

ACERCA DE LA OBJECCIÓN (ANTIPSICO) LÓGICA DE EUGENIO BULYGIN A LA TEORÍA PREDICTIVISTA DE CIENCIA JURÍDICA DE ALF ROSS*

About Eugenio Bulygin's (Antipsycho) logical Objection to Alf Ross's Predictive Model of Legal Science

Dr. Diego Moreno Cruz

Docente-Investigador

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (CIFD)

Universidad Externado de Colombia

<https://orcid.org/0009-0006-8558-8027>

diego.moreno@uexternado.edu.co

Resumen

Este escrito pretende rebatir la objeción (antipsico) lógica que Eugenio Bulygin formuló en contra de la tesis iusfilosófica predictivista de Alf Ross sobre la ciencia jurídica. La tesis de Ross postula, desde una perspectiva prospectiva y psicológica de análisis, que las proposiciones de la doctrina sobre el Derecho vigente son predicciones acerca de las normas que los jueces probablemente sentirán la obligatoriedad de aplicar para solucionar controversias jurídicas conocidas por ellas en el futuro. En particular, me propongo refutar la solidez de la argumentación de Bulygin al estar sustentada en premisas de cuestionable validez. Para ello desgloso la objeción de Bulygin en dos partes: un argumento de naturaleza lógica que cuestiona el aspecto prospectivo de la tesis predictivista y otro de índole antipsicológica que critica su aspecto psicológico. Y muestro que el primer argumento plantea un falso problema y el segundo es fruto de un par de malentendidos.

Palabras claves: Eugenio Bulygin; Alf Ross; Derecho vigente; ciencia jurídica; decisión judicial; predicción; lógica; psicología.

Abstract

This paper presents a counterargument to Eugenio Bulygin's (antipsycho) logical objection to Alf Ross's iusphilosophical predictive thesis about legal science. From a prospective and

* Aprovecho esta oportunidad para presentar una versión mejorada, con nuevos argumentos y aclaraciones que complementan y juegan a favor de las ideas y conclusiones expuestas en la primera parte de un trabajo anterior. Ver "Un análisis psicológico y prospectivo sobre el derecho vigente", en Rábanos, Ratti, y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, pp. 257-275.

psychological analytical perspective, Ross's thesis posits that the doctrine's statements about the existing law, the law in force, are predictions about which rules judges are likely to feel obliged to apply to solve legal controversies they encounter in the future. I intend to challenge Bulygin's objection by considering it grounded on premises of questionable validity. To achieve this, I dissect it into two arguments: a logical argument questioning the prospective aspect of the predictive thesis and an antipsychological one criticizing its psychological nature. I show that the first argument raises a false problem, and the second one results from a pair of misinterpretations.

Key words: Eugenio Bulygin; Alf Ross; law in force; existing law; legal science; judicial decision; prediction; logic; psychology.

Sumario

1. Introducción. 2. El argumento lógico: proposiciones formalmente verdaderas y sustancialmente falsas. 2.1. Proposiciones formal y sustancialmente falsas. 2.2. La disposición de las normas jurídicas de ser aplicadas. 2.3. Un falso problema. 3. El argumento antipsicológico: aplicación (no-psico) lógica de normas. 3.1. Malentendidos. 4. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Con el ánimo iusfilosófico de caracterizar al discurso de la doctrina sobre el Derecho vigente como una ciencia jurídica,¹ Alf Ross sostiene que las proposiciones de la doctrina acerca del Derecho vigente son predicciones sobre cuál norma jurídica será la que las jueces –o las funcionarias en general, es decir, las autoridades con la competencia de interpretar y aplicar autoritativamente al Derecho– aplicarán probablemente para solucionar disputas, cuestiones o controversias jurídicas conocidas por ellas en el futuro.² De modo específico, Ross sostiene la *hipótesis predictivista* de que “los enunciados que se refieren al Derecho vigente de hoy tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a ciertas condiciones”.³ Y bien, se trata de una hipótesis que, por un lado, es prospectiva: las proposiciones de la doctrina, “la norma D (directiva) es derecho vigente”,⁴ son predicciones de que “bajo ciertas condiciones, D será adoptada por los jueces como base para decisiones en controversias

¹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cap. II.

² *Ibidem*, pp. 20, 37 y 44. El concepto de Derecho vigente “es parte esencial de todas las proposiciones doctrinarias [...] alude a la efectividad de las normas en tanto que constituyen un hecho social”.

³ *Idem*, p. 42.

⁴ Y las normas cuya aplicación es objeto de estas predicciones expresan necesariamente directivas (D), dirigidas a las jueces. Al respecto, véase Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, pp. 32 y 33.

jurídicas futuras";⁵ y que, por otro lado, es psicológica: una de las condiciones empíricas necesarias para que D sea adoptada consiste en la experiencia psicológica de las jueces de sentir a D como una norma socialmente obligatoria.⁶ En pocas palabras, esta hipótesis iusfilosófica acerca de la ciencia jurídica sostiene que las proposiciones de la doctrina sobre el Derecho vigente son predicciones acerca de cuáles son las normas que las jueces probablemente sentirán la obligatoriedad de aplicar para solucionar controversias jurídicas conocidas por ellas en el futuro⁷.

Esta hipótesis predictivista ha sido objetada por Eugenio BULYGIN.⁸ Si bien él está de acuerdo con Ross en que una de las tareas de la filosofía del Derecho consiste en analizar el discurso de la doctrina con el ánimo de caracterizarlo como un discurso científico acerca del Derecho vigente,⁹ él sostiene que, no obstante, la propuesta de Ross es una tarea malograda para llevar a cabo este fin: en pocas palabras, que la *hipótesis predictivista* es una representación iusfilosófica implausible del carácter científico del discurso de la doctrina acerca del Derecho vigente.¹⁰

En este escrito, analizaré la objeción de BULYGIN diseccionándola en dos argumentos. Por un lado, un *argumento lógico*, que tiene por propósito refutar el aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista (§ 2): si las proposiciones sobre el Derecho vigente son entendidas como predicciones, en la situación hipotética en la que las predicciones tengan por objeto la vigencia de normas jurídicas que disciplinan una clase de acciones imposibles, tendríamos que aceptar que la doctrina formularía proposiciones que son *formalmente* verdaderas pero *sustancialmente* falsas (§ 2.1); y para solucionar

⁵ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 73; 40: "Si alguno pregunta cuál es el derecho vigente hoy en relación con una determinada materia, lo que indudablemente quiere saber es cómo serán decididos los conflictos de hoy si son sometidos a los tribunales".

⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁷ El análisis prospectivo y psicológico desde un punto de vista interno de las jueces lo he caracterizado, usado y sostenido en relación con la interpretación jurídica y el derecho vigente en otros escritos. Además de MORENO CRUZ, D., "Un análisis psicológico y prospectivo..." cit., pp. 257-275. Ver también MORENO CRUZ, D., "Juego de toma de decisión judicial interpretativa correcta", en R. Guastini y P. Comanducci (eds.), *Analisi e diritto*, pp. 237-251; MORENO CRUZ, D., "Decisión interpretativa en abstracto. Un fragmento del Background de la forma mentis de las jueces", en P. Chiassoni, P. Comanducci, y G. B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, pp. 137-160.

⁸ BULYGIN, E., "El concepto de vigencia en Alf Ross", en E. Bulygin y C. Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*, pp. 339-353

⁹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 26: "El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira 'desde arriba'".

¹⁰ Para él, la teoría predictivista es una representación iusfilosófica implausible, distorsionada, del carácter científico del discurso de la doctrina; BULYGIN, E., "El concepto de vigencia..." cit., pp. 344-345, una representación del discurso científico de la doctrina que "implica hablar de una ciencia ideal y no de una ciencia existente".

este problema, propone BULYGIN, conviene entender a estas proposiciones de vigencia no como predicciones acerca de la probabilidad de que una norma sea aplicada por las jueces en el futuro, sino como la afirmación de una propiedad predicable de la norma jurídica, a saber, la disposición de la norma de ser aplicada por parte de las jueces (§ 2.2.); y, por otro lado, un *argumento antipsicológico*, que, como su nombre lo indica, tiene por propósito refutar el aspecto psicológico de la hipótesis predictivista: el concepto de “aplicación de normas jurídicas” es ambiguo, y conviene mantener una noción lógica de aplicación y rechazar una noción psicológica¹¹ (§ 3).

En particular, cuestionaré la solidez de esta objeción (antipsico) lógica para refutar la plausibilidad de la hipótesis predictivista. En primer lugar, mostraré que el argumento lógico es insuficiente para sostener la reducción al absurdo planteada en (§ 2.1) y para justificar la solución propuesta en (§ 2.2) y que es, además, inconducente para plantear un verdadero problema (§ 2.3). Y, en segundo lugar, mostraré que el argumento antipsicológico es infundado por estar sustentado en un par de malentendidos (§ 3.1).

2. EL ARGUMENTO LÓGICO: PROPOSICIONES FORMALMENTE VERDADERAS Y SUSTANCIALMENTE FALSAS

BULYGIN ofrece una reformulación razonable de la hipótesis predictivista de Ross en los términos siguientes: la proposición “la norma ‘si H entonces debe ser S’ es vigente” equivale a la predicción expresada por el enunciado condicional “Si alguien realiza H, entonces es probable que los jueces le aplicarán la sanción S”.¹²

Con el propósito de objetar la plausibilidad de la hipótesis predictivista, específicamente para rechazar el carácter prospectivo de la ciencia jurídica, es decir, la hipótesis de que las proposiciones acerca del Derecho vigente formuladas por la doctrina pueden ser representadas equivalentemente como predicciones acerca del comportamiento futuro de las jueces, BULYGIN nos invita a examinar, con base en el esquema de la lógica clásica, es decir, de la tabla de verdad del condicional y de las reglas de inferencia de la lógica deductiva, el valor lógico-veritativo de una predicción acerca de la aplicación probable de una norma jurídica que hace referencia en su antecedente a un caso genérico o clase de acciones imposibles.¹³

¹¹ Las proposiciones acerca de la existencia de las normas jurídicas hacen referencia no sólo a la disposición de aplicación de estas normas por parte de las jueces, sino también a la disposición de las normas de ser aplicadas en contextos extrajudiciales. Al respecto véase BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, pp. 351-352. Este punto de la objeción, aunque relevante, lo dejaré de lado por falta de espacio en este escrito, lo que no afecta el análisis de los otros puntos de la objeción de BULYGIN que aquí se analizan.

¹² BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, p. 345.

¹³ Se trata de una crítica que, como bien lo señala RATTI, es una clara *reductio ad absurdum*. Véase RATTI, G. B., “El concepto de vigencia en Eugenio Bulygin”, en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, pp. 247-248.

Para tal fin, BULYGIN propone el ejemplo siguiente: en la Argentina, donde no hay un Rey, el legislador ha proferido la norma N “si (H) alguien ofende al Rey, (S) el ofensor debe ser decapitado”. Y bien, tomando en consideración este ejemplo, la proposición “N es vigente” equivale a la predicción expresada por el siguiente enunciado condicional ($A \rightarrow B$), en el que el antecedente (A) es condición suficiente del consecuente (B):

(1) “si (A) alguien ofende al Rey, entonces (B) es probable que los jueces le condenen a morir decapitado”.

Dicho esto, el argumento de BULYGIN es el siguiente. Si, de acuerdo con la tabla de verdad del condicional, es decir, sobre la base de un esquema de la lógica clásica regido por las reglas de inferencia de la lógica deductiva, los enunciados condicionales son verdaderos si su antecedente es falso, e independientemente de cuál sea el contenido y valor de verdad de su consecuente, y son falsos únicamente si su antecedente es verdadero y su consecuente es falso. Si (1) tiene un antecedente que es falso $\neg(A)$ hace referencia a una clase de acciones imposibles, a saber, ofender a un Rey inexistente—; entonces, (1) es *formalmente* verdadera. Y si (1) es equivalente a la aserción “N es vigente”, entonces esta es también una proposición verdadera. Lo que es una conclusión absurda. “N es vigente” es verdadera a pesar de ser una proposición *sustancialmente* falsa, contraintuitiva, es decir, una proposición que es difícil creer que la doctrina la proferiría con algún sentido científico para referir cuál es el Derecho vigente de la Argentina.¹⁴ Este problema puede formularse en pocas palabras del siguiente modo: (1) es formalmente verdadera y (equivale a la aserción verdadera sobre la vigencia de N) sustancialmente falsa.

Por tanto, el carácter prospectivo de la hipótesis predictivista es insostenible; de contera, la teoría de Ross no es una representación atendible del carácter científico del discurso de la doctrina acerca del Derecho vigente.

2.1. PROPOSICIONES FORMAL Y SUSTANCIALMENTE FALSAS

A continuación, sostendré que el argumento lógico de BULYGIN no es convincente. Mostraré que, sobre la base de las reglas formales de inferencia de la lógica deductiva, la

¹⁴ El ejemplo de BULYGIN apunta a que la hipótesis predictivista implicaría aceptar la verdad de proposiciones sobre la vigencia de normas que no tendrían la capacidad de motivar la conducta de los sujetos (o personas). Normas que, como N, disciplinan una clase de acciones que no *pueden* ser realizadas por alguno y respecto de las cuales no es posible conectarlas con derechos y obligaciones; “Una norma que no tenga ningún destinatario, ni siquiera potencial, carecería de relevancia práctica, pues nunca sería aplicable”. Véase BULYGIN, E. y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, pp. 15 y 16. En igual sentido, en un examen de la representación (pragmática) de VON WRIGHT, de la relación entre norma jurídica y acción humana, ALCHOURRÓN C. y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 20, parecen estar de acuerdo con que “el sujeto no puede ‘recibir una norma, a menos que pueda hacer lo que la norma ordena o permite’. La capacidad del sujeto de actuar conforme a lo prescrito por la norma es un presupuesto para la existencia de la norma [...] *Deber implica poder (Ought implies Can)*”.

predicción sobre la aplicación probable de N puede ser formulada de tal manera que su equivalencia con “N es vigente” no implique necesariamente una conclusión absurda. A partir del mismo esquema de la lógica de proposiciones presupuesto por el argumento lógico, presentaré dos enunciados condicionales que expresan predicciones que, a diferencia de (1), son proposiciones formalmente falsas y que son (equivalentes a aserciones sobre la vigencia de N) también sustancialmente falsas.

El argumento de BULYGIN no invalida que “el ofensor debe ser decapitado” pueda estar condicionado suficientemente por la comisión de un acto subsumible en una clase de acciones diferente a la de “ofender al rey”. Bien podemos imaginarnos la situación en la que en la Argentina el legislador también haya proferido una norma que disciplina una clase de acciones posibles, por ejemplo, la norma M “si alguien ofende a un símbolo patrio, entonces el ofensor debe ser decapitado”.

Examinemos ahora dos formulaciones de la proposición “N es vigente” diferentes a (1).

(1) “si (B) existe la probabilidad de que los jueces condenen a alguien a morir decapitado, entonces (A) alguien ofende al Rey”.

Si, conforme a la lógica de proposiciones, un enunciado condicional es verdadero cuando su antecedente es falso y es falso únicamente cuando su antecedente es verdadero y su consecuente es falso, ante la pregunta de qué podemos concluir si (A) “alguien ofende al Rey” es negado, podemos afirmar que (2) es falsa al estar compuesto por un antecedente verdadero –(B) “es probable o existe la probabilidad de que los jueces condenen a alguien a morir decapitado”– y un consecuente falso (A) “alguien ofende al Rey”.

Por otra parte, “N es vigente” puede ser formulada como una proposición expresada por el siguiente enunciado bicondicional ($A \leftrightarrow B$):

(3) “(A) Alguien ofende al Rey si, y solo si, (B) es probable que los jueces ordenen la decapitación del ofensor”.

Es bien sabido que (3) es equivalente a la proposición expresada por la conjunción de dos enunciados condicionales inversos siguiente: $[(A \rightarrow B) \wedge (B \rightarrow A)]$:

(3') [(3.1) “si (A) alguien ofende al Rey, entonces (B) es probable que los jueces le condenen a morir decapitado”

y

(3.2) “si (B) es probable que los jueces condenen a alguien a morir decapitado, entonces (A) alguien ofende al Rey”].

Si, de acuerdo con la tabla de verdad del bicondicional, la proposición (3') es verdadera, si los enunciados condicionales inversos (3.1) y (3.2) que la componen son ambos verdaderos, y es falsa si estos enunciados tienen valores de verdad opuestos. Si se da la situación en la que, para que los jueces ordenen la decapitación de alguien, hay

una circunstancia fáctica que sea una condición suficiente y diferente a “ofender al Rey” —por ejemplo, que esté dada la circunstancia fáctica de que se haya proferido la norma M “si ofende a un símbolo patrio, el ofensor debe ser decapitado”—, (3') sería formalmente falsa, puesto que (3.1.) sería un enunciado verdadero y, por el contrario, (3.2.) sería falso. Esto último, por cuanto sería verdad que (B) “existe la probabilidad de que las jueces condenen a alguien a morir decapitado”, no obstante el hecho de que (A) “alguien ofenda al Rey” sea falso.

De modo que, en contra de lo que sostiene BULYGIN, la hipótesis predictivista es plausible con base en la tabla de la verdad formal de la lógica proposicional. La equivalencia entre “N es vigente” y una predicción sobre la aplicación probable de N —es decir, sobre la vigencia de una norma que disciplina una clase de acciones imposibles— no implica necesariamente una proposición formalmente verdadera y sustancialmente falsa o carente de sentido científico. Como he tratado de mostrar, a la luz de la lógica de las proposiciones, las predicciones pueden consistir en proposiciones que, como (2) y (3'), son formal y sustancialmente falsas, es decir, proposiciones que, además de ser falsas conforme a las reglas de inferencia de la lógica deductiva, la doctrina no las formularía para aseverar la verdad sustancial de la vigencia de N. Por tanto, que (1) sea formalmente verdadera y sustancialmente falsa no es una razón suficiente para juzgar que la hipótesis predictivista es implausible.

Sin embargo, dejando de lado estas opciones de formulación de la proposición “N es vigente”, BULYGIN lleva la razón en su objeción respecto a la formulación por él ofrecida: la proposición (1), al hacer referencia a la probabilidad de aplicación de una norma que disciplina una clase de acciones imposibles, es formalmente verdadera pero sustancialmente falsa.

2.2. LA DISPOSICIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS DE SER APLICADAS

Para superar este problema, BULYGIN sostiene que es conveniente entender la proposición “la norma D es vigente” como una predicación de la propiedad de la disposición de D de ser aplicada en determinadas circunstancias, y no como una predicción de la aplicación de D en el futuro: “La norma D es vigente” equivale a que “si se *dieran* determinadas condiciones, entonces D *sería* aplicada”.¹⁵ Esta proposición es equiparable, por analogía, dice BULYGIN, con la proposición “el azúcar es soluble”: “La proposición ‘el azúcar es soluble’ no es una predicción de futuras disoluciones del azúcar, sino una afirmación de que el azúcar tiene la *disposición* de disolverse, cuando se dan ciertas circunstancias”.¹⁶ Y bien, así como se puede afirmar con algún sentido que el azúcar tiene la propiedad actual de la disolubilidad, y que esta disposición del azúcar no será observable, verificable, si no es colocado en un líquido, también se puede afirmar, con un sentido similar, que “la norma es vigente en este momento, pero no será aplicada

¹⁵ BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, pp. 345 y 346. Las cursivas son añadidas por mí.

¹⁶ *Ibidem*, p. 345.

en el futuro [...] Por ejemplo, puedo decir de una norma de la cuál sé que será derogada pronto: 'esta norma es vigente (si se *diera* el caso *se aplicaría*), pero no es probable que sea aplicada en el futuro'¹⁷

A continuación mostraré que BULYGIN no logra lo que él pretende al entender "N es vigente" como la disposición de N de ser aplicada: a saber, representar a las proposiciones sobre la vigencia de normas (incluidas las normas que disciplinan una clase de acciones imposibles) como aseveraciones que no consisten en predicciones y que son formal y sustancialmente verdaderas.

Antes que nada, ¿en qué sentido la proposición "si se dieran determinadas condiciones, entonces N sería aplicada" no consiste en una predicción?

Así como la proposición "el azúcar es soluble" es una hipótesis que es falseable o verificable en instanciaciones futuras –es decir, una explicación y una predicción de que 'si el azúcar es colocado en un líquido, *ceteris paribus*, el azúcar se disolverá'–. en un sentido similar, la aseveración "N es vigente", es decir, la proposición "si se dieran determinadas condiciones, N sería aplicada por las jueces", equivale a la predicción 'N, *ceteris paribus*, será aplicada por las jueces'.¹⁸ En otras palabras, la equivalencia propuesta por BULYGIN entre aseverar la vigencia de N y predicar la disposición de N de ser aplicada es difícilmente distinguible de aquella que Ross propone, a saber, que "[l]os enunciados que se refieren al derecho vigente de hoy tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a *ciertas condiciones*"¹⁹.

Ahora bien, para que las proposiciones sobre la vigencia en términos de la disposición de las normas de ser aplicadas no sean entendidas como predicciones conviene formularlas como aseveraciones expresadas por enunciados contrafactuales, es decir, enunciados condicionales que por definición tienen antecedentes falsos y que, independiente del valor de verdad de sus consecuentes, expresan proposiciones que son formalmente verdaderas. Por ejemplo:

(4) "si (A) alguien ofendiera al Rey, entonces (B) las jueces ordenarían la decapitación del ofensor".

(4) es formalmente verdadera y, además, por lo menos a primera vista, también es una proposición sustancialmente verdadera, es decir, una aseveración que sería atendible creer que la doctrina la formularía para referir con algún sentido al derecho vigente. Sin embargo, como se mostrará enseguida, que la proposición (4) sea una proposición atendible, es decir, una aseveración que sería plausible afirmar que la doctrina creería que

¹⁷ *Idem*, p. 346. Las cursivas son añadidas por mí.

¹⁸ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, pp. 44 y 45: "Una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada".

¹⁹ *Ibidem* p. 40. Las cursivas son añadidas por mí.

es verdadera, no se debe a que (4) sea formalmente verdadera, sino a razones diferentes, a saber, a razones sustanciales.

Si bien, sobre la base de la lógica clásica, todo enunciado contrafactual expresa una proposición formalmente verdadera, el razonamiento en torno a la verdad de las proposiciones expresadas por estos enunciados no es captada suficientemente por la lógica clásica. En pocas palabras, un enunciado contrafactual puede expresar una proposición que, no obstante ser formalmente verdadera, es sustancialmente falsa, es decir, una aserción inatendible, contraintuitiva, sin algún sentido, para hacer referencia al derecho vigente.

Para aclarar este punto, consideremos el siguiente enunciado contrafactual:

(4') "si (A) alguien ofendiera al Rey, entonces (B) los cerdos volarían".

Si, de acuerdo con la tabla de verdad del condicional, un enunciado condicional es verdadero si A es falso, e independientemente de cuál es el contenido y valor de verdad de B, (4) y (4') son proposiciones formalmente verdaderas. Sin embargo, si bien estamos dispuestos a afirmar que (4) es una proposición que la doctrina aceptaría como una aserción de vigencia verdadera, es decir, una proposición que es formal y también sustancialmente verdadera, no estamos dispuestos a afirmar lo mismo respecto a (4'). Esta última, no obstante ser una proposición formalmente verdadera, es un sinsentido, es decir, una proposición que no es plausible creer que la doctrina la formularía como una aserción verdadera acerca del derecho vigente: (4') es una proposición formalmente verdadera pero sustancialmente falsa.

Y bien, la razón de esta asimetría en el valor de verdad sustancial de (4) y (4') está en que el valor de verdad de los enunciados contrafactuales, a diferencia de lo prescrito por la tabla de la verdad formal del condicional, está determinado necesariamente por el contenido de significado y valor de verdad de B y por la posibilidad de identificar (intuitivamente) una relación entre el contenido de B y de A. Por tanto, (4) es una proposición sustancialmente verdadera no por el hecho de que ella sea formalmente verdadera, sino porque tal nexo entre el contenido de A y de B es reconocible. Y, por el contrario, (4') es una proposición sustancialmente falsa al carecer de un nexo identificable entre A y B, a pesar de ser una proposición formalmente verdadera.

Puesto que el valor de verdad de los enunciados contrafactuales es dependiente del contenido de A y de B, y también de alguna relación o conexión identificable entre tales contenidos, del hecho que A sea negado y, por tanto, de que estos enunciados expresen necesariamente una proposición formalmente verdadera, no se sigue que un enunciado contrafactual exprese una proposición sustancialmente verdadera, es decir, una proposición que sería plausible creer que la doctrina la formularía como una aserción verdadera acerca del derecho vigente.

Luego, ante la negación del antecedente, las proposiciones expresadas por enunciados condicionales contrafactuales –e.g. (4')– como aquellas expresadas por enunciados de

probabilidad –e.g. (1)– son proposiciones formalmente verdaderas que son sustancialmente falsas, es decir, proposiciones que carecen de sentido científico para hacer referencia al derecho vigente.

De modo que, las proposiciones de la ciencia jurídica reformuladas en términos de la disposición de las normas de ser aplicadas bien tienen la misma forma lógica que las predicciones, o bien son proposiciones formalmente verdaderas, pero sustancialmente falsas. Luego, las proposiciones expresadas por enunciados contrafactuales adolecen del mismo problema advertido por BULYGIN respecto a las proposiciones entendidas como predicciones expresadas por enunciados de probabilidad como la predicción (1)²⁰.

En conclusión, sobre la base del mismo esquema de las reglas de inferencia de la lógica deductiva subyacente a la objeción de BULYGIN, se mostró que el argumento lógico es insuficiente para concluir que las predicciones sobre la aplicación de N carecen de sentido científico y para justificar una reformulación de los enunciados de vigencia en los términos de la disposición de las normas de ser aplicadas.

2.3. UN FALSO PROBLEMA

A continuación mostraré que la objeción lógica es en realidad un falso problema. Y, por tanto, que el argumento lógico, además de insuficiente, es inconducente para cuestionar la plausibilidad del aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista. Esto por dos razones.

Una primera razón se sigue de lo dicho en el apartado anterior, y deliberadamente he reservado este espacio para advertirla explícitamente. Se mostró que no hay en realidad una diferencia relevante entre entender a la vigencia de N en función de su disposición de ser aplicada y entenderla en función de la probabilidad de su aplicación. Esta equiparación entre una y otra proposición de vigencia implica que: o el problema atribuido a las predicciones es falso o las proposiciones de disposición adolecen del mismo problema. Ya se demostró que las proposiciones de disposición, aun enten-

²⁰ Sin embargo, a la luz de una lógica de condicionales de probabilidad o contrafácticos, la formulación 'la disposición de N de ser aplicada es equivalente a N es vigente' puede ser útil para una teoría predictivista naturalizada del Derecho vigente, si por disposición se entiende "la disposición mental de las jueces de aplicar N en el futuro: la disposición de N de ser aplicada no es una propiedad que N tiene de por sí, sino una disposición, un hecho psicológico (no-intencional), de la mente de la juez de aplicar una norma y no otra norma posiblemente aplicable. Es decir, la vigencia del derecho entendida en términos de disposición no es una propiedad natural, innata, *a priori*, que se puede predicar de las normas independientemente del aparato cognitivo de quienes las aplican —a saber, funcionarias: e.g., jueces— para solucionar autoritativamente una controversia jurídica conocida por ellas en el futuro". Dicho esto, parece conveniente una reformulación de la propuesta de BULYGIN en los siguientes términos: "N es vigente" equivale a la proposición "si las jueces creyeran que (P) 'N es socialmente vinculante', entonces ellas tendrían la disposición (psicológica) de aplicarla". En la segunda parte de MORENO CRUZ, D., "Un análisis psicológico y prospectivo..." *cit.*, p. 273

diéndolas en un sentido que no sea reducible a las predicciones, presentan sin embargo el mismo problema que se pretendía solucionar con la reformulación de los enunciados de vigencia propuesta por BULYGIN.

Ahora bien, si son entendidas como predicciones, el problema que el argumento lógico atribuye a las predicciones es falso. Lo que es una razón más para reafirmar que la reformulación de “N es derecho vigente” en términos de disposición es innecesaria. Si, de acuerdo con la hipótesis predictivista, la vigencia de la norma N, que disciplina una clase de acciones imposibles, equivale a la predicción “bajo ciertas condiciones, N será adoptada por los jueces como base para decisiones en controversias jurídicas futuras”. Si una de las condiciones que supeditan la probabilidad de que una norma sea aplicada en el futuro es la circunstancia de que la norma discipline una clase de acciones posibles²¹, de ser negada esta circunstancia, la predicción sería una proposición formalmente verdadera y (equivalente a la aserción “N no es vigente” o “el grado de vigencia de N es cercana a cero”) también sustancialmente verdadera.

Una segunda razón tiene que ver con la clase de lógica que subyace al argumento lógico, a saber, una lógica que no puede caracterizar el razonamiento en torno a los valores de verdad de proposiciones que, en palabras de Ross:

“[...] no pueden pretender nunca certeza absoluta, sino que solo pueden ser sostenidas con un mayor o menor grado de probabilidad, que depende de la fuerza de los puntos sobre los que descansa el cálculo acerca del futuro. Esta probabilidad puede tener un valor que va de la virtual certeza a la probabilidad escasa. Tal incertidumbre introduce en las proposiciones jurídicas un elemento de relatividad que es esencial tener en cuenta, pero que la filosofía del derecho tradicional pasa por alto o niega [...] La afirmación de que una regla rige es altamente relativa. Una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada”²²

Si el razonamiento acerca de los valores de verdad absolutos de los enunciados condicionales que expresan una necesidad lógica es diferente al razonamiento acerca de la verdad probable (o contrafáctica) de los enunciados condicionales que expresan una necesidad, posibilidad, empírica entre los antecedentes y consecuentes que los componen; si, por otra parte, la plausibilidad de la hipótesis predictivista no es dependiente de cuáles son los valores absolutos de verdad que las predicciones puedan o no tener, sino del hecho de que las doctrinantes tengan el interés y la capacidad (entrenada) de formular predicciones exitosas acerca de cuál será la norma jurídica que las jueces aplicarán probablemente para solucionar una controversia jurídica en el futuro –i.e. la regla que las jueces usarán para basar su veredicto–, es decir, del hecho de que

²¹ Ver COMANDUCCI P., “Sobre vigencia de normas, a partir de Bulygin”, en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, pp. 211-228.

²² Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 44 y 45.

ellas cuentan con la habilidad de formular proposiciones cuya verdad acerca del derecho vigente es más o menos probable;²³ entonces no parece haber razones que justifiquen evaluar la plausibilidad de la hipótesis predictivista sobre la base de cuáles son los valores de verdad absolutos que las aserciones de vigencia entendidas como predicciones puedan tener. Luego, una evaluación regida por las reglas de inferencia de la lógica deductiva es inconducente para juzgar que la hipótesis predictivista es implausible: la tabla de verdad del condicional no tiene la capacidad de captar los usos efectivos de los enunciados condicionales de probabilidad para expresar aserciones verdaderas²⁴.

De modo que, aun en el caso de que el argumento lógico fuera suficiente para lograr lo que BULYGIN se propone demostrar, a saber, reducir al absurdo el aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista —y nos viéramos forzados a aceptar que, a la luz del valor de verdad absoluta regido por las reglas de inferencia de la lógica deductiva, no hubiese forma de entender a las predicciones como proposiciones sobre la vigencia de N con algún sentido—, no obstante, este sería un falso problema. No hay una justificación de porqué la hipótesis predictivista tenga que adaptarse a dicho modelo lógico de verdad absoluta. Lo que a lo sumo demostraría esta objeción es que el argumento lógico es inconducente para refutar la plausibilidad del aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista, al estar basado en una lógica incapaz de dar cuenta de la verdad más o menos probable de las predicciones y, por tanto, un esquema de escasa utilidad para evaluar el valor científico del contenido proposicional de enunciados condicionales de probabilidad sobre el Derecho vigente²⁵.

Para concluir, el argumento lógico de BULYGIN es insuficiente e inconducente para refutar el aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista, a saber, que la vigencia de N corresponde a un grado de probabilidad asignado a las circunstancias de las que depende que N, y nótese bien, no otra norma diferente, sea aplicada por las jueces en el futuro.²⁶

Pasemos ahora a examinar la segunda parte de la objeción de BULYGIN: a saber, el argumento antipsicológico.

3. EL ARGUMENTO ANTIPSIOLÓGICO: APLICACIÓN (NO-PSICO) LÓGICA DE NORMAS

Una segunda parte de la objeción de BULYGIN está dirigida a mostrar que los términos psicológicos usados por Ross, para llevar a cabo el objetivo iusfilosófico de representar

²³ *Ibidem*, p. 10.

²⁴ Al respecto, véase BYRNE, R. M. J. y P. N. JOHNSON-LAIRD, "‘If’ and the problems of conditional reasoning", *Trends in Cognitive Science*, 13, 7, 2009.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, p. 44.

al discurso de la doctrina sobre el Derecho vigente como una ciencia jurídica, son innecesarios y problemáticos; y que es preferible, para lograr este fin, asumir un concepto de vigencia liberado de cualquier elemento de análisis psicologista.

Específicamente, BULYGIN sostiene que en la teoría predictivista por “aplicación de normas” se puede entender dos cosas distintas y que son difícilmente relacionables conceptual o lógicamente entre ellas, para representar plausiblemente al discurso de la doctrina acerca del Derecho vigente. Por un lado, una noción psicológica de aplicación que hace referencia a un “sentimiento de obligatoriedad”, es decir, a la experiencia o vivencia psicológica de la juez; de hallarse sometida a la regla; por otro lado, una noción lógica de aplicación que hace referencia al uso que de una regla hace la juez como razón o premisa normativa para justificar lógico-deductivamente su decisión respecto a una controversia jurídica.²⁷ Al respecto, BULYGIN argumenta que para dar cuenta plausiblemente de qué es lo que la doctrina entiende realmente por Derecho vigente conviene rechazar a la noción psicológica de aplicación de normas y mantener en firme únicamente a aquella noción lógica.

Por una parte, la noción psicológica de aplicación es innecesaria para dar cuenta del Derecho vigente. Bien puede suceder que la juez aplique lógicamente una norma, es decir, que ella la use para fundamentar su decisión, a pesar de que la regla sea inaplicable en sentido psicológico, es decir, no obstante que la juez no se sienta obligada a aplicarla. En otras palabras, se puede afirmar que las jueces aplican las normas en sentido lógico sin que sea relevante cuáles sean los motivos –e.g., sentimientos, emociones– que las impulsan a aplicarlas: las jueces pueden aplicar lógicamente una norma por “temor u obsecuencia” y “sin estar convencidos de su obligatoriedad”.²⁸ Por otra parte, afirmar lo contrario, es decir, que la noción psicológica de “aplicación” sí es necesaria para dar cuenta del Derecho vigente, conllevaría a aceptar una relación de causalidad entre la norma aplicada por la juez y el fallo expresado en la parte dispositiva de la sentencia, es decir, implicaría aceptar que la norma que la juez siente la obligatoriedad de aplicar es una causa del veredicto.²⁹ Una relación que de contera oscurecería, más que esclarecer, qué es lo que entiende la doctrina por Derecho vigente.

Por tanto, concluye BULYGIN, para afirmar que la juez aplica una norma, y para predicar de esa norma su vigencia, “no es en modo alguno necesario que el juez se sienta obligado por la norma o la viva como socialmente obligatoria; basta con que la invoque

²⁷ BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, p. 347.

²⁸ *Ibidem*, pp. 347 y 348.

²⁹ Según BULYGIN, que no sea advertida esta ambigüedad en torno a la “aplicación” consiente creer que Ross acepta que la norma que la juez usa como justificación normativa de su decisión es una causa de su veredicto. Al respecto, véase BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, p. 351: “Sólo así se explica el hecho de que [Ross] presente como si fuera una sola dos caracterizaciones distintas del concepto de aplicación, condicionándola en un caso a la existencia de sentimientos de obligatoriedad en el juez (variante psicológica) y a la fundamentación de la sentencia en el otro (variante que podríamos llamar lógica)”.

para fundamentar su fallo³⁰: una norma es vigente si es usada por las jueces como premisa para justificar lógico-deductivamente sus veredictos, punto.

A continuación mostraré que el argumento antipsicológico es inconducente para refutar la plausibilidad del carácter psicológico de la teoría predictivista, por consistir en una objeción que es el producto de un par de malentendidos.

3.1. MALENTENDIDOS

(1) Un primer malentendido está relacionado con el argumento de que en la teoría predictivista de la ciencia jurídica propuesta por Ross, el concepto de “aplicación de normas jurídicas” es ambiguo y, además, que la relación que el “sentimiento de obligatoriedad” pueda tener con este concepto es problemática.

Este malentendido tiene origen en el hecho de que BULYGIN asume, injustificadamente, que el carácter prospectivo de la hipótesis predictivista ha sido refutado convincentemente con su argumento lógico. De tal manera que él problematiza cuál es el significado de “aplicación” sin prestar atención a qué es la aplicación de una norma en función de la probabilidad de que su aplicación por parte de las jueces sea un suceso que ocurrirá efectivamente en el futuro.

Y bien, sobre la base de que el argumento lógico de BULYGIN no da en el blanco –al respecto véase *supra* § 2.1 a § 2.3–, mostraré que, si se mantiene en firme el carácter prospectivo de la hipótesis predictivista, la ambigüedad desaparece y la relación del sentimiento de obligatoriedad con la aplicación de las normas por parte de las jueces queda esclarecido. Veamos.

Ross parece entender por “aplicación de una norma” tan solo una cosa, a saber, el sentido lógico advertido por BULYGIN: *i.e.*, el uso que la juez hace de esa norma para fundamentar su veredicto. Sin embargo, en la propuesta de Ross, las proposiciones de la ciencia jurídica tienen por objeto la aplicación de una norma entendida como un suceso que probablemente ocurrirá en el futuro. A la luz del análisis prospectivo, la vigencia de una norma no consiste simplemente en que la juez “la invoque para fundamentar su fallo”,³¹ sino en la probabilidad de que ella invoque esa norma, y no otra norma diferente, para sustentar lógico-deductivamente su veredicto en relación con una controversia jurídica conocida por ella en el futuro.³²

Luego, contrario a la lectura que BULYGIN hace de la noción de aplicación de normas de la hipótesis predictivista sin relacionarla con su carácter prospectivo, en la propuesta de Ross: por un lado, el sentimiento de obligatoriedad de la juez no es una condición definitoria ni un elemento esencial del concepto de aplicación de normas jurídicas,

³⁰ BULYGIN, E., “El concepto de vigencia...”, *cit.*, pp. 347 y 348.

³¹ *Ibidem.*

³² Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, p. 40.

sino una condición necesaria, en sentido empírico, es decir, un presupuesto de hecho (psicológico), de la identificación de la norma que probablemente será aplicada por las jueces en el futuro; por otro lado, y sobre la base de esta aclaración, tampoco es verdad que Ross crea que la norma sea una causa del veredicto. En realidad, parece más razonable creer que Ross sostiene que la identificación de la norma que la juez aplicará (en sentido lógico) en el futuro es explicable causalmente, y que el veredicto dictado por ella depende lógico-deductivamente de cuál es la regla que la juez usará como fundamento de su fallo.³³ En síntesis, lo que Ross sostiene es que entre las circunstancias de las que depende causalmente que una norma sea aplicada probablemente en el futuro está necesariamente la circunstancia de que la juez se sienta obligada a usarla como la premisa normativa de la justificación lógico-deductiva de su veredicto.

(2) Un segundo malentendido en el que se asienta el argumento antipsicológico tiene que ver precisamente con las razones que BULYGIN ofrece para justificar que es innecesario hacer referencia al sentimiento de obligatoriedad para formular proposiciones sobre la vigencia del Derecho, puesto que estamos dispuestos a afirmar que una juez aplica lógicamente una norma, a pesar de que ella lo haga por temor u obsecuencia, es decir, no obstante que ella no esté *convencida* de su obligatoriedad. Sin embargo, como se aclarará a continuación, esta es una afirmación con la que Ross bien podría estar de acuerdo.

El malentendido radica específicamente en el hecho de que el argumento antipsicológico confunde lo que por el contrario Ross con razón distingue en su propuesta: a saber, el sentimiento de obligatoriedad de aplicar una norma con la aceptación *genuina* de la norma aplicada u aplicable por parte de las jueces. En otras palabras, confunde una condición necesaria de la vigencia del Derecho con una condición necesaria de su validez. Veamos.

La objeción parece pasar por alto la distinción metateórica entre dos modos diferentes de representar o caracterizar al aspecto interno de la existencia de las reglas (sociales) jurídicas. Para un modo de ver difundido, propuesto por H. L. A HART, el aspecto interno se relaciona con la *aceptación* de un patrón de comportamiento como un estándar común de conducta, a saber, como una razón para justificar las propias acciones y criticar

³³ *Ibidem*, p. 44: "Si es posible predecir las premisas jurídicas, es también posible predecir la conclusión". Sin embargo, (*ibidem*, p. 42) la proposición "la norma N es derecho vigente" "no presupone que estamos en situación de predecir con certeza razonable el resultado de una acción jurídica concreta futura". La juez puede valorar de uno u otro modo las pruebas en el proceso e interpretar de un modo u otro las disposiciones jurídicas relevantes. Es decir, la juez puede aplicar, como fundamento de su decisión, una regla diferente a la que se consideraba por la doctrina como la regla vigente. Hay un grado de indeterminación insuperable acerca de cuál será el veredicto de la juez, por cuanto este dependerá de cuál sea la regla que en efecto la juez use como fundamento de su decisión. Por esta razón, las proposiciones sobre la vigencia no tienen valores de verdad absolutos, sino que de ellas se puede afirmar tan solo que son más o menos probables.

justificadamente la propia acción y también la de otros.³⁴ Para el modo de ver sostenido por Ross, en cambio, el aspecto interno de la existencia de reglas se corresponde con el sentimiento de que la pauta de conducta dada por el patrón de comportamiento es una norma socialmente obligatoria.³⁵

De acuerdo con la caracterización psicológica de la perspectiva interna propuesta por Ross, un presupuesto de hecho necesario de que la juez use una regla para fundamentar lógicamente su veredicto es la experiencia o vivencia psicológica de la juez de sentirla socialmente obligatoria. Y esto puede ocurrir sin necesidad de que ella acepte la norma así aplicada. Por el contrario, la aplicación de una norma entendida como la expresión de su aceptación por parte de la juez, es decir, como la manifestación de un producto consciente de un proceso deliberativo, presupone necesariamente el sentimiento de obligatoriedad de la juez.³⁶ Por esta razón es que, para Ross, la probabilidad de que una juez aplique N está condicionada necesariamente por el sentimiento o emoción –es decir, por un producto mental de una operación psicológica no reflexiva, inconsciente, intuitiva– de la juez de que N es obligatoria, y no necesariamente por un proceso psicológico de deliberación, o una actividad reflexiva de toma de decisión, ni, por tanto, por el hecho psicológico de la juez de aceptar a N.³⁷

Dicho esto, en contra de BULYGIN, la afirmación de que una juez puede aplicar una norma por temor u obsecuencia y “sin estar convencida de su obligatoriedad” es consistente con la tesis de Ross de que el sentimiento de obligatoriedad es una condición necesaria de la aplicación de normas. En la propuesta de Ross es posible distinguir entre dos tipos de aplicación.

(1) La juez bien puede sentir que la norma es socialmente vinculante, tener esta experiencia en relación con la norma, y sentirse obligada a aplicarla, “motivada por impulsos desinteresados, por un puro sentido de deber, y no por temor a las sanciones jurídicas o

³⁴ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, pp. 56-57.

³⁵ Al respecto, véase HART, H. L. A., “Scandinavian Realism”, *The Cambridge Law Journal*, 17, 2, 1959, p. 238: “Ross [...] misrepresents the internal aspect of rules as a matter of “emotion” or “feeling” –as a special psychological “experience” [...] they are neither necessary nor sufficient conditions of their normative use in criticizing conduct, making claims, and justifying hostile reactions by reference to the accepted standard”.

³⁶ Ross, A., “Reviews. The Concept of Law by H. L. A. Hart”, *The Yale Law Journal*, 71, 6, 1962, p. 1188: “I am unable to understand how it is possible that a person could have an attitude as described –criticize himself for breaking the rule and acknowledge that criticism on the part of his fellows is justified– and still feel free to act as he likes”.

³⁷ Ross, A., “Reviews. The Concept...”, p. 1189: “Hart uses the word “acceptance” or even “voluntary acceptance” to depict the internalization of the rule. In my view this is misleading, pointing too much in the direction of a deliberate decision [...] But most people will feel themselves bound by the social norms of the group without ever being conscious of any choice or decision”; Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 37.

por cualquier otro interés³⁸. El sentimiento de obligatoriedad coincide con el hecho psicológico de la juez de sentir la norma como válida. Este sentimiento es una condición necesaria del hecho psicológico consciente de la juez de estar convencida acerca de la obligatoriedad de la norma que ella aplica. Dicho de otro modo, tal sentimiento es un presupuesto del hecho de que la juez aplique una norma porque la acepta genuinamente, es decir, no por una razón meramente prudencial, sino por una razón operativa en la formación consciente de su convicción acerca de su deber de aplicarla. En pocas palabras, el sentimiento es una condición necesaria de que la juez aplique una norma por estar convencida de su obligatoriedad.

(2) La juez bien puede sentir la obligatoriedad de la norma y aplicarla por obsecuencia, porque las actitudes y reacciones hacia lo norma se hacen habituales o automáticas³⁹, o por simple temor de que el ejercicio del poder sea usado en su contra. Respecto a este último caso, Ross pone el ejemplo de un país invadido por el enemigo⁴⁰. En esta situación, la juez del país ocupado puede aplicar o acatar las normas del país ocupante, a pesar de considerarlas arbitrarias, injustas. Ella las aplica no por el motivo de sentirlas como normas válidas, sino por razones prudenciales o simplemente por la emoción de temor.⁴¹ El sentimiento de obligatoriedad, a pesar de no coincidir con el sentimiento de validez hacia la norma, es de todas maneras una condición necesaria de su aplicación. Aunque la juez no tenga la experiencia de validez hacia la norma, en ella persiste la experiencia de sentirse obligada a aplicarla. En otros términos, la juez aplica la norma a pesar de no aceptarla, es decir, sin que ella haya formado consciente y deliberadamente la convicción de usarla, sinceramente, como un criterio de evaluación de conductas, es decir, sin que ella esté dispuesta a usarla como una razón para criticar justificadamente a otras jueces que no la usen para fundamentar sus veredictos en relación con controversias jurídicas similares. En pocas palabras, ella aplica la norma porque la siente socialmente vinculante, a pesar de no sentirla como válida y, por tanto, sin estar convencida de su obligatoriedad.

Sin embargo, Ross afirma que, para poder entender cómo es posible el funcionamiento y mantenimiento de un orden jurídico genuino, nos vemos obligados a asumir, en consonancia con las intuiciones sobre nuestras prácticas y experiencias relacionadas con el Derecho, que las aplicaciones del primer tipo son normales y preponderantes y las del segundo tipo son excepcionales y raras⁴². No obstante, no podemos desconocer, desde un punto de vista teórico y descriptivo, que en el segundo tipo de aplicación la norma aplicada, a pesar de no ser aceptada genuinamente o de que la juez no la

³⁸ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 53.

³⁹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 54.

⁴⁰ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 54-55.

⁴¹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 55; BULYGIN, E., "El concepto de vigencia...", cit., p. 348,

⁴² Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 53.

sienta válida, es de todas maneras una norma que puede ser descrita como Derecho vigente: una norma que es probable que las jueces sientan la obligatoriedad de aplicarla⁴³, sin estar convencidas de su obligatoriedad, en el futuro⁴⁴.

En consecuencia, en contra de BULYGIN, no parece ser verdad que haya una contradicción en la teoría de ROSS entre la tesis del sentimiento de obligatoriedad y la tesis de que, en relación con el ejemplo del país ocupado por el enemigo, un orden existente que no recibe aprobación y que es obedecido simplemente por temor “[...]puede ser descrito exactamente de la misma manera que un orden jurídico, esto es, como normas relativas al ejercicio de la fuerza”. La existencia del Derecho, su vigencia, está condicionado por el sentimiento de obligatoriedad de las jueces de aplicar la norma, y no necesariamente por la experiencia de vivirlas como válidas.

Ahora bien, la afirmación de que las jueces pueden aplicar el derecho sin estar convencidas de su arbitrariedad sí es inconsistente con la tesis de que la aplicación de una norma esté condicionada necesariamente por el hecho psicológico de la juez de aceptarla *genuinamente*, es decir, por el hecho de estar consciente y deliberadamente convencida, por razones morales o no-prudenciales, de la obligatoriedad de la norma aplicada por ella, es decir, por sentirla como válida.⁴⁵ En este caso, no habría lugar a la aplicación de una norma. Y, por tanto, esa norma no podría ser descrita como Derecho vigente. Sin embargo, contrariamente a lo que BULYGIN cree, fruto de las confusiones anteriormente señaladas⁴⁶, ésta no es la tesis de ROSS.

Luego, la objeción de BULYGIN parece estar dirigida a la aplicación de las normas en relación con la caracterización del aspecto interno de la existencia de las reglas a partir de

⁴³ Este punto está esclarecido en la versión en inglés. ROSS, A., *On Law and Justice* (1958), H. Holterman (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 69: “Seen from a purely scientific and descriptive point of view, this not make any difference with respect to the character of the given system as a system of scientifically valid law [sistema de derecho vigente]: the norms of the system can still be described in statements about the probable content of future judicial decisions”. Un párrafo que no encuentro traducido en la versión en español.

⁴⁴ Aunque en este caso, los factores para determinar la vigencia no serían en su totalidad objeto de investigación de la ciencia jurídica, sino de otras disciplinas extrajurídicas que complementarían la descripción del Derecho vigente realizada por la primera. La ciencia jurídica tiene por objeto aseverar cuál es el Derecho vigente a partir de las actitudes y conceptos que son comunes —i.e. «una ideología normativa común», es decir, de factores normativos que están presentes e influyen a las jueces cuando ellas actúan como jueces, a saber, la ideología acerca de las fuentes del derecho. ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 73; cap. III.

⁴⁵ ROSS, A., “Reviews. The Concept...”, p. 1189.

⁴⁶ En esta confusión también parece estar ARENA, quien en parte da la razón a BULYGIN de que sí habría un problema en la teoría de ROSS con describir como vigente una norma aplicada sin convencimiento de su obligatoriedad. ARENA F., “El concepto de existencia en Alf Ross”, en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, pp. 241-242

su aceptación genuina, y no a la noción de aplicación de normas relacionada con la caracterización del aspecto interno de las reglas existentes presupuesta por el esquema predictivista de ciencia jurídica propuesto por Ross. De manera que, el argumento antipsicológico tampoco ofrece razones para creer que Ross se equivoca en este punto.

Una vez aclarados este par de malentendidos, podemos concluir que el argumento antipsicológico es infundado.

4. CONCLUSIONES

Lo dicho permite concluir que la objeción (antipsico) lógica no logra refutar la plausibilidad de la hipótesis iusfilosófica que Ross propone para representar al discurso de la doctrina sobre el derecho vigente como una ciencia jurídica predictivista.

El argumento lógico es insuficiente e inadecuado para para refutar el aspecto prospectivo de la hipótesis predictivista, a saber, que (el grado de) la vigencia de una norma consiste en (el grado de) la probabilidad de ser aplicada en el futuro. Por otra parte, el argumento antipsicológico carece de fundamentos para objetar su aspecto psicológico, a saber, que si una norma es vigente en la medida en que es probable que ella sea aplicada en el futuro, que las jueces se sientan obligadas a aplicar esa norma, aun sin aceptarla, es una condición necesaria de su vigencia.

En otras palabras, la objeción (antipsico) lógica no es convincente para rechazar la hipótesis de que las proposiciones doctrinarias sobre la vigencia del derecho consisten en predicciones acerca de cuál norma será usada en el futuro por los tribunales, si se dan ciertas condiciones, entre ellas, la condición empírica de que la juez se sienta obligada socialmente a adoptarla, sin necesidad de aceptarla, como fundamento de sus veredictos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN C. y E. BULYGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en E. Bulygin y C. Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-327.
- ALCHOURRÓN C. y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 1997.
- ARENA F., "El concepto de existencia en Alf Ross", en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2022, pp. 229-244.
- BULYGIN, E., "El concepto de vigencia en Alf Ross", en E. Bulygin y C. Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 339-353.
- BULYGIN, E. y D. MENDONÇA, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

- BYRNE, R. M. J. y P. N. JOHNSON-LAIRD, "If' and the problems of conditional reasoning", *Trends in Cognitive Science*, 13, 7, 2009, pp. 282-287.
- COMANDUCCI, P. "Sobre vigencia de normas, a partir de Bulygin", en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2022, pp. 211-228.
- GUASTINI, R. "La teoría del diritto del 'giovane' Bulygin", en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2022, pp. 179-210.
- HART, H. L. A., "Scandinavian Realism", *The Cambridge Law Journal*, 17, 2, 1959, pp. 233-240.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 3ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1961.
- MORENO CRUZ, D., "Juego de toma de decisión judicial interpretativa correcta", en R. Guastini y P. Comanducci (eds.), *Analisi e diritto*, Marcial Pons, Barcelona, 2014, pp. 237-251.
- MORENO CRUZ, D., "Decisión interpretativa en abstracto. Un fragmento del Background de la forma mentis de las jueces", en P. Chiassoni, P. Comanducci, y G. B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Marcial Pons, 2018, pp. 137-160.
- MORENO CRUZ, D., "Un análisis psicológico y prospectivo sobre el derecho vigente", en Rábanos, Ratti, y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2022, pp. 257-275.
- RATTI, G. B., "El concepto de vigencia en Eugenio Bulygin", en Rábanos, Ratti y Redondo (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea*, Vol. II, Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons, 2022, pp. 245-255.
- ROSS, A., "Reviews. The Concept of Law by H. L. A. Hart", *The Yale Law Journal*, 71, 6, 1962, pp. 1185-1190.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, trad. al español de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.
- ROSS, A., *On Law and Justice* (1958), H. Holterman (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019.