

EL JUEGO DE ARGUMENTAR Y CÓMO JUGARLO* (PARTIDA PRELIMINAR A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA)

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN**

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

Marcus TULLIUS CICERO

SUMARIO: I. *Preliminaria*. II. *Normas y razones*. III. *El reconocimiento*. IV. *Razones de segundo orden*. V. *Razones excluyentes*. VI. *Algo sobre racionalidad*. VII. *El enredo*. VIII. *El desenredo*. IX. *El juego y sus reglas*. X. *[j]ocus regit acto*.

I. PRELIMINARIA

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

Argumentar (del latín *arguere*¹), *grosso modo*, consiste en confrontar “argumentos”. Esta confrontación no es un altercado, ni mero vocerío. La argumentación es una contienda “regulada”. La confrontación de la que trata 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.

* Algunas tesis de este ensayo han sido expuestas en trabajos anteriores. “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*. Existe versión en español en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, vol. II, núm. 21, 1998, pp. 437-462, junio de 1999).

** Profesor emérito de la UNAM.

¹ De *arguere* (*arguo, is, uere, ui, utum*): ‘mostrar’, ‘dar a conocer’, ‘afirmar’ (vid. Blánquez Fraile, Agustín, *Diccionario Latino-Español. Español-Latino*, Barcelona, Sopena, t. I, p. 188).

La palabra ‘argumento’² puede usarse para indicar cualquier enunciado que afirma algo. El argumento, por tanto, niega todo lo que le contradice. La expresión ‘argumento’ es, *mutatis mutandi*, sinónima de ‘argumentación’. Pero, mientras que ‘argumentación’ designa también la actividad de argumentar, ‘argumento’ nombra únicamente la específica estructura discursiva en la que el argumento se presenta.³

En la argumentación, el discurso⁴ no busca persuadir (disuadir) o convencer; la idea es otra. Quien argumenta expresa un *argumentum fides, i. e.*, una afirmación que contiene un desafío: “refútame”, “véceme”. Ahora bien, si el argumento no puede ser “vencido”; si no puede ser refutado, entonces éste es el argumento “verdadero”, “correcto” o “válido”. Un argumento no refutado “clausura” la confrontación (los argumentos vencidos son desechados). La argumentación, pues, no persigue la adhesión a una tesis, sino establecer un enunciado que no puede ser vencido.⁵

La confrontación argumentativa (por decirlo así) no es una “cámara húngara” donde todo vale. Por el contrario, en la argumentación sólo participan argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad es satisfecha. La argumentación primeramente, no es indefinida, tiene una *litis*; presupone un propósito bien determinado. Por otro lado, como los demás juegos, la argumentación no es una contienda *sine die*, tiene un punto final.⁶

En la polémica, contrariamente, cualquier recurso vale, y tampoco existe un límite de tiempo. No importa la disposición de sus materiales; éstos son intercambiables o sustituibles. Se puede agregar o reducir materiales, según convenga. Los materiales que han persuadido a algunos pueden no tener ningún efecto sobre otros.

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

² De *argumentum* (o *argutum*): ‘prueba’, ‘asunto’, ‘tema’; y éste del verbo *arguo* (*is, uere, ui, utum*). (Véase 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 *ὑπόθεσις* griega. Véase Hornblower, Simon y Spawforth, Antony, *The Oxford Classical Dictionary*, Oxford University Press, 1996, pp. 156 y 737-738.

³ Vattimo, Gianni (ed. gral.), *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*, Milán, 1993, p. 54.

⁴ En este contexto, llamo ‘discurso’ el medio en que se expresan los argumentos.

⁵ Estoy consciente de 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.

⁶ La argumentación puede concluir por “abandono” de los participantes. Pero igualmente puede ser siempre una *open question*, como en el caso del enunciado de Thales.

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 contraargumento) que “venza” (refute) a los otros argumentos y no pueda ser “vencido” por ninguno es la “jugada ganadora”.

Constituye un error ampliamente compartido confundir argumentar con debatir o polemizar (o simplemente discutir). Esto se debe, además de la polisemia de las palabras⁷ y a la misma dificultad que impone 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 (erróneamente) “argumentos” a lo que dice.⁸ La argumentación no requiere “oradores”. Un sólido argumento puede ser expresado por gangosos o tartamudos.

A este propósito cabe señalar la existencia de una arraigada creencia de la gente: “El *otro* no tiene razón si no me convence”. “Si no me convence, está mal”. Es insólito, pero la gente lo cree. Sin embargo, el hecho de que alguien no se sienta “convencido” o “contento” es irrelevante para el éxito del argumento. La argumentación es la prueba de argumentos, no la confortación de estados de ánimo, sentimientos o emociones.⁹

La argumentación requiere no sólo enunciados falsificables (susceptibles de refutación), sino, también, conmensurables. Argumentos que puedan oponerse entre sí. La argumentación no es escenario para la persuasión (o disuasión), sino para la demostración.

La argumentación se asocia a expresiones como ‘razón’, ‘razonamiento’ o ‘racionalidad’, y su uso resulta del hecho de que el paradigma de la argumentación es la demostración. Ἐπιστήμη (la ciencia) es el paradigma (pa-

⁷ Véase *supra*.

⁸ Él mismo decide qué cosa son “argumentos”.

⁹ El paradigma es la prueba de los enunciados demostrativos. Véase Vattimo, Gianni, *Enciclopedia Garzanti di Filosofia, cit.*, nota 3, p. 54.

radei/gma) del conocimiento, el espacio natural de la racionalidad. Seguir el paradigma permite llamar ‘razonamientos’ a los argumentos y ‘racional’ a los mecanismos de la argumentación. Así, la argumentación en el terreno de la “razón práctica” (en el mundo de la acción humana) busca la satisfacción del paradei/gma con un nuevo paradei/gma: el silogismo práctico.¹⁰

II. NORMAS Y RAZONES

1. *La confusión*

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 que no todo necesariamente es una razón para actuar (o para no actuar). Que llueva en Kuala Lumpur,¹¹ no es razón para usar gabardina, toda vez que me encuentro en México.¹² ¿Qué convierte a este hecho en una razón? (de aquí en adelante *r*)¹³ o mejor.

No veo otra respuesta:

X es una razón si, y sólo si, *el agente la toma en cuenta*
para actuar o para abstenerme de actuar.

Piénsese, por ejemplo, en algo que ignoro. ¿Cómo podría ser una razón para mi acción? Ciertamente, si en mi *deliberación* tomo en consideración un hecho *X* (sea acontecimiento o *dictum*), entonces éste se convierte en una razón para mi acción (o mi abstención). *X* se convierte en razón únicamente al ser reconocida por el agente.

¹⁰ Véase *infra*, núm. 43.

¹¹ 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.

¹² En este ensayo seguiré usando los mismos ejemplos que en el ensayo que le precede. (Véase *supra*: núm. 1, pp. 438 y ss.).

¹³ Como me ocupo sólo de razones para la acción, en el texto, las palabras ‘para la acción’ en ocasiones podrían ser omitidas.

Una vez reconocidas (por el agente), las razones son razones, aunque sean triviales. No importa qué débiles puedan ser.¹⁴ 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).

2. *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?¹⁵ A las condiciones que deben satisfacerse para que cierto hecho se convierta en una razón la llamo ‘la regla de reconocimiento de razones’.¹⁶ Esta regla no es más 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, es reconocida por *a* (el agente).

Anteriormente mencioné 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 este enunciado (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,¹⁷ en el noroeste de Rusia, es un hecho que, sin duda, pertenece a la clase de “cualquier cosa”; pero no es una razón para usar bufanda a mediados de mayo en El Cairo.

¹⁴ Esto es muy importante para determinar la identidad de razones. Tenemos que distinguir entre hechos que *no son* razones y hechos que son razones de poca importancia. Considérese el siguiente ejemplo: 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. Sin embargo, que llueva en Kuala Lumpur no es una razón de poco peso, más 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 Venus tenga un alto contenido de ácido sulfúrico no es razón para abstenerme de hacer ejercicios aeróbicos.

¹⁵ Las normas son razones (y sólo razones) por el hecho de ser normas, enfrentamos una falacia (*vid. supra* núm. 1, pp. 443 y ss.).

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Puerto marítimo ruso sito a más de 200 kilómetros al norte del círculo polar ártico.

Si cualquier cosa puede ser una razón, entonces, sin duda, las normas (jurídicas) pueden ser razones. Pero 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 \ddot{o} (o para omitir \ddot{o}), entonces dicha norma n definitivamente no es una razón para que yo haga u omita \ddot{o} . Y, si no obstante, la norma n se me aplica, este es un “hecho que ocurre” (un hecho que me pasa”), no una acción que yo hago.¹⁸

3. *Dos clases de cosas*

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

Uno:

Un hecho X se convierte en una razón r si, y sólo si, a (el agente, cualquier hombre racional) reconoce a X como razón para actuar o para abstenerse de actuar. En otras palabras: X es r si, y sólo si, a reconoce a X como una razón para hacer u omitir \ddot{o} .¹⁹

Dos:

Un hecho X es N (una norma jurídica) si, y sólo si, N es creada por una instancia creadora del derecho, *i. e.*, por el legislador L (legislador, *latissimo sensu*).²⁰

¹⁸ Hay cosas que hacemos y cosas que nos pasan. Esta distinción es fundamental para las proposiciones de razón práctica. Esta distinción ha sido desde tiempos clásicos. Según Aristóteles, los actos no voluntarios no cuentan para los silogismos prácticos. “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...” (*Eth. Nic 1110 a 2-4*, véase también: *1110 b 10*, en *Aristotle XIX Nicomachean Ethics*, trad de H. Rackham, Cambridge, Loeb Classical Library, 1975). La coacción cubre todos los casos en que el agente no es, en absoluto, un agente (véase MacIntyre, Alasdair, *A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from Homeric Age to Twentieth Century*, Simon & Schuster, 1996, pp. 68 y 69).

¹⁹ Siendo \ddot{o} una acción (efectiva o potencial) de a .

²⁰ No haya sido derogada (abrogada) y sea eficaz.

El argumento de Moore nos impide definir normas (jurídicas) en términos de razones. Que yo *reconozca* normas jurídicas como razones de mi acción no hace que *mi reconocimiento* se convierta en característica definitoria de las normas jurídicas. Puedo “entender” a las normas jurídicas como “motivos”, “causas”, “estímulos” o “razones”, pero las normas jurídicas no son normas jurídicas por ser “motivos”, “causas”, “estímulos” o “razones”; son normas jurídicas porque satisfacen *la regla de reconocimiento de normas*.

Recordemos rápidamente la objeción de *ignorantia iuris*. La máxima reza:

*Ignorantia iuris neminem excusat.*²¹

Las normas (jurídicas) funcionan como normas, aun cuando la gente no las conozca como normas o no las reconozca como razones. Por el contrario, como señalé anteriormente,²² los hechos (incluyendo las normas jurídicas) son razones porque *a* (el agente), quien actúa con base en ellas, las convierte en razones. El agente (*a*) adopta razones, cierto; pero para que las normas jurídicas existan y se apliquen, no requieren ser adoptadas como razones por los destinatarios. Las normas jurídicas se aplican *ex auctoritas*, y su ignorancia no excusa a nadie de su incumplimiento.²³ Las normas jurídicas se aplican con independencia de las consideraciones de sus destinatarios.²⁴

Por otro lado, se puede perfectamente describir una norma (y los hechos sociales que la establecen) sin recurrir al concepto de razón. Así lo hacen cotidianamente los juristas y los profesionales del derecho. Ahora bien, si las normas jurídicas (y sus contenidos) pueden perfectamente describirse sin recurrir al concepto de razón, entonces las normas jurídicas y las razones son conceptos distintos y separados.

²¹ La ignorancia del derecho, en general, no excusa su cumplimiento (véase Berger, Adolf, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, 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*).

²² Véase *supra*.

²³ 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*.

²⁴ 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.

La existencia de una norma *vis à vis* de los destinatarios es algo que “ocurre”, que “sucede”, no algo que el destinatario decida. Ciertamente, cuando L (el legislador) establece una norma, habitualmente pretende que se convierta en una razón para que los súbditos actúen en consecuencia. Pero el acto de voluntad del legislador no es condición suficiente para que una norma se convierta en razón para todos los destinatarios. La relación “razón-agente” no es en absoluto similar a la relación “norma-destinatario”: *las razones dependen de las consideraciones del agente, las normas ignoran las consideraciones del destinatario, aquí el destinatario es súbdito no agente*. Por eso las normas son normas.

III. EL RECONOCIMIENTO

Las normas, como señalé, pueden ser consideradas por el agente *a* como razones para su acción. El agente *a* reconoce que una norma es una razón si la toma en consideración para su acción (u omisión). Esto es, *a* reconoce que una norma es una razón, si entra en su deliberación para hacer u omitir.

Las normas pueden ser entendidas como razones por el agente si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es, si son reconocidas como razones por *a*. Esta es la única forma en que las normas entran dentro de “el balance de razones del agente”.²⁵

Ahora bien, si el agente *a* actúa sobre la base de esta *N*, entonces *N* es una razón que “vence” otras razones. Si el agente *a* “sigue” la norma *N*, (i. e. si se comporta de conformidad a *N*) esto sólo significa que esta norma, habiendo sido considerada por el agente *a* como una razón para su acción es, además de norma, una razón victoriosa, una razón que supera otras razones de *a*.²⁶ Por el contrario, si el agente *a*, habiendo convertido a la norma *N* en razón para su, no actúa con base en la norma *N*, esto simplemente

²⁵ Cf. *Practical Reason and Norms*, cit., p. 36. (*Razón práctica y derecho*, p. 40); véase Gans, Chaim, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *Philosophy*, vol. 15, 1986, p. 374.

²⁶ 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*).

significa que N ha sido superada por otras razones de “más peso” consideradas por a (e. g., una objeción de conciencia, desobediencia civil o, incluso, una razón trivial que resulta vencedora).

IV. RAZONES DE SEGUNDO ORDEN

Las razones pueden ocupar (al menos) dos diferentes niveles: pueden ser (1) razones de primer orden u ordinarias, o bien, (2) razones de segundo orden. Las razones de primer orden (u ordinarias) son *razones para la acción* o para abstenerse de la acción. Esta idea puede ser claramente expresada por las fórmulas:

$$r \ddot{o} \text{ y } r \sim \ddot{o}$$

(donde ‘ r ’ es una razón para realizar \ddot{o} , ‘ \ddot{o} ’ es una acción específica y ‘ $\sim \ddot{o}$ ’ su omisión). Por el contrario, las razones de segundo orden no son razones para la acción (inmediata), sino razones para *seleccionar o excluir razones* para la acción.²⁷ Esta idea puede ser expresada por las fórmulas:

$$r_2 R \text{ y } r_2 \sim R$$

(donde ‘ r_2 ’ es una razón de segundo orden; ‘ R ’ es una *clase* de razones ordinarias y ‘ $\sim R$ ’ su exclusión).

Joseph Raz explica en varios ejemplos la forma en que funciona r_2 . Permítaseme comenzar con el caso de las instrucciones del padre. Un padre le dice a su hijo: “compórtate como diga tu madre”. Esta instrucción es una *razón para actuar por ciertas razones*: una razón para actuar con base en las instrucciones de su madre, las cuales son, también, razones. Este estado de cosas puede ser descrito perfectamente bien por $r_2 R$, donde ‘ r_2 ’ representa la instrucción del padre y ‘ R ’ una *clase* de razones ordinarias (las instrucciones de la madre). Raz llama a esta razón r_2 : ‘razón de segundo orden positiva’.

Supóngase ahora que el padre más bien dice a su hijo: “no te comportes como diga tu madre”. En este caso, el hijo tiene una razón para *no* actuar

²⁷ “...cualquier razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón” (Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., nota 25, p. 39, [Razón práctica y derecho, cit. nota 25, p. 44]).

por ciertas razones. Esta situación puede ser descrita por ' $r_2 \sim R$ ', donde ' r_2 ' es la instrucción del padre, ' $\sim R$ ' es un *clase* de razones ordinarias (las de la madre) las cuales están excluidas. Raz llama a las razones de segundo orden negativas: '*razones excluyentes*'.²⁸

Los ejemplos son bastante claros, y se pueden distinguir dos tipos de razones: unas funcionan seleccionando razones (*e. g.* lo que dice el padre) y otras indicando acciones (*e. g.* las razones de la madre).

La distinción entre razones ordinarias y razones de segundo orden es muy importante, particularmente cuando decidimos considerar a las normas jurídicas en razones y decidimos "seguirlas". Como para los propósitos de este ensayo son especialmente importantes las razones excluyentes, me detendré un poco en su análisis.

V. RAZONES EXCLUYENTES

Una razón excluyente ($r_2 \sim R$), requiere que el agente ignore alguna clase de razones.²⁹ Los autores piensan que este es un rasgo característico de las normas jurídicas. Pero permítaseme regresar al caso de la instrucción del padre. El padre ordena a su hijo: "no te comportes como dice tu 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). La orden del padre, en el caso, r_2 , es claramente diferente de cualquier razón perteneciente a R (las cuales están excluidas). Asumiendo, obviamente, que la orden del padre haya sido considerada por Juan (el agente), primero, como una razón y, además, como razón excluyente ($r_2 \sim R$).

El carácter excluyente tiene que ser reconocido por el agente. Este es un rasgo muy importante que los autores descuidan. Sin duda, Juan puede entender como razón para su acción cualquier dicho de su padre. Pero si con-

²⁸ *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 16 y 17. (Existe traducción mía: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982, pp. 31 y 32).

²⁹ Como más adelante mostraré, las normas requieren 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 en 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.*, nota anterior, pp. 38 y 39]).

sidero a las normas como razones, éstas no necesariamente se convierten en razones de segundo orden excluyentes.

Ciertamente, puedo considerar a las normas jurídicas como razones excluyentes. Pero lo puedo hacer siempre que al ser consideradas en mi deliberación para actuar las acepte como razones de segundo orden que me requieren que *ignore todas las razones que estas razones excluyen*. Si es así, resulta claro que esto funciona así porque yo lo hago funcionar, no porque sea cualidad intrínseca de las normas jurídicas ser razones y, menos, necesariamente excluyentes.

Veamos una versión un tanto diferente de este ejemplo (“el caso del tazón de avena”). Supongamos una instrucción del padre que reza: “Juan, actúa siempre como dice tu madre y no tomes en cuenta ninguna otra razón que pudieras tener”. El espectro de posibilidades es el siguiente: (1) Juan puede ignorar totalmente la instrucción de su padre.³⁰ (2) Juan puede considerar la instrucción de su padre como razón ordinaria.³¹ (3) Juan puede adoptar la instrucción de su padre, reconociéndola como razón y considerarla, además, como razón excluyente y, en consecuencia, ignorar toda razón que pudiera tener.

Sigamos la tercera opción. Durante cierto tiempo Juan considera la orden de su padre como una razón excluyente, y siempre que su madre le ordena algo actúa con base en lo que ella dice, ignorando cualquier razón en contra que él pudiera tener. Pero, un buen día, la madre de Juan le dice que coma un tazón de avena. Ésta fue la gota que derramó el vaso. A partir de entonces, Juan decide desobedecer sistemáticamente; desde entonces actúa con base en 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 simplemente recordar la avena le deprime profundamente.

Desde que Juan empezó a actuar con base en sus propias razones, la instrucción de su padre, *eo ipso*, perdió su carácter de razón excluyente. No fue fácil para Juan desobedecer a su madre adorable, aunque fue más difícil decidirse a desobedecer a su estricto y severo padre (Juan sabe muy bien las consecuencias que esta desobediencia le acarrea). Sin embargo, desde ese día, Juan no comió más avena; no come hoy y no comerá jamás avena,

³⁰ 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.

³¹ La razón de segundo orden positiva, esto es, la razón que no excluye razones en contra, es, en principio, simple reforzamiento de la razón que apoya.

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

Según Raz, las normas jurídicas son razones excluyentes, y si pierden este carácter pierden, también, el carácter de normas. Esto es, si una razón no es una razón excluyente, no es una norma.³² Pero ¿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* (consecuencias que sólo se dan en la medida en que la instrucción se emitió, existe).

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) es adoptada (considerada) como una razón, pero no como una razón excluyente, sino sólo como razón de segundo orden positiva (sin aquello de “con independencia de cualquier razón en contra que pudieras tener”, con lo cual se puede manejar como una razón ordinaria que refuerza la acción que apoya). Ciertamente, es una razón de peso que supera todas las razones que Pedro puede tener. Pero, cabe 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 extraño que, en el caso de nuestro ejemplo, el rasgo característico de las normas —como afirman los defensores de esta tesis— pueda ser eliminado y que, sin embargo, continúen siendo normas. Esto recuerda la objeción de *ignorantia iuris*: en donde su ocurrencia revela que las normas son normas, aun cuando no sean consideradas razones excluyentes o, incluso aunque no sean consideradas razones en absoluto.

Lo que pasa con Juan y con su padre (y, por supuesto, 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 judicial que ordena a la parte convicta a pagar una suma de dinero (y que ignore, *ab obvo*, cualquier otra razón que pudiera tener). El espectro de las posi-

³² E. g.: el propio Joseph Raz (*cf. idem*).

bilidades de la parte perdedora es exactamente igual al que enfrenta Juan, a saber: (1) Puede ignorar por completo la sentencia (y volverse recalcitrante como lo fue Juan). (2) Puede considerar la decisión del juez, pero sólo como razón ordinaria, considerarla, pero esta razón puede ser vencida por otras razones que pudiera tener. Cabe la posibilidad de que pueda ser una razón exitosa y vencer a las demás razones. El convicto es un *capo* y decide, por razones prudenciales, someterse al derecho. (3) Puede adoptar (considerar) la decisión del juez y tomarla como una razón excluyente y, por tanto, ignorar las otras razones que pueda tener.

VI. ALGO SOBRE RACIONALIDAD

Muchos autores, desde antiguo, comparten la idea de que “evaluar” o “hacer un balance de razones” (en virtud de la autonomía moral) es pensar racionalmente. Asimismo, consideran que actuar con base en la razón exitosa (la razón que vence otras razones) es actuar racionalmente. De esta forma, resulta que es rasgo de la racionalidad que el agente actúe con base en las razones que pondera. La gente está inclinada a sostener que la racionalidad consiste en actuar con base en un balance de razones. Sin embargo, someterse a normas (donde se excluye el balance de razones) no es necesariamente irracional, por lo contrario. Imaginémos, por ejemplo, a un pasajero que en el caso de un naufragio³³ defiende tenazmente su autonomía moral y en el sacrosanto nombre de la autonomía moral³⁴ decide ponderar (sopesar) todas las órdenes dadas por el capitán. Este hombre (posiblemente el único pasajero ahogado) quiere pensar y actuar racionalmente y, por tanto, no se somete a las órdenes del capitán; considera las órdenes del capitán sólo como razones ordinarias (o, incluso, las ignora). Aquí tenemos un vívido (o mortal) ejemplo de un agente que rehúsa suspender su propio balance de razones por considerar “irracional” someterse a la autoridad. En razón de su testarudez, las órdenes del capitán no cuentan como razones excluyentes.

³³ Raz toma este ejemplo de R. P. Wolff (*cf.* *Defense of Anarchism*, Nueva York, Harper and Row, 1970, p. 14) lo usa para mostrar que la aceptación de la autoridad requiere de la existencia de “razones de segundo orden válidas” (*cf.* *The Authority of Law*, *cit.*, nota 28, pp. 26 y 27 [*La autoridad del derecho*, *cit.*, nota 28, pp. 41-43]).

³⁴ Esto parece satisfacer el paradigma del 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.*, VI, 1140 a 25, 1140 b 20, 1141 b 5 y ss.).

Pensemos en otro pasajero autonómico quien, como el anterior, no se somete a la autoridad porque quiere actuar “racionalmente”. En este caso, no obstante su necesidad del “racional”, miembros de la tripulación le hacen obedecer. En este caso las órdenes del capitán son normas, normas que se aplican incluso contra la voluntad del destinatario (y contra su balance autónomo de razones).

Sirvan estos dos naufragios como muestra de que actuar de conformidad con las normas no es necesariamente irracional.

VII. EL ENREDO

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 este autor: los casos de Ana, Jeremías y Colin.³⁵

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.³⁶

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 aun sean equivocadas”.³⁷

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.³⁸

La noción de razón excluyente es claramente descrita en los ejemplos dados por Raz. Sin duda, podemos distinguir cierto tipo de actos (la fatiga

³⁵ Veáse Gans, Chaim, “Mandatory Rules and Exclusionary Reasons”, *cit.*, nota 25, p. 374.

³⁶ *Practical Reason and Norms*, *cit.*, p. 39 (*Razón práctica y normas*, *cit.*, nota 25, pp. 42 y 43).

³⁷ *Ibidem*, p. 38 (*ibidem*, p. 43).

³⁸ *Practical Reason and Norms*, *cit.*, nota 25, p. 39.

de Ana, la orden de un superior, 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 razón para no actuar por una razón, *i.e.* $jr_2 \sim R$) y, la segunda, la de la madre. Consecuentemente, tenemos dos tipos de instrucciones, emitidas, incluso, por dos *diferentes* sujetos, 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). 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".³⁹ De esta peculiar opinión resulta un lío.

VIII. EL DESENREDO

Voy a analizar el caso de Jeremías. Dos aspectos entran en juego. El primero, la orden dictada por el superior: "soldado, tome el vehículo"; el segundo, *el hecho de que uno tiene que pasar por alto todas las otras razones* (de primer orden) *en contra*. Lo difícil de aceptar de esta tesis es que este último aspecto se encuentre inserto en la orden "soldado, tome el vehículo" dada por el superior.

En el caso de Jeremías (como en los otros casos) no es problema separar los *dos niveles de razones*. Uno: la orden dada por el superior "soldado, tome el vehículo" y dos, otra proposición:⁴⁰ '*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 peculiar que hay que destacar: Jeremías es soldado. Si no fuera así, ¿de dónde hubiera

³⁹ *The Authority of Law, cit.*, nota 28, p. 18. (*La autoridad del derecho, cit.*, nota 28, p. 33).

⁴⁰ 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.

sacado Jeremías la idea de que “las órdenes son órdenes” y que él tiene que obedecerlas?

La orden del superior podría haber sido ciertamente ignorada si Jeremías, no siendo soldado, hubiera podido desentenderse de la situación. Pero, siendo soldado, Jeremías ni siquiera puede ponderar otras razones para decidir; éstas no fueron consideradas por Jeremías *porque Jeremías, previamente, adoptó otra norma (una Grundnorm):* ‘como soldado debo obedecer las órdenes (militares) sin considerar sus propios méritos’. Ésta es una razón que deviene fundamental, la cual, desde que la adopta Jeremías, gobierna su comportamiento como soldado.

De cualquier modo, esta directiva no hubiera podido ser una razón si Jeremías no la hubiera convertido en su “razón fundamental” (en su *Grundnorm*). Esto es así desde que Jeremías decide *jugar el juego del soldado*.⁴¹ El dicho ‘órdenes son órdenes...’ interviene decididamente en la consideración de Jeremías, porque es una consecuencia que se sigue de su razón fundamental.

El uso de la expresión ‘juego’ en esta última frase no pretende ser una exagerada metáfora (pensemos en el drama griego y en el papel dramático que hace un individuo en la vida social). Más bien su uso tiene la intención de mostrar qué tanto el juego nos permite entender la aplicación de normas (u otras directivas).⁴²

IX. EL JUEGO Y SUS REGLAS

Desde antiguo, ‘juego’ (del latín *jocus*) y sus equivalentes nombra un conjunto de acciones con sujeción a 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.⁴³

⁴¹ Puede ocurrir que la decisión de “jugar al soldado” no sea siempre completamente “libre”, como sucede en los casos de reclutamiento forzoso.

⁴² 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.

⁴³ Un buen ejemplo es el excelente libro de Robles Morchón, Gregorio: *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, México, UNAM, 1988.

El juego es un universo limitado: *el juego sólo se juega con jugadas del juego*. De hecho, ésta 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 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 “juego del soldado”. Jeremías enfrenta dos diferentes situaciones en tiempo. La primera, la decisión de “jugar al soldado”; la segunda, la orden del superior.⁴⁴ Jeremías obedecerá las órdenes de su superior mientras continúe “jugando al soldado”. Jeremías puede abandonar (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”, *i. e.* obedeciendo las órdenes militares superiores.

En contraposición con esto, Raz considera la orden del superior (una sola 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 .⁴⁵ Esto es indisputable como lo es que r_1 presupone la existencia de r_2 .⁴⁶ Sin embargo, *el hecho de que una razón presuponga a otra no es suficiente para tratarlas como si fueran una y la misma*.

La construcción de esa “razón duplex” es realmente una entidad extraña. Pero, ¿cómo podría una orden militar (*i. e.* una “jugada del juego castrense”) obligar a quien no es soldado (para quien no juega ese juego)? Pero, aún peor

⁴⁴ 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.

⁴⁵ La orden del superior, de alguna manera, evoca la existencia de la regla fundamental del juego.

⁴⁶ 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)’. Ésta 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.

¿cómo es que la orden del superior pudiera establecer la *Grundregel* de un individuo que, como Jeremías, decide “jugar” al soldado?

X. [j]OCUS REGIT ACTO

1. *El planteamiento*

¿Por qué convertimos normas en 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, el derecho.

En este momento quiero distinguir dos cuestiones que reflejan dos diferentes situaciones: la situación de primer nivel (en la 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, éste 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 otro lugar⁴⁷ he señalado que dos preguntas habían afectado profundamente a la humanidad, a saber: ‘¿qué es?’ y ‘¿qué hacer?’ y de ahí que podamos distinguir dos problemas: ¿qué es una norma?, por un lado, y ¿qué hacer con las normas?, por el otro. Así, cabe 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 normas⁴⁸ 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:

⁴⁷ Véase *supra*, núm. 1.

⁴⁸ 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 contra⁴⁹ (ningún juego se juega),

(3.2) Puedo actuar de otra manera no obstante N .⁵⁰ (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.

2. *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 hacer menos. No obstante el “impecable” argumento del padre, 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*

⁴⁹ 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.

⁵⁰ N es una razón vencida por otras razones o es sólo una razón complementaria (pero débil) para actuar.

jugada del juego. Después de 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 gobiernan).⁵¹ 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).

No es difícil entender que si *decidimos*⁵² jugar un juego tenemos que pasar por alto cualquier razón que no pueda ser identificada como jugada del

⁵¹ Sobre este particular véase Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas del juego*, México, UNAM, 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.

⁵² Repetidamente he escrito las diferentes inflexiones del verbo ‘decidir’ en cursivas sólo para subrayar la idea de Philippa Foot adelantada al principio de este ensayo en el

juego. Cuando jugamos juegos *adoptamos* la regla fundamental del juego (la *Grundnorm*), la cual funciona como metarregla, *i. e.* como una razón de segundo orden.

5. El “juego” del derecho

Lo que los jugadores (*quae* 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 un destinatario y muy otra 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”.⁵³ 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 de la argumentación jurídica, en tanto argumentación, consiste en una confrontación en contradictorio; sólo hay dos partes (si hay más protagonistas, éstos se dividen en dos bandos: con el actor o con el demandado en tercerías). Tratan de probar, *argumentando*,⁵⁴ que lo que ellos hacen (hicieron o harán) es *jurídicamente justificado y que no puede ser vencido*, de conformidad con las normas jurídicas que regulan el juego (*e. g.* pruebas y su desahogo). Las partes defienden diferentes posiciones como, por ejemplo, la “naturaleza” del hecho o la definición que le corresponde o la determinación de las normas aplicables al hecho.⁵⁵

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 en-

sentido de que las razones para la acción tienen más que ver con las inclinaciones y las decisiones del agente.

⁵³ Y las metarreglas que gobiernan la profesión jurídica.

⁵⁴ Véase *La argumentación*.

⁵⁵ Las partes no necesitan estar en posiciones diametralmente diferentes, sino que es suficiente con defender diferentes puntos de vista con el propósito de obtener diferentes resultados (consecuencias).

cuentra 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.⁵⁶ Pero aun en este caso el juego adopta una forma de confrontación en contradictorio.

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 sólo se admiten normas jurídicas, y que todas las otras razones son excluidas.⁵⁷

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 el mundo sabe que el proceso jurisdiccional alcanzó un gran nivel de sofisticación desde tiempo atrás. La idea de este ensayo 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*).

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 (igual o mayor) que el universo de casos.