

# PROBLEMA

---

ANUARIO DE FILOSOFÍA  
Y TEORÍA DEL DERECHO

12

Enero-Diciembre de 2018



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

## INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Director*

Dr. Pedro Salazar Ugarte

*Secretario académico*

Dr. Francisco Ibarra Palafox

*Secretario técnico*

Lic. Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, año 10, núm. 12 (enero-diciembre de 2018) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico *problema.unam@gmail.com*. Editor responsable: Juan Manuel Vega Gómez. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2013-081611074100-102, ISSN: 2007-4387. Número de certificado de licitud de título y contenido 15499, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición y formación en computadora

*Rosa María González Olivares*

PROBLEMA  
*Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*

Dr. Juan Vega Gómez  
*Director/Editor*

*Asistentes de la revista:*  
Francisco Chan Chan  
Enrique Rodríguez Trujano  
Yanara Suenaga  
Gloria Vargas Romero  
P. Rosalba Vázquez Cárdenas

*Coordinación editorial:*  
Lic. Raúl Márquez Romero      Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* es una revista arbitrada fundada en 2007 por iniciativa del área de investigación de Filosofía y Teoría del Derecho y bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*Problema* tiene como propósito publicar colaboraciones en español e inglés, y está dirigida a profesores, estudiantes y profesionales interesados en diversos temas contemporáneos de filosofía política, jurídica y moral. Este anuario se compone de tres secciones: *Discusión*, *Artículos* y *Reseñas*. A través de la organización de distintos seminarios de discusión sobre un tema previamente definido, *Problema* propicia el intercambio crítico de ideas entre teóricos nacionales y extranjeros cuyos resultados se preparan y recogen en la sección de *Discusión*. La sección de *Artículos* recibe colaboraciones originales sobre distintos temas, tradiciones, y corrientes filosóficas. La sección de *Reseñas* contiene comentarios sobre libros publicados que son de interés para los temas de discusión de la revista.

*Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* is a peer-reviewed journal founded in 2007 by initiative of the Philosophy of Law and Legal Theory Department of the Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico (UNAM).

The main purpose of *Problema* is to publish contributions in English or Spanish relating to Political, Legal and Moral Philosophy and is directed to scholars, students and professionals interested in general and philosophical

discussions relevant to legal matters. The yearbook is composed of three sections: *Discussion Topics*, *Articles* and *Review Essays*. Through the discussion topics section, *Problema* promotes critical exchanges of ideas amongst the international jurisprudence community. The essays contained in this section are usually a product of discussion seminars organized by our Philosophy of Law and Legal Theory Department. Contributions for the *Articles* section, is not limited to one specific topic and welcomes original contributions from different traditions and diverse jurisprudential topics and backgrounds. Finally, the *Review Essays* section contains comments on published books considered relevant to the journals subject matter.

Email: [problema.unam@gmail.com](mailto:problema.unam@gmail.com)

Twitter: [@problemaiij](https://twitter.com/problemaiij)

Facebook: *Problema UNAM*

Página de internet: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>

<http://www.unam.mx/>

<http://www.juridicas.unam.mx/>

*Problema* pertenece a las siguientes bases de datos:

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc).

Scientific Electronic Library Online (SciELO).

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex).

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (Clase).  
Scopus.

Enrique Cáceres Nieto / Imer B. Flores / Juan Vega Gómez  
*Fundadores*

CONSEJO EDITORIAL  
*EDITORIAL ADVISORY PANEL*

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Enrique Cáceres Nieto (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Imer B. Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Carla Huerta Ochoa (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Juan Vega Gómez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL  
*EDITORIAL BOARD*

Zenon Bankowski (Edinburgh Law School, Scotland); Samantha Besson (University of Fribourg, Switzerland); Brian Bix (University of Minnesota, United States of America); Brian Burge-Hendrix (Quest University, Canada); Tom Campbell (Charles Sturt University, Australia); Jaime Cárdenas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Jules L. Coleman (Yale Law School, United States of America); Keith Culver (University of New Brunswick, Canada); Julie Dickson (Oxford University, England); Paulette Dieterlen (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Ronald Dworkin (†) (New York University, United States of America/University College London, England); Timothy Endicott (Oxford University, England); John Gardner (Oxford University, England); Michael Giudice (York University, Canada); Mark Greenberg (University of California, United States of America); Sandra Gómora Juárez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Olga E. Hansberg (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Kenneth Einar Himma (University of Washington, United States of America); Iwao Hirose (McGill University, Canada); Guillermo Hurtado (Instituto de Investigaciones Filosóficas, México); Duncan Kennedy (Harvard Law School, United States of America); Matthew H. Kramer (Cambridge University, England); Dimitrios

Kyritsis (University of Sheffield, England); Gerald Lang (Leeds University, England); Larry Laudan (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Brian Leiter (University of Chicago, United States of America); Neil MacCormick (†) (University of Edinburgh, Scotland); Guillermo J. Mañón Garibay (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Andrei Marmor (University of Southern California, United States of America); Carlos Montemayor (San Francisco State University, United States of America); Joseph Raz (Columbia University, United States of America/Oxford University, England); Adrian Rentería Díaz (Facultad de Derecho, UNAM, México); María Elodia Robles (Facultad de Derecho, UNAM, México); Veronica Rodriguez-Blanco (University of Birmingham, England); Burkhard Schafer (University of Edinburgh, Scotland); Frederick Schauer (University of Virginia, United States of America); Scott J. Shapiro (Yale Law School, United States of America); Nicos Stavropoulos (Oxford University, England); Natalie Stoljar (McGill University, Canada); Rolando Tamayo y Salmorán (Facultad de Derecho, UNAM, México); Ambrosio Velasco Gómez (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Enrique Villanueva (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jeremy Waldron (New York University, United States of America/Oxford University, England); Wil Waluchow (McMaster University, Canada); Benjamin Zipursky (Fordham Law School, United States of America).

Número de reserva al título en Derechos de Autor:

04-2013-081611074100-102.

Número de certificado de licitud de título: 15499.

Número de licitud de contenido: 15499.

Primera edición: 25 de mayo de 2018

DR © 2018, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISSN 2007-4387

## PROBLEMA 12

### CONTENIDO *TABLE OF CONTENTS*

#### DISCUSIÓN: TEMAS DE LA FILOSOFÍA MORAL DE JOHN BROOME *DISCUSSION: THEMES FROM THE MORAL PHILOSOPHY OF JOHN BROOME*

Introduction.....	3
<i>Introducción</i>	
Juan VEGA GÓMEZ	
Broome on Reasons.....	5
<i>Broome en torno a las razones</i>	
Fernando RUDY HILLER	
On the Scope, Jurisdiction, and Application of Rationality and the Law.....	21
<i>Sobre el alcance, la jurisdicción y la aplicación de la raciona- lidad y el derecho</i>	
Daniel FOGAL	
Reasons, Rationality, Reasoning: How Much Pulling-Apart? ..	59
<i>Razones, racionalidad, razonamiento: ¿qué tanto podemos desprenderlos?</i>	
Alex WORSNIP	



## CONTENIDO

Broome on the connection between normative beliefs and motivation.....	95
<i>Acerca de la conexión entre creencias normativas y motivación en Broome</i>	
Carlos NÚÑEZ	

Responses.....	111
<i>Réplicas</i>	
John BROOME	

## ARTÍCULOS ARTICLES

Alcance y derrotabilidad de las reglas jurídicas .....	139
<i>Scope and Defeasibility of Legal Rules</i>	
Fabio Enrique PULIDO ORTIZ	

Ética de la virtud y profesiones jurídicas .....	169
<i>Virtue Ethics and Legal Professions</i>	
Tasia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ	

La ejemplaridad y proyección del precedente.....	199
<i>Exemplarity and Projection of Precedent</i>	
Sandra GÓMORA JUÁREZ	

The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians on Hans Kelsen .....	239
<i>La norma jurídica como una función: la influencia de Ernst Cassirer y los neokantianos de Marburgo en Hans Kelsen</i>	
Mario GARCÍA BERGER	

Educación para las diversidades; la vocación de la universidad, una plaza ( <i>cit��</i> ) expuesta para la fuerza .....	263
<i>A Cultural Education for Diversities Inclusion; University Vocation, a Siege Expose for Empowerment</i>	
Lucía RAPHAEL	

TABLE OF CONTENTS

ENTREVISTA  
*INTERVIEW*

Entrevista al profesor François Ost.....	289
Germán SANDOVAL y Pauline CAPDEVIELLE	

RESEÑAS  
*REVIEW ESSAYS*

AYUSO TORRES, Miguel, <i>Constitución. El problema y los problemas</i> , Madrid, Marcial Pons, 2016, 198 pp. ....	301
Jaime ALCALDE SILVA	
Autores / Authors .....	309

## Autores *Authors*

Tasia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. Universidad de Granada (España).

John BROOME. University of Oxford (UK).

Pauline CAPDEVIELLE. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (México).

Daniel FOGAL. New York University (USA).

Mario GARCÍA BERGER. Universidad Autónoma de la Ciudad de México (México).

Sandra GÓMORA JUÁREZ. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (México).

Carlos NÚÑEZ. Universidad de Viena (Austria).

Fabio Enrique PULIDO ORTIZ. Universidad de La Sabana (Colombia).

Lucía RAPHAEL. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (México).

Fernando RUDY HILLER. Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM (México).

Germán SANDOVAL. Facultad de Derecho, UNAM (México).

Alex WORSNIP. The University of North Carolina at Chapel Hill (USA).

## Criterios para la presentación de colaboraciones

La revista *Problema* sólo recibirá colaboraciones originales en español o inglés sobre temas de filosofía política, jurídica y moral en alguna de sus tres secciones: *Discusión*, *Artículos* y *Reseñas*. Generalmente la sección de *Discusión* se compone de colaboraciones por encargo, mientras que las secciones de *Artículos* y *Reseñas* reunirán colaboraciones que sean enviadas por iniciativa de los autores.

Toda colaboración deberá ser inédita. No se aceptarán artículos ya publicados o en proceso de ser publicados en otras revistas o libros. El autor deberá declarar de buena fe que su colaboración ha sido postulada exclusivamente en *Problema*.

Los trabajos enviados deberán presentarse en archivo de procesador de palabras (*Word* de Windows). Todas las colaboraciones en español deberán ajustarse a los *Criterios Editoriales* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/critedit/critedit.pdf>. Por otra parte, las colaboraciones en inglés deberán ajustarse al *Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities* (OSCOLA). No se recibirán las colaboraciones que no se ajusten a estos requerimientos editoriales.

Criterios generales para la presentación de colaboraciones:

- 1) Fuente de letra *Bookman Old Style* de 12 puntos, justificado en ambos márgenes, interlineado de 1.5 espacios y números de página centrados en la parte inferior.
- 2) Con excepción de las reseñas, toda colaboración deberá acompañarse de un resumen de no más de 200 palabras, en español y en inglés, así como de 4 a 5 palabras clave, en español y en inglés, que engloben las ideas centrales del documento.
- 3) Las referencias bibliográficas y comentarios deberán anotarse a pie de página con fuente *Bookman Old Style* de 10 puntos, justificado en ambos márgenes, interlineado sencillo.

- 4) El autor(a) deberá enviar junto con su colaboración, los siguientes datos de contacto: correo electrónico, teléfono, dirección postal, fax, información académica actual.

La revista *Problema* someterá las colaboraciones recibidas a un proceso de dictaminación bajo el principio de doble anonimato (esto es, tanto colaborador(a) como dictaminador ignorarán la identidad de la otra parte). Cada colaboración será asignada a dos miembros del Consejo Editorial o especialistas en el tema respectivo para determinar si ésta es “Publicable” o “No publicable”. La revista *Problema* se reserva el derecho de entregar los dictámenes a los colaboradores; sólo se notificará el resultado del mismo.

En caso de que algún dictaminador evalúe un artículo como “Resultado condicionado a correcciones del autor”, el colaborador será notificado y contará con 20 días naturales para realizar las adecuaciones que estime pertinentes; una vez recibido el artículo modificado, éste será revisado nuevamente por el o los dictaminadores para determinar un resultado final.

En caso de obtener un dictamen como “Publicable” y otro como “No publicable”, el artículo será sometido a un tercer dictamen que decidirá la procedencia de la publicación en definitiva. En caso de que en el doble dictamen se obtengan dos resultados negativos, se notificará de inmediato al autor la no procedencia de la publicación del artículo. Los dictámenes serán inapelables. Una vez que se acepte un trabajo para su publicación, los autores deberán ceder el derecho de autor al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Las colaboraciones deben subirse al OJS de la revista *Problema* en la página siguiente: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>.

## Criteria for Submitting Papers

*Problema* will publish original contributions in English or Spanish relating to Legal, Political and Moral Philosophy topics, in one of the following sections of the journal: *Discussion Topic*, *Articles* or *Review Essays*. The *Discussion Topic* section includes papers usually made by invitation only. Contributions for the *Articles* section will be subject to a double-blind peer review. *Review Essays* can also be submitted and will be published prior approval by the editor.

All contributions submitted for publication must be unpublished manuscripts. Articles in the process of being published by other journals or press will be rejected.

All contributions must be presented in Microsoft *Word* for Windows. Spanish language contributions should conform to the Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico (UNAM) Editorial Criteria, available at <http://www.juridicas.unam.mx/publica/critedit/critedit.pdf>. English language contributions should conform to the *Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities* (OSCOLA), available at [http://www.law.ox.ac.uk/published/OSCOLA\\_4th\\_edn.pdf](http://www.law.ox.ac.uk/published/OSCOLA_4th_edn.pdf). Without exception *Problema* will only admit contributions that conform either to the UNAM or OSCOLA citation criteria.

General criteria for submitting papers:

- 1) *Bookman Old Style* 12 point font, text justified on both margins, line spacing of 1.5, and page numbers centered at the bottom.
- 2) All contribution, except review essays, must include an abstract of 150-200 words and four to five keywords which reflect the main ideas of the paper.

- 3) References must appear at the foot of the page, in *Bookman Old Style* 10 point font, justified, single spaced.
- 4) Submissions should mention contact information: e-mail address, telephone number, post address, and current academic position.

All papers submitted for the articles section will be subject of double-blind peer review. Reasons given priority for publication are: originality, quality, and argumentative soundness.

If an article is recommended for publication but with revisions and/or corrections, the author will be informed and asked to respond to these revisions and/or corrections during the following 20 days. Once this is done, the article is again sent to the reviewer or reviewers for comments on the modifications made.

In case an article is evaluated as “Publishable” by one examiner and “Non-Publishable” by another, *Problema’s* editor-in-chief will send the article to a third examiner which, in turn, will settle a final result. When both examiners opinions are negative, the author will be immediately informed that his collaboration has been declined. All decisions are final.

Once an article is accepted for publication, the author will be asked to sign a copyright transfer agreement.

Papers should be submitted OJS through the website: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>.

## INTRODUCTION

This discussion section is a result of an academic event organized at the Legal Research Institute, UNAM, in September 19, 2017 to commemorate the important work in moral philosophy of Professor John Broome. The event had an unexpected turn due to the earthquake that struck Mexico City at 1:14 p.m. that day. The event had to be cancelled in the middle of the sessions because the University decided to evacuate everybody from its campus as a precautionary measure. But in spite of the chaotic situation, the participants decided to continue the discussion in their hotel and discussion continued via emails to present the proceedings in *Problema*. The following people participated in the event: Alex Worsnip (UNC, Chapel Hill), Fernando Rudy Hiller (IIF-UNAM), Daniel Fogal (NYU), and Carlos Nuñez (University of Vienna), and of course John Broome. My most sincere thanks to all of them, to Iwao Hirose who helped me organize the event and of course to the support of the Legal Research Institute at UNAM.

Juan VEGA GÓMEZ  
Editor in chief

## INTRODUCCIÓN

*Esta sección de discusión es producto de un evento académico celebrado el 19 de septiembre de 2017 y cuyo objetivo principal es honrar las importantes aportaciones a la filosofía moral del profesor de la Universidad de Oxford, John Broome. Un evento algo accidentado por el sismo que ese día, a las 13:14 horas, se registró en la CDMX,*



## INTRODUCTION

*y donde se tuvieron que desalojar las instalaciones universitarias como medida precautoria. Independientemente del acontecimiento, los participantes decidieron continuar las discusiones en el hotel donde se hospedaban y se circularon las diferentes ponencias para poder contar con su publicación en Problema. Participaron en dicho evento: Alex Worsnip de la University of North Carolina, Chapel Hill; Fernando Rudy Hiller del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM; Daniel Fogal de New York University, y Carlos Nuñez de la University of Vienna, y por supuesto el profesor John Broome. A todos ellos, mi sincero agradecimiento, así como a Iwao Hirose, quien me ayudó a coordinar este evento, y por supuesto a las autoridades del IIJ-UNAM por auspiciar este encuentro.*

*Juan VEGA GÓMEZ  
Director / Editor*

## Broome on Reasons\*

### *Broome en torno a las razones*

Fernando RUDY HILLER\*\*

SUMMARY: I. *Pro toto reasons*. II. *Pro tanto reasons*. III. *Conclusion*.  
IV. *References*.

In chapter 4 of *Rationality through Reasoning*,<sup>1</sup> John Broome sets out to define normative reasons in terms of two more basic notions, those of ‘ought’ and ‘explanation’. Broome’s arguments in that chapter have drawn a lot of attention, as it’s attested by the fact that three of the seven chapters on the part devoted to reasoning in Broome’s *Festschrift* have as their central aim to criticize them. Here I will offer, on Broome’s behalf, what I take it to be a plausible response to one of those criticisms, made by Jonathan Dancy<sup>2</sup> in his contribution to that volume. Dancy claims that Broome fails to capture the normativity of reasons because the *favoring* relation that characterizes them can’t be understood, as Broome thinks it can, in terms of *explanatory* relations to oughts. I will argue that Dancy is wrong: the normativity of at least one type of reasons —what Broome calls ‘*pro toto*’ reasons— can indeed be understood in terms of an explanatory relation; more precisely, it can be understood in terms of what I

\* Artículo recibido el 8 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 10 de noviembre de 2017.

\*\* Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

<sup>1</sup> Broome John, *Rationality through Reasoning* (Wiley Blackwell 2013).

<sup>2</sup> Dancy Jonathan, “Reasons for Broome,” in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015).

FERNANDO RUDY HILLER

will call ‘the right-making (or ought-making) relation’. The problem, however, is that this works *only* for *pro toto* reasons, that is, reasons that explain why it’s actually the case that you ought to *F*;<sup>3</sup> it doesn’t work for *pro tanto* reasons, that is, reasons that count in favor of *F*ing without making it the case that you ought to *F*. The upshot of my discussion is that Broome’s account of reasons seems to be internally inconsistent, since it manages to capture the normativity of *pro toto* reasons at the cost of failing to explain why *pro tanto* reasons are normative. I close by considering some ways in which Broome might respond and by assessing whether the tension I have identified has any bearing on the larger project of *Rationality through Reasoning*.

## I. PRO TOTO REASONS

Broome identifies two types of normative reasons: *pro toto* and *pro tanto*. A *pro toto* reason for *N* (an agent) to *F* (a response) is defined by Broome as “an explanation of why you ought to *F*”.<sup>4</sup> In this often-quoted passage Broome claims that his definition captures the normativity of *pro toto* reasons:

We slide from ‘*X* is the reason why you ought to *F*’ to ‘*X* is the reason for you to *F*’, meaning exactly the same thing. The ‘reason why’ (meaning explanation) bumps into the normative ‘ought’, yielding a normative sense of ‘a reason’ that combines the meaning of both.<sup>5</sup>

To exemplify: say you promised to take your friend to the airport today, but now you find yourself rather reluctant to make that long drive. I tell you that you ought to take your friend to the airport nevertheless, and you ask why. “Because you promised to”, is the answer. So the reason why you ought to take your friend to the airport is your having promised to. Here we are giving an explanation of an ought. Broome claims that in the case of normative explanations like this one, the consideration following the ‘because’ plays a dual role:

<sup>3</sup> I follow Broome in employing ‘*F*’ to stand for an action, a belief, or an attitude of other sort.

<sup>4</sup> Broome (n 1) 50.

<sup>5</sup> *ibid*.

## BROOME ON REASONS

it is both an explainer (which by itself is non-normative) and a normative reason. We can see this by noting that ‘because you promised to’ not only explains why you ought to take your friend to the airport but is, at the same time, a reason (or even *the* reason) *for you* to take your friend to the airport. So if Broome’s suggestion is right, we can understand what a normative *pro toto* reason is in terms of two more basic notions —those of ought and explanation.

Let’s turn now to Dancy’s worries. The first worry is whether we can account for a normative notion such as a *pro toto* reason in terms of a non-normative notion such as explanation: “I do not see how he [Broome] can both say that the notion of an explanation why you ought to *F* is not normative, that the notion of the (*pro toto*) reason for you to *F* is normative, and that these are the same notion”.<sup>6</sup>

In a moment I will suggest that Broome has available a response to this worry, a response based precisely on the distinction Dancy introduces between the favoring relation and the right-making relation. Before that, however, it’s important to note that the worry is not —or at least not in the first instance— about the extensional adequacy of Broome’s definition. That is, Dancy might concede that anything that explains why you ought to *F* is at the same time a *pro toto* reason for you to *F*.<sup>7</sup> Rather, the problem concerns whether a normative reason can be equated with (or understood in terms of) an explanatory one. Dancy<sup>8</sup> claims that it can’t, because the *favoring relation* —which characterizes considerations that are normative reasons— is different from the *right-making relation* —which characterizes considerations that figure in normative explanations.<sup>9</sup> Let’s illustrate this distinction with the previous example:

<sup>6</sup> Dancy (n 2) 178.

<sup>7</sup> However, Dancy does sound skeptical about this: “A *pro toto* reason to *F* is what explains why one ought to *F*, if one ought. Such a reason might be a quite complex object, not every part of which would ordinarily be considered to be a reason of any sort to *F*”, Dancy (n 2) 177. Roger Crisp expresses similar doubts, Crisp Roger, “Keeping Things Simple” in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015) 144.

<sup>8</sup> Dancy (n 2) 178-9.

<sup>9</sup> For Broome (n 1) 48, the explanatory relation is, in general, “the relation of

FERNANDO RUDY HILLER

*Favoring relation.* Your having promised to take your friend to the airport *favors* taking your friend to the airport.

*Right-making relation.* Your having promised to take your friend to the airport *makes it the case* that taking your friend to the airport is right.<sup>10, 11</sup>

It's clear from this example that, as Dancy points out, "even though one and the same feature is capable of standing on the left-hand side of both of these relations, the right-hand sides are very different".<sup>12</sup> They are very different because in the favoring relation the right-hand side concerns a way of acting, whereas in the right-making relation the right-hand side concerns a property of the act itself. Dancy goes on to suggest (correctly, in my view) that the favoring relation is normative and the right-making relation is metaphysical. Presumably, this means that in the former case what is at stake is the *justification* of the action whereas in the latter case what is at stake is the *nature* of that same action. Thus, Dancy's deeper objection to

making so", so he would say that the right-or ought-making relation, by which a certain consideration (or set of considerations) makes it so that a certain response has the property of rightness or 'oughtness', is an explanatory relation. Dancy (n 2) 179 denies that the 'making-relation' is an explanatory relation, although he concedes that we often offer explanations in terms of what made it so that the explanandum came to be.

<sup>10</sup> Although a little awkwardly, the same idea can be formulated in terms of 'ought': *Ought-making relation.* Your having promised to take your friend to the airport *makes it the case* that taking your friend to the airport has the property of oughtness.

<sup>11</sup> In his comments to a previous version of this paper, professor Broome objected that the relation denoted in this sentence isn't the right-making relation but the making-it-the-case relation. He's right that the relation denoted here is the making-it-the-case relation, but he's wrong in suggesting that it's different from the right-making relation: in both cases what is involved is a fact (your having promised to take your friend to the airport) and a property that an act has in virtue of that fact (rightness). Moreover, what *explains* in this example why you ought to do the action is the same thing that *gives* the action the property of rightness (and thus is the same thing that stands in the right-making relation to the act), and, as Broome himself claims, the explanatory relation is "the relation of making so", Broome (n 1) 48. Thus, I think Broome is committed to the equivalence among the explanatory relation, the making-it-the-case relation, and the right-making relation.

<sup>12</sup> Dancy (n 2) 178.

## BROOME ON REASONS

Broome's definition of a *pro toto* reason isn't merely that explanation is a non-normative notion, but rather that Broome wrongly assumes that the favoring relation and the right-making relation are at bottom the same, or at least that the former can be understood in terms of the latter.

What would Broome say in response? I think he would say the following: perhaps the two relations are distinct, but we gain a deeper understanding of the favoring relation by seeing it in light of the right-making—or, as Broome would say, ought-making—relation. Here's a relevant passage from Broome that suggests this line of response:

The 'counts in favour' formula is very commonly offered as a way of explaining what a reason is [in a footnote Broome mentions Dancy as an example]. I agree that a reason is a consideration that counts in favour of something. *But my definition goes further and specifies what is the relevant sort of counting in favour.*<sup>13</sup>

The relevant sort of counting in favor is, of course, counting in favor of some action being the action one ought to do.<sup>14</sup> So according to Broome we gain a deeper understanding of normative reasons and of the favoring relation by noting what it is that reasons favor: reasons favor some action being the action one ought to do (or the action being the right one). In the case of *pro toto* reasons, a consideration favors an action because that same consideration has made it the case that one ought to perform it.

Here Dancy would object again, though. He claims that

What is favoured is acting (or at least responding) in a certain way, not the rightness of so acting, which cannot be favoured at all. (It cannot be favoured because the only things that can be favoured are responses, and the rightness of an act is not a response at all).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Broome (n 1) 54, italics added. In this passage Broome is referring to his definition of a *pro tanto* reason, but I think the same idea is operative in his definition of *pro toto* reasons, as I go on to argue below.

<sup>14</sup> *ibid*, Broome says as much in this passage: "there are several ways of counting in favor ... The sense we need for a reason is connected to ought, and my definition specifies just what the connection is".

<sup>15</sup> Dancy (n 2) 178.

FERNANDO RUDY HILLER

So Dancy denies what Broome affirms, namely, that the counting-in-favor relation can be defined in terms of contributing to the rightness (or oughtness) of the action. It's important to be clear that Dancy isn't opposed to the conception of reasons as right-makers; rather, what he is objecting to is Broome's attempt to *define* normative reasons (and *a fortiori* the favoring relation) in terms of the right-making relation, as if the favoring relation could be understood in terms of the right-making one.

As a response to Dancy, let me sketch a proposal about how the right-making relation can account for the favoring relation that is in the spirit of Broome's account. Let's start by asking: Why does a consideration favor an action? A plausible answer is: because the consideration makes the action the right thing to do or the action one ought to perform.<sup>16</sup> So the two relations are related as follows. The right-making relation has priority: when a consideration gives the action a certain property —rightness or oughtness— it also, *and because of that*, favors the performance of the action.<sup>17, 18</sup>

Returning to our example: why does your having promised to take your friend to the airport favor your doing so? The proposed answer is: because your having promised to do so gave the action the property of rightness or oughtness. And once your promising gave the action this property, it follows that the fact that you promised to

<sup>16</sup> Talk of rightness or oughtness shouldn't be restricted to the notion of *moral* rightness or oughtness. See Broome (n 1) 4.

<sup>17</sup> Dancy (n 2)182-3 entertains this suggestion concerning *pro tanto* reasons: "Broome thinks of the notion of a *pro tanto* reason as normative only because of the normativity of what it is used to explain. It has no inherent normativity, one might say. It gets its normativity from the normativity of an ought". My argument is that this lack of inherent normativity isn't a problem for *pro toto* reasons, although it is a problem for *pro tanto* ones.

<sup>18</sup> The inference from rightness to favoring is made by the philosopher trying to explain what the 'counting in favor' relation comes to, not by ordinary agents deliberating what to do. As Kearns and Star point out, when we deliberate we typically start by considering which considerations favor or disfavor an action, not by taking as a given that certain action is right and then trying to explain why this is the case. Kearns Stephen and Star Daniel, "Weighing Explanations" in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015) 237.

## BROOME ON REASONS

do it favors your doing it. So even though Broome might be wrong in suggesting (if he indeed does so) that the explanatory and right-making relation on the one hand, and the favoring relation on the other, are the same, this doesn't imply that these relations are so different from each other that —as Dancy thinks— it isn't possible to understand the one in terms of the other.<sup>19</sup> As I just suggested, this is possible: in the case of *pro toto* reasons, we in fact gain a deeper understanding of the favoring relation once we realize that its obtaining in a specific case is a consequence of the right-making relation being already in place. Again, the deeper understanding comes to this: a consideration favors an action because that same consideration has made the action the right thing to do (This obviously just applies to considerations that amount to *pro toto* reasons. I address *pro tanto* reasons below).

Now, what about Dancy's point that the two relations —favoring and right-making— have different statuses, one being normative and the other metaphysical? This indeed shows that, as Dancy says, "it [is] hard to think that one of them might really be the other in disguise".<sup>20</sup> But, as I just explained, the best way to understand the link between the two relations isn't to claim that they are at bottom the same, but rather to note that one of them (the favoring relation) derives from the other (the right- or ought-making relation). Thus, according to this proposal, a metaphysical relation gives rise to a normative one. Is this in principle objectionable?

I don't think so. We could say that normative reasons 'track' rightness or oughtness: normative reasons justify (or attempt to justify) responses, and justifying a response amounts to showing that it's the right one or the one you ought to exhibit. So, to take the case of

<sup>19</sup> This would also rebut Roger Crisp's contention that introducing the notion of explanation does nothing to further our understanding of reasons, Crisp (n 7).

<sup>20</sup> Dancy (n 2) 179. Strictly speaking, in this passage Dancy is claiming that it's hard to think that the favoring relation and the *explanatory* relation are the same. However, and as I pointed out in footnote 3 above, for Broome the explanatory relation is in general the same as the relation of making so, so he's committed to the view that the right-making relation and the explanatory relation concerning oughts are also the same. And, of course, Broome's proposal is to understand the favoring relation in terms of explanatory relations to oughts.



FERNANDO RUDY HILLER

actions, when an action in fact has the property of rightness we can say that there is a *pro toto* reason for performing it; and there is this reason precisely because the action is right. Thus, the normative relation between the consideration that is the *pro toto* reason and the action it favors derives from the metaphysical relation between that same consideration and the property of rightness or oughtness (a relation that in turns grounds an explanation of an ought).

Let me be clear that I'm not fully endorsing this response as my own; all I have done is to suggest that the foregoing is a plausible rebuttal to Dancy's objection that the definition of *pro toto* reasons offered by Broome fails because we can distinguish the favoring relation from the right-making relation.

## II. PRO TANTO REASONS

Assume for the sake of argument that what I just sketched is a promising response (at least as *pro toto* reasons are concerned) to Dancy's objection. What I want to consider now is whether this same response can make sense of the other kind of normative reasons Broome acknowledges, namely *pro tanto* reasons. My verdict will be negative: I will argue that if Broome's understanding of the normativity of *pro toto* reasons is along the lines I suggested above, then his account can't make sense of the fact that *pro tanto* reasons are supposed to be normative entities in their own right. More precisely, it can't make sense of the fact that *pro tanto* reasons on the losing side of what Broome calls a 'normative weighing explanation' are nevertheless normative. This suggests that Broome's account of *pro toto* reasons is in direct conflict with his account of *pro tanto* reasons.

Broome starts his discussion of *pro tanto* reasons in this way:

We often say there is a reason for you to *F*, when it is not the case that you ought to *F*. In these cases, the reason evidently does not explain the fact that you ought to *F*, since there is no such fact. It is therefore not a *pro toto* reason. Reasons of this sort are often called '*pro tanto* reasons'.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Broome (n 1 ) 51.

## BROOME ON REASONS

So *pro tanto* reasons don't explain oughts but, according to Broome, it doesn't follow that they cannot be understood in terms of ought and explanation at all. They can, but the account needed here is different from the account of *pro toto* reasons. As we saw above, *pro toto* reasons are considerations that explain outright why one ought to *F*, whereas *pro tanto* reasons are considerations that play a certain role in what Broome calls 'normative weighing explanations'. The role in question is that of a consideration adding its 'weight' to the weight of other considerations so that the normative balance tips one way rather than the other. The winning side is the weightier one, and one ought to do the action (or, more generally, to exhibit the response) that corresponds to it. Thus, Broome defines a *pro tanto* reason as "whatever plays this role in a normative weighing explanation".<sup>22</sup> This is Broome's functional definition of a *pro tanto* reason.<sup>23</sup>

Now let's ask: can Broome's functional definition capture the normativity of *pro tanto* reasons? Dancy claims that it can't, because "[an] explanation is not itself normative, even if what is explained is normative" and adds that Broome "has no independent method of establishing the normativity of the explainers".<sup>24</sup> However, as we saw in the previous section, the reply I offered on Broome's behalf constitutes a denial of Dancy's claim, at least as *pro toto* reasons are concerned: Broome can in fact establish the normativity of the explainers (that is, of the considerations that are *pro toto* reasons) by appealing to what grounds the relation of normative explanation, namely, the right-making relation. If a consideration explains why you ought to *F*, this is because the consideration makes it the case that you ought to *F*. And, as I have argued, Broome can say that, once a consideration gives the property of rightness or oughtness to *F*, that same consideration is automatically a normative reason for you to *F*.

<sup>22</sup> *ibid* 53.

<sup>23</sup> Broome's full definition of a *pro tanto* reason is more complicated, since it incorporates what Broome calls the 'for-*F* role', that is, the role of counting in favor of a specific response. This addition doesn't matter for the argument I go on to make in the text.

<sup>24</sup> Dancy (n 2) 186.

FERNANDO RUDY HILLER

But if this is Broome's response to Dancy's worry about the normativity of *pro toto* reasons (and I do think that it's the best response he has), it ends up working against Broome himself, because it leaves him unable to explain the normativity of *pro tanto* reasons. Here's why: in order to deal with Dancy's worry about the relation of explanation being non-normative, Broome has to appeal to the right-making relation as what endows the explainers with normativity. But there is no such endowment in the case of *pro tanto* reasons, because a *pro tanto* reason doesn't explain outright why one ought to *F* (otherwise, it would be a *pro toto* reason), and so a *pro tanto* reason doesn't by itself make it the case that *F* is the action one ought to do. Thus, in the case of *pro tanto* reasons there is no 'transmission' of normativity from ought to explainers. So we are bound to conclude that playing the role Broome describes in a normative weighing explanation isn't enough for establishing the normativity of *pro tanto* reasons, given that the right-making element (which is what endowed *pro toto* reasons with normativity) is absent.

Consider a possible rejoinder open to Broome. Suppose he held fast to the idea that the right- or ought-making relation is what grounds the normativity of reasons. Then he could say that the normativity of every *pro tanto* reason comes from the fact that, for every such reason, there is a *possible* normative explanation in which this reason could explain an ought. Broome could suggest that this is why *pro tanto* reasons are normative after all: they are *capable* of explaining oughts, even though they don't do so in every occasion. In this way, the right- or ought-making relation would again enjoy pride of place in Broome's account.

But this putative solution is problematic. For if this is how Broome is going to explain the normativity of *pro tanto* reasons, then he has to give up altogether the notion of a *pro tanto* reason —i.e., the notion of a reason that is normative even though on *this* occasion doesn't explain an ought.<sup>25</sup> More precisely, he has to give up the idea,

<sup>25</sup> Recall that this is precisely the initial characterization Broome offers of *pro tanto* reasons: "We often say there is a reason for you to *F*, when it is not the case that you ought to *F*... Reasons of this sort are often called '*pro tanto* reasons'", Broome (n 1) 51.

## BROOME ON REASONS

to which he is explicitly committed, that *pro tanto* reasons on the *losing* side of a normative weighing explanation are nevertheless normative.<sup>26</sup> Thus, Broome's failure to handle at the same time *pro toto* and *pro tanto* reasons suggests that his account suffers from a critical internal tension.

One way to resolve this tension would be to just bite the bullet and accept the conclusion that considerations are normative reasons only when they *actually* explain an ought. In other words, Broome could get rid of the notion of *pro tanto* reasons and stick with *pro toto* ones. While this move may be revisionist, it isn't *prima facie* senseless. One way to defend it is this. One could argue that considerations that on a certain occasion *seem* to be *pro tanto* reasons in favor of *Fing* are revealed to lack normative import or weight once one realizes that one ought *not* to *F*. That is, what initially *seemed* to be a *pro tanto* reason for *Fing* isn't, on this occasion, a reason at all, given that *Fing* isn't what one ought to do. On this proposal, then, real normative reasons are only those considerations that actually explain an ought, not ones that *could* have explained it if only others considerations weren't in place.

For example, the fact that I'd love to eat this piece of cake seems to be a *pro tanto* reason to eat it. Suppose, however, that it's actually the case that I ought not to eat it since it belongs to you. Thus, the fact that I'd love to eat it isn't, on this occasion, a reason at all. It isn't that the consideration is *outweighed* by the fact that the cake belongs to you; rather, it lacks normative weight altogether (on this occasion).

A consequence of this way of fixing the tension I identified in Broome's account is, of course, that Broome would have to ditch the idea of normative *weighing* explanations of oughts. This move

<sup>26</sup> Broome's full definition of a *pro tanto* reason explicitly states that considerations on the losing side of a normative weighing explanation are *pro tanto* reasons. The relevant bit reads as follows: "A *pro tanto* reason for *N* to *F* is something that plays the for-*F* role in a weighing explanation of why *N* ought to *F*, or in a weighing explanation of why *N* ought not to *F*" (ibid 53, italics added). If a consideration favors *Fing* in the context of a weighing explanation of why *N* ought not to *F*, then it's clear that that consideration is on the losing side of the explanation, and yet, according to Broome's definition, it's a *pro tanto* reason nevertheless.

FERNANDO RUDY HILLER

isn't without precedent, however. Christine Korsgaard<sup>27</sup> advances a model of practical deliberation similar to the one I just described precisely as a way of rejecting what she calls 'the weighing model'. In Korsgaard's view, practical deliberation doesn't consist in marshaling considerations for and against a certain course of action and then weighing them in order to determine what one ought to do; rather, it consists in testing one's 'maxim', which incorporates the considerations that *apparently* favor the proposed action, against the universalizability test of the categorical imperative. Korsgaard claims that if a maxim fails this test, then every considerations that *seemed* to favor the proposed action "is not merely outweighed —rather, it is not a reason at all".<sup>28</sup>

So at least there is precedent if Broome wanted to argue that only considerations that actually explain an ought —that is, only *pro toto* reasons— are truly normative reasons and thus rejected the notion of normative weighing explanations. But I take it that he would be reluctant to follow this route. For one, he briefly considers and tentatively rejects the suggestion that moral theories that give pride of place to "rigid deontic rules" show that some deontic facts lack normative weighing explanations.<sup>29</sup> Also, and more importantly, Broome is firmly committed to the idea that what he calls 'the central ought' is determined by the interaction of normative requirements stemming from morality, prudence, self-interest, etc., each of which constitutes (at least sometimes) normative *pro tanto* reasons.<sup>30</sup> So he can't reject the notion of a *pro tanto*

<sup>27</sup> Korsgaard Christine, *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity* (Oxford 2009).

<sup>28</sup> *ibid* 51. Korsgaard thus implicitly rejects the notion of a *pro tanto* reason. In fact, in the previous page she attributes the notions of *prima facie* or *pro tanto* reasons to those philosophers who adhere to the weighing model.

<sup>29</sup> Broome (n 1) 58-9.

<sup>30</sup> Broome writes: "The requirements of normative sources, taken together, determine what you ought to do" (n 1) 128. And "to say a requirement on you to *F* is normative is to say that the requirement constitutes a reason for you to *F*" (27). It's true that Broome allows for the possibility that the reason in question isn't a *pro tanto* one; for instance, it might be the case that reasons stemming from moral requirements 'dominate' all others and so aren't *pro tanto*, but *pro toto*. Still, it's

## BROOME ON REASONS

reason altogether. For, if (apparent) *pro tanto* reasons weren't normative in themselves, then how could it be that a number of them determined what one ought to do? In other words, how could an ought resulting from a weighing explanation be normative if its components—one or more *pro tanto* reasons—aren't normative themselves?<sup>31</sup>

Therefore, Broome seems to be at the same time unable to shed the notion of a *pro tanto* reason and unable to give a satisfactory account of it. I don't see how Broome could avoid this tension without adopting a very different model of practical deliberation or without embracing a primitivist view about reasons.

## III. CONCLUSION

I will conclude by briefly asking whether Broome's larger project in *Rationality through Reasoning* is challenged if we accept my arguments and thus accept that his characterization of reasons is inadequate. In the introduction to his book, Broome tells us that its overarching project is to answer 'the motivation question'. What Broome attempts to find out is how one can motivate oneself to intend something when the starting point is a belief about what one ought to do. In a nutshell, Broome's answer is that one can come to form the intention to *F* when one believes one ought to *F* by complying with a requirement of rationality he calls 'Enkrasia' which, roughly, requires one to either form the corresponding intention or abandon the cited belief. And although it often happens that one automatically complies with this requirement, one can actively come to satisfy it by reasoning one's way to the required intention starting only

implausible to think that *all* normative sources issue only dominating reasons, and this is why Broome seems to be committed to the idea that normative sources issue (at least sometimes) normative *pro tanto* reasons, which then interact in weighing explanations to yield the central ought. I thank professor Broome for his observations in this regard.

<sup>31</sup> Dancy raises a similar concern: "The question has to be whether *pro tanto* reasons, as [Broome] understands them, have the sort of normativity that they need if they are to be able to generate normative oughts" (n 2) 185.

FERNANDO RUDY HILLER

from a belief about what one ought to do and a belief about the thing in question being up to one.<sup>32</sup>

Is Broome's answer to the motivation question compromised in some way by the arguments I have offered here? I don't think so. Even if I'm correct that *pro tanto* reasons can't be defined in terms of normative weighing explanations, that seems to have nothing to do with Enkrasia being a genuine requirement of rationality or with enkratic reasoning being genuine and correct reasoning.

One might think that my arguments are more relevant for the issue of how normative requirements coming from different normative sources determine what one ought to do on each occasion. But even here the shortcomings of Broome's account of reasons produce limited damage. As I hinted above, in order to preserve his picture about how normative requirements determine oughts, Broome definitely can't do without *pro tanto* reasons. So the right thing for him to do is, I suggest, simply to postulate (as he does) that normative sources issue normative *pro tanto* reasons but abandon the project of trying to define reasons in terms of weighing explanations of oughts. He can still say that reasons explain oughts, but he has to give up the ambition of capturing the normativity of *pro tanto* reasons in terms of explanation. The suggestion is that Broome can embrace a sort of primitivism about reasons without sacrificing the main themes of his book.

This doesn't mean, however, that the arguments I have given here are irrelevant. For if one important attempt to avoid primitivism about reasons is shown to be unworkable, that provides indirect evidence in favor of the primitivist position.<sup>33</sup>

#### IV. REFERENCES

Broome J, *Rationality through Reasoning* (Wiley Blackwell 2013).

<sup>32</sup> Broome calls this type of reasoning 'Enkratic reasoning' and describes it in chapter 16 of *Rationality through Reasoning*.

<sup>33</sup> I thank professor Broome for his comments to a previous version of this paper.

BROOME ON REASONS

- Crisp R, "Keeping Things Simple" in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015).
- Dancy J, "Reasons for Broome" in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015).
- Hirose I & Reisner A (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015).
- Kearns S and Star D, "Weighing Explanations" in Hirose Iwao and Reisner Andrew (eds), *Weighing and Reasoning: Themes from the Philosophy of John Broome* (Oxford University Press 2015).
- Korsgaard C, *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity* (Oxford 2009).



## On the Scope, Jurisdiction, and Application of Rationality and the Law\*

### *Sobre el alcance, la jurisdicción y la aplicación de la racionalidad y el derecho*

Daniel FOGAL\*\*

SUMMARY: I. *Introduction: Two Dimensions of Rational Evaluation.* II. *The Existence and Nature of Structural Requirements.* III. *The Scope of Structural Requirements.* IV. *The Jurisdiction of Structural Requirements.* V. *An Improved Narrow-Scope View.* VI. *An Improved Wide-Scope View.* VII. *Conclusion.* VIII. *References.*

\* Artículo recibido el 15 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 21 de noviembre de 2017.

\*\* New York University. It is a great privilege to contribute to this issue of *Problema* in honor of John Broome. John was one of my earliest philosophical influences while in graduate school, and much of his work on reasons and rationality has formed the basis of my own, including my dissertation. Although over time my thinking has come to diverge from his in various ways, there remains considerable overlap both in substance and in overall sympathies. I have also benefited from getting to know John personally over the past few years. He is someone I consider to be a model philosopher in almost every respect—he is clear, rigorous, honest, creative, curious, generous, systematic, and sensitive to nuance. Suffice it to say, my debts to John are extensive. I also want to express my thanks to Juan Vega Gomez for organizing the Broome workshop at UNAM, to Jim Pryor for his influence as my dissertation advisor, and to participants at the workshop for feedback.

DANIEL FOGAL

## I. INTRODUCTION: TWO DIMENSIONS OF RATIONAL EVALUATION

It is increasingly common to distinguish two distinct strains in our ordinary thought and talk about rationality. In one sense, rationality is a matter of correctly responding to the reasons one has.<sup>1</sup> For our attitudes —i.e., our beliefs, intentions, preferences, and the like— to be rational in this sense is for them to be justified or reasonable.<sup>2</sup> Call this *substantive rationality*. In another sense, however, rationality is a matter of coherence, or having the right structural relations hold between one's attitudes, independently of whether those attitudes are reasonable or justified. The relevant notion of coherence is a broad one, and a broadly normative one, encompassing a range of different combinations of attitudes that intuitively clash, or fail to properly "fit" together, where the lack of fit needn't involve any logical inconsistency in contents. Call this *structural rationality*.<sup>3</sup>

Suppose, for example, that you meet someone who claims to be Superman. Suppose further that this person is perfectly sincere —he does, in fact, believe that he's Superman.<sup>4</sup> It should be obvious that something has gone wrong. Among other things, he has an unjustified belief —one that flies in the face of all the evidence. But suppose you also find out that despite believing that Superman can fly ("It's one of his greatest powers", he says), he lacks confidence in his own ability to fly ("I gave up trying after my third broken leg"). Once again it should be obvious that something has gone wrong. Not only does he have an unjustified belief, he's also incoherent in failing to believe the obvious consequences of other things he believes.

However, the second failing is interestingly different than the first, as evidenced by the seemingly paradoxical way we're prone to

<sup>1</sup> What exactly the reasons one "has" are, and what it takes to have them, are matters of contention, though it is generally assumed they are constrained or determined by facts about one's perspective.

<sup>2</sup> My use of 'attitudes' is restricted to contentful mental states that are apt candidates for rational assessment. It is thus intended to exclude states, such as bodily sensations and perceptual experiences, that may play a justificatory role without themselves being assessable as rational or irrational, justified or unjustified, etc.

<sup>3</sup> Cf. Scanlon (2007), who draws a related, but different, distinction.

<sup>4</sup> This particular example is indebted to Jim Pryor.

describe what's going wrong with the subject —call him 'Tom'.<sup>5</sup> On the one hand, it seems right to say that you should believe the obvious consequences of other things you believe, and so there's a clear sense in which, given his other beliefs, Tom should believe that he can fly. On the other hand, one shouldn't believe something in the face of overwhelming evidence to the contrary, and so there's also a sense in which Tom should *not* believe that he can fly. We're thus faced with the puzzle of wanting to say both of these things —namely, that Tom should believe he can fly, and that he should not.

Similar examples involving strict means-end incoherence arise in the practical realm. Setiya (2007) offers the following story —inspired by Rawls (1971)— to illustrate the “problem of instrumental reason”:

Imagine that I embark upon on a thoroughly irrational project: I intend to count the blades of grass in my garden... Despite my intention, however, I do not take what I know to be the necessary means. Even though I see that I have no chance to complete the enumeration unless I keep track of how many blades of grass I counted [and] where I counted them, I can't be bothered with bookkeeping. So, every morning, I am forced to start again [and never] complete the count. (650)

As before, there are at least two things going wrong with such a subject —call her 'Jane'. On the one hand, given her goal it seems clear that Jane should be keeping track of the blades she's counting. But on the other hand, Jane shouldn't be counting grass in the first place, and so shouldn't be keeping track of them. Again we're faced with the puzzle of wanting to say both of these things —namely, that Jane should take the necessary means to her end, and that she shouldn't.

Of course, seemingly conflicting 'should'-judgments aren't always puzzling. The demands of morality, for instance, regularly conflict with the demands of self-interest, and there's nothing especially mysterious about the clash. What's interesting about cases like Tom and Jane is that the 'should'-judgments are both naturally understood as claims about what the *rational response* is in a given

<sup>5</sup> This way of setting up the contrast is indebted to Setiya (2007).

DANIEL FOGAL

situation. To not believe the obvious consequences of other things you believe seems to constitute a *rational* failing, as does believing something in the face of overwhelming evidence to the contrary. The same goes for not intending the means necessary to one's end, and intending to do something you have no good reason to do.

It should be clear that we've hit upon a pattern, and that the foregoing observations generalize beyond the cases of deductive and means-end incoherence, both of which are extreme examples of an otherwise pervasive phenomenon —one arising whenever there is a conflict or lack of fit between one's mental states or attitudes, where at least one of them is unreasonable or unjustified (I'll be using 'attitudes' in an artificially broad way to cover both the presence and *absence* of attitudes). This includes not just beliefs and intentions, but also hopes, fears, concerns, suppositions, worries, preferences, regrets, and the like. I might realize it's more important to get a good night's sleep than to stay up late and read the news, and yet prefer to continue reading. I might be deeply concerned about the consequences of smoking, and yet still intend to smoke. I might know that spiders are mostly harmless, and yet still be afraid of them. It's possible for apparently conflicting 'should'-judgments to arise in cases like these, too. But since it's clearest (and least controversial) in the case of beliefs and intentions, I'll focus on them in what follows.

Although there are various possible responses to the puzzle above, I think we should take appearances at face value: there appear to be two dimensions of rational evaluation because there *are* two dimensions of rational evaluation. As noted at the outset, while in one sense being rational is (roughly) a matter of one's attitudes being justified or reasonable, in another sense being rational is a matter of one's attitudes being coherent. The former is *substantive rationality*, the latter is *structural rationality*.

It's worth emphasizing up front that the substantive/structural distinction is *not* intended to be an "objective"/"subjective" or "external"/"internal" distinction. For one thing, if reasons are understood objectively —i.e., as relative to all the facts and not epistemically constrained in any way— then it's doubtful there's any sense of 'rationality' that requires one to respond correctly to them.

ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

There's no sense of 'irrational', for example, in which it's irrational for Bernard Williams' (1981) gin-and-tonic-lover to drink from the glass that appears to contain gin-and-tonic but in fact contains petrol, even though the latter fact is a decisive reason (in the objective sense) to not take a drink.<sup>6</sup> It's only when we focus on reasons that are in some way constrained or determined by one's perspective that the notion of rationality as reasons-responsiveness becomes plausible. What's more, it's perfectly possible to take facts about both structural *and* substantive rationality to supervene on facts about our non-factive mental states, and hence be an internalist about both, while nonetheless insisting that they differ. Experiences and facts about certain mental processes, for example, might make a difference to substantive rationality (as, say, sources of justification) without making a difference to structural rationality, and facts about "mere" attitudes on their own might make a difference to structural rationality without making a difference to substantive rationality. Indeed, this is how I myself conceive of the difference. In general, though, anyone is who not a pure coherentist about reasons and/or justification should be able to recognize the difference between a justified attitude and a merely coherent one, and that 'rational' is naturally used to characterize both.<sup>7</sup>

The distinction between substantive rationality and structural rationality is at least latent in the writings of various philosophers, though there's no consensus on how exactly it is to be drawn. Some bestow the honorific title of 'rationality' on just structural rationality, opting for another label to denote substantive rationality, while others prefer the reverse. I prefer to distinguish between two dimensions of broadly rational evaluation. In doing so I don't intend

<sup>6</sup> Thanks to Alex Worsnip (p.c.) for encouraging me to emphasize this point.

<sup>7</sup> For further elaboration, see Worsnip (this volume). Note that I'm not assuming that facts about coherence are transparent or "luminous" to one, even upon reflection. Our introspective judgments are highly fallible, and we can be wrong or misled about our attitudes just like we can be wrong or misled about factual matters in general, including facts about our reasons and what they support. So although facts about coherence are internal in the sense of having to do with (relations between) one's mental states or attitudes, they needn't be internal in the sense of being immediately introspectively accessible.

DANIEL FOGAL

to be taking a stand on how exactly they're related, other than being distinct. The main motivation is instead methodological. For given that our pre-theoretic use of 'rational' and its cognates fails to reliably discriminate between facts about coherence and facts about reasonableness, and given that there's a need to distinguish the two—a conspiracy theorist, for instance, might have a set of beliefs that is quite coherent but far from justified—it's useful to adopt terminology that demands unqualified judgments concerning rationality be disambiguated. Doing so will put us in a better position to accurately handle our (and others') otherwise slippery judgments concerning what the "rational" response is, or would be, in a given situation, as well as what the ingredients are that determine the answer.

Not everyone agrees, of course. Indeed, many are simply insensitive to the apparent distinction between reasons-responsiveness and coherence, and proceed on the assumption that our use of 'rationality' and its cognates is univocal. But even among those who are sensitive to it, not everyone takes it to be theoretically significant. Some argue that, contrary to appearances, only one dimension of rational evaluation is genuine, or genuinely significant. Whereas some deny (or at least doubt) the rational significance of coherence as such, and hence deny structural rationality, others deny the rational significance of reasons as such, and hence deny substantive rationality. Still others offer theories that can be seen as attempting to provide a single, unified account of our judgments of (ir)rationality.<sup>8</sup>

Although I myself take the distinction between substantive and structural rationality to be genuine, and genuinely significant, Broome does not.<sup>9</sup> Indeed, he equates structural rationality with ra-

<sup>8</sup> Unifiers include Schroeder (2014b) and Wedgwood (2017). Deniers of structural rationality include Lord (2014b) and Kiesewetter (2017), with Kolodny (2005, 2007, 2008) as a partial denier—he argues against "requirements of formal coherence as such" but grants the existence of enkratic-like requirements. The most prominent denier of substantive rationality is Broome (2004, 2013), though see footnote 9.

<sup>9</sup> Others who explicitly draw (something like) the substantive/structural distinction and take it to be theoretically significant include Worsnip (2018, this volumen) and Pryor (2018).

ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

tionality *full stop*.<sup>10</sup> Denying the *rational* significance of reasons (as opposed to, say, our *beliefs* about reasons) is nonetheless compatible with granting their *normative* significance, as Broome does.<sup>11</sup> Fortunately, however, I'll be able to side-step the controversy over substantive rationality since I'll be focusing exclusively on structural rationality in what follows. The distinction between substantive and structural rationality is nonetheless important insofar as it helps clarify the intended topic and avoid possible misunderstandings, given that the ordinary use of 'rational' and its cognates is insufficiently discriminatory.

Again, the focus in what follows will be on structural rationality. The main goal will be to introduce and clarify Broome's preferred "wide-scope" view and propose a modification of it that avoids recent objections. The modified wide-scope view is one that builds on the insights of Broome's large body of work—represented most fully in his *Rationality Through Reasoning* (2013)—while enjoying additional benefits besides, and it is inspired by the analogy with the law that Broome (and others) stress.

The plan is as follows. I begin by introducing the debate over the existence and nature of structural requirements (Section 2). I then turn to the debate over the so-called "scope" of structural requirements and clarify it by distinguishing three separate debates that can be—and have been—confused (Section 3). Next I explain the distinction between the *jurisdiction* of a given requirement and its *conditions of application* (Section 4) and use it to construct modified versions of both the "narrow-scope" and "wide-scope" views (Section 5 and Section 6, respectively). I conclude, however, on an uncertain note: though the modified views may represent progress, it becomes unclear where the debate is supposed to continue from here (Section 7).

<sup>10</sup> This claim is complicated by Broome's apparent willingness to grant that rationality requires more than just coherence, at least in certain cases. He grants, for example, that there are "one or more requirements connect a belief that you ought to F with your evidence that you ought to F", but he doesn't try to specify them in the book (140).

<sup>11</sup> For Broome's influential and insightful account of reasons, see his (2004; 2013, Ch. 4).



DANIEL FOGAL

## II. THE EXISTENCE AND NATURE OF STRUCTURAL REQUIREMENTS

The debate over the nature of structural rationality starts with the observation that which attitudes we actually have —whether or not they're justified— make an intuitive difference concerning what other attitudes it's structurally rational, or coherent, for us to have. (For ease of expression, I'll often drop the 'structural(ly)' qualifier in what follows, though for the sake of clarity it will occasionally re-appear.) More than merely making a difference, however, it seems that you can be *rationally committed* to having certain attitudes given that you have certain other attitudes, in such a way that you will definitely do something wrong or exhibit a rational failing if you have the latter without having the former. Similarly, it seems that you can be *rationally prohibited* from having certain attitudes given that you have other attitudes, in such a way that you will definitely do something wrong or exhibit a rational failing if you have the former attitudes while also having the latter.

For this reason, many philosophers find it natural to think of the domain of structural rationality as corresponding —at least in part— to a distinctive set of *rules* or *requirements* that mandate or prohibit certain combinations of attitudes.<sup>12</sup> The basic idea is that for each kind of incoherent combination of attitudes there is a corresponding rule or principle prohibiting it, and that what's wrong with incoherent agents is that they violate these principles, just as for each kind of illegal action there is a law that prohibits it, and in virtue of which actions of that kind are illegal.<sup>13</sup> Suppose that Jill steals Jack's bike. What Jill did was illegal. But why exactly? Subtleties aside, the answer is clear: Jill took Jack's bike without his permission, and there's a law that prohibits taking others' property without their permission. If there hadn't been a law prohibiting theft, then although what Jill did may have been immoral, it wouldn't have been illegal.

The requirements of structural rationality are supposed to play an analogous role: just as laws explain why particular actions are legal

<sup>12</sup> Cf. Broome (1999, 2007, 2013), Schroeder (2013), and Way (forthcoming).

<sup>13</sup> Morality is sometimes thought to be constituted by certain rules or principles as well. See Broome (2007b; 2013, Ch. 7) for general discussion of requirements.



ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

or illegal, so structural requirements are supposed to explain why particular (combinations of) attitudes are rational or irrational. Tom, above, is irrational. But why exactly? According to the present line of thought, it's because he fails to believe the obvious consequences of other things he believes, and there's a requirement that prohibits him (and us) from doing so. Standard examples of structural requirements include consistency requirements (in imperative form: don't believe contradictions! don't intend incompatible things!), instrumental or means-end requirements (intend the means you take to be necessary to your ends!), closure requirements (believe the obvious consequences of other things you believe!), and enkaptic requirements (intend to do what you believe you ought to do!). As these examples illustrate, candidate structural requirements involve cognitive attitudes like belief and practical attitudes like intentions, as well as combinations of cognitive and practical attitudes.<sup>14</sup> Call this the *requirements-based account* of structural rationality.

I say 'requirements-based' since the focus in what follows will be on structural requirements. But a more apt term would be 'rule-' or 'principle-based', since requirements are only one type of rule or principle. There may also be principles of permission, for instance.<sup>15</sup> Although requirements and permissions differ in normative strength, they are alike in being essentially "threshold-y" or "all-or-nothing" affairs, and hence importantly unlike "gradable" or "quantitative" normative notions such as value, justification, and reason, all of which come in degrees. That is, whereas it doesn't make sense to say of some action-type or state of affairs *A* that it is more required/permitted than *B*, it *does* make sense to say that *A* is more valuable/justified/well-supported than *B*, or that you have more reason/justification to *A* than to *B*. Of course, some rules may be more important, or ranked higher, than others, and hence take precedent in cases of conflict. But to say that rules admit of hierarchical relationships, such as rankings,

<sup>14</sup> Moreover, just as there are requirements governing "full" or "outright" attitudes like belief and intention, so there requirements governing "partial" or "graded" attitudes like credence and partial intention. Following Broome, however, my focus will be on the former.

<sup>15</sup> Cf. Broome (2013, Ch. 10) on "basing" permissions.

DANIEL FOGAL

is not to say that rules themselves come in degrees. Rank-ability is not gradability.

Broome (1999, 2004, 2007, 2013) is the most prominent and influential proponent of a requirements-based (or, more generally, rules-based) conception of structural rationality, though many others have followed his lead in taking talk of structural requirements seriously. Structural requirements, in the relevant sense, are supposed to be *more* than mere necessary conditions for being fully rational, and in at least two ways. First, it's not enough that a subject fails to be fully rational whenever the requirements aren't met; the requirements, when violated, are supposed to guarantee something more —namely, irrationality. Unlike mere necessary conditions, then, structural requirements state conditions the failure of which to obtain guarantees the having of a negative evaluative property —namely, being irrational— rather than just the lack of a positive one —namely, being rational. And we obviously shouldn't conflate being irrational with merely not being rational. Rocks and trees fail to be rational, but they're not thereby *irrational*. They're *a-rational* —they lack the relevant sort of complex capacities needed in order for them or their states to be apt candidates for rational evaluation.<sup>16</sup> Second, the requirements are supposed to state conditions such that agents who fail to meet them are irrational *in virtue of* doing so —i.e. in virtue of violating the requirement. Violating a requirement doesn't merely *guarantee* that you're irrational: it *explains why* you're irrational.<sup>17</sup> The same goes for compliance: just as it is in virtue of violating such requirements that agents are irrational, it is in virtue of complying with them that they are rational.

<sup>16</sup> In general, if *C* is a necessary condition for being rational, then although it follows that not-*C* is a sufficient condition for *not* being rational, it doesn't follow that not-*C* is a sufficient condition for being *irrational*.

<sup>17</sup> Some philosophers are only concerned with what rationality “requires” in the weak, property sense. See, for example, Titlebaum (2013, 2015) and Easwaran and Fietelson (2015). Note, however, that for each non-trivial necessary condition proposed, there's a further question to be answered —namely, *why* is it a necessary condition? What explains its (non-trivial) status as necessary?

## ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

Different authors express this point in different ways. Broome, for instance, distinguishes between two senses of ‘requires’ and its cognates: a weaker “property” sense and a stronger “source” sense. As he puts it:

The first appears in constructions where its subject denotes a property: ‘Beauty requires hard work’; ‘Staying healthy requires you to eat olives’; ‘Success in battle requires good horses’; ‘Crossing the Rubicon required determination’... [The second appears in] constructions [where] the subject of ‘requires’ denotes a person or thing that has some sort of real or presumed authority: ‘The minister requires the ambassador’s presence’; ‘The law requires you to drive carefully’; ‘The bill requires payment’; ‘Fashion requires knee-length skirts’; ‘My conscience requires me to turn you in’ (2013: 109).

He thinks the most interesting questions concern what rationality requires in the source sense, not the property sense. In a similar vein, Jonathan Way (forthcoming) draws a distinction between stronger and weaker senses in which one might be “rationally required” to do something:

In [a] weak sense, to say that you are rationally required to do A is to say that doing A is a necessary condition of being fully rational. However, [there’s] a stronger sense in which [it might be thought that] rationality requires coherence. What, we might ask, explains why [deductive] incoherence and means-end incoherence are irrational? A natural answer is that there are *rules* or *principles* which require you to be closure and means-end coherent... If you have an incoherent combination of attitudes you are irrational *because* you violate a rational requirement.

Schroeder (2013) agrees, and takes his own talk of the “rules” of rationality to be equivalent to Broome’s notion of a source requirement:

[Y]ou count as (having the property of being) irrational in virtue of breaking one or more of the rules (source requirements) of rationality, and [the debate concerns] which rules (source requirements) you are breaking... when you have inconsistent beliefs, are akratic or means-end

DANIEL FOGAL

incoherent, or fail to draw the obvious consequences from your other beliefs (299).

I'm emphasizing the law-like status of the requirements (or "rules") of structural rationality for two reasons. The main reason is that the positive proposal in Section 6 crucially depends on taking the analogy with the law seriously. The second reason is to make clear just how substantive it is. Although the assumption that structural rationality bottoms out (at least in part) in strict law-like requirements is widespread, it's not obligatory. It may be, for example, that the nature of structural rationality is better understood in terms of something more *pro tanto* and gradable, and hence as more akin to the normative notions standardly associated with substantive rationality (reason, justification) than the law (requirements, permissions). As a matter of fact, that's where my own sympathies lie.<sup>18</sup> But for the purposes of this paper I'll be sticking with orthodoxy in assuming a requirements-based view.

Despite the (near-)consensus concerning the explanatory, law-like status of rational requirements, there is consensus about little else. Besides the question of their explanatory status, other questions include ones concerning their *content* (what exactly is required?), *scope* (do the requirements mandate or prohibit particular attitudes, or instead only particular combinations of attitudes?), *source* (how do such principles arise, and from how do they get their authority?), *jurisdiction* (who do the requirements apply to, and under what conditions?), *extent* (do they typically involve a relatively small number of possible attitudes, and hence "local", or instead larger groups of attitudes?), *temporal nature* (are they synchronic or diachronic?), and *normative status* (in what sense, if any, ought we to comply with them?).

Although each of these issues is important, it's the question of "scope" that has received the most attention.<sup>19</sup> I'll consider that next, before turning to the question of jurisdiction.

<sup>18</sup> Cf. Fogal (ms), Pryor (2004, 2018).

<sup>19</sup> I won't be addressing the questions of content, source, extent, temporal nature, and normative status at any length. I will, however, be assuming that the

### III. THE SCOPE OF STRUCTURAL REQUIREMENTS

Two importantly different issues have been traditionally conflated in the debate over the “scope” of structural requirements. (We’ll consider a third in due course.) The first issue —as indicated above— concerns whether structural rationality requires one to have particular attitudes (at least under certain conditions), or instead is exclusively concerned with mandating or prohibiting *combinations* of attitudes. For example, if you intend an end  $E$  and believe that in order to achieve  $E$  you have to take means  $M$ , does it follow that you are rationally required to intend  $M$ ? Or are you merely required, at all times and irrespective of your other attitudes, to not have the following combinations of attitudes: intending  $E$ , believing that  $M$  is a necessary means to  $E$ , and not intending  $M$ ? Similarly, if you believe that you ought to  $\phi$ , does it follow that you are rationally required to intend to  $\phi$ ? Or are you merely required, at all times and irrespective of your other attitudes, to not have the following combinations of attitudes: believing that you ought to  $\phi$  and not intending to  $\phi$ ? In each case, “narrow-scopers” think that the first claim is the intuitively correct one, whereas “wide-scopers” opt for the second. Call this the *scope debate*.

The second issue concerns the proper interpretation of certain natural language conditionals containing modal expressions like ‘ought’ and ‘requires’, such as ‘If you believe you ought to  $\phi$ , then you ought (or are required) to intend to  $\phi$ ’. To distinguish this from the scope debate, I’ll call this the *Scope debate*. In brief, the Scope debate arises because conditionals containing modals are traditionally assumed to be *scope ambiguous*, having one interpretation which can be formally represented as:

*Wide*  $O(C1 \Rightarrow C2)$

and the other of which can be formally represented as:

*Narrow*  $C1 \Rightarrow O(C2)$

requirements at issue are synchronic and “local” in nature.

DANIEL FOGAL

where ‘ $\Rightarrow$ ’ is a two-place conditional operator, ‘ $O$ ’ is a one-place modal operator representing ‘ought’ or ‘requires’, and ‘C1’ and ‘C2’ are the relevant conditions (e.g. an agent’s having certain attitudes).<sup>20</sup> The Scope debate thus concerns the interpretation of certain (intuitively true) conditionals: should the modal operator be interpreted as taking “narrow scope” relative to the conditional operator (a lá Narrow) or instead “wide scope” (a lá Wide)?

It’s the (non-linguistic) scope debate that is of central importance, though it has often been wrongly conflated with the (linguistic) Scope debate.<sup>21</sup> It’s an easy mistake to make. Structural rationality, after all, is fundamentally a matter of how one’s attitudes relate to each other—of how they “fit” or “hang” together—and conditionals give us a natural way of expressing claims about such relations. In particular, conditionals allow us to express claims about which attitudes are rationally required *given certain other attitudes*, and thereby give voice to our intuitive judgments of proper and improper fit between them—the very judgments that prompt theorizing about structural rationality in the first place.

Nonetheless, it’s increasingly recognized that the Scope debate rests on a dubious assumption. In particular, the Scope debate proceeds on the traditional philosophical assumption that conditionals are to be formally represented using a two-place conditional operator ( $\Rightarrow$ ) that takes a pair of propositions and forms a conditional proposition, in much the same way that clauses joined by ‘and’/‘or’ are formally represented using two-place operators ( $\wedge/\vee$ ) that take a pair of

<sup>20</sup> For versions of this claim, see Broome (2013), Brunero (2010), Dancy (1977), Greenspan (1975), Gensler (1985), and many others. (It bears obvious similarity to the Medieval distinction between *necessitas consequentiae* and *necessitas consequenti*—cf. Aquinas, *Summa contra gentiles* I.67.) Schroeder (2004, 2011) notes the widespread tendency to posit ambiguity, but he resists the trend by arguing that the relevant ‘ought’ is not a sentential operator and so is incapable of entering into the relevant scope relations. Although Schroeder is right to deny the ambiguity, he’s right for the wrong reasons—the ambiguity claim rests on an implausible view of ‘if’, not ‘ought’. For a development of the standard “flexible contextualist” account of ‘ought’ and other modals that can accommodate Schroeder’s data, see Hacquard (2010) and Kratzer (2012).

<sup>21</sup> Lauer and Condoravdi (2014) and Worsnip (2015) also make this point and are careful to separate the two issues.

propositions and form a conjunction/disjunction.<sup>22</sup> Call this *the operator view*. It's because the operator view takes 'if' to denote a two-place conditional operator that question of relative scope arises whenever there's a co-occurring modal.

Although the operator view is still accepted by many logicians and philosophers, it is widely rejected by linguists. The dominant alternative —commonly known as *the restrictor view*— involves a fundamental re-thinking of the compositional structure of conditionals: rather than denoting a two-place conditional operator, 'if' functions as a device for restricting the domains of nearby operators. The restrictor view was first introduced by Lewis (1975) to handle conditionals containing adverbs of quantification ('usually', 'always', etc.), and subsequently generalized to other conditionals by Kratzer (1977, 1981, 2012). The basic idea behind the restrictor view is that just as in sentences like

(1) *All/Most/Some* men smoke

the common noun ('men') restricts the domain of the quantifier ('all'/'most'/'some'), so that it only ranges over (in this case) men, so in conditionals like

(2) If you believe it's going to rain, you *usually/always/sometimes/may/must/ought/are required* to carry an umbrella.

the antecedent ('you believe it's going to rain') restricts the domain of the co-occurring quantificational operator, which is what adverbs like 'usually'/'always'/'sometimes' and modals like 'may'/'must'/'ought'/'required' are standardly analyzed as. As a result, the consequent clause ('you carry an umbrella') is only evaluated with respect to the restricted set of possibilities where the antecedent is true (i.e. you believe it's going to rain). Thus, a claim of the form 'If you believe it's going to rain, you usually carry an umbrella' will be true (very roughly) just in case most situations in which you believe it's going to rain are situations in which you carry

<sup>22</sup> Bennett (2003), for instance, simply *defines* conditionals as any sentence involving a two-place conditional operator.



DANIEL FOGAL

an umbrella. And a claim of the form ‘If you believe it’s going to rain, you ought to carry an umbrella’ will be true just in case the normatively best, or “highest ranked”, situations in which you believe it’s going to rain are those in which you carry an umbrella.

Accordingly, whereas philosophers have traditionally assumed conditionals containing modals have the following bipartite logical form, where *O* is a unary operator and *conn* is a two-place connective (e.g. &, v,  $\Rightarrow$ ):

$$O(R \text{ conn } P)$$

Kratzer and company think they are better analyzed as having following tripartite logical form, where *O* is a binary operator, *R* is a (possibly tacit) domain restriction, and *P* is the prejacent (roughly: the consequent minus the modal):

$$(O: R)(P)$$

As Kratzer (2012) famously puts it:

The history of the conditional is the story of a syntactic mistake. There is no two-place *if... then* connective in the logical forms for natural languages. *If*-clauses are devices for restricting the domains of operators. (106)

The upshot for the Scope debate is clear: assuming the restrictor view is true, *there is no conditional operator* concerning which the question of relative scope (Wide vs. Narrow) makes sense.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Slightly more carefully, we should distinguish the *semantic* thesis that ‘if’-clauses are devices for restricting the domains of various operators from the *syntactic* thesis that there is no two-place conditional operator in the logical forms of natural languages. Taken together they constitute what I’m calling the restrictor view. But even if in practice they tend to go together, in principle they’re separable. For it’s possible for the semantic thesis to implemented in a variety of ways, including with a two- (or three-) place operator. Importantly, however, none of the possible (and plausible) implementations I’m aware of will be of help to the wide-scooper, since they don’t allow for *semantically significant* scope distinctions to arise. (If they did they’d give rise to false predictions.) In a nutshell, that’s because the operators are ones that *operate on the relevant modal*, and hence don’t have the kind of



ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

This isn't the end of the story, however. For there's *another* sense in which the restrictor view might be considered a "narrow scope" view, linguistically speaking, rather than being neither narrow nor wide. Consider, for instance, the English sentence 'If you believe you ought to  $\phi$ , then you're required to intend to  $\phi$ '. Following Worsnip (2015), we might say that a semantic interpretation is "wide scope" in this other sense—let's call it *wide-scope\**—if, according to it, what the sentence says is required of you is a disjunction of attitudes (e.g. intending to  $\phi$  or not believing you ought to  $\phi$ ), and that a semantic interpretation is *narrow-scope\** if, according to it, what the sentence says is required of you is a particular attitude (e.g. intending to  $\phi$ ).<sup>24</sup> The restrictor view would then say that the correct interpretation of the sentence above is *narrow-scope\**: the sentence says you're required to intend to  $\phi$ , where the interpretation of 'required' is restricted (per the restrictor view) to situations in which you believe you ought to  $\phi$ .<sup>25</sup> This is the sense in which Worsnip takes the restrictor view to be a "narrow-scope" view—one that he then seeks to reconcile with the *non*-linguistic wide-scope view he (along with Broome) favors.

This raises an important, and more general, issue. For once the philosophical and linguistic issues are clearly distinguished, the question arises as to how they interact. It would be rather surprising—and indeed discomfiting—if one's theory of structural rationality turned out to be utterly disconnected from our ordinary judgments concerning it, many of which come clothed as conditionals. Our ordinary judgments, after all, are what prompt theorizing about structural rationality in the first place, and their truth—or at least apparent truth—is part of the data that ultimately needs to be explained. Accordingly, for any theory of structural rationality to be complete, it must provide a story connecting theory and practice, with the plausibility of the theory depending (in part) on the plausibility of the story told.<sup>26</sup> In this way, our

independence from the modal needed in order to enter into scopal relations with it.

<sup>24</sup> Thanks to Alex Worsnip (p.c.) for prompting this clarification and providing this gloss.

<sup>25</sup> This is of course compatible with *other* sentences being correctly interpreted as wide-scope\*—e.g., ones where what follows 'requires' is a disjunction.

<sup>26</sup> This is what Worsnip (2015) tries to do. The narrow-scooper could offer a similar story.

DANIEL FOGAL

ordinary judgments concerning structural (ir)rationality are properly considered as common ground among, as well as data to be explained by, competing theories of structural rationality.

The good news is that for present purposes we can bypass the linguistic Scope (and scope\*) debate and focus squarely on the philosophical scope debate by *not* formulating the relevant structural requirements using natural language conditionals ('if's). For example, one standard way of representing the competing views of the requirement concerning means-end (ME) coherence is as follows, where ' $\rightarrow$ ' denotes the material conditional (*not* 'if... then'):<sup>27</sup>

(ME-wide) Rationality requires that ((you intend end  $E \wedge$  believe that  $M$  is a necessary means to  $E$ )  $\rightarrow$  you intend  $M$ ).

(ME-narrow) (You intend end  $E \wedge$  you believe that  $M$  is a necessary means to  $E$ )  $\rightarrow$  rationality requires that you intend  $M$ .

I should note that I —like Broome— intend the requirements above to be understood synchronically. Nonetheless, both arguably have diachronic upshot. For if rationality prohibits you from having certain combinations of attitudes, it seems to follow that in order to be rational (or at least not irrational) you must —going forward— either *avoid* or else *get rid of* that combination of attitudes. Similarly, if rationality requires you to have a certain attitude whenever you have certain other attitudes, it seems to follow that to be rational you must —going forward— either *acquire* that attitude or else *avoid* having the other ones.<sup>28</sup> These derivative diachronic principles needn't be understood

<sup>27</sup> Three clarifications. First, requirements like these are often prefixed by a necessity operator. Second, technically these are requirement *schemas*, rather than requirements themselves. Requirements only result once appropriate values are assigned to the variables. Third, I'm ignoring additional complexities concerning the content of the means-end requirements. For a more careful presentation, see Broome (2013: 170).

<sup>28</sup> Brunero (ms, Ch. 3) makes a similar observation. Notice, though, that these derivative requirements are "disjunctive" in content, and hence naturally understood as being diachronic wide-scope requirements. This is all to the good, since all the diachronic narrow-scope requirements I'm aware of either fall prey to counterexamples —cf. Brunero's (2012) criticism of Kolodny and Schroeder— or else have

ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

as requirements in the strong sense, however. It suffices for them to be understood as (non-trivial) requirements in the weak sense —i.e., as (non-trivial) necessary conditions of being rational over time.

Recall that although wide- and narrow-scope requirements like (ME-wide) and (ME-narrow) make the same predictions concerning *when* an agent is irrational, they don't offer the same explanations of *why*. Is the agent irrational because they have a combination of attitudes rationality requires them not to have (as wide-scopers maintain), or instead because they fail to have a particular attitude that, in their present circumstances, rationality requires them to have (as narrow-scopers maintain)?

Why might one opt for (ME-wide) over (ME-narrow)? The main reason is that the latter seems subject to counterexample: you might intend end *E* and believe that *M* is a necessary means to *E* without it being the case that you are rationally required to intend *M*. Suppose, for example, that you believe intending *M* would have terrible consequences for your family. Is it really true that you're rationally required to intend *M* anyways? Arguably not —contra what (ME-narrow) seems to say.<sup>29</sup> Similarly, you might believe *p* and that if *p* then *q* without it being the case that you are rationally required to believe *q*. After all, *q* might be wildly implausible, and you might recognize it as such, in which case it seems wrong to say that you are required to believe *q* —contra what the following narrow-scope deductive coherence (DC-) requirement says:

(DC-narrow) (You believe *p*  $\wedge$  you believe if *p* then *q*)  $\rightarrow$  rationality requires that you believe *q*.

This problem generalizes: for most if not all narrow-scope requirements, there will be cases in which one has the attitudes in the an-

other undesirable consequences —cf. Brunero's (ms, Ch. 3) criticism of Lord.

<sup>29</sup> See Broome (1999, 2013), among others, for this worry. It's important to note, however, that the usual dialectic is complicated by the failure to adequately distinguish structural rationality from substantive rationality, and hence typically involves insufficiently discriminating claims about what one ought or is required to do or believe. The examples here focus on conflicts between one's attitudes, and hence solely concern structural rationality.

DANIEL FOGAL

tedent and yet the normative claim specified in the consequent seems too strong. Call this the *too strong problem*.

There's another problem in the vicinity. For suppose you believe  $p$  and that if  $p$  then  $q$ , but also believe  $r$  and that if  $r$  then not- $q$ . Given (DC-narrow), it follows that you are rationally required to believe  $q$  and you are rationally required to believe not- $q$ , and thus required to have inconsistent beliefs. This seems problematic —as Broome (2013) notes, structural rationality is supposed to *prohibit* incoherence, not require it. Alternatively, suppose you intend end  $E1$  and believe that  $M$  is a necessary means to  $E1$  but *also* intend some other end  $E2$  and believe that not- $M$  is a necessary means to  $E2$ . Does it follow that you are rationally required to intend  $M$  and rationally required to intend not- $M$ , and thus have inconsistent intentions, as (ME-narrow) seems to say? Arguably not. This problem generalizes as well. Call it the *conflict problem*.

What's the solution to these problems? According to many philosophers—including Broome—the answer is clear: we should accept the wide-scope requirements. Unlike narrow-scope requirements, wide-scope requirements merely prohibit certain combinations of attitudes, remaining silent as to which particular attitudes we should or shouldn't have. They thus avoid the too strong and conflict problems above, among others.

Nonetheless, the formulations of the wide- and narrow-scope requirements above aren't totally happy. For one thing, there's a natural tendency—or at least temptation—to interpret ' $\rightarrow$ ' as 'if... then', which is a mistake. We can avoid this by replacing the material conditional with other, truth-functionally equivalent combinations of connectives (negation + conjunction, negation + disjunction), but then we run into other problems. Suppose, for example, we opt for the following alternatives:

(ME-wide') Rationality requires that you not: intend end  $E$ , believe that  $M$  is a necessary means to  $E$ , and not intend  $M$ .

(ME-narrow') Either you don't intend end  $E$  or you don't believe that  $M$  is a necessary means to  $E$  or rationality requires that you intend  $M$ .

## ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

The problem is that whereas (ME-wide') correctly captures the core commitment of the wide-scope view —namely, that structural requirements ban incoherent combinations of attitudes, and that's it<sup>30</sup>— (ME-narrow') fails miserably in capturing the core commitment of the narrow-scope view —namely, that you're structurally required to have particular attitudes *in virtue of* having certain other (combinations of) attitudes. As stated, (ME-narrow') says nothing about there being any explanatory, or otherwise asymmetric, relationship between disjuncts, and in particular is silent about the relationship between the falsity of the first two disjuncts and the truth of the third. (Entailment is not explanation.)

As a result, although there's no need to appeal to a non-material conditional operator in stating wide-scope requirements, it looks like we *do* need to appeal to such in stating narrow-scope requirements. Neither material conditionals nor claims involving 'if... then' suffice. Whereas representations involving material conditionals fail to do justice to the *genuinely* and *essentially* conditional nature of narrow-scope requirements, claims involving the ordinary 'if... then' fail to be properly distinctive —as noted above, they are claims the wide-scooper can (and should) agree are true. The widespread tendency to nonetheless make use of the material conditional and/or the ordinary 'if... then' in formulating narrow-scope principles is thus regrettable.<sup>31</sup>

This of course just raises the question: how *should* we formulate wide —and narrow— scope requirements? To make progress on this question, it's helpful to return to the analogy with the law.

### IV. THE JURISDICTION OF STRUCTURAL REQUIREMENTS

Recall that if we take the ideology of law-like structural requirements seriously, besides the question of scope, there's also the question of *jurisdiction*, or domain of governance. That is, for each putative re-

<sup>30</sup> This is meant to be consistent with the need for such requirements to be supplemented by (e.g.) basing principles, as Broome (2013) proposes.

<sup>31</sup> Broome (2013), to his credit, carefully eschews the material conditional in representing narrow-scope requirements.

DANIEL FOGAL

quirement *R*, there's the question: does *R* govern all rational agents at all times, or does it only apply under more selective conditions?

As Broome (2013) and Schroeder (2014a) note, this question is akin to one that arises in the legal realm. Here's Schroeder:

One important feature of laws is that they have *jurisdictions*. For example, in the state of New York, it is illegal to turn right at a red light. The jurisdiction of that law is *drivers in New York*, and what it prohibits is *turning right on red*. In general, anyone who is simultaneously a driver in New York and is turning right on red is in violation of this law, but... being a driver in New York and turning right on red make different contributions to this fact. If you are a driver in New York and you *don't* turn right on red, then you are *complying* with the law, whereas if you are a pedestrian in New York or a driver in Cairo, the law simply doesn't apply to you. The reason why drivers in Cairo who turn right on red aren't in violation of New York traffic laws is that the [latter don't] have *jurisdiction* over drivers in Cairo.

This is suggestive, but incomplete. For there's a clear sense in which all residents of New York —whether or not they are driving— are *ipso facto* subject to its laws, including traffic laws, whereas residents of Cairo are not. It remains true, however, that pedestrians in New York bear an importantly different relationship to traffic laws than drivers in New York do. Intuitively, the difference is that whereas the traffic laws *don't apply* to pedestrians in New York, they *do* apply to those who are driving. This difference in application is nonetheless compatible with the thought that everyone residing in New York —whether or not they're driving— is within the jurisdiction of the relevant law, and hence prohibited from turning right at a red light while driving, whereas the law is simply silent about those residing elsewhere, such as Cairo.

To capture the relevant differences, then, we need to distinguish the *jurisdiction* of a given law —those which are “subject to” the law or within its domain— from the *conditions of application* of the law —those conditions that need to be satisfied by those within its domain in order for it to actually apply to a particular case.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Cf. Lord (2014a). Unlike Lord, however, I take talk of compliance to be just as

# ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

Violation and compliance are only possible when the conditions of application obtain; merely being within the jurisdiction of a law and not satisfying its conditions of application is not enough. Nor, of course, is falling outside of the jurisdiction of the law altogether. As a result, we can (and should) distinguish three types of non-violation. A given person can fail to violate a given law *L* by:

- (a) complying with *L* (e.g. not turning at a red light while driving in New York)
- (b) not satisfying *L*'s conditions of application (e.g. not driving while in New York)
- (c) being outside of *L*'s jurisdiction altogether (e.g. being in Cairo).

The distinction between (b) and (c) is unfortunately blurred by Broome (2013). He addresses the question of jurisdiction by first distinguishing between two ways in which a requirement can be “conditional”: it might be conditional in its content or conditional in its application. A requirement is *conditional in content* just in case what it requires is that some (e.g. material) conditional be satisfied, whereas a requirement is *conditional in application* just in case it requires something of you if some condition is satisfied. Broome writes:

When a requirement is conditional in its content, it is commonly said to have a wide scope, because what is required is the compound proposition that  $[p \rightarrow q]$ . When the requirement is conditional in application, it is commonly said to have a narrow scope, because what is required is simply  $q$  (132).<sup>33</sup>

Broome then proceeds to treat a given requirement's jurisdiction as a condition of application (§8.2), with legal requirements, for example, only applying to residents, and rational requirements only applying to creatures possessing rational capacities. Like Schroeder (2014a),

apt for synchronic requirements as it is for diachronic ones. That is, we can make sense of compliance as an extended act or process (*i.e. coming into compliance*) as well as a synchronic state (*i.e. being in compliance*). The same is true of violation.

<sup>33</sup> This is similar to Worsnip's characterization of the scope\* distinction provided in Section 3 above, though the latter is formulated as a linguistic claim.



DANIEL FOGAL

then, he collapses the distinction between jurisdiction and conditions of application, treating (c) as a special case of (b).<sup>34</sup>

The upshot is that although Broome and Schroeder are right to emphasize that you can satisfy or comply with a law only if you fall within its jurisdiction, and that leaving the jurisdiction of the law is sufficient to avoid violating it, we shouldn't take the distinction between compliance and avoidance to track the notion of jurisdiction.

Why is this important? Because, as Broome and Schroeder both stress, the relevant concept of a rational requirement is supposed to be law-like not just with respect to its explanatory status but also insofar as it allows for a non-vacuous distinction between those within its jurisdiction and those who are not—as well as, I'm urging, between those within its jurisdiction to whom it applies and those to whom it doesn't. This is what allows us to distinguish between different forms of non-violation—compliance and non-application—and this is thought to allow for intuitive “tests” of whether a given principle should be interpreted as wide or narrow (or perhaps intermediate) scope.

Consider, for instance, the following possible regimentations of the relevant New York State traffic law, where '[all x: ...]' specifies the requirement's *jurisdiction* and '➤' is a special operator distinguishing *conditions of application* from *what's required under those conditions*:<sup>35</sup>

(*NY-widest*) NY state law requires of [all x: x is a person] that (x not be in New York ∨ x not be driving ∨ x not turn right at red lights).

(*NY-wide*) NY state law requires of [all x: x is in New York] that (x not be driving ∨ x not turn right at red lights).

(*NY-narrow*) NY state law requires of [all x : x is in New York] that (x is driving ➤ x not turn right at red lights).

<sup>34</sup> I should note that Schroeder does draw the relevant distinctions in other work—see his (2013). Nonetheless, he doesn't make as much use of them as I do.

<sup>35</sup> For related discussion, see Schroeder (2013, 2014a) and Broome (2013, Ch. 8), though neither makes use of the special operator.



## ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

(*NY-narrowest*) NY state law requires of [all  $x$ :  $x$  is in New York and  $x$  is driving] that  $x$  not turn right at red lights.

According to (*NY-widest*), the law has jurisdiction over —and applies to— everyone, no matter where they are, and requires of them that they either not be in New York, not be driving, or not turn right on red. According to (*NY-wide*), the law has jurisdiction over everyone in New York, and requires of them that they either not be driving or not turn right on red. According to (*NY-narrow*), the law likewise has jurisdiction over everyone in New York, but it only *applies* to those within its domain who are driving —those to whom it applies are then required to not turn right on red. And according to (*NY-narrowest*), the law has jurisdiction over everyone in New York who is driving and requires of them that they not turn right on red.

(*NY-widest*) and (*NY-narrowest*) are clearly implausible, whereas (*NY-wide*) and (*NY-narrow*) fare better. Following Broome and Schroeder, we can support this claim by considering our intuitive judgments concerning compliance, as well as our judgments concerning jurisdiction and application more generally. Intuitively, for example, whereas drivers in New York who don't turn right at red lights are complying with New York traffic laws, drivers in Cairo —whether or not they turn right at red lights— are not. That's because they are outside of the jurisdiction of the law altogether. So (*NY-widest*) is implausible. Pedestrians in New York, by contrast, *do* seem to be within the law's jurisdiction —contra (*NY-narrowest*)— but nonetheless don't seem to be complying with the traffic law either. Intuitively, that's because the traffic law doesn't apply to them in their capacity as pedestrians —contra (*NY-wide*). (*NY-narrow*), then, is the most plausible regimentation of the relevant law —it accords well with our intuitive verdicts concerning compliance, jurisdiction, and application.

## V. AN IMPROVED NARROW-SCOPE VIEW

We're now in a position to offer an improved account of narrow-scope requirements —although they have jurisdiction over all rational agents, we should think of them as only *applying* to agents

DANIEL FOGAL

who have the attitudes specified in their antecedents. Their “antecedents” thus specify *conditions of application* rather than *delimit their jurisdiction*. For the purposes of illustration, let’s re-consider the means-end (ME) requirement:

(ME-narrow+) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends end  $E \wedge x$  believes that  $M$  is a necessary means to  $E) \supset x$  intends  $M$ )

Unlike (ME-narrow) or (ME-narrow’), (ME-narrow+) directly captures the core narrow-scope thought that having certain attitudes *commits* you to having certain other attitudes, and that you are required to have the latter *in virtue of* having the former. On this view, narrow-scope requirements are best thought of as being *conditioned*, rather than *conditional*.

This kind of view inherits many of the advantages of the traditional understanding of the narrow-scope view while enjoying additional potential benefits as well. In particular, it may help the narrow-scope blunt the force of the “too strong” and “conflict” problems above. Recall (ME-narrow). It says that you are rationally required to intend means  $M$  whenever you intend end  $E$  and believe that  $M$  is necessary to  $E$ . But aren’t you at least sometimes *permitted* —if not required— to revise your end or means-end belief rather than intend the means? (ME-narrow) seems to confer a kind of fixed authority to one’s existing attitudes that is problematic; the agent should at least sometimes have the *option* of giving them up instead. And the same, of course, goes for other narrow-scope requirements.

The narrow-scope might try to meet the objector halfway. To begin with, we need to distinguish two senses in which one might be “permitted” to do something. Being permitted to do something,  $\phi$ , in the first sense —call it *weak permission*— is a matter of *not being prohibited* from  $\phi$ -ing. Being permitted to  $\phi$  in the second sense —call it *strong permission*— is a matter of  $\phi$ -ing being positively sanctioned.<sup>36</sup> The distinction is both intuitive and important. Suppose, for example,

<sup>36</sup> This is related but not identical to G. H. von Wright’s (1970) distinction between ‘weak’ and ‘strong’ permission. Such distinctions figure prominently in both deontic logic and legal theory.

a child finds candy lying around the house. Assuming no one in authority over her has told her to not eat candy (or to ask before eating, etc.), it would seem to be permissible—in the weak sense—for her to eat it: if she does, she won't be doing anything she isn't supposed to do. But that may be just because no one has (yet) considered the question of whether or not she should be allowed to eat candy. Now suppose someone in authority over her does consider the question and decides it's OK. This changes the normative landscape, and the child is now permitted in the stronger sense to eat candy: if she does, she'll be doing something that enjoys the positive normative status of being sanctioned rather than just lacking the negative normative status of not being prohibited.

With this distinction in hand, the narrow-scope can grant that narrow-scope requirements like (ME-narrow+), even when they apply, permit you in the *weak* sense to give up one or more of the antecedent attitudes—i.e., they don't forbid you from revising (or otherwise ceasing to have) any of your existing attitudes.<sup>37</sup> You might satisfy the antecedent conditions of (ME-narrow+), for example, and hence have it apply to you, and yet not do anything wrong when you revise one of the relevant attitudes. That's because in doing so you'll no longer satisfy the conditions of application, and the requirement will cease to apply.<sup>38</sup> If it doesn't apply, then you can't violate it. So

<sup>37</sup> This is admittedly controversial. For (ME-narrow+) says that—under certain conditions—you're required to intend M, and as Alex Worsnip (p.c.) points out, according to standard deontic logic that entails that you're forbidden from not intending M, which in turns entails that you're forbidden from (not intending M and revising your antecedent attitudes instead). The narrow-scope therefore needs to say more to avoid this problem. I agree. In particular, the narrow-scope should reject standard deontic logic—though suitable for some purposes, it's not suitable as a model for hyperintensional, law-like requirements such as (ME-narrow+). Consider New York traffic laws again. Just because one is driving in New York, and hence required to not turn right on red lights, it doesn't follow that one is forbidden from (turning right on red lights and not driving)—turning on a red light while biking might be permitted.

<sup>38</sup> This is akin to Lord's (2011) notion of "existing" a requirement, though he doesn't draw the distinction between weak and strong permission nor between conditions application and jurisdiction. In more recent work, Lord (2014a) considers the latter in response to an objection, but his focus is on diachronic, not syn-

DANIEL FOGAL

in revising one or more of your antecedent attitudes you won't have done anything wrong by the lights of (ME-narrow+), since you'll have rendered it non-applicable, and hence silent.

Similar considerations might be marshalled in an effort to blunt the force of the "conflict" problem as well. Suppose, as before, that you intend end *E1* and believe that *M* is a necessary means to *E1* while *also* intending some other end *E2* and believing that *not-M* is a necessary means to *E2*. Does it follow that you are rationally required to intend *M* and rationally required to intend *not-M*, and thus have inconsistent intentions? According to (ME-wide+) the answer remains 'yes'. But (ME-wide+) nevertheless permits you in the weak sense to revise your antecedent attitudes —i.e., you're not prohibited from doing so, as far as (ME-wide+) is concerned.<sup>39</sup>

However, the narrow-scooper *shouldn't* say that narrow-scope requirements like (ME-narrow+) permit you to give up one or more of the antecedent attitudes in the *stronger* sense of actually saying it's rationally OK to do so. That's because there may be *other* requirements that say that it's *not* OK, given your other attitudes. As with other narrow-scope requirements, (ME-narrow+) shouldn't have the final say on whether any particular attitude is structurally rational *tout court*, as opposed to structurally rational in a particular ("local") way. In response, the narrow-scooper might try to claim that revising the antecedent attitudes is only strongly permitted *by the lights of (ME-narrow+)*, not *tout court*. But it's hard to make sense of an attitude being strongly rational permissible merely "by the

chronic, principles. This forces him to introduce additional —and to my mind unwanted— complexities (e.g. "cancelling conditions").

<sup>39</sup> It's worth noting that, unlike Lord (2014a), this is *not* what narrow-scoopers like Kolodny (2005) and Schroeder (2004, 2009) have wanted to say. Indeed, they've wanted to say the exact opposite —namely, that the relevant means-end requirement *prohibits* one from revising the antecedent attitudes. Lord, in contrast, takes it as a "datum" that it is permissible to drop the antecedent attitudes, insisting that "[i]f the narrow-scooper can't account for this datum, then we should reject narrow-scope accounts" (452). The dialectic is complicated, however, by Lord's failure to clearly distinguish between substantive and structural rationality in the relevant paper. The same goes for Schroeder and, to a lesser extent, Kolodny.

lights” some requirement. One possibility, for example, would be to offer a complex principle like the following:

(ME-narrow?) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends end  $E \wedge x$  believes that  $M$  is a necessary means to  $E) \succ x$  intends  $M)$  and rationality permits of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends end  $E \wedge x$  believes that  $M$  is a necessary means to  $E) \succ (x$  not intend  $M \vee x$  not believe that  $M$  is a necessary means to  $E))$ .

But (ME-narrow?) seems bizarre. It requires you to intend the means you believe to be necessary to the end you intend while simultaneously *strongly* permitting you to revise your end as well as your means-end belief —i.e., the very attitudes that require you to intend the means. This makes the general worry about narrow-scope principles even more pressing: why the differential treatment?

Rather than delve deeper into obscurity, the narrow-scope might change tack. Another way of making the permission to revise the antecedent attitudes more explicit is the following:

(ME-narrow++) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends end  $E \wedge x$  believes that  $M$  is a necessary means to  $E) \succ (x$  intends  $M \vee x$  not intend  $E \vee x$  not believe that  $M$  is a necessary to  $E))$ .

The problem, however, is that this would effectively turn the principle into a wide-scope requirement —it requires that agents (not) have a certain combination of attitudes, under certain conditions, and that’s it. Indeed, it’s logically equivalent to the wide-scope requirement (ME-wide+) that we’ll consider next. So the narrow-scope is probably best off sticking to the original version (ME-wide+) along with the notion of weak permission.

## VI. AN IMPROVED WIDE-SCOPE VIEW

Wide-scope requirements are standardly assumed to be *compliance symmetric*: any way of satisfying the complex condition specified by the requirement is as good as any other, as far as the requirement itself is concerned. It’s precisely this feature of wide-scope require-

DANIEL FOGAL

ments that enables them to avoid traditional objections to their narrow-scope counterparts—including the too strong and conflict problems above— since the narrow-scope requirements, unlike wide-scope ones, require a particular response.

But it's a curious fact that the very feature that allows wide scope requirements to avoid such objections—their compliance symmetry—is *also* what many have found problematic. That's because not all ways of complying with wide scope requirements are intuitively on a par. Consider again (ME-wide), this time with the jurisdiction marked explicitly:

(ME-wide) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends end  $E \wedge x$  believes that  $M$  is a necessary means to  $E) \rightarrow x$  intends  $M$ ).

As various authors have noted, while intending means  $M$  because you believe  $M$  to be necessary to achieve your end  $E$  seems to be a perfectly rational response, dropping your belief that  $M$  is a necessary means to  $E$  because you intend  $E$  but don't intend  $M$  seems highly irrational.<sup>40</sup> The same goes for you not intending  $E$  just because you don't intend  $M$ . We might expect this asymmetry to be captured by the requirement governing means-end coherence, and yet (ME-wide) fails to do so.

The same possible complaint arises for other wide-scope requirements. So it turns out that the wide scope view's greatest strength and main attraction—its compliance symmetry—is also its main source of resistance. Wide-scopers, including Broome, are sensitive to this complaint, but don't view it as an objection since they don't think it's the job of the relevant wide-scope requirements to explain everything that might go wrong in such cases.<sup>41</sup> Instead, they take the lesson to be that such principles need supplementation. Broome and Way, for example, appeal to a special class of "basing principles" that prohibit certain basing relations between attitudes and permit others. Although introducing basing principles comes at the cost of

<sup>40</sup> See, e.g., Kolodny (2005, 2007), Schroeder (2004, 2009).

<sup>41</sup> See, e.g., Broome (2013, Ch. 8), Way (2011), and Brunero (2012).

ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

complexifying the overall view, Broome (2013: 142) rightly points out that narrow-scopers *also* need to appeal to such principles to explain the full range of our verdicts concerning (im)proper basing.

Although this is right as far as it goes, there's another worry that remains unaddressed.<sup>42</sup> For according to what Lord calls the "real" symmetry objection, the narrow-scope requirements make intuitively more plausible predictions than wide scope ones concerning what counts as *compliance* and *non-application* (Lord 2014a; cf. Schroeder 2014a). To see why, consider a particular instance of (ME-wide) and compare it to the corresponding instance of (ME-narrow+):

(*Grandma-wide*) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that ( $x$  not intend to visit Grandma  $\vee$   $x$  not believe that driving to Grandma's house is necessary to visit her  $\vee$   $x$  intend to drive to Grandma's house).

(*Grandma-narrow+*) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that (( $x$  intends to visit Grandma  $\wedge$   $x$  believes that driving to Grandma's house is necessary to visit her)  $\supset$   $x$  intends to drive to Grandma's house).

Both requirements have jurisdiction over all rational agents, but unlike (Grandma-narrow+), (Grandma-wide) also *applies* to all rational agents. What it requires is that you satisfy the complex condition. Any way of doing so is a way of complying with the requirement. It is compliance symmetric, per above. By not intending to visit Grandma, then, you thereby comply with (Grandma-wide), regardless of what else you believe or intend. You also comply with it whenever you don't believe that driving to her house is necessary to visiting her, as well as whenever you happen to intend to drive to her house (for whatever reason). As far as compliance with (Grandma-wide) goes, these routes are just as good as intending to visit Grandma and intending to take the means you believe to be necessary —namely, driving to her house.

<sup>42</sup> The extent to which this is, in fact, a worry is not something I wish to take a stand on, though I do have some sympathy for it. For a more skeptical take, see Brunero (ms), Chapter 3.



DANIEL FOGAL

This generalizes: for every end you don't intend and every means-end belief that you lack, as well as for every means that you intend, you thereby comply with a corresponding wide-scope means-end requirement. According to Lord (2014a), verdicts like these seem "a bit far fetched, to say the least" (460).<sup>43</sup> In contrast, (Grandma-narrow) only applies to you if you satisfy certain conditions —namely, if you intend to visit Grandma and believe that driving to her house is a necessary means of doing so. To not intend to visit Grandma ensures non-application, not compliance. Compliance requires that one *both* satisfy the conditions of application *and* do what's required under those conditions (i.e. intend to drive).

This sort of dialectic can be rehearsed for each candidate requirement and its corresponding wide- and narrow-scope interpretations. Insofar as a given narrow-scope interpretation delivers more intuitively plausible verdicts concerning compliance and non-application than the wide-scope interpretation, this counts in its favor.

Notice, however, that the wide-scooper can help themselves to the distinction between jurisdiction and conditions of application in much the same way that the narrow-scooper can. By doing so she can then offer modified versions of the various requirements that do a better job jiving with judgments concerning compliance and non-application. For example:

(*ME-wide+*) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x \text{ intends end } E \wedge x \text{ believes that } M \text{ is a necessary means to } E) \succ (x \text{ not intend } E \vee x \text{ not believe that } M \text{ is a necessary means to } E \vee x \text{ intends } M))$ .

(*Grandma-wide+*) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x \text{ intends to visit Grandma } \wedge x \text{ believes that driving to Grandma's house is necessary to visit her}) \succ (x \text{ not intend to visit Grandma } \vee x \text{ not believe that driving to Grandma's house is necessary to visit her } \vee x \text{ intend to drive to Grandma's house}))$ .

<sup>43</sup> Again, Lord —like Kolodny and Schroeder— is primarily concerned with diachronic requirements, not synchronic ones. However, I take the point to apply more generally. For reasons to prefer synchronic formulations of the relevant requirements, see especially Brunero (ms, Chapter 3) and Worsnip (2015).



ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

As before we can interpret (ME-wide+) as having jurisdiction over all rational agents, but unlike (ME-wide) it only applies to you if you satisfy certain conditions. If you do, then rationality requires that you either intend to drive to your grandmother's house (in which case you'll be in a state of compliance) or else revise one of your pre-existing attitudes (in which case the requirement will no longer apply). In Broome's (2013) terminology, (Grandma-wide+) is conditional in application *and* in content —a possibility that Broome recognizes but doesn't pursue.

The upshot is that the wide-scope view can capture intuitions concerning compliance and non-application just as easily as the narrow-scope view can. In particular, the wide-scooper can capture intuitions of "application asymmetry" and "directedness" in precisely the same way as the narrow-scooper—in both cases the relevant requirements only apply under select conditions (and indeed the same conditions), and in both cases it is in virtue of having certain attitudes that one will be required to have certain other (combinations of) attitudes. It's therefore a mistake to think, as Lord (2014a) does, that "[t]here is *no way* for the wide-scooper to escape the commitments that lead to the symmetry objections", and that it is "an essential feature of the wide-scope requirements that they are application symmetrical" (462; emphasis in original). In the same way, it's a mistake to think, as Schroeder (2014a) does, that the analogy with the law affords the narrow-scooper with "richer explanatory resources" than the wide-scooper (225).

Modifying wide- and narrow-scope requirements in the ways suggested is not without costs, however. That's because by doing so we seem to have effectively erased any important difference between them. For the modified wide- and narrow-scope requirements end up sharing exactly the same application, violation, and compliance conditions. (ME-wide+), for example, applies just in case (ME-narrow+) does—an agent needs to intend end *E* and believe that *M* is a necessary means to *E*—it is violated just in case (ME-narrow+) is—an agent needs to intend *E*, believe that *M* is a necessary means to *E*, but not intend *M*—and it is complied with just in case (ME-narrow+) is—an agent needs to intend *E*, believe that *M* is a neces-

DANIEL FOGAL

sary means to *E*, and intend *M*.<sup>44</sup> The only difference is that whereas narrow-scope requirements single out a particular attitude as being called for, wide-scope requirements don't —they only require that one (not) have certain *combinations* of attitudes. This difference in content, however, doesn't make as much of a difference as one might hope or expect.

## VII. CONCLUSION

This leaves us with the question: what's left to choose between the wide- and narrow-scope views? Though the distance between them has diminished considerably, there are various ways for a gap to re-emerge. For one thing, wide-scopers might find fault in the modified narrow-scooper's response to the conflict problem, insofar as it remains true that there are cases in which narrow-scope requirements issue in conflicting verdicts regarding what an agent is structurally required to believe or intend. Unfortunately, however, a standoff is likely to ensue —whereas wide-scopers will continue to insist it's implausible for structural rationality to issue in conflicting verdicts, narrow-scopers can insist that this is just what we should expect of incoherent agents, since they may very well “paint themselves into a corner” (as Kolodny 2007 puts it). But perhaps that's to be expected, given how close such judgments are to philosophical bedrock. A similar standoff threatens to arise regarding the too strong problem —wide-scopers may insist that weak permissibility is *too* weak for the narrow-scooper's purposes, while narrow-scopers might insist otherwise.

Alternatively, the narrow-scooper might try to turn the tables by complaining that modified wide-scope requirements like (ME-wide+) effectively give up the game insofar as they're no longer compliance symmetric in any meaningful sense. That's because there's only one way to actually comply with such requirements, and it's the same way one complies with narrow-scope requirements. In order to comply with (ME-narrow+), for instance, an agent needs to intend

<sup>44</sup> Brunero (ms), Ch. 3, makes the same point.

## ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

*E*, believe that *M* is a necessary means to *E*, and intend *M* —and the same goes (ME-wide+). Any other combination of attitudes will either violate the requirements or else render them inapplicable. But insofar as compliance symmetry is supposed to be a defining feature of wide-scope requirements, this may be seen as an undesirable result. If so, the wide-scope might be wise to return to unmodified versions of wide-scope requirements, such as (ME-wide), and try to explain —or explain away— the seemingly problematic consequences concerning compliance in another way.<sup>45</sup> At that point, however, it's not clear there will be many, if any, dialectically kosher moves left to make.

## VIII. REFERENCES

- Broome J, (1999), 'Normative Requirements', *Ratio*, 12(4): 398–419.  
 ——— (2004), 'Reasons' in *Reason and Value: Essays on the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press.  
 ——— (2007), 'Requirements' in *Hommage à Wlodek. Philosophical Papers Dedicated to Wlodek Rabinowicz*.  
 ——— (2013), *Rationality through Reasoning*, Wiley-Blackwell.  
 Brunero J (2010a), 'The Scope of Rational Requirements', *The Philosophical Quarterly*, 60(238): 28–49.  
 ——— (2010b), 'Self-Governance, Means-Ends Coherence, and Unalterable Ends', *Ethics*, 120(3): 579–91.  
 ——— (2012), 'Instrumental Rationality, Symmetry and Scope', *Philosophical Studies*, 157(1): 125–40.  
 ——— (ms), *Instrumental Rationality: The Normativity of Means-Ends Coherence*, under contract with Oxford University Press.  
 Dancy J (1977), 'The Logical Conscience', *Analysis*, 37(2): 81–84.  
 Darwall S (1983), *Impartial Reason*, Cornell University Press.  
 Easwaran K and Fitelson B (2015), 'Accuracy, Coherence, and Evidence', in *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 5, 61–96.

<sup>45</sup> See, for example, Worsnip (2015) and especially Brunero (ms), Ch. 3.

DANIEL FOGAL

- Gensler HJ (1985), 'Ethical Consistency Principles', *The Philosophical Quarterly*, 35(139): 156–70.
- Hacquard V (2010), 'On the event relativity of modal auxiliaries', *Natural Language Semantics*, 18(1): 79–114.
- Kiesewetter B (2017), *The Normativity of Rationality*, Oxford University Press.
- Kolodny N (2005), 'Why Be Rational?', *Mind*, 114(455), 509–563.
- (2007), 'How Does Coherence Matter?', *Proceedings of the Aristotelian Society*, 107.
- (2008), 'The Myth of Practical Consistency', *European Journal of Philosophy*, 16(3), 366–402.
- Kratzer A (2012), *Modals and Conditionals*, Oxford University Press.
- Lauer S & Cleo C, (2014), 'Preference-conditioned necessities: detachment and practical reasoning', *Pacific Philosophical Quarterly*, 95(4): 584–621.
- Lord E (2011), 'Violating Requirements, Exiting from Requirements, and the Scope of Rationality', *The Philosophical Quarterly*, 61(243): 392–99.
- (2014a), 'The Real Symmetry Problem(s) for Wide-Scope Accounts of Rationality', *Philosophical Studies*, 170(3): 443–464.
- (2014b), 'The Coherent and the Rational', *Analytic Philosophy*, 55(2): 151–75.
- Pryor J (2018), 'The Merits of Incoherence', *Analytic Philosophy*.
- (2004), 'What's Wrong with Moore's Argument?', *Philosophical Issues*, 14(1), 349–378.
- Rawls J (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press
- Scanlon TM (2007), 'Structural Irrationality' in *Common Minds: Themes from the Philosophy of Philip Pettit*, Oxford University Press.
- Schroeder M (2004), 'The Scope of Instrumental Reason', *Philosophical Perspectives*, 18(1), 337–364.
- (2009), 'Means-end Coherence, Stringency, and Subjective Reasons', *Philosophical Studies*, 143, 223–248.

ON THE SCOPE, JURISDICTION, AND APPLICATION OF RATIONALITY AND THE LAW

- (2011), 'Ought, Agents, and Actions', *Philosophical Review*, 120, 1–41.
- (2013), 'Scope for Rational Autonomy', *Philosophical Issues*, 23(1), 297–310.
- (2014a), 'Hypothetical Imperatives: Scope and Jurisdiction' in *Explaining the Reasons We Share*, Oxford University Press.
- (2014b), *Explaining the Reasons We Share*, Oxford University Press.
- Way J (2011), 'Explaining the Instrumental Principle', *Australasian Journal of Philosophy*, 1–20.
- (2013), 'Intentions, Akrasia, and Mere Permissibility', *Organon F*, 20(4).
- (forthcoming), 'Reasons and Rationality' in *Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford University Press.
- Worsnip A (2015), 'Narrow-scoping for Wide-scopers', *Synthese*, 192(8), 2617–2646.
- (2018), 'The Conflict of Evidence and Coherence', *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. XCVI(1), 3–44.
- (this volume), 'Reasons, Rationality, Reasoning: How Much Pulling-Apart?'

## Reasons, Rationality, Reasoning: How Much Pulling-Apart?\*

### *Razones, racionalidad, razonamiento: ¿qué tanto podemos desprenderlos?*

Alex WORSNIP\*\*

SUMMARY: I. *Reasons and Requirements of Rationality*. II. *Rational per-  
missions and correct reasoning*. III. *References*.

At the heart of John Broome's research program in the philosophy of normativity, culminating in his magnificent book *Rationality Through Reasoning*, is a distinction between *reasons*, on one hand, and *requirements of rationality*, on the other.<sup>1</sup> In my view, Broome's insistence on pulling these notions apart, and resistance to analyzing either one in terms of the other, is fundamentally correct, and represents a major advance in the field.<sup>2</sup> At that level of generality (and in numerous other respects, too), Broome and I are on the same team.

\* Artículo recibido el 9 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 28 de noviembre de 2017.

\*\* The University of North Carolina at Chapel Hill. For helpful discussion of the arguments of this paper, I'm grateful to the audience at the workshop at UNAM at which it was presented, as well as to Daniel Fogal, Ram Neta, and Jim Pryor. Special thanks to John Broome for helpful discussion and written comments.

<sup>1</sup> See especially Broome 1999, 2004, 2007, 2013.

<sup>2</sup> That's not to say Broome was the first to pull something like these notions apart. See, among others, Darwall (1983: see esp. 14-16, ch. 4) and Davidson (1985). But Broome has done more than anyone else to probe what the distinction comes to and to popularize it.

ALEX WORSNIP

This paper is divided into two sections. In the first part of the paper, I'll examine Broome's distinction between reasons and requirements of rationality. Though the remarks come from a position of sympathy with that general distinction, I'll discuss three worries about it, which I'll call the threat of merely terminological debate, the threat of superfluosity, and the threat of disappearing subject-matter. In discussing how these threats can be headed off, I'll suggest some friendly amendments and modifications to Broome's way of presenting and developing the distinction.

The second part of the paper will be more substantively critical.<sup>3</sup> In addition to the notion of a *reason* and that of a *requirement of rationality*, there is a third normative notion that Broome is interested in: that of (rules of) *correct reasoning*. Broome's suggestion is that this third notion, correct reasoning, is closely tied to that of requirements of rationality (or at least to the broader genus of which requirements of rationality are a part). On Broome's view, every rule of correct reasoning corresponds to a "basing permission", which states that it's rationally permissible to base one attitude on one or more other attitudes. I'll argue that this proposal can't be made to work. If I'm right, this suggests that Broome should admit rules of correct reasoning as a third *sui generis* normative entity, not reducible either to reasons or to requirements (or permissions) of rationality. That is: the same kind of pulling-apart that Broome has effected so persuasively with respect to reasons and requirements of rationality needs to be effected again to separate rules of correct reasoning from both of those other categories.

Parts of this paper will be of necessity programmatic, and in several places I'll have to engage in the annoying habit of referring the reader to other work of mine. I apologize for this in advance. Though this practice may seem self-centered, there is a way in which what it really shows most is how indebted much of my own research program is to Broome's. My own work is often relevant to my discussion

<sup>3</sup> The second part of the paper significantly overlaps portions of section 3 of Worsnip (forthcoming). I'm grateful to the editors of the volume in which the latter will appear, Magdalena Balcerak Jackson and Brendan Balcerak Jackson, and to Oxford University Press, for permission to reuse this material here.

## REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

of Broome here only because so much of my work addresses philosophical debates that Broome has had such a central role in framing.

### I. REASONS AND REQUIREMENTS OF RATIONALITY

Roughly speaking, the distinction between reasons and requirements of rationality is this. Reasons are considerations that speak in favor of attitudes and acts. For example:

- That one hears the sound of rain is (typically) a reason to believe that it's raining;
- That it's raining is (typically) a reason to carry an umbrella.

Requirements of rationality, by contrast, generally permit or forbid certain *combinations* of attitudes (and absences of attitudes).<sup>4</sup> For example:

- It's rationally required that one not simultaneously believe that it's raining and believing that it's not raining.
- It's rationally required that one not simultaneously intend to carry an umbrella if it's raining, believe that it's raining, and yet fail to intend to carry an umbrella.

One way of further strengthening one's grip on the distinction here is to note that we seem to be able to say what the relevant requirements of rationality on an agent are without knowing anything about the situation the agent finds herself in, whereas this is at least often not so for reasons. No matter what the subject is hearing, seeing, and so on, the subject is always rationally required not to *both* believe that it's raining *and* believe that it's not raining. By contrast,

<sup>4</sup> There's a wrinkle here, since Broome (2013: 153) allows that there's at least one rational requirement that forbids a single attitude: the rational requirement not to believe a conjunctive proposition of the form (p and not-p). This case is, however, like the other examples of rational requirements in the respect that it locates a *clash* in one's attitudes. It's just that in this case, one single attitude (believing a conjunctive proposition of the form p and not-p) already contains a clash within itself.



ALEX WORSNIP

whether the subject has a reason to believe that it's raining depends very much on the subject's circumstances, that is, on what the subject is hearing or seeing (and conceivably, on some views, whether it's actually raining or not).<sup>5</sup>

There are some people who are sympathetic to a distinction broadly in the neighborhood of the one being drawn here, but who think that the generally Broomean gloss on it just given already goes wrong in important ways.<sup>6</sup> That won't be the tack I take here. I'm happy to accept the general gloss on the distinction just given (with the caveat that I'll propose a terminological revision in the next subsection).<sup>7</sup> Still, I want to raise three issues that threaten, or may appear to threaten, the depth and significance of the distinction, and discuss how they might be headed off.

### 1. *The threat of merely terminological debate*

As the foregoing makes clear, the requirements that Broome calls 'requirements of rationality' pertain to the rational (im)permissibility of certain patterns or *combinations* of attitudes, independently of the circumstances of the subject. However, many philosophers believe that we are, in some sense, rationally required to respond

<sup>5</sup> I won't have anything to say here about another way of bringing out the distinction that is due to Broome (esp. Broome 1999; also Broome 2013: ch. 8), which is to appeal to a difference in the logical form or "scope" of the relevant normative operator. The claim is that reasons have a "narrow-scope" form – if background conditions obtain, one has reason to  $\Phi$ , where 'has reason to' takes scope only over the attitude in the consequent of that condition – rational requirements have a "wide-scope" form – rationality requires that (if one has some attitude A1, then one has (or lacks) some other attitude A2), where 'rationality requires' takes scope over the whole conditional. I've discussed questions of scope elsewhere (Worsnip 2015b). Independently of my views on that debate, I believe that the idea that rational requirements pertain to *combinations* of attitudes is more fundamental than the idea that rational requirements are wide-scope: the latter claim is one natural, but not the only possible, way of cashing out the former claim.

<sup>6</sup> Cf. esp. Fogal (ms.), who thinks that the notion being distinguished from reasons shouldn't be understood in terms of requirements.

<sup>7</sup> See also fn. 38 below for a further wrinkle.

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

appropriately to our reasons: that is, to perform the acts that our reasons (on balance) support performing, and to have the attitudes that our reasons (on balance) support having – or some attenuated version of this claim.<sup>8</sup> In fact, for many philosophers this claim is treated as a truism or axiom.<sup>9</sup> Such philosophers can still, in principle, accept that there is an important distinction between the requirements of rationality that pertain to responding to reasons and the requirements of rationality that pertain to avoiding certain impermissible combinations of attitudes. Still, they hold that both of these are bona fide requirements of rationality.<sup>10</sup>

On one view, the dispute between Broome and these philosophers is a merely terminological one. Several philosophers who use the term ‘requirement of rationality’ to pick out roughly what Broome does present this usage as a matter of terminological stipulation.<sup>11</sup> They’re happy to acknowledge that there’s a potentially legitimate usage of ‘requirement of rationality’ whereby there are requirements of rationality to respond appropriately to reasons; still, they don’t want to lose sight of the fundamental distinction Broome is after, and so they use ‘requirement of rationality’ in a narrower way to refer only to requirements pertaining to rationally (im)permissible combinations of attitudes.

But this *isn’t* how Broome himself thinks of things, at least not in his more recent work. Instead, Broome advances the claim that rationality does not require appropriately responding to reasons as a *substantive* claim, rather than as a matter of terminological stipula-

<sup>8</sup> Schroeder (2009); Raz (2011: ch. 5); Parfit (2011: ch. 5); Lord (2014, forthcoming).

<sup>9</sup> This is especially so for epistemologists, who generally just take it as axiomatic that it’s rationally required to respond to one’s evidential reasons. See Worsnip (2018a: fn. 1) for representative citations.

<sup>10</sup> Interestingly, Broome himself seemed to imply something like this view in his earliest statement of the distinction, where he uses the term ‘normative requirements’ for what he later calls ‘rational requirements’, and writes: “Rationality is often thought to consist in acting for reasons, but following normative requirements is also a major part of rationality” (Broome 1999: 398).

<sup>11</sup> Cf. Kolodny (2005: 509-10), Southwood (2008: 9-10).

ALEX WORSNIP

tion about how to use the term ‘rationality’.<sup>12</sup> This isn’t to say that Broome thinks reasons are somehow normatively irrelevant; on the contrary, he thinks that your reasons determine what you *ought* to do.<sup>13</sup> His claim is that it isn’t *irrational* to fail to respond to your reasons (as such).

As I understand him, Broome’s reasons for thinking of this claim as substantive rather than terminological are as follows. According to Broome, it’s a conceptual truth that rationality supervenes on the mind.<sup>14</sup> But, Broome thinks that the reasons one has don’t supervene on one’s mind, and consequently that what is an appropriate response to one’s reasons doesn’t supervene on the mind. Therefore, rationality is not a matter of responding to one’s reasons. A defender of the view that rationality is a matter of responding to one’s reasons has only two options to resist this argument. The first is to claim that rationality does not supervene on the mind. This is, in Broome’s view, a substantive (though conceptual) falsehood about rationality. The second is to argue for an account of reasons such that reasons (or, at least, the reasons that rationality requires one to respond to) do supervene on the mind. This is, in Broome’s view, a substantive falsehood about reasons. So either way, the philosopher who claims that rationality is a matter of responding to one’s reasons makes a substantive mistake.

At least for the sake of argument, I’ll grant Broome’s premise that rationality supervenes on the mind. I’m also happy to grant that there is a reading of ‘reason’ such that one’s reasons do not supervene on the mind.<sup>15</sup> On this reading of ‘reason’ —sometimes unhelpfully called the ‘objective’ reading of ‘reason’— facts that are totally outside of one’s ken can be among one’s reasons. For example, to use Williams’ classic example, perhaps the fact that the glass contains

<sup>12</sup> See esp. Broome (2007, 2013: chs. 5-6); compare fn. 10 above. Likewise, Lord (2014, forthcoming), opposing Broome on these points, takes the debate to be substantive.

<sup>13</sup> On his view, it’s guaranteed that one *ought* to do what one has most reason to do, since reasons to  $\Phi$  are (roughly) explanations of why one ought to  $\Phi$  (Broome 2013: ch. 4).

<sup>14</sup> Broome 2013: 89.

<sup>15</sup> Though for dissent, see Kiesewetter (2017).

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

petrol is a reason not to drink it, even if one is not aware that the glass contains petrol and (justifiably) believes that it contains gin and tonic. Plausibly, this notion of reasons doesn't supervene on the mind: two subjects could have identical mental states, but if the first is in a case where the liquid in the glass is petrol, and the other is in a case where the liquid is gin and tonic, then the former has a reason (in this sense) not to drink that the latter lacks.<sup>16</sup> And —as we would expect, if we agree with Broome that it's a conceptual truth that rationality supervenes on the mind— it does seem that there's no recognizable sense of the term 'rationality' on which the former subject is *irrational* if she drinks (or intends to do so), given that the reason not to drink is one that she is totally unaware of. Thus, Broome is right that rationality is not a matter of responding to (all of) one's reasons, on this understanding of 'reason'. And this is not just a matter of terminological stipulation: it seems to follow from conceptual truths about rationality.

But sophisticated advocates of the view that rationality is a matter of responding to reasons have not claimed otherwise. Instead, they have typically made one of two claims. The first is that rationality requires you to respond to some privileged *subset* of your reasons: for example, the reasons that are epistemically accessible to you.<sup>17</sup> On this proposal, we still understand the notion of a reason in a way such that facts outside of one's ken are reasons, but we claim that it is only the reasons that are within one's ken that rationality requires one to respond to. The second is that rationality requires one to respond to one's respond to all of one's reasons, but on a reading of 'reasons' where facts outside of one's ken are not reasons at all.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Things are more complicated if knowledge is a mental state, as Williamson (2000) argues. Then we might suspect that there is a difference in the two subjects' mental states: the former fails to know that the liquid is gin and tonic, whereas the latter does know this. But I'll let this pass. For even if this is so, I don't think it's plausible to claim that the former is *irrational* to drink the liquid.

<sup>17</sup> See, e.g., Lord (2014).

<sup>18</sup> See, e.g., Schroeder (2009); Kiesewetter (2017). Kiesewetter denies that there is even a *reading* of 'reason' such that facts outside of one's ken are reasons; Schroeder, on the other hand, just thinks there are two readings of 'reason'.

ALEX WORSNIP

Note that neither view need collapse into the view that rationality is a matter of responding to one's *beliefs* about the (objective) reasons one has. It might suffice for R's being a reason to  $\Phi$  in the relevant sense that one is aware *that* R—one need not believe *that* R is a reason to  $\Phi$ . Or it might suffice for R's being a reason to  $\Phi$  in the relevant sense that one's *evidence* supports believing that R is an (objective) reason—whether or not one *believes* that R is a reason to  $\Phi$  (and perhaps even whether or not one believes that R).<sup>19</sup> Broadly speaking, these sorts of accounts says that the reasons you're rationally required to respond to are your *evidence-relative* reasons. They thus lie between the two extreme versions of the reasons-responsiveness view that Broome considers in chapters 5 and 6 respectively—on one hand, one that operates on a conception of a reason that is *fact*-relative and unconstrained by evidence, and on the other hand, one that operates on a conception of a reason that is *belief*-relative (or that talks of responding to beliefs *about* reasons). More generally, many ethicists have been stuck in a false dichotomy between so-called “objective” reasons, which are relative to all the facts, and “subjective” reasons, which are relative to one's beliefs. This misses the intermediate notion of an evidence-relative reason. That evidence-relative reasons have been obscured from view in debates in ethics and practical rationality is odd, since they form the basis for the default view in accounts of rationality in epistemology.

On these versions of the reasons-responsiveness view, it is quite plausible that whether one has rationally responded to the relevant reasons *does* supervene on the mind. Broome takes this possibility to be a *threat*.<sup>20</sup> Because both his own view and these views might be consistent with the claim that rationality supervenes on the mind, he takes them to be rival views, neither of which is ruled out by the central conceptual truth about rationality that ruled out less sophisticated versions of the view that rationality consists in responding

<sup>19</sup> Still less do these views have to claim that reasons *are* mental states of belief rather than propositions or facts.

<sup>20</sup> I learned this from Broome's responses to an earlier draft of this paper at the UNAM workshop. Broome doesn't consider these views in *Rationality Through Reasoning*.

# REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

to reasons. But here I think Broome is mistaken. Plausibly, Broome's account of rationality and sophisticated accounts of rationality as responding to reasons are not accounts of the same single thing, rationality *simpliciter*. Broome seems to be assuming that because both accounts accept the constraint that the notion they're theorizing supervenes on the mind, they must be rival accounts of the same thing. But this patently does not follow. There can be two distinct normative notions, both of which supervene on the mind, and which don't compete as rival accounts of the same thing.

A concrete example may help to illustrate the point. Suppose you know that 99% of scientific experts agree that human activities have contributed to climate change. Call that proposition (or the fact that it corresponds to, if you prefer) E. Assume, as is plausible, that this E is a decisive reason to believe H —the proposition that human activities have contributed to climate change. But suppose that you deny that E is a decisive reason to believe H. For you hold that scientific experts are all involved in a giant global conspiracy to deceive people into false beliefs about climate change. Moreover, suppose that there's no interfering higher-order evidence —your belief that scientific experts are involved in this giant conspiracy is itself unjustified (though we may nevertheless suppose that you *believe* it to be justified). Finally, suppose that you fail to believe H.

Now, the following seems clear. Your failure to believe that H is unjustified, in the ordinary epistemological sense of 'unjustified': it is a failure to correctly respond to your evidence.<sup>21</sup> It is thereby a failure to correctly respond to your reasons, (*even*) *in the sense (or of the kind)* that the sophisticated reasons-responsiveness accounts of rationality fix on.<sup>22</sup> The relevant reason that you're failing to re-

<sup>21</sup> Some epistemologists deny that absence of belief is ever unjustified. I don't agree with this view, but this is inessential to the example. If you have this view, just add to the example that you believe not-H, despite the fact that E is decisive evidence against not-H.

<sup>22</sup> Or maybe not. Lord (2014) says that for it to be irrational to fail to respond to a reason (for  $\Phi$ -ing), you have to be *treating* it as a reason (to  $\Phi$ ). And you don't seem to meet that condition here. But in my view, this claim of Lord's is a mistake, at least given the ambitions of his own view: it makes his own notion of rationality collapse into something very like (or in fact, perhaps even strictly *weaker than*)

ALEX WORSNIP

spond to – E – is not something outside of your ken; nor does your evidence suggest that E is not a reason to believe H. At the same time, you need not violate a requirement of rationality of the sort that Broome’s theory focuses on. That is to say, you are not (or need not be) *structurally* irrational; there need be no internal *incoherence* in your belief-set.<sup>23</sup> Moreover, both of these statuses—that you have an unjustified (or reasons-unresponsive) belief, and that your belief-set is internally coherent—are ones that, for all that has been said, supervene on the mind.<sup>24</sup> But that need not mean that, in fact,

coherence (see Worsnip 2015a: sec. 2.6 part (d)). As I’m going to suggest below, we ought to *distinguish* a notion of rationality as reasons-responsiveness from a notion of rationality as coherence – where the former corresponds to the epistemologist’s notion of justification and can capture the sense in which our believer is irrational. Adding Lord’s “treating condition” frustrates this end.

<sup>23</sup> I need to be clear about something here. One might think that I’m resting this claim about the case on the bolder, and more general, idea that as long as you *believe* that there’s nothing wrong with your states, they are coherent. But as Broome (2013: 91-2) himself has persuasively argued, this claim is unsustainable. If there are any exceptionless coherence requirements, they must impose what Broome calls “strict liability”. For example, if it’s always incoherent to (believe p and believe not-p), then it must be incoherent to be in that combination of states even if one believes the combination to be OK (and even if one believes it to be OK for sophisticated reasons, such as philosophical dialetheism). So the only way to salvage the claim that as long as you believe there’s nothing wrong with your states, they are coherent, is to reject the view that there are any exceptionless coherence requirements. Like Broome, I do not want to do this. So I am not claiming that believing there’s nothing wrong with your states suffices for coherence. Rather, my claim is simply that there is no requirement of coherence that forbids being in the states involved in my example. There is, in my view, a requirement of coherence that forbids (believing that your evidence decisively supports p and failing to believe p). But you don’t violate this requirement in the example. You merely fail to believe what your evidence *actually* supports. That’s not a failure of *coherence*. The analogy to the moral case, which I will mention shortly, may help to bring this out.

<sup>24</sup> Of course, the claim that justification supervenes on the mind is controversial in epistemology. It is associated with internalism – though if one is an externalist about the mental (as Williamson (2000)) is), then it’s also compatible with externalism about justification. In any case, it suffices for my purposes that there are many epistemologists who do accept it. My point is merely that in thinking this, such theorists need not collapse justification and coherence. Thanks to Daniel Fogal for help on this point.



# REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

they are rival accounts of a single notion, rationality. Rather, they seem simply to be distinct normative statuses.

Similarly, consider a structurally analogous moral case. Suppose you're a CEO who knows that some action (say, opening a particular new factory) will gravely damage the environment. And suppose the fact that it will gravely damage the environment is a decisive reason not to open it (and that you lack interfering higher-order evidence that it's not a decisive reason not to open it). But suppose you simply don't care that it will gravely damage the environment, and don't believe that this fact is any reason at all not to open it. Again, you're failing to respond to a reason *of the kind that the sophisticated reasons-responsiveness accounts of rationality fixes on*. But there's nothing incoherent about your states. Again, both of these statuses may supervene on the mind, yet they seem distinct and not rival account of one single thing, *rationality*.

That's not to say that there won't be those who insist that the term 'rationality' be reserved for either one or the other of these statuses. But that really is a matter of terminology (and neither usage obviously violates the conceptual truth that rationality supervenes on the mind). The important thing is that we mark the distinction between reasons-responsiveness and coherence *somehow*.

Interestingly, it seems that when focusing on the epistemic case, it seems to be the usage of 'rationality' to refer to coherence that more often gets jettisoned, whereas when focusing on the moral case, it seems to be the usage of 'rationality' to refer to reasons-responsiveness that more often gets jettisoned. Sometimes, the very same philosopher seems to use the term 'rationality' to refer to (or at least include) reasons-responsiveness in the epistemic case, but to refer to coherence only in the moral (or more generally practical) case.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> This can lead to substantive mistakes. For example, some philosophers affirm a version of expected utility theory where one rationally ought to maximize utility given the evidential probabilities (*not* one's actual credences) plus one's preferences over outcomes (*not* the objective value or choiceworthiness of those outcomes). This is a mismatched theory that takes it for granted that rationality requires reasons-responsiveness on the epistemic side, but tolerates any coherent set of preferences on the practical side.



ALEX WORSNIP

As I've argued elsewhere,<sup>26</sup> there is no justification for this asymmetry. Only confusion will result from using 'rationality' to refer to (or include) reasons-responsiveness in epistemology, but to refer to coherence (only) in ethics.

Indeed, Broome himself may be guilty of this. In a brief but telling passage, he writes:

No doubt one or more requirements connect a belief that you ought to F with your evidence that you ought to F; I do not try to specify those requirements in this book. So there are a number of states you might be in —call them 'grounding states'— that ensure you are not rational unless you believe you ought to F (140).<sup>27</sup>

Here, Broome seems to allow that there are rational requirements that require one to have beliefs that are appropriately responsive to one's evidence. But appropriate responsiveness to one's evidence is just appropriate responsiveness to a particular kind of reason —evidential reasons. So, if there are such rational requirements, they are rational requirements to respond to one's reasons. This is striking, since as we've seen, Broome denies —with primary attention to the practical, rather than the epistemic case— that it's rationally required to respond to one's reasons. Of course, if evidence supervenes on the mind, Broome's concession here doesn't violate his guiding principle that rationality supervenes on the mind. But that just reinforces my point that there *is* a notion of reasons-responsiveness that supervenes on the mind. It's most familiar from

<sup>26</sup> Worsnip 2016b. In that paper, I gave an error theory to try to explain the asymmetry in intuition. At the time, I thought that error-theory supported a conceptual revision of using 'rationality' to refer only to coherence in both domains. I've subsequently become less attached to this last part of the view.

<sup>27</sup> Broome here talks here about a belief that you ought to F because that's what he's discussing in the broader context of the passage, but I assume that the claims he makes here ought to generalize beyond this particular kind of belief, and beyond normative beliefs more broadly. After all, it would be odd to claim that rationality requires one's normative beliefs to be related to one's evidence in particular ways, but that there's no rational requirement that one's non-normative beliefs be so related to the evidence.

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

epistemology,<sup>28</sup> but it can be extended to the practical case also. Indeed, anyone who denies that there's at least an evidence-relative *sense* of the term 'reason' will have great difficulty accounting for the epistemic case.

Still, any requirements to respond to one's evidence (or reasons more generally) are of a fundamentally different kind from the requirements of coherence that Broome is primarily engaged in theorizing, and the two should be kept apart. So, although I'm not taking a stand on whether 'rationality' should be used to refer to reasons-responsiveness or coherence, I do think we should strive to make our usage consistent across domains. One disadvantage of working simply with the term 'rationality' is that it obscures possible inconsistencies of this kind.

The result of all of this is that, once we have the best reasons-responsiveness view on the table, the debate about whether rationality is about reasons-responsiveness or about coherence *does* seem to be close to being terminological. This might seem like a disappointment for Broome's project, since two whole chapters of *Rationality Through Reasoning* are devoted to arguing that rationality doesn't require responding to reasons. But in fact, I think that it doesn't really compromise the ultimate project at all (indeed, I think it strengthens it). My proposal is that we use the term 'coherence requirements', or 'structural requirements', to refer to the sorts of requirements that Broome is engaged in theorizing, and 'coherence' or 'structural rationality' to refer to the phenomenon that they're a part of.<sup>29</sup> It would be a change of vocabulary for Broome to talk this way, instead of just talking of 'rational requirements' and 'rationality', *simpliciter*. But the crucial point is that it's compatible with this change of vocabulary to continue to think that the distinction between reasons and structural requirements is deep and important — in contrast to the many philosophers who have ignored it, equivocated on it, and so on. The change in vocabulary also preserves the possibility of asking many questions about the relationship (or lack of) between reasons and structural ra-

<sup>28</sup> Or at least from *internalist* epistemology – see fn. 24 above.

<sup>29</sup> For similar proposals, see Scanlon (2007); Kolodny (2007, 2008); Easwaran & Fitelson (2015); Worsnip (2018a, 2018b); Fogal (ms.).

ALEX WORSNIP

tionality, and to translating Broome's claims about the relationship of reasons and rationality *simpliciter* into those terms.

Finally, suppose I'm wrong that the issue between the reasons-responsiveness view and the coherence view is terminological. Though the constraint that rationality supervenes on the mind won't rule out the (best version of the) former view, perhaps there's some other conceptual constraint that does. Note that the change in vocabulary I'm proposing wouldn't preclude recognizing this. We would simply present this claim as the *further* claim that structural requirements exhaust the requirements of rationality as a whole. Indeed, I think it's more perspicacious to present this claim as just what it is: a *further* claim —rather than using 'requirements of rationality', in effect, to refer to structural requirements by stipulation. So I think that however things shake out, we should adopt my proposed change in vocabulary, and this is what I'll do in what follows. To have a single set of terminology, I'll use the vocabulary of structural requirements and of structural rationality. But that of coherence requirements and of coherence would do just as well.

## 2. *The threat of superfluosity*

A different threat to the significance of the distinction between reasons and structural requirements comes from the thought that structural requirements might be *superfluous*. The idea here is that, as long as one responds appropriately to one's reasons, this will guarantee that one obeys all the structural requirements.<sup>30</sup> In that

<sup>30</sup> Cf. Kolodny 2007; Lord 2014. Interestingly, Easwaran & Fitelson (2015), who (unlike Kolodny and Lord) think that structural requirements, as distinguished from reasons, are both real and interesting – and who (unlike Broome, cf. section 1.3 below), give a kind of analysis of what structural requirements are, seem to define structural requirements (or 'coherence requirements', as they call them) in a way that guarantees their superfluosity. On their analysis, a combination of attitudes is forbidden by a structural requirement iff we know *a priori* that anyone who has such attitudes must (whatever their particular circumstances, evidence and reasons) be failing to respond appropriately to their reasons in some way (that is, that at least one of the attitudes must be one that they have most reason to abandon). But that means that all instances of structural irrationality are already forbidden by

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

sense, structural requirements are superfluous, because they don't introduce any *further* demands on one's attitudes that one's reasons don't already impose. An example will help here. One might think that, whatever one's evidence is, it could never both permit believing *p* and permit believing not-*p*. If that's so, correctly responding to one's evidential reasons guarantees that one satisfies the (structural) requirement to avoid contradictory beliefs. The superfluousness charge aims to extend this general sort of challenge to other structural requirements.

Of the three threats I am exploring here, this is the only one that Broome directly discusses.<sup>31</sup> He discusses it in the context of his aforementioned contention that rationality is not a matter of responding appropriately to reasons. Part of what Broome is claiming is that even if rationality *did* require responding to reasons in some sense, responding to reasons is not the *only* aspect of rationality.<sup>32</sup> But if structural requirements are superfluous, there's a sense in which that is not so. On such a view, once we have said what our reasons demand of us, we are done saying what rationality requires. Or, if rationality consists only in structural rationality, and does not require responsiveness to our reasons, then rationality as a whole is superfluous: we can capture all the demands on our attitudes by talking only about our reasons.

There's a stronger and a weaker way of construing the threat of superfluousness. On the stronger version of the threat, showing that putative structural requirements are superfluous shows (or at least provides strong reason to think) that there in fact *are* no such structural requirements. Once these requirements are superfluous, we can simply eliminate them from our ontology.<sup>33</sup> So, for example, it will be true that it's never permissible to both believe *p* and believe not-*p*, but not because there's a requirement banning this combination *as such*, but rather because, for any proposition and any evidential state, one's evidence will forbid (at least) one of these two

one's reasons, delivering the superfluousness of structural requirements.

<sup>31</sup> Broome 2013: 84-87.

<sup>32</sup> Cf., e.g., Broome 2013: 90; also, again, Broome 1999: 398.

<sup>33</sup> This seems to be the view of both Kolodny (2007) and Lord (2014).

ALEX WORSNIP

beliefs. On the weaker version of the threat, structural requirements might be real in spite of their superfluosity, but they are nevertheless uninteresting, since they don't tell us anything to do anything that our reasons don't already tell us to do (and fail to tell us to do some of the things that our reasons *do* tell us to do). They can, on this view, be fairly ignored by those interested in normativity.

I'm not sure I agree that, were structural requirements superfluous, they would be completely uninteresting. It might be that failures to conform with structural requirements represent a deeper kind of irrationality than failures to respond appropriately to reasons, or that there is a distinctive mode of criticism involved in charging someone with structural irrationality.<sup>34</sup> Moreover, structural requirements may play a constitutive role in the attribution of mental states, or in the explanation and prediction of behavior, that reasons (or requirements to respond appropriately to reasons) do not.<sup>35</sup> Still, it's clearly at least something of a disappointment for those who want to draw attention to structural requirements if they turn out to be superfluous. I'll mention two ways in which the superfluosity result might be blocked.

The first is offered by Broome himself, and attempts to exploit cases where one's reasons are permissive.<sup>36</sup> The trick is to find cases

<sup>34</sup> Cf., e.g., Elga (2005: 115).

<sup>35</sup> Cf. Davidson (1985); Worsnip (2018b).

<sup>36</sup> I'll grant for the sake of argument that reasons can be permissive. In fact, though, I don't think that reasons-talk handles permissions very well. In the reasons literature, it's typically taken for granted that if you have most reason to  $\Phi$ , you ought to  $\Phi$ . But, it's an elementary principle of most deontic logics and deontic semantics that if you ought to  $\Phi$ , then it's impermissible not to  $\Phi$ . Putting these two seemingly innocuous principles together, we get the claim that if you have most reason to  $\Phi$ , then it's impermissible not to  $\Phi$ . If we combine this with a picture where all reasons have weights that must, when added up, either be equal or not equal, then we get the startling result that the only way for more than one option to be permissible is for each option to have reasons supporting it that are of *precisely* equal weight. In my view this result turns on an equivocation: the kind of 'ought' that features in the first principle is not the same as the kind of 'ought' that features in the second: the 'ought' that is guaranteed by having most reason is a kind of "optimal" 'ought', whereas the 'ought' that is the dual of natural permissibility-talk is a stronger notion corresponding to something more like *obligation*. But that suggests

# REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

where one's reasons permit one to have some attitude A, and permit one to have some attitude B, but having *both* attitude A and attitude B is structurally irrational.<sup>37</sup> For example, it might be that it's permitted by one's evidence to have a credence for p anywhere in the range between 0.32 and 0.33, inclusive. It plausibly follows from this that it's permitted by one's evidence to have a credence for not-p anywhere in the range between 0.67 and 0.68, inclusive. Nevertheless, it would be structurally irrational to have credence 0.33 in p while also having credence 0.68 in not-p. Or, to take an example from the practical domain: it might be permissible, so far as one's reasons go, either to intend to go the office or to intend to work from home, and thus also be permissible either to intend what you believe to be

that the concepts of obligation and permissibility aren't simply a matter of adding up all the reasons; reasons on their own can't explain what's permissible and what isn't. Of course, this is quick and could be objected to at a number of points.

<sup>37</sup> I suspect that, interestingly, we cannot give a definition of what so-called "permissive cases" are without appealing to structural requirements. In the literature in epistemology on permissivism, it's often said that one counts as a permissivist, or believes in permissive cases, if one thinks that there can be cases where, even holding fixed a body of evidence, there's more than one doxastic attitude that it can be rational to take toward a proposition (White 2005: 445; Ballantyne & Coffman 2011: 1; Schoenfield 2014: 194). Strictly speaking, though, this definition is clearly too inclusive. Here are two doxastic attitudes that virtually all epistemologists think can sometimes both be rational toward the same proposition p: believing p, and having credence 0.99 in p. (I'm thinking here of epistemologists who don't think of belief as incompatible, either descriptively or rationally, with credence 0.99.) Surely they don't qualify as permissivists thereby. What's instead wanted to define permissivism is the idea that sometimes, more than one "incompatible" attitude toward p is permissible. But "incompatible" in what sense? If we define "incompatible" attitudes as attitudes that it is *impossible* to hold at once, then our definition of permissivism is now too *exclusive*: surely someone who thinks that there are cases where it is rational either to believe p or to disbelieve p (where disbelieving p involves believing not-p) counts as a permissivist, even if they think that it's *possible* to both believe p and disbelieve p by having contradictory beliefs. So it seems that "incompatible" needs to be understood in terms of structural rationality: a permissivist is someone who thinks that there are cases such that: attitude A1 toward p is permissible, attitude A2 toward p is permissible, even though A1 and A2 are incompatible *in the sense that they would be structurally irrational to hold together*. In fact, once we have this definition, we can drop the "toward p" qualification, which provides a nice generalization of our definition of permissive cases beyond the doxastic realm.

ALEX WORSNIP

necessary means toward going to the office (say, asking to borrow the car), or to not intend those believed means. But it's structurally irrational to intend to go to the office but fail to intend to ask to borrow the car (while believing that you need to ask to borrow the car in order to go to the office).

There are, however, some complications here. In general, it doesn't follow from its being permissible to  $\Phi$  and its being permissible to  $\Psi$  that it's permissible, *even by the same set or kind of norms*, to ( $\Phi$  and  $\Psi$ ). Thus, one's *reasons* might permit two things individually, without permitting them jointly. For example, it might be that your reasons permit you to propose marriage to your partner tonight, and that your reasons also permit you to watch a gory horror movie with your partner tonight. But for all that, your reasons might *not* permit doing both: it might be that although each plan is an individually reasonable course of action, the two together are a very unreasonable course of action. This *isn't*, it bears stressing, a matter of structural irrationality.<sup>38</sup> On its own, there's nothing structurally irrational about intending to propose and simultaneously intending to watch the gory horror movie. You might be structurally irrational if you also have certain further attitudes: say, believing that conditional on watching the horror movie, you shouldn't propose. But it's possible for there to be no structural irrationality here (you might wrongly *think* that it's a great idea to propose while watching a gory horror movie), compatibly with its still being the case that it is in fact unreasonable to (intend to) do both. Your reasons forbid doing both jointly not because of the structural irrationality or incoherence of having both intentions, but rather because the reasons that speak in favor of each individual plan are undermined by pursuing the other one: the reason-generating benefits of proposing are unrealized if you do it while watching a gory horror movie, and the

<sup>38</sup> Note that this creates a problem for a minimal, purely formal account of structural requirements that defines them *simply* in terms of their governing combinations of attitudes. We can state a requirement that forbids you from *both* intending to propose *and* intending to watch the gory horror movie, and this is a requirement that governs a *combination* of your attitudes. But it's not a requirement of structural rationality in the relevant sense.



REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

reason-generating benefits of watching a gory horror movie are unrealized if it is interrupted by a proposal.<sup>39</sup>

Having clarified that one's reasons can forbid doing two things jointly even while permitting each individually, it's now open to someone defending the superfluosity of structural requirements to claim that in the permissive cases where it *is* structurally irrational to have both attitudes, one's reasons *also* forbid having both attitudes (though they permit each individually) —so that the structural requirement *is* in fact superfluous after all. For example, perhaps it's *unreasonable* (and not just structurally irrational) to intend to go to the office, while not intending to ask to borrow the car. After all, one might say, the primary point of intentions is to help us get things done. The point of the intention to go to the office is (typically) in the actually *going* to the office; but if one doesn't intend to ask to borrow the car, one won't actually go the office, and so the reason-generating benefit of intending to go is unrealized. So perhaps, though taken individually, both intending to go to the office and not intending to ask to borrow the car are reasonable, jointly they are unreasonable (and not just structurally irrational). Admittedly, it's a bit harder to see how to generalize this to doxastic permissive cases. But perhaps it can be done, and besides, doxastic permissive cases are more controversial than practical permissive cases. So it's uncertain, I think, whether permissive cases really do save us from superfluosity. By this, I really do mean that it's uncertain. Permissive cases are a good way to put some pressure on the claim that structural requirements are superfluous, but more work remains to be done to show that they defeat it.

Elsewhere, I've pursued a different way to undermine the claim that structural requirements are superfluous, namely, to argue that there are cases where reasons and structural requirements *conflict* with each other, in the sense that it's impossible both to take the attitudes your reasons support and to satisfy the structural require-

<sup>39</sup> This is just a special case of the general point that just because it's permissible to  $\Phi$ , it doesn't follow that all ways of  $\Phi$ -ing are permissible. In the special case, both  $\Phi$ -ing and  $\Psi$ -ing are permissible, but any way of both  $\Phi$ -ing and  $\Psi$ -ing is an impermissible way of  $\Phi$ -ing, or an impermissible way of  $\Psi$ -ing, or both.



ALEX WORSNIP

ments.<sup>40</sup> In such cases, taking the attitudes one's reasons support would put one into violation of the structural requirements; *a fortiori*, taking the attitudes one's reasons support does not suffice for satisfying the structural requirements. Thus, it directly follows from the possibility of such conflicts that the structural requirements are not superfluous. My particular strategy is to appeal to cases of misleading higher-order evidence, where one has misleading evidence either about what one's evidence is, or about what it supports. I argue that in some such cases, one's total evidence can support a doxastic attitude A, yet one's total evidence also supports the belief that one's total evidence does not support A. In such cases, the only way to have the attitudes one's evidence (and thus, assuming no interfering non-evidential reasons, reasons) supports is to have attitude A, but also believe that one's total evidence does not support A. And that, I claim, is structurally irrational. So, we have a conflict between reasons and structural requirements. I won't rehearse my defense of this line of argument here, and I am not pretending that it is uncontroversial. I do think that, if it succeeds, it can be extended to the practical domain, giving us cases where one ought to (intend to)  $\Phi$ , but also decisive reasons to believe that one ought not  $\Phi$  – again, a combination that would make one structurally irrational.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Worsnip (2018a). Interestingly, Broome's early view (Broome 1999) seemed to disavow the possibility of such conflicts, by holding that rational requirements can be expressed using the same 'ought' that corresponds to what one has most reason to do.

<sup>41</sup> One might think that this is actually *easier* to get than conflicts of the purely doxastic kind, since one might think it's just obvious that one can have misleading evidence about whether one ought to  $\Phi$ . However, we must be careful not to make this look too easy by tacitly relying on an evidence-insensitive notion of 'ought' and 'reasons' when it comes to action and intention, but an evidence-sensitive notion of 'ought' and 'reasons' when it comes to belief (cf. the discussion in the previous section). It's not so obvious that one can have (all-things-considered) misleading evidence about whether one ought to  $\Phi$ , where 'ought' in that claim is itself read as evidence-sensitive. Kiesewetter (2016) and Way & Whiting (2016) both deny that one can, and thus deny the possibility of the sort of conflict described here. Still, I think that the doxastic case, where ' $\Phi$ ' itself refers to a belief, illustrates how such a thing is possible, and certainly shows that it is at least *conceptually possible*. For the claim that one's evidence decisively supports the *first-order* proposition p is not the same thing

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

It's worth mentioning a two other, perhaps simpler, ways in which we might hope to get conflicts between reasons and structural requirements. First, there are cases where having some structurally irrational combination of attitudes is *beneficial*. For example, some eccentric madman might offer you millions of dollars to violate a structural requirement (or threatens to do something awful to your family if you don't). If the madman's offer is a reason to have the attitudes that violate the structural requirement, then it seems like it should be strong enough to, in principle, be decisive; a conflict would then follow. Whether this is a successful example of a conflict case turns on whether there are so-called "wrong kinds of reasons" for attitudes that are nevertheless genuine reasons for those attitudes (as opposed to something else, such as wanting to have the attitude or trying to get yourself to have it).<sup>42</sup>

Secondly, if one thinks that it's incoherent to have inconsistent beliefs, then preface paradox-style cases, where one's evidence seems to support inconsistent beliefs (due to the agglomeration of risk of error), might be examples of conflicts between (evidential) reasons and structural requirements. Whether this is a successful example of a conflict case turns on whether it really is incoherent (even in preface-style cases) to have inconsistent beliefs.<sup>43</sup>

Overall, then, the two ways of trying to head off the superfluousness problem have different virtues and vices. The existence of permissive cases is relatively uncontroversial (at least in the practical domain), but the argument from permissive cases to the claim that structural requirements are not superfluous turns out not to be straightforward. By contrast, the existence of conflict cases is more controversial and takes some work to establish, but the argument

as the claim that one's evidence decisively supports the *higher-order* proposition that one's evidence decisively supports believing p. So similarly, I think it's at least not conceptually impossible for it to be the case that one ought (even in an evidence-relative sense) to perform an action  $\Phi$  but also that one has decisive (evidential) reason to believe that it's not the case that one ought (in an evidence-relative sense) to  $\Phi$ .

<sup>42</sup> For discussion, see among many others Hieronymi (2005); Parfit (2011: Appendix A); Way (2012); Howard (2016).

<sup>43</sup> Unfortunately (for my purposes here), I believe that it is not. See Worsnip (2016a).

ALEX WORSNIP

from conflict cases to the claim that structural requirements are superfluous is straightforward. Either way, if I'm right, those who (like both Broome and I) want to stress the importance of the distinction between reasons and structural requirements have substantive work to do here.

### 3. *The threat of disappearing subject-matter*

As Broome clarifies several times, his use of 'requirement' is not such that a requirement is necessarily *normative* in a robust sense.<sup>44</sup> In a robust sense of 'normative', something is normative if it helps determine what you ought to do. It follows from Broome's discussion of the relationship between reasons and 'ought' that reasons are normative in this sense. But —and here we find another important element of the distinction between reasons and structural requirements— it is not guaranteed that structural requirements are normative in this sense. Broome says that he although believes that rational requirements (i.e., structural requirements) are normative, he “has no argument” for this claim.<sup>45</sup>

This may leave some readers puzzled. In what sense could a structural requirement be a *requirement* if it were not normative? But as Broome points out, the idea of a non-normative requirement can be made sense of. To use his example, the claim that Catholicism requires you to abstain from eating meat on Fridays is both intelligible and true even from the point of view of someone who thinks that we have no reason whatsoever to comply with the requirements of Catholicism.<sup>46</sup> Similarly, we can talk about requirements of etiquette, of grammar, of Mafia morality, and so on, without committing ourselves to thinking of these requirements as normative.

However, there is a major disanalogy between all of these (potentially) non-normative requirements, on one hand, and structural requirements of rationality on the other. The difference is that every

<sup>44</sup> See Broome (2013: 26, 192).

<sup>45</sup> *Ibid.*: 193.

<sup>46</sup> *Ibid.*: 192.

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

clear example of the former seems to be in some way fixed by facts that are (in a broad sense) conventional. For example, what 19<sup>th</sup> century British etiquette requires is simply a matter of what the conventional practices and beliefs of 19<sup>th</sup> century Brits are. By contrast, I want to suggest, we do not have clear examples of requirements that are both non-normative *and* non-conventional. Yet structural requirements of rationality do not seem to be conventional. So perhaps it is, after all, hard to make sense of the idea that structural requirements of rationality are non-normative.

This creates a puzzle even if one, like Broome, suspects that structural requirements *are*, ultimately, normative. For Broome still takes it to be a possibility worth taking seriously that structural requirements are not normative. But he never seems to take it to be a possibility worth taking seriously there simply *are* no genuine structural requirements. Assuming that structural requirements are not conventional, this combination of attitudes requires us to be able to at least make sense of the idea of a non-normative, but also non-conventional requirement.

The problem would go away if we took the specification of structural requirements to be essentially a matter of *stipulation*. Some philosophers do talk about ‘coherence’ this way. For example, epistemologists typically call any set of credences that do not obey the axioms of the probability calculus “probabilistically incoherent”. In doing so, they are just stipulatively using the term ‘incoherent’ to refer to any set of credences with those probabilities. Indeed, some of these philosophers go on to deny that probabilistic incoherence is in fact irrational, or that there is any genuine requirement on us to avoid it.<sup>47</sup> Similarly, some may treat it as a matter of stipulation that any set of deductively inconsistent beliefs is incoherent. Broome, however, doesn’t treat the specification of structural requirements as a matter of stipulation. Chapters 9 and 10 of *Rationality Through Reasoning* are concerned with trying to determine, as a substantive matter, which putative structural requirements are genuine requirements of rationality, and which aren’t. For example, for Broome, it’s a substantive question for debate whether (e.g.) there is a *genuine*

<sup>47</sup> Cf. Foley (1993); Caie (2013).

ALEX WORSNIP

structural requirement of rationality forbidding all inconsistent beliefs (in fact, he thinks there is not).<sup>48</sup>

But, to reframe the problem, *what does that substantive question come to?* One might think the question of whether there is a *genuine* structural requirement forbidding inconsistent beliefs *just is* the question of whether we really *ought* (or at least, have some reason) to refrain from having inconsistent beliefs. But as we’ve just seen, for Broome, this can’t be so, since saying that something is a (genuine) structural requirement of rationality is *not* supposed to commit one to the claim that this requirement is normative. (He turns to the question of whether the requirements of rationality are normative only in Chapter 11, independently of and after asking which putative requirements of rationality are genuine requirements.) Broome’s method of uncovering requirements of rationality is to “appeal largely to our intuitions”.<sup>49</sup> But our intuitions about *what?* It’s not clear how to have an intuition about whether a putative structural requirement is genuine without at least tacitly asking ourselves questions like “is this really a (putative) requirement that I *ought to comply with?*”

Of course, you could ask yourself “is this a (putative) requirement that it would really be irrational to violate?”. But, as I’ve already argued in section I.1, the bare concept of rationality (as a status that supervenes on the mind) doesn’t automatically zero in on the relevant notion: given the right interpretation, the notion of a failure to respond to one’s reasons *can* be thought of as irrational, in a good sense that respects the supervenience constraint. Rather, we have to zero in on *structural* rationality, or coherence, specifically. But then the question is just: is this a requirement that it would be *structurally* irrational to violate?. And it’s hard to know how to have intuitions about that question without an answer to the question of what makes a putative requirement a requirement of *structural* irrationality.

The final threat to the depth of the distinction between reasons and structural requirements, then, is that when the two are cleaved

<sup>48</sup> Broome (2013: 154-5).

<sup>49</sup> Broome (2013: 150).

## REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

apart so that calling something a structural requirement does not in itself commit one to saying there is reason to comply with it, the very substance of the subject-matter of a theory of structural requirements (that is, a theory of which structural requirements are genuine and which aren't) may seem to disappear.<sup>50</sup> Heading off this problem, I think, requires us to give a more substantive account of what structural rationality, or coherence, *is*.<sup>51</sup> It's not enough to have a purely *formal* account —that is, one that tells us only the *form* of structural requirements, for example that they govern combinations of attitudes, or are “wide-scope”. For this, at most, enables us to see which things are of the right form to be *putative* structural requirements.<sup>52</sup> The putative requirement not to have inconsistent beliefs, for example, clearly has the right form. So do absurd putative requirements, like the claim that it's rationally required not to both hope that p and simultaneously believe that if p then q. This purely formal account, then, doesn't help us say which requirements are actually *genuine* and which aren't. Especially if it is not necessarily normative, we need a substantive account of what structural rationality is in order to know what we are looking for when we accept or reject putative structural requirements as genuine.

## II. RATIONAL PERMISSIONS AND CORRECT REASONING

For someone who wants to separate reasons and structural requirements sharply, as both Broome and I ultimately do, a further question is how the notion of *correct reasoning*, and of a *rule of correct*

<sup>50</sup> To be clear, however: even if this problem were to force Broome to commit to the claim that calling something a structural requirement *is* to commit oneself to the claim that there is reason to comply with it, this would not collapse the distinction between reasons and structural requirements entirely. There could be a distinctive category of reasons to comply with structural requirements that do not exhaust the reasons as a whole.

<sup>51</sup> For my own attempt, see Worsnip (2018-b).

<sup>52</sup> It may not even do this, if what I argued in section I.2 (and fn. 38, in particular) above is right, and there are *reasons* that pertain specifically to combinations of attitudes.

ALEX WORSNIP

*reasoning*, fits in with these notions. A paradigm rule of correct reasoning is:

*Modus Ponens Rule.* From the belief *p* and the belief *if p then q*, derive the belief *q*.

It's part of the concept of correct reasoning that reasoning can be correct even if the attitudes involved are not supported by reasons. For example, even if the belief *p* and the belief *if p then q* are both hopelessly unsupported by the evidence, it's still true that if one were to reason from these beliefs to the belief *q*, one would be *reasoning* correctly. This might make us suspect that correct reasoning is tied, not to reasons, but to structural rationality.<sup>53</sup> And that's exactly what Broome claims. It's this link that I want to put pressure on in what follows. I'll be suggesting that correct reasoning and structural rationality are less intimately related than Broome thinks, and that we may thus need to make room for correct reasoning as a *third* sui generis normative notion, alongside reasoning and structural rationality, that cannot be analyzed in terms of the other two.

In attempting to tie correct reasoning to structural rationality, one might think that the place to start is with the claim that reasoning is correct just when it brings one into satisfaction of structural requirement of rationality.<sup>54</sup> However, Broome argues (correctly) that this not right: it is neither necessary nor sufficient for reasoning to be correct that it bring one into satisfaction of a structural requirement.<sup>55</sup> One reason that it isn't necessary is that there are many instances of correct reasoning that are trivial extensions of one's existing beliefs (for example, inferring from a belief that *p* to the disjunction of *p* and any other proposition). Such reasoning is correct when one does it, but there is no rational requirement to believe all these trivial extensions of one's beliefs, and so the reasoning

<sup>53</sup> Some philosophers have argued for other ways of linking between (rules of) correct reasoning and reasons. Way & Whiting (2016), for example, argue that correct reasoning from attitudes supported by your reasons always issues in attitudes supported by your reasons. See Worsnip (forthcoming) for criticism of this view.

<sup>54</sup> On one interpretation, this is Hussain's (ms.) view.

<sup>55</sup> Broome (2013: 246-7).



REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

does not bring one into satisfaction of any structural requirement. One reason that it isn't sufficient is that, if rationality requires you to hold some attitude given other attitudes you have (for example, if it requires you to intend to  $\Psi$ , given that you intend to  $\Phi$  and believe that to  $\Phi$  you must  $\Psi$ ), and you currently lack the intention to  $\Psi$ , it's always possible for some *other*, incorrect process of reasoning to happen to lead you to form the intention to  $\Psi$ . This would bring you into satisfaction of a structural requirement, but would not count as correct reasoning thereby.

Broome attempts to deal with this problem by tying correct reasoning not to structural requirements but to structural *permissions*. As he claims, "if it is correct to reason to some conclusion, that is because rationality permits you to reach that conclusion" (Broome (2013: 219). So correctness of reasoning is understood in terms of structural rationality: but not structural requirements; rather, structural permissions. According to Broome, (correct) reasoning will often bring one into satisfaction of rational requirements, and is one of our main ways of doing this.<sup>56</sup> But equally, "in many cases, you commit no offense against rationality by failing to do a piece of reasoning that would have been correct had you done it".<sup>57</sup>

Broome develops his account by appealing to the notion of a "basing permission", which specifies that it is rationally permissible to *base* some particular attitude on some other attitude or attitudes.<sup>58</sup> Though basing permissions make appeal to a notion of *basing* that has not featured in the structural requirements we have considered so far, they are still permissions of *structural* rationality: they pertain to the rationality of how one combines one's attitudes.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> *Op. cit.*: 207.

<sup>57</sup> *Ibid.*: 219.

<sup>58</sup> *Ibid.*: 189-90.

<sup>59</sup> One can imagine basing permissions that are content-specific in a way that takes them out of the realm of pure structural rationality. For example, I might claim that it's permissible to base a belief that England will win the cricket match on a belief that the conditions for swing bowling are favorable. Here, I am partly relying on claims about which kinds of considerations (viz. the conditions for swing bowling being favorable) provide adequate *reasons* to draw further conclusions (viz. the belief that England will win the cricket match), which is not a matter of *structural*



ALEX WORSNIP

According to Broome, “each permission will determine a rule, and reasoning by correctly following that rule will be correct”.<sup>60</sup> For instance, reasoning by the *modus ponens* rule is correct because it is always (structurally) rationally permissible to base a belief that *q* on believing that *p* and believing that if *p* then *q*. Here is the way Broome writes out the basing permission corresponding to the *modus ponens* rule (with the notation slightly adjusted):

*Modus Ponens Permission.* Rationality permits *N* that (*N* believes *q* at some time on the basis of believing *p* at some time and believing (if *p* then *q*) at some time).<sup>61</sup>

It’s crucial to understand that this is a supposed to be a *schema* that holds for all possible propositions *p* and *q*. Thus, it claims that it’s *always* structurally permissible to base a belief *q* on a belief *p* and a belief if *p* then *q*.<sup>62</sup> This is a very strong claim. I will argue that, even

rationality. But Broome’s structural permissions are not like this. They say, for example, that it’s permissible to believe *q* on the basis of the believing *p* and believing (if *p* then *q*). Since this relies only on the logical relations between these variables that stand in for propositions, it doesn’t turn on any particular substantive theory of which particular considerations provide adequate reason for particular conclusions. And so I think it makes sense to think of them as remaining within the domain of structural rationality. Broome is talking about which attitudes it’s permissible to base on others *by the lights of structural rationality*, not which attitudes it’s permissible to base on others *in light of what’s a reason for what*.

<sup>60</sup> *Op. cit.*: 247; see also 255.

<sup>61</sup> *Ibid.*: 191.

<sup>62</sup> One might be misled by the fact that Broome says that a basing permission is a negation of a basing *prohibition*, which is a requirement that forbids basing one attitude on another. If *requirements* were understood as universally quantified, rather than as schemata, then the negation of the basing prohibition would simply be the claim that it is *sometimes* permissible to base a belief *q* on a belief *p* and a belief if *p* then *q*. Understood this way, basing permissions are evidently too weak to correspond to rules of correct reasoning. For some propositions *p* and *q*, it’s permissible to base a belief in *q* on a belief in *p*, but evidently there’s no general rule of reasoning telling one to go from a belief in *p* to a belief in *q*. However, since basing prohibitions (like all other requirements) are, for Broome, in fact to be understood as schemata, we can think of basing permissions as negating *each* of their instances. Thus, the right way to read the *modus ponens permission* is itself as a schema that yields individual permissions for all propositions *p* and *q* —that is, as saying that it’s

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

confining ourselves to purely structural rationality (and so bracketing whether your beliefs in  $p$  and (if  $p$  then  $q$ ) are themselves justified), there are cases where, in believing  $q$  on the basis of believing  $p$  and believing (if  $p$  then  $q$ ), you are not structurally rational.

For a first example, suppose that you believe that it is raining, and believe that if it is raining then it is not raining. And suppose that on the basis of these two beliefs, you believe that it is not raining. This combination of states is structurally irrational, since it involves your believing that it is raining and believing that it is not raining; that is, believing contradictory propositions. For all that, though, the application of the *modus ponens* rule is still correct reasoning here.<sup>63</sup> So we have a failure of correspondence between correct reasoning and structural rationality: there is a rule of correct reasoning for which there is no genuine corresponding basing permission.

In conversation, Broome suggested two lines of response to this objection. The first is this. As he sets out basing permissions in his book,<sup>64</sup> the basing permission says that it's (structurally) permissible to be in the following combination of states in this case: {believing that it's raining, believing that if it's raining then it's not raining, believing that it's not raining on the basis of the first two beliefs}. However, Broome denies the axiom of deontic logic that says that if  $p$  is permitted, and  $p$  entails  $q$ , then it follows that  $q$  is permitted. So, Broome says, he can deny that the basing permission entails that it's permitted to be in the following combination of states: {believing that it's raining, believing that it's not raining}. I do not agree with Broome's rejection of the relevant axiom here. Though he has independent purported counterexamples to this axiom and other closely related ones, I think these counterexamples can be easily dealt with by accepting a standard contextualist semantics for deontic modals.

*always* permissible to believe  $q$  on the basis of believing  $p$  and believing (if  $p$  then  $q$ ). Thanks to Broome for setting me straight on this.

<sup>63</sup> One might take the lesson of these two examples to be that the *modus ponens* rule itself is not a rule of correct reasoning as it stands, and needs revision. I don't think this is the right response, but can't argue this here. See Worsnip (forthcoming) for discussion.

<sup>64</sup> Broome (2013: 190).

ALEX WORSNIP

But it would take me too far off-track to argue for this here.<sup>65</sup> Fortunately, I have another response, which is that it is already an unacceptable result to say that any total state *involving* a belief that p and a belief that not-p is structurally rational. Even if Broome denies the relevant axiom of deontic logic, he is still committed to this unacceptable result.

Broome's second line of response is different. It is to revise his statement of the relevant basing permission, so that it says the following: rationality permits that (if you believe that it's raining, and you believe that if it's raining then it's not raining, then you believe that it's not raining on the basis of the first two beliefs). So what's permitted is not a conjunction but a (material) conditional. But once we switch to this reading of basing permissions, they become too *weak* to vindicate the purported connection between basing permissions and rules of reasoning. Consider the following permission:

Rationality permits of you that (if you believe that it's raining, and you believe that it's not raining, then you believe that pink elephants will invade China on the basis of your belief that it's raining and your belief that it's not raining).

If we read the conditional here as material, it *is* permissible to be such that this material conditional is true. Specifically, it's permissible to make it true by making its antecedent false: by not having the contradictory beliefs in question. Of course, there's also a way of making the material conditional true that is not structurally permissible, namely making both the antecedent and the consequent true. But no-one accepts the principle that if it's permissible to  $\Phi$  only if *any* way of  $\Phi$ -ing is permissible. So this is no objection to the basing permission as stated. But clearly, this basing permission does not correspond to a rule of correct reasoning. It definitely isn't correct reasoning to go from the belief that it's raining and the belief that it's not raining to the belief that pink elephants will invade China.

A better option for Broome might be simply to claim that it's the basing *on its own* that is permissible. Both attempts at stating the bas-

<sup>65</sup> I argued for this in my dissertation (Worsnip 2015a), section 3.8.

# REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

ing permission just considered mention the state of basing the belief that it's raining on the belief that it's raining and the belief that if it's raining, then it's not raining. So perhaps we can say that this state *on its own* is permissible. But even this doesn't strike me as the right result. There is something distinctively (structurally) irrational about *basing* a belief that it's not raining, in part, on the belief that it *is* raining. This is not a structurally rational way to be.

So much for the first example of a case where it's not structurally rational to base a belief  $q$  on a belief  $p$  and a belief (if  $p$  then  $q$ ). For a second example, consider a long chain of *modus ponens* deductions, like so:<sup>66</sup>

$P1$   
 If  $P1$ , then  $P2$   
 So,  $P2$   
 If  $P2$ , then  $P3$   
 So,  $P3$   
 [...]  
 So,  $Pn-1$   
 If  $Pn-1$ , then  $Pn$   
 So,  $Pn$

Suppose that, although the agent believes each (underived) premise in this long chain of deductions (i.e. both  $P1$  and each conditional premise), there is a slight risk of error associated with each premise. These risks aggregate so that eventually the probability of the conclusion,  $Pn$ , is low, and as such doesn't warrant belief. And let us suppose that the agent herself *recognizes* these risks of error, and even recognizes how they aggregate. Would she be even *structurally* rational to base belief on the conclusion of the basis of these premises? I think not.

But consider what would be so if it were always structurally rational to base a belief  $q$  on a belief  $p$  and a belief (if  $p$  then  $q$ ). It would be structurally rational for her to believe  $P2$  on the basis of  $P1$  and (if

<sup>66</sup> These kinds of "risk accumulation" cases derive from the preface paradox, originally introduced by Mackinson (1965). See Foley (1993) and Christensen (2004) for particularly powerful reiterations.

ALEX WORSNIP

$P1$ , then  $P2$ ). And it would be structurally rational for her to believe  $P3$  on the basis of  $P2$  and (if  $P2$ , then  $P3$ ). And so on, until it would be structurally rational for her to believe  $Pn$  on the basis of  $Pn-1$  and (if  $Pn-1$ , then  $Pn$ ). There would be no structural irrationality in the chain. But that isn't correct. So it cannot be that it is always structurally rational to base a belief  $q$  on a belief  $p$  and a belief (if  $p$  then  $q$ ).

I therefore conclude that Broome's basing permissions are too strong to be plausible. There are rules of correct reasoning (such as the *modus ponens* rule) with no corresponding basing permissions. And so the purported connection between rules of correct reasoning and basing permissions fails.

My tentative suggestion is that rules of correct reasoning are a *sui generis* notion that can't be understood *either* in terms of reasons or in terms of structural rationality.<sup>67</sup> Thus, the kind of separation between these latter two notions that Broome so importantly draws our attention needs to be effected again between each of them and the notion of a rule of correct reasoning. It may be hard to hear claims about correct reasoning in a way that doesn't involve any claim about structural rationality. But then again, many philosophers have found it hard to hear claims about (structural) rationality in a way that doesn't involve any claim about reasons. We need to expand our conceptual horizons here.

If I'm right about this, it's a problem for Broome's project of intimately tying reasoning and rationality together, reflected in the title of his book. But in a broader sense, I hope this conclusion is a fitting tribute to somehow who's done so much throughout his career to insist that philosophers of normativity not treat different normative notions as interchangeable, and to show us why separating them matters. In my view, it turns out that we need one more such separation.

### III. REFERENCES

Ballantyne N & Coffman EJ (2011), "Uniqueness, Evidence, and Rationality", *Philosophers' Imprint*, 11/18.

<sup>67</sup> See Worsnip (forthcoming) for more on this.

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

- Broome J (1999), "Normative Requirements", *Ratio*, 12: 398-419.
- (2004), "Reasons" in Wallace, Smith, Scheffler & Pettit (eds.), *Reasons and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press.
- (2007), "Does Rationality Consist in Responding Correctly To Reasons?", *Journal of Moral Philosophy*, 4: 349-74.
- (2013), *Rationality Through Reasoning*, Chichester, Wiley-Blackwell.
- Caie M (2013), "Rational Probabilistic Incoherence", *Philosophical Review*, 122/4: 527-575.
- Christensen D (2004), *Putting Logic in its Place*, Oxford, Oxford University Press.
- Darwall S (1983), *Impartial Reason*, Ithaca, Cornell University Press.
- Davidson D (1985), "Incoherence and Irrationality", *Dialectica*, 39: 345-54.
- Easwaran K & Fitelson B (2015), "Accuracy, Coherence, and Evidence", *Oxford Studies in Epistemology*, 5: 61-96.
- Elga A (2005), "On Overrating Oneself... and Knowing It", *Philosophical Studies*, 133/1-2: 115-124.
- Feldman R (1988), "Subjective and Objective Justification in Ethics and Epistemology", *The Monist*, 71/3: 405-19.
- Fogal D (ms.), "Rational Requirements and the Primacy of Pressure".
- Foley R (1993), *Working Without a Net*, Oxford, Oxford University Press.
- Hieronymi P (2005), "The Wrong Kind of Reason", *Journal of Philosophy*, 102/9: 437-57.
- Hussain N (ms.), "The Requirements of Rationality", draft manuscript.
- Howard C (2016), "In Defense of the Wrong Kind of Reason", *Thought*, 5/1: 53-62.
- Kiesewetter B (2016), "You Ought to  $\Phi$  Only If You May Believe That You Ought to  $\Phi$ ", *Philosophical Quarterly*, 66/265: 760-82.

ALEX WORSNIP

- (2017), *The Normativity of Rationality*, Oxford, Oxford University Press.
- Kolodny N (2005), "Why Be Rational?", *Mind*, 114/455: 509-63.
- (2007), "How Does Coherence Matter?", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 107/3: 229- 263.
- (2008). 'Why Be Disposed to Be Coherent?', *Ethics*, 118/3: 437-463.
- Lord E (2014), 'The Coherent and the Rational', *Analytic Philosophy*, 55/2, 151-175.
- (forthcoming), 'What You're Rationally Required to Do and What You Ought to Do (Are The Same Thing!)', *Mind*.
- Mackinson DC (1965), 'The Paradox of the Preface', *Analysis*, 25/6: 205-207.
- Parfit D, (2011), *On What Matters*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press.
- Raz J (2011), *From Normativity to Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- Scanlon TM (2007), "Structural Irrationality" in Brennan, Goodin, Jackson & Smith (eds.), *Common Minds: Themes from the Philosophy of Philip Pettit*, Oxford, Oxford University Press.
- Schoenfield M (2014), "Permission to Believe: Why Permissivism Is True and What It Tells Us About Irrelevant Influences on Belief", *Noûs*, 48/2: 193-218.
- Schroeder M, (2009). 'Means-End Coherence, Stringency, and Subjective Reasons,' *Philosophical Studies*, 143: 223-248.
- Southwood N, (2008). "Vindicating The Normativity of Rationality," *Ethics*, 119: 9-30.
- Way J, (2012), "Transmission and the Wrong Kind of Reason", *Ethics*, 122/3: 489-515.
- & Whiting D (2016), "If You Justifiably Believe That You Ought to  $\Phi$ , You Ought to  $\Phi$ ", *Philosophical Studies*, 173: 1873-1895.
- White R (2005), "Epistemic Permissiveness", *Philosophical Perspectives*, 19: 445-459.

REASONS, RATIONALITY, REASONING: HOW MUCH PULLING-APART?

- Williamson T (2000), *Knowledge and its Limits*, Oxford, Oxford University Press.
- Worsnip A (2015a), *Rationality's Demands on Belief*, PhD Dissertation, Yale University.
- (2015b), "Narrow-Scoping for Wide-Scopers", *Synthese*, 192/8: 2617-2646.
- (2016a), "Belief, Credence, and the Preface Paradox", *Australasian Journal of Philosophy*, 94/3: 549-62.
- (2016b), "Moral Reasons, Epistemic Reasons, and Rationality", *Philosophical Quarterly*, 66/263: 341-61.
- (2018a), "The Conflict of Evidence and Coherence", *Philosophy and Phenomenological Research*, 96(1): 3-44.
- (2018-b), "What is (In)coherence?", *Oxford Studies in Metaethics*, 13: 184-206.
- (forthcoming), "Isolating Correct Reasoning" in Balcerak Jackson & Balcerak Jackson (eds.), *Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.



## Broome on the Connection between Normative Beliefs and Motivation\*

### *Acerca de la conexión entre creencias normativas y motivación en Broome*

Carlos NÚÑEZ\*\*

SUMMARY: I. *The Motivation Question*. II. *Enkratic Reasoning*. III. *Acknowledgments*. IV. *References*.

#### I. THE MOTIVATION QUESTION

John Broome says that his main goal in *Rationality Through Reasoning* is to give an answer to what he calls the “Motivation Question”.<sup>1</sup> The question is the following: “When you believe you ought to do something your belief often causes you to intend to do what you believe you ought to do. How does that happen?”<sup>2</sup>

Broome’s answer is this: at least in the philosophically interesting cases, what happens is that you reason your way from the belief that you ought to do something to the intention to do it. You bring yourself, through reasoning, to intend to do what you believe you ought to do. How exactly does this happen?

The idea, roughly, is that your belief that you ought to do something (together with the belief that doing so is up to you —I will

\* Artículo recibido el 8 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 8 de noviembre de 2017.

\*\* University of Vienna.

<sup>1</sup> I limit my comments to what Broome says in *Rationality through Reasoning* (Wiley Blackwell 2013). All page numbers refer to this book.

<sup>2</sup> *ibid* 1.

CARLOS NÚÑEZ

avoid mentioning this belief from now on, but it should be taken as given) causes you to acquire the intention to do that thing, through a process whereby you operate on the marked contents of your beliefs, following a rule, to construct the marked content of your intention.

The relevant rule is the following:

From  
 <I ought that *p*; belief>  
 (and <It is up to me whether or not *p*; belief>)  
 to derive  
 <*p*; intention> (p. 290)

And for the process to count as a case of reasoning whereby you are following this rule, it must be true of you both that you are disposed to behave in accordance with the rule, and that doing so would seem right to you.

Broome contrasts this answer to the Motivation Question to Michael Smith's attempts to explain why it is that normative beliefs imply motivational states,<sup>3</sup> and says also that it is intended to remove one of the grounds for noncognitivism.<sup>4</sup>

However illuminating I find by Broome's account, I am perplexed by this way of framing the project. It suggests to me that he is trying to address the very same question that people working in meta-normativity are trying to address when they attempt to account for what has come to be known as "judgment internalism". This, roughly, is the thesis that (certain) normative judgments necessarily imply (certain) motivations (though the specific flavor of the necessity involved might vary according to theories). The question such theorists are trying to answer is, roughly, *why* it would be that normative beliefs imply motivations. Call this "the question for Judgment Internalism". Broome's answer to the Motivation Question explains *how* it is that normative beliefs often lead to motivational states. They do so through reasoning. I am in broad outlines convinced by Broome's

<sup>3</sup> *ibid.*

<sup>4</sup> *ibid* 6.

answer to this question. But I fail to see how it could serve also as an answer to the question for Judgment Internalism. This makes me unsure about what exactly the theoretical and dialectical target of Broome's account is. I will concentrate on this issue in the following comments.

## II. ENKRATIC REASONING

Broome tells us how it is that, often, when you believe you ought to do something, you intend to do it. The answer is that you reason your way to that intention, and he explains how such reasoning —“enkratic reasoning”— could be something you do.

Suppose one is convinced by Broome's account. Still, one could wonder why it is that such a belief would lead you to do this. In other words, granting Broome that this is something you do, one could still wonder why you would do it. After all, not all beliefs are like this. In fact, many people think normative beliefs are unique in this respect: they think that it is only such kind of beliefs that, on their own and without the aid of further motivational states, would reliably lead you to reason from them to intentions. Why do they do that? What it is about these beliefs, exactly, that would reliably engage the type of reasoning for which the natural and appropriate conclusion would be an intention?

There are two —no doubt related— issues here. On the one hand, one may want to know why it is that it would be *correct reasoning* for you to derive that intention from that belief. On the other hand, one may want to know why your deriving that intention from that belief would be *normal reasoning*, a form of reasoning we could reliably expect. Let me focus on each of these issues in turn.

### 1. *Why is Enkratic Reasoning correct reasoning?*

Why would it be appropriate to reason from the belief that you ought to do something to the intention to do it? Why do these beliefs sustain such inferences?

CARLOS NÚÑEZ

Broome would point here to the permission of rationality that makes this kind of reasoning correct: the *Enkratic Permission*. So he would say (roughly) that it would be correct to derive that intention from that belief because rationality allows you to derive that intention from that belief. But why does rationality allow this?

Broome suggests that perhaps rationality allows you to reason in this way because rationality requires (roughly) that you do not both believe you ought to do something and not intend to do it —this is the requirement of *Enkrasia*— and by reasoning in this manner you would bring yourself to comply with this requirement.<sup>5</sup> The story cannot exactly be as simple as this —as Broome himself explains—<sup>6</sup> but for my purposes it doesn't matter. Suppose something roughly like this is true. Suppose it is appropriate to reason enkratically because rationality allows you to do so, and that rationality allows you to do so because (roughly) by reasoning in this way you can bring yourself to comply with what rationality requires. The question, then, would be: Why does rationality require this? Why is it irrational not to intend to do what you believe you ought to do?

Broome in general doesn't tell us what makes a requirement one of rationality. This, for the most part, is perfectly fine. But, depending on what exactly his metanormative ambitions in *Rationality Through Reasoning* are with respect to the problem of explaining the connection between normative beliefs and motivation, the lack of such an account when it comes to the specific requirement (and so, indirectly, the permission) related to *Enkrasia* might be a bit more problematic.

One reason is simply that this would leave a central aspect of that relation in the dark. There seems to be a necessary connection between normative beliefs and motivation; this is the source of the problem. But there are two ways of understanding the precise nature of the necessity involved: some think it is conceptual or metaphysical, others think it is rational. Those who think that the nature of the necessity is conceptual or metaphysical need not concern themselves with the question of why it would be irrational to have the relevant normative belief and lack the relevant motivation, since they may

<sup>5</sup> More generally, Broome suggests that perhaps facts about what rationality permits might be explained by facts about what it requires. Ibid 258.

<sup>6</sup> ibid 246-48, 255-59.

think that it is altogether impossible to be in such a state of mind. But for those who think that the nature of the necessity involved is rational—and Broome is obviously among them—this question becomes central, at least in so far as they are trying to provide a *general* account of the connection between normative beliefs and motivation.<sup>7</sup>

Now, obviously, Broome need not say anything about this issue. He may not be trying to provide a general account of the connection between normative beliefs and motivation. He may be a quietist about why it would be irrational to be akratic, and so not be in the business of offering a deeper explanation of why it would be rational to reason enkratically. This would leave a central aspect of that relation in the dark, but not everyone needs to tackle every question.

At the same time, however, this obscurity may make it harder to say something informative about the other central aspect of this relation, which *would* seem to be the focus of Broome's account. The thought here would be that perhaps by explaining why it would make rational sense to reason enkratically one could begin to explain why it would be normal for people to do so. I turn to this issue now.

## 2. *Why is Enkratic Reasoning normal reasoning?*

Why is it that, often, when you believe you ought to do something, you reason your way to an intention to do it?

<sup>7</sup> Since Broome himself mentions Michael Smith, I think he can serve as an illustrative case in point here. Smith thinks that the connection between normative beliefs and motivation is rational, and because he thinks this, a central question for his metanormative project is to explain what it is about normative beliefs that would make it irrational for you to have the relevant belief and not the corresponding motivation. Smith tries to answer this question by telling us something informative about the content of normative beliefs. It is because of what normative beliefs are *about* that it would be irrational to have the relevant belief and not the corresponding motivation. The details of his account do not matter now. What interests me about it, and the reason why I point to it in the present context, is that it contains an attempt to provide an explanation that is central to a metanormative project that aims to give a general account of the connection between normative beliefs and motivation when such a connection is understood as rational in nature. On these issues, see Smith (1994, 2004).

CARLOS NÚÑEZ

There are two natural strategies for going about trying to answer this question: one consists in saying something informative about the content of these beliefs, the other consists in saying something informative about their nature.

The most obvious way of pursuing the first strategy would be to say something about the content of the ought-belief such that it would hook up with the content of preexisting motivations one can reliably expect agents in general to possess, so that we could understand why, when an agent considers or brings to mind her ought-belief, her preexisting motivations would lead her to reason her way to an intention.

A very clear example of this strategy is pursued by contextualist theories in metanormativity. Here is one toy-version of the theory: to believe you ought to do something is to believe that doing it is required by the norms you accept.<sup>8</sup> Since we can reliably expect agents to be motivated to act in accordance with the norms they accept (because, the idea would be, to accept a norm is in part to intend to act in accordance with it) we can reliably expect that an agent who brings to mind her belief that she ought to  $\phi$  would be motivated to intend to  $\phi$ . (She would be motivated to intend to  $\phi$  because she believes  $\phi$ -ing is required by a norm to which she intends to conform). This would explain what it is about the belief that you ought to do something that would lead you to reason in a way that concludes in an intention to do it. It would do so by saying something about the content of the belief that hooks up with motivations we could reliably expect agents to possess.<sup>9, 10</sup>

<sup>8</sup> Where the content of the belief is not “this is required by the norms I accept”, but rather “this is required by x norm”, where it is true of you that x is a norm you accept.

<sup>9</sup> Examples of broadly contextualist theories include Dreier (1990), Finlay (2014), Silk (2017).

<sup>10</sup> Although he is not exactly trying to account for how the relevant belief would lead to the relevant motivation *through reasoning*, Michael Smith also tries to explain why this would happen by giving an elucidation of the content of the belief and hooking it up with the content of an independent, widespread motivation. On the issue of how the belief, given its content, could cause the relevant motivation, see especially Smith Michael, *Ethics and the A Priori* (Cambridge University Press 2004) 53, 55 n 5, 295 n 18.

The other natural way of trying to answer this question is to say that there is something about the *nature* of these beliefs that would explain why they would lead an agent to reason from them to intentions.

A noncognitivist might try to do exactly this. To do so, she must not identify the so-called “belief” that you ought to do something with the intention to do it. Otherwise there would be no metaphysical space to reason from the belief to the intention. So this strategy might be closed to someone like Allan Gibbard, who seems to think that what it is to believe you ought to do something is simply to intend to do it.<sup>11</sup> But other forms of non-cognitivism might allow for the relevant conceptual or metaphysical space. For example, suppose the idea were that to judge you ought to do something is to desire most to do it, or to desire most to intend to do it, or something along such lines. Surely, there is reasoning that moves from desires to intentions. Surely, this can be explained by the nature of desires themselves. Plausibly, part of what it is to desire is to be disposed to form intentions in certain conditions. So surely there must be some reliable connection between desiring most to do something, or between desiring most to intend to do something, and reasoning your way to an intention to do it. If so, then this might begin to explain why, often, when you believe you ought to do something, you are led to reason from that belief to the intention to do it.

Now, as far as I can tell, Broome doesn’t address the question I am now considering (and this lies at the root of my perplexity with his way of framing the nature of his project). In any case, it is not immediately obvious to me that he does pursue, or would pursue, any of the two strategies considered above. For sure, he does not think there is anything peculiar about the nature of the ought-belief that would explain why it would reliably lead an agent to reason from it to an intention. He thinks these are cognitive states like any other belief. In fact, as I’ve said, he thinks his answer to the Motivation Question removes one of the grounds for non-cognitivism.

So he would most likely say that the explanation for why the ought-belief would lead an agent to reason from it to an intention must lie in its content. At the same time, however, Broome thinks

<sup>11</sup> Gibbard A, *Thinking How to Live* (Harvard University Press 2003).

CARLOS NÚÑEZ

that there is no non-circular way of saying what these beliefs are about. What you believe, when you believe you ought to do something, is simply that you ought to do it. So the explanation of why these beliefs would lead you to reason from them to intentions will not go by way of a straightforward analysis or elucidation of what these beliefs are about.

Nevertheless, although he thinks there is no non-circular way of saying what these beliefs are about, he does think there are important things we can say about their content. There is one feature that is crucial for our purposes, and it is that the concept of ought that these beliefs are concerned with is the same concept that the requirement of Enkrasia applies to.<sup>12</sup> We can put the point this way: what you believe when you believe that you ought to  $\phi$ , is that for which the following holds true: that it would be irrational for you believe this, and yet not to intend to  $\phi$ . In other words, what Broome says about the content of this belief is that it concerns the sense of “ought” for which it is true that rationality requires that, if you believe that you ought, in that sense, to do something, then you intend to do it.<sup>13</sup>

Could Broome use this feature of the content of the belief to explain why it would lead you to reason your way to an intention?

One idea suggests itself naturally. Since it would be irrational to believe you ought to  $\phi$  and not intend to  $\phi$ , and since we are rational creatures with tendencies to conform to what rationality requires, among which are certainly tendencies to conform to such requirements through reasoning, we could simply appeal to a tendency to reason so as to conform to this requirement. The explanation why, when you believe you ought to  $\phi$ , you would tend to reason your way to the intention to  $\phi$ , is that you are a rational creature with tendencies to conform to what rationality requires, and by reasoning in this way you would conform to one of its requirements.

Now, there is no doubt that this, or something roughly like this, is true. The question is how much weight it would pull as an explana-

<sup>12</sup> Broome (n 1) 24.

<sup>13</sup> I am thankful to John Broome for making this point to me both in conversation and in written comments to a previous version of this paper.



tion. By Broome's own standards, however, it seems like this wouldn't be a very satisfactory account. Broome says that one could answer the Motivation Question by pointing to a brute disposition —the *Enkratic Disposition*— to intend to do what you believe you ought to do. And he objects that this answer would be very thin: that it would leave much to be explained.<sup>14</sup> Similarly, if one answered the present question —this time not about the connection between the ought-belief and the intention, but about the ought-belief and the reasoning that leads to the intention— by simply pointing to a disposition to reason enkratically —call this the *Enkratic Reasoning Disposition*— then one might worry that this would not be very informative; that it would leave much to be explained.

To be clear, this is not to deny that much would have been explained already if one had explained, as Broome has done, how you could come to intend to do what you believe you ought to do through reasoning, and how such reasoning could be something you do. It is in relation to the *further* question of why the ought belief would lead you to reason in the way Broome describes that a mere appeal to a rational disposition to reason enkratically might not be very informative.

There are two related aspects in which an appeal to such a disposition might leave much to be explained. On the one hand, we still don't know why it is irrational to believe you ought to do something and yet not intend to do it. This is the point I raised in the previous section. Because of this, we still don't know why it would make sense for you to reason your way to that intention. Perhaps if we knew why it would make sense for you to reason in this way we could begin to understand why you would do it, and so why this tendency obtains at all. But we do not.

The second aspect in which an appeal to this disposition might leave much to be explained is that the reason why it obtains could be, as far as the account goes, extraneous to the nature, or functional role, of the attitudes involved. This doesn't necessarily mean that the disposition would be left unexplained: it would be explained, to a certain extent, by an appeal to a more general disposition to con-

<sup>14</sup> *ibid* 1.

CARLOS NÚÑEZ

form to what rationality requires and by the fact that it requires that you intend to do what you believe you ought to do. But —contrary to what the other broad types of account considered above achieve— it would not show how such a disposition emerges, in an expected manner, from the natural interplay of the attitudes involved, given the functional roles we attribute to them.

It is inevitable at this point to bring attention to the fact that normative beliefs seem to be unique in this respect. It just doesn't seem to be part of the functional role of ordinary, non-normative beliefs that they would lead agents to reason from them to intend to do anything at all, at least not by themselves, in the absence of further motivational states. It is certainly part of the nature of ordinary beliefs that they sustain specific inferential patterns, and so that they would, by themselves, lead agents who attended to them to reason to other attitudes in specific ways. Plausibly, for example, to believe that everyone in the room is a conspirator and that Jones is in the room is in part to be disposed to derive the belief, if one considered the issue, that Jones is a conspirator. So there is no question that it is part of the ordinary functional role of beliefs to lead agents to reason from them to other attitudes. The issue is simply that all these patterns would lead to further beliefs, not intentions.

Obviously, there are plenty of beliefs that would reliably lead you to form intentions if you reasoned from them. Here is an example: the belief that a lion is approaching and that if you do not run it will eat you alive. Surely —when things do not happen automatically, as they most likely would in such cases— this belief would typically engage a reasoning process that would lead you to form the intention to run. But the explanation for why this happens would point to the way in which the belief would hook up with motivations we could reliably expect agents to possess —for instance, the desire not to be eaten alive— in a way that would understandably lead the agent to reason her way to the intention. Plausibly, to desire not to be eaten alive is in part to be disposed to intend to run if you believe, and call to mind, that a lion is approaching and that if you do not run it will eat you alive. This would explain why such a belief would typically lead you to form an intention if you reasoned from it. The desire not

to be eaten is an essential part of this explanation, and something analogous is true of any other familiar form of reasoning that concludes with an intention.

Broome thinks that this is very evidently not true. He thinks we are familiar with plenty of cases where beliefs without the aid of other motivational attitudes would lead to intentions. He presents one of them as a counter example to the Humean Theory of Motivation. So perhaps it is to such cases we should turn for guidance.

Following Jay Wallace, he calls the idea that “a motivation could not be derived by reasoning from an attitude that does not in some way already incorporate a motivation the principle of ‘motivation-out-motivation-in’”. He thinks this principle is implausible because, as he puts it, “intentions can be caused in all sorts of ways”:

You can wake up with a new intention, and you can get a new intention by hypnosis or a knock on the head. It is easy to construct a story in which a genuine belief causes an intention through a mental process. Here is one. Your habit is to walk the dog at 11 o'clock every day. You now believe it is 11 o'clock, and this causes you to intend to fetch the leash. This process is automatic. You need have no desire to walk the dog...<sup>15</sup>

Now, I do not doubt that intentions can be caused in all sorts of ways, but the issue is whether beliefs can reliably lead agents to reason from them to intentions, without the aid of further motivational states, and the case Broome presents doesn't show this. This is because it relies on the presence of a state that is itself motivational: a habit. I am not sure what the right analysis of a habit is. But it is certainly a motivational state (plausibly composed itself of more basic motivational states). In any case, the habit plays an essential part in the explanation for why you would form the intention to fetch the leash. You have a habit of walking the dog at 11, which means you are motivated to do so. You form the belief that it is 11, and this belief, together with your motivation to walk the dog at 11, leads you to form the intention to fetch the leash. There is nothing in this case that would challenge the motivation-out-motivation-in principle.

<sup>15</sup> *ibid* 293-94.

CARLOS NÚÑEZ

Take away the habit, and we are left without an explanation why the agent would form the intention at all.

Broome specifies that in this case you do not have a *desire* to walk the dog, and that's *o.k.*, as long as we understand the term “desire” to denote a particular species of motivation, one among many possible kinds, and not as a term that refers to motivational states in general, for your habit certainly constitutes a motivation.

That ordinary beliefs do not need desires, in this restricted sense of the term, to motivate an agent is something that Humeans need not deny and have never denied. Your belief that there is a spider on the wall might motivate you to form the intention to run if you have a phobia of spiders even if you do not, in the narrow sense, desire to run or desire anything that would be served by your doing so. The Humean would gladly accept this case, as she would gladly accept Broome's own. They do not challenge her theory of motivation.

Naturally, doing *anything* (including forming an intention) implies that one is somehow disposed to do it. So the Humean cannot simply say that a disposition to do something is, or implies, a motivational state. This would vacate her claim of any substance, since it would imply by definition that anything one ever does (including forming an intention) implies a previous motivation to do it. The question, then, of whether a belief on its own could reliably motivate an agent to reason from it to an intention, as I understand it, is the question of whether or not the agent's reasoning in that way can be the expected outcome of the belief's playing its own characteristic functional role, or whether we would need to add to the psychological breeding ground that leads to the intention the causal impact provided by the normal functioning of some other state—in particular, a motivational state—that is independently identifiable and that already plays an explanatory role in our broader theory of human thought and action.

Obviously, an objector to the Humean theory might simply claim at this point that it is part of the characteristic functional role of normative beliefs that they lead agents to reason from them to intentions. But the question, precisely, is why this would be so. That it isn't true of beliefs in general that they have it as their characteristic functional role to lead agents to reason from them to intentions in the absence of further motivational states is, I take it, uncontrovers-

sial. Why, then, would things change when beliefs take this particular kind of content?<sup>16, 17</sup>

This is the question people working in metanormativity are trying to answer, and as far as I can tell, it is a question that would remain even if one were to accept Broome's answer to the Motivation Question. This why I am unsure about the exact target (both theoretical and dialectical) of Broome's account.

The fact that Broome contrasts his own account to Smith's, and that he says it is intended to remove one of the grounds for non-cognitivism, suggests to me that he means to address the question metaethicists (or "metanormativists" more generally) are asking, and that he regards his own answer as somehow better suited to the task. As far as I can tell, however, Smith, the noncognitivists, contextualists, and others, could be thoroughly convinced by Broome's account and still think that the question they are asking remains largely intact. The question, roughly, is: what is it about normative beliefs that would explain why they imply motivations? Broome ex-

<sup>16</sup> This is a point that Nadeem Hussain makes in a commentary to Broome's *Rationality Through Reasoning*. Hussain, N. J. Z. "Practical Reasoning and Linking Beliefs" (2015) 91 *Philosophy and Phenomenological Research* 1.

<sup>17</sup> A different sort of strategy that I haven't considered would consist in appealing (and, importantly, *committing*) to a whole theory of mental content according to which, roughly, the content of a thought or concept is given by its characteristic role in inference. Applied to the present issue, the rough idea would be to say something to the effect that the relevant tendency to infer an intention is partly constitutive of what it is to possess the concept OUGHT that figures in the belief that you ought to do something. Now, this theory might be true and it might explain why it is that you tend to infer the intention to  $\phi$  from the belief that you ought to  $\phi$ . The explanation would be that you wouldn't count as having that belief if you weren't disposed to make such an inference. (See, for instance, Wedgwood, 2004) Moreover, this might be exactly how Broome is thinking of how the content of these thoughts is determined. I am skeptical that this sort of theory would solve the metanormative problem I am now considering. But if it does, and if Broome is in fact thinking of mental content in these terms, then it would be *this* theory of content and meaning, and not Broome's answer to the Motivation Question, that would address (and presumably solve) the problem metaethicists like Smith and the noncognitivists are trying to answer. As I understand him, however, Broome does not want to commit to a whole theory of mental content. As far as I can tell, he is noncommittal on this issue, and would want his theory to be compatible with different theories of mental content.

CARLOS NÚÑEZ

plains that it is through reasoning that the relevant normative beliefs lead to the relevant motivations. The reason you often intend to do what you believe you ought to do is that you infer such intentions from such beliefs. But what is it about these beliefs that would sustain such inferences? What is it about these beliefs that would explain why you would be led to reason from them to intentions in this way?

My guess is that people like Smith or the contextualists would offer pretty much their own story about the *content* of normative beliefs, and that non-cognitivists would offer exactly their own story about the *nature* of normative beliefs, as an answer to *this* question. So, although I believe Broome's answer to the Motivation Question is genuinely informative and plausibly right, I do not see how it could be understood as providing an *alternative* to these other theories, or as removing any of the grounds for non-cognitivism.

### III. ACKNOWLEDGMENTS

Thanks to Daniel Fogal, Fernando Rudy, Alex Worsnip and other participants at the Broome Seminar in Mexico City in September 2017. Thanks to Juan Vega Gómez for organizing and inviting me to participate in this event. Special thanks to John Broome for his comments, both in conversation and in written form, on an earlier version of this paper.<sup>18</sup>

### IV. REFERENCES

- Broome J, *Rationality through Reasoning* (Wiley Blackwell 2013).  
 Dreier J, "Internalism and Speaker Relativism" (1990) 101 *Ethics* 1, 6–26.  
 Finlay S, *Confusion of Tongues: A Theory of Normative Language* (Oxford University Press 2014).

<sup>18</sup> Research for this paper was funded in part by the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement No 740922).

BROOME ON THE CONNECTION BETWEEN NORMATIVE BELIEFS AND MOTIVATION

- Gibbard A, *Thinking How to Live* (Harvard University Press 2003).
- Hussain NJZ, "Practical Reasoning and Linking Beliefs" (2015) 91 *Philosophy and Phenomenological Research* 1.
- Silk A, "Normative Language in Context" (2017) 12 *Oxford Studies in Metaethics*.
- Smith M, *The Moral Problem* (Wiley-Blackwell 1994).
- , *Ethics and the A Priori* (Cambridge University Press 2004).
- Wedgwood R, "The Metaethicists' Mistake" (2004) 18 *Philosophical Perspectives* 1, 405–26.

## Responses\*

### *Réplicas*

John BROOME

SUMMARY: I. *Acknowledgments*. II. *Fernando Rudy*. III. *Daniel Fogal*.  
IV. *Alex Worsnip*. V. *Carlos Nuñez*. VI. *References*.

#### I. ACKNOWLEDGMENTS

I am honoured that my four commentators have taken a great deal of trouble to understand my book *Rationality Through Reasoning*, and find their way through its complexities. I am immensely grateful to them for the care they have taken, and I very much appreciate their unreasonably generous comments. Naturally, in replying, I have to pick out points where I disagree with them, and this is likely to conceal how far I have been convinced by their arguments. So let me say now that I have learnt a great deal from them in studying their papers.

I also found our discussions at UNAM very helpful. I especially want to thank Juan Vega for so generously inviting us all to the meeting, and arranging it so well. Very sadly, it was suddenly brought to an end by the tragic earthquake of 19 September 2017. Two of the authors, who had come so far to Mexico City, were not able to present their papers. Nevertheless, we did manage to have an excellent philosophical conversation.

\* Artículo recibido el 17 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 30 de noviembre de 2017.



JOHN BROOME

## II. FERNANDO RUDY

The term ‘reason’ is widely recognized to be ambiguous. For instance, we use it for things that explain an action done by a person, and explain it in a particular way that involves the person’s rational faculty. So we often add a qualifier to identify the sense of ‘reason’ we are using: ‘explanatory reason’, ‘motivating reason’, ‘normative reason’ and so on. In my discussion of Fernando Rudy’s paper I am concerned with normative reasons only. When I use ‘reason’ on its own, it refers to a normative reason.

I define a normative reason as follows:

*A normative reason is either a pro toto reason or a subsidiary reason.*

*A pro toto reason for N to F is something that explains why N ought to F.*

*A subsidiary reason for N to F is something that plays a particular role in a particular form of explanation of why N ought to F or of why it is not the case that N ought to F.*

This definition of a subsidiary reason leaves places open for specifying just what the particular form of explanation is, and what is the particular role played within it by a subsidiary reason. Different forms of explanation and different roles may give us different sorts of subsidiary reason. The most familiar sort is the *pro tanto* reason.

*A pro tanto reason for N to F is something that plays a particular role in a weighing explanation of why N ought to F or of why it is not the case that N ought to F.*

Here, I do not need to go into the details of a weighing explanation or of the role of a *pro tanto* reason within it (See Broome, 2013, section 4.3.).

These are definitions of properties: the property of being a *pro toto* reason, the property of being a subsidiary reason and the prop-

## RESPONSES

erty of being a *pro tanto* reason. For example, the definition of a *pro toto* reason more fully spelt out is:

The property of being a *pro toto* reason for *N* to *F* is the property of being something that explains why *N* ought to *F*.

‘Normative’ is a technical term that has different meanings in different disciplines. In moral philosophy, it means ‘involving ought’. My definitions specify what is the precise involvement of ought in the property of being a normative reason. With this definition in place, I cannot make sense of a further question ‘Are reasons defined this way truly normative?’.

But this is the question that drives Rudy’s paper. Rudy takes his lead from Jonathan Dancy. Dancy doubts that a *pro toto* reason as I defined it can be normative. Rudy quotes him:

I do not see how he [Broome] can both say that the notion of an explanation why you ought to *F* is not normative, that the notion of the (*pro toto*) reason for you to *F* is normative, and that these are the same notion. (Dancy, 2015, 178)

But I never said that the notion of an explanation of why you ought to *F* is not normative. The notion of *an explanation* is not normative, because it does not involve ought. But the notion of *an explanation of why you ought to F* is normative, because it does involve ought. Similarly, the notion of change is not meteorological, but the notion of climate change is meteorological.

Dancy defines the notion of normativity differently from me, as having to do with *favouring*. I am willing to go along with his definition, because I can define favouring in a way that makes ‘favouring *N*’s *Fing*’ equivalent to ‘being a normative reason for *N* to *F*’. My definition is:

To favour *N*’s *Fing* is either to explain why *N* ought to *F* or to play a particular role in a particular form of explanation of why *N* ought to *F* or of why it is not the case that *N* ought to *F*.

JOHN BROOME

So I take Dancy's notion of normativity to be equivalent to mine. But Dancy denies this equivalence because he rejects my definition of favouring.

The first clause of my definition, put briefly, says that favouring is ought-making - in other words right-making. But Dancy denies that favouring can be right-making. Rudy presents Dancy's argument by comparing the two sentences:

Your having promised to take your friend to the airport *favours* taking your friend to the airport.

Your having promised to take your friend to the airport *makes it the case* that taking your friend to the airport is right.

Rudy points out that the two relations denoted by the italicized words in these sentences are not the same relation. Indeed they are not. But this does not show that the favouring relation is not the right-making relation. The first is the favouring relation, but the second is not the right-making relation. It is the making-it-the-case relation. Rudy's example shows only that the favouring relation is not the making-it-the-case relation.

The right-making relation is denoted by the italicized words in:

Your having promised to take your friend to the airport *makes it right* to take your friend to the airport.

Nothing stops this from being the favouring relation in the example.

I am not sure Rudy presents Dancy's argument accurately, because I am not sure what Dancy's argument is. He says:

The right-hand side of the right-making relation is the rightness so made. The relation involved is the general making-relation, the right hand side of which is in this case the rightness of the action (Dancy, 2015, 178).

In the first of these two sentences, Dancy insists that the reason (in the example, your having promised) stands in the right-making relation to the rightness of the act (the rightness of taking your friend to the airport). But this is not so; it stands in the right-making relation

## RESPONSES

to the act itself (taking your friend to the airport). It stands in the general making relation to the rightness of the act, as Dancy says in the second sentence. I am not sure why he also says it stands in the right-making relation to the rightness of the act. When you make your friend happy, you stand in the happy-making relation to your friend and in the making relation to your friend's happiness. You do not stand in the happy-making relation to your friend's happiness.

Rudy ascribes a parallel mistake to me. I said at one point:

I agree that a reason is a consideration that counts in favour of something. But my definition goes further and specifies what is the relevant sort of counting in favour (Broome, 2013, p. 54).

Rudy adds by way of elucidation: "The relevant sort of counting in favour is, of course, counting in favour of some action being the action one ought to do". But that was not what I meant. This is to specify the *object* of counting in favour, not the *sort* of counting in favour. And it is the wrong object, as Dancy himself explains in a remark quoted immediately afterwards by Rudy. The object of counting in favour is the act, not the rightness of the act. The sort of counting in favour I meant is specified in the definition of favouring I gave above. It contrasts with other sorts, such as the sort referred to in the sentence "The rough terrain favours the terrorists".

One aim of Rudy's paper is to defend me against Dancy's objection in the case of *pro toto* reasons. Rudy says that a *pro toto* reason makes it the case that an act is right, and because it does so, the *pro toto* reason favours the act. According to Rudy, the favouring relation is not the same as the right-making relation, but it can be explained by the right-making relation. I thank Rudy for his support, but I cannot take advantage of it because I think it just *is* the right-making relation.

Rudy correctly points out that his defence of me does not apply to *pro tanto* reasons, because a *pro tanto* reason to *F* does not make it the case that *F*ing is right. From this we can deduce that the right-making relation is not the whole of the favouring relation. The part I have been discussing is given by the first clause in my definition of

JOHN BROOME

favouring. Another part of it is given by the second clause. Roughly, a *pro tanto* reason favours an act by playing a particular role in making it the case that an act is right or that it is not right.

### III. DANIEL FOGAL

Daniel Fogal provides us with a new resource for formulating and understanding requirements, including requirements of rationality. Each requirement has a limited domain of jurisdiction; in the case of requirements of rationality this is presumably the domain of all rational creatures. Furthermore not all requirements necessarily apply to everything within their jurisdiction; they may have a domain of application that is smaller than their jurisdiction. Fogal says, for instance, that the jurisdiction of New York law is the whole population of New York, but New York driving laws apply only to drivers in New York.

Requirements are surprisingly hard to formulate, and the idea of a domain of application is a very useful resource to have available in formulating them. As Fogal points out, I did not separate jurisdiction from application in *Rationality Through Reasoning*, and I could have benefited from doing so.

I found Fogal's argument convincing. I have just a few thoughts about it.

First, we should not be dogmatic about formulating requirements. With every requirement that is conditional in some way, there is the question of which conditions to put inside the scope of the requirement, which to put outside and which to put both inside and outside. We should not be dogmatic wide-scopers and insist on putting all the conditions inside, nor dogmatic narrow-scopers and insist on putting none of them inside. We need to consider each requirement and each condition individually.

Secondly, in doing so, we should try not to rely entirely on our intuitions. We may have intuitions about whom a requirement applies to or about the difference between complying with a requirement and evading it, but they are not very stable. For example, Fogal takes it for granted that New York driving laws apply only to drivers

## RESPONSES

in New York, but I would not rely on his intuition about this. Suppose you have recently moved to New York from a state that permits turning right on red. Suppose you find you cannot shake your habit of turning right on red, and for that reason you do not drive in New York. You might see this as your way of complying with the law. At any rate, it is not clear to me that the law against turning right on red does not apply to you. The fact that you do not drive because of the law suggests to me that it does. If it clearly did not apply—for instance, if the law made an exception for drivers from states where turning right on red is allowed—then you would drive.

Now let us try out some particular examples of requirements of rationality. Start with the requirement not to have contradictory beliefs. Taking a particular instance, this might be formulated in a narrow-scope way:

Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational creature] that  $x$  believes platypuses are mammals  $\succ$   $x$  does not believe platypuses are not mammals.

If this is correct, there must also be another, converse requirement:

Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational creature] that  $x$  believes platypuses are not mammals  $\succ$   $x$  does not believe platypuses are mammals.

But that seems odd. It seems there is just one requirement not to have both beliefs. Narrow-scope requirements are supposed to capture the apparent asymmetry in some requirements, but this one is apparently symmetrical. So this wide-scope formulation seems more plausible:

Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational creature] that ( $x$  believes platypuses are mammals  $\vee$   $x$  believes platypuses are not mammals)  $\succ$   $\neg$  ( $x$  believes platypuses are mammals  $\wedge$   $x$  believes platypuses are not mammals).

I have inserted an application condition, as Fogal recommends for wide-scope formulae, but I have no intuitive attraction to it. In-

JOHN BROOME

tuitively, I would say than the requirement not to have these contradictory beliefs applies to all of us. If you are inclined by some evidence to believe platypuses are mammals and also inclined to believe platypuses are not mammals, you may suspend judgement and believe neither. You might do this precisely to avoid having contradictory beliefs. This suggests the requirement applies to you even when you have neither belief. But I would not rely on my intuition about this.

Means-end requirements are more symmetrical than Fogal supposes. Take his Grandma example, for which he proposes the wide-scope formula:

(1) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  intends to visit Grandma  $\wedge x$  believes that driving to Grandma's house is necessary to visit her)  $\supset (x$  not intend to visit Grandma  $\vee x$  not believe that driving to Grandma's house is necessary to visit her  $\vee x$  intend to drive to Grandma's house)).

Let us add some details. Your car is broken and is being fixed. You therefore cannot drive to Grandma's house and do not intend to. But you believe that driving to Grandma's house is a necessary means of visiting her, and for this reason you do not intend to visit her. You deliberately lack the intention of visiting Grandma in order to comply with the means-end requirement. It is very plausible that this requirement applies to you, yet according to formula (1) it does not. To account for your behaviour we would need this different requirement:

(2) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that  $((x$  does not intend to drive to Grandma's house  $\wedge x$  believes that driving to Grandma's house is necessary to visit her)  $\supset (x$  not intend to visit Grandma  $\vee x$  not believe that driving to Grandma's house is necessary to visit her  $\vee x$  intend to drive to Grandma's house)).

But I doubt there are really two requirements. I would say there is just one, which is symmetrical between intending the end and not intending the means. It may be formulated like this:

## RESPONSES

(3) Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that (( $x$  believes that driving to Grandma's house is necessary to visit her)  $\supset$  ( $x$  not intend to visit Grandma  $\vee$   $x$  not believe that driving to Grandma's house is necessary to visit her  $\vee$   $x$  intend to drive to Grandma's house)).

I have not included either an intention or a non-intention among the application conditions. Whereas I formulated the platypus example in a way that does not accord with my intuition about application, in this case I have gone with my intuition. I think this means-end requirement applies to you whether or not you have the appropriate intention or non-intention. On the other hand, I have included the means-end belief as an application condition.<sup>1</sup> But again, I would not rely on my intuition.

I have an objection to all of these Grandma formulations that is more definite than intuition. Remember first that they are synchronic requirements. For example, the third formula, more fully spelt out is:

Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that (( $x$  believes at  $t$  that driving to Grandma's house is necessary to visit her)  $\supset$  ( $x$  not intend at  $t$  to visit Grandma  $\vee$   $x$  not believe at  $t$  that driving to Grandma's house is necessary to visit her  $\vee$   $x$  intend at  $t$  to drive to Grandma's house)).

Notice next that, if you have an attitude at a time  $t$  then, in a temporally relative sense of necessity, you necessarily at  $t$  have that attitude at  $t$ . From the standpoint of  $t$  that attitude cannot be changed. This is a metaphysical truth, so the necessity in question is metaphysical. It is metaphysically impossible, relative to a time  $t$ , for you to have at  $t$  any attitude other than ones you do have.

Each formula says that, in certain conditions, you are required to satisfy a disjunction. But the application conditions ensure that, in each case, one or more of the disjuncts is metaphysically impossible. So the only way you can satisfy the requirement is by satisfying one of the other disjuncts.

<sup>1</sup> In this case, I agree with Errol Lord (2014, p. 460).



JOHN BROOME

This implies you are required to satisfy one of the other disjuncts. This conclusion follows from a quasi-logical principle I call ‘necessary detachment’ (Broome, 2013, pp. 123-5). Unlike the quasi-logical principles that I mention below in my response the Worsnip, this one is not subject to damaging counterexamples. Indeed, it is proved in Broome (2013, p. 124), given the semantics I assumed there. I believe the proof would extend to Fogal’s system too.

The result is that what is required in the three Grandma formulations can be collapsed into smaller disjuncts by means of necessary detachment. Requirement (1) becomes:

(1)’ Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that (( $x$  intends to visit Grandma  $\wedge$   $x$  believes that driving to Grandma’s house is necessary to visit her)  $\succ$  ( $x$  intend to drive to Grandma’s house)).

That is to say, it reduces to a narrow-scope requirement. I think Fogal would not like this result. He might prefer requirement (3), which becomes:

(3)’ Rationality requires of [all  $x$ :  $x$  is a rational agent] that (( $x$  believes that driving to Grandma’s house is necessary to visit her)  $\succ$  ( $x$  not intend to visit Grandma  $\vee$   $x$  intend to drive to Grandma’s house)).

This is less narrow-scope. However, it is still narrow-scope enough to suffer from some of the difficulties of narrow scope that Fogal describes.

My objection might be dealt with in various ways. For one, we could make all the conditions of application into disjunctions. But this seems ad hoc. If they can be varied in this way, we might wonder why application conditions are needed in the first place. For another, we could make the requirements diachronic. We could make the time of the attitudes specified in the application conditions earlier than the time of the attitudes that are required. But then you would be required to satisfy the requirement at a time when you may not satisfy the application conditions, and that seems strange. At any rate, there is a problem to be solved.

## RESPONSES

I now want to take up an issue that arises between me on the one hand and both Fogal and Alex Worsnip on the other. This is a matter of terminology. It is not so much a criticism as a plea. I think they would help the progress of philosophy if they would adopt a less misleading terminology. Both Fogal and Worsnip make a distinction between ‘substantive rationality’ and ‘structural rationality’. I make the same distinction using different terms ‘normativity’ and ‘rationality’. I think mine are less misleading.

On the face of it, it should not matter what terms we use. But if philosophers treat normativity and rationality as though they are merely two species in the same genus —two sorts of rationality— bad mistakes can result. They may think the difference is unimportant and slip without noticing from one to the other. Many philosophers are indeed badly confused between rationality and normativity, and this is partly because of a terminological confusion. This confusion is damaging to philosophy.<sup>2</sup>

Here is an example of the damage done by confusing the terminology of normativity and rationality. David Hume’s statement “Tis not contrary to reason to prefer the destruction of the world to the scratching of my finger” (Hume, 1739-40, Book 2, Part 3, Section 3) is one of his most quoted remarks and also one of the most often reviled. Allan Wood (2013) calls it ‘silly’; Michael Smith (2004) calls it ‘grotesque’. These authors understand Hume to be saying: ‘I can have no reason not to prefer the destruction of the world to the scratching of my finger’ (This is Wood’s (2013) paraphrase). That would indeed be silly or grotesque. But it is not what Hume says, nor what he means.

The sentence itself and all the surrounding text makes it plain that the word ‘reason’ in Hume’s statement refers to the faculty of reason. ‘Rationality’ is a more modern synonym for ‘reason’ in this sense. Hume’s view about rationality is, as he put it, that ‘Reason is the discovery of truth or falsehood’. His remark about finger-scratching simply draws the obvious consequence that reason has nothing to say about preferences. This may or may not be true, but it is definitely not silly or grotesque.

<sup>2</sup> For the following argument in more detail, see Broome (forthcoming).

JOHN BROOME

Hume is most certainly not using the mass noun ‘reason’ in its normative sense. It is a bad mistake to suppose he is. This mistake arises from the ambiguity of ‘reason’ between a rational and a normative sense. We need to reduce this ambiguity. We can do so by making use of the terms we have available, and keeping their meanings distinct as far as possible. If we use ‘rationality’ to apply to normativity we perpetuate the ambiguity rather than closing it off. We endow ‘rationality’ with the very same ambiguity as ‘reason’ has.

Of the four philosophical terms, ‘substantively rational’, ‘structurally rational’, ‘normative’ and ‘rational’, only ‘rational’ comes from ordinary English with its original meaning. ‘Substantively rational’ and ‘structurally rational’ are obviously artificial. The term ‘normative’ is also artificial, and unfortunately it has been given different meanings in different disciplines and even in different branches of philosophy. I use it in a sense that is well established in moral philosophy and the philosophy of normativity. It means ‘involving ought’ or —to make it clearer in this context— ‘involving reasons or ought’. Fogal and Worsnip use ‘substantively rational’ with a meaning that is normative in this sense. Fogal says substantive rationality is a matter of being ‘justified or reasonable’ and Worsnip that it is ‘responding to reasons’. These are normative terms. Fogal and Worsnip use ‘structurally rational’ for ‘rational’ with its original meaning.

The normative sense of ‘rational’ is relatively recent, and the etymological basis of it is weak. True, ‘rational’ is etymologically an adjective that corresponds to the noun ‘reason’, so it could in principle be used for ‘involving reason’ in its normative sense. But that is not its actual origin. It developed in English to mean ‘involving reason’ in the sense of a faculty. In this original, non-normative sense, the *Oxford English Dictionary* dates it to 1398. It was at first applied only to people and their minds, with the meaning ‘having the faculty of reason’. Later, after two hundred years, the dictionary shows ‘rational’ being applied to a wide range of things, initially including severity, worship, hopes, and sayings. These uses are derivative from the original one. For example, ‘a rational severity’ means something like ‘a severity that might be possessed by a person who possesses the rational faculty’. Derivative uses retain the connection to the rational faculty, but they open the way for an interpretation in terms of normativity. For

## RESPONSES

instance, when Daniel Defoe in *Moll Flanders* (1722) writes ‘It did not seem Rational that we would chose to remain here at the Expence and Peril of Life’, a normative interpretation is hard to avoid.

### IV. ALEX WORSNIP

I am very glad to find that Worsnip and I are on the same team, as he says. He and I and others who play for this team would do well to agree on a common terminology. I have just proposed we should adopt mine, and I shall use it here. I use ‘rational’ in its original sense, and ‘normative’ to mean ‘involving reason or ought’. I shall go so far as to use ‘Normativity requires you to *F*’ as equivalent to ‘You ought to *F*’. This creates a convenient verbal parallel between requirements of rationality and requirements of normativity.

Our team’s distinctive opinion can be put like this: we distinguish between the requirements of normativity and the requirements of rationality. Members of the opposing team think that the requirements of normativity are the same as the requirements of rationality: that you ought to *F* if and only if rationality requires you to *F*. I call their view the ‘requirement identity theory’.

I have a ‘quick objection’, as I call it, to the requirement identity theory. What rationality requires of you supervenes on your mind, but what you ought does not supervene on your mind. Therefore the requirement identity theory is false.<sup>3</sup>

I take it to be a conceptual feature of rationality that, when it is a property of a person, it is a mental property of hers. This means that what rationality requires of you supervenes on your mind in two distinct senses. The first is this. Take two situations in which the properties of your mind (excluding rationality) are the same. The properties of the external world may be different. Then, necessarily, rationality requires of you in one situation that you *F* if and only if it requires of you in the other situation that you *F*.

The second sense is this. If rationality requires of you that you *F*, then your *F*ing supervenes on your mind. To spell this out: take two

<sup>3</sup> The argument that follows is set out in more detail in Broome (forthcoming).

JOHN BROOME

situations in which the properties of your mind are the same; then, necessarily, you *F* in one if and only if you *F* in the other. Briefly: requirements of rationality are requirements on your mind.

The quick objection is that what you ought does not supervene on your mind in both these senses. One way to oppose the quick objection is to argue that what you ought does supervene on your mind in both these senses. Worsnip thinks this defence is plausible. I do not, and I think his examples of it are unsuccessful.

Worsnip argues that a plausible defence can be mounted on the basis of the view that what you ought is determined by those of your reasons that you have evidence of (These may or may not be all your reasons, he says). Let us accept this view, at least for the sake of argument. I shall call it the 'evidential account of reasons'. He gives two examples of its application. I shall concentrate on the first, which is the better one.

Worsnip asks us to accept for the sake of argument that the fact that 99% of scientific experts agree that human activities have contributed to climate change is a decisive reason for believing human activities have contributed to climate change. Let us accept that and let us also assume you have evidence of this fact. Then according to the evidential account, you ought to believe that human activities have contributed to climate change.

This requirement of normativity —that you ought to believe that human activities have contributed to climate change— supervenes on your mind in the second sense. This is the merit of Worsnip's first, epistemological example. Epistemological requirements of normativity are requirements on the mind. This explains why epistemological normativity resembles rationality more closely than moral normativity does, as Worsnip notes. It is why his first example is better than his second one.

However, even in the first example, the requirement of normativity does not supervene on your mind in the first sense. Compare two situations in which your mind has exactly the same properties but the external world is different. The first is the one described by Worsnip. In the other, it is not the case that 99% of scientific experts agree that human activities have contributed to climate change. Your mind is the same because you are deluded about scientists. In

## RESPONSES

this situation, the reason Worsnip mentions for believing that human activities have contributed to climate change does not exist. We may suppose it is not the case that you ought to believe that human activities have contributed to climate change. In one situation you ought to believe this; in the other it is not the case that you ought to believe it. Yet your mind is the same in both situations. Therefore, what you ought does not supervene on your mind. The quick objection remains in place.

The evidential account of reasons is therefore not enough to ensure that the requirements of normativity supervene on the mind. Reasons themselves will have to be properties of the mind. Subjectivism is one way to ensure they are; subjectivism takes reasons to be ordinary properties of the mind such as beliefs and desires. But that is not the way of the evidential account. Instead, the evidential account can adopt a strong sort of externalism about the mind.<sup>4</sup> In effect, it can take a view of your mind that is expansive enough to encompass your reasons within it. For example, it could identify your evidence with what you know, and take this to be a state of your mind (see Williamson, 2000). On that supposition, your mind is not the same in the two situations of the climate change example. In one situation you know that 99% of expert scientists agree that human activities have contributed to climate change. In the other you do not know this because it is not true. Your mind is different because what you know is different. The example is then consistent with the claim that what you ought supervenes on the mind.

I do not find either subjectivism or this strong sort of externalism plausible. Moreover, neither is enough to establish the claim that what you ought supervenes on the mind. This does not follow even if reasons are properties of the mind. What you ought will normally depend on the probabilities of various possible outcomes, so we need at least an account of how probabilities supervene on the mind. The evidential account of reasons needs to be supplemented by an evidential account of probabilities.

<sup>4</sup> Interestingly, Fogal, when he too argues that normativity may supervene on the mind, eschews this way of proceeding. I think he may have to fall back on subjectivism.

JOHN BROOME

This turns out to pose a particular difficulty for the evidential account. This account assumes that what you ought is determined by your evidence, but when your evidence is sparse, it may leave probabilities very indeterminate. This leads to problems that I examined in *Rationality Through Reasoning* (Broome, 2013, section 3.4). I found no solution to them within an evidential account. Instead, I found they pushed me towards a Bayesian subjectivism about probabilities. I am intuitively inclined to believe that what you ought is determined by your evidence, but I worry that this view may be unsustainable. Worsnip reports that I see the possibility that normativity supervenes on the mind as a threat; I think this is what he is referring to. But the threat comes from Bayesian subjectivism, not from the evidential account.

Nevertheless, for the reasons I have given, I remain fairly confident about rejecting the claim that what you ought supervenes on the mind. But I may be wrong about that. If I am, I can once again stand next to Worsnip in playing for our team. Worsnip rightly points out that what you ought is not necessarily the same as what rationality requires of you, even if they both supervene on the mind. The quick objection fails, but that does not mean our opponents' case is proven. Worsnip's examples serve well for making this point. We have only to take on board for the sake of argument enough further assumptions to make the examples consistent with the claim that what you ought supervenes on your mind. They clearly show that, even so, what you ought is different from what rationality requires of you.

In part 2 of his paper, Worsnip turns to reasoning, and questions my claim that the correctness of reasoning is a matter of rationality. He is right to question it. I do not understand the relation between rationality and the correctness of reasoning as well as I should.

My account of the correctness of reasoning is this. I take reasoning to be an activity of yours that involves following a rule. The reasoning is correct if and only if the rule is correct, and a correct rule is one that corresponds to a basing permission of rationality. On the other hand, I take rationality to consist, at least to a large extent, in a system of requirements of rationality. I do not understand the rela-



## RESPONSES

tion between basing permissions of rationality and requirements of rationality as well as I should.

In *Rationality Through Reasoning*, I made at least one mistake about this. I said (Broome, 2013, p. 190) that a basing permission is nothing other than the negation of a basing prohibition, which (Broome, 2013, p. 186) is just a requirement with a negative content. For instance, to say you are permitted to believe  $q$  on the basis of believing  $p$  and believing that if  $p$  then  $q$  is simply to say that you are not required not to believe  $q$  on the basis of believing  $p$  and believing that if  $p$  then  $q$ . This is a direct connection between a permission and a requirement, but I now see it is mistaken.

The idea that a permission is the negation of a requirement is not consistent with my adoption (Broome, 2013, p. 116) of what I called the ‘source sense’ of ‘requirement’. An important feature of the source sense is that you are not necessarily required to do everything that is a necessary condition for doing something you are required to do. On the other hand, you are clearly not permitted not to do anything that is a necessary condition for doing something you are required to do. Take an example from Broome (2013, p. 122). Suppose the law requires you not to camp on the streets. I denied it follows that the law requires you, in the source sense, not to camp on the streets on a Thursday. (Why I denied it does not matter here.) But it clearly does follow that the law does not permit you to camp on the streets on a Thursday.

So in this respect I lack a proper account of the relation between permissions, which ground the correctness of reasoning, and requirements, which constitute the heart of rationality.

I lack a proper account in another respect too.<sup>5</sup> I take it that correct reasoning is a means of improving your rationality. To do this, it must bring you to satisfy a requirement of rationality that you would otherwise not satisfy—that is the only way of improving your rationality. Yet reasoning is made correct by basing permissions of rationality, so how does it manage to bring you to satisfy a requirement of rationality?

<sup>5</sup> The argument that follows is set out in more detail in Broome (2015).



JOHN BROOME

Only because to each permission there is a corresponding requirement. For example, the *modus ponens* permission:

Rationality permits you that, if you believe at some time that *p* and if you believe at some time that if *p* then *q*, then you believe at some time that *q* on the basis of those beliefs.

corresponds to the *modus ponens* requirement:

Rationality requires of you that, if you believe at *t* that *p* and if you believe at *t* that (if *p* then *q*) and if you care whether *q*, then you believe *q*.

Because of the correspondence, reasoning made correct by the *modus ponens* permission can bring you to satisfy the *modus ponens* requirement.

However, there are differences between what is permitted and what is required. In this case there are three differences. First, the permission mentions basing and the requirement does not. Second, the requirement is synchronic and the permissions is diachronic; the three beliefs it mentions do not all have to exist at the same time. Third, the requirement contains a 'caring' clause and the permission does not.

The first two differences are systematic. Every permission that supports correct reasoning is a diachronic basing permission, whereas the corresponding requirement is synchronic and not concerned with basing. These differences fit neatly into my account of correct reasoning. But the third difference is particular to the *modus ponens* example. Other requirements do not have a caring clause. But they often do have special features that do not appear in their corresponding permissions. I can find no general principle for determining what these features are. I have no systematic way of deriving a permission from its corresponding requirement. So in this respect too, I do not have a proper account of the relation between permissions and requirements.

*Rationality Through Reasoning* therefore makes this confession (Broome, 2013, p. 258):

## RESPONSES

It is a serious gap in this book's argument that I cannot explain in general how a permission is derived from a requirement. I could seem to be identifying basing permissions simply by the condition that they validate reasoning that is correct.

Not only do I see a problem in connecting permissions with requirements; I must also confess that I am not sure how to formulate basing permissions of rationality correctly. Indeed, partly as a result of Worsnip's criticisms, I am pretty sure that the formulations that appear in *Rationality Through Reasoning* are not correct. I now favour a formulation in which the permission governs a conditional proposition, such as the formulation of the *modus ponens* permission above.

My formulations need more probing, and this one may be incorrect. However, I am not convinced by Worsnip's arguments against them. In criticizing my formulation of the *modus ponens* permission, he relies on questionable quasi-logical principles. For instance, look at what he says about this claim:

Rationality permits you that if you believe that it is raining, and you believe that it is not raining, then you believe that pink elephants will invade China on the basis of your belief that it is raining and your belief that it is not raining.

'If ... then' is to be interpreted as a material conditional. Worsnip says that this claim must be true, but that on the other hand it is not correct to reason from the first two beliefs to the third, so permissions like this cannot be what makes reasoning correct.

Why does he say this claim must be true? Because the permission governs a conditional proposition, and it is definitely permissible for you to make the conditional's antecedent false. So he implicitly assumes that if rationality permits (not *p*) it follows that rationality permits (if *p* then *q*). But this is one of those questionable quasi-logical principles. This one runs up against Alf Ross's famous paradox (Ross, 1941). Suppose it is permissible for you to post a particular letter. This principle implies that it is permissible

JOHN BROOME

for you, if you do not post the letter, to burn it. This inference is questionable.

Worsnip thinks that the paradox can easily be dealt with by adopting a standard contextualist semantics for modals. But I think this semantics simply replicates the old errors of deontic logic, which was discredited decades ago. For so-called 'deontic modals' I recommend instead a neighbourhood semantics that does not generate these questionable principles and their resulting paradoxes (Broome, 2016). At any rate, I cannot be convinced by arguments that depend on such principles.

Worsnip does appear to think it is always correct to reason by *modus ponens*. Whatever we think about rationality, we should surely not think that correct reasoning could be rationally impermissible. So at least rationality permits you to reason by *modus ponens*; I do not think Worsnip could deny this. He cannot be opposed to all general permissions of rationality, therefore. He must recognize rational permissions to reason in particular ways. The only question is how to formulate these permissions.

My approach to formulating them is as follows. The particular way of reasoning in this case is to follow the *modus ponens* rule. I assume that this is a correct way to reason because the rule is a correct one to reason by. I do not think that could be doubted. Then I assume that a rule that is correct to reason by is one that 'corresponds' to a permission of rationality. But the corresponding permission, as I formulate it, is not directly a permission to reason in a particular way. It is a permission to be in the particular state that would result from reasoning in that way.

Possibly this will turn out to be a mistake. It may be that permissions of rationality should be more directly formulated as permissions of reasoning. Worsnip may be right about that. He suggests that they may not be permissions of rationality at all, but *sui generis* principles of correct reasoning, independent of rationality. But there he goes too far. I do not see how it could be so; correct reasoning is of course permitted by rationality. But permissions of reasoning may be more remote from synchronic requirements of rationality than my basing permissions are.

## RESPONSES

The problem will be to understand permissions of reasoning as explaining why correct reasoning is correct. Since they apply to nothing else besides processes of reasoning, they may simply record which processes of reasoning are correct. I take it that the correctness of reasoning is explained somehow by its role in promoting our rationality, which is to say in satisfying requirements of rationality. Basing permissions serve better as explanations because they are more distant from reasoning itself, and they have clear connections with requirements of rationality, even if I am not able to work out those connections properly. If we are to recognize permissions of reasoning instead, they will also need to be connected with requirements of rationality.

V. CARLOS NUÑEZ

People who believe they ought to do something often, because they have this belief, intend to do that thing. Why and how does happen? Call this 'the motivation question'. One purpose of *Rationality Through Reasoning* is to answer it in an illuminating fashion. The first part of my answer is that rationality requires you to intend to do what you believe you ought to do, so long as you also believe it is up to you whether or not you do it. We are rational to a large extent, so we often satisfy this requirement. The second part of the answer is to explain why and how we are rational. The explanation is that, for one thing, our subpersonal processes make us rational to an extent and, for another, when our subpersonal process let us down we have a means of improving our rationality. The means is reasoning.

One merit of this answer to the motivation question is that it explains how we can motivate ourselves by our own actions to intend to do what we believe we ought to do. Reasoning is something we do. A second merit is that, in my account of rationality and reasoning, a belief that you ought to do something is just a belief; it is not some different attitude. Noncognitivism is the view that a belief like this, with a normative content, is not really a belief, but some other attitude that embodies motivation in some way. One argument for

JOHN BROOME

noncognitivism is that it offers an answer to the motivation question. By providing a better answer, I aimed to remove one support from noncognitivism.

That is a thin sketch of the argument. Carlos Nuñez asks some questions about it. The first is this. Is the connection I affirm between believing you ought to do something and intending to do it necessary or rational? (This is not how Nuñez puts it. He uses the notion of ‘rational necessity’, which I find misleading). The answer is ‘both’. My statement of the connection is this.

*Enkrasia*. Necessarily, rationality requires of you that, if you believe you ought to *F* and you believe it is up to you whether or not you *F*, you intend to *F*.<sup>6</sup>

I take this to be a conceptual truth; that is why it is necessary. *Enkrasia* is a conceptual feature of ought. Ralph Wedgwood (2007, chapter 4) takes his similar formula, Normative Judgement Internalism, to determine the meaning of ‘ought’. I do not go that far, for a reason explained in Broome (2013, pp. 24-5). But I do take *enkrasia* to be a conceptual feature of ought.

Nuñez next asks ‘why is it that, often, when you believe you ought to do something, you reason your way to an intention to do it?’. My answer is, first, that we do not do this particularly often. More often, when you figure out that you ought to do something, you automatically find yourself intending to do it. You think you ought to drink some water and already you find yourself on the way to drink it. Subpersonal processes do this for us.

But we do indeed sometime arrive at the intention by reasoning, and Nuñez is right that I said little about why. I explained how we do it when we do, but not why we bother in the first place. Here is my answer now. Rationality is our plight. Automatic processes make us rational to a high degree. But it is also our plight that we do reasoning from time to time to enhance our rationality. Sometimes it is just that our mind wanders, but often our reason-

<sup>6</sup> Broome (2013, p. 171). This is a simplified version. I have added ‘necessarily’ to make explicit what was only implicit in the book.

## RESPONSES

ing is focused. If you find yourself interested in a subject, you may cast around to remember what you already believe about it, and draw further conclusions by theoretical reasoning. If you intend an end, at some point you will search out your relevant beliefs about means to it, and may come to intend a means through instrumental reasoning. If you are wondering what to do on a particular occasion, you may engage in some theoretical reasoning to figure out what you ought to do, and then on that basis do some enkratic reasoning to decide to do it.

This explanation of why we do enkratic reasoning (as I call it) is just an explanation of why we do reasoning in general. It has nothing to do with the particular nature or content of the belief you reason with. It appeals to a disposition to reason.

Núñez correctly recognizes that this is the sort of answer I will give and raises some objections to it. He first suggests it is a ‘thin’ explanation of why we reason. He interprets me as saying we just have a natural disposition to reason from believing we ought to do something to intending to do it. He calls this the ‘enkratic reasoning disposition’. But actually it appeals to the much wider disposition to reason, which is part of our rationality. We are rational creatures. This is not a thin explanation of our behaviour.

This would not have been a successful explanation of why we reason enkratically if I had not situated enkrasia within rationality as a whole. No doubt seeing this sort of explanation coming, Núñez complains that ‘we still don’t know why it is irrational to believe you ought to do something and yet not intend to do it’. The theory of reasoning is not the right place in my book to look for an answer to this question about rationality. The rationality of enkrasia gets a lot of discussion earlier in the book. Since he asked, I explained above that I take it to be a conceptual truth. This point is set out in Broome (2013, pp. 24-5), and there is more discussion in Broome (2013, section 9.5).

Núñez also complains that I do ‘not show how such a disposition emerges, in an expected manner, from the natural interplay of the attitudes involved’. Well, the disposition to reason does not emerge from the natural interplay of the attitudes involved, since it is a general disposition that covers reasoning with attitudes of various

JOHN BROOME

different sorts. The disposition to reason enkratically is part of this general disposition. It is a part of the general disposition to reason just because enkrasia is a requirement of rationality. And this requirement of rationality does arise naturally from the natural interplay of the attitudes involved, since it is a conceptual feature of ought that rationality requires you to intend to do something if you believe you ought to do it.

So what is the complaint? In the following pages of Nuñez's paper he deploys the Humean dogma that (to edit Hume a bit) 'belief alone can never be a motive to any action of the will' (cf Hume, 1739-40, Book 2, Part 3, Section 3). What does this mean, exactly? No Humean should deny that a belief can cause an intention; in the complex soup of the mind, 'any thing may produce any thing' (Hume, 1739-40, Book 1, Part 3, Section 15). In *Rationality Through Reasoning* (Broome, 2013, pp. 293-4) I gave an example that evidently did not impress Nuñez, but he should be impressed by this remark of Hume's own. The dogma therefore cannot be that belief alone cannot cause an intention. It has to be that belief alone cannot cause an intention in a particular way that is indicated by the word 'motive'.

Presumably Nuñez takes reasoning to be an example of this particular way. And he is presumably interested in correct reasoning rather than reasoning in general. Since reasoning is a process that goes from premise-attitudes to a conclusion-attitude, for the case of reasoning we can express the dogma like this: if the conclusion-attitude of correct reasoning is an intention, not all the premise-attitudes can be beliefs. I think this is Nuñez's claim.

Why should we believe it? Nuñez says it is not part of the 'characteristic functional role' of a belief to cause an intention by reasoning. This is an odd way of putting what he means to say. 'Characteristic functional role' is causal language. The particular causal process in question is reasoning, and reasoning is a rule-governed process. It would be more natural to ask whether there are rules of inference that take you from beliefs to an intention. Indeed, I think this is what Nuñez means, because near the end of his paper he formulates the question this way:

## RESPONSES

The reason you often intend to do what you believe you ought to do is that you infer such intentions from such beliefs. But what is it about these beliefs that would sustain such inferences?

My book answers this question, starting with the presentation of enkrasia in chapter 2. Enkrasia is a requirement of rationality. Later I consider at length how reasoning is related to rationality. I argue that correct reasoning is made correct by basing permissions of rationality, and I consider (admittedly not conclusively as I said in my comments on Worsnip) the connection between basing permissions and requirements of rationality. On the basis of enkrasia, I formulate the enkratic permission, which I take to validate enkratic reasoning.

These arguments are not incontrovertible. Nuñez could have confronted them, but he seems not to have recognized them.

## VI. REFERENCES

- Broome J (2013), *Rationality Through Reasoning*, Wiley-Blackwell.
- (2015), 'Synchronic requirements and diachronic permissions', *Canadian Journal of Philosophy*, 45 (2015), pp. 630-46.
- (2016), 'A linguistic turn in the philosophy of normativity?', *Analytic Philosophy*, 57, pp. 1-14.
- (forthcoming), 'Practical reason: rationality or normativity but not both' in *The Routledge Handbook of Practical Reason*, edited by Ruth Change and Kurt Sylvan, Routledge.
- Dancy J (2015), 'Reasons for Broome' in *Weighing and Reasoning*, edited by Iwao Hirose and Andrew Reisner, Oxford University Press, pp. 177-88.
- Hume D, (1739-40), *A Treatise of Human Nature*, London.
- Lord E (2014), 'The real symmetry problem(s) for wide-scope accounts of rationality', *Philosophical Studies*, 170, pp. 443-64.
- Ross A (1941), 'Imperatives and logic', *Theoria*, 7 (1941), pp. 53-71.



JOHN BROOME

- Smith M (2004), 'Humean rationality' in *The Oxford Handbook of Rationality*, edited by Alfred R. Mele and Piers Rawling, Oxford University Press, pp. 75-92.
- Wedgwood R (2007), *The Nature of Normativity*, Oxford University Press.
- Williamson T (2000), *Knowledge and its Limits*, Oxford University Press.
- Wood AW (2013), 'Kant on practical reason' in *Kant on Practical Justification: Interpretive Essays*, edited by Mark Timmons and Sorin Baiasu, Oxford University Press, pp. 57-86.

## Alcance y derrotabilidad de las reglas jurídicas\*

### *Scope and Defeasibility of Legal Rules*

Fabio Enrique PULIDO ORTIZ\*\*

#### **Resumen:**

En este artículo se analiza el alcance práctico de las reglas (AP) y su relación con las reglas de derrotabilidad (RD). Primero, se afirma que determinar el AP depende tanto de las reglas secundarias del sistema jurídico como del dominio limitado de las autoridades. Segundo, se muestra que las reglas secundarias pueden incluir o excluir las razones justificatorias de las reglas y, en esos contextos en donde esas razones no son excluidas, es posible que ellas generen excepciones implícitas, las cuales no pueden ser identificadas de manera anticipada. Tercero, se concluye que la derrotabilidad de las reglas es una propiedad contingente que depende de dos elementos: a) la presencia de razones justificatorias que no son excluidas de acuerdo con las reglas secundarias y el límite de dominio de las autoridades, y b) que las consecuencias normativas de esas razones no puedan ser identificadas *ex-ante*.

#### **Palabras clave:**

Normatividad del derecho, reglas jurídicas, derrotabilidad, razón práctica, razones para la acción.

\* Artículo recibido el 20 de abril de 2017 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2017.

\*\* Abogado. Magister en derecho. Doctor en derecho (área: filosofía del derecho). Director del Departamento de Teoría Jurídica y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

**Abstract:**

*The article analyses the practical scope (PS) of legal rules and its relation with the defeasibility of the rules (DR). First, I argue that to determine the PS depends on three factors: a) the content of secondary rules, b) the legal systems and, c) establishing the specific and legitimate jurisdiction of the authorities. Second, I suggest that the PS can include or exclude the justificatory reasons of rules and, in those contexts where such reasons are not excluded, it is possible that they generate implicit exceptions that cannot be identified in advance. Third, the author concludes that DR is a contingent property that depends on two elements: a) the presence of justificatory reasons—that are not excluded according to secondary rules and the limited domain of authorities—and, b) that the normative consequences of such reasons cannot be identified ex-ante.*

**Keywords:**

*Normativity of law, legal rules, defeasibility, practical reason, reasons for action.*

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance práctico de las reglas*. III. *Relaciones con las razones no excluidas: antinomias y excepciones*. IV. *La derrotabilidad de las reglas*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La teoría jurídica contemporánea sostiene que en la explicación de la normatividad del derecho se debe dar cuenta de la forma en que las reglas jurídicas son razones para la acción. Según Joseph Raz, esas reglas constituyen un tipo especial de razones para la acción: razones protegidas; a saber: razones que, además de definir cómo se debe actuar, excluyen determinado conjunto de razones relevantes.<sup>1</sup> Sin embargo, los críticos afirman que la tesis de las razones protegidas no logra dar cuenta del hecho de que las normas jurídicas pueden ser superadas o derrotadas por otros tipos de razones (*v. gr.*, razones morales).<sup>2</sup> Al observarse que las normas jurídicas pueden ser derrotadas por una razón (o conjunto de razones) implica —según los críticos— que las reglas jurídicas no cumplen una función excluyente en el razonamiento práctico.<sup>3</sup>

El problema, en otras palabras, consiste en definir si es posible afirmar que las reglas jurídicas tienen una función excluyente en el razonamiento práctico y reconocer, al mismo tiempo, la existencia de razones capaces de superarlas. Ahora bien, una respuesta satisfactoria a este problema debe partir de una adecuada caracterización de la relación de las reglas con aquellas razones que son capa-

<sup>1</sup> Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 18; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 191.

<sup>2</sup> Perry, Stephen R., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 2, 1987, pp. 215-257; Postema, Gerald, "Law's Autonomy and Public Practical Reason", en George, Robert P., *The Autonomy of law. Essays on legal positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 57-78; y Martin, Margaret, *Judging positivism*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 25, 26, 36-40.

<sup>3</sup> Moore, Michael, "Authority, Law and Razian Reasons", *S. Cal. Law. Rev.* núm. 3, 1989, pp. 827-896, y Bayón, Juan C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

ces de superarlas. Con este problema en mente, el presente trabajo se propone analizar el alcance práctico de las reglas (AP) y su relación con la derrotabilidad de las reglas (DR). Se argumentará a favor de las siguientes tesis: en primer lugar, se mostrará que la respuesta a la cuestión acerca de AP (*i. e.* la definición del conjunto de razones excluidas por las reglas) depende del contenido de las reglas secundarias de los ordenamientos jurídicos y de la definición del dominio limitado de la jurisdicción legítima de las autoridades jurídicas. En segundo lugar, se señalará que el AP de las reglas puede incluir o excluir —como consideraciones relevantes al momento de definir lo que exigen las reglas— a las razones subyacentes o justificatorias. En aquellos contextos en los que las razones subyacentes no son excluidas, es posible que esas razones generen excepciones implícitas no identificables de antemano. En tercer lugar, se sostendrá que la DR (*i. e.* la posibilidad de que las razones subyacentes superen a las reglas) es una propiedad contingente de las reglas jurídicas que depende de dos factores: *a)* que de acuerdo con las reglas secundarias del sistema jurídico respectivo y de la tesis del dominio limitado de la autoridad, las razones subyacentes no sean excluidas, y *b)* que las consecuencias normativas de esas razones no puedan ser identificadas y reconstruidas de antemano.

El artículo se desarrollará de la siguiente manera: en la primera parte, y a partir de un análisis crítico de las ideas de Joseph Raz, se explica el AP. Luego se señala que en la explicación de las relaciones entre las reglas y las razones no excluidas son adecuadas las nociones de antinomia y excepción. En tercer lugar, y a través del estudio de los trabajos de Juan C. Bayón, Jorge L. Rodríguez y Frederick Schauer, se explica el concepto de derrotabilidad de las reglas (DR) y se plantean las conclusiones.

## II. EL ALCANCE PRÁCTICO DE LAS REGLAS

El razonamiento práctico es la capacidad humana de definir las razones que justifican determinadas acciones o decisiones.<sup>4</sup> Joseph

<sup>4</sup> Los filósofos suelen distinguir entre razonamiento práctico y teórico. Las concepciones contemporáneas entienden que la diferencia entre lo práctico y lo teórico

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Raz plantea que existen dos modelos generales de razonamiento práctico. En el primer modelo, la justificación de la acción del individuo depende de su balance de razones de primer orden. Según este modelo, los agentes deben actuar de acuerdo con el principio de razón práctica, según el cual se deben considerar todas las razones relevantes, de manera tal que los conflictos entre razones (de primer orden) se resuelvan por el peso relativo de éstas.<sup>5</sup>

No obstante, para Raz, el primer modelo no es suficiente para explicar las diversas y habituales situaciones prácticas de conflictos entre razones.<sup>6</sup> Para dar cuenta de la complejidad del razonamiento práctico, Raz considera necesario distinguir entre razones de primer orden y de segundo orden. Las de primer orden son razones para actuar o no actuar de determinada manera, y las de segundo orden son razones para actuar o no actuar según otras razones. De este modo, las razones de segundo orden se diferencian de las de primer orden por su rol normativo, positivo o negativo. La función o el carácter normativo negativo de las razones está presente en la idea de las razones excluyentes.<sup>7</sup> Estas razones excluyentes, por tanto, son razones de segundo orden negativas, es decir, que cumplen la función normativa de excluir una razón o un conjunto de razones que de otra manera serían relevantes en el balance general de razones.

Por lo anterior, mientras que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por el peso relativo de las razones en competencia, los conflictos entre razones de primer orden y razones excluyentes se resuelven a favor de estas últimas, por la función que

radica en dos asuntos: las consecuencias de uno y otro, y el contraste respectivo entre dos referentes normativos. Sobre lo primero, la consecuencia del razonamiento teórico es la formación y modificación de las creencias de los individuos, y la del práctico, la formación y modificación de razones para actuar. Sobre lo segundo, la diferencia entre lo teórico y lo práctico implica, por un lado, la regulación de las creencias, y, por otro, la regulación de la acción intencional (Wallace, R. Jay, "Practical Reason", en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultado el 16 de marzo de 2016, en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/>).

<sup>5</sup> Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 36 y 37.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 37-39.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 39 y 40.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

tienen en el razonamiento práctico, y no por su peso relativo. De conformidad con el segundo modelo, los individuos no deben actuar de acuerdo con un balance general de razones, si las razones determinantes para el balance son excluidas por una razón excluyente.<sup>8</sup>

En resumen, las razones de primer orden son consideraciones a favor o en contra de una acción determinada. Las razones de segundo orden son razones sobre razones, y en particular razones acerca de cómo tratar a las razones de primer orden.<sup>9</sup> Las razones de segundo orden pueden, a su vez, ser incluyentes o excluyentes. Las razones de segundo orden incluyentes definen bajo qué razón o conjunto de razones se debe actuar. Las razones de segundo orden excluyentes definen que no se debe actuar con base en una razón o un conjunto de razones. Sobre la base de este planteamiento, Raz formula que la combinación de una razón de primer orden con una razón de segundo orden excluyente configura una razón protegida. Así, las reglas jurídicas (*i. e.* las reglas proferidas por las autoridades jurídicas) son, según Raz, razones protegidas: razones que además de indicar cómo se debe actuar, excluyen a un conjunto de razones.<sup>10</sup>

Según la explicación del razonamiento práctico formulada por Raz, existen tres clases de conflictos entre razones: (1) conflictos entre razones de primer orden; (2) conflictos entre razones de segundo orden, y (3) conflictos entre razones de primer orden y de segundo orden excluyentes. Los conflictos de los tipos (1) y (2), según el autor, se resuelven de acuerdo con el peso que resulte del balance de las razones en juego. Por el contrario, los conflictos del tipo (3) se resuelven, por definición, a favor de las razones excluyentes. Sin embargo, la tesis de las razones protegidas no significa que prevalezcan sobre todas las razones de primer orden, sino sólo sobre aquellas que, en efecto, son excluidas. Esto quiere decir que las razones protegidas, en tanto razones de segundo orden, tienen un AP referido a la definición del conjunto de razones que son excluidas. Así las cosas, en las siguientes líneas se precisarán algunas cuestio-

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 39-48.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 191.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

nes que resultan fundamentales para comprender el AP de las reglas jurídicas.<sup>11</sup>

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la función excluyente de las razones protegidas (y dentro de ellas las reglas jurídicas) se refiere a aquellas razones que harían diferencia práctica respecto de lo que debe ser hecho. Por lo tanto, sólo tiene sentido la noción de exclusión cuando se habla de razones relevantes. En efecto, sólo en situaciones en que las razones excluidas son relevantes para definir cómo se debe actuar, es posible hablar, en estricto sentido, de relevancia o diferencia práctica de las razones excluyentes. En otras palabras, la exclusión se puede referir a: (1) una razón —o conjunto de razones— que en todo caso habría sido derrotada en un balance general de razones, o (2) una razón —o conjunto de razones— que habría inclinado el balance general de razones, es decir, que sería relevante al momento de determinar cómo actuar.<sup>12</sup> Sólo en el caso (2) se puede hablar, en rigor, de exclusión, o más precisamente, de relevancia normativa de la exclusión.

Ahora bien, la definición del conjunto de razones excluidas depende de una cuestión más compleja: ¿pueden las razones protegidas (y, en este sentido, las reglas jurídicas) excluir todas las razones objetivamente relevantes respecto de la acción exigida? Es posible ofrecer dos soluciones que, sin matices adicionales, resultan contradictorias.

De acuerdo con la primera solución, el derecho se caracteriza por ser “comprehensivo” (*comprehensive*), es decir, que pretende autoritaridad para regular cualquier tipo de comportamiento.<sup>13</sup> Esto no significa que los ordenamientos jurídicos, en efecto, regulen todos los comportamientos, ni que tengan autoridad legítima para hacerlo. Significa, simplemente, que es posible que el derecho pretenda regular todo tipo de comportamiento.<sup>14</sup> Según esto, el AP depende de

<sup>11</sup> Antes de continuar, no sobra advertir una limitación metodológica: la explicación que se ofrece en este trabajo se limita a las reglas proferidas por las autoridades jurídicas.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 40-45.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 150 y 151.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 151.



FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

las decisiones de las autoridades jurídicas. Si el ordenamiento jurídico es comprensivo, esto significa que las autoridades pueden pretender excluir todas las razones objetivamente relevantes, o limitar el alcance de la exclusión a un conjunto determinado de éstas.

De acuerdo con la segunda solución, si el alcance de la exclusión de una norma jurídica fuese respecto de todas las razones objetivamente relevantes para una acción determinada, se caería en el absurdo de que toda acción sería jurídica (o antijurídica), o de que siempre habría una razón jurídica para actuar o no actuar. Si las normas jurídicas excluyen a todas las razones relevantes para actuar, sería preciso afirmar que, por ejemplo, cuando un jugador de ajedrez decide cómo mover una ficha, estaría actuando y razonando jurídicamente, por cuanto ello sería una regla jurídica o haría parte de las razones excluidas.<sup>15</sup>

Entonces, ¿es posible que el derecho pretenda una exclusión de todas las razones relevantes y que, al mismo tiempo, no caiga en el absurdo de asumir que todo comportamiento es, de una u otra manera, jurídico? Para conciliar estas dos ideas se ha recurrido a la tesis del dominio limitado (*limited domain thesis*).<sup>16</sup> Según esta tesis, la autoridad tiene la facultad de emitir directivas dentro de la esfera de su jurisdicción, es decir, dentro del rango de acciones sobre las cuales tiene derecho a gobernar.<sup>17</sup> La jurisdicción de una autoridad determina tanto las acciones y personas que puede dirigir, como las consideraciones que es capaz de excluir. Por cuanto la autoridad legítima tiene una jurisdicción limitada, el alcance práctico de las reglas emitidas por ella es limitado, al menos respecto del rango de consideraciones, acciones y personas sobre las que la autoridad tiene la capacidad (moral) de gobernar.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 380.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 380-382, y Schauer, Frederick, "The limited domain of the law", *Virginia Law Review*, núm. 7, 2004, pp. 1909-1956.

<sup>17</sup> Raz, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 380-382.

<sup>18</sup> Endicott, Timothy, "Interpretation, jurisdiction, and the authority of law", *American Philosophical Association Newsletter on Law and Philosophy*, núm. 2, 2007, pp. 14-19.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Para comprender la tesis del dominio limitado deben articularse dos ideas. Por una parte, que la jurisdicción de las autoridades jurídicas depende de las reglas secundarias del sistema,<sup>19</sup> y, por otra, que la jurisdicción de las autoridades jurídicas depende de que, en efecto, se den los presupuestos de la autoridad legítima.<sup>20</sup> Las reglas primarias definen cómo los individuos deben actuar o decidir, es decir, son razones de primer orden para hacer aquello que las reglas exigen, y las secundarias, por su parte, definen cómo las reglas primarias deben identificarse, modificarse o aplicarse. De acuerdo con esto, las reglas secundarias determinan la competencia de las autoridades para dictar reglas, y en esa misma línea, de ser fuente de razones de primer orden. Las reglas secundarias de competencia tienen, como resulta evidente, un contenido contingente, y así, pueden ampliar o reducir el AP de las reglas emitidas por autoridades reconocidas.<sup>21</sup>

Por otra parte, Raz recurre a la concepción de la autoridad como servicio (*service conception*) para explicar la legitimidad de la autoridad. De acuerdo con esta concepción, seguir las reglas emitidas por una autoridad está justificado, siempre que se acredite que es más probable que los individuos que las siguen se conforman mejor con las razones que, en todo caso, justifican la acción, que cuando esos individuos deciden por ellos mismos (es decir, en ausencia de las directivas de la autoridad).<sup>22</sup> La concepción de la autoridad como servicio pretende captar lo que, según Raz, es fundamental en las autoridades prácticas: el desplazamiento racional de la toma de decisiones de una persona a otra. Para que este desplazamiento sea racional, los individuos deben carecer del mismo acierto (en comparación con la autoridad) para determinar, por sí mismos, lo que

<sup>19</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2a. ed., P. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 81-91; Caracciolo, Ricardo, "El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, pp. 67-90.

<sup>20</sup> Véase Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation...*, cit. pp. 136 y 137; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 71, y Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 193 y 194.

<sup>21</sup> Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 380.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 136 y 137.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

exigen las razones en cada caso. Así, para que una autoridad sea legítima, se debe demostrar que un individuo cumple mejor las razones subyacentes al seguir sus directivas, que si hubiese ausencia absoluta de autoridad. Es decir, con la existencia de reglas emanadas de una autoridad, se logra que los agentes se conformen de manera más óptima con las razones subyacentes, que si ellos mismos determinaran lo que esas razones exigen y actuaran según el resultado de su deliberación.<sup>23</sup>

De acuerdo con la tesis de la autoridad legítima de Raz, la justificación de sus disposiciones depende de la mayor probabilidad de acierto de las autoridades al identificar las razones que, en todo caso, justifican la acción).<sup>24</sup> Si se acepta esta tesis, entonces la jurisdicción de la autoridad legítima depende de que, en efecto, regule la clase de acciones y personas en las que se da dicho presupuesto.<sup>25</sup> Esto quiere decir que aun cuando el derecho pretenda una jurisdicción ilimitada, y aun cuando las reglas secundarias no definan el límite de esa jurisdicción, las autoridades jurídicas sólo tienen jurisdicción respecto de aquellas razones y personas sobre las cuales tienen legitimidad moral para dirigir.

En suma, Raz está equivocado al pensar que una característica de la autoridad del derecho es su carácter comprensivo. En efecto, si el AP de las reglas jurídicas depende de que existan los presupuestos de la legitimidad de la autoridad, entonces la autoridad sólo tiene la capacidad de excluir aquellas razones sobre las cuales existan las condiciones para el ejercicio legítimo de autoridad. Así las cosas, el AP de las reglas no depende solamente de las contingentes reglas secundarias de competencia, sino que depende fundamentalmente de que la persona o institución que ejerce el poder normativo de crear reglas jurídicas sea una autoridad legítima y que, por tanto, sea el caso que respecto de las acciones y personas que dirige se dan las condiciones de la autoridad como servicio. Además, esto implica que aun cuando se admita —como lo piensa Raz— que las reglas secundarias de competencia son de contenido contingente, no sig-

<sup>23</sup> Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 57-62.

<sup>24</sup> Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation...*, cit., pp. 136 y 137.

<sup>25</sup> Caracciolo, Ricardo, "El concepto de autoridad normativa...", cit., p. 73.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

nifica que estas reglas puedan tener cualquier contenido. Esto es así toda vez que las reglas secundarias que otorgan competencias a personas o instituciones respecto de las cuales no existen las condiciones que exige la autoridad como servicio, no tienen la capacidad de justificar la función excluyente de las reglas jurídicas que eventualmente profieran esas personas o instituciones. En una palabra, las reglas secundarias de competencia tienen una limitación necesaria: deben otorgar competencias a aquellas personas o instituciones que puedan ejercer autoridad legítima; y, no sobra advertirlo, esas condiciones no pueden ser creadas por esas mismas reglas secundarias de competencia.

Debe anotarse que tampoco tiene razón Raz cuando afirma la existencia de un AP de las reglas jurídicas por *default*. Según Raz, las reglas jurídicas —salvo aclaración en contrario— excluyen todas las razones objetivamente relevantes para la acción y, en particular, las razones que cuentan en contra de la acción exigida, las cuales, si prevalecen, llevarían a rechazar el requerimiento.<sup>26</sup> Sin embargo, y como se explicó en las anteriores líneas, si el AP de las reglas jurídicas depende de forma contingente de las reglas secundarias y del dominio práctico de la jurisdicción de la autoridad, no se encuentran razones para sostener una tesis del alcance por *default*.

Estas consideraciones son suficientes para mostrar que no es posible formular una tesis general acerca del AP. La jurisdicción de las autoridades depende tanto del contenido de las reglas secundarias (y razones auxiliares cuya finalidad consista, justamente, en afectar el ámbito de la exclusión) como del dominio legítimo de las autoridades. Esto quiere decir que el AP es una cuestión de grados de acuerdo con las reglas secundarias (de contenido contingente y variable), y de la jurisdicción legítima de las autoridades jurídicas. Por ello, es posible plantear la existencia de prácticas que pretenden una exclusión amplia, la cual reduce el número de razones no excluidas, y otras prácticas que pretenden una exclusión reducida, la cual amplía el conjunto de razones no excluidas.

<sup>26</sup> Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation...*, cit., p. 392.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

En síntesis, las reglas son normativamente relevantes siempre que tengan la capacidad de excluir razones que son, a su vez, relevantes respecto de cómo se debe actuar o decidir. Sin embargo, las reglas tienen una función excluyente variable, y en ese sentido su AP (es decir el conjunto de razones excluidas y no excluidas) es distinto en cada ordenamiento jurídico (e incluso dentro de las diferentes prácticas que conforman esos ordenamientos). El AP de las reglas jurídicas es variable, y por tanto su definición contingente a cada ordenamiento o práctica jurídica, en tanto depende: 1) de la existencia y contenido de las reglas secundarias, y 2) de la tesis del dominio limitado de la autoridad. Toda vez que las reglas jurídicas tienen un AP variable y limitado (*i. e.* que no tienen la capacidad de excluir todas las razones objetivamente relevantes), habrá que preguntarse ahora cómo caracterizar la relación entre las reglas y el conjunto de razones no excluidas.

### III. RELACIONES CON LAS RAZONES NO EXCLUIDAS: ANTINOMIAS Y EXCEPCIONES

En las consideraciones anteriores no se advirtió una ambigüedad en la explicación de la exclusión de las reglas jurídicas. El alcance de la exclusión puede referirse al alcance del ordenamiento jurídico concebido como un todo (el alcance del derecho), o al alcance de las reglas individualmente consideradas (el alcance de las reglas primarias). En realidad, el AP depende, en primera medida, del alcance de la exclusión del derecho (definido en sus reglas secundarias y según el dominio de la jurisdicción de sus autoridades), y en segunda medida, del alcance de las reglas primarias. Cada una de las reglas primarias, por tanto, tiene su propio alcance, de tal forma que esas reglas, individualmente consideradas, tienen la capacidad de excluir, por ejemplo, a otras reglas jurídicas. De acuerdo con estas precisiones, puede ocurrir que, en efecto, las reglas entren en conflicto con otras razones no excluidas (dentro de las cuales pueden aparecer, desde luego, otras reglas). El conjunto de razones no excluidas pueden ser normas pertenecientes al ordenamiento jurídico, o pertene-

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

cer a otro ordenamiento o práctica, pero considerarse aplicables en virtud de las reglas secundarias.<sup>27</sup>

Las relaciones y conflictos entre las reglas y las normas no excluidas generan antinomias y excepciones. Una antinomia surge cuando para determinado caso (es decir, un tipo de acciones) existen consecuencias jurídicas incompatibles.<sup>28</sup> Una antinomia puede ser: a) total, cuando las dos normas regulan las mismas propiedades, de forma que no hay posibilidad de que se aplique una de ellas sin entrar en conflicto con la otra; b) total-parcial, cuando el caso regulado por una de las normas es más restringido que el de la otra, y c) parcial-parcial, cuando las normas regulan propiedades que no resultan incompatibles. Lo importante es que en las dos últimas antinomias es posible aplicar las normas sin que éstas entren en conflicto.<sup>29</sup>

Los ordenamientos jurídicos suelen establecer reglas o condiciones de prevalencia para solucionar las contradicciones entre normas (por ejemplo, *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*). Sin embargo, cuando existen dichas reglas o condiciones de prioridad, no existe un genuino conflicto normativo, que se resuelve una vez que se aplican las reglas y condiciones de prevalencia. Es decir, existe un conflicto normativo aparente cuando dos o más normas regulan un caso de forma incompatible pero el ordenamiento jurídico contempla una regla de prioridad que, debidamente aplicada, resuelve el conflicto. Existe un conflicto normativo genuino (una antinomia) cuando dos o más normas regulan un caso de forma incompatible y el ordenamiento jurídico no tiene previstas reglas o condiciones de prioridad para resolver el conflicto.

En los casos de las antinomias, el conflicto normativo debe resolverse de acuerdo con el balance del peso relativo de las razones en

<sup>27</sup> Sobre el concepto de aplicabilidad, véase Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014, y Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 195-198.

<sup>28</sup> Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de S. Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 117 y 118.

<sup>29</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 164-168; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1984, pp. 274 y 275.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

conflicto. En efecto, cuando dos o más normas entran en conflicto (y, se reitera, no existen reglas o condiciones de prioridad), la determinación de cómo se debe actuar o decidir no depende de las reglas, sino del resultado de la evaluación de reglas en conflicto, lo cual, en definitiva, implica que se debe recurrir a un balance entre razones de primer orden. Siendo esto así, las reglas jurídicas (y el derecho) dejan de ser razones protegidas y de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico. Esto quiere decir que si se supone que una característica del funcionamiento normativo del derecho es su función excluyente en el razonamiento práctico (en el sentido que además de definir cómo actuar, excluye determinadas razones relevantes), cuando aparece una antinomia el asunto queda jurídicamente indeterminado, en tanto el derecho no define ni cómo se debe actuar ni qué razones son excluidas.

Podría objetarse que esta conclusión no es necesariamente cierta, pues, por ejemplo, si existe un conflicto entre dos reglas infraconstitucionales, el asunto no queda jurídicamente indeterminado, ya que el intérprete puede estar facultado para aplicar la regla que más se adecúe al contenido constitucional, o para aplicar directamente la Constitución. Sin embargo, resulta claro que en el primer caso lo que existe es una regla de prioridad, por lo cual el conflicto deviene en aparente, y en el segundo caso, no se plantea una regla de prioridad, sino un mecanismo distinto de solución de antinomias, consistente en aplicar una norma de mayor jerarquía. En este último caso, aunque exista un conflicto entre las normas infraconstitucionales, el asunto no queda jurídicamente indeterminado, pues justamente, para evitarlo, es posible aplicar la norma de mayor jerarquía. En cualquier caso, la hipótesis sobre aplicar directamente la Constitución en caso de conflicto es, sin duda, contingente, al depender de que ésta tenga en efecto una respuesta para el caso, y, como se verá enseguida, en las situaciones en las que la relación de dos normas contradictorias, donde, sin embargo, el derecho tiene definido un mecanismo para la resolución del conflicto, no surge una antinomia, sino una excepción.

Una regla, o razón en general, constituye una excepción para otra regla, siempre que existan normas con consecuencias jurídicas incompatibles, pero además —y a diferencia del caso de las antinomias— exista “una preferencia de la solución normativa de una de



## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

ellas sobre la otra”.<sup>30</sup> Para explicar este tipo de relaciones normativas, resulta útil señalar tres formas en que pueden surgir las excepciones.

En primer lugar, las reglas secundarias pueden establecer excepciones *genéricas* en relación con todas las reglas primarias. Así, por ejemplo, es posible que la regla secundaria establezca que la autoridad *A* tiene competencia para dictar las reglas *R*, y que los individuos deben seguirlas, salvo que aparezcan las circunstancias *q* o *s*. Póngase por caso que *A* dicta la regla *r*, la cual, por supuesto, hace parte del conjunto de reglas *R*, autorizadas por la regla de reconocimiento; así, un individuo debe seguir *r*, salvo que para el caso resulten aplicables *q* o *s*.

En segundo lugar, cada una de las reglas *R* puede contemplar excepciones *específicas*, y distintas a las provenientes de *q* o *s*. En estos términos, por ejemplo, la regla *r1* establece que se debe hacer  $\emptyset$ , salvo que se acredite *m*. Un individuo, por tanto, debe hacer  $\emptyset$ , salvo que se acredite específicamente la excepción *m*, o de forma genérica, *q* o *s*. Como se ve, una de las diferencias evidentes entre las excepciones genéricas y las específicas es que las primeras se refieren a todo el conjunto de *R*, mientras las segundas se circunscriben a las *r* consideradas individualmente.

En tercer lugar, pueden surgir excepciones *implícitas* a consecuencia de la reconstrucción de las relaciones de las distintas reglas. Para explicar esto recuérdese la diferencia entre normas *formuladas* y normas *derivadas*.<sup>31</sup> Las normas formuladas se refieren a cada una de las normas creadas por las autoridades jurídicas, y las derivadas corresponden a las consecuencias lógicas de cada una de las normas y de la reconstrucción de las relaciones con otras normas. Si, como se ha dicho, en el ordenamiento jurídico existen reglas de prioridad, pueden aparecer normas derivadas cuando se reconstruyen adecuadamente las relaciones entre las normas en conflicto y las condiciones de prioridad. En consecuencia, la relación entre *r1* y *r2*,

<sup>30</sup> Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2000, pp. 61-85; Rodríguez, Jorge, “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, pp. 149-167, p. 159.

<sup>31</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer, 1971.



FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

por ejemplo, puede constituir una excepción siempre que: *a*) las soluciones normativas de ambas reglas resulten lógicamente incompatibles, y *b*) exista una preferencia de una sobre la otra. Si la regla de reconocimiento establece que las reglas con la propiedad *p* prevalecen sobre las que no la tienen, y *r1* tiene la propiedad *p*, entonces *r1* se constituye en una excepción de *r2*.

Se debe tener en cuenta que los conflictos entre reglas, en cuanto se puedan caracterizar como excepciones, no necesariamente generan una dificultad para la tesis de la función excluyente de las reglas. Aun cuando resulte común que las reglas individualmente consideradas estén expuestas a excepciones implícitas, es posible definir lo exigido por el derecho una vez que se reconstruyan las relaciones entre las normas en aplicación de las condiciones de prioridad. En realidad, la dificultad aparece cuando se afirma que una característica de las normas jurídicas es que sus excepciones no pueden ser reconstruidas de antemano, es decir, que son derrotables (DR). De acuerdo con la tesis de la derrotabilidad, las normas jurídicas están abiertas a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas o reconstruidas *ex-ante*. Por lo tanto, que las reglas sean derrotables no es lo mismo que afirmar que tienen excepciones. Lo que está en juego en el análisis de la DR es la explicación de si es posible enumerar *ex-ante* todas las excepciones implícitas de las reglas.<sup>32</sup> Las complejidades teóricas y prácticas que se generan con la DR son lo suficientemente complejas como para ser analizadas en este trabajo. Por ello, las siguientes líneas se limitan a abordar la siguiente pregunta: ¿es una consecuencia necesaria de la relación entre las reglas y sus razones subyacentes que se generen excepciones implícitas que no pueden ser reconstruidas de antemano?

#### IV. LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS

Las reglas son el resultado de decisiones de las autoridades jurídicas que, luego de ponderar las diferentes razones de primer orden

<sup>32</sup> Ferrer-Beltrán, Jordi y Battista-Ratti, Giovanni, "Defeasibility and legality: A Survey", en Ferrer Beltrán, J. y Battista Ratti, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 11.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

(razones subyacentes), definen un conjunto de propiedades (el caso) al que otorgan determinada calificación jurídica. Para explicar la relación entre las reglas y sus razones subyacentes, Schauer parte de la distinción entre la formulación de las reglas (disposiciones jurídicas) y su justificación subyacente. Según él, en la disposición jurídica las autoridades formulan las propiedades que son consideradas relevantes respecto a la justificación de la regla.<sup>33</sup> Sin embargo, para Schauer, la relación entre la regla y la justificación subyacente es de “causalidad probabilística”; es decir, que es “probable” que mediante la realización de la conducta definida en la regla se logre actuar de acuerdo con las razones subyacentes.<sup>34</sup> Sin embargo, aun cuando el enunciado pueda ser verdadero para la mayoría de los casos, no es necesariamente verdadero para todos los casos.<sup>35</sup>

Existen casos en los que las disposiciones pueden ser sobreincluyentes o subincluyentes (experiencias recalcitrantes);<sup>36</sup> son sobreincluyentes cuando regulan propiedades que no están en relación de causalidad probabilística con la justificación subyacente, y son subincluyentes cuando no contemplan propiedades que están en relación de causalidad probabilística con la justificación subyacente. Agrega Schauer que dependiendo de la respuesta a estas “experiencias recalcitrantes”, se asume un *modelo conversacional* o un *modelo atrincherado* de toma de decisiones.<sup>37</sup> En el primer modelo, las experiencias recalcitrantes se resuelven a favor de la justificación subyacente, y en el segundo modelo de toma de decisiones, se presume que el conflicto entre la regla y las razones subyacentes se resuelve a favor de la regla.<sup>38</sup> En los términos explicados antes, la diferencia fundamental entre estos modelos es que en el modelo conversacional las razones subyacentes no son en ningún caso excluidas.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 17-31.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 27-31.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Schauer, Frederick, *Thinking like a Lawyer: A new Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 27, y Schauer, *Playing by the Rules*, cit., pp. 31-34.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 43-47.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 47-53.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

Sin embargo, el atrincheramiento, y por tanto la exclusión de las razones subyacentes, no tiene por qué ser absoluto. Como se anotó en la primera parte de este trabajo, la exclusión de razones depende de dos variables: RS y DL. En ese sentido, la exclusión de las razones subyacentes (*i. e.* su atrincheramiento) depende igualmente de esas variables. Es decir, en tanto el AP de las reglas debe resolver también si las razones subyacentes de las reglas son o no excluidas (o, en términos de Schauer, si son o no atrincheradas), esto depende de las reglas secundarias de las prácticas jurídicas específicas y del dominio limitado de las autoridades jurídicas correspondientes.

Schauer, sin embargo, ha ido más lejos. Sostiene que la exclusión de las reglas puede ceder ante razones subyacentes (excluidas) particularmente exigentes.<sup>39</sup> Tomar en consideración las razones subyacentes (excluidas) cuando resultan particularmente exigentes, implica que el individuo examine las razones de primer orden excluidas, para definir si una ocasión en particular forma parte de aquellas en que la regla puede ser desplazada. Sin embargo, podría cuestionarse si el hecho de admitir que los individuos puedan consultar las razones subyacentes no implica que la regla no excluya en absoluto. A esto, Schauer responde que las reglas permiten que los individuos examinen rápidamente las razones subyacentes para ver si es del caso que se descarte la exclusión. Con ello se asegura una diferencia en la toma de decisiones basada en reglas respecto de la toma de decisiones todas las cosas consideradas.<sup>40</sup> La indagación exhaustiva de la corrección de esta tesis excede los límites y propósitos de este trabajo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, al admitir que las reglas pueden ser vencidas por sus razones subyacentes —como parece hacerlo Schauer—, se abre la discusión sobre la DR, y si es o no una propiedad necesaria de las reglas jurídicas. Afirmar que la fuerza de las reglas es presuntiva, podría ser otra forma de admitir la tesis de la necesaria DR, lo cual, por cierto, es rechazado por Schauer.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 196-206.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>41</sup> Schauer, Frederick, "Is defeasibility an essential property of law", en Ferrer Beltrán, J. y Battista Ratti, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on De-feasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 77-88.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

De cualquier forma, la cuestión es si de la relación entre las reglas y sus razones subyacentes surgen excepciones implícitas que no pueden ser identificadas de antemano, es decir, antes de aplicarlas a un caso concreto. En otras palabras, el problema consiste en definir si, como consecuencia de esa relación, las reglas son derrotables. Para efectuar este análisis es necesario previamente diferenciar la DR de la discusión acerca de si existe un deber moral de obedecer el derecho.<sup>42</sup> Como lo resalta Bayón, la explicación de la derrotabilidad de las reglas no puede confundirse con la discusión acerca de si existe un deber moral de apartarse o seguirlas. De lo contrario, confundir la DR con el problema de la obediencia moral del derecho, se estaría liando de forma indebida la cuestión de si, en determinado caso, es moralmente adecuado seguir la norma jurídica, con la cuestión de qué se debe hacer en dicho caso de acuerdo con el derecho.<sup>43</sup> En efecto, toda vez que resulta inteligible la existencia de una regla jurídica inderrotable, frente a la cual no exista el deber moral de obedecerla, o de una regla jurídica derrotable sobre la cual exista un deber moral de obedecerla, entonces es necesario explicar y diferenciar adecuadamente tales problemas.

Imaginemos una regla que exige vendar los ojos a los verdugos, con el fin de que no reconozcan al individuo sentenciado. Piénsese la hipótesis de un verdugo que pueda fallar por problemas de puntería, lo cual haría aconsejable retirar la venda de sus ojos. Supongamos que la práctica normativa del ejemplo prohíbe que, incluso en estos casos, se retire la venda a los verdugos. En esta situación habría, *ceteris paribus*, una regla inderrotable, sobre la cual (como sería presumible que se admita) no hay duda respecto a que no existe un deber moral de obedecerla. No se pretende con esta distinción resolver el complejo problema de si existe una separación conceptual entre los deberes jurídicos y los deberes morales. Se presupone simplemente que, aun cuando se admita la conexión entre los deberes jurí-

<sup>42</sup> Para una revisión del problema del deber moral de obedecer el derecho, véase Edmundson, William, "Introduction", en Edmundson, William (ed.), *The Duty to Obey the Law. Selected Philosophical Readings*, Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, pp. 1-17.

<sup>43</sup> Bayón, Juan C., "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, p. 51.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

dicos y los morales, existen diferencias conceptuales entre ellos, las cuales exigen herramientas explicativas diferentes.

Con base en las anteriores precisiones, la cuestión que la DR plantea —por lo menos para lo que se refiere al presente trabajo— es la adecuada caracterización de las consecuencias jurídicas generadas por la aparición de conflictos entre las reglas y sus razones subyacentes (experiencias recalcitrantes), y si una de las características de estas situaciones es la aparición de excepciones implícitas no identificables o reconstruibles de antemano.<sup>44</sup> Al respecto, es posible señalar la existencia de dos tesis.

De acuerdo con la primera, las reglas son derrotables como consecuencia del surgimiento de excepciones implícitas cuando, dentro de las razones subyacentes no excluidas, aparecen principios jurídicos (DR1). De acuerdo con la segunda, las reglas son derrotables como consecuencia de la facultad de incorporar nuevas excepciones (DR2). Según la tesis DR1, las experiencias recalcitrantes pueden generar que las reglas jurídicas estén sometidas “a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano”, de tal forma que “no sería posible precisar por anticipado, sino solo frente al caso individual, las circunstancias que operarían como genuinas condiciones suficientes para su aplicación”.<sup>45</sup> Y para

<sup>44</sup> Desde luego, es posible definir la derrotabilidad en un sentido más amplio, de forma que incluya todos los casos en que una razón es superada por otra. De hecho, esa es la manera como, en algunos trabajos, Schauer ha concebido el concepto de derrotabilidad (véase “The limited domain of the law”, *Virginia Law Review*, núm. 7, 2004, pp. 1909-1956). Sin embargo, considerando que son muy diversas las circunstancias en que una razón (incluidas las normas jurídicas) puede ser superada por otras razones, es necesario diferenciar con mayor precisión cada una de dichas circunstancias. Además de las limitaciones a la derrotabilidad que se analizan en este trabajo debe sumarse otra. El problema de la derrotabilidad que se plantea se dirige a establecer si las propiedades que no son explícitamente formuladas por las reglas jurídicas son o no relevantes al momento de definir si un caso determinado está jurídicamente regulado. Este asunto es distinto del problema de derrotabilidad en los términos que ha sido tratado por lo lógica deóntica contemporánea, en el marco de discusión de la existencia y adecuada explicación formal de los condicionales derrotables. Sobre esta delimitación, véase Zuleta, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 131-138.

<sup>45</sup> Sánchez Brígido, Rodrigo y Seleme, Hugo, “Derrotabilidad de normas jurí-

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

la tesis DR2, como consecuencia de una experiencia recalitrante, los ordenamientos jurídicos pueden reconocer la facultad, en particular a los jueces, de incorporar *nuevas* excepciones a las reglas.<sup>46</sup>

La tesis DR1 ha sido defendida por Bayón. Este autor sostiene que la DR es una consecuencia de la interacción entre principios y reglas.<sup>47</sup> Los principios, según él, son razones de primer orden incorporadas por el derecho, que se constituyen en razones subyacentes de las reglas creadas por las autoridades jurídicas. En sus palabras, los Estados constitucionales hacen explícitas, en forma de principios, “sus condiciones sustanciales de justificación”.<sup>48</sup> La interacción entre reglas y principios lleva a que estos últimos generen excepciones a las reglas. Sin embargo, como no es posible, según Bayón, determinar de forma anticipada el “conjunto preciso de cada caso gobernado por un principio —porque éste puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos—”, tampoco es posible “determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones”.<sup>49</sup> Como consecuencia de esta interacción, “cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio”.<sup>50</sup> Bayón aclara que, en todo caso, la derrotabilidad es una propiedad contingente del derecho. Según él, la posibilidad de que convivan reglas y principios, y de que los operadores jurídicos puedan consultar los principios, depende de reglas secundarias contingentes.

No obstante, la explicación de Bayón, por una parte, es demasiado restrictiva, y, por otra —como lo explica J. Rodríguez—, no logra demostrar que necesariamente la interacción entre reglas y principios no pueda ser reconstruida y, por tanto, anticipada. En primer lugar, los problemas de las interacciones de las reglas con sus razones subyacentes no se pueden reducir a los Estados constitucio-

dicas”, en Ortega, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara Editores, pp. 110-118.

<sup>46</sup> Schauer, Frederick, “Is defeasibility an essential property of law”, *cit.*, pp. 77-88.

<sup>47</sup> Bayón, Juan C., “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *cit.*, p. 38.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 53 y 54.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

nales contemporáneos (como parece asumirlo Bayón). En realidad, los ordenamientos jurídicos, a lo largo de la historia, han diseñado diferentes herramientas institucionales para tratar los problemas de las experiencias recalcitrantes, como por ejemplo, el argumento de la equidad o el poder de efectuar control constitucional concreto por vía de excepción. En segundo lugar, es un error sostener D1 con base en el argumento de la interacción entre reglas y principios.<sup>51</sup> Como se explicó antes, la caracterización de la relación de las reglas con las razones no excluidas (así éstas sean sus razones subyacentes) se refiere o bien a una excepción, o bien a una antinomia. Así, cuando hay dos normas en conflicto (llámense principios o reglas), y no existen condiciones de prioridad, se está en presencia de una antinomia, de forma que el asunto queda indeterminado, pero no por la existencia de una norma derrotable (en el sentido de Bayón), sino por la existencia de soluciones lógicamente incompatibles. Por otra parte, cuando hay dos o más normas en conflicto, y existen condiciones de prioridad, se está en presencia de una excepción.<sup>52</sup>

Para Rodríguez, el derecho es el resultado de un conjunto finito de actos de creación normativa, de manera que el número de normas jurídicas es necesariamente limitado y susceptible de reconstrucción o identificación racional (otra cosa distinta es que en esa reconstrucción se defina que un asunto no está jurídicamente determinado). Además, los ordenamientos jurídicos están conformados por normas explícitas e implícitas. Si el conjunto de normas explícitas es finito, también lo es el conjunto de excepciones derivadas de las relaciones entre esas normas. Según esto, las normas derrotables no existen; lo que existen son excepciones implícitas a las normas. La existencia de principios no modifica esta conclusión. Si los principios están incorporados por el ordenamiento jurídico, entonces, como las reglas, se pueden reconstruir racionalmente.<sup>53</sup> En conse-

<sup>51</sup> Rodríguez, Jorge, "La derrotabilidad de las normas jurídicas", *cit.*, pp. 149-167.

<sup>52</sup> Una explicación similar puede verse en Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, pp. 371-402.

<sup>53</sup> Rodríguez, Jorge, "La derrotabilidad de las normas jurídicas", *cit.*, p. 152.



## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

cuencia, es conceptualmente posible reconstruir el conjunto de soluciones normativas conformado por las normas implícitas y explícitas, y las excepciones implícitas que resulten de las relaciones entre normas (implícitas y explícitas) y las condiciones de prioridad; con esto se niega que la DR pueda ser explicada como la imposibilidad de prever excepciones.<sup>54</sup>

En términos simples, la crítica de Rodríguez a Bayón radica en que las excepciones implícitas apuntadas por éste son susceptibles de ser reconstruidas. Es decir, que en los ordenamientos jurídicos —como se vio en el apartado anterior— se presentan excepciones no incorporadas en las normas, que surgen de las relaciones sistemáticas con el resto de normas del ordenamiento jurídico, pero que, en todo caso, se pueden reconstruir. Es posible que Bayón esté confundiendo la eventual indeterminación lingüística en la formulación de principios con el problema de la derrotabilidad. Los principios, en general, son formulados mediante expresiones vagas, al menos en relación con la manera estándar en que se formulan las reglas; y si existe el deber de aplicar las mismas condiciones a las reglas y a los principios, entonces, pese a que las reglas sean semánticamente determinadas, la respuesta jurídica puede ser semánticamente indeterminada, a consecuencia de la vaguedad del principio.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, mediante las disposiciones jurídicas las autoridades (dentro de los límites lingüísticos) definen las propiedades relevantes que configuran los casos genéricos de las normas. En las situaciones en que aparecen experiencias recalcitrantes es necesario establecer si las razones subyacentes son o no relevantes al momento de establecer cómo el derecho califica normativamente el asunto.<sup>55</sup> El problema, en palabras de Navarro y Rodríguez, se dirige a establecer el significado del enunciado “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante”.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2000, pp. 61-85.

<sup>55</sup> Alchourrón, Carlos, “On law and logic”, en Ferrer Beltrán, J. y Battista Ratti, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 39-52.

<sup>56</sup> Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas”, *cit.*, 61-85.



FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

Según estos autores, dicho enunciado se puede entender en dos sentidos: uno prescriptivo y otro descriptivo.

De acuerdo con el sentido prescriptivo, dicha proposición significa que los ordenamientos jurídicos establecen que los operadores jurídicos “no deben introducir como relevantes otras propiedades que no sean aquellas que han sido expresamente tomadas como tales por el legislador”.<sup>57</sup> La existencia de esta regla depende contingentemente de las reglas secundarias existentes. Es decir, que es posible que las reglas secundarias excluyan aquellas consideraciones que no fueron explícitamente tomadas en cuenta por la autoridad que creó la regla. Pero es también posible que existan reglas secundarias que autoricen consultar a las razones subyacentes de las reglas y, en consecuencia, consideren relevantes propiedades que no han sido consideradas explícitamente como relevantes por parte de las autoridades en las disposiciones jurídicas. Así, el modelo atrincherado, entendido como aquel en el que los operadores jurídicos no deben introducir excepciones en aplicación de las razones subyacentes de las reglas, depende de la autorización de las reglas secundarias existentes en cada ordenamiento jurídico.

Por su parte, el sentido descriptivo de la proposición “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante” puede ser negativo o positivo. El sentido negativo sostiene que si una propiedad no ha sido expresamente considerada como relevante, ella no ha sido considerada como irrelevante. Esta versión es cierta, pero trivial, y por tanto, no informativa. El sentido positivo (que considera la propiedad irrelevante si no ha sido expresamente considerada relevante) depende de la existencia de un principio de clausura, *i. e.* de una regla secundaria de existencia contingente.<sup>58</sup> En conclusión, tanto desde el punto de vista prescriptivo como del descriptivo la derrotabilidad de las reglas es contingente, pues depende, en definitiva, de las prácticas vigentes en las prácticas jurídicas, y de la existencia o el reconocimiento de reglas secundarias que definan un principio de clausura (*v. gr.* el de que los operadores jurídicos no de-

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 80-85.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 82.

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

ben introducir como relevantes otras propiedades que no han sido expresamente tomadas como tales por el legislador).

Ahora bien, la tesis DR2, de la forma como es sostenida por Rodríguez y Navarro, implica que cuando aparecen experiencias recalcitrantes, es posible que el ordenamiento jurídico autorice a los operadores jurídicos para que *incorporen nuevas excepciones en la regla* con fundamento en las razones subyacentes. Tienen razón estos autores al sostener que la respuesta a esta cuestión, en cualquier caso, es contingente, pues depende de que las reglas secundarias de la práctica jurídica, en efecto, otorguen esta autorización. Sin embargo, si el derecho autoriza que los individuos consulten las razones subyacentes, no es claro cómo esto implica, de forma necesaria, que las excepciones a las normas sean nuevas. En efecto, las razones de primer orden —como se dijo antes— pueden ser normas incorporadas al ordenamiento jurídico o normas aplicables por autorización de las reglas secundarias del ordenamiento respectivo. Esas normas, en tanto son reconocidas por el derecho, pueden —como es reconocido por Rodríguez— ser reconstruidas racionalmente. Por lo tanto, la tesis DR2 no puede asumirse como una tesis general acerca de la caracterización de la DR. No es cierto que, necesariamente, la relación de las reglas con sus razones subyacentes implique la capacidad de incorporar nuevas excepciones, pues resulta conceptualmente posible reconstruirlas como excepciones implícitas.

Además, existe una diferencia entre la autorización de modificar las reglas como consecuencia de la experiencia recalcitrante y la posibilidad de tener en cuenta determinadas razones al momento de decidir si se sigue o no una regla. En este sentido, Schauer propone el siguiente ejemplo. Una regla exige a los conductores no sobrepasar los 80 kilómetros por hora. Existe además el principio de conservación y protección de la vida de las personas. Es posible que, en virtud de ese principio, se genere una excepción en aplicación de la regla, por ejemplo, cuando alguien los sobrepasa para llevar a tiempo a una persona herida al hospital. Sin embargo, en este caso, pese a que el principio se constituye en una excepción de la regla, no es posible concluir sin más que la regla haya sido modificada. Ello sólo ocurrirá en los casos en que el ordenamiento jurídico (sus reglas secundarias) autoricen a determinados operadores para mo-

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

dificar el contenido de la reglas para ajustarlas a las experiencias recalcitrantes.

En suma, la DR no es una propiedad necesaria de las reglas. Su existencia depende de las reglas secundarias de las prácticas jurídicas en los casos en que consideren que las razones subyacentes resulten determinantes para establecer cómo se deben seguir las reglas. La DR, además, está en función de que esas razones subyacentes no sean identificables *ex-ante*. Con ello, la derrotabilidad del derecho quedaría reducida a los casos en que éste autoriza a los jueces a recurrir a razones subyacentes no jurídicas (*v. gr.* algunas razones morales no incorporadas al derecho), las cuales no pueden ser identificadas previamente.

## V. CONCLUSIONES

El AP de las reglas es una cuestión contingente que depende de dos variables: las reglas secundarias que determinan la competencia de las autoridades jurídicas, y el dominio limitado de la jurisdicción de la autoridad legítima. A partir de lo anterior se observó que la relación entre las reglas y las razones (o normas) no excluidas puede explicarse de forma adecuada a partir de las nociones de antinomia y excepción. A su vez, es posible diferenciar tres tipos de excepciones. Las excepciones *genéricas* (en las reglas secundarias), las excepciones *específicas* (establecidas en cada norma individualmente considerada) y las excepciones *implícitas* (que depende la relación con otras normas no excluidas y de las reglas de prioridad).

Por otra parte, se concluyó que —de conformidad con las reglas secundarias y dominio limitado de las autoridades jurídicas— es posible que las prácticas jurídicas incluyan o excluyan como consideraciones relevantes, al momento de definir lo que exigen sus reglas, a las razones subyacentes. En este contexto, la derrotabilidad es una propiedad contingente de las reglas que depende de la respuesta que den los ordenamientos jurídicos ante la eventual aparición de experiencias recalcitrantes.

En la caracterización de la derrotabilidad de las reglas se descartó la tesis DR1, en tanto que no logra demostrar que, necesariamente,

## ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

la interacción entre reglas y principios no pueda ser reconstruida y, por tanto, anticipada. En relación con la tesis DR2, se concluyó que si las reglas secundarias autorizan consultar razones subyacentes, no significa que necesariamente se incorporen nuevas excepciones. Si las razones subyacentes son reconocidas por el derecho y, además, es posible reconstruirlas, entonces debe rechazarse que en tales casos el derecho faculte a incorporar nuevas excepciones.

Es posible concluir que la tesis DR1 resulta adecuada para los casos en que el derecho autorice recurrir a razones de primer orden que no pueden ser identificadas *ex-ante* (si esto es o no posible es una cuestión distinta y que no se pretende resolver en este trabajo). La tesis DR2 es adecuada sólo en el evento en que el derecho autorice a los individuos a aplicar normas o razones no contempladas por el ordenamiento jurídico respectivo. Pero lo cierto es que tanto DR1 como DR2 son tesis acerca de propiedades contingentes de las reglas jurídicas, de tal forma que ninguna puede asumirse como una proposición general acerca de la DR en el derecho.

Por último, de acuerdo con los argumentos expuestos, es posible finalizar este trabajo con dos conclusiones. Primera, siendo la derrotabilidad una propiedad contingente de las reglas jurídicas, no es posible elaborar una caracterización general acerca de cómo opera en cada una de las prácticas jurídicas. Segunda, mediante las disposiciones jurídicas, las autoridades se proponen crear reglas jurídicas. Por ello, suele afirmarse que las reglas jurídicas son el significado de las disposiciones jurídicas. En este orden de ideas, si dentro de los criterios significativos, según las reglas secundarias, aparece un conjunto específico de razones subyacentes, entonces no es posible afirmar, sin más, que los operadores modifiquen el derecho (*v. gr.* mediante la incorporación de nuevas excepciones).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer, 1971.

ALCHOURRÓN, Carlos, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

- ALCHOURRÓN, Carlos, "On law and logic", en FERRER BELTRÁN, J. y BATTISTA RATTI, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BAYÓN, Juan C., "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8p6c0>.
- CARACCILO, Ricardo, "El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm04g3>.
- EDMUNDSON, William, "Introduction", en EDMUNDSON, William (ed.), *The Duty to Obey the Law. Selected Philosophical Readings*, Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
- ENDICOTT, Timothy, "Interpretation, jurisdiction, and the authority of law", *American Philosophical Association Newsletter on Law and Philosophy*, núm. 2, 2007.
- FERRER-BELTRAN, Jordi y BATTISTA-RATTI, Giovanni, "Defeseability and legality: A Survey", en FERRER BELTRÁN, J. y BATTISTA RATTI, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- FINNIS, Jhon, *Natural law and natural rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, 2a. ed., trad. de S. Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HART, *The concept of law*, 2a. ed., P. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994.
- MOORE, Michael, "Authority, Law, and Razian Reasons", *S. Cal. Law. Rev*, núm. 3, 1989.
- MARTIN, Margaret, *Judging positivism*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1984.

# ALCANCE Y DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS

- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2000, en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc891j3>.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, *Deontic Logic and Legal Systems*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.
- PERRY, Stephen R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 2, 1987, en: <https://doi.org/10.1093/ojls/7.2.215>.
- POSTEMA, Gerald, “Law’s autonomy and public practical reason”, en GEORGE, Robert P., *The Autonomy of law. Essays on legal positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RODENAS, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ, Jorge, “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p1c3>.
- RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, pp. 371-402, en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc3t9w2>.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo, “Derrotabilidad de normas jurídicas”, en ORTEGA, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara Editores.
- SCHAUER, Fredrick, *Playing by the Rules. A philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- SCHAUER, Fredrick, “The limited domain of the law”, *Virginia Law Review*, núm. 7, 2004.
- SCHAUER, Fredrick, “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, *N. Y. U. L. Rev*, núm. 83, 2008, en: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-4/critical-guide-vehicles-park>.
- SCHAUER, Fredrick, *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SCHAUER, Fredrick, “Is defeasibility an essential property of law”, en FERRER BELTRÁN, J. y BATTISTA RATTI, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, Fredrick, “On the Open Texture of Law”, *Grazer Philosophische Studien*, núm. 87, 2013.
- WALLACE, R. Jay, “Practical Reason”, en E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultado el 16 de marzo de 2016 en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/>.
- ZULETA, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

## Ética de la virtud y profesiones jurídicas\*

### *Virtue Ethics and Legal Professions*

Tasia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ\*\*

#### **Resumen:**

¿Qué virtudes debe tener la persona juzgadora? ¿Qué hay de la abogacía? Este trabajo está enfocado en el estudio de la naturaleza ética de la profesión jurídica, planteando la necesidad de modelos de excelencia orientados a la promoción de la justicia. Frente a una visión que concibe al derecho como el arte de persuasión, en este trabajo se explora el paradigma clásico de la “retórica de la virtud”, formulada por Cicerón y Quintiliano. Desde una postura que asimila la tarea judicial como un ejercicio abstracto, este artículo se enfoca en el modelo judicial compasivo defendido por Aristóteles.

#### **Palabras clave:**

Virtud judicial, abogacía, ética profesional, emociones, Cicerón.

#### **Abstract:**

*What virtues should judges have? What about attorneys and legal officials? This work is focused on the ethical nature of the legal profession and raises the need to have models of excellence that lean toward the promotion of justice. Understanding the law as the art of persuasion, the classic*

\* Artículo recibido el 24 de marzo de 2017 y aprobado para su publicación el 11 de septiembre de 2017.

\*\* Docente del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.



TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

*paradigm of “rhetoric of virtue” is discussed, as formulated by Cicero and Quintilian. The task of the judiciary as an abstract exercise is put forward and the paper claims to recover the compassionate model of justiciability defended by Aristotle.*

**Keywords:**

*Judicial virtue, advocacy, applied ethics, emotions, Cicero.*

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La virtud judicial*. III. *Virtud judicial e imparcialidad*. IV. *La virtud de la abogacía*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias bibliográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar visiones de la abogacía que la perciben como una profesión puramente técnica, destinada a persuadir a toda costa a la persona juzgadora, sin que medie ningún tipo de consideración ética. Frente a este punto de vista, proponemos el retorno a la “retórica de la virtud”, un paradigma clásico que se preocupa por los elementos emocionales y estilísticos de la comunicación (además de por los argumentativos) dentro de un sistema ético. La buena argumentación, para este paradigma, no puede concebirse sin aludir a la excelencia personal. Buena es la argumentación que además de ser técnicamente impecable, es desarrollada por una persona que aspira a la excelencia moral e intelectual en el seno de su praxis de la abogacía.

Del mismo modo que encontramos una pobre visión de la abogacía, también es frecuente una perspectiva pobre de la judicatura, que hace de la idea de la imparcialidad la piedra angular de la práctica judicial, y que concibe dicha virtud como un actuar abstracto y carente de emociones. Frente a ello, la filosofía clásica nos dejó una completa concepción sobre el buen hacer de la persona juzgadora. Los clásicos, por tanto, desarrollaron sendas concepciones sobre el buen hacer de la persona juzgadora y de la abogacía. Estas concepciones buscan la excelencia profesional y la realización vital, e implican una visión profunda de las profesiones jurídicas que se conciben como el lugar para el cultivo del intelecto, la ética y la retórica.

La perspectiva propuesta en este artículo se integra dentro del resurgimiento, a partir de los años cincuenta, de las éticas de la virtud (giro aretaico) y, en concreto, se enmarca en el incipiente *corpus* teórico denominado “jurisprudencia de la virtud”,<sup>1</sup> que está

<sup>1</sup> Algunos trabajos que dan muestra de la jurisprudencia de la virtud son: Amaya, Amalia y Hock Lai, Ho (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing,

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

cobrando especial relevancia en el ámbito de la argumentación jurídica.<sup>2</sup> Incorporamos relevantes elementos originales a esta corriente, dado que partimos del estudio de la retórica clásica y, en particular, de la obra de Quintiliano. Miramos hacia un tiempo en el que las profesiones jurídicas eran consideradas las más elevadas de las profesiones, que aunaban un conjunto de virtudes morales, intelectuales y cívicas que representaban el ideal de vida de una concepción del mundo que se puede denominar “cultura de la retórica”. A través de la indagación en la retórica clásica hemos tratado de trasladar a la teoría de la argumentación aquel espíritu apasionado, de gran potencial humanista y democratizador.

## II. LA VIRTUD JUDICIAL

Hablar del *ethos* de la persona juzgadora es hablar de las virtudes judiciales. Aristóteles<sup>3</sup> propuso en su tiempo un modelo de virtudes judiciales, que pretendía expresar las nociones de excelencia intelectual y moral de la Grecia clásica. Sorprendentemente, ese ideal humanista sigue siendo un modelo de excelencia perfectamente válido para un juez o una jueza de hoy. Las causas de esa extraordinaria vigencia actual posiblemente estén en que los derechos humanos contienen una idea de la dignidad humana que encuentra fácil apoyo en los modelos clásicos de la virtud. Expondremos el modelo de la virtud judicial propuesto por Aristóteles, para que la persona lectora constate por sí misma lo útil que resulta a la judicatura

2012. Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008. Chapman, John W. y Galston, William A., *Virtue, Nomos XXXIV*, Nueva York, New York University Press, 1992.

<sup>2</sup> Algunos trabajos que ejemplifican la teoría aretáica de la argumentación son los siguientes: Amaya, Amalia, “Virtud y razón en el derecho. Hacia una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica”, en González de la Vega, René y Lariguet, Guillermo (eds.), *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas perspectivas*, Bogotá, Temis, 2013. Saldaña, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007. Yankah, Ekow N., “Virtue’s Domain”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4, 2009.

<sup>3</sup> Cfr. Aristóteles, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

de hoy. Según dicho modelo, la prudencia, la *phrónesis*, es la principal virtud judicial,<sup>4</sup> que significa que alguien sabe lo que se debe hacer en cada situación y que significa también encontrar el equilibrio adecuado en relación con el caso concreto.

La prudencia aristotélica, señala MacIntyre,<sup>5</sup> requiere de una combinación entre intelecto y experiencia práctica. No es una especie de astucia que enlace medios para cualquier fin; es decir, no consiste en que la persona juzgadora localice rápidamente cualquier precedente aplicable, sino que supone elegir la solución que mejor se adapte a los valores morales en juego. Es decir, que para Aristóteles no existe la posibilidad de que un juez o una jueza deje de lado la reflexión ética, no se puede tener una inteligencia puramente técnica. MacIntyre<sup>6</sup> señala que en la sociedad actual se dicen cosas como “sé buena y dulce, señorita, y deja la inteligencia para otros”, y añade que la alta cultura también contiene este tópico. Así, vemos que Kant<sup>7</sup> distingue entre la buena voluntad (que es condición suficiente para que seamos buenas personas), y el saber cómo aplicar normas generales a los casos particulares, que es una habilidad intelectual. Por tanto, para Kant, se puede ser a la vez una persona buena y estúpida, mientras que Aristóteles vincula la inteligencia con la bondad. La inteligencia práctica requiere preocupaciones éticas. MacIntyre<sup>8</sup> sostiene que la sociedad actual no parece compartir el parecer de Aristóteles. La modernidad ha consagrado a la persona “gerente”, que es alguien que presume de su experticia al conectar medios y fines de manera valorativamente neutra.

Aristóteles, como explica Nussbaum, resalta la importancia de las emociones para la ética, pues lejos de considerarlas obstáculos para el razonamiento, las considera elementos imprescindibles para una buena reflexión. Aristóteles considera que las emociones guían a la razón en sus elecciones. La persona prudente no decide de modo

<sup>4</sup> MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Austral, 2013, pp. 185 y ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 185 y ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>7</sup> Cfr. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Vilagrassa y Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1981.

<sup>8</sup> MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

meramente intelectual, sino que aprovecha los deseos informados por sus emociones y eso le ayuda a responder correctamente.<sup>9</sup> Una buena elección requiere no sólo su adopción intelectual, sino también la implicación emocional con la misma. Sin el consorcio de la emoción, esa elección deja de ser plenamente ética. La auténtica generosidad es la que se hace de todo corazón, de modo gozoso. Esa generosidad es más fiable y duradera. Una violenta lucha interna entre razón y emoción es síntoma de inmadurez ética, de necesidad de educación moral. Gadamer<sup>10</sup> explica, en este sentido, que una virtud positiva en la persona intérprete es la sensibilidad, virtud que Aristóteles toma en cuenta, y que consiste en otorgar la importancia que corresponde a los afectos. Sentirse afectado por la otra persona, ponerse en su lugar. Tener disposición a la compasión.

Junto con la idea de racionalidad técnica, la modernidad ha consagrado la idea de racionalidad pura, que extiende sus tentáculos dentro de la teoría del derecho. Sin embargo, como señala Nussbaum,<sup>11</sup> Aristóteles<sup>12</sup> considera que un estudio sobre la justicia tiene que hacerse teniendo en cuenta la racionalidad de una persona real, y no una racionalidad idealizada y perfecta; la justicia es cosa de personas, y no de bestias ni de divinidades,<sup>13</sup> pues la razón humana, con

<sup>9</sup> Las emociones nos permiten reaccionar del modo que corresponde a una situación. Pensemos en la muerte de un ser querido. Eso no es algo que se pueda comprender con el intelecto, es algo que sólo puede comprenderse añadiendo al corazón. Por eso, cuando alguien conoce el hecho, pero no reacciona emocionalmente, pensamos que aún no ha comprendido la situación, aún no ha percibido lo que ha pasado. La percepción de un evento se produce también con las emociones. Nussbaum, Martha, *La fragilidad del bien*, Madrid, Machado, 2004, Interludio II. Aristóteles señala que las emociones tienen el poder de señalar cosas que sería aconsejable seguir y otras que sería mejor dejar, y sin las emociones no habríamos reparado en ello. A veces el deseo nos habla y nos informa de lo que necesitamos y de cómo podemos satisfacerlo. Cfr. Aristóteles, *Acerca del alma [De anima]*, trad. de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1978.

<sup>10</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1997, p. 386.

<sup>11</sup> Nussbaum, Martha, *La fragilidad del bien*, cit., pp. 193 y ss.

<sup>12</sup> Aristóteles, *Política*, trad. de Manuel García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, § I-12a27.

<sup>13</sup> El ideal platónico de la virtud parece más bien dirigido a las divinidades. Platón señala en la *República* que la virtud clave de la persona es el autocontrol con

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

sus debilidades, es la única que puede comprender el bien y el mal, lo justo y lo injusto. La autora señala, en relación con esta idea, que Aristóteles sigue la tradición filosófica, que se remonta a Heráclito, según la cual la capacidad de utilizar el sustantivo “justicia” se basa en la experiencia de la necesidad y la escasez, de las que carece un ser divino.

Por consiguiente, la prudencia es la “virtud marco” que ha de tener una persona juzgadora. A su vez, la prudencia está conformada por diversas virtudes, como la sensibilidad emocional y la experiencia de la vulnerabilidad humana. Un tercer rasgo conformador de la prudencia es el talante conciliador del carácter judicial. Aristóteles no se siente a gusto en la experiencia del conflicto<sup>14</sup> y considera que “todos los seres humanos buscan por naturaleza el saber”<sup>15</sup> (comienzo de la *Metafísica*); ese profundo deseo sólo puede satisfacerse resolviendo las contradicciones, buscando la coherencia intelectual.<sup>16</sup>

Pero esto no implica que Aristóteles desee conciliar posiciones a toda costa, dado que no debemos dejarnos cegar por nuestro propio

respecto a las propias pasiones y los propios deseos. Eso nos permitirá ser autosuficientes, no depender de cosas altamente vulnerables, que pueden perderse en cualquier momento, como el placer, la riqueza, el amor, la comida o la fiesta. Para dejar de ser vulnerables hemos de abandonar el deseo de esas cosas. Platón sostiene que la vida óptima para las personas es la de la filosofía, es decir, la dedicada al estudio. Esta vida está, según Platón, gobernada por la razón. Platón, “República”, *Diálogos*, Madrid, Gredos, 1986, vol. IV, §561 b; 329 a; 583c-584a.

Nietzsche criticó a Platón señalando que las personas que buscan las cosas estables, como la matemática y la filosofía, lo hacen porque son incapaces de vivir con el dolor y la inestabilidad propios de la vida. Así, dice Nietzsche, “Es el sufrimiento lo que inspira estas conclusiones fundamentalmente, son deseos de que tal mundo exista... Imaginar otro mundo más valioso es una expresión de odio hacia un mundo que hace sufrir: el resentimiento de los metafísicos es aquí creativo”. Nietzsche, Friedrich, *La voluntad de poder*, cit., p. 207.

<sup>14</sup> Aristóteles, *Metafísica*, trad. de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1970, §995a29-33.

<sup>15</sup> *Ibidem*, primeras líneas de la *Metafísica*.

<sup>16</sup> Añado a esta reflexión de Nussbaum que podemos comprender bien por qué a las filosofías hermenéuticas les gusta tanto Aristóteles, y podemos prever el debate entre el interés conciliador de la hermenéutica y la reafirmación del conflicto de la deconstrucción.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

idealismo ni fingir que hemos solucionado un conflicto cuando en realidad éste subsiste. Una vez que alcancemos una solución, es imprescindible que regresemos a las tesis que originalmente estaban en conflicto y comprobemos que nuestra solución conserva la mayor parte del espíritu de lo que éstas defendían. Aristóteles condena repetidamente a las personas demasiado idealistas, que no vuelven a la experiencia real para contrastar sus conclusiones.<sup>17</sup> Por tanto, un cuarto rasgo de la prudencia judicial es el hecho de partir en todo momento de la experiencia real, sin perderse en especulaciones. Cuando nuestras propias conclusiones se alejen mucho de las opiniones comunes, debemos plantearnos muy seriamente si estamos equivocados. Esto no significa que tengamos que asumir de modo acrítico las opiniones comunes, pero sí debemos admitir que todo lo que es objeto de creencia universal encierra una parte de verdad que no debe despreciarse.<sup>18,19</sup> No debemos oponer radicalmente la sabiduría de la gente culta a la sabiduría de la gente común. Lo cierto es que las personas sabias son reconocidas como tales precisamente porque mucha gente acepta su autoridad. Por ello, Aristóteles se opone a una noción elitista de la sabiduría que considere que las personas expertas saben más de justicia que el conjunto de la población. El deseo de alcanzar soluciones es un anhelo humano

<sup>17</sup> *Ibidem*, §995a29-33.

<sup>18</sup> Aristóteles, *Metafísica*, *cit.*, § 1009b2. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, §1155b27.

<sup>19</sup> Por tanto, para Aristóteles, el conocimiento sobre la justicia no puede recaer, como en Platón, en manos de una persona ascética y solitaria, que vive encerrada en su propio idealismo y que desconfía de todo cuanto persiguen las personas comunes. El conocimiento radica, según Aristóteles, en nuestro mundo y en las ideas compartidas en la cultura que habitamos. Aristóteles, *Metafísica*, *cit.*, § 107a39 y ss.

Es ahí donde la persona juzgadora debe buscar inspiración. Aristóteles reconoce a Platón que una vida únicamente volcada en el placer no es deseable, ya que, según Aristóteles, produce dificultad para escuchar a las demás personas; pero, en el extremo opuesto, el ascetismo exagerado también nos aleja del resto de las personas, porque esa insensibilidad no es humana, ya que el sentir agrado por las cosas del mundo es algo normal para cualquier persona humana. Aunque, matiza Aristóteles, es posible llevar una existencia humana ascética; sólo que esa persona asceta se perderá aspectos importantes de la vida humana. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, §1179-26 y 119a6.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

universal, y siempre corremos el riesgo de caer en la simplificación y el reduccionismo.<sup>20</sup> Aristóteles reivindica, como brújula, reflexionar de manera cercana al mundo, con la mirada puesta sobre la realidad cotidiana.<sup>21</sup>

Un quinto rasgo de la prudencia judicial consiste en asumir la incertidumbre propia de las decisiones jurídicas. Este rasgo requiere una reflexión metodológica acerca del papel de las reglas en las decisiones. El ideal aristotélico no es el de las certezas matemáticas, sino el de la persona prudente, que elige adecuadamente en un mundo humano lleno de incertidumbre. Esta persona, señala Nussbaum,<sup>22</sup> no intenta situarse en una perspectiva ajena a las condiciones de la vida humana, sino que basa sus juicios en su amplia experiencia vital. La persona juzgadora no debe deliberar con métodos científicos, ni aspirar a una imparcialidad ciega y fría. La filosofía aristotélica implica mostrar apertura ante lo nuevo, pues la vida siempre puede sorprendernos y resultar, en determinados aspectos, distinta a todo lo anterior. Por eso no podemos alcanzar nunca un conocimiento completo en cuestiones éticas. Pero eso no implica la ausencia de conocimiento ético, ya que durante nuestra experiencia vital trata-

<sup>20</sup> Nussbaum señala que “por intentar sentirnos en casa, fácilmente terminamos convertidos en unos extraños en ella tal como la experimentamos... Aristóteles piensa que, atrapados en el hedonismo, el materialismo, el mecanicismo u otras simplificaciones, la mayoría nos hemos vuelto extraños a algún aspecto de la vida que vivimos y el lenguaje que empleamos. Necesitamos la filosofía para que nos muestre el camino de retorno a lo ordinario y lo torne interesante y placentero, en lugar de convertirlo en algo indigno y de lo que conviene huir... El platonismo apela a una propensión, profundamente enraizada en nosotros, a avergonzarnos de la mezcla y confusión de nuestra humanidad. Cabría decir que quien se opone al retorno a las apariencias no está en paz con su propia condición humana”. Nussbaum, Martha, *La fragilidad del bien*, cit., p. 295.

<sup>21</sup> Sin sentir “repugnancia pueril” ante los aspectos corrientes de la vida, y cuenta un relato de unos estudiantes que quisieron ser presentados al filósofo Heráclito, y que cuando llegaron a su casa vieron al célebre hombre sentado en la cocina. Los estudiantes estaban confusos, ya que esperaban encontrarlo mirando al cielo o reflexionando, pero Heráclito les dijo: “Entrad. No temáis. Aquí también hay dioses”. Aristóteles, *Parts of Animals*, trad. de J. Lennox, Oxford, Oxford University Press, 2001, §645a19-23; 645a24.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 316.



TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

mos de alcanzar un saber práctico acerca de la justicia, y creamos normas para nuestro uso personal, que son fruto de ese aprendizaje, moldean nuestra identidad y facilitan el momento de juzgar.

Aristóteles insiste en que la prudencia, la característica central de la persona virtuosa, no es cuestión de definiciones, sino que consiste en apertura y reflexión situada en el caso concreto. Las reglas que nos vamos dando y las virtudes que, en consecuencia, van configurando nuestro carácter son resúmenes de las decisiones particulares. Las reglas son, en este sentido, resúmenes de los buenos juicios anteriores, que son válidos sólo en la medida en que describen adecuadamente dichos juicios. Consideramos que el carácter general de las reglas (tanto las leyes como las que vamos configurando a partir de los casos anteriores) hace de éstas un arma de doble filo, pues aunque aporten funciones pedagógicas y orientativas, pueden presentar una imagen reduccionista de elecciones complejas y no adaptarse a las situaciones futuras. Las características de cada situación deben prevalecer sobre la regla, y debemos mostrar apertura ante la idea de que lo inesperado y lo nuevo nos obligue a modificar la regla, ya que ésta, para ser correcta, debe describir adecuadamente los casos. Esto significa que toda tarea ética posee incertidumbre e implica no instalarse en el conservadurismo del precedente.

Para Aristóteles, el ideal ético está vinculado a la idea de prudencia, que es una virtud que permite decidir en cada caso lo más adecuado, es decir, la capacidad de percibir, no lo que hace común a una situación, sino lo que la hace distinta. Las reglas y los principios, por tanto, no son los árbitros últimos de lo ético. Una norma debe verse como una suma de decisiones prudentes, por lo que conviene completarla con otras decisiones prudentes futuras y corregirla cuando no responda adecuadamente a lo que la persona juzgadora estime correcto. Aristóteles<sup>23</sup> explica esta exigencia de flexibilidad con la metáfora de que quien pretende tomar siempre sus decisiones de acuerdo con un principio general fijo es como la persona arquitecta que intenta utilizar una regla recta para medir las curvas de una columna; por el contrario, es necesario el uso de una banda metálica flexible que se adapte a la forma de la piedra. Nussbaum señala que

<sup>23</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., §1137b30-2; 1134b18-33.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

“al piloto que guiara su nave siguiendo reglas fijas en medio de una tormenta de intensidad y dirección imprevistas se le consideraría un incompetente. La persona prudente utiliza la flexibilidad y la imaginación para afrontar lo nuevo y cultiva las facultades que se lo permiten”.<sup>24</sup>

Gadamer,<sup>25</sup> analizando a Aristóteles, explica que por muy buenos que sean nuestros hábitos adquiridos en la resolución de casos anteriores, éstos no garantizan la solución justa en el caso concreto, pues la realidad usualmente desborda al conocimiento previo. En el momento hermenéutico (interpretativo) es imprescindible partir de la superioridad de la realidad frente a la necesaria deficiencia de toda regla.

En conexión con esta idea, Aristóteles<sup>26</sup> considera que la interpretación literal de las normas no se corresponde con la actitud justa, y ni siquiera con lo que el legislativo decidiría si tuviera que enfrentarse al mismo caso al que se enfrenta la persona juzgadora. Por eso, Aristóteles rechaza la actitud formalista en la interpretación jurídica, cuando afirma que “con ello queda de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquél que elige y practica esa clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo, y esta disposición de carácter es la equidad”.<sup>27</sup> Como vemos, para Aristóteles, las normas no pueden determinar la solución de un caso, sino que es imprescindible el papel de la persona prudente.

A pesar de que las reglas no puedan determinar completamente la solución de un caso, ello no significa ni mucho menos que sean inútiles. Hay algunas ventajas de las reglas: las reglas sirven, en primer lugar, a las personas con escasa experiencia y que no han configurado aún sus habilidades y virtudes prácticas; estas personas pueden precisar seguir el juicio de otras personas. En segundo lugar, las reglas sirven a la judicatura ya experimentada, pues funcionan como resúmenes de los aspectos que suelen ser relevantes,

<sup>24</sup> Nussbaum, Martha, *La fragilidad del bien*, cit., p. 317.

<sup>25</sup> Cfr. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit.

<sup>27</sup> *Ibidem*, §1138 a.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

de modo que se ahorra tiempo (es frecuente que la judicatura carezca de tiempo) en el análisis del caso. Las reglas pueden evitar errores cuando las circunstancias exigen decidir rápido, y esto es muy importante. Una tercera ventaja de las reglas es que brindan seguridad jurídica y fomentan la imparcialidad de las decisiones, en el sentido de que evitan que las pasiones deformen el juicio. A partir de lo expuesto se concluye que cuanto más desarrolle sus virtudes la persona juzgadora (gracias a la prudencia nacida de la experiencia profesional), menos necesitará del auxilio de las reglas, aunque siempre serán necesarias porque las personas humanas no pueden convertirse en juezas perfectas.

Sintetizando lo expuesto hasta aquí, la prudencia requiere: sensibilidad emocional, experiencia de la propia vulnerabilidad (que es extensible al ser humano), talante conciliador, partir de la experiencia real (con respeto hacia las opiniones comunes) y asumir la incertidumbre del derecho (sin caer en la veneración de las reglas).

Aristóteles no aspira a alcanzar la certeza absoluta a través del conocimiento, pero, por otro lado, enfatiza que el conocimiento facilita la adopción de nuevas decisiones. La práctica y el estudio pueden generar en la persona intérprete una serie de hábitos o virtudes, concepciones sobre lo justo, matizadas a lo largo del tiempo y con proyección en los casos particulares. La persona intérprete logrará pautas de actuación razonadas que le permitan actuar de un mismo modo ante un mismo problema, facilitando la aplicación de la decisión justa. La prudencia aristotélica no es una percepción rupturista que rechace la guía de reglas y valores estables. La persona prudente es la que, gracias a su formación en la práctica, ha desarrollado una serie de virtudes que le permiten distinguir lo importante de lo secundario; por ejemplo, priorizando los bienes la justicia, la amistad y la generosidad, deseándolos por encima de cosas superficiales. La prudencia da lugar a un sistema de reglas aplicables en una situación particular, que están vinculadas a un carácter, a una línea de acción coherente. El carácter y los valores que una persona va desarrollando a lo largo del tiempo es algo muy importante, ya que explica en gran parte lo que esa persona percibirá en una nueva situación. Para poder realizar un juicio particular, hemos de partir de una concepción general que constituye el núcleo de compromi-

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

tos que configuran el carácter ético de la persona juzgadora. Esta concepción general sobre el derecho, la ética y la vida está en permanente evolución.

Gadamer<sup>28</sup> señala que estas tesis aristotélicas tienen acomodo en la epistemología hermenéutica. La hermenéutica enfatiza la importancia de la historia y de las circunstancias sociales sobre el fenómeno de la comprensión, y reivindica la importancia del “caso concreto” en el conocimiento. El conocimiento no se produce mediante la abstracción racional de un sujeto ideal, sino que el conocimiento es algo que se produce en la vida de las personas reales. En la relación de toda comprensión con el “caso concreto” entra en juego la ética de la virtud aristotélica, que forma parte de la filosofía hermenéutica. Para que un sujeto pueda comprender algo nuevo necesita partir de una sabiduría práctica que va desarrollando durante su vida. La sabiduría práctica no consiste en reglas fijas e inalterables, sino en hábitos y pautas de comportamiento. Según Gadamer, no hay que aspirar a librarse de todas las ideas previas o del condicionamiento social e histórico, sino tomar conciencia de dichas anticipaciones para poder controlarlas y ganar una correcta comprensión. Esta concepción hermenéutica del conocimiento se aparta de la idealización de la neutralidad o la imparcialidad, dado que estos conceptos suelen suponer un esfuerzo de cancelación de las propias emociones o del propio conocimiento anterior. No se trata de cancelar lo que somos, sino de tomar conciencia de quiénes somos y, desde esa base, dialogar con apertura de miras. El proceder del método hermenéutico es circular, pues consiste en formular hipótesis de sentido y contrastarlas con los textos y hechos, para elaborar luego una síntesis que unifique nuestro mundo previo con el nuevo conocimiento adquirido.

Estas reflexiones sobre el método hermenéutico pueden ayudarnos a responder la interesante pregunta de si es posible enseñar a juzgar. Según Aristóteles, la prudencia es, hasta cierto punto, susceptible de ser enseñada mediante la educación y la lectura, pero no se debe ir demasiado lejos en la pretensión de hacer una ciencia de la habilidad de juzgar, porque lo teórico no debería anular a lo

<sup>28</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, cit., p. 386.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

particular ni a la capacidad de las emociones de arrojar luz sobre la situación concreta. La relación entre el conocimiento adquirido y el caso concreto es circular (dialéctica) y la prudencia es la virtud de moverse entre ambos.

### III. VIRTUD JUDICIAL E IMPARCIALIDAD

Hemos expuesto el modelo aristotélico de la virtud judicial, de la mano de Gadamer, MacIntyre y Nussbaum. Es probable que notemos una importante ausencia en dicho modelo. Entre las virtudes de una persona juzgadora no se menciona aquella que considera la virtud esencial de la judicatura (probablemente si preguntásemos a cualquiera por la calle, nos diría que ésta es la virtud más importante). Nos referimos a la virtud de la imparcialidad, y a la virtud conexas de la independencia.

Aguiló<sup>29</sup> define la imparcialidad judicial como aplicar el derecho, y hacerlo por las razones que el derecho suministra (la persona juzgadora imparcial está motivada por su deber de acatar el ordenamiento jurídico). Sostiene Aguiló que en el ideal de imparcialidad hay algo muy semejante a la noción kantiana del deber como motivación de la conducta moral, pero referido al marco institucional del derecho: el objetivo es que los motivos por los que se decide y los argumentos expresados en la sentencia judicial coincidan. El ideal de una persona juzgadora independiente e imparcial designa a alguien que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. Aguiló considera que tanto el deber de independencia como el deber de imparcialidad<sup>30</sup> tratan de proteger el derecho de la ciudadanía a ser juzgada desde la legalidad vigente.

<sup>29</sup> Aguiló, Josep, “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2012, núm. 10, pp. 10 y ss.

<sup>30</sup> En opinión de Aguiló, un juez no es independiente solamente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de no tener parentesco o interés personal en el litigio. La independencia y la imparcialidad se diferencian en que el deber de independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

Desde nuestro punto de vista, si entendemos la imparcialidad (y la independencia) en el sentido en el que la entiende Aguiló, resulta incompatible con el modelo de virtud aristotélico. Aristóteles sostiene que la verdadera decisión justa es la que se adopta no sólo por deber, sino por convencimiento emocional e intelectual. Por tanto, una decisión que se adopta sólo por fidelidad a la autoridad de las leyes, aun pensando que esa decisión es tan injusta que hace saltar todas las alarmas de los buenos sentimientos de la persona juzgadora, no sería una buena decisión, e incluso podríamos temer que decidir de este modo nos conduzca a escenarios políticos autoritarios. Aristóteles considera, como expuse anteriormente, que una de las ventajas de las leyes es que contribuyen a que las decisiones no supongan una burda reacción a pasiones como el odio o la simpatía, ni a intereses personales de la persona juzgadora. Sin embargo, esto no implica que la persona juzgadora deba dejar a un lado su razón crítica y su sentido común (ambos acompañados, necesariamente, por emociones).

No hemos de aspirar a ningún ideal de racionalidad kantiana en el que la persona juzgadora se vea a sí misma como la voz de una razón desprovista de identidad, y como baluarte de la objetividad y de la técnica. Ese nivel de “imparcialidad e independencia” no es ni posible ni deseable. Tampoco es posible una decisión basada sólo en la ley, sin mediación de ideologías ni de elementos procedentes de la formación jurídica, la cultura y el medio social. Consideramos que una noción de imparcialidad así supone abrir la puerta a que las personas juzgadoras enmascaren (de forma más o menos consciente) sus propias ideologías tras la apariencia de tecnicismo jurídico.

Desde nuestro punto de vista, la virtud de imparcialidad lo que exige es una actitud de apertura a la escucha, es decir, no apostar por una versión sin haber escuchado con atención a las partes. La persona juzgadora debe ser consciente de que todas las personas tenemos prejuicios (todas las personas razonamos desde la experiencia anterior) y ha de estar dispuesta a dejar que el caso modifique sus

social en general. La imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias provenientes de las partes o del objeto del litigio.

ideas preconcebidas. Kronman,<sup>31</sup> en *El abogado perdido*, defiende un ideal de jurista prudente, de inspiración aristotélica. La persona prudente es aquella que sabe reflexionar, no sobre medios, sino especialmente sobre fines, y esto requiere, como hemos visto, rasgos de carácter, como la empatía, la imaginación y la capacidad para ponerse en el lugar de otra persona, manteniendo el espíritu crítico.

Podríamos sostener que, según el modelo de la virtud aristotélico, una buena persona juzgadora conoce bien el derecho, pero no se limita a aplicarlo de modo mecánico. Una buena persona juzgadora sabe argumentar y justificar decisiones, y posee rasgos de carácter que facilitan su trabajo, como un firme compromiso con el valor de la justicia, así como la valentía necesaria para perseguir esa justicia enfrentándose a los obstáculos tanto externos como internos. Una buena persona juzgadora es una persona prudente.

El ideal aristotélico<sup>32</sup> de la persona justa defiende la indulgencia con las debilidades de otras personas, atiende a los fines últimos de las normas, y no presta tanta atención al hecho como a la intención. La persona justa, según Aristóteles, no se limita a analizar los hechos que son objeto del litigio, sino que intenta escrutar el carácter de la persona acusada. Una buena persona juzgadora debe tener un sentimiento de gratitud hacia la humanidad, y no recordar demasiado las afrentas recibidas en su vida. En fin, en el modelo aristotélico, una persona juzgadora no teme implicarse emocionalmente.

Atienza y Lozada<sup>33</sup> también reflexionan sobre un particular que me resulta relevante para estudiar la noción de imparcialidad. Los autores consideran que un vicio a evitar por la judicatura es el formalismo (y así lo exige el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial),<sup>34</sup> por ello la persona juzgadora debe sentirse vinculada no

<sup>31</sup> Cfr. Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University, 1993.

<sup>32</sup> Aristóteles, *Retórica*, cit., § I, 1374b, 12-23.

<sup>33</sup> Atienza, Manuel y Lozada Prado, Alí, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos, 2009, pp. 127 y ss.

<sup>34</sup> Este Código expone un modelo orientativo de excelencia judicial: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.



## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

sólo por el texto de una norma, sino también por las razones últimas que le dan sentido. Hasta aquí no tenemos nada que objetar. Sin embargo, discrepamos en otra de sus tesis relativas a la virtud judicial. Los autores señalan que el activismo judicial es también un vicio. En su opinión, la virtud judicial estaría en un punto medio entre el formalismo y el activismo judicial. Estos autores consideran que el poder judicial debe respetar el principio de deferencia al legislativo, incluso aunque eso suponga no adoptar la decisión que mejor preserve un derecho fundamental. En este punto no podemos estar de acuerdo con Atienza y Lozada.

Como señala Aristóteles, la preocupación por la justicia debe ser el objetivo superior que guíe la acción judicial. El principio de deferencia al Poder Legislativo debe ponerse en relación con el resto de los principios del sistema jurídico y no puede convertirse en una especie de metaprincipio que se anteponga a los demás. Consideramos que la persona juzgadora debe ser, ante todo, una persona comprometida con la justicia (la justicia como virtud y valor compartido, integrado por los valores democráticos y los principios fundamentales que componen el modelo de excelencia moral de nuestra comunidad). El activismo judicial, en pro de la justicia, lejos de ser un vicio, es precisamente lo que caracteriza a una persona juzgadora que se tome en serio el derecho. Hipostasiar el principio de deferencia al Poder Legislativo implica ignorar el carácter holístico de toda interpretación jurídica, que exige poner en relación a las leyes con los valores del ordenamiento que vienen a completar (y no a contradecir). La deferencia al Poder Legislativo es un principio que debe ser respetado como los demás, pero al que no podemos otorgar prioridad léxica. El vicio contrario al formalismo jurídico sería, en nuestra opinión, la actitud de la persona juzgadora que tome sus decisiones basándose en sus propias nociones ideológicas o intereses personales, y desoyendo los principios fundamentales de la comunidad, cerrándose al diálogo. Sin embargo, el activismo judicial por la justicia (en tanto que virtud y valor comunitario) es la actitud vital que mejor expresa la prudencia judicial. Una perspectiva holística del ordenamiento jurídico casa mejor con las virtudes aristotélicas de la prudencia y la justicia, que con la imparcialidad (mal entendida como metaprincipio hipostasiado de deferencia al legislativo). En suma, el



TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

modelo aristotélico configura una perspectiva del razonamiento judicial que, frente al racionalismo individualista e instrumental propio de la modernidad, apuesta por una razón sensible, sustantiva y comunitaria, basada en el núcleo de valores compartidos de la comunidad. Un cierto retorno al modelo clásico parece adecuarse a la complejidad del derecho actual y al paradigma constitucionalista.

#### IV. LA VIRTUD DE LA ABOGACÍA

Sería interesante plantearse si podemos aplicar a la profesión de la abogacía un modelo de virtudes parecido al que Aristóteles plantea para la persona juzgadora. Aparentemente ambas profesiones tienen una gran diferencia: mientras que la persona juzgadora debe anteponer el bien común, la abogacía ha de anteponer el interés de las personas a las que defiende. A pesar de eso, filósofos del derecho, como Alexy,<sup>35</sup> han sostenido que la abogacía, como la judicatura, argumenta de modo racional y de un modo que pretende ser justo. Atienza<sup>36</sup> considera que si bien es cierto que hay causas con un gran componente ético, como la defensa de derechos de consumidores o del medio ambiente, la motivación de la victoria en la defensa de la clientela juega un papel central. Por ejemplo, es obvio que una abogada no tiene la obligación de decir toda la verdad (aunque tenga ciertos deberes como no introducir pruebas falsas) y no está obligada a exponer los argumentos que debilitarían su postura.

La judicatura intenta encontrar la solución más justa y más fiel al derecho, mientras que la abogacía busca la solución más conveniente. Aunque los argumentos de una y otra sean coincidentes, la abogacía realiza un uso más estratégico de los mismos. Atienza señala que la persona abogada puede resaltar que un caso es análogo a uno anterior, enfatizando las similitudes y minimizando las diferencias, y la parte contraria defenderá que no existe esa semejanza, destacando las diferencias. El uso estratégico de la argumentación

<sup>35</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Espejo C.E.C., 1989.

<sup>36</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 704.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

es especialmente significativo en los casos de negociación, en los que pueden tener una importancia crucial el poder y las amenazas.<sup>37</sup>

Aunque la labor de la abogacía no sea idéntica a la judicial, se han propuesto modelos de virtud con una dimensión ética, pensados expresamente para la abogacía. Es el caso del orador ideal que plantea Quintiliano en sus *Instituciones oratorias*.<sup>38</sup> Este autor considera que podemos encontrar personas corruptas que dominan la retórica a la perfección, pero él se niega a darles el nombre de oradores, pues la honestidad insobornable en la defensa de los pleitos es una virtud esencial en el modelo de abogacía que persigue. No dará el nombre de oradora a una persona prevaricadora o corrupta. Incluso alguien que practique la abogacía de manera mediocre debe ser buena persona, con más razón aún debe serlo la persona abogada que aspire al modelo del orador ideal.

Esta persona abogada que perfila Quintiliano es inteligente, sabia y elocuente. Alguien de este calado sólo puede brillar con todo su esplendor defendiendo las causas más nobles, pues los sentimientos más grandiosos son los que inspiran los mejores discursos. Quien mejor transmite esos valores es quien los siente en su interior. Las buenas personas hablarán con naturalidad de los valores y les resultará sencillo hablar con prudencia.<sup>39</sup> A pesar de sostener que la persona abogada debe ser justa, Quintiliano es muy consciente de la compleja relación que la abogacía tiene con la verdad. Quintiliano admite que es posible que, en ocasiones, la abogacía ho-

<sup>37</sup> Autores como Fisher y Ury analizan la relevancia del poder de las partes en la negociación desempeñada por la abogacía. Los autores señalan que hay dos modelos de negociación; en el primero, el más proclive al poder de las amenazas, es aquel en el que cada una de las partes adopta una posición inicial acorde a sus intereses, y luego van cediendo hasta llegar a un acuerdo. El otro modelo es en el que se fijan unos principios, como que la negociación esté abierta a las razones y cerrada a las amenazas. En este segundo método es más importante la argumentación que las posiciones respectivas de poder. De manera que incluso en el contexto de la negociación los principios éticos tienen importancia. Cfr. Fisher, Roger y Ury, William, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, 1981.

<sup>38</sup> Quintiliano, Marco Fabio, *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, trad. de Alfonso Ortega, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2001, § XII-I-I.

<sup>39</sup> *Idem*.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

nesta deba faltar a la verdad por algún motivo ético. Pone algunos ejemplos, como los casos en los que la persona abogada tenga que convencer a la persona juzgadora de que unos hechos no sucedieron (aunque sepa que sucedieron) para que no condene a quien actuó por un motivo justo. O los casos en los que una persona se ha reinsertado por completo en la sociedad, modificando su vida. La propuesta de Quintiliano de la abogacía ideal podría sintetizarse en la siguiente afirmación: un “orador”, para Quintiliano, es una persona honrada instruida en retórica.<sup>40</sup>

Uno de los elementos en los que se plasma el compromiso ético de la persona abogada es en la elección de las causas. La elección de las causas debe ser cuidadosa, ya que no se puede defender indistintamente a cualquiera. Si la persona abogada no selecciona, se mostrará abierta a todos los indeseables y piratas. Sólo deben defenderse causas justas. Ahora bien, como causas justas hay muchas, no hay inconveniente en que, de entre ellas, la persona abogada elija aquellas más lucrativas o aquellas que afecten a las amistades, siempre y cuando sean causas justas. Quintiliano manifiesta su pragmatismo admitiendo, por tanto, que la ética de la abogacía es compatible con alterar la verdad y con escoger causas lucrativas.

El límite estaría en que jamás debe la persona abogada ayudar a las personas poderosas a dañar a las desvalidas, ni ayudar a las envidiosas a dañar a las honorables.<sup>41</sup> Si una persona abogada acepta una causa creyendo que es justa y luego se da cuenta de que no lo es, en opinión de Quintiliano, la persona abogada debe desistir de la misma y advertir de ello a la persona defendida lo antes posible, para no darle falsas esperanzas. Esto es incluso conveniente para la clientela, porque una persona abogada que no está convencida de lo que dice probablemente no defenderá bien su causa en los tribunales.<sup>42</sup>

Quintiliano manifiesta de nuevo su actitud pragmática señalando que no hay nada malo en ejercer la acusación en asuntos penales, siempre que no se haga con sentimientos vengativos, sino por el

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Ibidem*, §XII-VII-I.

<sup>42</sup> *Idem.*

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

afán de mejorar la sociedad librándola de los males que la dañan.<sup>43</sup> Tampoco encuentra nada contrario a la ética en el hecho de que una persona abogada cobre por su trabajo. Y lo justifica: las personas abogadas hacen mucho bien por las personas a las que defienden y es justo que éstas les correspondan.

A pesar de ser muy consciente de las características de la abogacía, como es lógico, dado que el propio Quintiliano era un eminente abogado, éste defendió que el motivo principal que ha de inspirar a la abogacía ideal debe ser el amor por la justicia. Como la promoción de la justicia debe ser la motivación principal por la que se litiga, los honorarios se establecerán con moderación, teniendo en cuenta el poder adquisitivo de las personas a las que se defiende y de la situación que atraviesan. El precio no puede variar en función de la situación personal que atravesase el abogado, porque esa práctica es injusta.<sup>44</sup>

Vemos que el modelo ideal de la oratoria-abogacía clásica sostenía el inherente compromiso de la persona abogada con la ética. Como afirma Adam Gearey,<sup>45</sup> la profesión de la abogacía, vista como un trabajo técnico, construye apologetas del *statu quo* que creen aplicar objetivamente unas determinadas reglas a las disputas sociales. Esta visión ya no puede ser sostenida porque no se corresponde con el protagonismo actual de las personas abogadas. La abogacía implica la asunción de la responsabilidad para cambiar algunos aspectos del derecho a través de la praxis interpretativa corriente.<sup>46</sup> Sostiene Peter Fitzpatrick que la retórica de la universalidad y la neutralidad del derecho, de su carácter técnico, sirve a intereses de dominación particulares, elevándolos a una condición absoluta. Sin embargo, el derecho tiene potencial de auto-subversión que no requiere creer en un derecho superior apartado del existente, sino asumir una labor profesional que entienda el ejercicio del derecho como una vocación. Esto no supone ser un temperamento idealista, sino adoptar

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, §XII-VII-II.

<sup>45</sup> Gearey, Adam, *Law and Aesthetics*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 122.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 124.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

un tipo de realismo capaz de ver en lo real y en lo realizable más que lo que otras personas ven.<sup>47</sup>

La ideología profesionalista, que hemos mencionado antes, en la que la persona abogada se ve a sí misma como técnico (o técnica) que defiende los intereses de su clientela, encajaría sólo en una idea legalista de la democracia, pero no en una concepción que tome en serio el sentido de justicia y los principios constitucionales de la comunidad. Prentice A. Meador<sup>48</sup> señala que el modelo de la virtud que establece Quintiliano está muy relacionado con el mundo romano del que procede, ya que para el espíritu romano la bondad está unida a la participación activa de la persona en la vida pública de su país. El modelo de la virtud de la abogacía que promueve lleva implícita la idea del compromiso político.

El modelo de Quintiliano se basa en el de Cicerón, que explica de modo muy ameno en su obra *Diálogos del orador*.<sup>49</sup> En dicha obra, Cicerón contrapone dos visiones distintas de la abogacía defendidas por dos personajes de su diálogo: la visión del erudito Craso frente a la del pragmático Antonio. Mientras que Craso aspira a una abogacía culta y de grandes cualidades intelectuales y morales, Antonio describe los conocimientos y habilidades imprescindibles para la litigación. Cicerón defiende el ideal del que habla el personaje Craso, pero presenta también con elocuencia los argumentos escépticos de Antonio. Estoy segura de que muchos abogados y abogadas de hoy pueden sentirse identificados con el debate entre Craso y Antonio.

Craso sostiene que la retórica no puede reducirse a hablar con elegancia, porque toda la autoridad del discurso se pierde si quien habla no controla a fondo la materia sobre la que está hablando. Por ello es necesario que la persona abogada tenga amplia cultura (para

<sup>47</sup> Fitzpatrick, Peter, "Juris-fiction: literature and the law of the law", *Ariel: a Review of International English Literature*, vol. 35, núms. 1-2, enero-abril de 2004, 215-229, p. 17.

<sup>48</sup> Meador, P., "Quintiliano y la *Institutio oratoria*", en J. Murphy (ed.), *Sinopsis histórica de la retórica clásica*, Madrid, Gredos, 1983, pp. 142 y ss.

<sup>49</sup> Cicerón, M., "Diálogos del orador", en Cicerón, M., *Obras escogidas*, trad. de M. Menéndez y Pelayo, Buenos Aires, Librería "El Ateneo", 1951. En adelante utilizo páginas de la edición citada; confronte, quien lo desee, a partir de I-II-V en cualquier otra edición.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

lo cual es muy conveniente la filosofía) y conocimientos específicos sobre las materias jurídicas de las que hable. Otra característica necesaria para la persona oradora es que tenga empatía (que proporciona conocimiento sobre las causas que despiertan y que disipan las emociones), pues sólo así logrará que sus discursos emocionen a las demás personas. Señala Craso que resulta evidente cuándo una persona llega al tribunal adornada con una amplia cultura y cuándo sólo conoce aquello sobre lo que está disertando.<sup>50</sup> Son virtudes naturales de la persona oradora la inteligencia, el ingenio, la creatividad, la habilidad argumentativa, la sensibilidad estética, la empatía y la memoria. Otras disposiciones naturales, como la voz sonora y la buena apariencia, también son significativas para la retórica.<sup>51</sup>

Antonio no comparte la visión de la abogacía que defiende Craso, porque considera que es excesiva.<sup>52</sup> Para Antonio es suficiente con que la persona abogada resulte convincente. Está bien que tenga cierta habilidad al hablar en público y que escucharle resulte ameno, pero es excesivo lo que sostiene Craso. Basta, más bien, con que sea una persona corriente. No debe parecer muy erudito ni ponerse a citar a Platón. Antonio considera que el derecho no es tan maravilloso y estimulante como lo pinta Craso. Las personas abogadas se muestran satisfechas de su conocimiento porque conseguirlo cuesta mucho trabajo, pero lo cierto es que la mayoría de las personas que estudian derecho preferirían leer una tragedia que un tratado sobre la compraventa.

El conocimiento del derecho es muy provechoso para la persona abogada, pero no es imprescindible un conocimiento tan profundo como el que propone Craso, ya que el derecho se aprende en la práctica, poco a poco, al igual que ocurre con la perfección en la expresión corporal o en el dominio de la voz. Las personas abogadas no

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 61. Craso ama tanto la profesión de la abogacía que considera que el conocimiento del derecho enriquecerá al abogado toda su vida, incluso cuando termine su carrera profesional, pues, dice Craso, el abogado siempre se sentirá útil a la sociedad y se librará de la soledad y el abandono. La casa del abogado estará llena de todos aquellos conciudadanos que acudirán a pedirle consejo. La casa de un jurista es como el oráculo de la comunidad.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

pueden dedicar tanto tiempo como actores y actrices a cultivar esos dones, porque tienen que preparar las causas que consumen muchísimo tiempo. Si las personas abogadas fuesen tan eruditas y tuviesen tantas habilidades como propone Craso, la clientela sería condenada antes de que la persona abogada aprendiese a declamar con voz aterciopelada.<sup>53</sup>

Otros conocimientos que cita Craso, como la historia y el derecho de las instituciones públicas, considera Antonio que no son necesarios. Si en alguna ocasión fueran necesarios, puede preguntar a alguna amistad muy culta. Desde luego, está bien que las personas jóvenes adquieran cultura general, pero no es necesario que todas se transformen en eruditas. Leer cientos de libros y someterlos a un escrutinio crítico es muy trabajoso y requiere mucho tiempo.<sup>54</sup>

Craso critica que el orador que Antonio describe parece un operario, alguien que sólo se preocupa por ganar su causa y que hace su trabajo mecánicamente, sin verdadera pasión. Craso afirma que él tiene una idea más elevada de la abogacía.<sup>55</sup> Sostiene Craso que para el concepto de la antigua sabiduría griega, el gobierno, la erudición y la retórica iban de la mano, y las personas oradoras eran también las gobernantes.<sup>56</sup> No tiene sentido que consideremos que unas personas tienen una sólida inteligencia y otras tienen la capacidad de hablar bien. Lo natural es que quien habla bien sea quien razona bien, y que éstas que hablan y razonan bien sean las que se ocupen tanto

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>54</sup> *Idem*. Antonio considera que la abogacía es un modo de ganarse la vida, sin encontrar en la profesión la belleza que encuentra Craso. Por eso señala, frente a la tesis de Craso de que la abogacía permite al abogado jubilado seguir siendo útil a la comunidad, que la felicidad que proporciona el derecho es más bien por las grandes riquezas que puede proporcionar, porque que muchas personas vayan a consultar al abogado retirado no es agradable sino agobiante. El retiro es el momento en que el abogado al fin puede estar tranquilo.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 193. Cicerón explica que hubo grandes mentes que se dedicaron a la política y la retórica, como Pericles, pero hubo otros grandes que se dedicaron sólo a la retórica y a la abogacía, como Gorgias e Isócrates. Otros se dedicaron a la filosofía, como Sócrates. Como Gorgias e Isócrates consideraban que al hacer retórica hacían filosofía, y Sócrates despreciaba la filosofía de aquéllos, les arrebató el nombre de filósofos y separó en el plano teórico la filosofía de la retórica y la abogacía.



## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

de la abogacía como de la política.<sup>57</sup> Podemos liberar a la persona oradora de todo el campo de conocimientos del que antes gozaba, como ha defendido Antonio, pero también podemos imitar al gran Pericles o a Demóstenes, como los antiguos, y amar el hermoso ideal del orador clásico que tenían los griegos antes de Sócrates y que unía a la retórica con la ética, la sabiduría y la política.

Cicerón explica, como hemos expuesto, dos concepciones sobre la retórica. Aunque la tesis ilustrada por el personaje Antonio se expone con gran simpatía y elocuencia, el propio Cicerón se decanta por la tesis sostenida por el personaje Craso. En otra de sus obras, *El orador*,<sup>58</sup> Cicerón desarrolla algunos de los rasgos que ha de tener este ideal de la persona oradora. En ella explica que el orador que propone es alguien que nunca ha existido, pues busca al orador ideal y perfecto, un modelo dechado de perfección que sirva como guía práctica.<sup>59</sup> El conocimiento de filosofía, sostiene Cicerón, aporta a la oratoria habilidades argumentativas, y facilidad para hablar sobre ética, política y sobre cualquier tema de la vida.<sup>60</sup> Cuanto más brillante sea la persona oradora y más se acerque a la perfección, mayores serán sus conocimientos sobre múltiples materias, pero especialmente grande será su conocimiento del derecho que necesitará cada día en las causas legales, pues no hay nada más torpe que llevar una causa sin conocer el derecho aplicable.<sup>61</sup> Quintiliano<sup>62</sup> suscribe el modelo de orador ideal propuesto por Cicerón y señala que nunca estará de acuerdo con quienes afirman que la honestidad y la ética han de dejarse para la filosofía. La abogacía debe ser honrada y ha de aspirar también a la erudición y al compromiso político. Sólo aspirando a la sabiduría, aunque tal vez no pueda alcanzarse nunca, podemos acercarnos a la misma.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Cicerón, Marco Tulio, *El orador*, Alianza Editorial, 2004.

<sup>59</sup> *Ibidem*, §III-10.

<sup>60</sup> *Ibidem*, §V-17.

<sup>61</sup> *Ibidem*, § XXXIV-119.

<sup>62</sup> Quintiliano, Marco Fabio, *op. cit.*, § I-Proemio-II.

<sup>63</sup> Frente al modelo del orador-abogado que defienden Cicerón y Quintiliano, en el modelo medieval la figura del abogado se distancia de la del sabio y también de la del orador. Para Juan Huarte, el orador no puede tener conocimiento de todas



TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

## V. CONCLUSIÓN

Los modelos de la excelencia contenidos en las concepciones éticas de la virtud son complejas construcciones que implican amplios conocimientos y el desarrollo de numerosas virtudes intelectuales, morales y cívicas. En lo concerniente a la judicatura, consideramos que la “ética de la virtud” (que es el sustrato ético de la retórica de la virtud) puede ser esclarecedora en tanto que introduce en el derecho el compromiso ético por medio de las virtudes, como la prudencia y la compasión. Pero simultáneamente no deja a la judicatura sumida en el arbitrio ideológico, pues sostiene que las decisiones jurídicas no son ni completamente subjetivas ni completamente objetivas. Las decisiones jurídicas se sitúan en la estructura hermenéutica de la vida humana, y, por tanto, son fruto del diálogo de la persona juzgadora (desde su formación y sus ideales) con el derecho vigente, los valores de la sociedad y con las situaciones que se presentan.

Otro aspecto de la ética de la virtud que consideramos destacable es que presenta la ventaja de romper con la visión de la imparcialidad judicial como virtud aséptica y fría, pues apuesta por una racionalidad emotiva y atenta a la empatía. En el modelo clásico de abogacía, el aprendizaje de la retórica ocupa un lugar central, pues el habla representa la piedra angular de la capacidad humana de expresarse y, por tanto, de actuar como ser social, en el máximo esplendor de su

las ciencias del mundo porque la vida es breve y la inteligencia es limitada. Huarte establece de modo muy cuadrículado las características que deben de presentar las personas que se dediquen a cada profesión, estableciendo rígidas incompatibilidades. El orador y el abogado son personas diferentes, con distintas características. El orador es alguien muy imaginativo; la imaginación permite al orador hacer bonito el discurso y hacer creíble la narración de lo imposible. La facultad dominante entre los abogados es la memoria, que consiste en conocer los números de los artículos y en conocer cuáles son las leyes y su jerarquía, recordando los contenidos de cada una. La palabra “letrado” (letra-dado) implica que el abogado debe ceñirse a la letra de la ley, respetando la voluntad del legislador y sin regirse por su propia habilidad e inventiva. Huarte, Juan, *Examen de ingenios para las ciencias*, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 151 y ss.

## ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

humanidad. López Eire<sup>64</sup> señala que la retórica es un arte que capacita para convencer a otras personas, valorándolas como ciudadanas libres. La “cultura de la retórica” requiere de un ambiente de libertades públicas en el que sea posible convencer y mover los sentimientos, persuadir mediante lo racional y lo emotivo.<sup>65</sup> Cuando Cicerón y Quintiliano desarrollaron el cuerpo teórico al que denominamos “retórica de la virtud”, lo hicieron inspirándose en un ideal de ciudadanía democrática que se había perdido. La retórica que construyen trata de recrear mediante un modelo educativo la vida intelectualmente activa y políticamente participativa. La abogacía es el lugar en el que tratan de plasmar este ideal. Consideramos que esta concepción rica y elevada de la abogacía y de la comunicación jurídica puede servir para romper con la imagen del abogado como técnico u operario. La cultura, la creatividad y las preocupaciones éticas y políticas son elementos que integran la vida de un abogado según el modelo clásico. Desde nuestro punto de vista, dicho modelo resulta interesante y enriquecedor.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ, Josep, “Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10, 2012.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Espejo C.E.C., 1989.
- AMAYA, Amalia, “Virtud y razón en el derecho. Hacia una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica”, en GONZÁLEZ DE LA VEGA, René y LARIGUET, Guillermo (eds.), *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas perspectivas*, Bogotá, Temis, 2013.
- AMAYA, Amalia y HOCK LAI, Ho (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

<sup>64</sup> López Eire, Antonio, “La retórica clásica y la actualidad de la retórica”, en AA. VV., *Quintiliano: historia y actualidad de la retórica*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 1998, vol. I, 203-315, p. 208.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 220.

TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ

- ARISTÓTELES, *Acerca del alma [De anima]*, trad. de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1978.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1970.
- ARISTÓTELES, *Parts of Animals*, trad. de J. Lennox, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ARISTÓTELES, *Política*, trad. de Manuel García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel y LOZADA PRADO, Alí, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos, 2009.
- CHAPMAN, John W. y GALSTON, William A., *Virtue, Nomos XXXIV*, Nueva York, New York University Press, 1992.
- CICERÓN, M., “Diálogos del orador”, en CICERÓN, M., *Obras escogidas*, trad. de M. Menéndez y Pelayo, Buenos Aires, Librería “El Ateneo”, 1951.
- CICERÓN, *El orador*, Alianza Editorial, 2004.
- FARRELLY, Colin y SOLUM, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.
- FISHER, Roger y URY, William, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, 1981.
- FITZPATRICK, Peter, “Juris-fiction: literature and the law of the law”, *Ariel: a Review of International English Literature*, vol. 35, núms. 1-2, enero-abril de 2004.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1997.
- GEAREY, Adam, *Law and Aesthetics*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Villagrasa, y Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1981.

ÉTICA DE LA VIRTUD Y PROFESIONES JURÍDICAS

- KRONMAN, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University, 1993.
- LÓPEZ EIRE, Antonio, “La retórica clásica y la actualidad de la retórica”, en AA. VV., *Quintiliano: historia y actualidad de la retórica*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 1998, vol. I.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Austral, 2013.
- MEADOR, P., “Quintiliano y la *Institutio oratoria*”, en J. MURPHY (ed.), *Sinopsis histórica de la retórica clásica*, Madrid, Gredos, 1983.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La voluntad de poder*, Madrid, EDAF, 2000.
- PLATÓN, “República”, *Diálogos*, Madrid, Gredos, 1988, vol. IV.
- QUINTILIANO, Marco Fabio, *Sobre la formación del orador (Institutio-nes Oratoriae)*, trad. de Alfonso Ortega, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1996.
- SALDAÑA, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- YANKAH, Ekow N., “Virtue’s Domain”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4, 2009.

## La ejemplaridad y proyección del precedente\*

### *Exemplarity and Projection of Precedent*

Sandra GÓMORA JUÁREZ\*\*

#### **Resumen:**

En este artículo se propone un análisis descriptivo sobre las ideas de ejemplaridad y proyección como propiedades necesarias del concepto de precedente, entendiendo que los precedentes son reglas autoritarias en el contexto de un sistema jurídico. Además, se plantea la manera en que dichas propiedades funcionan y su distinción como elemento central en la práctica jurídica, sin los cuales el concepto de precedente no podría ser entendido apropiadamente.

#### **Palabras clave:**

Precedente, ejemplaridad, proyección, razones dependientes, razones excluyentes.

#### **Abstract:**

*The article claims for a descriptive analysis of precedent based on the ideas of exemplarity and projection as necessary properties, understanding the concept of precedent as authoritative rules in the context of a legal system. The author discusses the role of these properties and it's distinctiveness as central*

\* Artículo recibido el 6 de abril de 2017 y aprobado para su publicación el 22 de agosto de 2017.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *sgomoraj@unam.mx*; sitio institucional: <https://www.juridicas.unam.mx/investigador/perfil/sgomora>.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

*elements of the legal practice of judicial precedent, properties without which, the concept of precedent could not be properly understood.*

**Keywords:**

*Precedent, exemplarity, projection, dependent reasons, exclusionary reasons.*

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reglas comunicadas mediante el ejemplo*. III. *Buenos y malos ejemplos*. IV. *Sobre la propiedad de ejemplaridad y el recurso a la analogía*. V. *El ejemplo dotado de autoridad*. VI. *La regla de precedente como ejemplo autoritativo para la autoridad*. VII. *La proyección del precedente*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias bibliohemerográficas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las discusiones filosóficas en torno al precedente podrían ocuparse —en el plano normativo— de buscar la justificación de la práctica del precedente proponiendo cómo establecer, usar, interpretar, seguir, aplicar o expandir precedentes judiciales en el contexto de un sistema de precedentes real o imaginario.<sup>1</sup> En tanto que —en el plano descriptivo— el análisis busca comprender mejor las instituciones, doctrinas y prácticas del precedente judicial, lo cual puede lograrse trabajando en un bagaje conceptual más preciso como resultado de una reconstrucción racional dentro de los límites conceptuales impuestos por la propia práctica, por ejemplo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Un ejemplo de teoría del precedente de este tipo es el trabajo de Thomas Bustamante que ofrece una “teoría genuinamente *normativa* de los precedentes judiciales... que pretende proporcionar parámetros metodológicos para establecer, con cierto grado de objetividad, «cómo hacer cosas con precedentes judiciales»...”. Esta teoría (normativa o argumentativa) busca institucionalizar parámetros, reglas y procedimientos de argumentación que sirvan en la práctica de seguir precedentes judiciales, pero también para juzgar y evaluar la corrección de la aplicación de precedentes. Bustamante, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Lima, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E. I. R. L., 2016, pp. 5-11.

<sup>2</sup> Chiassoni, Pierluigi, “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”, en Bustamante, Thomas y Bernal Pulido, Carlos (eds.), *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, vol. III, núm. suplementario 133, 2012, pp. 13-17.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

Concretamente, este trabajo se inscribe en el tipo de análisis conceptual que considera posible explicar la naturaleza<sup>3</sup> de algunos objetos de estudio —el precedente en este caso— a través del análisis del concepto que explica dicho objeto.<sup>4</sup> En otras palabras, este tipo de análisis sostiene que al explicar el concepto de un objeto determinado, estamos explicando la naturaleza de ese objeto.<sup>5</sup>

De acuerdo con la teoría clásica, el análisis del concepto debe explicar las condiciones que han de satisfacer los ejemplares del objeto de estudio, esto es, explicarnos qué características lo hacen ser eso que es, tarea que puede lograrse, por ejemplo, proporcionando las condiciones necesarias que revelen la naturaleza del objeto bajo estudio.<sup>6</sup> El análisis del concepto implica efectuar el ejercicio de descomponer el concepto en los elementos que lo integran para revelar su estructura y características centrales.<sup>7</sup>

Dado que, en buena medida, las prácticas sociales determinan el contenido de algunos de nuestros conceptos, podemos decir que tenemos un concepto cuando esas prácticas son compartidas por una

<sup>3</sup> La “naturaleza” de algo significa que ese objeto tiene propiedades esenciales que lo hacen ser lo que es cuando y donde sea que exista; eso significa que tales propiedades son universales y generales en tanto que son las propiedades que el objeto no fallará en tener en cualquier lugar; revelar esto significa revelar la naturaleza del objeto y se logra al explicar su concepto. Cuando se hace referencia a lo largo de este trabajo a la naturaleza del precedente, ésta debe ser entendida exclusivamente en los términos conceptuales planteados, y por consecuencia, queda establecido que este trabajo no tiene relación con cuestiones de carácter metafísico. Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 25.

<sup>4</sup> Este enfoque metodológico está presente en un sector importante de la filosofía del derecho y sigue generando importantes aportaciones a la disciplina. Véanse por ejemplo, los trabajos de H. L. A. Hart, Joseph Raz, Julie Dickson y Michael Giudice.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>6</sup> “Concepts”, en *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/concepts/>, 20 de junio de 2017.

<sup>7</sup> Himma, Kenneth, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, Ross Harrison (ed.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 4, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952910>.



## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

comunidad respecto de cómo, cuándo y para qué usar un determinado término.<sup>8</sup>

En ese orden de ideas, en este artículo propongo un análisis descriptivo en torno a una de las que considero como propiedad necesaria del concepto de precedente,<sup>9</sup> según la cual el precedente “tiene por objeto de regular mediante el ejemplo la conducta futura de sus destinatarios”. Esta propiedad implica, a su vez, otras propiedades que revisaré brevemente para estar en condiciones de concentrarme en el análisis de la propiedad que aquí se propone.

### II. REGLAS COMUNICADAS MEDIANTE EL EJEMPLO

En términos de la interrelación e implicación mutuas que muestran las propiedades necesarias del precedente, conviene advertir que parto de la tesis de que la mejor forma de explicar nuestro concepto de precedente es como una regla prescriptiva de origen jurisdiccional con calidad autoritativa. Si bien no me detendré en esta asunción, haré algún comentario al respecto para comprender la explicación siguiente.

Tomar la regla de la autoridad como una razón para actuar conforme que reemplaza las razones en las que se basó, es la forma adecuada de entender la autoridad legítima.<sup>10</sup> Asumo entonces que el precedente es una regla autoritativa en sentido legítimo,<sup>11</sup> esto es,

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>9</sup> Por ahora, me refiero únicamente al precedente vertical en el que interviene una estructura de jerarquía judicial.

<sup>10</sup> Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 42.

<sup>11</sup> La explicación conceptual de la autoridad del precedente se sustenta en las tres tesis de la autoridad legítima de Joseph Raz: a) la tesis de la dependencia; b) la tesis normal de justificación, y c) la tesis de la exclusividad. Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 229 y 231; Giudice, Michael, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *IVR Encyclopedie*, 2009, pp. 2 y 3, consultado el 6 de abril de 2017 en: [http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph\\_Raz's\\_Legal\\_Philosophy](http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy), p. 3.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

que proporciona a sus destinatarios (tribunales y particulares, principalmente) razones para la acción al tiempo que excluye.<sup>12</sup>

El precedente es resultado de la labor cotidiana que desempeñan los tribunales al impartir justicia, misma que se desarrolla dentro de la estructura judicial establecida en un sistema jurídico. Esta estructura judicial implica una estructura jerárquica que permite establecer y delimitar competencias; de esta forma, gracias a la jerarquía, es posible delimitar e identificar qué tribunales y qué sentencias son las indicadas para sentar reglas con alcance más allá del caso concreto.

Debemos notar que al predicar de una regla autoritativa que es comunicada mediante el ejemplo, estamos distinguiendo esa regla de las demás reglas, es decir, dentro del sistema jurídico todas las reglas comparten una misma pretensión: el ser autoritativas, pero sólo algunas de ellas tienen además la misión de mostrarle a otros tribunales la forma en que se han de resolver casos similares.

Herbert Hart distinguió en *El concepto de derecho* dos recursos (como él los llamó) para comunicar pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas: la legislación y el precedente. La legislación es una forma de comunicación de reglas mediante el lenguaje general, mientras que el precedente es una forma de comunicación de reglas mediante el ejemplo.<sup>13</sup>

Lo anterior significa que para desempeñarse como pauta de conducta, la regla tiene que existir antes de que se presente la situación de hecho; éste es un elemento muy característico de la legislación, ya que su aplicación es posible debido a que, generalmente, éstas se aplican a las situaciones que surgen con posterioridad a su en-

<sup>12</sup> Una *razón excluyente* se define como una razón para no actuar con base en el balance de razones, una razón para no considerar las razones que intervendrían en el balance de razones de primer orden y para no actuar con base en ellas. Es importante tener presente que las razones excluyentes sólo eliminan la motivación de guiarse por las razones de primer orden (razones dependientes), mas no cancelan ni eliminan el actuar en correspondencia con ellas. Vega Gómez, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, p. 713.

<sup>13</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 155 y 157.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

trada en vigor;<sup>14</sup> esto implica que la regla ha sido comunicada previamente mediante algún tipo de lenguaje explícito, por ejemplo, el lenguaje escrito.

Ciertamente, en un primer momento, la regla novedosa surge con posterioridad al hecho, es decir, gracias al planteamiento judicial de una situación conflictiva novedosa para el sistema jurídico para la que no existe una respuesta, a la que los tribunales tuvieron que dar solución, la cual, emanada del órgano jurisdiccional indicado, adquirió calidad autoritativa y fuerza vinculante.

De esta forma, la regla de precedente así establecida proporciona una respuesta al caso que le dio origen y del que surge por vez primera, así como también proporciona una respuesta anticipada a casos futuros semejantes que compartan rasgos relevantes. En ese sentido —una vez establecida—, la regla de precedente se aplica a futuro y comparte este rasgo con la legislación, porque surte también efectos a futuro, esto es, porque se estableció como regla con pretensión autoritativa con anticipación al surgimiento de los casos.

Las reglas de precedente sirven como ejemplo a subsecuentes tribunales para resolver asuntos de fondo similar y también como ejemplo a terceros para tomar decisiones acerca de su curso de acción cuando enfrenten problemas similares. Aunque el medio material para conocer el precedente es el lenguaje escrito, el contenido esencial de la regla que se pretende comunicar se transmite a través del ejemplo de lo que ciertos tribunales hacen en ciertos casos. El establecimiento de reglas a través del lenguaje escrito con anterioridad a su aplicación es propio de la legislación, mientras que el comportamiento de los tribunales en su labor jurisdiccional y la transmisión de reglas mediante el ejemplo es propio del precedente.

<sup>14</sup> La excepción a esta normalidad es la retroactividad de las reglas, que permite en casos específicos que ciertas reglas tengan eficacia sobre actos sucedidos previamente a su expedición. Huerta Ochoa, Carla, “Retroactividad en la Constitución”, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 583, 584 y 587; Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 267-304.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

Si aceptamos la afirmación de que el precedente es una forma de comunicación de reglas con pretensión autoritativa a través del ejemplo, entonces somos conscientes de que dicha afirmación tiene implícitas varias preguntas que es necesario desentrañar para comprender plenamente lo que eso significa para nosotros ordinaria y jurídicamente.

Evidentemente, como cualquier ejemplo y cualquier regla, las reglas de precedente llevan aparejada la carga de ser conocidas con anticipación al momento de recurrir a ellas, pues de otra forma, los sujetos a ella no estarían en condiciones de invocarlas, aplicarlas o ajustar su conducta al ejemplo. De esta manera, la publicidad acompaña al ejemplo y posibilita su exigibilidad.

### III. BUENOS Y MALOS EJEMPLOS

Pensemos ahora en preguntas como ¿qué es un ejemplo?, ¿cuándo sucede que algo (digamos, una resolución judicial) es considerado como un buen ejemplo?, ¿qué es un ejemplo dotado de autoridad y qué es lo que le da autoridad a un ejemplo?, ¿por qué seguimos ejemplos dotados de autoridad y por qué los propios tribunales los siguen?, ¿quién o quiénes son los destinatarios del ejemplo dotado de autoridad?, ¿qué partes de la resolución judicial concretamente pueden servir como ejemplos autoritativos?

Las preguntas planteadas encierran, en conjunto, parte del contenido de la práctica que analizamos. Es muy probable que estas preguntas estén íntimamente relacionadas entre sí y que las respuestas que proporcionemos se impliquen entre sí, lo cual se hará evidente a lo largo de este trabajo.

Comencemos por preguntarnos ¿qué es un ejemplo? Comúnmente se entiende por “ejemplo” el hecho, acontecimiento o conducta pasada, que ya tuvo lugar, la cual posee algún valor intrínseco o relevancia tal que lo hace digno de ser permanentemente considerado como una muestra de lo que se debe hacer o de lo que se debe evitar.

Ante la práctica de recurrir a ejemplos en la vida cotidiana, se hace necesario distinguir entre tipos de ejemplos, ya que cualquier hecho,

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

acontecimiento o conducta puede ser un buen o mal ejemplo, según se utilice adecuada o inadecuadamente en un determinado contexto, de ahí que no todo hecho, acontecimiento o conducta pueda servir como un buen ejemplo. Debemos preguntarnos entonces, ¿cuándo sucede que algo es considerado como un buen ejemplo?

Antes de continuar, conviene hacer una aclaración que elimine de antemano cualquier confusión en torno a los “buenos o malos ejemplos”. La denominación de “buen ejemplo, mal ejemplo” es un tanto ambigua, y por ello son variados los usos y connotaciones que se le atribuyen. Por eso es preciso aclarar que en este trabajo, cuando hablo de buenos o malos ejemplos, lo hago en términos de adecuación, para indicar el grado de éxito que tiene el ejemplo cuando es aplicado al caso en cuestión y no en el sentido moral del término.

Al usar dicho adjetivo no estoy hablando de ejemplos que intrínsecamente entrañen bondad o maldad en sus contenidos, ya que dichas valoraciones morales están fuera de la discusión que aquí se propone. En este contexto, un “buen” ejemplo es simplemente un ejemplo que resulta exitoso para explicar los propósitos que se plantea, en contraposición a un “mal ejemplo”, que no es adecuado ni exitoso para explicar lo que se propone.<sup>15</sup>

En este trabajo, cuando hablo de un ejemplo bueno o malo estoy circunscribiendo nuestra atención a la “referencia” del hecho (y no a la valoración del contenido material del mismo); dicha referencia puede ser adecuada o exitosa, tomando en cuenta los fines que persigue, es decir, lo que pretende mostrar con la referencia del hecho; en ese sentido, diríamos “x es un buen ejemplo”, que debe entenderse como “la referencia que hacemos de que x es adecuada y exitosa para demostrar lo que pretendemos”.<sup>16</sup>

En el ámbito judicial y como resultado de su principal función, los tribunales de un sistema judicial resuelven las controversias que las

<sup>15</sup> En ese sentido, cualquier hecho, acontecimiento o conducta puede ser tomado como ejemplo, pero una cosa es el hecho en sí mismo y otra es la referencia que se hace del mismo hecho; así, debemos distinguir entre el hecho y la referencia que se hace del hecho.

<sup>16</sup> Pensemos en un enunciado ordinario como el siguiente: un “porsche” es un buen ejemplo de un automóvil deportivo; en cambio, un “tsuru” es un mal ejemplo de un automóvil deportivo.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

partes en conflicto les plantean para su resolución como los órganos que institucionalmente están encargados de ello.<sup>17</sup> Además de este hecho, parece ser una tendencia general en los distintos sistemas jurídicos que en la ejecución de su función principal, los tribunales presten atención a la forma en la que se han resuelto controversias similares previamente a las que ellos se enfrentan en otros tribunales.

La práctica de los tribunales de recurrir a pautas comunicadas mediante el ejemplo (resoluciones anteriores propias o ajenas) está ampliamente difundida y se observa tanto en los sistemas jurídicos en donde dicha práctica está institucionalizada, como en aquellos en los que no hay una obligación legal de llevarla a cabo.

Detrás de este fenómeno se encuentra el hecho de que en la elección de seguir un determinado ejemplo intervienen algunas consideraciones del tribunal como órgano judicial que es parte de un sistema jurídico, consideraciones como la adecuación de semejanza (si se trata de un buen ejemplo) y el origen de dicho ejemplo, es decir, el tribunal que lo emitió. Esto quiere decir que la elección de los tribunales de seguir un determinado ejemplo no es una elección aleatoria o subjetiva, sino motivada, razonada y evaluada a partir de diferentes elementos, principalmente dos muy importantes en la decisión: la adecuación y el origen del ejemplo.

Esta idea se ilustra bien en el muy conocido ejemplo de Hart sobre la enseñanza mediante el ejemplo: “Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: «Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia». Otro padre, descubriéndose al entrar a la iglesia, dice a su hijo: «Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones»”.<sup>18</sup>

Posiblemente el niño cuenta con una idea general acerca de lo que se debe y no se debe hacer en ciertos lugares, pero parece ser que la principal motivación de su conducta es el ejemplo de su padre; en el lugar en el que el niño se encuentra y en su vida cotidiana está

<sup>17</sup> Aunque es una práctica especialmente marcada en el ámbito judicial, Lamond señala que, en los escenarios institucionales, los agentes facultados para tomar decisiones suelen sujetarse a lo que se ha hecho en el pasado, independientemente de si consideran que la decisión original fue correcta. Lamond, Grant, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, p. 23, consultable en: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>, cit., p. 2.

<sup>18</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 y 156.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

expuesto a muchas otras conductas de personas que podría imitar, ejemplos que podría seguir, pero ninguno de ellos tiene la fuerza e importancia que tiene el ejemplo del padre al hijo.

La fuerza e importancia que tiene la conducta del padre sobre el hijo se debe, al menos en parte, a que el padre representa para el hijo una autoridad (posiblemente una de gran importancia), la cual está fuertemente relacionada con una estructura jerárquica implícita en la familia, en la que los padres se sitúan en posición de indicar a los hijos lo que debe hacerse.<sup>19</sup> Esto significa que algunos ejemplos pueden influir de manera importante para la toma de un determinado curso de acción, pero no cualquier ejemplo, sino un tipo específico, lo que nos remite directamente a la idea de la propiedad de ejemplaridad en el concepto de precedente y el ejemplo dotado de autoridad.

A semejanza del niño en la iglesia, los tribunales actúan según el ejemplo que les presenta el actuar de otros tribunales superiores que han resuelto previamente en casos similares. No es que en ese actuar se haya emitido una regla que explícitamente disponga a los tribunales suscribirla y aplicarla, sino que la actuación del tribunal autorizado respecto de los contenidos sustantivos que suscribió tienen calidad ejemplar para otros. Veamos en qué consiste.

### IV. SOBRE LA PROPIEDAD DE EJEMPLARIDAD Y EL RECURSO A LA ANALOGÍA

Partimos de la idea de que cuando surge una nueva regla de precedente, tiene entre sus objetivos aclarar y determinar con suficiente

<sup>19</sup> Es posible que en los casos no jurídicos existan otros elementos de igual importancia a considerar además de la jerarquía existente entre el que despliega una conducta y el que la sigue, pensemos en la experiencia, el conocimiento o la confianza. En contraste, los casos jurídicos parecen conceder centralidad a la estructura jerárquica de las instituciones porque éstas forman parte del sistema en su conjunto y responden a un modelo institucional determinado, independientemente de la persona que desempeñe las funciones u ocupe los cargos. Si bien no descarto la existencia de otros elementos que pueden intervenir en la decisión, no poseen la centralidad de la jerarquía, y todo elemento subjetivo adicional que pudiera advertirse corresponde a una investigación distinta, más allá de los límites de este trabajo, cuyos objetivos son diversos.



SANDRA GÓMORA JUÁREZ

especificidad lo que la norma jurídica general aplicable dejaba indeterminado, esto significa que en el futuro será más fácil y claro para jueces subsecuentes determinar su aplicación concreta. En ese sentido, cuando se presentan escenarios de disputas parcialmente reguladas, esto es, cuando no hay una norma jurídica claramente aplicable o habiendo normas jurídicas parcialmente aplicables no brindan una respuesta concreta al problema planteado (puede ser una regla de precedente), se recurre a herramientas adicionales, como la analogía, en el proceso de balancear las razones dependientes aplicables.

El razonamiento por analogía o analógico es un tipo de razonamiento muy común en la labor judicial, forma parte de la práctica judicial y se emplea cuando se está ante problemas sin resolver del tipo de disputas parcialmente reguladas.<sup>20</sup> En el razonamiento por analogía, el juez recurre a sentencias previas que contienen reglas que pueden o no ser autoritativas<sup>21</sup> para él, pero que son, en cambio, buenos ejemplos previos con características semejantes o distintas en un sentido relevante que brindan una guía para resolver el caso presente.

Así, el recurso a la analogía se plantea en los escenarios de disputas parcialmente reguladas, es decir, en los escenarios en los que existe la necesidad de crear una regla de precedente para un pro-

<sup>20</sup> En el razonamiento por analogía se busca en el sistema jurídico una base que respalde la solución que se propone, con una fuerza persuasiva inferior que si se tratara de una norma jurídica obligatoria; sin embargo, su racionalidad radica en mostrar que la solución propuesta es “consistente” con el cuerpo jurídico normativo vigente como una extrapolación de dicho cuerpo. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 120.

<sup>21</sup> Las reglas de precedente a las que se recurre por analogía no necesariamente son autoritativas ni estrictamente aplicables al caso, sino simplemente buenos ejemplos que sirven para el caso en cuestión en algún aspecto relevante, ya que el caso de las reglas de precedente son de clara aplicación deductiva y no requieren analogía. En contraste con esta opinión, Cass Sunstein opina que un precedente puede servir como una regla: cuando gobierna plenamente casos idénticos, o como una analogía, cuando se distingue en, al menos, un aspecto del caso presente, pero que sugiere un principio o política general relevante al caso presente. Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 71.



## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

blema que carece de respuesta directa y el tribunal autoritativo la utiliza como un recurso —entre otros— en el proceso de balancear razones dependientes e interpretar para arribar a la regla de precedente adecuada.<sup>22</sup>

Al respecto debe decirse una obviedad: ningún caso es idéntico entre sí, ni los hechos identificados en cada uno son idénticos, eso es imposible; sin embargo, para encontrar la analogía se toman en cuenta los aspectos relevantes para la decisión, por lo que la falta de identidad exacta entre los hechos no es obstáculo para encontrar semejanzas o diferencias relevantes que permitan extraer un principio o estándar útil que guíe u oriente la decisión del juez, permitiéndole utilizar ese principio como una de las razones dependientes que considerará en el balance, basándose en el razonamiento acumulado de tribunales previos.

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que los tribunales pueden recurrir a buenos ejemplos previos<sup>23</sup> que presenten semejanzas o diferencias relevantes con el caso que se resuelve para guiarse en su resolución, ejemplos que no necesariamente son reglas de precedente.<sup>24</sup> Para determinar la aplicación por analogía de una solución previamente dictada, el juez subsecuente habrá de comparar el caso presente con algunos casos pasados que son revisados para determinar si el caso pasado controla, se distingue o puede ser extendido al caso presente. El caso pasado puede contener una opinión, una regla, un estándar o hechos que serán evaluados en cuanto a similitudes y diferencias para identificar la regla o principio aplicable.<sup>25</sup>

Cuando emplea este tipo de razonamiento, el tribunal hace una revisión general de las sentencias pasadas que se han dictado, bus-

<sup>22</sup> Por supuesto, la analogía no es una herramienta exclusiva de los tribunales autoritativos, es también empleada por tribunales ordinarios; no obstante, mi interés está en su relación con el concepto de precedente vertical.

<sup>23</sup> Emily Sherwin hace también la referencia a “ejemplos” previos en un sentido similar al que yo utilizo. Sherwin, Emily, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 5, otoño de 1999, p. 1188.

<sup>24</sup> Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 203.

<sup>25</sup> Sunstein, *op. cit.*, p. 32.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

cando semejanzas y diferencias con el caso que resuelve y extrae un principio que refleje las semejanzas y diferencias importantes entre ambos que le sirva de base para su propia decisión.<sup>26</sup> Esto revela que el resultado de esta indagatoria y análisis arrojará un principio orientador que será balanceado junto con otras razones dependientes en el caso, la mera posibilidad de balancear es el indicativo de que la sentencia encontrada no contiene una regla de precedente, que, como hemos visto, es excluyente y no requiere el balance, aunque puede ofrecer los insumos para sentar la regla posteriormente.

En ese sentido, es posible también que cuando el tribunal autoritativo interprete una norma jurídica que regula parcialmente una disputa, acuda y tome en consideración —mediante el razonamiento analógico— las razones que fundamentaron decisiones pasadas semejantes o cercanas a la problemática que resuelve y que al mismo tiempo encuentre adecuadas para el caso particular. Por ejemplo, la semejanza entre casos se encuentra en tanto los argumentos consecuencialistas que justificaron una regla judicial adoptada previamente podrían justificar también una regla similar en el caso presente, no obstante la analogía no obliga a la adopción concreta de una decisión.<sup>27</sup>

Pensemos en una regla que resolvió el caso concreto *A*, cuyos hechos identificados por el tribunal fueron *B*, *C* y *D*. Cualquier tribunal posterior que desee recurrir a esa solución sabe los propósitos y fines que se protegieron en ese caso, y puede determinar si los hechos presentes son similares en un sentido relevante como para adoptar la misma solución. En este caso, es posible que el caso presente *P*, muestre los hechos *B* y *C* solamente, o bien, los hechos *B*, *C* y *E*; en ambos casos, se confía en la semejanza entre los hechos que el tribunal considera relevantes para su resultado.

La regla original del caso *A* sentó la regla *X* con los hechos *B*, *C* y *D*.

Una regla posterior en el caso *P* sentó la regla *X* con los hechos *B* y *C*.

Una regla posterior en el caso *Q* sentó la regla *X* con los hechos *B*, *C* y *E*.

<sup>26</sup> Sherwin, *op. cit.*, p. 1180.

<sup>27</sup> McCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 186.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

La analogía entre ambos casos con el original puede radicar en la similitud respecto de algunos aspectos importantes solamente y sirve para justificar una solución específica del tribunal en ejercicio de su discreción, proporcionándole a su solución mayor sustento, al considerar que fue la mejor regla a la que pudo haber arribado en el caso concreto. La relevancia de las similitudes puede determinarse atendiendo a los propósitos y racionalidad de la regla original, llegando así a la conclusión de que si una regla previa promueve ciertos propósitos y protege ciertos valores, entonces la razón ahí sostenida es suficientemente buena para justificar otra regla, con una similitud derivada.<sup>28</sup>

En el razonamiento judicial, acudir a la analogía es recurrir, principalmente, a un buen ejemplo previo. Se trata de razonar mediante ejemplos cuya fuerza es distinta a la fuerza del precedente, al tratarse de un elemento que lo compone y que ha de tomarse en consideración junto con otros elementos en el razonamiento junto con los grados de adecuación según qué tan exitosa es para justificar un resultado. El concepto de precedente tiene como propiedad la calidad de ejemplaridad de sus reglas que se identifica en su dimensión de “creación”, mientras que la dimensión de “aplicación” de estas reglas se identifica con la analogía.

En ese sentido, analogía y calidad de ejemplaridad son conceptos íntimamente relacionados en el de precedente, pues se trata de una sola propiedad que se materializa de una forma u otra, según estemos hablando del momento de creación del precedente o del momento de su uso y aplicación. En virtud de lo anterior, se entenderá según estemos hablando de uno u otro momento.

<sup>28</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 203 y 205. En términos de Lamond, la justificación más contundente de este tipo de razonamiento radica en la posibilidad de replicar las soluciones, lo cual favorece la coherencia. Lamond, *op. cit.*, p. 23. Esta postura es muy similar a la sostenida por Raz y Dickson; sin embargo, no existe consenso entre los teóricos acerca de si hay una justificación estrictamente lógica que sustente esta práctica, entre ellos, Cass R. Sunstein, Larry Alexander, Emily Sherwin y Scott Brewer; este último autor ofrece una explicación de este tipo en “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5, 1996.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

Nótese que en los casos *P* y *Q* antes referidos, recurrir a la regla establecida en el caso original *A* tiene que ver principalmente con la idoneidad de los contenidos de la regla, que es un parámetro de identificación en el proceso de razonamiento por analogía. Esto quiere decir que el caso *A* del que estamos hablando no es necesariamente uno que contenga reglas de precedente; de ahí que se identifique el hecho de que el razonamiento analógico está asociado al razonamiento judicial en general, aunque se vincula de manera particular con el concepto de precedente.

Mientras que la analogía es solamente una de las formas de interpretar en el derecho a través de buscar las semejanzas sustantivas entre casos, la calidad de ejemplaridad del precedente trasciende a este ejercicio, y debe advertirse que esta calidad concurre en el precedente junto con otros elementos que explican conjuntamente su naturaleza.

Las reglas de precedente regulan mediante el ejemplo la conducta futura, ya que el tribunal futuro habrá de buscar en la experiencia judicial previa acumulada, elementos de solución, lo cual ocurre gracias al razonamiento analógico. Así, la analogía opera como una especie de “filtro de búsqueda”, a través del cual los jueces pueden recuperar los ejemplos previos relevantes para el caso que resuelven. En ese sentido, el razonamiento por analogía es simplemente un razonamiento a partir de buenos ejemplos, pero un precedente es más que solamente un buen ejemplo, puede incluso no ser el mejor ejemplo, pero reúne otras cualidades necesarias.

Pensar estas dos dimensiones según el momento de aplicación facilita la comprensión de esta propiedad. Así, tenemos el momento de creación del precedente, emanado del tribunal autoritativo, y el momento de aplicación o uso posterior del precedente, relacionado con otros tribunales. En el momento de creación del precedente, el recurso a la analogía es uno de los elementos que se combina con otros tantos que estamos estudiando a fin de allegarse de insumos, balancear las razones y configurar la regla de precedente, mientras que en el momento de aplicación, la analogía es un criterio de búsqueda para identificar buenos ejemplos, entre los que pueden figurar reglas de precedente; no obstante, la decisión de aplicar estas reglas responde a otras razones.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

En otras palabras, el razonamiento analógico es una forma de razonar en sede judicial, pero debemos distinguir entre el uso de este razonamiento como tribunal autorizado para sentar una regla de precedente, en cuyo caso la analogía y las razones encontradas en buenos ejemplos previos es solamente uno de los elementos a considerar en el balance de razones que intervienen al sentar la regla de precedente, y, por otra parte, el uso de este razonamiento como tribunal ordinario (no autorizado) al que se recurre para resolver según la experiencia previa siguiendo un buen ejemplo (simple analogía) en casos semejantes o aplicar un buen ejemplo dotado de autoridad (precedente). Para determinar la aplicación de reglas de precedente, la analogía por sí misma no es suficiente, pues convergen otros elementos, digamos, la calidad de regla prescriptiva y autoritativa de origen jurisdiccional y posición jerárquica.

Evidentemente, al recurrir a la analogía, el tribunal ordinario está en busca de aplicaciones exitosas de buenas razones de segundo orden o de explicaciones cercanas en algún aspecto relevante que le permitan suscribir y trasladar a su caso esas razones. En todo caso, esta dualidad: creación-calidad de ejemplaridad, aplicación-analogía, explica una propiedad necesaria del concepto de precedente que muestra estas dimensiones a través de las cuales se entiende.

Ahora bien, la práctica del razonamiento analógico favorece la perspectiva de diversos operadores jurídicos que toman decisiones con base en un cuerpo nutrido y diverso de materiales jurídicos que conserva en su interior diversas posturas, por lo que es razonable que dicho escenario genere un amplio espacio para el desacuerdo.<sup>29</sup> No obstante, se puede considerar que las decisiones que emplean analogía ofrecen a su favor un elemento de permisibilidad en el marco del sistema jurídico de que se trate.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Lamond, *op. cit.*, pp. 19 y 23.

<sup>30</sup> MacCormick otorga un lugar más preeminente a los argumentos por analogía o principio como proveedores de soporte jurídico para las decisiones novedosas como una "condición necesaria" de su permisibilidad. No abordaré sobre este punto, pero cabe decir que en el marco de la explicación normativo-descriptiva que ofrece el autor, los argumentos de analogía o principio están vinculados con la coherencia de principio global del sistema jurídico, que es distinta de la coherencia aquí suscrita. MacCormick, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 187.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

En ese sentido, recurrir a la analogía afianza los propósitos ya protegidos por reglas jurídicas previas en casos concretos y promueve la coherencia de esos propósitos en partes específicas del derecho, es decir, la coherencia local, en tanto se sujeta a una regla ya establecida, apoyando sus resultados.<sup>31</sup>

## V. EL EJEMPLO DOTADO DE AUTORIDAD

Acentuando el carácter distintivo del precedente, en casi todas las sociedades se observa la práctica de resolver las controversias jurídicas atendiendo a la forma en que el problema fue antes resuelto, confiando en la experiencia previa y atendiendo al carácter ejemplar de las reglas a través de la analogía. Es importante notar, sin embargo, que esta práctica, sumamente extendida, de actuar mediante el ejemplo se lleva a cabo selectivamente.

Siguiendo esa línea, los tribunales de los diferentes sistemas jurídicos resuelven las controversias que son sometidas a su conocimiento aplicando las reglas jurídicas establecidas con anterioridad en ese sistema, así como las soluciones que en sentencias previas, tribunales autorizados establecieron para casos similares, tratando las reglas autoritativas dictadas por dichos tribunales como ejemplos a seguir, estuviera o no establecida formalmente la obligación de los tribunales de seguir precedentes.

Tengamos en cuenta que el hecho de que se trate de una resolución adecuada, dígame “buen ejemplo”, es una característica necesaria, pero no es la única que posee una resolución judicial para ser considerada como ejemplo a seguir. En ese sentido, cabe preguntarnos ¿qué otro elemento, entonces, distingue a un buen ejemplo de sentencia judicial?, ¿qué es lo que hace que la regla contenida en una resolución y no en otra sea tratada como ejemplo autoritativo para un determinado tribunal?

<sup>31</sup> Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 206. Esta postura, sin embargo, no es uniformemente compartida entre los teóricos, pues hay quienes lo consideran un razonamiento inferior al razonamiento moral ordinario del juez. Alexander, Larry, “Bad Beginnings”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, núm. 1, 1996, p. 57.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

La reflexión anterior nos conduce a centrar la atención sólo en los casos en los que un tribunal tiene la obligación de seguir un buen ejemplo predominante. En tales casos, el hecho de “tener la obligación” implica, como se ha visto, que existe una regla que es autoritativa para sus destinatarios, que sirve como razón para la acción y reemplaza otras razones. Es así como en tal contexto convergen la calidad autoritativa de la regla contenida en la resolución judicial,<sup>32</sup> la calidad de ejemplaridad de la regla y la jerarquía judicial. Ninguno de estos elementos por sí mismo explica plenamente la segunda condición necesaria del concepto de precedente judicial, sino la combinación e interacción que se presenta entre ellos.

Es claro que para que una regla judicial se distinga de otras reglas judiciales —posiblemente igualmente valiosas— es necesario que muestre un elemento adicional que la haga preferible sobre otras. Esto significa que la regla judicial es un buen ejemplo, cuyo contenido es adecuado para su aplicación en otros casos semejantes, pero esta característica no es suficiente y no revela cómo se distingue de otros posibles buenos ejemplos.

Como la descripción anterior muestra, no es solamente el contenido ejemplar de la propia regla judicial el que le proporciona la calidad autoritativa, no es la resolución por sí misma la que nace con autoridad, ni tampoco es la resolución la que ocupa una posición dentro de la estructura jerárquica y que en consecuencia “obliga”. Si la cualidad autoritativa de la que hablamos se debe no sólo al propio contenido de la regla judicial, el único lugar de donde dicha cualidad puede provenir es del órgano que emite la resolución.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> En adelante, regla judicial.

<sup>33</sup> Como en el ejemplo de Hart, parece ser que lo que el niño imita no es solamente la conducta valiosa del padre; de ser así, el niño dispondría de los buenos ejemplos de otras personas; sin embargo, a pesar de tener disponibles varios buenos ejemplos, el ejemplo del padre tiene un elemento adicional que le distingue, con la fuerza para descartar a los demás y que dada la estructura en la que se presenta, goza de una deferencia natural: su origen. Claro es que el padre puede proporcionar buenos y malos ejemplos al hijo, pero la función natural asociada a esa figura es la de proporcionar buenos ejemplos, aunque ocasionalmente se equivoque y aunque, en ocasiones, haya padres que no comprendan su función y no actúen en consecuencia.



SANDRA GÓMORA JUÁREZ

Hemos hablado de la calidad de ejemplaridad y los buenos ejemplos en el razonamiento judicial, de modo que requerimos concentrarnos ahora en la propiedad autoritativa de la regla que es simultáneamente un buen ejemplo.

Así pues, ¿qué es un ejemplo dotado de autoridad? Como antes vimos, ordinariamente las indicaciones de una autoridad tienen una importancia distintiva en nuestras vidas; mostramos una deferencia especial hacia ellas en comparación con las indicaciones de cualquier otra fuente. A semejanza del caso del padre en la iglesia, los tribunales siguen ejemplos —aunque no cualquier ejemplo ni todos los ejemplos—, si bien no en todos los casos y sólo lo hacen en determinadas circunstancias (en algunos sistemas jurídicos, incluso, eligen seguirlos).

Esclarecer el asunto de los ejemplos dotados de autoridad es una condición necesaria para la comprensión plena del concepto de precedente. A pesar de que en la práctica cotidiana los tribunales pueden encontrar buenos ejemplos a seguir en las resoluciones de cualquier otro tribunal, no cualquier tribunal emite resoluciones cuyas reglas judiciales revistan autoridad para otros tribunales.

Esto implica que el tribunal *X* puede considerar la resolución del tribunal *Y* adecuada para el caso que ahora se encuentra resolviendo y, por lo tanto, aplicar por elección la regla establecida por *Y* para resolver el caso que le ocupa, aunque *Y* es su homólogo y no representa ningún tipo de autoridad para él. En este escenario, *X* pudo libremente seguir o no el ejemplo de *Y* o cualquier otro tribunal semejante para resolver; no obstante, *X* no tuvo más razón para seguir el ejemplo de *Y* que la adecuación de la solución de *Y* a su caso, es decir, el hecho de que se trataba de un buen ejemplo.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Esta situación se aprecia en la cada vez más popular práctica de algunos tribunales de revisar y recurrir a las resoluciones de algunos tribunales de jurisdicciones extranjeras (la así llamada fertilización jurisprudencial) que han enfrentado y resuelto en el pasado controversias similares a los que ellos se enfrentan en el presente, para documentarse, orientar su criterio o seguir su ejemplo al tomar una decisión. En este caso, revisar o considerar resoluciones de tribunales extranjeros es una conducta absolutamente optativa. En algunas ocasiones, los tribunales que recurren a sentencias extranjeras, lo hacen en relación con fallos emitidos por órganos de igual o similar jerarquía, es decir, homólogos; en



## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

La regla de precedente pretende servir como un ejemplo dotado de autoridad y como tal, tener una posición especial para los tribunales en relación con otros ejemplos al tener autoridad práctica<sup>35</sup> (proporciona razones para actuar) y reunir al mismo tiempo las características de una regla autoritativa:<sup>36</sup> a) la tesis de la dependencia; b) la tesis normal de justificación, y c) la tesis de la exclusividad.

Esto quiere decir que el precedente no es solamente un buen ejemplo, sino también una regla dotada de autoridad, porque proporciona una respuesta a un problema específico, basándose en las RD<sup>37</sup> pertinentes; por ello los sujetos a ella están justificados al obedecerla, pues es más probable que acierten en su actuar si siguen la regla; además, su compromiso de obedecer la regla los previene de efectuar un balance de razones: la regla de precedente es su razón para actuar. En ese sentido, seguir la regla de precedente es la forma adecuada de actuación judicial, independientemente de si es el mejor ejemplo (justificación independiente de contenido) de entre los buenos ejemplos disponibles.

Las reflexiones previas muestran que no es solamente el contenido de la resolución del tribunal lo que hace de ella un ejemplo

estos casos llama la atención que no existe de por medio una relación institucional ni jerárquica entre tribunales, por lo que hay otros factores que explican la persuasión que tales resoluciones pueden llegar a tener en otras jurisdicciones. Por una parte, es posible que la persuasión que ejercen ciertos tribunales y sus fallos, en sistemas jurídicos extranjeros, tenga que ver con el órgano que la emite, o bien con la resolución en sí misma. En cualquier caso, algunos advierten en esta práctica la posibilidad de otras formas de explicar el precedente, no obstante no debemos perder de vista que la elección de sujetarse a alguna resolución extranjera, conserva el carácter optativo para el tribunal receptor, de modo que no podríamos decir que se trata de un precedente en estricto sentido.

<sup>35</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 3. Si bien Lamond difiere acerca del tratamiento que mejor explica la naturaleza del precedente, coincide en afirmar la autoridad práctica del precedente, además de poner énfasis en lo que el tribunal hizo por encima de lo que dijo.

<sup>36</sup> Entendida como un criterio general y permanente que pretende guiar la conducta. Véase "regla", en Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 238.

<sup>37</sup> Razones dependientes.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

autoritativo para otros tribunales.<sup>38</sup> En un sentido general, podemos afirmar que no todas las reglas autoritativas son ejemplos para semejantes, ni todos los buenos ejemplos son reglas autoritativas. En un sentido particular —hablando de precedente—, no todas las reglas autoritativas tienen el alcance para fungir como ejemplos de otros tribunales semejantes e inferiores; así, aunque cualquier sentencia puede ser usada como ejemplo, no cualquier sentencia es una regla autoritativa (para tribunales semejantes e inferiores) con alcance más allá del caso que resolvió.

Ahora bien, es claro que los hechos de un caso pasado no serán iguales a los hechos de otro caso actual, pero la aplicación del precedente no demanda una identidad absoluta —de ser así, el precedente no podría existir—; en cambio, la forma de determinar cuándo aplica un precedente requiere determinar las semejanzas relevantes del caso actual con el precedente a través de algún criterio que permita identificar las semejanzas que son importantes de las que podemos ignorar.<sup>39</sup>

Asimismo, un sistema de reglas de precedente autoritativas es congruente con la generación de expectativas, porque se atiende centralmente a las indicaciones de la autoridad y, al ser éstas consistentes, es razonable esperar que las personas sujetas a dicha autoridad se generen expectativas. Si los tribunales no trataran al prece-

<sup>38</sup> En la vida cotidiana, parecería casi obvio pensar que un ejemplo dotado de autoridad, uno que debemos seguir, forzosamente, tiene que ser el mejor ejemplo. Del mismo modo, válidamente podemos pensar que un ejemplo autoritativo (para los tribunales) necesariamente tendría que ser el mejor ejemplo, pero no necesariamente es así. Con el tiempo, las resoluciones de los tribunales que siguen un precedente se van agregando a una larga cadena de resoluciones similares que junto con las circunstancias cambiantes de cada caso pueden ir modificando la regla hasta que ésta deje de ser incluso una “buena regla”, o incluso es posible que un criterio errado de inicio, sienta una regla. En tal caso, es posible que la regla deje de ser una buena regla o nunca haya sido la mejor la regla para los casos a los que se aplica, pero aun así sigue siendo un ejemplo autoritativo que debe seguirse. Es posible, incluso, que existan diferentes grados de adecuación de un ejemplo autoritativo, lo que determine que tan buen ejemplo es una resolución.

<sup>39</sup> Schauer, Frederick, “Precedent”, *Revista en Derecho de Stanford*, vol. 39, núm. 571, febrero de 1987, p. 5.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

dente de esta forma, no sería posible que las personas generaran las expectativas de las que aquí se hablan.

Una vez que se ha adoptado una decisión autoritativa, dada su adopción institucional, ésta es susceptible de ser replicada por otros tribunales del sistema jurídico;<sup>40</sup> no obstante, es importante notar que si bien cualquier resolución previa puede ser reproducida como buen ejemplo, sólo las resoluciones autoritativas perdurarán y se afianzarán con el tiempo, y sólo éstas serán consistentemente replicadas: nuevamente, esta situación se deriva de la calidad autoritativa de la regla de precedente.

El argumento de que es deseable dar a los tribunales el poder de crear derecho para actualizarlo, mejorarlo y complementarlo,<sup>41</sup> se explica igualmente a través de la autoridad y la tesis de la justificación normal, pues se está justificado a seguir las reglas de la autoridad en tanto que es más probable que, en su calidad de autoridad, elija las razones más adecuadas para guiarnos, que si cada uno trata de decidirlo por su cuenta; así, la constante creación del derecho y la conciencia de esa posibilidad es posible gracias a la noción y al papel de la autoridad en el derecho.

### VI. LA REGLA DE PRECEDENTE COMO EJEMPLO AUTORITATIVO PARA LA AUTORIDAD

La segunda propiedad necesaria del concepto de precedente apunta a explicar la pretensión de regular mediante el ejemplo la conducta de sus destinatarios. En los siguientes párrafos intentaré explicar —desde la teoría de la autoridad— cómo funcionan las directivas autoritativas entre las propias autoridades; en este caso, tribunales y otros funcionarios (que son los otros destinatarios de la regla de precedente), lo cual requiere de un análisis diferenciado.

A partir de los conceptos e ideas antes explicados, relativos a la tesis de la autoridad y acerca de las propiedades necesarias del precedente, podemos profundizar en el estudio de la regla de prece-

<sup>40</sup> Lamond, *op. cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 18.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

dente entre autoridades, con la intención de obtener una comprensión de la misma, de la manera más fiel posible a la forma en que es entendida por aquellas autoridades que lo aplican.

Ayudémonos del siguiente ejemplo a efecto de contrastar el enfoque del particular con el de la propia autoridad judicial. Supongamos que el tribunal ordinario *A* emitió sentencia en el caso *X* y que el actor en dicho proceso judicial no comprendió plenamente los términos de la misma, así que se debate acerca de qué hacer al respecto. Ordinariamente, el actor recurriría a un balance de razones de primer orden, pero en el caso dispone de razones de segundo orden aplicables; esto significa que existen reglas jurídicas procesales aplicables que reemplazan las posibles razones dependientes.

Para determinar qué curso de acción tomar respecto de la sentencia dudosa, el actor recurre a las razones excluyentes aplicables, que contemplan tanto la legislación como los precedentes. Así, resulta que la legislación no proporciona una respuesta a la necesidad del actor, pues no contempla la figura de aclaración de sentencia, pero no obstante el silencio de la legislación, hay un precedente que proporciona una respuesta al cuestionamiento.

La existencia de un precedente que cubre la situación de hecho del actor es una razón excluyente para actuar en consecuencia, ya que le proporciona la respuesta correcta por adelantado, pues seguramente cumplirá mejor con sus razones dependientes (las razones que aplican al actor) si atiende lo que dice la regla en lugar de seguir su propio criterio, además de que le previene de reevaluar constantemente sus acciones con base en razones de primer orden. En este caso, el precedente existente indica al actor que puede promover una aclaración de sentencia, aunque la legislación aplicable no contemple expresamente dicho instrumento procesal.

Ahora bien, volvamos al ejemplo previamente utilizado de aclaración de sentencia, sólo que en esta ocasión enfoquemos el problema desde la óptica del tribunal ordinario para el cual dicho precedente es una regla autoritativa que ha sido comunicada mediante el ejemplo.

Supongamos nuevamente que el tribunal ordinario *A* emitió sentencia en el caso *X* y que el actor en dicho proceso judicial no comprendió plenamente los términos de la misma, así que promueve un escrito en el que solicita al tribunal ordinario *A* que aclare ciertas

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

partes de la sentencia. Al respecto, es importante mencionar que la legislación procesal aplicable en la jurisdicción de *A* no contempla la figura de aclaración de sentencia.

En circunstancias normales, ante la ausencia de un precedente que regule el hecho concreto, el tribunal ordinario *A* tendría que efectuar el balance de razones jurídicas aplicables al caso, considerando posiblemente algunas como las siguientes: que la solicitud planteada por el actor no está contemplada por la legislación procesal vigente, que toda promoción efectuada por las partes debe recibir una respuesta de la autoridad, que la autoridad jurisdiccional no debe ir más allá de los límites establecidos para su actuación en la ley, que no efectuar dicha aclaración podría ser considerado como denegación de justicia, etcétera.

La existencia de un precedente en la materia, sin embargo, proporciona al tribunal ordinario *A* una razón —de segundo orden— para no actuar de acuerdo con el balance ordinario de razones; así, dicha regla de precedente media entre el tribunal *A* y la respuesta correcta. En este caso, existe un precedente sobre el tema específico que enfrenta el tribunal ordinario *A*.<sup>42</sup>

El precedente de rubro “Aclaración de sentencia”, con que cuenta el tribunal ordinario *A*, es una razón excluyente para no entrar al balance de razones que, en otras circunstancias, tendría que abordar, y permite al tribunal tomar la decisión correcta atendiendo a la razón excluyente que aplica al caso; asimismo, le evita al tribunal ordinario *A* tener que reevaluar la situación cada vez que se le presente una solicitud semejante, pues está actuando con base en el ejemplo autoritativo previo.

Siguiendo esa misma línea, para estar en condiciones de distinguir acerca de las razones que tienen los jueces para resolver en uno u otro sentido, debemos primero situar el contexto de esa autoridad respecto del caso que resuelve. En ese sentido, para conocer la materia prima con la que trabaja un juez ordinario —e incluso cuándo

<sup>42</sup> Jurisprudencia 11/2005. Compilación 1997-2012, Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vol. I, Jurisprudencia, pp. 98-100. Rubro: “ACLARACIÓN DE SENTENCIA. FORMA PARTE DEL SISTEMA PROCESAL ELECTORAL AUNQUE NO SE DISPONGA EXPRESAMENTE”.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

este juez recurre a las RD o cuándo de hecho tiene RE— es necesario identificar el tipo de escenario ante el que se encuentra, ya que de ello dependerá el tipo de razones que éste emplee en su razonamiento.

Así, los escenarios centrales que debemos distinguir son dos:

1) Aquel escenario que se presenta cuando *el derecho está determinado*. Recordemos que la tesis de la autoridad del derecho explica que la forma ordinaria de resolver conflictos entre razones de primer orden es a través del balance de esas razones. Los cursos de acción en los que intervienen razones de primer orden y razones de segundo orden se deciden porque las razones de segundo orden reemplazan las razones de primer orden, al elegir alguna(s) de ellas.

Tal como ocurre en el ejemplo del precedente “Aclaración de sentencia”, cuando el tribunal ordinario ha de resolver un caso, su misión es trabajar con razones excluyentes de segundo orden, en la medida en la que éstas regulen el caso que resuelve. Cuando hay razones de segundo orden, significa que el tribunal ha verificado que existen normas jurídicas que regulan directamente el tema controvertido en el caso que se resuelve y, por lo tanto, reemplazan a las demás razones aplicables de primer orden, en lo que al tema se refiere.

De este modo, cuando un juez se encuentra ante un escenario en el que el derecho está determinado, su labor consiste en asignar la respuesta adecuada que el derecho proporciona a la situación que se plantea. Sea por legislación o por precedente, el material jurídico existente brinda una respuesta clara y directa al problema, de tal suerte que la norma jurídica aplicable (reúne las tres tesis) tiene autoridad legítima y se aplica al caso; esto significa que funciona como una razón de segundo orden para este juez, al proporcionarle la solución por adelantado, y con ello le permite excluir el balance de otras posibles razones de primer orden.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Una explicación semejante, en un contexto más amplio, es proporcionada por MacCormick, quien sostiene que la argumentación jurídica siempre procede sobre la base de un argumento de autoridad; ésta deja de lado cualquier tipo de razonamiento “todos los elementos considerados”, es decir, que considera las razones de primer orden del caso, pues cuando se apela al derecho, no son

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

Ante la ausencia de la regla de precedente, un tribunal ordinario se vería en la necesidad de analizar cada vez que se le presentara un caso, los méritos particulares del mismo a través de sus razones de primer orden. No obstante, eso es precisamente lo que la existencia del precedente facilita: evita que el tribunal ordinario reevalúe constantemente los méritos de cada caso similar (con base en razones de primer y segundo orden), pues parte de su trabajo es fungir como una respuesta adelantada a cuestionamientos específicos.

Al hablar de un tribunal que resuelve una controversia, estamos dando por sentado que dicho tribunal es una autoridad dentro del sistema jurídico, aun cuando se trate de un tribunal ordinario;<sup>44</sup> que las sentencias de dicho tribunal son autoritativas y tienen carácter excluyente para las partes involucradas en juicio; que dada la labor que tienen asignada, los tribunales trabajan ordinariamente en este primer escenario con razones de segundo orden para arribar a una solución.

2) En contrapartida, está un segundo escenario que puede enfrentar el juez: aquel que se presenta cuando *el derecho está parcialmente determinado o indeterminado*; esto es, que habiendo alguna(s) disposición(es) general(es) aplicable(s) al caso concreto, ésta es demasiado amplia, general o incompleta, de tal forma que no proporciona una respuesta clara y suficientemente determinada al problema jurídico que se plantea. O bien, cuando el derecho emplea en su formulación conceptos vagos —que no permiten identificar cuál sería la afirmación adecuada respecto de su aplicación— ocasionando que no haya forma de saber las dimensiones y límites reales de su contenido y alcance, sino hasta después de la determinación hecha por el juez.

La posibilidad de encontrarse con casos en los que el derecho sea parcialmente determinado es constante, aunque si bien es cierto,

considerados todos los elementos, en su lugar se cumple con lo que exige la norma jurídica. MacCormick, Neil, “Argumentation and Interpretation in Law”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993, pp. 18 y 19.

<sup>44</sup> Al referirme a un tribunal ordinario, lo hago pensando en cualquier tribunal que no tiene una posición de instancia final en la jerarquía judicial en relación con otros tribunales y cuyas sentencias tienen un alcance limitado.



SANDRA GÓMORA JUÁREZ

no se presenta respecto de todo el material jurídico normativo, sino sólo en algunas partes; por ejemplo, cuando se emplean expresiones vagas, tales como “peligro razonable”, “trato adecuado”, “debido cuidado”, “reproducción sustancial de una obra”, etcétera.

De cualquier forma —independientemente de la severidad de la indeterminación que exista—, en el escenario 2, esto es, cuando *el derecho está parcialmente determinado o indeterminado*, el juez inevitablemente debe recurrir directamente a razones dependientes. Surge entonces la pregunta, ¿cómo ocurre esto, si acabo de decir que “ordinariamente” el juez trabaja con razones excluyentes y no con razones dependientes?

Pues bien, en ocasiones el derecho está parcialmente determinado o indeterminado, lo que significa que existen normas jurídicas —legislación y/o precedentes autoritativos— que si bien regulan el objeto de la disputa jurídica, que tratan sobre el núcleo de la disputa o sobre temas o aspectos periféricos a ella, resultan demasiado amplias para aplicarlas directamente; o son tan generales que realmente no proporcionan guía en algún sentido; o incluso son incompletas, de tal forma que no contemplan ciertos aspectos específicos de una cuestión jurídicamente regulada, que resultan novedosos y por ello nunca antes cuestionados ni incorporados al derecho; o simplemente que su redacción es oscura al incorporar términos afectados de vaguedad.

En este segundo escenario, decir que el derecho está parcialmente determinado —regulación deficiente, redactada en términos demasiado amplios, de manera muy general, incompleta o sobrada— equivale a decir que no proporciona una respuesta concreta al problema planteado, por lo cual, si no existe una respuesta por adelantado que solucione el problema, entonces el juez no tiene razones excluyentes para decidir, e inevitablemente debe volver al balance y análisis de razones aplicables de primer orden o razones dependientes (RD).

Puede suceder que aun cuando el derecho regule algún aspecto de la situación de hecho que se plantea en litigio, dicha regulación sea insuficiente, en el sentido de que el material jurídico existente no proporciona una respuesta concreta al problema que se plantea al juez que resuelve. Cuando esto sucede, no es posible hablar de que



## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

el tribunal como autoridad judicial tenga verdaderamente una RE para decidir, toda vez que una RE es una razón para la acción con el peso suficiente para excluir otras RD aplicables al caso.

Para hablar de una RE, la regla aplicable tendría, en principio, que proporcionar una solución adecuada basada en las RD del caso, haber sido elegida y aplicada previamente por la autoridad judicial autoritativa para convertirse en RE que respondiera al problema, lo cual no sucede.

Consideremos el siguiente caso. En la sentencia 5855 de 2011,<sup>45</sup> el Tribunal Supremo Español se enfrentó a un caso en el que el derecho estaba parcialmente regulado cuando se sometió a su consideración un recurso de casación en contra de la sentencia de apelación 1491/2008, dictada por la Audiencia Provincial de Álava que declaraba el divorcio entre Pura y Maximino.

En el caso se consideraba que a causa de un accidente, Pura quedó en estado de coma vigil desde 2000, sin haber recibido los cuidados y deberes de ayuda por parte del esposo como estipula el matrimonio, de modo que los padres de Pura —habiendo sido nombrados sus tutores legales— interpusieron demanda de divorcio en representación de la hija, acción que les es concedida en apelación. Contra esa resolución, el esposo interpuso recurso de casación.

Se trata de un caso complejo que no tenía una respuesta en la legislación española, ya que si bien se contemplaba que el tutor es representante del incapaz, no había una base legal explícita que le permitiera o prohibiera ejercer las acciones personalísimas —como el matrimonio o divorcio— a nombre de la incapaz. Así, el tribunal debía determinar si la Audiencia actuó conforme a derecho respecto de si los tutores estaban legitimados para ejercer la acción de divorcio, considerando el derecho de la incapaz a una tutela judicial efectiva y el principio de igualdad entre los cónyuges.

El ejemplo planteado muestra con claridad que si bien se tenía material jurídico normativo que regulaba la situación de los incapaz-

<sup>45</sup> Sentencia consultable en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6138614&links=%221491/2008%22%20%22625/2011%22&optimize=20111007&publicinterface=true>, consultada el 6 de abril de 2017.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

ces, lo cierto es que la complejidad de las relaciones humanas puede plantear y planteó un conflicto novedoso para el cual no se tenía una respuesta anticipada. Ante la ausencia de una respuesta jurídica anticipada, el tribunal tiene que recurrir tanto al material normativo aplicable como a los hechos particulares del caso, así como a la interpretación jurídica. En efecto, la ausencia de una respuesta anticipada al problema significa que no hay forma de tratar el material jurídico normativo como razones de segundo orden definitivas, por lo que se debe efectuar el balance de RD para llegar a la solución.

En el caso, el Tribunal Supremo tuvo que considerar y balancear razones de primer orden como las siguientes: *a)* si efectivamente la legislación concedía a los representantes legales de la incapaz legitimación para ejercer la acción de divorcio; *b)* que la libertad de seguir o no casado es un derecho fundamental; *c)* que el divorcio no requiere alegación de causa; *d)* que la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, incluidas la separación y el divorcio; *e)* el tratamiento del divorcio en legislación extranjera; *f)* que las acciones de los representantes deben ejercerse en beneficio del tutelado y obedecer a los intereses del incapaz, entre otras.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación sobre la sentencia, confirmándola en sus términos, al admitir que, efectivamente, era del interés de la incapaz aprobar la acción de divorcio ejercida por los tutores en estos casos. Vemos entonces que en este escenario, el tribunal no tuvo realmente una RE que le evitara recurrir al balance de RD, por lo cual tuvo que recurrir al balance de RD para determinar la respuesta al caso que se estudiaba —incluidos futuros casos semejantes—, y así sucede cuando se trata de una autoridad judicial jerárquicamente reconocida y autorizada para tales efectos.

Cabe señalar que cuando se trata de una autoridad judicial no autorizada, dicha autoridad debe igualmente dar una solución al problema, aunque no tenga la respuesta concreta en el material jurídico normativo, dada su obligación como autoridad; sin embargo, su solución únicamente tendrá efectos entre las partes y es probable que sea recurrida y llevada a una instancia superior en donde pueda adquirir definitividad —tal como ocurrió en el ejemplo re-

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

ferido— y ser resuelta autoritativamente para el caso planteado y otros casos futuros.

Decíamos que dentro de una estructura judicial, ciertos tribunales de mayor jerarquía tienen reservada la función de sentar reglas autoritativas que sirvan como ejemplo para el comportamiento futuro de tribunales inferiores, o incluso, tienen determinado el alcance de sus reglas para los tribunales del mismo rango. Si bien todo tribunal es una autoridad en relación con los particulares, siguiendo la línea de distribución del trabajo y competencias de una jerarquía judicial, es posible advertir qué tribunales son una autoridad para los demás tribunales dentro del orden judicial y, por tanto, a qué tribunales y sentencias autoritativas están sujetos en su actuar.

Aunque toda autoridad judicial tiene pretensiones autoritativas, no toda autoridad judicial está habilitada para que las reglas establecidas en sus sentencias tengan el alcance para obligar a otros tribunales jerárquicamente inferiores. En ese sentido, cada tribunal conoce el alcance de sus propias sentencias, de modo que cuando un tribunal de primera instancia dicta sentencia, lo hace con la intención de resolver el caso concreto y con la pretensión de que sea tratada autoritativamente por las partes en el juicio y cumpla su función de ejemplaridad.

Cuando un tribunal de mayor jerarquía de naturaleza final —digamos un tribunal superior o un tribunal de apelación— dicta sentencia en el caso que se le presenta, lo hace con conocimiento de que la regla que en ella establece está llamada a resolver no sólo el problema planteado en la disputa que resuelve, sino también a servir como ejemplo autoritativo para tribunales inferiores cuando deban resolver problemas similares.<sup>46</sup>

Así pues, lo que sucede cuando un problema jurídico parcialmente regulado llega al conocimiento de la autoridad judicial habilitada es, en términos generales, lo siguiente: una vez realizado el análisis del problema jurídico planteado a su conocimiento, el tribunal procede

<sup>46</sup> Me refiero únicamente a otros tribunales, dejando intencionalmente de lado a otras autoridades no judiciales (digamos del ramo ejecutivo y legislativo), dado que la posibilidad de que las reglas de precedente obliguen *erga omnes* a otros órganos del Estado, además de a los propios órganos judiciales, es una cuestión contingente, no necesaria.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

a revisar minuciosamente el material jurídico existente para determinar qué normas jurídicas son las que regulan el problema, en las cuales fundamentará su sentencia.

Una vez hecho lo anterior, advierte que las normas jurídicas que regulan parcialmente el problema que se estudia son incompletas, sobradas, generales o amplias, de forma tal que no proporcionan una respuesta auténtica al problema; es decir, requieren que la autoridad judicial recurra al balance de RD para tomar la decisión, en el cual ineludiblemente interviene la interpretación. Es así que dada la insuficiencia de las normas jurídicas existentes en el caso concreto (sea legislación o precedentes), no pueden ser tratadas como RE, de modo que en el balance de razones que efectuará la autoridad judicial, las normas jurídicas serán tratadas como razones de primer orden y balanceadas junto con otras razones aplicables a la luz de la interpretación más adecuada.

Siendo así, en adelante, cuando un tribunal ordinario que es parte de una estructura jerárquica dentro de su propio sistema jurídico deba resolver un caso similar, dicho tribunal ordinario ya no tiene que llevar a cabo el balance de razones de segundo orden; no lo necesita, porque dicho balance ya ha sido efectuado con anterioridad por un tribunal autorizado. Lo que ahora le corresponde hacer es seguir el ejemplo autoritativo, esto es, aplicar el precedente que —en el contexto referido— funciona como razón excluyente entre las normas jurídicas aplicables.

Es pertinente, pues, la observación de que el precedente no elimina las razones que sustentan las normas jurídicas aplicables parcialmente determinadas, sino que reemplaza las reglas jurídicas generales de cuya interpretación procede, al ser resultado de una interpretación efectuada en torno a aspectos específicos de dichas reglas aplicables a la luz del problema planteado.

Un análisis más detallado muestra dos elementos detrás de esta afirmación: 1) que la regla de precedente fue emitida por un tribunal que a su vez es una autoridad para el tribunal ordinario, y 2) que la regla de precedente es resultado de un balance de razones de primer orden, pues recordemos que en el caso, el material jurídico aplicable no tiene capacidad excluyente. En ese sentido, una vez identificada la regla aplicable, se efectuó una interpretación a la luz de los méri-

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

tos del caso, todo lo cual dio como resultado una regla distinta a las reglas jurídicas existentes hasta el momento, esta vez de segundo orden y vinculada directamente con las particularidades planteadas por las partes.

### VII. LA PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

Ahora bien, esta pretensión de regular la conducta futura de sus destinatarios, a la que me he referido como una condición necesaria del concepto de precedente, bien puede ser identificada como la “proyección del precedente” y se explica de la siguiente manera.

Si atendemos a los objetivos que primordialmente tiene atribuidos un ejemplo dotado de autoridad o, en otras palabras, el precedente, advertimos que no es casualidad que cada resolución emitida por los órganos jurisdiccionales esté dirigida a asegurar objetivos básicos del sistema jurídico, pero más aún, no es coincidencia que cada decisión judicial se emita considerando el impacto que la misma tendrá dentro del sistema jurídico y las posibles consecuencias que su aplicación generará.

En otras palabras, es imposible que al emitir un fallo, el juez autorizado ignore los efectos que el mismo desencadenará, porque todo juez autorizado es consciente de que al ingresar al sistema jurídico, su sentencia autoritativa engrosará el tejido normativo que permite la coordinación de los diferentes actores de la sociedad. Esto implica que su *ratio decidendi* y *obiter dictum* continuará o establecerá una nueva línea de razonamiento jurídico que pretende tanto armonizar con el resto de las normas jurídicas que ya son parte del sistema jurídico, primordialmente con las normas fundamentales del mismo, así como avanzar soluciones no contempladas en tales normas.<sup>47</sup>

En el marco de las estructuras judiciales modernas que cuentan con esta institución jurídica, no es posible pensar a la regla de precedente como una regla ordinaria debido a que hay más riqueza en la práctica de lo que el concepto de regla implica. En ese sentido, si

<sup>47</sup> Postema, Gerald, “Melody and Law’s Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 2, junio de 2004, p. 221.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

bien las reglas sirven para regular la conducta, lo cierto es que la naturaleza del precedente no se explica propiamente como una directriz que regula la actuación judicial, sino de una regla con calidad ejemplar cuyo contenido tiene alcance más allá del caso concreto.

Esta condición se entiende mejor cuando nos situamos en el momento en el que se sientan reglas de precedente por primera vez, pues es entonces cuando surge una interesantísima interrogante que debe abordarse como una característica propia de estas reglas. Dicha interrogante gira en torno a la proyección del precedente y cuestiona esencialmente si el ejemplo dotado de autoridad actúa del presente hacia el futuro, o bien, actúa del presente hacia el pasado; la pregunta concreta sería la siguiente: ¿el ejemplo dotado de autoridad se establece hacia el futuro o a la inversa?

Mi apreciación es que la regla de precedente, emanada del órgano con autoridad final, se establece considerando invariablemente su proyección, esto es, la intención implícita de proporcionar una respuesta a disputas jurídicas futuras. Su foco de atención se ubica no sólo en el caso presente, sino también mirando hacia casos futuros.<sup>48</sup> Al tratarse de una regla autoritativa emanada de un órgano judicial autorizado, desde el momento de su emisión será un ejemplo dotado de autoridad para todos los casos futuros en los que tenga aplicación, por lo que el tribunal conoce de antemano la carga que trae aparejada su sentencia.

No ocurre lo mismo con las reglas autoritativas emanadas de órganos judiciales no autorizados, pues éstos —al igual que los órganos autorizados— están conscientes en todo momento del alcance limitado de su sentencia, así como del impacto y las posibles consecuencias que la misma tendrá dentro del sistema jurídico, las cuales están restringidas únicamente al caso que resuelve.

Siendo así, para que sea posible asegurar la estabilidad del sistema jurídico de que se habla, a través de la función jurisdiccional, es indispensable que los órganos jurisdiccionales de carácter terminal

<sup>48</sup> Me refiero únicamente a reglas de precedente, ya que toda sentencia que no provenga de un órgano judicial autorizado está dirigida a solucionar exclusivamente la disputa judicial que fue sometida a su consideración, esto es, el caso presente, por lo que las únicas sentencias que son susceptibles de tener mayor alcance y proyectarse hacia el futuro son las reglas de precedente.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

con autoridad establezcan a través de sus resoluciones las respuestas institucionales definitivas a problemas parcialmente regulados o no regulados en el material jurídico normativo. Esas respuestas institucionales definitivas son concebidas como tales desde su origen, dada la trascendencia que como reglas autoritativas que pretenden ser, tendrán en el sistema jurídico.

Tal proyección es una condición necesaria del concepto de precedente, pues no habría manera de que el juez del presente se comprometiera a seguir el ejemplo autoritativo y aplicar su contenido sustantivo si ignorara esta condición que caracteriza y distingue a ciertas reglas jurisdiccionales autoritativas. La posibilidad misma de que una regla autoritativa de origen jurisdiccional sea aplicada como ejemplo autoritativo de la misma forma que en el pasado se explica no porque así lo disponga el contenido sustantivo de la regla, sino por la calidad de ejemplaridad y proyección que caracteriza al precedente, que se refiere justamente al mayor alcance que esta calidad tiene.

Una explicación alternativa a este planteamiento sugiere que cuando a la autoridad judicial situada en el presente se le presenta un litigio a resolver, busca en el pasado una sentencia que sirva de ejemplo (análoga) para resolver la problemática que se le plantea. Pues bien, si se analiza con detenimiento la explicación anterior, no es, de ninguna manera, diversa del planteamiento principal; antes bien, nos encontramos ante dos perspectivas del mismo asunto, o más precisamente, ante el enfoque que tienen dos autoridades distintas acerca de la misma situación, el de la autoridad que emite el ejemplo autoritativo y el de la autoridad que sigue el ejemplo.

Este fenómeno es observado por Postema, quien advierte que

...lo que un tribunal espera que futuros tribunales (y ciudadanos y abogados que aconsejan ciudadanos) harán y, particularmente, como razonarán es un componente importante, si no es que siempre decisivo en la deliberación del tribunal del presente, quizás tan importante como el razonamiento y decisión de tribunales previos acerca de las deliberaciones de futuros tribunales.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 217.



SANDRA GÓMORA JUÁREZ

He afirmado que hablamos en realidad de dos enfoques acerca de la misma situación; no obstante, cabe hacer algunas precisiones. Cuando hablamos del juez que sigue el ejemplo, se nos presentan dos escenarios posibles: *a)* el del juez que recurre a resoluciones pasadas para fortalecer y sustentar la sentencia que desea emitir actualmente, que “busca” una resolución análoga en fallos pasados. Tal escenario nos muestra un ejemplo no autoritativo, que aunque se invoca del presente hacia el pasado, no entraña carácter autoritativo ni vinculante; esto es, el juez está en libertad de elegir o no, de entre las resoluciones pasadas, aquella que se ajuste mejor a la situación que se le presenta actualmente. Aunque bien cabe señalar que es una práctica judicial común.

Por otro lado, está el escenario *b)*, el del juez que conoce la existencia de una serie de resoluciones autoritativas emitidas con anterioridad y que está obligado a seguir en el momento en que se le presente alguna problemática a resolver, cuya respuesta está contenida en alguno de los ejemplos que son autoritativos, o al menos vinculantes para él, establecidos en el pasado. Tal escenario nos muestra un ejemplo autoritativo que se invoca en el presente hacia el pasado, en el que el juez tiene una obligación de acatamiento y no es opcional seguir el ejemplo para el caso específico, sea por la fuerza autoritativa propia del precedente que motiva a hacerlo, o bien, por el elemento vinculante asociado al mismo. En todo caso, el juez en comento es consciente de la proyección y alcance del precedente que suscribe.

Si se observa detenidamente, ninguno de los escenarios expuestos es excluyente o incompatible con la afirmación principal de que el precedente tiene proyección hacia el futuro. La distinción entre la afirmación principal (regla con proyección futura) y las explicaciones alternativas (búsqueda de la regla hacia el pasado) sobre el enfoque adecuado para entender el precedente en este respecto, radica simplemente en la posición desde la que se observa el ejemplo: la posición de la autoridad emisora del precedente o la posición de la autoridad que invoca el precedente o algún ejemplo no autoritativo.

La aplicación del precedente atiende tanto a su uso en las decisiones actuales, pero también su creación atiende a la proyección



## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

—como la he llamado— hacia el futuro, lo que demanda tratar ciertas decisiones autoritativas actuales como los precedentes de aquellos encargados de tomar decisiones en el futuro, ya que “hoy no es solamente el ayer del mañana; sino también el mañana del ayer”. Esta forma de razonar conlleva la responsabilidad espacial de comprometerse con el futuro antes de llegar a él.<sup>50</sup>

Finalmente, hemos de tener en mente que la propiedad de “proyección” de la regla de precedente, entendida como la intención de regular la conducta futura de sus destinatarios, sólo se encuentra y es atribuible a los casos difíciles. En ese sentido, los casos fáciles son casos que llamaré *casos regulados*, mismos que encuentran solución directa y concreta en el material jurídico-normativo existente, por lo cual no requieren del juez más que una operación deductiva de aplicación. Por otra parte, los casos difíciles, que llamaré *casos parcialmente regulados*, requieren, invariablemente, de un ejercicio de interpretación por parte del juez para determinar la respuesta correcta al problema planteado, ya que se trata de casos que no encuentran una respuesta concreta en el material jurídico normativo existente.

Las sentencias recaídas a los casos regulados tienen como único objetivo resolver la disputa específica que se plantea en ese caso, y habiendo para ellos una respuesta concreta en las normas jurídicas (sea legislación o precedente), su labor concluye con la identificación y aplicación de esa respuesta normativa. En cambio, en los casos difíciles o parcialmente regulados, el tribunal autorizado tiene que emplear la interpretación para generar la respuesta y solución del problema jurídico planteado; dicha solución es una regla autoritativa nueva —que no existía con anterioridad al caso difícil—, y como tal, esa regla está llamada a dar solución tanto al caso concreto como a casos futuros.

Esa regla autoritativa nueva —habiendo surgido del órgano judicial jerárquicamente autorizado—, desde el momento de su emisión, tiene la pretensión de regular el caso presente y cualquier caso futuro que encuadre en sus términos, pues forma ya parte del dere-

<sup>50</sup> Schauer, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

cho de un sistema jurídico determinado, que habrá de ser aplicado invariablemente a todas las disputas que sean por ella resueltas.

Así, la sentencia de un caso fácil que no requiere de interpretación, no reúne los elementos para convertirse en precedente; esto es, no tiene por objeto regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de sus destinatarios, sino solamente resolver el caso que le ocupa y por ello carece de proyección.

## VIII. CONCLUSIONES

El precedente es una institución central de los sistemas jurídicos contemporáneos que ha merecido la atención de teóricos en diversos momentos y desde diferentes perspectivas teóricas, buscando aportar una mayor claridad sobre su práctica, o bien, recomendar las técnicas que se juzgan idóneas para crearlo.

Acercarnos a una mejor comprensión del concepto de precedente resulta una labor primordial en el proceso de evaluar nuestras prácticas locales para su eventual reforma y adecuación si así se requiere. He mostrado (pretendidamente) que el análisis conceptual del precedente judicial vertical (como el caso paradigmático) desde la tesis de la autoridad permite revelar características distintivas del concepto que compartimos y proporciona estructura a otras características que explican en conjunto de forma adecuada la naturaleza del precedente judicial.

La ejemplaridad que se exhibe de manera característica en las reglas de precedente lo distingue de otras reglas judiciales autoritativas que no están pensadas para ser tomadas como ejemplos de conducta ni pretenden regular la conducta futura de sus destinatarios, más allá que las partes involucradas en el caso presente. Esta característica no es producto de la calidad autoritativa de las reglas en sí misma, sino una finalidad que asignamos a la práctica del precedente y sin la cual no podría explicarse adecuadamente. Al mismo tiempo, la ejemplaridad del precedente está asociada a su alcance a futuro, que podemos identificar como su proyección.

## LA EJEMPLARIDAD Y PROYECCIÓN DEL PRECEDENTE

### IX. REFERENCIAS BIBLIOHEMEROGRÁFICAS

- ALEXANDER, Larry, "Bad Beginnings", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, núm. 1, 1996.
- BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Lima, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E. I. R. L., 2016.
- CHIASSONI, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en BUSTAMANTE, Thomas y BERNAL PULIDO, Carlos (eds.), *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, Nomos, vol. III, núm. suplementario 133, 2012.
- GIUDICE, Michael, "Joseph Raz's Legal Philosophy", *IVR Encyclopedie*, 2009, consultado el 9 de noviembre de 2011 en: [http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph\\_Raz's\\_Legal\\_Philosophy](http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy).
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HIMMA, Kenneth, "Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy", HARRISON ROSS (ed.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2008, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952910>.
- HUERTA OCHOA, Carla, "Retroactividad en la Constitución", *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- HUERTA OCHOA, Carla, "Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007.

SANDRA GÓMORA JUÁREZ

- LAMOND, Grant, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, consultable en: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>.
- MACCORMICK, Neil, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 6, núm. 1, marzo de 1993.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- POSTEMA, Gerald, "Melody and Law's Mindfulness of Time", *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 2, junio de 2004.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.
- SCOTT BREWER, "Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5, 1996.
- SCHAUER, Frederick, "Precedent", *Revista en Derecho de Stanford*, vol. 39, núm. 571, febrero de 1987.
- SHERWIN, Emily, "A Defense of Analogical Reasoning in Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 5, otoño de 1999.
- SUNSTEIN, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- THE Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/concepts/>, 20 de junio de 2017.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.

## The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians on Hans Kelsen\*

### *La norma jurídica como una función: la influencia de Ernst Cassirer y los neokantianos de Marburgo en Hans Kelsen*

Mario GARCÍA BERGER\*\*

#### **Abstract:**

In this paper I argue that if we apply the Cassirerian concept of function to the Kelsenian legal norm we get an explanation free from non-juridical elements. After describing the process of desubstantialization that, according to Cassirer, has taken place in mathematics and natural sciences, as well as the concept of science that emerges from this transformation, I contrast the idea of the legal norm as a functional relation with Kelsen's characterization of the legal norm as the objective meaning of an act of will.

#### **Keywords:**

Function, legal norm, Neo-kantianism, Kelsen, Cassirer.

#### **Resumen:**

*En este artículo planteo que si aplicamos el concepto de función cassireriano a la norma jurídica kelseniana, obtenemos una explicación de ésta libre de elementos no jurídicos. Después de describir el proceso de desubstancialización que, de acuerdo con Cassirer, ha tomado lugar en matemáticas y en ciencia naturales, así como el concepto de ciencia que emerge desde esta transfor-*

\* Artículo recibido el 9 de mayo de 2017 y aprobado para su publicación el 6 de noviembre de 2017.

\*\* Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

MARIO GARCÍA BERGER

*mación, contraste la idea de la norma jurídica como una relación funcional, con la caracterización de la norma jurídica de Kelsen como el significado objetivo de un acto de voluntad.*

**Palabras clave:**

*Función, norma jurídica, neo-kantianismo, Kelsen, Cassirer.*

THE LEGAL NORM AS A FUNCTION: THE INFLUENCE OF ERNST CASSIRER...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *From Substances to Functions*. III. *The Model of Science*. IV. *The Legal norm as function*. V. *Conclusions*. VI. *References*.

## I. INTRODUCTION

In *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Kelsen makes an extended use of the notion of function that Ernst Cassirer develops in his book *Substance and Function*, tracing a parallelism between the concept of atom as a hypothetical point of possible relations and the state as a common point of imputation.<sup>1</sup> In this outstanding work, Cassirer depicts in great detail, from the ancient Greeks to Einstein's general theory of relativity, the historical process of desubstantialization in formal and natural sciences. Since the times of the presocratics, mathematics first, followed by physics and then chemistry, have undertaken a gradual substitution of the notion of function for that of substance. The latest and more refined expression of such trend, when the second part of Cassirer's book was published in 1921, was Einstein's conception of space and time. This theoretical development has strengthened the capacities of these disciplines to explain and predict a broadened set of phenomena.

The influence of the Marburg Neo-Kantians on the pure theory is, as I have argued elsewhere, beyond doubt.<sup>2</sup> Kelsen himself embarked on a process of desubstantialization within the science of law that he completed for the most part.<sup>3</sup> Yet, there are points where he did not draw the uttermost consequences of this enterprise. To my

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat* (Scientia Verlag Aalen 1962) 211-218.

<sup>2</sup> García Berger, Mario, *La teoría kelseniana de la normatividad. Orígenes y actualidad* (Fontamara 2014).

<sup>3</sup> In a similar vein, Stanley L. Paulson has affirmed that, under the influence of the Neo-Kantian philosophy, Kelsen undertook a program of objectivization in the pure theory. See Paulson, Stanley L., "Dos programas radicales de "objetivización". La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen" in Castañeda, Felipe, Vicente Durán and Luis E. Hoyos (eds.), *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica* (Siglo del Hombre Editores) 243-277.

MARIO GARCÍA BERGER

mind, one of these aspects is the notion of legal norm. I will argue that if we apply the concept of function to the legal norm, to define it as a relation “R” between two variables “x” and “y”, we get a purer explanation free from non-juridical elements, which was Kelsen’s own endeavour.

The first section sets the stage for the subsequent parts. It describes, in general terms, the process of desubstantialization in mathematics and natural sciences that I intend to carry, a step further, onto the notion of legal norm. Besides, in explaining this transition Cassirer’s understanding of knowledge becomes explicit. For him, as we will see, the epistemological conceptual framework that best accords with such development is the transcendental idealism, that stemming from Kant found its most complete formulation in the *oeuvre* of the Marburg Neo-Kantians. In the brief second part I examine the model of science that springs from the former analysis of concept formation in different scientific disciplines. The last section spells out the idea of the legal norm as a functional relation. I first expound what a transcendental idealist science of law would look like. Then I analyse Kelsen’s characterization of the legal norm as the objective meaning of an act of will to show that the notion of function helps dispel some problems associated with it. Next, I argue that the functional conception of the legal norm makes explicit a shortcoming of some positivistic accounts of law, as they are based on an empiricist understanding of knowledge that fails to capture the historical development of scientific concepts and, in this way, obscures the nature of the legal norm. Lastly, I trace a parallelism between the Kelsenian nomostatic/nomodynamic approach and Cassirer’s thesis that any scientific discipline has a static and a dynamic motive. I also show how Kelsen uses the function/substance distinction to criticize conceptions of the state that conceive it as a natural reality.

## II. FROM SUBSTANCES TO FUNCTIONS

Cassirer summarizes the historical progress in science as the gradual substitution of relation-concepts for thing-concepts. What does this passage mean and how did it take place? Here I will only sketch



a very rough picture of this process highlighting its inner logic. Cassirer gives the credit to John Stuart Mill for clearly stating, for the first time, the procedure employed by science in constructing its concepts. He affirms that “in the definitions of pure mathematics, however, as Mill’s own explanations show, the world of sensible things and presentations is not so much reproduced as transformed and supplanted by an order of another sort”.<sup>4</sup> What we get from this conversion is an ordered system of functions not obtainable by abstraction from sensible experiences or data. In mathematics, as in theoretical physics, “the concrete sensuous reality” is not copied in thought but replaced by a theoretical complex.<sup>5</sup>

In these words a head-on opposition to Aristotle’s method of abstraction is manifested. According to this procedure, concepts are built by selecting the common properties of a set of objects presented in experience. As Cassirer points out, this type of explanation confuses the categorical forms of experience, which make all sensible content possible, with the content itself.<sup>6</sup> The Aristotelian abstraction misses the fact that any connection of the members of a series by their sharing a common element is governed “by some general *law of arrangement*”. So that the rule that binds together the members of a given set is not itself an element of the series, but the law of its progression that remains unaltered throughout. This procedure is best captured by the concept of function. Thus, the function [F (a,b), F (b,c),... ,], where ‘F’ expresses the relation between the members of the set, say ‘a’ to ‘z’, is not an element of the series, it is the rule according to which the latter proceeds. Therefore, the concept is not deduced from the elements but presupposed in the act of ascribing them an order.<sup>7</sup>

In the classical method of abstraction, the universality of the concept resides in the presentation of the common properties of a certain group of objects. On the contrary, in the functional reading of

<sup>4</sup> Cassirer, Ernst, *Substance and Function. Einstein’s Theory of Relativity* (first published in German 1910 and 1921, trans. by W.C. Swabey and M.C Swabey, Dover Publications 1953), p. 14.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 17.

MARIO GARCÍA BERGER

concepts, it is given by the universal validity of the principle that governs the progression of the series.<sup>8</sup> Here, opposed to what happens in the abstraction, the relation between the elements of a set is not something present in them awaiting to be discovered, but it is created by our intellectual activity which binds these elements by means of an inclusive law. The notion that lies at the basis of the former type of concept formation is that of substance. In it those abstracted properties common to a group of objects are considered to be what is universal and permanent. Instead of this notion, the mathematical concept of function represents a universal law that contains the particular cases it ranges over by virtue of the values its variables can take.<sup>9</sup>

### 1. *The Concepts of Number and Space*

Cassirer analyses the development of the concept of number that is central in the history of mathematics. As a relation-concept, the “logical determination” or meaning of any number is given by its place in a system of mathematical relations.<sup>10</sup> In this field, as in natural sciences, the relation (point of view or starting-point), that generates all the elements of a series is an “original assumption”.<sup>11</sup> Thus, from the concept of natural number, through the continuous application of the fundamental connecting laws of cardinal and ordinal numbers, new types emerge as the negative, irrational and transfinite.<sup>12</sup> Mathematics, says Cassirer, is “a pure science of form” because all features of numbers can be deduced from the principles defining them. Hence, here “proof does not go beyond thought itself into another sphere”.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 97.

THE LEGAL NORM AS A FUNCTION: THE INFLUENCE OF ERNST CASSIRER...

He goes on to analyze the geometrical concept of space, where a similar desubstantialization process has taken place. Geometry has come to conceive the order of points in space as that of numbers. First a manifold of points and a certain relation of position between them is postulated. These assumptions lead to a principle whose subsequent applications issue the whole universe of possible spatial relations. "In this connection, projective geometry has with justice been said to be the universal "*a-priori*" science of space, which is to be placed beside arithmetic in deductive rigor and purity".<sup>14</sup> Thus, it is possible to construe different geometrical systems by changing the fundamental axioms of the theory.<sup>15</sup>

The description of concept formation in pure mathematics that we outlined is most clearly expressed in David Hilbert's procedure for the exposition and deduction of geometrical axioms. In contrast to the Euclidian definitions that proceed from the fixed concepts of the point or the straight line, which they take naïvely as "immediate data of intuition", in Hilbert's method geometrical objects are defined by the axioms of the theory. In this way, the properties of the elements follow from these "rules of connection" and not the other way round, as in the method of abstraction. The point and the straight line are conceived as structures whose relations with others are determined by the principles of the theory. It is the systematic arrangement of the elements, not any set of their properties, that constitutes their essence. "In this sense, Hilbert's geometry has been correctly called a pure theory of relations".<sup>16</sup>

Cassirer points out that it might seem a circular reasoning to define axiomatically the content of geometrical concepts, since the formulation of the axioms is based on the assumption of certain notions. This apparent difficulty gets dissolved the moment we distinguish the psychological from the logical origin. In a psychological sense "we can only present the meaning of a certain relation to ourselves in connection with some given terms, that serve as its

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 93-94.

MARIO GARCÍA BERGER

‘foundations’”.<sup>17</sup> However, these terms, that spring from sensuous intuition, do not possess an absolute existence but a mutable one. They are hypothetical points of departure that can be further determined when they appear in various relational complexes. Thus, what it was a provisional content is transformed into a fixed logical object. The law of connection stands for what is permanent, while the elements (the “foundations” of the psychological representation), which at first sight seemed like the absolute origin, are what can be changed. This contentless rule constitutes the logical source of geometry. We have here a transcendental explanation of concept formation and not a *petitio principii*.

From the empiricist perspective, it looks like the contents grasped by intuition were “isolated self-contained” existences. This false impression soon falls apart. When these contents enter into judgements, they are transmuted into a net of related structures that support each other. Therefore, the individual element is a point in a system of concepts and judgements. In geometry and arithmetic, the manifold, not the particular, is “the real logical *prius*” or theoretical origin. In this sense, the final logical phase of any scientific investigation is the characterization of the individual elements. This is done through “the progressive connection of universal relations”.<sup>18</sup> Modern science, says Cassirer, picks a plurality of elements and then group them together in a series in which they succeed each other following a rule. Next, the individual properties of bodies are determined by their position in the set.<sup>19</sup>

An important consequence of the former analysis is that geometrical and perceptual space are not the same. In our sensory experiences, spatial location is connected to particular sensations, so that different places correspond to opposed contents of sensation. Terms like “above”, “below”, “right” and “left”, are qualitatively distinct since they are associated with diverse sets of sensations. These oppositions disappear when we enter geometrical space. Here spatial elements have, for themselves, no individual content given that

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 218.

all their meaning comes from their position in the system. Thus, the homogeneity of spatial points eliminates all variations among them, like that between above and below, which has to do with the relation of external things to our bodies.<sup>20</sup>

The conclusion Cassirer draws from the explanation of the concepts of number and space is, in his words, that “the logical nature of the pure functional concept finds its clearest expression and most perfect example in the system of mathematics”.<sup>21</sup> Mathematical objects have only an ideal existence and their properties stem from the law that governs the way they are constructed. In this field thought displays a free and universal activity.

## 2. *The Concepts of Natural Sciences*

A similar process occurs in the mathematical sciences of nature. In this context also, the old fixed properties that found the Aristotelian method of abstraction are supplanted by universal rules.<sup>22</sup> In order to understand this analogous procedure it is necessary to turn to the concept formation in mathematics.<sup>23</sup> The insight gained here is applied to natural sciences providing them with the form of their concepts.<sup>24</sup>

Theoretical physics is the field Cassirer first analyses. The value of its method resides in that the “initial experience” is successively transformed, so that instead of a mere passive reproduction we have an active process of construction that converts what is given into a whole of new logical objects.<sup>25</sup> The ideal concepts of natural science do not state the existence of absolute objects since they establish the “*logical lines of direction*” that guide the investigation of physical phenomena. It is true that these concepts have their ultimate origin

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 230, footnote 86.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 122.

MARIO GARCÍA BERGER

in the factual realm. They are not created *ex nihilo*, but are based on perceptual experiences. However, they do not stay at this level and go “beyond the given”, only to return to it to grasp more clearly its “systematic structural relations”. In a critique to some ideas of the German mathematician Paul du Bois-Reymond, Cassirer affirms that it is a misunderstanding to hold that only relative straight lines and relative exact planes exist. The very idea of grades of exactitude is obtained by comparison with an absolute standard that makes measurement possible.<sup>26</sup>

The outcome of the logic of concept formation in natural science is the rejection of any attempt to understand concepts as bundles of perceptions. In this way, scientific theories are immediately related to the absolute notions (“ideal limits”) they construe, and only in an indirect fashion to the facts these notions intellectually replace.<sup>27</sup> Testimony of this is that:

[...] we investigate the impact of bodies by regarding the masses, which affect each other, as perfectly elastic or inelastic; we establish the law of the propagation of pressure in fluids by grasping the concept of a condition of perfect fluidity; we investigate the relations between the pressure, temperature and volume of gas by proceeding from an “ideal” gas and comparing a hypothetically evolved model to the direct data of sensation.<sup>28</sup>

Cassirer cites approvingly the chemist and philosopher Wilhelm Ostwald, for whom such extrapolations are current currency in science and states that a large amount of the quantitative laws of nature manifest a relation between values valid in ideal situations that, in general, never obtain in reality.<sup>29</sup> The mathematical hypotheses of natural sciences fix an ideal connection between individual facts, creating thereby a unity from scratch not directly provided by sensation, that is to be tested theoretically.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 129-130.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 135.

Kepler's work is paradigmatic of this detachment from the naïve empiricist view of scientific method and its concept formulation procedures. Kepler, says Cassirer, was not occupied with the absolute causes of mathematically conceptualized astronomical phenomena. He aimed at a quantitative grasp of planetary movements on the basis of the facts of perception. Thus, the search for the ultimate forces of reality is replaced by an effort to understand the order that reigns in the universe, which is to be gained from a collection of observations.<sup>31</sup>

### *The Concept of Atom*

As that of mass and force, the notion of atom has undergone modifications losing its initial substantial character and acquiring that of a function. The atom has come to mean a logical postulate instead of a fixed physical object, a variable expression rather than something immutable.<sup>32</sup> So, the necessity of the atom follows from the method of physics, not from experience.<sup>33</sup>

The historical development of this concept is illustrative of the general scientific tendency to substitute functions for substances. Cassirer says that for synergism the concept of material point, according to mechanics, does not arise from that of an extensionless body, but from the abstraction of any rotary movement to the notion of body. Thus, the simplicity of the point is a consequence of the simplicity of movement, a methodological device to get to the rotary motionless body. So, the atom is not a constituent part of matter; it is an intellectual subject of possible changes or relations. As it happens in other fields, in physics "we analyse complex movements into elementary processes, for which latter we then introduce the atoms as hypothetical substrata".<sup>34</sup> The main concern is to establish certain fundamental relations from which a variety of other processes can

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 161.

MARIO GARCÍA BERGER

be deduced, not to separate the ultimate elements of things. In this way, in modern physics the atom loses its materiality and is dissolved into movements.

The history of the concept of atom continues and when it gets to the point where inertia can be obtained from the laws of electrodynamics, and consequently, is no longer conceived as an absolute property of bodies, the material atom breaks up and becomes a system of electrons. These new unities are again relative and changeable, however, in Cassirer's times they constituted the most comprehensive theory of physical phenomena. The conclusion from this process is the variability of the content of the atom and the permanence of its function, namely, the determination and expression of the conditions (unity) of knowledge. Therefore, the simplicity of the atom is a logical predicate of our scientific view of nature. It does not make reference to our sensory capacities or to the technical characteristics of our instruments of analysis.<sup>35</sup>

For its part, chemistry employs the notion of atom as a relational concept that serves as a "unitary center of a system of coordinates" to give order to the assertions about chemical properties, which are reciprocally related to each other through this notion.<sup>36</sup> It is a common procedure in science to condensate an array of empirical relations into a single term.<sup>37</sup> Cassirer holds that the atom can be characterized as a Kantian regulative idea that guides the understanding in the progressive grasp of nature.<sup>38</sup>

Something similar happens in the case of the concept of energy, that "is a unitary system of reference on which we base measurement".<sup>39</sup> This concept functions as an intellectual point of view to measure and systematically organize, despite their "sensuous diversity", the phenomena of motion, heat, magnetism and electricity.<sup>40</sup> In this way, energy has come to mean the capacity to bring about changes, which

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 210-211.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 192.



is universally present in all bodies. So energy was, according to the state-of-the-art research of the beginnings of last century, the most fundamental feature of physical phenomena.<sup>41</sup> Consequently, the individual object for the physicist is “a system of physical constants”. If we want to tell one thing from another it is necessary to give it a specific volume, mass, gravity, capacity for heat, electricity, etcetera.<sup>42</sup>

The last step of the desubstantialization process of natural science Cassirer analyses in the second part of his book, published in 1921, is the theory of relativity. I will not follow the complex exposition of this particular history. Yet, it is worth mentioning one of its main outcomes because it is illustrative of the functional understanding of concepts in science. This result is that different systems of geometry are possible because the spatial measurement relations depend on the gravitational force that varies according to the place.<sup>43</sup> In the theory of relativity, the complete desontologization of the problem of space has been achieved and is turned into a methodological question. This is not any longer what space is but how to use geometrical systems in interpreting nature.<sup>44</sup>

### III. THE MODEL OF SCIENCE

What is the model of science that emerges from the former analysis of concept formation? Let's follow again Cassirer in this characterization. The first thing to be said is that all rational knowledge is arranged in “single self-contained series” where all transitions, from one point to the other, are mediated. This is so because any new member arises, following the steps prescribed by a rule, from previous elements. Any object of cognition is subject to this demand. So, there are no question, no matter how abstract, that cannot be dealt with by this progressive method.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 70.

MARIO GARCÍA BERGER

A problem is explained, says Cassirer, when we know all its angles. But then, in what circumstances a phenomenon can be said to be known in physics? The first intuitive naïve response is ruled out right away: knowledge is not sensory acquaintance with isolated facts. We know a physical process when its relations with other phenomena are fixed, without contradiction, within the general system of physics.<sup>46</sup>

The principle that rules the expansion of physical knowledge is that every phenomenon, introduced in the “universal serial connection” of physics, is mathematically formulated making use of constant numerical values. The resulting formulae are founded in certain logical presuppositions or hypotheses. They make possible the order of phenomena in terms of magnitudes and are the principles of all particular measurements. Similarly, in any scientific field, the corresponding basic hypotheses do not transcend the factual in search of a metaphysical foundation, but signal the way to go from sensations to the sphere of mathematical relations.<sup>47</sup>

In this way, the relation between scientific laws and facts is circular from a logical point of view. The former are built by measuring individual facts, and this is only possible because the form of the law is already assumed in the acts of measurement. Such anticipation does not involve a contradiction since it is not an assertion about states of affairs. On the contrary, it is the basic presupposition of scientific investigation. The correction of this assumption shows itself in that it unifies the whole of experience.<sup>48</sup> Therefore, concepts are always confirmed, not in isolation, but as members of a system, so that each one of them gets support from the others. The theoretical adequacy of any concept, says Cassirer, resides in the consequences and explanations that follow from it.

The corollary of all this is that facts and concepts are not separated like a model and its copy. The former result from the whole network of concepts, while these are conceived in relation to possi-

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 140-141.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 146.

ble experience.<sup>49</sup> Theories and facts are always intertwined, so that the material of perception is, in all cases, conceptually interpreted.<sup>50</sup> This also modifies the traditional view that sees the activity of description as the sole passive recording of the sensory impressions coming from phenomena. From now on, to describe something is also to transform it intellectually.<sup>51</sup>

Another way of expressing the relation between theory and its subject matter is to say that the particular can be deduced from the universal because the latter is somehow already present in the former.<sup>52</sup> There is not any unsurmountable gap between them since the aim of the universal is to explain the particular.<sup>53</sup> Thus, functional concepts and their individual variables refer necessarily to each other. The character of phenomena is progressively revealed as they enter in connection with an increasing number of other facts. On the other hand, functional concepts mark the procedure for adding new elements to the series.<sup>54</sup> Thus, the opposition between thought and intuition loses all metaphysical trace and becomes exclusively methodological.<sup>55</sup> An important consequence of this conception is that mathematical deduction and physical induction are not two independent methods, given that the form of the former is present in the latter.<sup>56</sup>

This model of science involves a mathematical conception of nature and reality. In short, when the values of the numerical constants, that are the mathematical expression of physical phenomena, are tucked in the general laws of science, they form a structural totality we call nature. To speak of something as real is to make an assertion of nomological relations.<sup>57</sup> Reality is “a necessary [lawlike] connec-

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 146-147.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 230, footnote 86.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 257.

MARIO GARCÍA BERGER

tion of grounds and consequents”.<sup>58</sup> The whole network of empirical knowledge is representable as a function  $F(A, B, C, D...)$ , where each term can be, in itself, a complex system, so that  $A$  can be represented as  $f(a_1, a_2, ..., a_n)$ ,  $B$  as  $\beta(a_1, a_2, ..., a_n)$ , etcetera. We get here a system of overlapping syntheses in superordination and subordination relations. The most general relation  $F$ , which is a structure of “mutually dependent determinations”, provides its place to each individual element.<sup>59</sup> So, cognition consists of multiple analysis and synthesis, where relational complexes break down in simpler connections and these are grouped together into higher order unities.<sup>60</sup>

In these paragraphs, the transcendental conception of knowledge of the Neo-Kantian movement, comes out very clearly. Cassirer affirms that the conceptual creations of science are conventions because the activity of thought is spontaneous, not receptive or imitative. This activity, however, is not totally free. On the one hand, it is connected with the system of perceptions which constitutes the material of knowledge, on the other, it does not proceed arbitrarily but according to the concept formation process that is the criterion of the objectivity of science.<sup>61</sup>

The progressive and never ending character of science is stressed by the ellusiveness of scientific truth. This escapes from our hands every time we think we have it, regardless of the constant demand for a definite scientific picture of the world. The metaphorical words Cassirer uses to express this terrible and ineludible fact are telling:

[...] what we call science appears not as an approximation to any “abiding and permanent” reality, but only as a continually renewed illusion, as a phantasmagoria, in which each new picture displaces all the earlier ones, only itself to disappear and be annihilated by another.<sup>62</sup>

The function of knowledge is never completely fulfilled, so the permanent elements of experience are not, in any phase, fully achieved.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 164-165.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 266.

ved. They remain the constant task that prescribes knowledge its direction: the determination of individual phenomena.<sup>63</sup> Every answer is a new point in a series that, in a given time, constitutes the relative nature of reality.<sup>64</sup> Thus, truth, in a philosophical sense, is a Kantian regulative ideal and not a metaphysical entity. Cassirer points out that the question about the truth of the total system of experience is senseless for it presupposes a standard beyond our reach. What is at our disposal is to establish the value of the different pieces of knowledge, which is always relatively permanent or transitory.<sup>65</sup>

#### IV. THE LEGAL NORM AS FUCTION

Cassirer argues that the core aim of the philosophical method is to grasp the systematic connection of the different objects of science as strictly as in mathematics.<sup>66</sup> But how do scientific disciplines pick their objects of study from the universe of phenomena? They do so by means of certain formal concepts. He adds that “[...] the content of each particular field of knowledge is determined by the characteristic form of judgement and question from which knowledge proceeds”.<sup>67</sup> Thus, the material element of cognition is fixed by its formal component: the logical form of the questions and answers (laws) peculiar to each discipline. In this sense, the task of philosophy is to explain how the unity of each science obtains. This is done by showing the necessary and sufficient presuppositions for exposing the totality of its experience in systematic connection. These conditions, which constitute the general form of its laws, remain unaltered throughout the flux of our knowledge.<sup>68</sup>

As we saw, in the history of mathematics and natural science there has been a transition from a qualitative to a quantitative pers-

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 373-374.

MARIO GARCÍA BERGER

pective. In physics, for instance, the qualities of subjective experience are transformed into numerical functional expressions.<sup>69</sup> Is it possible to make this passage also in the case of the science of law? For the Neo-Kantians, this was precisely the task Kant had left unfinished. Hermann Cohen affirms that jurisprudence is the mathematics of social disciplines, since it provides them with the categories to select their objects. In consequence, the science of law would be mainly ideal or formal. As Cassirer holds, the position of a discipline in the system of knowledge depends on the weight of its universal and particular elements: the more universal the more formal cognition is, and the more particular the more empirical it becomes.<sup>70</sup>

My purpose, as I said at the outset, is to apply the concept of function to the legal norm. In this way, I think clarity can be gained as to the nature of one of the central notions of the science of law. Besides, as I shall try to show, this step in the process of desubstantiation of the pure theory brings to the fore a shortcoming of some positivistic accounts of law. Throughout the text the Kelsenian distinction between the legal norm and the legal proposition is always present, since the characterization of the former as a function is captured in the latter. In other words, the functional nature of the legal norm gets expressed in the formula “a Soll b”, which from now on is better to be read, as I will argue, as a functional expression and not as the objective meaning of an act of will.

One of the first things to be noted is Kelsen’s basic tenet that the general form of the legal norm belongs to the realm of the ideal and not to that of the real. The legal proposition “a Soll b” reveals the logical structure of norms and not a particular state of affairs, for example, the probability that judges apply a sanction “b” in case the illicit “a” obtains. In a similar fashion as the notion of atom, in physics, has come to mean not a physical entity but a logical postulate that serves to express certain fundamental relations that are necessary conditions of knowledge,<sup>71</sup> the concept of norm can be said to be a function that asserts that two events are connected by an im-

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 156.

putation nexus. Regardless of what type of events, or particular instantiations, are bound together as illicits and sanctions, the general form of the relation remains unaltered. According to Cassirer, some concepts represent particular existences, while others express possible forms of relations.<sup>72</sup> My claim is that the notion of norm is of the latter kind.

In this sense, the *Sollen* or Ought, is the constant element in the legal norm, that is, the form of judgement by means of which the science of law determines and organizes its content in a systematic and meaningful whole. It expresses the normative formal function of law. On the other hand, the elements “a” and “b”, that are joined together in the legal proposition, are the variables in the function  $F(a,b)$ , where  $F$  stands for the Kelsenian *Sollen*. How does this conception fares against Kelsen’s characterization of the legal norm as the objective meaning of an act of will?

In the opening pages of the *Pure Theory of Law*, Kelsen defines the norm as “the meaning of an act by which a certain behavior is commanded, permitted or authorized”.<sup>73</sup> A little bit earlier he had pointed out that “by “norm” we mean that something *ought* to be or *ought* to happen, especially that a human being ought to behave in a specific way. This is the meaning of certain human acts directed toward the behavior of others”.<sup>74</sup> Two elements can be distinguished in this formulation: the act of will and its meaning. The former is an is (a fact), while the latter is an ought (a norm), and they are not to be confused nor conflated. Kelsen adds to this picture a third component: the linguistic, behavioral or symbolic expression of the act. So, we end up with a tripartite theory that states that a norm is the meaning of an act of will somehow manifested. This definition contains three elements: the semantic, the psychological and the syntactic (behavioral or symbolic) one. Kelsen identifies the norm with the Ought or the objective meaning of the act of will,<sup>75</sup> differ-

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>73</sup> Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (first published in German 1960, trans. M. Knight, The Lawbook Exchange 2009), p. 5.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 5.

MARIO GARCÍA BERGER

ent from its subjective meaning. The *Sollen* is the logical form of the legal norm.

The expression “act of will” stresses that norms are not the product of a thinking process. The norm-issuer wills the person to whom the norm is directed to behave in a certain way. If this will did not exist there would not be any norm. However, the notion of a willful act is not fit to do the work Kelsen intended it to, since it falls short of explaining the creation of legal norms. The series of acts that produce a norm do take place in the factual world, but clearly they do not have to be voluntary. What really matters is that they be procedurally and materially produced in the way indicated by the superior norms that regulate its creation.

To speak of an act of will is an anthropomorphic way to state the thesis that any norm is the result of an exercise of legal empowerment, that there are no imperatives without imperator. Yet, the notion of a willful act introduces a psychological element to the explanation of the process of norm creation that takes us away from legal science into the realm of psychology. The series of acts that produce norms are determined, with respect to their material, personal, temporal and spatial validity, by the supraordinated dispositions that rule their creation. But the willful character of an act of norm production is not a legal feature and has no place within a pure description of law. As Kelsen puts it:

It is called a “pure” theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly law: Its aim is to free the science of law from alien elements. This is the methodological basis of the theory.<sup>76</sup>

According to this *dictum*, given that everything that is law is determined as an objective Ought, any psychological element falls outside its reach.

The conception of the legal norm as a function rules out any anthropomorphic interpretation because it does not make reference to the conscious activity of human beings. The functional concept

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 1.



of the legal norm as a logical form, a synthetic *a priori* rule or principle that binds together two conducts, that remains unaltered throughout the flux of variable human behavior that can be the content of norms, is also opposed to the introduction of any moral element into legal science. Thus, the *Sollen* (the category of imputation), is the expression of the progressive rule by means of which an authorized organ can attach a sanction to a certain conduct. In this process no moral value, judgement, ideal or obligation is involved. The Ought refers only to the form of judgement of the science of law.

This Neo-Kantian inspired conception of the legal norm is also at odds with some positivistic legal theories. The standard Kelsenian argument against these doctrines is that they violate the gap between what is the case and what should be the case. They commit the Humean natural fallacy when they try to derive and “ought” from an “is”. With the functional understanding of norms another criticism of positivist type doctrines opens up. Any characterization of the law in terms, for example, of plans for actions seems to be based on the method of abstraction, which is, as we saw in the first section, not apt for the job.<sup>77</sup> On the contrary, according to the Neo-Kantian/Kelsenian conceptual framework, scientific concepts are built in a functional mode. It is due to the fact that we already possess certain axioms or regulative principles that we can construe the content of the science of law, which is no other than legal norms. Hence, the *Sollen* is the *a priori* logical form of all possible norms, of the totality of legal experience.

The influence of Cassirer on Kelsen is twofold. On the one hand, both assume a dual perspective regarding the nature of scientific investigation. For the former,

[...] all knowledge contains a *static* and a *dynamic* motive, and only in their unification is its concept realized [...] There is no act of knowledge, which is not directed on some fixed content of relations as its real object

<sup>77</sup> In this way, Scott Shapiro holds that since the common element of all legal norms is to be a plan to solve coordination problems in order to achieve aims in moral contested contexts, norms are to be defined as plans or plan-like. See Shapiro, Scott J., *Legality* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2011).

MARIO GARCÍA BERGER

[ideal limit]; while, on the other hand, this content can only be verified and comprehended in acts of knowledge.<sup>78</sup>

So, the tasks of epistemology are to determine the form of these relations and how they are established. The first one is ontological, since it is prompted by the question what is knowledge. The second one is transcendental/methodological, it is directed to respond how is knowledge possible, what are the *a priori* conditions of any particular act of cognition. Kelsen holds that law can be characterized from a nomoestatic and a nomodynamic perspective. The science of law aims at describing the nature of legal norms and how they are created. The central notion of the former point of view is that of *Sollen*, while the core concept of the latter is that of empowerment (*Ermächtigung*). In a similar passage to the quoted from Cassirer, Kelsen affirms that legal theory has as its only purpose “to know and to describe its object. The theory attempts to answer the question what and how the law *is*, not how it ought to be”.<sup>79</sup> Nomoestatics has to do with the what-question, while nomodynamics deals with the how-question.

On the other hand, Kelsen employs Cassirer’s explanation of the history of scientific concepts in terms of a transition from a substantial to a functional conception, in his criticism of some tendencies in the science of law to transform what is only a function into a thing or substance. This happens when the state is defined as a psychosocial reality or “collective will”. This abbreviated formula expresses the coincident content of a plurality of individual wills, but it does not refer to an existent supraindividual will. In this way, what is a condition of a specific conduct of particular individuals becomes an autonomous entity, what is a function is transfigured, by means of a hypostasis, into a substance which assumes the role of the real subject of the conduct.<sup>80</sup> A similar process takes place when the state, as a normative coercive order of human behavior, is considered to be the

<sup>78</sup> Cassirer, *op. cit.*, pp. 315 and 316.

<sup>79</sup> Kelsen, *Pure Theory*, p. 1.

<sup>80</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del estado* (first published in German 1925, trans. L.L. Lacambra, Editora Nacional, 1965), p. 12.

individuals that coexist under this regulation instead of the order itself. Here again the attention is displaced from the ideal sphere of the order to the empirical realm of the individuals whose conducts constitute the content of the law. In other words, what is referred substitutes the reference, what is related is put in place of the relation. In sum, the function is abandoned for the substance.<sup>81</sup>

## V. CONCLUSIONS

The Neo-Kantian movement sought to apply the method of the transcendental deduction to the cultural sciences (*Kulturwissenschaften*). The *oeuvre* of Hermann Cohen is the best sample of this impetus. Kelsen himself saw his own theoretical edifice as the transcendental deduction of the *a priori* categories of the science of law. The pure theory of law is insufflated with the the same intention of desubstantialization and elimination of ontological dualisms as the Kantian and the Neo-Kantian philosophy, especially that of the Marburg school.

I argued that Kelsen's structure of the legal norm can be formulated in terms of a Cassirerian functional concept without losing explicative power. On the contrary, I think this interpretation fits better with the idea that the *Sollen* is the methodological form peculiar to legal science,<sup>82</sup> than the characterization of the legal norm as the objective meaning of an act of will.

I also established the influence that the Neo-Kantian description of the history of scientific concepts as a transition from a substantial to a functional conception, and the doctrine of the static/dynamic perspective on scientific knowledge, had on the pure theory and how they served to criticize, for example, the tendency in legal science to turn into substances what are only functions.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>82</sup> Stanley Paulson traces back the notion of methodological form to the work of the Baden Neo-Kantian Heinrich Rickert. See Paulson, Stanley L., "A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz" in Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP, 2012), p. 109.

MARIO GARCÍA BERGER

## VI. REFERENCES

- CASSIRER E., *Substance and Function. Einstein's Theory of Relativity* (first published in German 1910 and 1921, trans. by W.C. Swabey and M.C Swabey, Dover Publications, 1953).
- COHEN H., *Logik der reinen Erkenntnis* (Bruno Cassirer Verlag, 1922).
- GARCÍA BERGER, M., *La teoría kelseniana de la normatividad. Orígenes y actualidad* (Fontamara, 2014).
- KELSEN, H., *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat* (Scientia Verlag Aalen, 1962) 211-218.
- KELSEN, H., *Teoría general del estado* (first published in German 1925, trans. L.L. Lacambra, Editora Nacional, 1965).
- KELSEN, H., *Pure Theory of Law* (first published in German 1960, trans. M. Knight, The Lawbook Exchange, 2009).
- PAULSON, S. L., "Dos programas radicales de 'objetivización'. La influencia de Kant y los neokantianos en Hans Kelsen" in Castañeda, Felipe, Vicente Durán and Luis E. Hoyos (eds.), *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica* (Siglo del Hombre Editores) 243-277.
- PAULSON, S. L., "A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz", in Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP, 2012).
- SHAPIRO, S. J., *Legality* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2011).

## Educación para las diversidades; la vocación de la universidad, una plaza (*cité*) expuesta para la fuerza\*

### *A Cultural Education for Diversities Inclusion; University Vocation, a Siege Expose for Empowerment*

Lucía RAPHAEL\*\*

#### **Resumen:**

Este ensayo desarrolla el acercamiento entre las reflexiones de dos filósofos contemporáneos, Martha Nussbaum y Jaques Derrida, quienes encuentran en la educación y en la universidad las trincheras necesarias para regresar su lugar a las humanidades, comenzando por el derecho, pero no sólo su humanidad, sino su papel fundamental para la concientización y reappropriación de la dignidad que todo ser humano conlleva, y cuya realidad se está viendo menguada hasta su propia negación por el sistema político actual, reinante de manera global en el planeta, el cual lo conduce hacia su destrucción. Es una invitación a comprender la riqueza que implican las diversidades, las diferencias, las alteridades, y el compromiso que la universidad, desde su vocación primera, comprende desde la Edad Media de ser el espacio de todas las preguntas y también por qué no, de los silencios, y lo que se requiere es guardarlos. El derecho tiene la responsabilidad de reconocer en su razón de ser las aspiraciones del Siglo de las Luces, de libertad, de igualdad, de laicidad, y nos corresponde a nosotrxs como estudiantes de esta disciplina defender y entender los conceptos de un alto valor humanista, que lo exponen como defensor de la dignidad humana y como límite para el poder desmedido y a la intolerancia que lleva a la humanidad a la destrucción y al

\* Artículo recibido el 9 de enero de 2017 y aprobado para su publicación el 28 de julio de 2017.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinadora general del Laboratorio Nacional Diversidades. Agradezco el apoyo del LND UNAM CONACYT proyecto 282035.

LUCÍA RAPHAEL

odio del otro, de los desconocido, y nunca, ojalá fuera posible, lo contrario, como suele ocurrir.

### **Palabras clave:**

Diversidades, educación, universidad, humanidades, deconstrucción, género y ética del otro.

### **Abstract:**

*This essay relates the ideas of two contemporary philosophers: Martha Nussbaum and Jacques Derrida in their argument that Education and Universities provide the necessary arena to bring back the place of the Humanities in education, starting with the Law and its fundamental roll to raise people's consciousness and the reappropriation of human dignity, dignity that has been diminished up to the point of negation by contemporary political systems who govern the global world up until its destruction. It is indeed an invitation to understand the richness that diversities, alterities and differences imply and the place Universities have had since the Middle Age of being appropriate spaces to discuss all possible questions and why not—as Derrida claims—the place of silence if that is what we need or where we want to kept them. Law has the responsibility to acknowledged in its reason being the aspirations of the “Siècle des Lumières”: Freedom, Equality, Laicity, and how we the followers of this discipline need to defend and understand the concepts of this humanist value that makes Law a defender of human dignity and defender against unlimited power and intolerance that only annihilates humanity.*

### **Keywords:**

*Diversities, education, universities, humanities, deconstruction, gender, alterities.*

EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

SUMARIO I. *La ética del otro, una necesidad urgente para un futuro posible.* II. *Asumir la responsabilidad de los propios actos: “El cónotete a ti mismo” (del Frontispicio de Delfos) implica respetar y valorar la diferencia del “otrx”.* III. *¿Desde dónde reflexionar la ciudadanía para construir una sociedad más democrática?* IV. *Referencias bibliográficas.*

I. LA ÉTICA DEL OTRO, UNA NECESIDAD URGENTE  
PARA UN FUTURO POSIBLE

La historia del pensamiento occidental, así como los avances que desde la Ilustración y la modernidad, y posteriormente la posmodernidad, se habían logrado relativamente en favor del respeto de las alteridades,<sup>1</sup> la valoración de las diversidades, la capacidad de los seres humanos para reconocer las diferencias como riquezas, han sufrido un cambio de dirección en el péndulo de la historia hacia el endurecimiento de una mirada provinciana, androcéntrica, ignorante; azuzada por el miedo que esta misma ignorancia provoca. De tal manera que, ante la urgencia de confrontar y sensibilizar sobre

<sup>1</sup> “Alteridad y Diferencia. Se dice de una condición que marca la relación con los otros (saberes, grupos o individuos, humanos o animales, cosas y estados de cosas), y que precisa lo considerado como diferente. Toma también la forma de un trabajo de la diferencia que interviniendo en la constitución de subjetividades, en la formación de las identidades histórico-sociales abre la conformación identitaria a los avatares del tiempo y de las circunstancias (materiales, pasionales y políticas). Además se hace uso frecuente de la noción de alteridad en la instancia de los devenires al interior de los saberes, los argumentos y el intercambio verbal en los espacios públicos mostrando su carácter provisional a través de sus empleos en el debate, la controversia, la decisión colectiva, la demanda. En ambas instancias la alteridad opera sobre las formas de exclusión que son constitutivas de los grupos, individuos y subjetividades visibilizando las relaciones de dominio que las estructuran y les dan sentido, transformando la reproducción mecánica de la subordinación en nuevas relaciones no dirigida al dominio”; Martínez de la Escalera, Ana María, en Martínez de la Escalera, Ana María y Lindig Cisneros, Erika (coords.), *Alteridad y exclusiones, lenguaje para el debate social y político*, Ciudad de México, UNAM, Facultad de Filosofía, 2013, pp. 8 y 9, consultado en: [http://ru.ffyl.unam.mx/bitstream/handle/10391/4224/Mart%C3%ADnez\\_de\\_la\\_Escalera\\_Lindig\\_Alteridad\\_y\\_Exc\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ru.ffyl.unam.mx/bitstream/handle/10391/4224/Mart%C3%ADnez_de_la_Escalera_Lindig_Alteridad_y_Exc_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

LUCÍA RAPHAEL

los alcances destructivos que la xenofobia, la misoginia, la homofobia/transfobia y todas las posturas discriminatorias y excluyentes provocan, así como la manera en que enceguecen a una sociedad cada vez más “narcisizada”,<sup>2</sup> controlada por lo que la filósofa norteamericana Martha Nussbaum llama “el choque de civilizaciones dentro de cada persona”, se plantea la necesidad de buscar en la universidad, en la educación, espacios de reflexión que permitan pensar y re-pensar juntos;<sup>3</sup> desde las humanidades y las artes, el trabajo fundamental, cotidiano, que representa la capacidad de entender y desarrollar el respeto por los demás, por dichas “alteridades”, como una ética-estética (Michel de Montaigne) fundamentales para la sobrevivencia humana y nuestra evolución como especie, y nunca más, sólo a favor de la técnica, en detrimento de nosotrxs en tanto seres humanos, o a favor de una reinstauración de privilegios de una minoría dominante.

Esta mirada crítica encuentra su espacio natural, más que en otras disciplinas, en las humanidades, como explica el filósofo francés Jacques Derrida en su libro *La universidad sin condición*.<sup>4</sup> En ellas, comenzando por el derecho, se han gestado conceptos fundamentales, como los “derechos humanos” o los “crímenes contra la humanidad”, que tienen como posición y como contraposición, en ese orden, la apertura al respeto, a la inclusión, al reconocimiento del valor y la riqueza de las diversidades, de las diferencias, que encontramos en el derecho internacional como acuerdos imprescindibles, cuyo resultado es la experiencia vivida, a lo largo de la historia humana, en la que hemos constatado nuestra insoportable y ruin “capacidad” de destruir lo mejor de nosotrxs mismxs, de destruirnos entre nosotrxs. Por eso, autores como Martha Nussbaum o Jacques Derrida —entre otros— han hecho, cada uno en su mo-

<sup>2</sup> Hurni, Maurice y Stoll, Giovanna, *L'Haine de l'amour; la perversion du lien*, L'Harmattan, 1996.

<sup>3</sup> En coherencia con el lenguaje incluyente, que pide que desde la lengua se genere una forma de nombrar en la que las diversidades no se sientan excluidas, elijo la “x” en los momentos que el género se marca, para mencionar a ambos géneros al mismo tiempo.

<sup>4</sup> Derrida, Jacques, *Universidad sin condición*, París, Editions Galilee, 2001; Madrid, Trotta, 2002.



mento, un análisis fundamental de la importancia que tiene la educación y el rol de la universidad para apostar por esa otra forma de humanidad a la que el pensamiento de las “Luces” aspiraba desde su conformación. Y que, como todos sabemos, se separó de los objetivos de la modernidad, arrebatando a sus fines más elevados, dando paso a una “civilización” que, a golpe de centrarse en la razón por la razón misma, el desarrollo industrial, tecnológico, económico, con una mirada conservadora, neoliberal y capitalista, termina por acercarse dramáticamente a la reivindicación de los privilegios que, momentos culmen de la modernidad —como la Revolución francesa—, tuvieron como fin erradicar. Es desde esta perspectiva crítica que Nussbaum, desde la educación, y Derrida, desde la universidad (que son una misma cosa en un punto), encuentran en otra forma de pensar, de proponer, de “de-construir” ambos conceptos analizados, una promesa de “a-venir” (por-venir) (Derrida), haciendo de ambos espacios y conceptos no sólo las trincheras de defensa de los seres humanos que conformamos esta sociedad en franco declive, sino la apuesta de resistencia desde otra forma de pensar al individuo y a la ciudadanía para una sociedad incluyente, desde una relación con el conocimiento hacia el infinito y no hacia el totalitarismo, escribiría Emmanuel Levinas en su libro que lleva este título.<sup>5</sup>

Nussbaum y Derrida apuestan desde sus diversas perspectivas por la recuperación de una mirada distinta de la educación, para no caer en lo que la filósofa norteamericana expone como máquinas especializadas para hacer una sola cosa; es por ello que la educación debe seguir estando impregnada y atravesada por la filosofía, la literatura, la ética, la historia, las ciencias sociales... ¡el arte! Haciendo de la educación un espacio que da la posibilidad de poner en cuestión los conceptos que le dan sustento a las humanidades, para permitir el flujo humano de una mirada, más que humanista, humana. La idea de romper con la estructura patriarcal, tradicionalista, jerarquizada, marcada por los valores viriles del honor, del poder, de la posesión, del prestigio, de la cosificación de las mujeres como trofeos o estrellas de la solapa de los miembros del *establishment* y ex-

<sup>5</sup> Levinas, Emmanuel, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, París, Biblos Essai, Livre de Poche, 1961.

LUCÍA RAPHAEL

cluidas de los espacios de educación superior durante muchos años. La apuesta entonces es otra forma de educación para otra forma de sociedad y de cultura. De esta reflexión, que vengo trabajando desde mi tesis doctoral a través del trabajo de Virginia Woolf en su libro *Tres guineas*,<sup>6</sup> sólo dejo la imagen de una hoguera en la que se quemarían los muros y ventanas de las universidades construidas para el poder y el prestigio a favor de otra forma de enseñanza que incluyera a las mujeres desde una relación con el conocimiento más libre (reflexión que tejeré en un artículo posterior, pero que en lo personal ha contribuido sustancialmente a la integración de este cruce de ideas).

Recientemente fui invitada a participar a un foro sobre la construcción de la ciudadanía, en una mesa que planteaba “¿Cómo construir mejores electores?”. Mi participación se centró en el error que, considero, consiste en reducir hoy en día a los seres humanos, ya sea a sólo “electores”, limitando la democracia al simple hecho de “tener una credencial y de votar”, o a “consumidores”, reduciendo nuestros derechos a la protección en cierto ámbito de consumo, dejando los derechos fundamentales en el éter. Estas reducciones exponen claramente el lugar que se le está dando a los seres humanos en esta sociedad neoliberal, gobernada por programas, como los actuales, que definen la educación, también en México, en el sentido de “formadora” de piezas de una cadena de producción, como la que menciona Nussbaum y que, como explica Derrida, expone a la universidad a situaciones de dependencia, dando a las empresas privadas un poder de determinación de los programas y proyectos de investigación, abriéndoles la posibilidad de “patrocinar” la educación (y la política también), lo que les da el poder de definir los objetivos, fines y valores de la universidades desde las necesidades del mercado, sin entender que la universidad debe mantenerse como espacio de resistencia frente a los totalitarismos, los intereses económicos y la “basurización de los cuerpos”,<sup>7</sup> así como de los seres

<sup>6</sup> Woolf, Virginia, *Tres guineas*, Barcelona, Ed. Lumen, 1999.

<sup>7</sup> Adyani Martínez, Laksmi y Monroy Álvarez, Roberto, “La basurización de los cuerpos, nuevas maneras de violencia en Morelos”, en Peña González, Rodrigo y Ramírez Pérez, Ariel, *Atlas de la seguridad y violencia en Morelos, versión 2015*, pp.

EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

humanos. Reducirnos a máquinas especializadas en una sola capacidad conlleva encerrarnos en una mirada única, alimentada por valores conservadores, que conducen al desconocimiento del “otro como otro”, a la exclusión, a la discriminación como sistema de interrelación, a la incapacidad auto-crítica y crítica de la realidad, generando crisis que, aunadas a las económicas, agudizan la deshumanización.

Nussbaum explica el fenómeno que se da al interior de las sociedades, como al interior de las personas, y lo define como

[un] choque interno [que] se puede encontrar en todas las sociedades modernas, en diferentes formas, ya que todas contienen luchas por la inclusión y la igualdad, ya esté en el centro neurálgico de estas luchas en los debates sobre la inmigración, o en la reconciliación de las minorías

120-130. El concepto de basurización de los cuerpos se utiliza de manera reiterada en el análisis de la realidad de los seres humanos en situaciones de violencia y desaparición en el territorio nacional, y su origen es identificable en el trabajo que se realiza con el seminario “Figuras de la exclusión en el discurso político y filosófico”, perteneciente a la Facultad de Humanidades de la UAEM, el cual parte, según explican los autores, de lo que Rodrigo Mier analiza en su trabajo de investigación “Los desechables de la tierra”. El argumento del que parte este trabajo es que en la más reciente modernidad se ha producido un discurso que confunde el tratamiento del cadáver humano con los desechos sólidos, y de esta manera el cuerpo humano ha pasado a ser un elemento que se dispone junto a la basura. Las preguntas sobre este tratamiento pueden plantearse de la siguiente manera: ¿qué sucede al disponer los cuerpos como si fueran los desechos de nuestra sociedad?, ¿de quienes son los cuerpos a los que se les da este tratamiento?, ¿qué se lee al mirar las imágenes que reproducen este discurso o al mirar los cuerpos convertidos en restos de lo humano? Monroy y Adyani exponen las reflexiones sobre la violencia, los cadáveres, la basura y la imagen en distintos campos (periodísticos, artísticos, políticos y literarios), y que tiene como objetivo analizar como se produce la idea del cuerpo como un desecho. Pero en los estudios de las ciencias sociales este concepto se ha extendido a un reacomodo discursivo que ha producido la idea de que el humano es considerado como *desechable*, como basura. Podremos entender esta idea de dos maneras: por un lado, están todos los que son prescindibles, borrrables, eliminables, marginales a partir de la reconfiguración económica del actual sistema político: los migrantes, los pobres, los viejos, las mujeres, los indígenas, los desempleados, estos seres humanos que no consumen, que no son sujetos de crédito, y por lo tanto prescindibles para el denominado *progreso*.

LUCÍA RAPHAEL

religiosas, raciales y étnicas, o en la igualdad de género, o en la discriminación positiva...<sup>8</sup>

Explica cómo este “choque interno” no sólo se da al interior de las sociedades, y el encuentro entre sus diferencias, las cuales aparecen en todas las culturas, está en el origen de conceptos como la tolerancia, la laicidad, la libertad de pensamiento, de enseñanza. En el mismo sentido, desarrolla cómo al interior de cada ser humano se da un choque que se desata entre las que Nussbaum llama “fuerzas de la personalidad”, y que en el día a día de la convivencia humana, estas “fuerzas de la personalidad que se oponen a la reciprocidad democrática y al respeto, [las cuales] militan contra el reconocimiento mutuo...”, se manifiestan de manera cada vez más desenfrenada, y responden a características generales de los seres humanos que pueden llevarnos a sacar lo peor de nosotros mismos.

Para la comprensión de este análisis, la filósofa expone algunos de estos rasgos humanos que devienen disfunciones; por ejemplo, escribe la filósofa: “sabemos que la gente tiene un alto nivel de respeto por la autoridad”, hasta llegar a comportarnos como borregos ante una orden, y expone cómo se ha demostrado científicamente que los individuos, bajo ciertas condiciones, somos capaces de ir en contra de lo que nuestros propios sentidos nos gritan, cuando el resto del grupo a nuestro alrededor se comporta de una manera negativa, mostrando un “servilismo inusual de los seres humanos normales, frente a la presión de grupo”. Lo que toca de muchas maneras a aquello que la filósofa alemana Hannah Arendt refiere como “la banalización del mal” (en términos muy generales, me refiero a la explicación que hace Arendt cuando expone cómo muchos de los nazis se justificaron frente a sí mismos bajo la idea de que, al formar parte de una maquinaria que impone tareas, esto permitiera al individuo eludir la responsabilidad ética de asumir su parte, por el solo hecho de considerar “que está cumpliendo con su deber”); también comprende lo que Nussbaum refiere sobre experimentos realizados en diversos momentos del siglo XX, en los que se demostró que “personas de apa-

<sup>8</sup> Nussbaum, Martha, “El duro discurso de MN sobre el futuro de la educación mundial”, *El Heraldo*, Colombia, 13 de diciembre del 2015, p. 8.

riencia normal están dispuestas a involucrarse en comportamientos que humillen y estigmaticen si su situación está configurada de una manera determinada, poniéndolos en un papel dominante y mostrándoles que los otros son sus inferiores”.

Me refiero al ensayo experimental realizado en 1963 por Stanley Milgram, psicólogo norteamericano, al que intituló “Estudio comportamental de la obediencia”;<sup>9</sup> Nussbaum recurre a lo largo de su texto al trabajo de algunos psicólogos que muestran esta incapacidad de los seres humanos de romper con el comportamiento en masa, a pesar de ir en contra de su propia consciencia, fundiéndose en la manada. En el libro que presenta Milgram sus conclusiones, analiza el comportamiento de sujetos aleatoriamente escogidos, sometidos a situaciones en las que se les ordenaba causar daño a otra persona. Los resultados fueron escalofriantes, llegando en algunos casos un 93% de sujetos capaces de infligir el nivel máximo de dolor, aun a sabiendas de que podría causar la muerte del receptor de las descargas eléctricas. Con estos estudios ha sido posible demostrar que las atrocidades como las nazis no sólo pueden ser realizadas por psicópatas, sino que en un entorno y condiciones “propicias”, un gran porcentaje de personas ceden ante la necesidad de obediencia y autoridad. Milgram demuestra cómo todos los seres humanos expuestos a ciertas relaciones de poder y de dominación seríamos capaces de las peores atrocidades, como lo corrobora Nussbaum. Debemos comprender de qué manera deviene esencial una educación que permita a los seres humanos conectar y desarrollar su propia consciencia y asumir la responsabilidad de sus propias decisiones, para saber que de lo que la educación misma se trata, tanto en el seno familiar, en el espacio de lo privado, como en el espacio de lo público, es que cada estudiante pueda desarrollar una noción ética de la responsabilidad del otro, de cara a sí mismo; esto muestran Milgram y sus colegas, así como lo desarrolla Nussbaum en sus ensayos.

En México, hemos podido observar dos tipos de comportamientos que van en el sentido de una renuncia a la propia responsabilidad y a

<sup>9</sup> Milgram Stanley, “Behavioral study of obedience”, *J. Abnormal Soc. Psychol.* Yale University, New Haven, CT, 1963, 67:371-8.

LUCÍA RAPHAEL

la ética del otro que los autores e investigadores plantean; el primero, que no es tema de estudio directo de este ensayo, es el relacionado con la exponenciación de la violencia que surge de las relaciones desiguales de poder, de la desigualdad profunda y asesina en términos sociales y económicos, y de la arraigada cultura misógina y discriminadora que vuelve a las mujeres de una sociedad el blanco y chivo expiatorio de las frustraciones y resentimientos, por el solo hecho de ser mujeres; porque los hombres “pueden hacerlo” simplemente, porque no se ha entendido cómo toda una visión de la cultura construida a partir de la idea de que el hombre es el centro del universo, implica una licencia tácita para matar a las mujeres, como objetos de uso para esos fines, y a disponer del resto de las especies que habitan el planeta.

La otra, que en mi opinión, así como de muchas estudiosas de las relaciones de género, también está al origen de estas realidades. Esta forma de violencia más velada a primera vista y que está directamente relacionada con la cultura de roles, que hoy por hoy se ha vuelto de manera dramática una bandera de la sociedad conservadora, con una fuerte tendencia regresiva hacia el racismo, a la búsqueda irracional de recuperación de privilegios relacionados en el pasado a ciertos grupos dominantes (clasismo, elitismo, supremacía blanca, etcétera), en detrimento de la mayoría; a la concentración de la riqueza ahora con dimensiones globales (neoliberalismo conservador); al desmantelamiento de los derechos humanos (totalitarismo); al rechazo a las diversidades, las diferencias; a la alteridad (discriminación y exclusión), lo que conlleva a la “construcción del enemigo”, en “el otro”, diferente o desconocido.

Todo esto corresponde a un proyecto de nación (que comparte el sistema global económico que gobierna) que ha tendido a intentar desaparecer las humanidades, las artes, la filosofía, entre otras, de la currícula general en la educación a nivel mundial y, como lo exponen Nussbaum y Derrida, están siendo borradas de manera radical, mientras que hoy por hoy devienen espacios de reflexión fundamentales para poner el punto sobre las “íes” en el ámbito universitario, ya que la apuesta por el mercado, por encima de los seres humanos, sigue arrebatando a las personas los elementos de referencia, las

EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

pautas y el aprendizaje necesarios para un desarrollo humano ético, indispensable para la conformación de democracias estables y fluidas, posibles.

II. ASUMIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIOS ACTOS:  
“EL CONÓCETE A TI MISMO” (DEL FRONTISPICIO DE DELFOS)  
IMPLICA RESPETAR Y VALORAR LA DIFERENCIA DEL “OTRX”

Es por eso que es crucial repensar la educación, las políticas públicas, la ética, a partir de un pensamiento crítico, con los elementos necesarios para la formación de una buena ciudadanía en una sociedad que tiene que saber luchar por el desarrollo humano, con la presencia de personas que difieren según sus sexualidades, género, identidad, etnia, religión y las múltiples y diversas divisiones políticas y diversidades todas. Como lo afirma Nussbaum:

Solo tendremos la oportunidad de un diálogo adecuado que atraviese fronteras si los ciudadanos jóvenes saben cómo participar en el diálogo y la deliberación en primer lugar. Y solo sabrán cómo hacerlo si aprenden a examinarse a sí mismos y a pensar en las razones por las que son proclives a apoyar una causa y no otra.<sup>10</sup>

Necesitamos una educación que provea a la sociedad de elementos de análisis, que nos permita valorar las diferencias de pensamiento religiosas, culturales, identitarias, sexuales, de género..., como riquezas de igual valor que las propias, a través del aprendizaje, desde la argumentación y el diálogo, en busca de puntos en común, y de la comprensión de lo que lleva al “otro”/ “la otra” a pensar como lo hace, sin sentirse descalificados por no ser ni pensar lo mismo. “El otro es la muerte, pero también, el rostro del otro es el no matarás”,<sup>11</sup> escribe Emmanuel Levinas, lo que significa que entender la diferencia de la persona que tenemos enfrente lo humaniza frente a mi mirada, y me humaniza a mí mismx frente a esx otrx, lo que nos permite encontrar incluso los puntos comunes y las coincidencias.

<sup>10</sup> Nussbaum, *op. cit.*, p. 8.

<sup>11</sup> Levinas, Emmanuel, *op. cit.*, p. III.



LUCÍA RAPHAEL

Como ya dijimos, la apuesta en la educación a nivel mundial está siendo definida por proyectos nacionales marcados por el lucro de las naciones y el grave riesgo, como la filósofa indica en su discurso:

...si esta tendencia continúa, las naciones de todo el mundo pronto estarán produciendo generaciones de máquinas útiles en lugar de ciudadanos completos que puedan pensar por sí mismos, criticar la tradición y entender el significado de los sufrimientos y logros de otra persona.<sup>12</sup>

Las humanidades y las artes, como ya lo dijimos, son percibidas por los políticos neoliberales como adornos inútiles, frente a las metas de competitividad en el mercado global. Al desaparecerlas de los planes de estudio, al arrebatar el contacto de los seres humanos con estos conocimientos esenciales, también están siendo borrados de las mentes y de los corazones de los alumnos, que serán padres, y de sus hijos; es decir, de todos aquellos “que están por venir” (Jacques Derrida).

Estoy convencida de que es únicamente a partir de una mirada crítica y propositiva, un cruce de miradas transdisciplinaria (como lo es la perspectiva de género), que se puede aspirar hacia un cambio posible, entendiendo que para poder revertir este proceso regresivo y mortal urge trabajar en varias pistas y, al mismo tiempo, es indispensable entender la vocación de espacios como la universidad, la importancia de recuperar su vocación formadora y social, como lo plantea Jacques Derrida:

Entendamos por “universidad moderna” aquella cuyo modelo europeo, tras una rica y compleja historia medieval, se ha tornado predominante, ...desde hace dos siglos, en unos Estados de tipo democrático. Dicha Universidad exige y se le debería reconocer en principio, además de lo que se denomina la libertad académica, una libertad incondicional de cuestionamiento y de proposición, e incluso, más aún si cabe, el derecho de decir públicamente todo lo que exigen una investigación, un saber y un pensamiento de la verdad... La universidad hace profesión

<sup>12</sup> Nussbaum, *op. cit.*, p. 8.



EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

de la verdad. Declara, promete un compromiso sin límite para con la verdad.<sup>13, 14</sup>

Derrida plantea la obligación que surge de esta vocación centrándola en las humanidades; una incondicionalidad que explica en dos niveles: en una “profesión de fe” que se plantea, por un lado, la incondicionalidad frente a la verdad como posibilidad de decirlo todo “o guardar silencios, si así se quiere”; también es parte de la verdad, pero con el derecho y la libertad de elegir y poder decirlo (o callarlo), una fuerza y una “potencia”,<sup>15</sup> que radica en esa idea de “verdad” vinculada a la Ilustración, que ha estado vinculada desde sus orígenes “con la del [ser humano]:<sup>16</sup>

...aquel [ser humano] que fundó al Humanismo y la idea histórica de las Humanidades. Hoy en día la declaración renovada y reelaborada de “Los Derechos [humanos]” (1948) y la institución del concepto jurídico de “Crimen contra la humanidad” (1945) forman el horizonte de la mundialización y del derecho internacional que, se supone, cuida de ella

<sup>13</sup> Derrida Jacques, *Universidad sin condición*, cit., pp. 9 y 10.

<sup>14</sup> Me refiero a la misma nota que alude al pie de página anterior a esta y me permito hacer una segunda consecutiva porque considero importante acotar que aunque coincido con la postura crítica de la “decolonialidad”, en el sentido de dar el lugar que merece a la investigación, la reflexión y el pensamiento latinoamericano, este texto de Derrida muestra cómo es imposible entender los alcances y la riqueza de las propuestas y nuevos conceptos que vienen de la “decolonialidad”, sin entender la riqueza que nos aporta y nos ha aportado el pensamiento occidental. La invitación de Derrida a una “universidad sin condición”, el análisis de lo que significa la universidad desde su creación en una época europea y medieval, el rescate de las humanidades y a la ilustración de lo que hoy se plantea como parámetro a seguir de la mayoría de las universidades en el mundo, sería perfectamente aceptado y aplaudido por los estudiosos de la “decolonialidad” si no tuviera ese contexto europeo. Es por ello que no entro en la discusión crítica que quitaría comprensión y fuerza a la propuesta del escritor franco-argelino, de la deconstrucción hacia unas “Nuevas humanidades”. Pienso que todo pensamiento que excluye, aunque sea desde los márgenes, termina por caer en lo mismo que denuncia.

<sup>15</sup> Así traduce el término de *empowerment* del inglés, la escritora Isabel Vericat, dando toda su dimensión al término que en español se ha mal traducido como empoderamiento.

<sup>16</sup> En el texto original, Derrida habla del hombre; yo me permitiré a lo largo de esta reflexión cambiarlo a “ser humano”.

LUCÍA RAPHAEL

(Conservo —explica el filósofo— la palabra “mundialización” en lugar de “globalización” o “Globalisierung”, y explica su elección del término “mundo”, porque para la dicha “mundialización quiere ser, por consiguiente, una humanización”).<sup>17</sup>

Derrida le da al derecho una tarea fundamental entre las humanidades, y al mismo tiempo insiste en la necesidad de no quedar atrapadxs por nociones cerradas, contrarias a los que las humanidades proponen, y explica cómo dicho concepto [de ser humano] es indispensable, y su complejidad no permitiría discutir ni reflexionar sobre sí mismo como tal “y sin condición”, “sin presuposiciones”, más que dentro de las humanidades.

La segunda parte del doble valor de “la incondicionalidad” de la universidad como concepto ligado al ser humano radica precisamente en su intangibilidad, en su carácter de “no existencia”, asimilándola a la soberanía como concepto (únicamente en el valor abstracto que le otorgamos en tanto valor compartido, de donde viene la fuerza de ambos conceptos, me parece). “La universidad sin condición” es, por un lado, un “lugar de discusión in-condicional y sin presupuesto alguno, su espacio legítimo de trabajo y de reelaboración, en la universidad y, dentro de ella, con especial relevancia, en las Humanidades...”, cuya vocación es encontrar el mejor acceso a un nuevo espacio público transformado por unas nuevas técnicas de comunicación, de información, de archivación y de producción de saberes [es].

Es por ello que la universidad es, o debe ser, punta de lanza en la defensa de la pluralidad, como su misma vocación lo define, porque mientras más pluralidad hay en sus espacios, en sus reflexiones y en las diversas formas de generación de conocimiento y de relación con el mismo, no sólo puede asumir de mejor manera su vocación de resistencia frente a los totalitarismos, sino que le permite ser “el caldo de caldos de cultivo” necesarios para la propagación, multiplicación y posibilitación de formas más reales de democracia, de ciudadanía, en la apuesta de un país tan complejo como México, el cual se empantana todavía y cada día más, en la negación radical de dejar

<sup>17</sup> Derrida, *op. cit.*, p. 12.

de lado sus mecanismos de poder y de privilegio, sin ver las posibilidades que espacios marginales y espacios de resistencia —como plantea Derrida que debe ser la universidad— ofrecen.

La belleza de una perspectiva filosófica y también literaria, como suele ser la de Derrida, nos permite entender cómo la promesa de conceptos como “verdad”, “universidad”, “resistencia”, acordes a su origen humano y humanista, no pueden ni deben ser nunca determinados de una manera concreta, absoluta, limitada, porque de su capacidad porosa e inasible, como las grandes ideas de la humanidad, depende su fuerza y su carácter, no sólo de posibilidad, de futuro, sino de diversidad. Es por ello que Derrida considera —de manera muy esperanzadora a mi parecer— que “...el horizonte de la verdad o de lo propio del [ser humano] no es, ciertamente un límite muy determinable. Pero tampoco lo es el de la universidad y las Humanidades”.<sup>18</sup>

Al inicio de su texto, Derrida aclara que su propuesta de una “universidad sin condición” no es una tesis, ni aspira a otra cosa que no sea “una profesión de fe”, y lo plantea desde una perspectiva que nos permite entender que la universidad de alguna manera es siempre un concepto aspiracional, en la mejor de las formas, como lo son los principios del derecho o la ética. Y es esperanzador porque nos damos cuenta que dentro de lo que soñamos como universidad, hoy mismo, ayer, en la época de Vasconcelos, en el 68 de la revolución sexual, social y feminista, como en los noventa, de grandes cambios conceptuales en las humanidades, hemos sido coherentes y al mismo tiempo incoherentes con su incondicionalidad; nos hemos vendido, mientras nos hemos resistido, hemos abierto las puertas a conceptos ajenos y a veces contrarios, pero eso no determina a nuestra universidad, primero que nada porque, como explica el escritor:

Esta “universidad sin condición” no existe, de hecho, como demasiado bien los sabemos. Pero, en principio y de acuerdo con su vocación declarada, en virtud de su esencia profesada, ésta debería seguir siendo un último lugar de resistencia crítica —y más que crítica— frente a todos los poderes de apropiación dogmáticos e injustos.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

LUCÍA RAPHAEL

Pero dentro de esta conciencia de la incoherencia de un proyecto que termina siempre aspirando a devenir aquello para lo que fue pensado desde los más altos ideales, Derrida plantea desde su “deconstrucción”<sup>20</sup> una apuesta por las “Nuevas humanidades”, que se conecta con los puntos que Nussbaum propone para una educación pensada para alcanzar una democracia posible, y cuyas coincidencias y similitudes hacen más apasionante la apuesta. Uno de los puntos que desde mi lectura dan pauta para otras formas distintas de pensar la educación, desde esta transdisciplina con perspectiva de género que planteo desde el principio, es que esto que él llama “principio de resistencia incondicional” es realmente un derecho que la universidad misma “debe reflejar, inventar y plantear, —y él habla curiosamente de las facultades de derecho, y yo sumaría necesariamente en el contexto que hablo, a los institutos de jurídicas—. Luego, da un salto: “a las Humanidades, capaces de hacerse cargo de las tareas de deconstrucción comenzando por la historia de sus propios axiomas”.<sup>21</sup> En el mismo texto en donde expone la importancia de las humanidades para esta mirada de la educación, en donde subraya la importancia del derecho para éstas y para la apuesta de una educa-

<sup>20</sup> La “Teoría de la Deconstrucción” se enmarca en el posestructuralismo y toca a la tradición misma, y con ella se lleva a cabo también una deconstrucción del pensamiento y de nuestra historia. Se trata de analizar y repensar los grandes textos de la tradición occidental, permitiendo otra mirada sobre el mundo y sobre la vida misma. A partir de ella surge un análisis sobre el mundo y sobre la vida misma tomando como referente una triple temporalidad: el pasado, el presente y el “a-venir”, éste entendido como aquello que todavía “está por venir”. Con esta distinción, Derrida opone la noción de “futuro” frente a lo que puede ser previsible o calculable. Hablamos de la memoria de esta tradición, a la que Derrida prefiere referirse como “una discusión apasionada con la memoria misma”; Derrida parte de “falocentrismo”, o hablando desde la perspectiva de símbolos y de ideologías: “falocentrismo” para explicar la cultura patriarcal, así como el pensamiento occidental: *Una marca estructural del discurso filosófico que ha prevalecido en la tradición. La Deconstrucción pasa ante todo por ahí. Todo tiene que ver con ello.* Dely, Carol y Derrida, Jacques, “Le peut-être d’une venue de l’autre-femme, la déconstruction du phallogocentrisme du duel au duo”, *Revue électronique internationale, International Web Journal*, París, [www.sens-public.org](http://www.sens-public.org). ublication de l’article en ligne : 2006/06 – 2007/10 (réédition), p. 4.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 13.

ción distinta, plantea dos conceptos que el derecho dio a las humanidades desde el ámbito internacional y que hoy son fundamentales para definir la defensa de las diversidades; la comprensión de su existencia, de su origen, la vinculación que tienen las humanidades con esa búsqueda —espero que eternamente incansable— por rescatar los derechos humanos de los intereses y visiones del poder, de sus discursos huecos, de la reapropiación de conceptos como éste y, como menciono anteriormente, el fundamental concepto de los “Crímenes contra la humanidad”; conceptos de una importancia social y ética fundamentales que desgraciadamente, sobre todo el primero (los derechos humanos), han sido desvinculados de sus nociones fundadoras y desvirtuados hasta tergiversarlos o adelgazar las instancias que los protegen. Un ejemplo es lo que ha pasado con las derechas católicas, que no recuerdan que en el origen de los derechos humanos (como en el origen de los estudios feministas y de género) los satanizaron, los rechazaron e intentaron desvirtuarlos, y ahora invocan el concepto sin entender cuál es la profundidad y vocación de un pensamiento, que entiende que la exclusión y la negación de la libertad y la autonomía de “la/el otro” es un pensamiento asesino, es un pensamiento suicida. Es nuestra obligación, como estudiosxs de estos derechos, hacer que sea un concepto cada vez menos aspiracional o limitado, a quienes tenemos el privilegio de vivirlos como posibles, pero cuyo valor no tiene un sentido real, mientras sea una falacia para la mayoría de las poblaciones diversas (comenzando por los 50 millones de mexicanxs que viven en pobreza absoluta), porque mientras estas realidades sean así de extremas, los derechos humanos no cumplen con su vocación de “humanidad”.

Pero la sola idea de contar con un espacio de resistencia, comenzando e incluyendo al derecho, me regresa a la convicción de este “otro derecho” - “un nuevo derecho” que si propone “unas nuevas humanidades...”. “Un nuevo derecho” atravesado por la transdisciplina y, como lo he expuesto en otros artículos,<sup>22</sup> atravesado por

<sup>22</sup> Raphael, Lucía, *Género y literatura hacia una perspectiva otra del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015; Raphael, Lucía y Priego, María Teresa (coords.), *Arte, justicia y género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2015.

LUCÍA RAPHAEL

las artes, para que, como parte de su vocación de escena de teatro, cumpla con su creatividad ficcional, con el compromiso con nuevas narrativas (como las glosas romanas en su origen) y estrategias para evitar siempre, a toda costa, el advenimiento de tantos crímenes contra la humanidad que, en nuestro país, comienzan a ser escenario cotidiano y que no podemos permitir. El derecho, como parte de la universidad, debería, como escribe Derrida, “ser también el lugar en que nada está resguardado de ser cuestionado, ni siquiera la figura actual y determinada de la democracia: ni siquiera tampoco la idea tradicional de crítica, como crítica teórica, ni siquiera la autoridad de la forma «cuestión», del pensamiento como «cuestionamiento»...”<sup>23</sup>

La invitación queda en el derecho, pero regresa por vocación e historia a las humanidades, y por lo tanto tiene las herramientas necesarias para poder sumarse a esa universidad sin condición, en la que, afirma el filósofo francés, podemos apelar a ella, apelando al “derecho primordial a decirlo todo, aunque sea como ficción y experimentación del saber, y el derecho a decirlo públicamente, a publicarlo. Esta referencia al espacio público seguirá siendo el vínculo de filiación de las nuevas Humanidades con la época de las «Luces»”.

Y vuelvo a repetirlo porque me parece fundamental, incluso para aquellxs que de un momento a otro dejan de creer en la “potencia”<sup>24</sup> de la universidad frente a la decepción o las jerarquías que se rigen en su interior; Derrida lo dice de manera clara y sin lugar a dudas:

...la fuerza invencible de la universidad, aquella nunca ha sido, de hecho, efectiva. Debido a esa invencibilidad abstracta e hiperbólica, debido a su imposibilidad misma, esta incondicionalidad muestra asimismo una debilidad o una vulnerabilidad. Exhibe la impotencia de la universidad, la fragilidad de sus defensas frente a todos los poderes que la rigen, la sitian y tratan de apropiársela. Porque es ajena al poder, porque es heterogénea al principio de poder, la universidad carece también de poder propio. Por eso, hablamos aquí de la universidad sin condición.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Derrida, *op. cit.*

<sup>24</sup> *Empowerment, Vericat dixit.*

<sup>25</sup> Derrida, *op. cit.*

EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

La mirada de Derrida nos permite entender la manera en que es desde la comunidad misma que se construye y se consolida la fuerza de la universidad; no es través de rejas, cámaras de seguridad, fuerzas interiores armadas, que requerirían entender para comenzar dicha vocación de incondicionalidad de tal institución; también tendrán que comprender la manera en que debilitan a la universidad cuando piensan en armarse. Esa “invencibilidad abstracta e hiperbólica”, cuya fuerza radica precisamente en la vulnerabilidad de su abstracción. Es por ello que tal universidad debe mantenerse ajena al poder. Recordemos que la heterogeneidad desde la perspectiva de la filosofía continental, a cuya tradición pertenece Derrida, plantea una idea de no pertenencia, de ser ajena, de existir gracias al hecho de “estar afuera de...” y que eso es parte de la riqueza de un concepto tan “potente”; es esa heterogeneidad la que le permite mantenerse fuera de la apropiación, de la compra; libre de los poderes que la rigen, entiéndase bien, incluso de los poderes que la sitian o la atraviesan, y sobre todo de aquellos que tratan de apropiársela. Y una de las paradojas de su fuerza, es que la universidad carece de poder propio, y entre libertad de cátedra, principio de pluralidad como principio rector y carencia de poder propio, se define para Derrida, y yo no puedo dejar de pensar en cada paso de su lectura en la UNAM, como se define a veces a pesar nuestro, o de quienes intentan convertirla en terreno apropiable; la UNAM es en muchos niveles y dimensiones esa universidad sin condición de la que habla Derrida.

Una vez expuesta una probadita de la propuesta de la “profesión de fe” de Jacques Derrida sobre la “universidad sin condición”, que propone en sus conclusiones una serie de posibilidades desde la deconstrucción a partir de lo que él llama “Las nuevas humanidades”, regreso al análisis de Martha Nussbaum, con quien se suma en la apuesta de “otra forma de relación con el conocimiento”, que vincula inseparablemente esta “universidad sin condición” —desde mi humilde opinión— con los postulados que la filósofa norteamericana expone en su texto sobre la educación para una democracia posible (que no se llama así). Como lo explica claramente en su controvertido discurso en la Universidad de Antioquia:

LUCÍA RAPHAEL

Solo tendremos la oportunidad de un diálogo adecuado que atraviese fronteras si los ciudadanos jóvenes saben cómo participar en el diálogo y la deliberación en primer lugar. Y sólo sabrán cómo hacerlo si aprenden a examinarse a sí mismos y a pensar en las razones por las que son proclives a apoyar una causa y no otra.<sup>26</sup>

Para ello necesitamos una educación que provea a la sociedad de elementos de análisis, que nos permita valorar las diferencias de pensamiento, religiosas, culturales, identitarias, sexuales, de género, etcétera. Como Nussbaum infiere, no hay estrategias, ni pedagogías posibles para la pluralidad si no se entiende la propia riqueza; cuando se entiende, desde el famoso “Conócete a ti mismo”, somos capaces al abrirnos a las diferencias, de valorar la riqueza de ese otro que tenemos enfrente y comprender que su subjetividad es tan válida como la propia.

Lo que necesita la ciudadanía para conformar una sociedad democrática y plural es la formación de una capacidad reflexiva y de reconocimiento y respeto de la alteridad; necesitamos hacernos responsables de nosotrxs mismxs y de nuestras propias decisiones, y eso se construye, como nos explica otra filósofa norteamericana, la especialista en género Judith Butler, a través de las normas:

Creo que el trabajo sobre el género [tiene] por objeto determinar la forma en la que estamos constituidos por normas y convenciones que nos preceden y que nos sobrepasan, y también tiene por objeto estudiar qué posibilidades tenemos de desarrollar una capacidad para reaccionar, de devenir géneros diferentes o de devenir diferentemente géneros, considerando la forma en la que estamos constituidos. Siempre he tenido la preocupación por comprender la “fuerza” de reaccionar subjetiva, es decir la “fuerza” de reaccionar de la cual disponemos en tanto que personas, al mismo tiempo determinadas por un cierto tipo de fuerzas culturales, pero no determinadas por ellas, en tanto que estamos abiertos a la improvisación, la maleabilidad, la repetición y el cambio...<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>27</sup> Butler, Judith, *Humain, inhumain, Le travail critique des normes, entretiens*, París, Éditions Amsterdam, 2005, pp. 90 y 91.



## EDUCACIÓN PARA LAS DIVERSIDADES; LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD...

En eso consiste la posibilidad de entender la pluralidad a la que aspiramos en una sociedad incluyente y diversa. Primero, entender que estamos constituidos por normas y convenciones que, efectivamente, nos sobrepasan, pero que otra característica común a los seres humanos es la multiplicidad de posibilidades que tenemos para reaccionar frente a ellas y en tanto formados por ellas, para devenir y ser de “tantos géneros como personas existen”, de maneras tan diferentes. Y un tercer aspecto que nos caracteriza, como explico más arriba, es comprender la fuerza de reacción subjetiva con la que contamos. Sí, afirma Butler, estamos determinadas por fuerzas y normas culturales, pero no pueden determinarnos del todo, ni definirnos del todo, porque la mayor riqueza que poseemos los seres humanos es la capacidad creativa, esa capacidad de improvisación que nos permite ser flexibles, que nos permite ser incluso resilientes, que nos permite en la repetición, lograr siempre un pequeño cambio, porque nunca repetimos las cosas ni los pensamientos ni las acciones, por más fuerza de costumbre que signifiquen para nosotras, de la misma manera.

Se parte de la comprensión de lo que Nietzsche expone en términos de la construcción de sí mismo cuando afirma: “«yo» comienza solamente a pensar en sí mismo como objeto, cuando el yo; yo mismx, soy considerada responsable de lo que hago: para el filósofo alemán la cuestión de la responsabilidad inaugura la reflexión (en tanto trabajo reflexivo)”.<sup>28</sup>

### III. ¿DESDE DÓNDE REFLEXIONAR LA CIUDADANÍA PARA CONSTRUIR UNA SOCIEDAD MÁS DEMOCRÁTICA?

Desde poner un espejo frente a cada persona, y hacerle entender que es “el otro de alguien más”, quien sea, incluso el individuo que se encuentre más al centro del paradigma masculino, ese “hombre blanco, alfabetizado, propietario, católico...”, sabe que en esta estructura de relaciones de dominio siempre será el *outsider* de alguien o de algo más. Como le explica Virginia Woolf (en *Tres Guineas*) al lord

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 93.

LUCÍA RAPHAEL

inglés que le pide ayuda a su país, cuando están a punto de ser invadidos por los nazis, y que creo hoy nos va como anillo al dedo:

El enemigo no está afuera... Ustedes viven en carne propia aquello que sus madres sentían cuando eran excluidas y encerradas por ser mujeres. Hoy es a ustedes a quienes excluyen, a ustedes a quienes encierran, en tanto judíos, demócratas, por su raza, por su religión. No es ya una simple fotografía la que contemplan; ahora siguen la misma procesión. Y esto hace una diferencia. Toda la iniquidad de la dictadura, ya tenga lugar en Oxford o en Cambridge, esté dirigida a judíos como a mujeres, en Inglaterra, Alemania, Italia, España (México), les hace frente, pero hoy, todos luchamos juntos...<sup>29</sup>

La única manera de hacer entender a quienes se empeñan en mantener la invisibilidad, las discriminaciones por conservar el privilegio, es conectarlos con su propia fragilidad y mostrar todo lo que sí hemos construido hacia otra forma de cultura de la inclusión, trabajando por los que están por venir.

Así que lo que yo puedo decir, en materia de pedagogías para las diversidades y la diferencia, es que no hay cambio posible en las políticas de la igualdad; así, el Plan Nacional de Desarrollo y el PROIGUALDAD 2013-2018 contemplen la perspectiva de género como uno de los ejes transversales de la propuesta. Aunque tengamos las mejores leyes, y el 50%-50% y la paridad en papel, mientras no logremos incidir en el pensamiento, en la idiosincrasia, en la mirada de aquellos a quienes aspiramos a formar en tanto ciudadanos con una cultura democrática suficiente.

Después de estas reflexiones, es posible nombrar algunos elementos fundamentales para transmitir; no sólo transmitir, sino sensibilizar; lograr tocar, aunque sea por media hora, más allá de los cursos; mover el piso, para comenzar, de las personas que se ocupan de diseñar estas estrategias de educación para la pluralidad, y si logramos que ellas y ellos se pongan las lentes de género, en toda su diversidad, con convicción, saber que una vez puestas —si están bien interiorizadas— ya no se las pueden quitar, y entonces pensar en el diseño de los programas. Tres elementos que no dejan duda ante la

<sup>29</sup> Woolf, Virginia, *Trois Guinéas*, op. cit., pp. 171 y 172.

profunda desigualdad estructural de nuestra cultura tradicional y patriarcal, que pueden abrir la mirada a tanta invisibilización son:

- 1) Construir los programas pedagógicos desde la filosofía, el género, la estadística y la historia como ejes transversales fundamentales.
- 2) Nombrar las cosas por su nombre; nombrar puede crear realidades, pero también puede borrarlas, y este borrarlas es el problema central de quienes aplican la perspectiva de género pensando que se trata de un tema de sentido común, sin entender que es un método de análisis que requiere un nivel de formación tan sofisticado y amplio como la que necesita un ingeniero para construir un puente y que no se caiga.
- 3) Recurrir al arte; las artes; me refiero al cine, a la literatura, a la pintura, al teatro... porque el arte, decía, tiene la capacidad de hacer entender en 10 o 15 minutos más que lo que podemos absorber en 10 tomos de convenciones o tratados de derecho o de política.

Necesitamos, como explica Nussbaum, “Ciudadanos con capacidad de pensamiento crítico”; en esta comprensión sobre la importancia de integrar aspectos humanísticos y artísticos en las ciencias todas, comenzando por las ciencias sociales, ser capaces de transmitir en los diversos niveles del trabajo universitario la convicción de que un ser humano para sobrevivir, para evolucionar, necesita vitalmente de la creatividad, de la imaginación y de un pensamiento crítico riguroso que sólo se adquiere con la confrontación de otras culturas, con la compenetración con las artes, con el cultivo del ocio y el aprendizaje de otras lenguas, no para ser eficaces, sino para discernir lo que la percepción o forma de llamar las cosas o entender el mundo en el universo de las otras lenguas aporta a la riqueza y comprensión del mundo mismo. Abrir espacios claros y definidos para la interacción de todas las diferencias para aprender a valorarlas y a comprender las propias. “*Habilidades sociales* —que explica Nussbaum— son igualmente cruciales para la salud interna de cualquier democracia y para la creación cultural mundial decente capaz

LUCÍA RAPHAEL

de abordar de manera constructiva los problemas más apremiantes del mundo”.<sup>30</sup>

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, 1999.
- BUTLER, Judith, *Humain, inhumain, Le travail critique des normes, entretiens*, París, Éditions Amsterdam, 2005.
- DERRIDA, Jacques, *Universidad sin condición*, París, Editions Galilee, 2001; Madrid, Trotta, 2002.
- HURNI, Maurice y STOLL, Giovanna, *L'Haine de l'amour; la perversion du lien*, L'Harmattan, 1996.
- LEVINAS, Emmanuel, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, París, Bibles Essai, Livre de Poche, 1961.
- MILGRAM, Stanley, “Behavioral study of obedience”, *J. Abnormal Soc. Psychol. Yale University*, New Haven, CT, 1963.
- NUSSBAUM, Martha, “El duro discurso de MN sobre el futuro de la educación mundial”, *El Heraldo*, Colombia, 13 de diciembre de 2015.
- RAPHAEL, Lucía y PRIEGO, María Teresa (coords.), *Arte, justicia y género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2015.
- WOOLF, Virginia, *Tres guineas*, Barcelona, Ed. Lumen, 1999.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

## Entrevista al profesor François Ost

Germán SANDOVAL\*  
Pauline CAPDEVIELLE\*\*

Con ocasión de la colaboración de François Ost<sup>1</sup> en las actividades de la División de Estudios Jurídicos del CIDE en la Ciudad de México en febrero de 2014, nos reunimos con el destacado profesor de la Universidad de Saint-Louis (Bruselas, Bélgica) para conversar sobre algunos de sus principales temas de investigación y proyectos académicos. Sentados con un café en una librería del parque de Chapultepec, compartimos un diálogo sobre sus perspectivas filosóficas, proyectos de investigación y su trabajo en torno al derecho y la literatura.

Agradecemos ampliamente al profesor Ost por esta enriquecedora charla, a la doctora Leticia Bonifaz Alfonzo por su atenta disposición y colaboración para que se llevara a cabo esta entrevista,

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

\*\* Coordinadora de la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” de la UNAM sobre laicidad.

<sup>1</sup> François Ost es vicerrector de la Universidad Saint-Louis de Bruselas (Bélgica), donde enseña el derecho y la filosofía del derecho. Además, es docente de la asignatura de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova y profesor invitado en la Universidad de Louvain (Bélgica).

Sus principales líneas de investigación giran en torno a las relaciones entre derecho y literatura, el derecho del medio ambiente, la filosofía de los derechos humanos, así como la teoría del lenguaje y de la traducción.

Entre sus obras destacan: *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, París, Odile Jacob, 2004; *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, París, Fayard, 2009; *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 2002 (con M. van de Kerchove).

así como al doctor Juan Vega, director de la *Revista Problema* por su interés y diligencia en la publicación de la misma.

### 1. ¿Cómo podría definir su obra: filosófica, científica o sociológica?

Sin duda es una pregunta difícil de contestar, pues todo mi trabajo, como también el de Michel van de Kerchove, y de manera general el de la escuela de Bruselas en las facultades de Saint Louis, se ha desarrollado bajo el estandarte de la interdisciplinariedad, de la cual seguimos haciendo la teoría, pues es una disciplina difícil.

En un principio, queremos ser buenos juristas que conocen el derecho desde adentro para poder dialogar de manera consciente con los colegas, autores de doctrinas y los operadores jurídicos. Pero esta perspectiva siempre nos ha parecido demasiado estrecha. Lo que quisimos hacer, entonces, fue sumergir la comprensión y la práctica del derecho en una visión más global del humano en la sociedad, por lo que debo reconocer al respecto que mi perfil de filósofo es el que ha sido más relevante y decisivo en mi trabajo. Sin llegar a chauvinismos ni a una jerarquía entre disciplinas, pienso que la filosofía, que no tiene objeto en sí, sino que enseña a pensar, a hablar y a actuar, es una magnífica llave para arbitrar entre los diferentes puntos de vista de las ciencias. Por lo tanto, el trabajo multidisciplinario está en sí mismo fundado sobre una línea filosófica esencialmente epistemológica, es decir, una reflexión permanente sobre lo que es pensar y actuar. Y porque el derecho tiene una vocación normativa, la filosofía puesta en práctica es también una ética, una meta-ética, que nos enseña sobre las condiciones de posibilidad del actuar ético. A lo largo de estas diferentes investigaciones, incursioné en la historia, en la sociología, y también en la psicología. De hecho, voy a arriesgar una hipótesis: con el paso de los años, me pregunto si las diferencias entre las disciplinas que tanto nos ocupan, son finalmente tan importantes. Pienso, más bien, que son las diferencias entre los paradigmas que son importantes. Si compartimos un mismo paradigma —por ejemplo, un paradigma hermenéutico más que uno empiricista—, la multidisciplinariedad resulta muy fructífera. Uno será sociólogo, otro jurista, otro más psicólogo, pero tendremos la

ENTREVISTA AL PROFESOR FRANÇOIS OST

sensación de colaborar juntos a la elucidación de una pregunta a partir de una misma intuición y de un mismo paradigma. En cambio, entre paradigmas diferentes dentro de una misma disciplina, las guerras son terribles y las fronteras reales. No hay que intentar a cualquier precio conciliar el agua y el fuego. Es una idea nueva para mí, pero la encuentro bastante movilizadora. Es la idea de que podemos colaborar entre disciplinas diferentes, a partir del momento en que compartimos el mismo paradigma.

*2. Existen influencias de Bachelard y Kuhn en su obra, ¿qué hay detrás de estas nociones de paradigmas?, ¿hay una validación filosófica, histórica, social, unidimensional?, ¿existen para usted saberes relativos?*

Thomas Kuhn tiene una concepción muy amplia del paradigma; no es solamente un método, una hoja de ruta o una agenda de preguntas. Para él, un paradigma pueden ser cosas diferentes: en primer lugar, son las leyes fundamentales que están en la base de la teoría; después, son valores; también, es una visión del mundo (*Weltanschauung*), metafísicas, y, finalmente, lo más divertido o sencillo, imágenes. Vamos a decirlo así: los paradigmas son metáforas e imágenes que remiten a una visión del mundo basada en valores, y traducidos en reglas fundamentales. Por lo mismo, un paradigma es más que una cuestión de método científico, es verdaderamente una visión del mundo. Sin quererlo, en la mayoría de mis trabajos he llegado a un ejercicio dialéctico. Como visión del mundo, como valor, como paradigma hermenéutico y dialéctico. En realidad no veo noción más fundamental que pueda usar el investigador.

*3. Ahora bien, uno de sus enfoques de trabajo ha sido la relación entre derecho y literatura, ¿cómo surge esta inquietud?*

Se hizo progresivamente. En mis trabajos sobre derecho natural —en Bélgica existe todavía un curso de derecho natural que sirve más que todo para reflexionar de manera crítica sobre el derecho— surgían siempre ejemplos literarios, como por ejemplo *Antígona* de Sófocles. Poco a poco, me empecé a dar cuenta que la literatura tiene

GERMÁN SANDOVAL / PAULINE CAPDEVIELLE

muchos ejemplos y respuestas originales sobre cuestiones fundamentales relativas a la justicia, al poder y al derecho. Me percaté rápidamente de que esta corriente existía desde algunas décadas en Estados Unidos y que se habían empezado a realizar algunas traducciones en Europa; así que me lancé con mucho entusiasmo en esta perspectiva, ya que desde el punto de vista filosófico siempre he pensado que la imaginación es una calidad importante para el ejercicio del derecho. La capacidad de ficción, de producción de relatos, es, sin duda, el origen mismo del trabajo de la razón. No hay que oponer razón y emoción, o teoría y arte. Soy de los que piensan, como lo pensaba el mismo Kant, que la intuición, es decir, la capacidad de imaginación, es la fuente de nuestras percepciones científicas, y tal vez de nuestras convicciones morales. Y a partir de ahí, podemos desenrollar el hilo y empezar un recorrido en la literatura, desde la tragedia griega hasta Kafka y otros autores más contemporáneos, pasando por don Quijote y Shakespeare, y finalmente encontrar con frecuencia respuestas originales a las cuestiones más fundamentales de la filosofía del derecho.

#### *4. Desde el punto de vista del derecho y de la literatura, ¿cuál es la relación entre los trabajos de Portalis y la literatura?*

Portalis, como lo sabemos, es conocido por ser el autor principal del Código napoleónico de 1804. Era el ministro de la justicia y de los cultos de Napoleón Bonaparte, y fue también el que negoció el concordato que reconcilió Francia con el Vaticano. Portalis era un provenzal y un abogado del *Ancien régime* que había defendido causas difíciles durante el reinado de Luis XVI, en particular la de los protestantes. Era un hombre valiente, aunque un hombre de orden. Cuando la Revolución francesa lo exilió, Portalis se refugió en la casa de una baronesa en Alemania, y escribió un libro de filosofía del derecho, que sin ser una obra maestra, es bastante interesante. Por mi parte, ya que me lo preguntan, he escrito una obra de teatro, titulada *La Nuit la plus longue. Sade et Portalis au pied de l'échafaud*.<sup>2</sup> El punto de partida de

<sup>2</sup> N.T.: en español, el título tentativo sería *La noche más larga. Sade y Portalis al pie del cadalso*.



ENTREVISTA AL PROFESOR FRANÇOIS OST

esta obra se basa en un pequeño hecho histórico que descubrí por casualidad: estos dos personajes —el marqués de Sade y Portalis— se encontraron juntos, escondidos en una *maison de santé* —una especie de hospital para enfermos mentales—, administrada por el doctor Coignard, calle Picpuces en París, durante julio de 1794, es decir, en lo más fuerte del Terror y en víspera de la caída de Robespierre. En estas circunstancias difíciles, estos dos hombres buscaron hacerse olvidar en este asilo, en el cual, por lo demás, las condiciones de vida eran bastante agradables. De hecho, tal vez era más un hotel de lujo que un asilo. Me pareció extraordinaria esta casualidad histórica que reunió a Portalis —el hombre del orden y del Vaticano que hace posible la firma el Concordato— y a Sade, que todos conocemos como el hombre de Sodoma y Gomorra. Así que imaginé un diálogo durante una noche entre estos dos hombres en todo punto opuestos, y para poner un poco de suspenso, un salvoconducto que permitiera a sólo uno de ellos escapar. ¿Cuál de los dos se beneficiará del salvoconducto? No les daré la respuesta, pero no es necesariamente la que uno podría pensar. Esta ficción fue la ocasión de dialogar con Sade y Portalis, pero sobre todo de poner en la boca del segundo ciertas críticas hacia Sade. Y también lo contrario, ya que Sade puede denunciar con mucha eficacia la buena conciencia y las contradicciones ideológicas del código burgués —el Código Civil de 1804—, especialmente respecto del *status* de las mujeres y de los esclavos. Fue muy divertido poner en boca de Sade discursos modernos, que de hecho ha sostenido, que no he inventado, que se referían a la defensa de los más vulnerables. Escribí un libro más docto sobre Sade, pero tuve la sensación de no haber agotado todo lo que tenía que decir, porque con Sade no discutimos sobre el plan intelectual. Sus tesis son tan fuertes que hay que abordarlas desde la imaginación. Y me pareció que el método teatral era el instrumento idóneo para seguir este diálogo con Sade.

5. Si tuviera que describir la filosofía del derecho actual, ¿escogería a Sade o a Shakespeare?

Escogería a Shakespeare, pero no por su moralidad. Ambos me parecen interesantes, ya que ven en el fondo de la condición humana

y dicen cosas extremadamente profundas sobre el humano, que a veces son desagradables. Para el derecho global, escogería ciertamente a Shakespeare, puesto que no hay tema que no haya abordado. Víctor Hugo lo llamó “Hombre océano”, ya que en las treinta y seis obras que nos dejó, pueden encontrarse todas las situaciones y todos los personajes. Se encuentra cómodo tanto para describir a los reyes y a los obispos, como a las prostitutas y a las huestes, y todos tienen una realidad humana. Su teatro abraza al mundo entero. Ya tengo la respuesta a su pregunta: su teatro tenía el nombre de *El Globo*, y no conozco tema alguno que no haya sido tratado por Shakespeare: el sueño, el amor, la locura, el deseo, la ciencia, el heráldico, la naturaleza y las tormentas, las islas desiertas... Lo entendió todo, y acompañó el momento en el que la *City* de Londres se abrió al mundo entero, y que los capitanes y los exploradores regresaban de los mares lejanos. Estaba también en el cruce de las luchas religiosas: su familia era católica, pero se tenía que esconder. Se puede hacer una experiencia muy interesante: creo que no hay muchas ciudades o países en el mundo donde no se interprete unas obras de Shakespeare en este momento. Por supuesto, no sé si hoy mismo se está actuando una de sus obras en México, pero muchas veces se están interpretando en Bruselas dos o tres obras de Shakespeare al mismo tiempo. Por otro lado, se ha podido decir que Sade fue el precursor del hiper-individualismo moderno, de la evaporación del derecho común y de la exacerbación del deseo personal. Incluso existen tesis que muestran el lado perverso de este hiper-individualismo moderno. En este sentido, Sade podría ser una parte de la verdad del mundo contemporáneo. Pero no creo en la universalidad de su modelo. Lo que descubrí al escribir el libro sobre Sade es que al rechazar la ley común —la ley política con sus poderes, sus cárceles, su policía—, no desembocamos en un Estado más suave, más agradable, sino en cambio, sobre una ley mucho más cruel: la ley del perverso. Es la paradoja que subyace al aceptar la idea que la ley común libera, en realidad, de una ley personal más severa y más cruel. Hay dos grandes autores que nos lo muestran: Sade con este modo violento, donde la ley del perverso es una ley cruel para los demás y para sí mismo, y otro autor, Kafka, que no es perverso, pero que también narra la desaparición y la imposibilidad de la ley común. Al en-

contrarse frente a sí mismo, se vuelve para él un juez de crueldad infinita, consumido por la culpabilidad y la duda. En Kafka hay un verdadero sufrimiento de la ausencia de la ley.

*6. Si usted fuera a escribir una obra literaria sobre nuestra época, ¿cómo la llamaría?*

Ahora mismo no tengo respuesta, ya sabemos que la inspiración literaria es algo caprichosa. Tengo algunos proyectos en mente, pero la experiencia muestra que de diez proyectos, sólo uno prospera. No se sabe por qué, son las vías imprevisibles de la creación. Tampoco sé si lo podría lograr, soy un científico y de manera muy accesoria un literario. Tal vez, siendo sensible a los fenómenos de las redes de Internet y al mundo, podría escribir sobre una relación amorosa exclusivamente basada en ellas. Aquí hay una pista interesante, me sorprende que no haya sido más explorada. Tendría que ser una especie de Romeo y Julieta a la hora de Twitter o Internet. Pero su pregunta me da mucho que pensar...

*7. Regresando ahora a sus trabajos más científicos, ¿existe, detrás de su obra “De la pirámide a la red”, una teoría de la ciudadanía?*

De hecho, estaría muy interesado en escuchar su opinión, para saber cómo usted lo ha entendido. Pero ya que lo pregunta, podemos decir que este libro quiere también dar su lugar al protagonismo del sujeto de derecho, es decir, al ciudadano. Mi tesis es que cada persona, con sus propios poderes y competencias, puede ser actor de la juridicidad y contribuir a validar, invalidar e interpretar la regla jurídica. Como todos los sociólogos del derecho, soy sensible a la capacidad de iniciativa y acción de los sujetos de derecho para movilizar el derecho en función de sus propias estrategias. Es algo muy importante que señalar: el sujeto de derecho no es solamente el destinatario de reglas penales que prohíben hacer una u otra cosa. El sistema jurídico también es un conjunto de recursos, procedimientos y derechos que pueden ser movilizados por los actores jurídicos para sus propias estrategias, ya sea de manera desinteresada,

como por ejemplo, el combate a favor de los derechos humanos, ya sea conforme a los intereses patrimoniales y financieros de las grandes corporaciones que utilizan todos los recursos del sistema jurídico para llegar a sus metas. Una segunda respuesta es que la teoría del derecho como red toma en cuenta la pluralidad de las fuentes del derecho, y en particular el de las asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales. Algunas de ellas tienen un *bargaining power* —un poder de negociación—, y un presupuesto que hacen de ellas verdaderos poderes privados y actores ineludibles en el escenario internacional. Pienso, en especial, en asociaciones de defensa del medioambiente o asociaciones humanitarias. En la crisis del Ébola que conocimos hace poco, el actor más eficaz fue, sin duda, Médicos sin Fronteras. La teoría del derecho como red tiene el mérito de tomar en cuenta la acción de algunos actores jurídicos que no disponen, naturalmente, de la misma capacidad de influencia sobre el sistema jurídico, pero que pueden todos, poco o mucho, influir en el desarrollo de dicho sistema.

*8. La idea de red parece sugerir la existencia de relaciones más horizontales y recíprocas de creación y aplicación del derecho. Sin embargo, la fuerza del mercado en las relaciones sociales parece crear un desequilibrio, especialmente en los países emergentes. ¿Cómo entender el papel del mercado en el paradigma de la red?*

El mercado es evidentemente una red. No hace desaparecer el fenómeno de poder, al contrario, lo esconde bajo la apariencia de la negociación. Este poder es menos visible que en la época de Luis XIV, cuando el soberano afirmaba “yo soy el Estado” y se rodeaba de todo tipo de rituales. Es por eso que en nuestro libro nunca decimos que la red ha reemplazado la pirámide. El título mismo se presenta como una pregunta: “De la pirámide a la red” con un punto de interrogación. La hipótesis es que vivimos en una especie de punto intermedio y ello vale tanto para las sociedades en construcción o Estados débiles, como también para los viejos Estados de derecho. Por ejemplo, lo vemos actualmente en la negociación entre Estados Unidos y Europa de un trato económico que tendría esta cláusula, según

ENTREVISTA AL PROFESOR FRANÇOIS OST

la cual los inversionistas privados pueden denunciar las leyes nacionales que comprometen la rentabilidad de los inversionistas. Esta cláusula es terrible, porque significa que los inversionistas privados pueden exigir la desaparición o pedir indemnizaciones respecto de una ley votada por un parlamento nacional, en defensa del medio ambiente, por ejemplo. Es un reto mayor y sería muy inocente creer que la red fuera sinónimo de igualdad, transparencia y no explotación. Nosotros los juristas guardamos siempre en la mente la hipótesis del conflicto como dato permanente de la naturaleza humana, la explotación como una coordenada permanente del vínculo social. Y justamente, el derecho verdaderamente aplicado, el derecho que queremos, ha de entenderse como una técnica para valorar y abordar explícitamente el conflicto. Finalmente, como el médico siempre parte de la hipótesis de la fragilidad de la salud, no podemos ser inocentes, y debemos partir de la hipótesis de la fragilidad de la igualdad.

Ciudad de México, 7 de noviembre de 2014.

AYUSO TORRES, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 198 pp.

De que la Constitución sea un fenómeno problemático parece no existir duda. Buena parte de las manifestaciones relacionadas con el así denominado “movimiento social” suponen reivindicaciones constitucionales, ya sea para reemplazar su texto por otro acorde a sus intereses, ya para engrosar un cada vez más extendido catálogo de derechos y garantías, pues se asume que esa inclusión constitucional comporta la solución universal a los problemas o la cristalización indispensable de deseos o aspiraciones individuales o colectivas. Las razones de este malestar social son ciertamente muchas, y algunas de ellas provocadas o, al menos, instrumentalizadas por fuerzas extrínsecas. La indagación teórica sobre este fenómeno también ha sido abundante, de suerte que la creciente literatura producida al respecto en los últimos años es variada y con distintos enfoques. Como telón de fondo subyace, además, la posmodernidad con todas sus características y dificultades. Sin embargo, en alguna medida, dichas razones son la reacción frente a un problema subyacente e ignorado que la propia solución buscada no hace sino agudizar, el cual se sitúa a medio camino entre el derecho y la política, porque resolver los desajustes sociales merced a una radicalización del ámbito de cobertura de la Constitución no mejora lo que cabría considerar como una nueva “cuestión social”; antes bien, los profundiza, puesto que el problema es en realidad estructural y no meramente coyuntural. Así pues, dar una adecuada respuesta a esos problemas comienza por cuestionarse el modelo desde una perspectiva basal, asumiendo que el texto constitucional no es la expresión de un consenso preexistente, sino la decisión voluntarista de conformar el orden social bajo determinados parámetros ideológicos, con el consiguiente sacrificio de la propia tradición histórica. Esto, que ya era constatable con los primeros textos constitucionales surgidos a fines del siglo XVIII, se hace aún más patente en la actualidad,

## RESEÑAS

merced a la sociedad líquida y el Estado débil que caracterizan la posmodernidad.

El nuevo libro del profesor Miguel Ayuso Torres (Universidad Pontificia de Comillas de Madrid), conocido por su dilatada producción en torno a la historia del pensamiento político, la filosofía política y el derecho público en clave problemática, ayuda a explicar el porqué de esos problemas y deja entrever las soluciones mediante el rescate de lo que podríamos denominar una teoría jurídica del sentido común, que se asienta en la naturaleza de las cosas y en la reflexión forjada de la contemplación atenta de lo que ocurre en la vida social, sin descuidar la necesaria trascendencia. En otras palabras, el suyo es un pensamiento en torno al derecho (ese sempiterno arte de lo justo e injusto), verticalmente orientado hacia una doble apertura, una trascendente y otra de captación social, que huye de las vanas teorizaciones. De ahí que el resultado tenga un evidente sabor tópico y no geométrico, como lo muestra el regreso que hace al problema inicial hacia el final del libro para abordarlo ahora desde sus causas primeras (el siempre controvertido derecho natural), pero esta vez mediante dos cuestiones de implicancia práctica (la escuela católica y el matrimonio religioso). Por usar la expresión de Juan Vallet de Goytisolo (1917-2011), a la que el propio autor recurre en dos ocasiones, se trata de una travesía por el océano del derecho natural y de gentes, sorteando el archipiélago de leyes y costumbres surgidos, para dar respuesta a problemas sociales concretos, aunque sin dejar de observar el amplio firmamento que se extiende sobre este navegante jurídico y que le permite orientarse y no perder el rumbo por la senda de la justicia. El resultado de este recorrido, fruto de treinta y cinco años de reflexión y escritura, es el libro de 198 pp. que aquí se reseña, cuya lectura guarda la amenidad y sugerencia del ensayo, sin que el texto descuide el rigor académico del que dan cuenta la extensa bibliografía utilizada (pp. 179-192) y los autores citados a través de sus páginas (pp. 195-198).

La obra tiene, además, el carácter de un maduro trabajo de síntesis y reordenación de las ideas que se han expuesto en otras sedes, pues el propio autor explica que ella pretende completar y perfilar, al tiempo que generalizar, lo previamente dicho sobre la Constitución Española de 1978. De esta manera, el nuevo libro pretende sa-

REVIEW ESSAYS

cudirse del evidente localismo que tiene una visión problemática de una particular Constitución (en este caso la española, surgida como expresión de la transición posfranquista), para mostrar el problema (y los problemas) que entraña el constitucionalismo como fenómeno que excede el terreno de lo estrictamente jurídico y se proyecta sobre la forma de ordenación de la sociedad, el cual oscila entre la radicalización (el neoconstitucionalismo) y el agotamiento (el postconstitucionalismo) de sus propios postulados. Porque Constitución y constitucionalismo son una misma realidad, mirada desde perspectivas distintas: la primera comporta una suerte de derecho natural del Estado moderno, y la segunda expresa la ideología de ese mismo Estado. Siendo así, hay que buscar la verdadera faz de dicho Estado (de esa Gorgona del poder a la que el propio Ayuso dedicó otra de sus obras hace algunos años) para comprender la raíz del problema. El Estado que hoy se desafía no es ya el surgido de la fragua revolucionaria dieciochesca, sino el Estado del neoliberalismo triunfante tras la caída de los principales socialismos reales: “el Estado llamado pluralista, el Estado que, habiendo perdido su dimensión moral y dejado de ser el lugar de concentración estable de las instituciones y los ciudadanos, se ha convertido en el lugar mismo del desorden” (p. 83). Tras este diagnóstico en que muchos convergen, es en las soluciones donde las respuestas se bifurcan. Entre ellas, la propuesta por Ayuso es ciertamente sugerente.

Como ya lo anuncia el propio título, el relato argumental de la obra que se reseña es simple: la Constitución depara un gran problema y otros menores, todos ellos relacionados entre sí y que son concreción del primero. El problema central o primario es la Constitución en sí misma o, mejor dicho, la conformación de la sociedad a partir de un constructivismo voluntarista y utópico, donde el propio texto resultante comporta un condensado de juridicidad (como sucedáneo de la antigua legitimidad) que reemplaza la naturaleza de las cosas e impone un proyecto vital predeterminado. Por eso, es cierta la frase que señala que con la modernidad la cuestión política se vuelve constitucional, porque es la Constitución la que se endereza a prefigurar desde entonces la discusión política. La sociedad ya no se organiza orgánicamente desde abajo, estableciendo sus fueros y distinguiendo las funciones como resultado de una natural



## RESEÑAS

evolución histórica, sino de manera descendente, partiendo de una separación de poderes y el reconocimiento de unos derechos y garantías fundados en el ámbito de la libertad negativa que se quiere asegurar (al individuo primero, a los colectivos después) frente al Estado. La Constitución no es, ni puede ser, un texto neutro, pues es el precipitado del democratismo rousseaniano, el absolutismo hobbesiano y el liberalismo lockeano, todos hijos de una mentalidad común que abreva en la Ilustración racionalista. Por eso, ella se convierte en el instrumento de concreción del contrato social, asegurando los derechos subjetivos que surgen de la alienación hecha por los ciudadanos a favor de la voluntad general, y determinando así una división de poderes que acaba por racionalizar la vida política y, de paso, da lugar a más organismos destinados a controlar ya la función de la propia administración, ya la correspondencia de las leyes con un texto constitucional que se torna cada vez más envolvente, con eficacia vertical y horizontal. El fenómeno se hace todavía más radical cuando la Constitución no es ya funcional a la práctica política, primando siempre un “Estado en forma”, por usar el lenguaje portaleano, sino que se convierte en el reflejo programático de una planificación global, sea del signo que fuere.

A partir de este problema que presenta la Constitución, y con ella el constitucionalismo y sus secuelas (el neoconstitucionalismo y el postconstitucionalismo), se suceden otros más concretos: el lenguaje político moderno, la ideología constitucional, el sistema, el orden, la unidad y la pluralidad, la función y el método, la identidad y la integración, la ley, los principios, la democracia, la libertad, los derechos, el poder constituyente y el derecho natural. A estos problemas el autor dedica separadamente un capítulo independiente, cada uno de los cuales se cierra con una pequeña conclusión que recapitula las ideas expuestas y sirve de engarce con el desarrollo del siguiente. Por cierto, la importancia de estos problemas no es coincidente, pues algunos tienen una dimensión más general (como ocurre con la cuestión del lenguaje político, la ideología constitucional, la identidad e integridad, la forma y el fundamento, y la libertad) y otros son de una índole más estrictamente jurídica (como acaece con los problemas del sistema, el orden y el ordenamiento, la unidad y pluralidad de este último, la función y el método, la ley,

## REVIEW ESSAYS

los principios, los derechos humanos, y el derecho natural). Sin embargo, el principal de ellos, y con el cual todos los demás se conectan, es el que atañe al poder constituyente (capítulo catorce), pues ahí reside la validación del nuevo orden y sus posibilidades de reforma. Eso explica que sea uno de los más extensos del libro y que en él se traten distintos aspectos del problema, desde las fuentes del derecho hasta el poder de reforma constitucional y sus límites, pasando por la interpretación de la Constitución y el sujeto de la soberanía y la representación.

Como resulta indudable por las materias abordadas, los capítulos tienen una extensión diversa, lo que no implica que la exposición de aquellos más breves sea meramente esquemática o carezca de consistencia. Todos ellos son proporcionales en razón del objetivo propuesto por el autor para el argumento del libro, que es resaltar el carácter problemático de la Constitución y los demás problemas que de ahí derivan. En algunos casos, pues, la brevedad se explica por el particular problema abordado, que se trata sólo desde la faceta que interesa, sin pretender agotar la cuestión. De igual forma, en otros capítulos la extensión se justifica por la propia complejidad del análisis.

Esto último sucede, por ejemplo, con el capítulo once, dedicado a la democracia como forma y fundamento de la Constitución. Ahí el autor se interroga sobre si ha existido la democracia, si ella existe en la actualidad, si puede en verdad existir y, finalmente, si cabe hablar de una buena democracia, sin desconocer el dato evidente de que todo poder político requiere de una cierta participación de los gobernados. La cuestión reside en la manera en que se concreta esa participación, asegurando una verdadera correspondencia entre las decisiones públicas y las necesidades sociales. Las preguntas son muy pertinentes, porque hay quienes pregonaron con arrogancia que la historia había alcanzado su consumación con la extensión por todo el mundo de la democracia liberal (con el capitalismo como su correspondiente sistema económico) u otros que postulan una radicalización de ella como solución a los problemas sociales, ahora concebida como participativa y ya no sólo representativa. La pregunta es de gran pertinencia, porque se endereza a demostrar que la democracia es uno de los mitos que construyó la modernidad y

## RESEÑAS

que en sí misma conduce a efectos contrarios a los que supuestamente genera. Con este fin, Ayuso se sirve de la conocida definición del presidente Abraham Lincoln (1809-1865), según la cual la democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, para demostrar que ella se caracteriza en realidad por cálculos de corto plazo y donde las decisiones provienen de las minorías que mandan, principalmente organizadas como partidos políticos, convertidos en las nuevas oligarquías constitucionales a las que poco importa el bien común. De la mentada definición queda, entonces, sólo la primera parte, aunque dicha nota no sea propia de la democracia, porque todo gobierno es del pueblo: se trata de dirigir siempre una comunidad determinada y no otra cosa. A fin de cuentas, la concepción de democracia impulsada por el constitucionalismo acaba produciendo el efecto contrario al que apunta: atomiza al individuo frente al Estado, privándolo de las protecciones que le brindan los cuerpos intermedios, de suerte que promueve el individualismo político como su propio sustento. Por eso, no es casual que la subsidiaridad como principio del orden social se presente hoy amputada, refiriendo sólo su dimensión negativa. Esto se debe a que el Estado neoliberal no desea la formación de una comunidad forjada por lazos emocionales y de actividad que entraña deberes recíprocos, sino la simple coexistencia basada en una sociedad de derechos en la que cada individuo ha alienado parte de su libertad a favor del poder soberano. Lo mismo cabe decir del olvidado principio de totalidad, su necesario complemento, que pierde substancia bajo esta nueva conformación de la sociedad. La razón es muy simple de comprender: el principio de totalidad enuncia que el ciudadano se debe a la sociedad, como la parte se ordena al todo, siendo el bien de esta última (el cada vez más tergiversado bien común) siempre mayor y más perfecto que el bien individual.

El libro no se extiende, empero, sobre la configuración de la igualdad que va aneja al constitucionalismo, y que da sentido a la hasta ahora diáda de Agustín Squella Narducci, publicada por la editorial de la Universidad de Valparaíso (*Igualdad*, 2014; *Libertad*, 2017). La libertad negativa, como reconocimiento meramente formal de la eliminación de aquellas barreras de acceso a la propiedad, el ejercicio del comercio y la expresión de ideas, va aparejada de la igualdad

REVIEW ESSAYS

negativa, vale decir, aquella declaración de que todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos, sin que importe más que esa apariencia. En realidad, la igualdad comporta la identidad de atribuciones entre seres semejantes (Arist., *Pol.*, VII, 134, 1132b) y, como tal, se conecta con la justicia y sus distintas funciones en el orden social. Por eso, Jorge Millas (1917-1982) calificaba la justicia como acción igualadora. Olvidado este engarce, tanto la libertad negativa como la igualdad negativa acaban siendo unas especies de dones dispensados por el poder de turno para que las masas, satisfechas con ellos, pierdan el anhelo de la justicia real, esa que consiste en dar a cada uno lo suyo. Sin ella, el orden humano no adquiere verdadera existencia social y sólo cabe hablar, con Ortega y Gasset, de muchedumbre.

Aunque la visión problemática propuesta por Ayuso se refiere a la Constitución, ella se predica en realidad de todo el derecho, si bien con distintos matices, comprendiendo así tanto el derecho público como el privado, lo que viene explicado en el capítulo cuarto a propósito del problema del sistema. Cuando se refiere a esta división, la cual se aborda en relación con la función del derecho respecto de los cuerpos sociales (capítulo séptimo), el autor acude al criterio orsiano de caracterizar el derecho público como un sistema de situaciones, vale decir, de ubicaciones en las hipótesis previstas por las normas estatales, mientras que el derecho privado comporta un sistema de relaciones o nexos creados por la autonomía de la voluntad. Uno y otro se ven afectados por la nueva mentalidad en torno al derecho, que desplaza la función de cohesión que éste despeña y la existencia de un orden centrado en deberes (esos servicios socialmente exigibles en los que insistía especialmente el último D'Ors), para entronizar en su lugar la idea de legalidad enraizada en la voluntad estatal. De donde se sigue que la ley no sea ya una ordenación racional dada para el bien común (Thom. Aquin., *Summa Theol.*, I-II, q. 90, a. 4 in c.), sino la manifestación de la voluntad soberana que busca concretar los propósitos constitucionales y cuya validez se juzga según su correspondencia con esa propia Constitución (artículo 1o. del Código Civil chileno). El centro de gravedad se desplaza, entonces, del saber socialmente reconocido (*potestas*) al poder constitucionalmente impuesto (*auctoritas*), a la vez que el fin

## RESEÑAS

del derecho deja de estar radicado en el bien común y pasa al texto constitucional como sistema cerrado de legitimación. Sin embargo, los efectos de esta nueva mentalidad no son iguales en una y otra parcela del derecho, por más que el método de racionalización (el código y la Constitución como textos de fijación) sean coincidentes. La razón es que ninguna revolución, por fuerte que sea, es suficiente para cambiar de inmediato el derecho privado, que está basado en la justicia conmutativa, mientras que un nuevo régimen político necesita del derecho público como mecanismo de validación, incluso en medio de una revolución todavía no concluida, puesto que la bondad (derivada del bien común) genera desconfianza.

En suma, la obra aquí reseñada resulta de interés para cualquier interesado en el derecho como expresión de un orden social basado en la justicia, cualquiera sea su disciplina concreta de dedicación. El único requisito es que el lector deje por un momento los afanes que impone el lidiar cotidianamente con un cúmulo de normativa de carácter técnico en permanente mutación y se anime a cuestionar sus propias certezas. De esa manera, podrá acercarse al derecho con curiosidad y sincero espíritu crítico, y quizá hasta consiga hacerse por primera vez las preguntas que siempre depara este arte de lo justo y lo igual. De ser así, el libro habrá cumplido esa finalidad mayéutica que indudablemente tiene, haciendo aflorar la verdad a través de las propias respuestas.

Jaime ALCALDE SILVA\*

\* Profesor asistente de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile.