

Cuarta parte

Normas y razones

X. EL JUEGO DE ARGUMENTAR Y CÓMO JUGARLO (partida preliminar a la argumentación jurídica)	195
1. <i>Introducción</i>	195
2. <i>Brevis narratio</i>	199
3. <i>Normas y razones</i>	199
a. Normas como razones para la acción	199
b. La regla de reconocimiento de razones	201
c. Dos clases de cosas	202
4. <i>La “conversión”</i>	204
5. <i>Razones de segundo orden</i>	205
6. <i>Razones excluyentes</i>	206
7. <i>El lío</i>	210
8. <i>El desenredo</i>	211
9. <i>El juego y sus reglas</i>	212
10. <i>[J]ocus regit acto</i>	214
a. El planteamiento	214
b. Juguemos (juegos)	215
c. El “juego” del derecho	217

CUARTA PARTE

NORMAS Y RAZONES

X

EL JUEGO DE ARGUMENTAR Y CÓMO JUGARLO¹

(partida preliminar a la argumentación jurídica)

*argu[ere] est ratio quæ rei dubiæ
facit fidem*

MARCUS TULLIUS CICERO

1. Introducción

¡La argumentación es un juego! Quisiera empezar con esta frase lapidaria que resume el objeto de este ensayo.

Argumentar (del **L.** *arguere*²), *grosso modo*, consiste en confrontar “argumentos”. Ciertamente, esta confrontación no es un ruidoso altercado, ni caótico vocerío. La argumentación es una contienda “regulada”. La confrontación de “argumentos” que supone la argumentación está sometida a reglas. ¡Como los juegos! Los “argumentos” son a la argumentación lo que las jugadas a los juegos o, mejor, los “argumentos” son las “jugadas” de la argumentación.

¹ Este capítulo podría considerarse el segundo episodio de mi artículo: “Cómo hacer razones con normas o cómo convertir normas en razones o cómo desenredar este lío” (en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, núm. 21, 1998, Actas del XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, España, pp. 437-462, Junio 1999), versión en español de mi ensayo: “How to Make Reasons with Norms. Or How to Convert Norms into Reasons. Or How to Disentangle this Mess.” (Proceeding of the XVIII World Congress of Law Philosophy).

² De *arguere* (*arguo, is, uere, ui, utum*): ‘mostrar’, ‘dar a conocer’, ‘afirmar’ (Vid.: Blánquez Fraile, Agustín, *Diccionario Latino-español / Español-latino*, cit., p. 188).

La palabra ‘argumento’³ puede usarse para indicar cualquier enunciado que afirma algo. El argumento, por tanto, niega todo lo que le contradice. La expresión ‘argumento’ es más o menos sinónima de ‘argumentación’, salvo que mientras que ‘argumentación’ designa también la actividad de argumentar, ‘argumento’ se refiere a la específica estructura discursiva en la cual el argumento se presenta.⁴

En la argumentación el discurso (*i.e.* la forma en que se expresan los argumentos) no busca persuadir (disuadir) o convencer, la idea es proveer un argumento que en el caso no pueda ser “vencido”, un argumento que no pueda ser refutado, contra el cual no se pueda proporcionar un contraejemplo:⁵ un *argumentum fides*. Este argumento “cierra” la confrontación. La argumentación no persigue la adhesión a una tesis, sino mostrar un argumento que, *ex tunc*, no puede ser vencido.⁶

La argumentación no es una yuxtaposición de materiales desordenados, indefinidos en número. Por lo contrario, en la argumentación sólo participan argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha. La argumentación no es indefinida, la argumentación presupone un ámbito bien determinado, espacial (identidad de los “jugadores”), material (sólo jugadas del juego), espacial y temporalmente. A este respecto cabe señalar que la argumentación, como los demás juegos, no es *sine die*, tiene un punto final.⁷

En la retórica, por el contrario, no existe ningún límite todos los elementos pueden ser acumulados exitosamente, de hecho, porque, parece ser que es efectivo agregar más y más materiales, ampliar o reducir el auditorio, según convenga. Los materiales que han persua-

³ De *argumentum* (o *argutum*): ‘prueba’, ‘asunto’, ‘tema’; y éste del verbo *arguo* (*is, uere, ui, utum*). (Vid.: Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino-español. Español-latino, cit. ibid*). En el terreno del teatro *argumentum* es una explicación sumaria de una obra como la *poiesij* griega. Vid.: Hornblower, Simon y Spawforth, Antony. *The Oxford Classical Dictionary, cit.*, pp. 156 y 737-738.

⁴ Vattimo, Gianni (Ed. Gral.), *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*, Milán, 1993, p. 54.

⁵ Supongamos el siguiente argumento “Todos los cuervos son negros”. Este argumento es el “verdadero”, el argumento “vencedor”, en tanto no se presente un cuervo que no sea negro. Si disiento, hago algo “irracional”.

⁶ Estoy consciente que ‘argumentación’ es una expresión polisémica que en el lenguaje ordinario se emplea incluso como sinónimo de las palabras de las cuales la he querido deslindar. Sé igualmente que en el lenguaje técnico (particularmente en la nueva retórica) ‘argumentación’ se usa de forma completamente opuesta a la que uso aquí.

⁷ La argumentación puede concluir por “abandono” de los participantes.

dido a algunos puede que no tengan ningún efecto sobre otros. En la retórica parecería necesario continuar buscando argumentos que mejor se adapten al auditorio, al auditorio ampliado o fracción del auditorio que había sido hasta ahora ignorada.

En claro contraste con la retórica, en la argumentación sólo se participa con argumentos “del juego”.

En la argumentación no hay oradores. En la argumentación los argumentos no se dirigen a un auditorio. En la argumentación no se “captan” auditorios ni se juega con la capacidad de atención de la gente. La argumentación se limita a la confrontación de “argumentos” entre los participantes: las “partes” (*i.e.* los “jugadores”).

En otras palabras, en todas las circunstancias en las cuales se juega el “juego de la argumentación” hay límites que no pueden ser transgredidos (son jugadas “penalizadas” o “nulas”). En este juego los participantes ciertamente requieren seleccionar entre las “jugadas permitidas” (*i. e.* los “argumentos” cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad es satisfecha), teniendo en cuenta que los argumentos tendrán diferente “peso” una vez confrontados. El argumento (o contrargumento) que “venza” (refute) a los otros argumentos y no pueda ser “vencido” por ningún argumento ulterior es la “jugada ganadora”.

Existe una error ampliamente compartido. Es frecuente confundir argumentar con debatir o polemizar (o simplemente discutir). Esto se debe, además de la polisemia de las palabras⁸ y a la misma dificultad de argumentar, a la idea de “persuasión” o “convencimiento” que subyace detrás de las polémicas o debates, así como a los elementos emocionales que les acompañan. De esta forma, cuando un “polemista” (orador, líder o predicador) se encuentra convencido (o no) de una idea, recurre a cualquier medio (discursivo, escénico, psíquico) para convencer. El polemista busca adhesión, busca “consenso” y llama, falazmente, “argumentos” a lo que dice.⁹

⁸ *Vid. supra.*

⁹ Él es quien decide lo que son argumentos.

Una nota curiosa de esta confusión es la creencia del polemista: mi “interlocutor no tiene razón si no me convence”. En la argumentación el hecho de que un interlocutor no se “sienta convencido” es irrelevante para el éxito del argumento. Sobre el particular cave recordar que el paradigma de la argumentación es la demostración. En ella claramente la convicción o consenso no cuentan.¹⁰

La argumentación persigue “eliminar” enunciados refutados de conformidad con las reglas de la argumentación. La argumentación requiere, por tanto, no sólo enunciados falsificables, sino conmensurables de manera que puedan oponerse a los argumentos del interlocutor. De esta manera, en la argumentación no es la suma de argumentos la que importa; importa el argumento “que no es refutado”.

Como veremos más adelante, los argumentos no son “fuertes” o “débiles” en sentido absoluto, su “peso” resulta de la confrontación con los argumentos en juego. Sin embargo, el juego puede otorgar “pesos” específicos a los argumentos e, incluso, establecer un orden de preferencia.

Consecuentemente, la argumentación se distingue substancialmente de la polémica, debate o discusión formal o informal. La argumentación no es escenario para la persuasión (o disuasión). En la retórica la persuasión constituye su propósito.¹¹

¿Por qué se asocia la argumentación a las ideas que están detrás de expresiones como ‘razón’, ‘razonamiento’ o ‘racionalidad’? Por lo pronto existen relaciones de sinonimia. ‘Razonamiento’ es usado en vez de ‘argumento’. En cuanto a la ‘racionalidad’, (‘racional’ o ‘irracional’) su uso en el contexto de la argumentación resulta del hecho de que el paradigma de la argumentación es la demostración. *ἔπιστήμη* (la ciencia) es el paradigma de *γνώμη* (el conocimiento, del entendimiento) el espacio donde se encuentra *λόγος* (la razón, la racionalidad). Seguir el paradigma permite llamar ‘razón’ a los argumentos y ‘racional’ a lo que se haga a través de la argumentación.

¹⁰ El paradigma es la prueba de los enunciados demostrativos, *Vid.*: Vattimo, Gianni, *Enciclopedia Garzanti di Filosofia, cit.*, p. 54.

¹¹ Para una breve referencia a la retórica, *Vid.*: “Rethoric”, en *Encyclopædia Britannica CD, 2000*, Encyclopædia Britannica Inc., 2002.

Así, la argumentación en el terreno de la “Razón práctica” (en el mundo de la acción humana) busca la satisfacción del *paradeigma* con un nuevo *paradeigma*: El silogismo práctico.¹²

2. *Brevis narratio*

Decía,¹³ que algunos autores han llegado al extremo de caracterizar a las normas jurídicas como si fueran sólo razones, *i. e.* como si el hecho de ser normas dependiera sólo de ser razones.¹⁴ Al hacerlo cometen una falacia naturalista.¹⁵ Ciertamente, las normas¹⁶ (como cualquier cosa) pueden ser *consideradas* como razones para la acción, pero este hecho no es suficiente para concluir que las normas sean sólo razones.

Una cosa es decir que las normas jurídicas son sólo razones (lo que es básicamente erróneo) y una muy distinta es **adoptar** normas jurídicas como razones para la acción. El propósito de este ensayo reside en llamar la atención hacia esta importante diferencia.

3. *Normas y razones*

a. Normas como razones para la acción

Muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que los hombres actúan sobre la base de razones. Asimismo, muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que cualquier cosa, *i.e.* cualquier hecho (de aquí en adelante X) puede ser una razón para actuar (o una razón para abstenerse de actuar). De esta forma, llover es una razón para usar una gabardina. El problema es, como señalé, que no necesariamente cualquier cosa es una razón para actuar (o para no actuar). Que llueva

¹² *Vid. infra*: núm. 43.

¹³ Salvo indicación expresa en otro sentido, me estaré refiriendo a la versión en español de la obra citada en la nota 1. (pp. 437 y ss.)

¹⁴ *E.g.* Joseph Raz (*Vid. infra*: Bibliografía).

¹⁵ En el sentido del *open question argument* of George E. Moore (1873-1958), puesto que el argumento de Moore puede aplicarse contra el intento de definir normas en términos de alguna cualidad de las razones. *Cf.*: *Principia Ethica*, Cambridge, 1903; *Vid.*: Baldwin, Thomas. *G. E. Moore*, Londres, 1990.

¹⁶ Aunque lo que diga aquí de las normas jurídicas podría aplicarse a las normas morales o a otros directivos, me refiero básicamente a normas jurídicas.

en Kuala Lumpur,¹⁷ no es razón para que use gabardina, debido al hecho de que vivo en México.¹⁸

¿Cómo puedo saber si X es o no es una razón? ¿Qué convierte a X en una razón?¹⁹ (de aquí en adelante **R**).

No veo otra respuesta:

X es una razón porque **cuenta en mi consideración** (deliberación) para actuar o para abstenerme de actuar.

Piénsese, por ejemplo, en algo que ignoro ¿Cómo podría ser algo que yo ignoro una razón para mi acción? Por el contrario, si yo tomo algo en mi **deliberación para actuar** (sea este algo: un evento, un dicho, una instrucción), este algo se convierte en una razón para mí (*i. e.* para mi acción o para mi abstención). Es decir, si en mi **deliberación** tomo en consideración a X para actuar o para abstenerme de actuar, entonces X deviene una razón para que yo haga o una razón para que yo omita.

Las razones son razones aunque sean razones triviales. No importa qué débiles sean, una vez en mi **consideración**, son razones. Este es un punto de partida. Tenemos que distinguir entre cosas que **no son** razones (para actuar) y cosas que son razones de poca importancia (para actuar). No llueve fuerte; sólo llovizna; tengo que caminar unos pasos y llevo prisa. Esta llovizna es, sin duda, una razón, pero una razón a la cual concedo poca importancia.²⁰ Sin embargo, que llueva en Kuala Lumpur no es una razón de poco peso, mas bien no es en absoluto una razón. De la misma manera, si la contaminación es mi preocupación principal para actuar, el hecho de que la atmósfera de

¹⁷ Capital de Malasia, situada en la parte central de Malasia (Malaya) occidental. La ciudad crece a horcadas de la confluencia de los ríos Kelang y Gombak en paraje montuoso al oeste del territorio. En 1944 Kuala Lumpur devino el Territorio Federal de Kuala Lumpur. (Vid.: “Kuala Lumpur”, en *Encyclopædia Britannica CD*, 2002).

¹⁸ En este ensayo seguiré usando los mismos ejemplos que en el ensayo que le precede. (Vid. *supra*: núm. 1, pp. 438 y ss.)

¹⁹ Como me ocupo sólo de razones para la acción, en el texto, las palabras ‘para la acción’ en ocasiones podrían ser omitidas.

²⁰ De hecho, es superada, consideradas todas las cosas, por una razón de más peso, o bien, vencida por otras razones (combinadas).

Venus tenga un alto contenido de ácido sulfúrico²¹ no es razón para abstenerme de hacer ejercicios aeróbicos y quedarme en casa.

Las razones de poca importancia, sin importar qué poca importancia tengan, son razones. Cualquier cosa considerada por el agente (de aquí en adelante **A**), importante o no, es una razón para actuar (o para omitir).

b. La regla de reconocimiento de razones

¿Puede una norma jurídica ser una razón para la acción? Si este es el caso, ¿qué tipo de razón es?²²

A las condiciones que deben satisfacerse para que cierto hecho se convierta en una razón para la acción la llamo: ‘la regla de reconocimiento de razones’.²³ Esta regla no es mas que un criterio de identidad de razones (*i. e.* para que algo sea una razón). De manera general se puede decir que algo es una razón si y sólo si, así es considerada por **A** (el agente). Anteriormente mencioné (o, mas bien, recordé) que muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que el siguiente enunciado es verdadero:

(1) cualquier cosa (*i. e.* X) puede ser una razón.

Como señalé anteriormente, parece que, la mayoría de los autores estarían dispuestos a aceptar (1), sin embargo los autores añadirían que si bien (1) es básicamente cierto, eso no significa que cualquier cosa sea *necesariamente* una razón para “todo el mundo”. Así, por ejemplo, el clima tempestuoso en el Puerto de Murmansk,²⁴ en el noroeste de Rusia (a más de 200 kilómetros al norte del Círculo Polar Ártico) es un hecho que, sin duda, pertenece a la clase de “cualquier

²¹ “Venus se encuentra completamente envuelto por una densa capa de nubes compuestas básicamente de gotas de ácido sulfúrico concentrado...” (*Encyclopædia Britannica CD, 2002, cit.*).

²² Sostuve en el anterior ensayo que si suponemos que las normas son razones (y sólo razones) por el hecho de ser normas, enfrentamos una falacia. (*Vid. supra*: núm. 1, pp. 443 y ss.)

²³ *Cf. ibidem.*

²⁴ Murmansk. Antiguamente Romanov-na-murmane, puerto marítimo y centro de Murmansk Oblast (Región Administrativa), Rusia. ‘Murmansk’ (probablemente de la palabra suami local: murman que significa ‘la orilla de la tierra’ es la ciudad más grande del mundo al norte del Círculo Polar (*Vid.: Encyclopædia Britannica, CD, 2002, cit.*).

cosa”; pero no es una razón para usar bufanda a mediados de enero en Valparaíso.

Si cualquier cosa puede ser una razón, entonces las normas (jurídicas), pueden ser razones para la acción. Ciertamente que, para que una norma sea una razón, tiene que satisfacer la regla de reconocimiento de razones. De esta manera, si yo **no** tomo en consideración a la norma N entre las razones para hacer f (o para omitir f), entonces N definitivamente **no** es una razón para que yo haga f o para que me abstenga de hacer f . Y si no obstante, N se me aplica, este es un “hecho que ocurre” (un hecho que me pasa”), **no** una acción que yo realizo (o decido realizar).²⁵

c. Dos clases de cosas

De lo anteriormente dicho se sigue que existen dos diferentes criterios de identidad para dos diferentes clases de cosas.

Uno:

X se convierte en R si, y sólo si, A (cualquier hombre racional) considera a X como razón (*prima facie*) para actuar o para abstenerse de actuar. En otras palabras: X se convierte en R si, y sólo si, A considera que X es una razón *prima facie* para realizar f o una razón *prima facie* para abstenerse de f .²⁶

Dos:

N es N si, y sólo si, ha sido establecida por L .(legislador).²⁷

²⁵ Esta distinción es fundamental para las proposiciones de razón práctica. Esta distinción ha sido establecida desde la *Ética nicomaquea*. De acuerdo con Aristóteles los actos no voluntarios no cuentan para los silogismos prácticos. En este sentido dice: “Las acciones son no voluntarias cuando se hacen bajo coacción y un acto es coaccionado cuando su origen es de fuera, siendo de tal naturaleza que el agente, que es realmente pasivo, en nada contribuye a su realización, por ejemplo, cuando es llevado a un lugar por la fuerza del clima ...” (*Eth. Nic.* 1110a 2-4, *Vid.* también: 1110b 10. La coacción cubre todos los casos en que el agente no es, en absoluto, un agente. (*Vid.*: MacIntyre, Alasdair. *A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from Homeric Age to Twentieth Century*, Simon & Schuster, 1996. pp. 68-69).

²⁶ Siendo f una acción (efectiva o potencial) de A .

²⁷ Y es eficaz.

El argumento de Moore nos impide definir normas (jurídicas) en términos de razones. Que yo adopte como razones determinadas normas jurídicas no hace que esta adopción se convierta en la característica definitoria de las normas jurídicas (ni hace que estas normas pierdan su carácter de normas jurídicas). Yo puedo “entender” a las normas jurídicas como motivos, causas, estímulos, *et sit cetera*; pero las normas son normas no por ser motivos, causas o razones, sino porque son normas jurídicas que satisfacen la regla de reconocimiento de normas.

Recordemos rápidamente la objeción de *ignorantia iuris*. La máxima reza: *Ignorantia iuris neminem excusat*:²⁸ (La ignorancia del derecho, en general, no excusa su cumplimiento. A nadie se le permite excusarse sobre la base de la ignorancia del derecho).²⁹ Es ampliamente sabido que las normas (jurídicas) funcionan de esta manera (*i. e.* como normas), aun cuando la gente no las conozca o no reconozca que una norma sea una norma. Por el contrario, como señalé anteriormente,³⁰ los hechos (cualesquiera de ellos, incluso las normas) son razones porque $A_{(s)}$ (los agentes) que actúan sobre la base de ellas las *convierten* en razones. $A_{(s)}$ (la gente) **adopta** razones; sin embargo, para que existan y se apliquen normas, éstas no requieren ser adoptadas, las normas simplemente se aplican a la gente. El derecho se aplica *ex auctoritas* y la ignorancia de sus normas no excusa a nadie.³¹ Las normas son normas con independencia de las **consideraciones de los destinatarios**.³²

Se puede perfectamente describir una norma (y los hechos sociales que la establecen) sin recurrir al concepto de razón. Es prácticamente obvio que los juristas y abogados pueden determinar la existencia de

²⁸ Vid.: Adolf, Berger, *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, p. 491. Para conocer algunos lineamientos de la doctrina, véase: *D.* 22, 6, 1-6. Los bizantinos firmemente sostenían: “*Constitutiones principum* [léase: *ius*] *nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.*” (C. 1, 18, 12).

²⁹ Vid.: Walker, David M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 599.

³⁰ Vid.: *supra*.

³¹ Si algunas excusas son admitidas es el propio derecho que las permite. De hecho, la doctrina de la *ignorantia iuris* está construida para justificar *exceptiones*.

³² Ciertamente, tengo presente los problemas de la *consuetudo contra legem* y del *tacitus consensus populi* (incluyendo la legitimidad), sin embargo voy a ignorar estas cuestiones en el presente ensayo.

las normas jurídicas (y sus contenidos) sin necesidad de hablar de razones (para la acción).

La existencia de una norma *vis à vis* de los súbditos es algo que “ocurre”, que “sucede”, no algo que decida el destinatario. No obstante, es verdad que cuando *L* (el legislador) establece una norma, habitualmente pretende que esa norma se convierta en una razón para que los súbditos actúen (en consecuencia). Pero el acto de voluntad de *L* no es una condición suficiente para que *N* sea *R* para que todo *S* actúe. La relación “norma-destinatario” no es en ningún sentido similar a la relación “razón-agente”: **las razones dependen de las consideraciones del agente, las normas ignoran las consideraciones del súbdito.** Por eso son normas.

4. La “conversión”

Las normas, como señalé, pueden ser consideradas por *A* (el agente) como razones para su acción. *A* “convierte” una norma en una razón, si la toma en consideración para su acción (u omisión). Esto es, *A* “convierte” una norma en una razón, si entra en la deliberación de *A* para hacer u omitir. Ahora bien, si *A* **actúa** sobre la base de una norma *N* (*i.e.* si *A* “sigue” *N*), entonces *N* es una razón que “vence” otras razones. Si *A* “sigue” *N*, esto sólo significa que esta norma, habiendo sido “convertida” por *A* en una razón para su acción es, además de norma, una razón victoriosa, una razón que supera otras razones de *A*.³³ Por el contrario, si *A* no actúa sobre la base de la norma que ha “convertido” en razón para su acción, esto simplemente significa que *N* ha sido superada por otras razones de “más peso” que *A* tenía (por ejemplo: una objeción de conciencia, una ideología particular que lo conduce a una desobediencia civil o, incluso, una razón trivial).

Las normas pueden ser “convertidas” en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es, si

³³ Si actúo sobre la base de una norma puede decirse que “obedezco la norma”. Sin embargo, esto no significa que siempre que me conforme con una norma equivalga a obedecerla. Conformarse con una norma puede depender de otras razones. Puede suceder que, aunque no ignoro la norma, la sigo por razones prudenciales. Aún más, puede ser que yo ignore la norma y, sin embargo, dar la “apariencia” de que la obedezco si mi acto se conforma con lo que ella establece. Dicho brevemente: puedo ignorar las normas que se me aplican y ser considerado un hombre cumplido (un *law-abiding man*).

son “convertidas” en razones por *A*. Esta es la única forma en que las normas entran dentro de “el balance de razones del agente”.³⁴

5. Razones de segundo orden

Las razones pueden ocupar dos diferentes niveles: Pueden ser razones ordinarias o bien, razones de segundo orden. Las razones ordinarias (o de primer orden) son **razones para la acción** o para abstenerse de la acción. Esta idea puede ser claramente expresada por ‘*R f*’ y por ‘*R ~f*’ (donde ‘*R*’ es una razón para realizar *f*, ‘*f*’ es una acción específica y ‘*~f*’ su omisión). Por el contrario, las razones de segundo orden no son razones para la acción inmediata, sino para **seleccionar o excluir razones** para la acción.³⁵ Esta idea puede ser expresada por ‘*R₂ r*’ y ‘*R₂ ~r*’ (donde ‘*R₂*’ es una razón de segundo orden; ‘*r*’ es una *clase* de razones y ‘*~r*’ su exclusión).

Joseph Raz explica en varios ejemplos la forma en que funciona *R₂*. Permítaseme comenzar con el caso de las instrucciones del padre. Un padre le dice a su hijo: “obedece a tu madre”. Esta instrucción es una **razón para actuar por una razón**: una razón para actuar sobre la base de las instrucciones de su madre, las cuales, son también, razones. Este estado de cosas puede ser descrito perfectamente bien por *R₂ r*, donde ‘*R₂*’ representa la instrucción del padre y ‘*r*’ una clase de razones (las instrucciones de la madre). Raz llama a esta razón *R₂*: ‘razón de segundo orden positiva’.

Supóngase ahora que el padre mas bien dice a su hijo: “no obedezcas a tu madre”. En este caso, el hijo tiene una **razón para no actuar por una razón**. Esta situación puede ser descrita por ‘*R₂ ~r*’, donde ‘*R₂*’ es la instrucción del padre, ‘*~r*’ es un clase de razones (las de la madre) las cuales están excluidas. Raz llama a las razones de segundo orden negativas: ‘**razones excluyentes**’.³⁶

³⁴ Cf.: *Practical Reason and Norms*, cit. p. 36. (*Razón práctica y derecho*, cit., p. 40); Vid.: Gans, Chaim. “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, en *Philosophy*, vol. 15, 1986, p. 374.

³⁵ “...cualquier razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón” (Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*, cit., p. 39, [*Razón práctica y normas*, cit., p. 44]).

³⁶ *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 16-17. (existe traducción mía: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1982, pp. 31 y 32).

Creo que los ejemplos son bastante claros y se pueden distinguir dos tipos de razones: un tipo de razones funcionan seleccionando razones, R_2 (las razones del padre) y distinguirlas de R_1 (las razones de la madre).

La distinción entre razones ordinarias y razones de segundo orden es muy importante, particularmente cuando decidimos “convertir” normas jurídicas en razones y decidimos “seguirlas”. Para los propósitos de este ensayo son especialmente importantes las razones excluyentes por lo que me detendré un poco en su análisis.

6. Razones excluyentes

Las razones excluyentes (*i. e.* $R_2 \sim r$), requieren que el agente ignore (*i. e.* pase por alto) alguna clase o clases de razones.³⁷ Los autores piensan que este es un rasgo característico de las normas. Pero permítaseme regresar al caso de la instrucción del padre. El padre ordena a su hijo: ‘no obedecer a su madre’ ($R_2 \sim r$). Esta es una razón de segundo orden que requiere que el hijo ignore, (pase por alto) las instrucciones de su madre (la clase de actos r). R_2 es claramente diferente de R_1 (cualquier razón de primer orden, las cuales están excluidas). Asumiendo, obviamente, que la orden del padre ha sido considerada por Juan (el agente) como una razón, en particular, **como una razón excluyente** (*i. e.* $R_2 \sim r$).

El carácter excluyente tiene que ser reconocido por A. (el agente). Este es un rasgo muy importante que los autores descuidan. Sin duda, Juan puede “convertir” en razón para su acción cualquier dicho de su Padre. Pero si “convierto” normas en razones, éstas no necesariamente se convierten en normas de segundo orden excluyentes.

Sin duda, puedo “convertir” normas (instrucciones, directivas, reglas) en razones excluyentes. Pero, lo puedo hacer siempre que satisfagan, primeramente, la regla de reconocimiento de razones y, además, tengo que “convertirlas” en razones excluyentes, esto es, tengo que aceptarlas como razones de segundo orden que requieren

³⁷ Como más adelante mostraré una norma requiere normalmente que el agente ignore todas las razones salvo una: ella. El propósito de introducir razones excluyentes no consiste en modificar el balance de razones, sino excluir la acción (así ordenada) del balance de razones. En este hecho reside, según Raz, la diferencia entre órdenes (léase ‘normas’) y peticiones (Cf.: Raz, Joseph, *The Authority of Law*, cit. p. 23. [*La autoridad del derecho*, cit., pp. 38-39]).

que *ignore todas las razones que éstas razones excluyen*. Tenemos que tener muy claro que esto sucede³⁸ en razón de que yo lo hago (yo lo decido), esto es, por el hecho de que yo adopto N como un tipo particular de razón ($R_2 \sim r$) y no porque el hecho de ser R_2 pudiera ser una cualidad intrínseca de las normas (instrucción, reglas, directivas).

Veamos una versión un tanto diferente de este ejemplo (el caso del tazón de avena). La instrucción (orden o directiva) del padre es clara, el padre ordena: ‘Juan, actúa siempre sobre la base de lo que tu madre dice y no tomes en cuenta ninguna otra razón que pudieras tener’. El espectro de posibilidades es el siguiente: (1) Juan puede adoptar la instrucción de su padre (reconociéndola como razón) y considerarla, además, como razón excluyente e ignorar toda razón que pudiera tener. (2) Juan puede ignorar totalmente tal directiva.³⁹

Durante un cierto tiempo Juan considera la orden de su padre como una razón excluyente y siempre que su madre le ordena algo actúa sobre la base de lo que ella dice (incluyendo la puesta del abrigo viejo y feo),⁴⁰ ignorando cualquier razón en contra que él pudiera tener. Pero, un buen día, la madre de Juan le dice no sólo que se ponga el abrigo viejo y feo, sino que coma un tazón de avena. Esta fue la gota que derramó el vaso. Juan, a partir de entonces, decide desobedecer sistemáticamente. A partir de entonces, Juan actúa sobre la base de sus propias razones; actúa sobre la base de sus propias razones para no comer avena: la avena se ve horrible, huele horrible y sabe horrible; su ingestión le produce náusea, siempre se pone malo y recordar la avena lo deprime profundamente.

Desde que Juan empezó a actuar sobre la base de sus propias razones, la directiva de su padre, *eo ipso*, perdió su carácter de razón excluyente. No fue fácil para Juan desobedecer a su madre adorable. Pero fue aún peor desobedecer a su estricto padre (Juan sabe muy bien las consecuencias que esta desobediencia le acarrea). Sin embargo, desde ese día, Juan no comió, no come y no comerá jamás avena,

³⁸ Sucede porque yo hago que suceda.

³⁹ Juan pasa por alto esta directiva porque no le importa o porque ya aceptó una razón excluyente que le impone actuar sobre la base de lo que su padre diga.

⁴⁰ Así es el ejemplo de Joseph Raz, (Cf.: *The Authority of Law*. cit. p. 17 [*La autoridad del derecho*, cit., p. 33]).

sin importar lo que pueda pasarle. De esta manera, Juan se convirtió en un recalcitrante (gracias a la avena).

Según Joseph Raz las órdenes (léase ‘directivas’ o ‘normas’) son razones excluyentes. Pero, como hemos visto, una vez que las directivas pierden su carácter excluyente (a partir de la decisión de A. (el agente), éstas pierden también ese rasgo peculiar en el que reside su particular característica autoritativa o normativa. Sostienen los autores que si una razón no es una razón excluyente, no es una orden (no es una norma).⁴¹ Pero ¿acaso esto es así? Supongamos que le preguntamos a Juan sobre la orden de su padre. ¿Cree usted que Juan piensa que la orden de su padre ha desaparecido? ¿que ya no existe? Por supuesto que no. La orden existe; es precisamente la orden que Juan desobedece. Juan podría estar pagando las consecuencias de su desobediencia.

Supongamos que las consecuencias para Juan son desastrosas y su hermano, Pedro, astutamente decide, por razones prudenciales, no desafiar a su inflexible y victoriano padre, por lo menos mientras no pueda evitar el castigo. Para Pedro, la directiva de su padre (dirigida a él también) no es adoptada (considerada) como una razón excluyente. Es una razón ordinaria. Ciertamente, es una razón de peso que supera todas las razones que Pedro puede tener. Pero, cave preguntar: ¿es o no la directiva del padre una orden para Pedro? ¿existe o no? Por supuesto es una orden, una orden que efectivamente existe, no obstante no ser una razón excluyente. Pregúntese a Pedro si no es sobre la base de la orden de su padre que él está actuando, aunque ésta no sea una razón excluyente.

Es realmente paradójico que el rasgo característico de las órdenes (normas o directivas) pueda ser eliminado de ciertos hechos y que éstos continúen comportándose como órdenes (normas). Esto debe recordarnos la objeción de *ignorantia iuris*: las normas son normas aun cuando no sean consideradas razones excluyentes o, incluso aún si no son consideradas como razones en absoluto.

Lo que pasa con Juan y su padre (y con Pedro), pasa igual con una norma jurídica, por ejemplo, con una resolución de un juez. Simplemente supóngase que la instrucción del padre es una decisión

⁴¹ E.g.: el propio Joseph Raz (Cf.: *ibidem*).

judicial que ordena que la parte convicta pague una suma de dinero (y que ignore, *ab obvo*, cualquier otra razón que pudiera tener). El espectro de las posibilidades de la parte perdedora es exactamente igual al que enfrenta Juan, a saber: (1) Puede adoptar (considerar) la decisión del juez y tomarla como una razón excluyente y, por tanto, ignorar las otras razones que pueda tener. (2) Puede considerar la decisión del juez, pero sólo como razón ordinaria. El convicto es un *capo* y como pantomima decide, por razones prudenciales, someterse al derecho. (3) Puede ignorar por completo esta directiva (es recalciante como lo fue Juan).

En el extremo, la gente puede nunca reconocer que una directiva es una razón excluyente. La gente puede nunca “convertir” normas en razones y, no obstante, actuar “racionalmente”. Sin embargo, usar normas (*i. e.* tenerlas como razones excluyentes) es un tipo de racionalidad. Imaginémos, por ejemplo, un pasajero (en el caso de un naufragio)⁴² que defiende tenazmente su autonomía moral y en el sacrosanto nombre de la autonomía moral,⁴³ decide ponderar (reconsiderar) todas las órdenes dadas por el capitán. Este hombre (posiblemente el único pasajero ahogado) no “convierte” las órdenes del capitán en razones de segundo orden, sino las considera simplemente razones ordinarias (o incluso las ignora). Aquí tenemos un vívido (o fatal) ejemplo de un agente que rehusa “excluir” razones (ordinarias) por considerar “irracional” someterse a la autoridad. En razón de su testarudez, las órdenes del capitán no cuentan lo suficiente, no tienen “peso”, en su “balance de razones”.

No obstante la necesidad del “pasajero racional”, miembros de la tripulación lo hacen obedecer. En este caso las órdenes del capitán son

⁴² Raz toma este ejemplo de R. P. Wolff (*Cf.*: en *Defense of Anarchism*, Nueva York, Harper and Raw, 1970, p. 14). Raz usa este ejemplo para mostrar que la aceptación de la autoridad requiere de la existencia de “razones de segundo orden válidas” (*Cf.*: *The Authority of Law*, *cit.* pp. 26-27 [*La autoridad del derecho*, *cit.*, pp. 41-43]).

⁴³ Una nota sobre racionalidad: Muchos autores comparten la idea de que “evaluar” o “hacer un balance de razones”, (en virtud de la autonomía moral) **es pensar racionalmente**. Asimismo, piensan que actuar sobre la base de la razón exitosa (la razón que vence otras razones) **es actuar racionalmente**. Al menos, esto parece satisfacer el paradigma: el silogismo práctico. Aristóteles sostiene que actuar sobre la base de cierta razón es la conclusión de un silogismo práctico. De esta forma, la acción del agente es, en algún sentido, similar a las conclusiones en lógica. (*Vid.*: *Nic. Eth.*, 1140a 25, 1140b 20, 1141b 5 y ss).

normas, normas que se aplican incluso a los recalitrantes, contra su voluntad (y contra su balance autónomo de razones).

7. *El lío*

Joseph Raz proporciona otros ejemplos los cuales, de alguna manera contrastan con los que he analizado anteriormente. Haré un pequeño resumen de los tres casos que propone Raz: los casos de Ana, Jeremías y Colin.⁴⁴

Ana. Ana está muy cansada y, en razón de su fatiga, decide no considerar una complicada oferta de inversión y, al no haberla considerado, rechaza la oferta.⁴⁵

Jeremías. Jeremías es un soldado. Su superior le ordena tomar un vehículo que pertenece a un civil. Jeremías, en el caso que analizamos, está consciente de que tomar el vehículo es un exceso y conoce mejores formas para lograr lo que su superior quiere. Sin embargo, Jeremías es un buen soldado y, no obstante sus propias consideraciones, recuerda que “...órdenes son órdenes y deben ser obedecidas aún sean equivocadas.”⁴⁶

Colin. Colin promete a su esposa que en todas las decisiones que afecten a su hijo él actuará viendo únicamente el interés de su hijo, ignorando cualquier otra razón. Colin tiene fuertes razones para actuar de tal manera que no corresponde completamente con lo prometido, sin embargo cumple con su promesa y “pasa por alto” (“excluye”) las fuertes razones que tenía.⁴⁷

La noción de razón excluyente es claramente descrita en los ejemplos dados por Raz. Sin duda podemos distinguir cierto tipo de actos (la fatiga, una orden, una promesa) que funcionan excluyendo todas las razones, excepto ellas mismas.

Estos tres casos difieren del caso de Juan y su padre. En este último caso existen dos instrucciones diferentes. La primera, la del padre (una

⁴⁴ Vid.: Gans, Chaim. “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *cit.*, p. 374.

⁴⁵ Cf.: *Practical Reason and Norms*, *cit.*, p. 39 (*Razón práctica y normas*, *cit.*, pp. 42 y 43).

⁴⁶ Cf.: *ibid.*, p. 38 (*ibid.*, p. 43).

⁴⁷ Cf.: *ibid.*, p. 39 (*ibid.*, pp. 42 y 43).

razón para no actuar por una razón, *i. e.* $R_2 \sim r$) y, la segunda, la de la madre. Consecuentemente, tenemos dos tipos de instrucciones, emitidas, incluso, por dos **diferentes** fuentes, en dos **diferentes** momentos. Si ambas instrucciones (que son dos hechos completamente diferentes) satisfacen la regla de reconocimiento de razones, ambas funcionan como razones para el agente. En los otros tres casos, no hay dos actos de emisión de instrucciones (por así decirlo). Aquí, la fatiga de Ana, la orden del superior y la promesa de Colin constituyen una sola y única razón que el agente tiene que enfrentar. (Una razón **externa** a las razones que tienen que ser pasadas por alto o excluidas). Joseph Raz señala que “... el mismo hecho (como sucede en los tres últimos casos) es, al mismo tiempo, una razón para la acción y una razón (excluyente) para pasar por alto las razones en su contra.”⁴⁸ De esta peculiar opinión resulta un lío.

8. *El desenredo*

Voy a analizar el caso de Jeremías en donde una norma es dictada. Dos diferentes aspectos entran en juego aquí. El primero, la orden dictada por el superior: “soldado toma el vehículo”; el segundo, **el hecho de que uno tiene que pasar por alto todas las otras razones** (de primer orden). Lo difícil de aceptar es la tesis de que estos dos aspectos se encuentran en la sola y misma orden “soldado toma el vehículo” dada por el superior.

En el caso de Jeremías (como en los otros casos) no es problema separar los **dos niveles**. Uno: la orden dada por el superior “soldado toma el vehículo” y dos, otra proposición:⁴⁹ **‘las órdenes (militares) deben ser obedecidas sin considerar sus propios méritos’** (una razón de segundo orden). Esta última razón, sin duda es parte de la situación en la que hay que destacar que Jeremías es soldado. Si no fuera así, ¿de dónde hubiera sacado Jeremías la idea de que “las órdenes son órdenes” y que el tiene que obedecerlas?

La orden del superior podría haber sido ciertamente ignorada si Jeremías, no siendo soldado, hubiera podido desentenderse de la

⁴⁸ *The Authority of Law*, cit. p. 18. (*La autoridad del derecho*, cit., p. 33).

⁴⁹ Presupuesta por la orden del superior. Lógicamente una proposición anterior. El superior le ordena a Jeremías lo que le ordena porque Jeremías es un soldado “bajo sus órdenes” y el superior sabe lo que es un soldado.

situación. Pero siendo soldado, Jeremías ni siquiera puede ponderar otras razones para decidir; éstas no fueron consideradas por Jeremías **porque Jeremías, previamente, adoptó otra directiva**: ‘las órdenes (militares) deben ser obedecidas sin considerar sus propios méritos’, en otras palabras: “órdenes son órdenes”. Esta es una razón que deviene fundamental la cual, desde que la adopta Jeremías, gobierna la acción de Jeremías (en lo que atañe a los asuntos militares).

De cualquier modo, esta directiva no hubiera podido ser una razón si Jeremías no la hubiera convertido en su “razón fundamental” (**RF**). El dicho ‘órdenes son órdenes...’ en tanto que interviene decididamente en la consideración de Jeremías, es una razón fundamental para que él actúe. Y siendo una razón fundamental (**RF**), es, una razón de segundo orden. Esto es así desde que Jeremías decide **jugar al soldado**.⁵⁰

El uso de la expresión ‘juego’ en esta última frase no pretende ser una exagerada metáfora. Más bien su uso tiene la intención de mostrar qué tanto el juego nos permite entender la aplicación de normas (u otras directivas).⁵¹

9. *El juego y sus reglas*

Desde antiguo ‘juego’ (del **L. jocus**) y sus equivalentes nombra un conjunto de acciones con sujeción a ciertas reglas (donde los participantes se esfuerzan por ganar). El uso habitual de la expresión ‘las reglas del juego’ sugiere la idea, prácticamente indisputable, de que los juegos tienen reglas. Varios autores han explicado con éxito cómo funcionan las reglas de los juegos.⁵²

El juego es un universo limitado: **El juego sólo se juega con jugadas del juego**. De hecho, esta sería algo así como la “*Grundnorm*” o, mejor, la “*Grundregel*” (i. e. “regla fundamental”) de los juegos. Pues bien, es precisamente la adopción de esta “*Grundregel*” lo que nos

⁵⁰ Puede ocurrir que la decisión de “jugar al soldado” no sea siempre completamente “libre”, como sucede en los casos de reclutamiento forzoso.

⁵¹ No me puedo detener aquí para hablar de esto, pero más bien el juego puede ser considerado como una metáfora de la vida social. El juego es como el drama y la comedia, una forma de representar la vida.

⁵² Un buen ejemplo es el excelente libro de Gregorio Robles Morchón: *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, México, UNAM; Instituto de Investigaciones jurídicas, 1988, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 14.

hace excluir todo aquello que no cuenta para el juego, lo que no “vale” en el juego. En otras palabras, la “*Grundregel*” nos hace excluir todo lo que no sea una “jugada del juego”.

Volvamos al caso de jugar al soldado. Jeremías enfrenta dos diferentes situaciones en tiempo. La primera es la decisión de “jugar al soldado” y la segunda, es la orden del superior.⁵³ Jeremías obedecerá las órdenes de su superior mientras continúe “jugando al soldado”. Jeremías puede abandonarlo (él puede desertar e, incluso, resistir a la autoridad), sin embargo por ahora tiene que jugar el “juego”. Este “juego” es fácil de jugar (en el sentido de que es fácil entender cómo se juega). Como cualquier otro juego, este juego se juega realizando “jugadas del juego”, en el caso obedeciendo las órdenes militares superiores.

En contraposición con esto, Raz considera la orden del superior (en realidad una única razón) como si fuera al mismo tiempo una razón de segundo orden y una razón de primer orden.

No cabe duda que en casos como los de Jeremías (*e. g.* en el de Ana y Colin) existen R_1 y R_2 .⁵⁴ Esto es indisputable. Es igualmente indisputable que R_1 evoca la existencia de R_2 .⁵⁵ Sin embargo, el hecho de que una razón evoque otra razón no es suficiente para tratarlas como si fueran una y la misma razón. La construcción de esta “razón excluyente de primer orden” es realmente una entidad extraña. Pero, ¿cómo puede ser que una orden (*i. e.* una “jugada del juego de la milicia”) pueda valer como orden para quien no es soldado (para quien no juega ese juego). Pero, aún peor ¿cómo puede ser esa orden del juego de la milicia la razón fundamental que hace que un hombre, como Jeremías decida jugar al soldado?

⁵³ Aunque estas dos diferentes situaciones se dan generalmente en dos diferentes momentos, puede ocurrir que estos dos momentos se presenten prácticamente de forma simultánea. Como podría ser el caso de una adhesión a un líder a quien se sigue de inmediato. Sin embargo es fácil observar que la decisión de “tener a alguien por su líder” y obedecer sus órdenes son dos hechos totalmente distintos. Como lo son “jugar al soldado” y las órdenes de sus superiores.

⁵⁴ La orden del superior, de alguna manera, evoca la existencia de la regla fundamental del juego.

⁵⁵ Una orden realmente primera, dada por el primer líder sobre la tierra, aunque sea una y misma orden, presupone una norma fundamental: ‘obedece al primer líder (y pasa por alto otras razones)’. Esta es la única forma de que alguien sea primer líder. Si algunos hombres le obedecen es porque han adoptado la norma fundamental: una norma que no fue establecida por el primer líder.

10. [J]ocus regit actio

a. El planteamiento

‘¿Cuándo, por qué y para qué convertimos normas como razones (para la acción)? La respuesta es simple: ‘para jugar juegos’. Para jugar juegos usamos reglas (normas). Existen, sin embargo, actividades humanas que no se llaman ‘juegos’ y que usan normas. Por ejemplo, la argumentación jurídica.

En este momento quiero distinguir dos cuestiones que reflejan dos diferentes situaciones: la situación de primer nivel (en al cual el agente no juega juego alguno) y el punto de vista jurídico (en el cual se presenta una regla de segundo orden que identifica las “jugadas del juego”). En cuanto a la situación de primer nivel, la hemos abordado en los casos analizados anteriormente. En cuanto a la situación del punto de vista jurídico este se parece notablemente a la situación en que encontramos a Jeremías frente a las órdenes de su superior.

Voy a sostener la tesis de que la argumentación y, en particular, la argumentación jurídica, puede ser descrita en cercana analogía con **jugar juegos**. Al menos con el de Jeremías, cuando decide **jugar al soldado**.

En el ensayo precedente⁵⁶ señalé que dos preguntas habían afectado profundamente a la humanidad, a saber: ‘¿qué es?’ y ‘¿qué hacer?’. Consecuentemente podemos distinguir dos problemas: ¿qué es una norma?, por un lado, y ¿qué hacer con las normas? por el otro. Así, resulta muy importante distinguir entre la descripción de (la naturaleza) de una norma jurídica y la forma como ésta, “convertida en razón”, puede funcionar en la argumentación jurídica.

Por ello, es importante distinguir entre la aplicación de normas⁵⁷ y la argumentación jurídica (*i. e.* el juego de la justificación jurídica), juego básicamente gobernado por la dogmática jurídica.

En cuanto a la cuestión ‘¿qué hacer con las normas (jurídicas)?’ observo las situaciones siguientes:

⁵⁶ *Vid. supra.* núm. 1.

⁵⁷ Cómo son aplicadas a los súbditos por los órganos jurídicos.

(2) Puedo ignorar N (ningún juego se juega)

O bien:

(3) puedo tomar en cuenta (considerar) N .

En este último caso, surgen tres situaciones posibles:

(3.1) Puedo actuar sobre la base de N , si N vence a las razones en contra⁵⁸ (ningún juego se juega),

(3.2) Puedo actuar de otra manera no obstante N .⁵⁹ (ningún juego se juega)

O bien:

(3.3) Considero N y decido que N sea el único tipo de razones sobre la base de las cuales voy a actuar. (un juego se juega).

En este último enunciado se encuentra la clave para entender el juego de la argumentación jurídica.

b. Juguemos (juegos)

Supongamos que el padre de los anteriores ejemplos decide jugar ajedrez con Juan, su hijo. El padre, irritado por el curso que ha tomado el juego decide mover su “rey” cinco cuadros de manera diagonal, arguyendo que si los “alfiles” lo pueden hacer, el “rey” no puede ser menos. No obstante el argumento, Juan descalifica la acción diciendo que **no es una jugada del juego**. Más tarde, el padre de Juan objeta airadamente un “enroque” realizado por Juan, arguyendo que es injusto toda vez que él estaba atacando ciertos cuadros y, ahora, el “enroque” hace que sus jugadas sean completamente inútiles. A esto Juan contesta que el “enroque” **es una jugada del juego**. Después de

⁵⁸ Yo actúo sobre la base de N si, además del hecho de que las razones en contra de la acción han sido vencidas, actuaría de otra manera si N no hubiera sido tomada en cuenta en mi deliberación.

⁵⁹ N es una razón vencida por otras razones o es sólo una razón complementaria (pero débil) para actuar.

esto, el padre de Juan pierde un peón por una captura “al paso”. El padre, alegando que ignoraba que se pudiera “comer al paso” reclama la devolución de su peón. Juan dice que “comer al paso” **es una jugada del juego** y, por tanto, la jugada se mantiene. Manifiestamente incómodo el padre de Juan interrumpe el juego diciendo a su hijo: “estoy harto de tu estúpido estribillo: ‘jugada del juego’. ¡Vete a tu cuarto! Voy a continuar el juego con “jugadas” de mi propio juego. En esta casa soy yo quien decide qué es una “jugada del juego”. Sin embargo, el padre de Juan sabe perfectamente bien que esto no es verdad y que si quiere ganarle a su hijo un juego de ajedrez, la única manera de hacerlo es usando únicamente “jugadas del juego” y no con autoridad paterna.

Juan, prudentemente, se fue a su cuarto jugando el juego del “hijo obediente”, sabiendo que el ajedrez, como cualquier otro juego, se **juega exclusivamente con jugadas reconocidas como jugadas del juego**.

La moraleja de este ejemplo es que cuando **decidimos** jugar juegos adoptamos la regla fundamental del juego la cual podría formularse como sigue:

“Juega sólo con jugadas del juego y pasa por alto cualquier razón que puedas tener”.

Es claro que la regla fundamental del juego funciona como una razón de segundo orden que selecciona las razones que están admitidas en el juego (ninguna otra es admitida). En otras palabras: la regla fundamental del juego nos dice que pasemos por alto (que ignoremos) cualquier otra cosa que no sea una jugada del juego. En la confrontación el juego impone a los jugadores un simple código: haz jugadas del juego.

Las “jugadas del juego” son identificadas por las reglas que constituyen el juego (las reglas que lo gobiernan⁶⁰). De esta forma, la regla fundamental del juego puede ser reformulada como sigue:

“Al jugar juegos, actúa únicamente sobre la base del conjunto de reglas que identifican sus jugadas (y, *ab obvo*, ignora cualquier otra consideración)”.

⁶⁰ Sobre este particular, *Vid.*: Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas del juego*, cit., 1988; Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of the Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

No es difícil entender que si **decidimos**⁶¹ jugar un juego tenemos que pasar por alto cualquier razón que no pueda ser identificada como jugada del juego. Cuando jugamos juegos **adoptamos** la regla fundamental del juego (la *grundnorm*), la cual funciona como una razón de segundo orden.

c. El “juego” del derecho

Lo que los jugadores (*quæ* jugadores) hacen con las reglas del ajedrez o con las reglas de cualquier otro juego, algunos individuos (en su mayoría, miembros de la profesión jurídica), lo hacen con las normas jurídicas cuando **deciden** jugar el juego de la “argumentación jurídica” y **adoptan la correspondiente norma fundamental**.

Es muy importante tener en mente que una cosa es considerar a las normas desde el punto de vista de **A** (situación de primer orden) y muy otra es jugar a “la argumentación jurídica”. En este “juego” los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo uno: el que constituye el punto de vista jurídico. El punto de vista jurídico es proporcionado por las normas jurídicas que gobiernan el “juego”.⁶² No sólo agentes pueden jugar el juego. Es suficiente con adoptar el punto de vista jurídico: “juega actuando sólo sobre la base de normas jurídicas”.

El juego es una confrontación entre dos partes (si son más, se dividen en dos bandos: con el actor o con el demandado). Tratan de probar que lo que ellos hacen (hicieron o harán) es **jurídicamente justificado**, de conformidad con las normas jurídicas que, consideran, se aplican a este hecho. Las partes defendiendo diferentes posiciones como, por ejemplo, la “naturaleza” del hecho o la definición que le corresponde o la determinación de las normas aplicables al hecho.⁶³

La más clara expresión de la confrontación es la disputa en el tribunal. El litigio tiene que resolverse por un tercero (*iudex, arbiter*) quien se

⁶¹ Repetidamente he escrito las diferentes inflexiones del verbo ‘decidir’ en “negrillas”, sólo para subrayar la idea de Philippa Foot adelantada al principio de este ensayo en el sentido de que las razones para la acción tienen más que ver con las inclinaciones y las decisiones del agente.

⁶² Y las metasreglas que gobiernan la profesión jurídica.

⁶³ Las partes no necesitan estar en posiciones diametralmente diferentes, es suficiente con defender diferentes puntos de vista con el propósito de obtener diferentes resultados (consecuencias).

encuentra por encima de las partes (*pro tribunale*). El juez no sólo decide (resuelve) la disputa sino además “conduce” el proceso, admitiendo o rechazando “jugadas”. *Ab obvo*, las únicas “jugadas” admitidas son las que son reconocidas por las normas jurídicas aplicables al juego.

La confrontación puede ser hipotética y ser realizada por una sola persona.⁶⁴ Pero aún en este caso el juego adopta una forma de confrontación.

De esta manera, tenemos que ningún tipo de razones participa en esta confrontación salvo las normas jurídicas. Ciertamente, jugar el juego de la argumentación jurídica requiere de una norma fundamental del juego, la cual es una razón de segundo orden que, precisamente, establece que únicamente normas jurídicas son admitidas y que todas las otras razones son excluidas.⁶⁵

Jueces y abogados (en tanto tales) no se encuentran en una situación de primer orden. Ellos adoptan el punto de vista jurídico. Las partes, en tanto hacen lo que los abogados (y jueces) dicen, adoptan el punto de vista jurídico.

Esto, por supuesto, es una simplificación extrema del proceso. Todo mundo sabe que el proceso jurisdiccional alcanzó un gran nivel de sofisticación desde tiempo atrás. La idea de este capítulo no era describir la alta complejidad del proceso jurisdiccional ni de los pronunciamientos judiciales, la idea es meramente probar que existe realmente una razón de segundo orden, detrás de estas instituciones, a saber: la regla fundamental de la argumentación jurídica.

Sólo resta decir que la aplicación de las normas para identificar (y justificar una acción) no es fácil. Corresponde a la dogmática jurídica decir cómo aplicar las normas jurídicas (determinando su peso, alcance, *et sit cetera*).

⁶⁴ Cualquier individuo puede adoptar el punto de vista jurídico y decidir dar una calificación jurídica privada a un hecho particular (normalmente suyo) o consultar a un profesional. Un profesor de derecho puede adoptar el punto de vista jurídico para muchas situaciones hipotéticas. De este modo tenemos argumentos, privados, doctrinales y oficiales. Sólo los oficiales son obligatorios.

⁶⁵ Para los propósitos de este ensayo voy a ignorar los problemas de la “textura abierta”. Me mantendré dentro de los límites del “standard work” de los pronunciamientos judiciales en los que el universo de las normas jurídicas es \geq (igual o mayor) que el universo de casos.