del error, el ficcionalismo jurídico positivo afirmó que las normas no son válidas objetivamente —hablando claramente—. De este modo, se explican todas las afirmaciones de Kelsen sobre que ciertas normas, como las morales absolutas, no son objeto de conocimiento. Segundo, sobre la base de la ficción jurídica, el ficcionalismo

jurídico positivo presentó la utilización de una ficción en tanto herramienta para facilitar el conocimiento objetivo de las normas jurídicas relativas. El presuponer a la *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* ficción enviste a todas las normas jurídicas relativas con validez objetiva y facilita diversas ventajas epistémicas: conocimiento jurídico proposicional, comprensión jurídica, semántica realista sin una ontología compleja y apertura de criterios. Estas ventajas constituyen la base del proyecto de Kelsen para conocer el derecho.

De ahí que el proyecto de Kelsen deba entenderse como una *teoría* en esta línea ficcionalista, y considerarse *pura* en la medida en que la ficción jurídica sólo se aplica a las normas jurídicas positivas y no a las normas morales, así como en la medida en que la ficción facilita la auténtica validez normativa, que no puede reducirse a los hechos.

Espero haber mostrado que el ficcionalismo jurídico positivo también se encuentra firmemente enraizado en la narración de Kelsen desde una base exegética. Sin embargo, el ficcionalismo jurídico positivo es sólo una narrativa kelseniana, pero no del propio Kelsen. Esto es así porque el ficcionalismo jurídico positivo va más allá de las propias afirmaciones de Kelsen al: *i*) aplicar un relato unificado de las ficciones sobre el derecho a todas las diferentes fases de su trabajo; *ii*) explicar las afirmaciones de Kelsen sobre el método para conocer el derecho en términos de un marco conceptual ficcionalista, más que un cualificado kantiano; *iii*) relacionar explícitamente la postura de Kelsen sobre el uso epistémico de las ficciones a *Vaihinger*, y *iv*) desarrollar, desde los puntos anteriores, las ventajas epistémicas específicas que el propio Kelsen no subrayó, esto es, semántica sencilla sin una ontología complicada, apertura de criterios sobre la base de la distinción entre *aceptar* y *creer*. Por lo tanto, el ficcionalismo jurídico positivo podría ser visto como una propuesta de cómo desarrollar, de una manera más amplia, la teoría pura del derecho de Kelsen, más que una narrativa que simplemente resume su situación presente.