

Se parte de considerar el derecho como un producto social cuya construcción pasa por el uso del lenguaje. A través de éste el sujeto se relaciona con su realidad esta, a su vez, otorga legitimidad a las instituciones. En palabras de Berger y Luckman “el lenguaje objetiva las experiencias compartidas de los individuos y las hace accesibles a todos los que pertenecen a la misma comunidad, con lo que se convierte en base e instrumento del acopio colectivo del conocimiento” (2011, p. 91). Teniendo en cuenta el rol del lenguaje en la construcción del derecho, la tesis propuesta es que la ficcionalidad es constitutiva del orden jurídico, ficción entendida como algo imaginario construido con base en algo real (Souto: 1986, p.149).

Según Vaihinger “...las ficciones son estructuras mentales” (2009, p.12) practicas para el desarrollo de las ciencias en general. Son funcionales para darle sentido a la vida humana. Estas ficciones están presentes en tantos campos de la sociedad porque el hombre no puede estar satisfecho de la sola experiencia sensorial (todo lo que no sea experiencia bruta y pura es ficción) y por eso, da lugar a las construcciones ficticias como la libertad, el lenguaje y la verdad. En el caso del derecho y la política, Vaihinger identifica el uso del recurso ficcional en Hobbes cuando este propone la figura de la guerra de todos contra todos. Hobbes no pretende salir de la ficción, la utiliza para justificar la existencia del Pacto. De nuevo, un contrato inexistente materialmente que, sin embargo, ofrece un fundamento a la sociedad política y permite redefinir las relaciones entre gobernantes y súbditos, construyendo una ficción para justificar la obediencia al soberano.

Ya para el caso del derecho positivo la ficción más conocida resulta ser la propuesta por Kelsen. La norma fundamental que da sentido a las demás normas derivadas de ella, no es una hipótesis como él mismo lo diría en *teoría pura*, es más bien una ficción. Esto dado que dicha norma no es obra de una voluntad real, es una interrelación entre realidad e imaginación, no contradice la realidad sino que toma de ella elementos y los complementa con los constructos mentales: “...la norma básica no es producto de la libre imaginación. Ella está referida a hechos determinados, existentes en la realidad natural...” (Kelsen: 2010, p. 154). Kelsen define ficción jurídica como: “un constructo mental, destinado a aprehender por medio del pensamiento el objeto de la ciencia del derecho, el orden jurídico; pero al mismo tiempo, este constructo estará creado evidentemente a partir de la imaginación y estaría sobreañadido mentalmente al objeto del conocimiento, con lo cual el objeto quedaría por así decirlo, duplicado, y la imagen cognoscitiva falseada” (Kelsen: junio 2001, p.2) .

Si se piensa en que la base del estado nación moderno se encuentra en una ficción (la guerra de todos contra todos, el contrato social) y que uno de los pilares fundamentales del derecho positivo es una ficción (la norma fundamental), se puede entrever una relación indisoluble entre derecho y lenguaje. El lenguaje otorga las herramientas principales para crear las ficciones jurídicas, dando homogeneidad al derecho pero, también, haciéndolo más complejo. Esto trae como consecuencia el fenómeno de la opacidad del derecho, un discurso jurídico que es de difícil acceso para quienes no lo estudian y que, además, utiliza la complejidad para mantener un estatuto de superioridad y poder respecto de otros lenguajes, otras disciplinas, otros saberes.

El discurso del *como si* es fundante del derecho en tanto que permite dar homogeneidad al sistema en el que se relacionan la fuerza, el discurso del orden y el imaginario social (Marí: junio, 1988, p. 72) La ficción del pacto se sustenta por el uso de la razón, un cálculo racional permite inferir que lo más conveniente es ceder la libertad propia ante la seguridad del poder y de la fuerza que me brinda el soberano.

