

INSTITUCIONES PÚBLICAS Y MORALIDAD POLÍTICA

Responsabilidad Moral en el Ejercicio de Roles
Públicos Institucionales. Instituciones de Derecho
Tributario. Instituciones de Derecho Penal

HUGO SELEME

Director

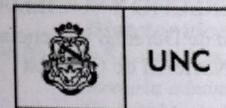
CRISTIÁN FATAUROS y RODOLFO SALASSA BOIX

Coordinadores

LUCRECIA ACETO y ROMINA FRONTALINI REKERS

Compiladores

CON REFERATO ACADÉMICO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA



Universidad
Nacional
de Córdoba

CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD
Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba

CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD no se hace responsable de las manifestaciones, ideologías u opiniones expresadas en el contenido de la obra, las cuales son responsabilidad exclusiva de su autor.

Instituciones públicas y moralidad política : responsabilidad moral en el ejercicio de roles públicos institucionales. Instituciones de derecho tributario. Instituciones de derecho penal / Carlos Krauth ... [et al.] ; compilado por Lucrecia Aceto ; Romina Frontalini Rekers. - 1a ed. - Córdoba : Ediciones Lerner, 2015.

196 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-45983-3-2

I. Responsabilidad Social. I. Krauth, Carlos II. Aceto, Lucrecia, comp.
III. Frontalini Rekers, Romina, comp.

CDD 306.2

© CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD
Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba

Consejo Editor

Dra. MARCELA ASPELL - UNC / Conicet; Dra. MARTHA DÍAZ DE LANDA - UNC; Dra. ADRIANA DREYZIN DE KLOR - UNC; Dra. MARÍA EUGENIA GÓMEZ DEL RÍO - UNC; Dra. NORA LLOVERAS - UNC; Dra. M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ - UNC y Dra. AIDA TARDITI - UNC.

Comité Académico Asesor

DR. JULIO ERNESTO ABRIL
DR. JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA
DR. RAÚL ALTAMIRA GIGENA
DR. JUAN MANUEL APARICIO
DR. EDUARDO ARROYO
DR. JORGE BARBARÁ
DR. GUILLERMO BARRERA BUTELER
DRA. MARÍA INÉS BERGOGLIO
DR. JOSÉ BOCCHIARDO
DR. JOSÉ IGNACIO CAFFERATA
DR. RICARDO CARACCIOLLO
DR. MANUEL CORNET
DRA. ZLATA DRNAS DE CLÉMENT
DR. EDUARDO IGNACIO FANZOLATO
DR. JORGE HORACIO GENTILE
DR. SERGIO GUESTRIN
DR. RICARDO HARO
DR. ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
DR. FRANCISCO JUNYENT BAS

DR. CARLOS LASCANO
DR. CARLOS LISTA
DR. JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ
DRA. MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALAS
DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS
DRA. ALICIA MORALES LAMBERTI
DR. MIGUEL ÁNGEL ORTIZ PELLEGRINI
DR. JUAN CARLOS PALMERO
DR. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
DR. DANIEL PIZARRO
DR. ERNESTO REY CARO
DR. EFRAÍN HUGO RICHARD
DR. HORACIO ROITMAN
DR. JOSÉ IGNACIO ROMERO
DR. JUAN DOMINGO SESIN
DRA. AMALIA URIONDO DE MARTINOLI
DR. GABRIEL VENTURA
DR. RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA
DR. ALBERTO ZARZA MENSAQUE
DR. JORGE HORARIO ZINNY

Comité Académico Asesor Externo

Dr. RICARDO ALONSO GARCÍA - Universidad Complutense de Madrid (España) - Dr. MANOLIO BELLOMO - Universidad de Catania (Italia) - Dr. DIEGO BENAVIDEZ SANTOS - Universidad de Costa Rica - Dra. MARÍA DA GLORIA BONELLI - Universidad Federal de San Carlos (Brasil) - Dr. JORDI FERRER BELTRÁN - Universidad de Gerona (España) - Dr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Universidad Complutense de Madrid (España) - Dr. JUAN CARLOS GORLIER - Center For Latin And Caribbean Studies (EEUU) - Dra. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - Universidad Nacional de Cuyo - Dra. MARTA LORENTE - Universidad Autónoma de Madrid (España) - Dra. HILDA MARCHIORI - Facultad de Psicología, UNC - Dr. CLEMENTE NAVARRO YÁÑEZ - Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España) - Dr. DANTE NEGRO - OEA - Dr. JOAN PAGÉS I GALTÉS - Universidad de Tarragona (España) - Dr. LEONEL PEREZNIETO CASTRO - Universidad Nacional Autónoma (México) - Dr. PASQUALE PISTONE - Universidad de Salerno (Italia) - Dra. CARMEN PLAZA MARTÍN - Universidad de Castilla La Mancha (España) - Dr. CARLES RAMIÓ MATAS - Universidad Pompeu Fabra (España) - Dr. CLAUDIUS ROXIN - Universidad de Múnich (Alemania). Dr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO - Universidad Complutense de Madrid (España) - Dr. ERNESTO GARZÓN VALDÉS - Universidad de Maguncia (Alemania).

Director ejecutivo

Dr. RODOLFO SALASSA BOIX - UNC / Conicet

Secretaría administrativa

Ct. JOSÉ MARÍA GARCÍA

Autores

EDUARDO ARROYO - CRISTIÁN FATAUROS - CARLOS KRAUTH - LAURA NATALIA MILISENDA - ROMINA FRONTALINI REKERS - ANA RICHTER - RODOLFO SALASSA BOIX - LUCIANA SAMAMÉ - LAURA JUDITH SÁNCHEZ - HUGO OMAR SELEME - ADRIANA LAURA VERCELLONE

competencia para juzgar y aplicar las sanciones previstas en la Ley Profesional, *vgr.* art. 50 de la Ley 5.085: "El Tribunal ejercerá el poder disciplinario sobre todos los abogados inscriptos en la Provincia, a cuyo efecto conocerá y juzgará, de acuerdo a las normas de ética profesional, las faltas cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión o que afecten al decoro de ésta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que incurran y de las facultades disciplinarias que las leyes acuerden a los tribunales de justicia".

4. Conclusiones

He mostrado como las normas que regulan las actividades de los Profesionales, forman parte del Ordenamiento Jurídico Estatal, y dentro de éste, del Derecho Penal disciplinario, en tanto y en cuanto esas normas regulan la conducta de los matriculados, estableciendo penas para las inconductas, y procedimientos para su juzgamiento, pudiendo incluso recurrirse las Resoluciones ante Tribunales pertenecientes a la justicia ordinaria.

Pero deseo aclarar, que esto no significa negar la existencia de una ética profesional, ni restarle méritos o importancia a la misma, sino todo lo contrario. Entiendo que es inobjetable la existencia de una moral propia de las profesiones, pero creo al mismo tiempo, que es erróneo afirmar que los códigos de conducta profesional formen parte de su ámbito. Sí sostengo, que las reglas disciplinarias, creadas por el legislador, deben derivarse de estos principios o reglas de moralidad profesional, que en definitiva son las que le dan validez y legitimidad a los llamados códigos deontológicos.

en materia de consideración y eventual juzgamiento de causas iniciadas de oficio o a petición de aportes, vinculadas a la ética profesional, sus transgresiones o causas de indignidad o inconducta o violación de disposiciones arancelarias por parte de los matriculados".

UNA APROXIMACIÓN A LA ÉTICA JUDICIAL DESDE LA VIRTUD Y LA EMPATÍA

LUCIANA SAMAME³⁰

Resumen: El principal objetivo de este artículo apunta a la explicitación de ciertos elementos centrales de una promisorio línea de análisis en filosofía jurídica: la llamada *Virtue Jurisprudence*. Una de sus tesis medulares se articula sobre la defensa de la decisiva importancia de la existencia de jueces virtuosos. En esta dirección, tematizo las virtudes judiciales propuestas por LAWRENCE SOLUM y propongo la incorporación de la virtud de la compasión. Si bien no son pocos los interrogantes que esta incorporación plantea, constituye un tema poco explorado y que sólo en forma reciente ha comenzado a recibir atención por parte de filósofos morales

³⁰ Licenciada y Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente es becaria posdoctoral del Conicet y su línea de investigación se circunscribe a la ética de las virtudes y a su aplicación a los dominios jurídico y político respectivamente. Es miembro del proyecto de investigación "La evaluación moral de las instituciones públicas. Hacia una sociedad democrática de ciudadanos libres e iguales", dirigido por los Dres. Hugo Seleme y Guillermo Lariguet (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales / Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: lucsamame@yahoo.com.ar.

y del derecho. Es así como finalmente examino cuáles son los desafíos que la incorporación de la compasión o empatía en la esfera de la ética jurídica plantea, y cuáles son las posibles vías para hacerle frente.

Palabras clave: giro aretaico - virtudes judiciales - empatía.

1. El giro aretaico emprendido por la filosofía moral y del derecho contemporáneas

Desde el s. XVIII en adelante, las tendencias representadas por el deontologismo y el consecuencialismo llegan a dominar ampliamente las discusiones de naturaleza ética y jurídica³¹. Sin embargo, en la escena filosófica del Siglo XX empiezan a considerarse perspectivas limitadas e incompletas. Pues ambas se caracterizan por proponer un criterio simple de discriminación moral, un criterio que permita distinguir a un agente racional las acciones permitidas de las prohibidas, para luego guiar de manera segura su acción. Dichas teorías presumen centrarse así en el análisis de la *acción* antes que en el carácter del agente. En palabras de J. ANNAS³², las mismas tienden generalmente a tomar como cuestiones primarias aquellas referentes a lo que uno debería *hacer*. En forma conexas, este tipo de teorías intenta proporcionar característicamente respuestas correctas a casos difíciles³³, de modo que de su aplicación a situaciones conflictivas puedan seguirse las decisiones acertadas. Por su parte, B. WILLIAMS ha indicado que la moderna noción de "moralidad" se caracteriza por constituir un sistema de pensamiento donde el

³¹ Cf. AMALIA AMAYA, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009), 13.

³² Cf. JULIA ANNAS, *The Morality of Happiness* (New York: Oxford University Press, 1993), 125.

³³ Cf. GUILLERMO LARIGUET, *Encrucijadas Morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico* (Madrid-México: Plaza y Valdez Editores, 2011).

concepto de *obligación* exhibe el rol central, sugiriendo por lo demás que estaríamos mejor sin esa noción³⁴.

La índole insatisfactoria que para ciertos pensadores ostenta la "filosofía moral moderna", consigue reactivar el interés, sobre todo en los últimos decenios del s. XX, por teorías que se presentan como alternativa a las figuradas por el consecuencialismo y el deontologismo respectivamente: las denominadas *éticas de la virtud*, cuyo resurgimiento trajo aparejada una afición renovada hacia las teorías antiguas. Éstas, antes que concentrarse en los principios de la buena o la mala acción, tienden a interesarse por delinear comprensivamente los contornos de la vida buena³⁵. Nuevamente a entender de ANNAS³⁶, las éticas antiguas no presuponen como conceptos básicos aquellos de "obligación", "deber", o "seguir una regla". En su lugar, emplean otra especie de categorías, tales como "bondad" o "valor", dado que sus intereses primarios se entretajan en derredor de las siguientes cuestiones: la formación del carácter y la práctica de las virtudes, el rol de las emociones y del razonamiento práctico, y todo ello bajo el *telos* fundamental que impulsa la especulación ética antigua, a saber: el logro de la *eudaimonía*, el bien supremo que hace a la vida humana satisfactoria y floreciente. Ciertos filósofos contemporáneos encuentran precisamente en esta clase de teoría, por el tipo de cuestiones que particularmente aborda, una opción más rica y fructífera: es así como en las postrimerías del s. XX se recupera el concepto de la vida buena en conexión con las virtudes morales³⁷.

Lo precedentemente descrito nos proporciona un hori-

³⁴ Cf. BERNARD WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Abingdon, Routledge: 2006), 174.

³⁵ Cf. GISELA STRIKER, "Greek Ethics and Moral Theory", en *The Tanner Lectures on Human Values*. Vol. 9, ed. Grethe B. Peterson (Salt Lake City: University of Utah Press, 1988), 183.

³⁶ ANNAS, *The Morality of Happiness*, 4.

³⁷ Cf. GRACIELA VIDIELLA y OSVALDO GUARIGLIA, *Breviario de Ética* (Buenos Aires: Edhasa, 2011), 197.

zonte amplio de presupuestos donde es posible enmarcar el giro aretaico que asimismo emprende la *filosofía jurídica*. De manera semejante a MACINTYRE en *Tras la virtud*³⁸, quien describe la situación de la ética contemporánea con tintes pesimistas, LAWRENCE SOLUM hace lo propio con respecto a la filosofía del derecho: en su opinión, no sólo la teoría sino también la práctica jurídica contemporánea, se hallan en serios problemas³⁹. Ello es así porque tanto el consecuencialismo como el deontologismo –tendencias también hegemónicas en aquella– no consiguen abordar satisfactoria ni íntegramente ciertas cuestiones, al desatender, por ejemplo, la relación entre el buen juzgar y las virtudes del juez, o la relación entre la ley y el carácter⁴⁰⁻⁴¹.

Como consecuencia, la *Jurisprudencia de la virtud* se propone en calidad de paradigma alternativo respecto del consecuencialismo y el deontologismo, ambicionando responder a las cuestiones clásicas de la teoría jurídica, aunque sin caer en la visión más bien fragmentaria o reduccionista de estas últimas, al tiempo que aboga por un cambio decisivo en las nociones básicas que aquella debe emplear. Consiguientemente, y replicando una vez más lo que después de 1958 empieza a suceder en la esfera de la filosofía moral, la *Virtue Jurisprudence* plantea que los conceptos centrales de la teoría jurídica ya no serán los de bienestar, autonomía o eficiencia,

³⁸ Cf. ALASDAIR MACINTYRE, *Tras la Virtud* (Barcelona: Crítica, 2004).

³⁹ Cf. LAWRENCE SOLUM, "Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law", en *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 23, eds. Huppés-Cluysenaer y Cohelo (London-New York: Springer, 2013), 3.

⁴⁰ Cf. LAWRENCE SOLUM, "Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging", *Metaphilosophy* 34 (2003): 179.

⁴¹ AMALIA AMAYA se hace eco también de una tesis de similar tenor: en su opinión, ni el consecuencialismo ni el deontologismo consiguen responder convincentemente a ciertas cuestiones que la filosofía jurídica debe afrontar, entre otras razones, por ser de difícil aplicación a casos concretos; fundamentalmente en relación con los "casos difíciles" o "casos trágicos" que un profesional del derecho debe dirimir (cf. AMAYA, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 13-18).

sino los de *virtud, excelencia, florecimiento humano*⁴². Puede decirse que este viraje conceptual supone una mirada mayormente comprensiva sobre los problemas clásicos de la filosofía del derecho, y que justamente por eso, involucra una ambiciosa tarea que aún se encuentra en estado programático. En referencia a tal situación, R. DUFF afirma que la emergencia de la *Jurisprudencia de la virtud* constituye uno de los rasgos más sobresalientes exhibido por la filosofía jurídica durante las últimas décadas, al contrastar notablemente con la perspectiva dominante asumida por el liberalismo⁴³. Por nombrar alguno de estos contrastes agudos, una de las tesis centrales de la primera, en clara oposición al punto de vista asumido por aquel último, es que el objetivo de la ley es hacer virtuosos a los ciudadanos, buscando promover en tal dirección su florecimiento *qua* humanos.

2. La Virtue Jurisprudence y el acento en las virtudes judiciales

Conforme lo previamente delineado, la *Virtue Jurisprudence* se caracteriza por constituir un enfoque distintivo de la teoría jurídica normativa que se compromete con la asunción de tres tesis básicas –las cuales habilitan a la vez tres líneas de investigación bajo su rúbrica–: a) el propósito de la ley es auspiciar la excelencia del individuo y la de su comunidad, al crear las condiciones que permiten la práctica de las virtudes; b) el criterio de corrección legal en vistas a la resolución de conflictos, no puede establecerse independientemente del carácter del juez, y por tanto, de las virtudes judiciales; c) la naturaleza de la legalidad se comprende mejor si es entendida en cuanto internalización de las *nomoi*, y por extensión, como la disposición a su obediencia⁴⁴.

En este trabajo me interesa abordar en forma exploratoria

⁴² Cf. SOLUM, "Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law", 2.

⁴³ Cf. R. A. DUFF, "The Limits of Virtue Jurisprudence", *Metaphilosophy* 34 (2003): 214.

⁴⁴ Cf. SOLUM, "Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law", 1-2.

la segunda de estas líneas, a saber: la tesis según la cual tanto la explicación como justificación de la práctica de juzgar, requieren de la virtud en cuanto parte ineliminable⁴⁵. En la actualidad, no son pocos los teóricos que adscriben esta perspectiva de análisis: se ha señalado, por ejemplo, que las teorías de la justicia tradicionales han dado mayor preponderancia a la cuestión del diseño adecuado de *instituciones* antes que a la cuestión de las *personas justas*⁴⁶. En tal sentido, este enfoque centrado en el concepto de virtud, considera sumamente promisorio abordar la relación entre moralidad y derecho atendiendo al *carácter* de las personas que integran dichas instituciones. Por tal motivo parece indispensable hacer foco en las virtudes de los protagonistas que aplican el derecho, en este caso, los jueces.

Una de las versiones robustas de esta tesis es defendida precisamente por L. SOLUM, quien sostiene que el buen juzgar es una función de las virtudes del juez, de manera que se volverá una exigencia crucial la dilucidación de las virtudes judiciales. En esta dirección, el filósofo norteamericano abreva de fuentes aristotélicas, referencia fundamental y prácticamente obligada de los teóricos de la virtud contemporáneos. Para ARISTÓTELES, las virtudes constituían disposiciones estables del carácter de una persona por las que ésta es capaz de obrar correctamente cada vez que las circunstancias lo requieren. De esta suerte, la evaluación moral de las acciones no puede divorciarse del carácter del agente que las ejecuta. O en otros términos, no puede existir un criterio de corrección de la acción independiente de las cualidades o virtudes del sujeto moral. En una tónica similar, SOLUM defiende la idea de que las virtudes del juez son condiciones de posibilidad –para emplear una expresión kantiana– de veredictos justos. Esto implica, asimismo, que la moralidad del juez no es externa a la institución del derecho.

⁴⁵ Cf. SOLUM, "Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging", 201.

⁴⁶ Cf. GUILLERMO LARIGUET, "El aguijón de ARISTÓFANES y la moralidad de los jueces", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 36 (2013): 114.

Inspirado en el catálogo de excelencias morales e intelectuales que ARISTÓTELES postula, SOLUM propone las siguientes virtudes en tanto notas distintivas e indispensables que un buen juez debe poseer: incorruptibilidad, coraje, sobriedad, inteligencia, sabiduría, las que encuentran al mismo tiempo unificación en la virtud cardinal de la justicia; pues si algo se presupone de un juez, es que es fundamentalmente justo⁴⁷. Ahora bien, una de las objeciones que esta concepción debe afrontar, es que el buen juzgar no depende de las virtudes del juez, sino simplemente de seguir un procedimiento correcto que garantice el resultado justo. Desde el punto de vista moral, es posible afirmar análogamente que una buena acción puede ser ejecutada por un agente no virtuoso, en la medida en que sea capaz de discriminar el proceso adecuado de deliberación para guiar la acción.

La concepción aretaica dispone de una estrategia central para afrontar la objeción recién planteada: la apelación a los casos difíciles, esto es, aquellos casos en que la ley es demasiado general como para guiarnos en el caso particular, o aquellos casos singularísimos en los que, de aplicarse la ley, se incurriría en una palmaria injusticia. Los defensores de la perspectiva centrada en las virtudes consideran que ni el deontologismo ni el consecuencialismo ofrecen fructíferas posibilidades de resolución, precisamente por ser incapaces de guiarnos en casos particulares. Por consiguiente, ante un caso difícil, es el juez virtuoso quien se encuentra en condiciones de ofrecer –*all things considered*– la mejor solución posible; pues este juez posee las virtudes judiciales: las excelencias intelectuales y morales que le permiten actuar

⁴⁷ AMALIA AMAYA también propone un catálogo análogo de virtudes judiciales: imparcialidad, sobriedad, valentía, sabiduría y justicia. Un interrogante que esta enumeración plantea y que aquí no podremos responder, es si estas virtudes son propias de la función judicial y diferentes de las virtudes morales generales, o si son más bien especificaciones de estas últimas (cf. AMAYA, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 27-32)

sobresalientemente. Entre ellas, la sabiduría práctica o *frónesis* desempeña un papel central, por ser la virtud en especial referida al caso particular: la captación de los rasgos relevantes de una situación en función de los cuales se delibera y se arriba a una resolución acertada. Esta virtud –que para ARISTÓTELES tenía un papel unificador, puesto que sin ella se es incapaz de ejercitar el resto de las virtudes– se corresponde con un postulado de carácter ontológico: la enorme variabilidad en las circunstancias humanas y en el mundo, hace que una regla o principio general se revelen a veces impotentes para afrontar situaciones inéditas. Por tal razón, es esencial que un agente posea inteligencia práctica o la virtud de la prudencia.

Con todo, no es tan sencillo responder a la objeción previamente delineada. La misma ha generado y sigue generando serias controversias, a las que aquí no podré tratar adecuadamente. Sin embargo, en esta etapa inicial de la investigación puede plantearse que tal diferencia se remite en última instancia a una diferencia de enfoque. La filosofía moral moderna, de cuyos postulados esenciales se hace eco la filosofía jurídica, deja de lado la pretensión medieval y sobre todo antigua de formar agentes virtuosos en función del *telos* último de la vida buena. En la Modernidad, las cuestiones de justicia o estrictamente morales quedan divorciadas de ese *telos*. Es así como la filosofía moral moderna asumirá una pretensión de más modesto alcance: la tematización de la vida humana, no ya como un todo, sino desde una perspectiva más bien fragmentaria, en clara sintonía con el espíritu diseccionador de la ciencia moderna. Entonces, ya no se tratará tanto de la formación íntegra de los seres humanos según sus fines más propios, sino preferentemente de regular sus acciones de modo tal que sus derechos no resulten vulnerados.

Es plausible sostener así que esta mirada típicamente moderna y que actuales teorías jurídico-morales recogen, es parcial o incompleta, ya que con ella hay algo que se pierde, a saber: la complejidad y al mismo tiempo riqueza de los

fenómenos humanos. Para seguir con la semejanza que hemos trazado: así como sólo artificialmente puede separarse una acción de la persona que la realiza, sólo artificialmente también puede escindirse una decisión judicial del juez que la enuncia. Por eso aquí abogo por la alternativa que las teorías basadas en la virtud ofrecen, porque ciertamente intentan recuperar esa mirada más comprehensiva que no desatiende las dimensiones plurales que concurren en todo hecho humano. Considero, por tanto, que *el enfoque de la teoría del juzgar centrado en las virtudes, nos proporciona una dimensión más fértil de análisis capaz de ofrecer ulteriormente valiosas pautas normativas.*

3. La aproximación al derecho y la justicia desde la empatía

En conexión con el compromiso teórico más arriba mencionado, intentaré seguir una pista que el mismo SOLUM provee, esto es, que la lista de virtudes por él propuesta pretende ser ilustrativa mas no exhaustiva⁴⁸. Ello nos libera el camino para pensar en la incorporación de otras virtudes. Y en tal orientación se encamina mi actual tentativa, por la que planteo a título exploratorio la incorporación de la virtud de la *compasión*, una virtud no atendida por SOLUM dada su extrema fidelidad al esquema aristotélico. A tal respecto, la pregunta central que me formulo es la de si es deseable que además de justos, sobrios, prudentes, etc., los jueces sean compasivos, o en términos quizá más familiares y menos problemáticos, empáticos. Intuitivamente, mi respuesta es afirmativa.

Lo que me lleva a tematizar la compasión en cuanto virtud judicial se desprende de dos tesis a las que adhiero: 1) la compasión constituye un rasgo deseable en los seres humanos, tratándose en consecuencia de una virtud esencial de cara a nuestra vida moral; 2) dado que el ejercicio de un rol no puede divorciarse a mi parecer de los requerimientos

⁴⁸ Cf. SOLUM, "Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging", 189.

de la moralidad, es deseable que un profesional o funcionario exhiba en su accionar la virtud de la compasión. Si bien es posible establecer contrastes, en este artículo usaré compasión y empatía de manera intercambiable⁴⁹. Un primer problema que sale a nuestro encuentro y que se vuelve acuciante responder es el siguiente: un juez compasivo podría dictar sentencias injustas, precisamente por empatizar demasiado con alguna de las partes. Esto sería desastroso si, por ejemplo, la pena dictada a un criminal se viera considerablemente menguada porque al oír su historia de vida, el juez se conmueve profundamente y, producto de esta afección, dictamina un castigo injusto. Para expresarlo en términos más precisos: la compasión o empatía judicial pondría en riesgo la *imparcialidad*, cualidad indeclinable que todo juez debe poseer. Trataré de esbozar en lo que sigue una tentativa de solución o, más bien, señalar ciertas vías por las que podría hacerse frente a semejante problema.

Sólo muy recientemente y en forma bastante embrionaria, se ha comenzado a subrayar la importancia de la empatía para la jurisprudencia y el derecho. Quizá el intento más

⁴⁹ El término "empatía", a diferencia del de "compasión", ingresó en la jerga filosófica mucho más tardíamente, recién en el Siglo XX y de la mano de la psicología. Además, a diferencia de la empatía, la compasión suele tener en el lenguaje ordinario una connotación peyorativa, al asociársela con la lástima. Sin embargo, un examen más cuidadoso, sobre todo desde el punto de vista etimológico, deshace semejante impresión: pues compasión y empatía son descendientes directos del vocablo griego *pathos*, el cual suele traducirse como pasión, padecimiento, afección, sentimiento. Por su parte, compasión (com-pasión) significa literalmente "sentir" o "padecer" con otro, o en términos análogos, sentirse afectado por lo que otro siente o experimenta. Por su parte, empatía se deriva también del término *pathos* y significa algo así como estar imbuido de pasión, esto es, emocionado o afectado. En la literatura filosófica contemporánea, se ha privilegiado el uso del término empatía por sobre el de compasión. No obstante, y más allá de todos los matices que puedan señalarse, me interesa destacar aquí que ambos términos están compuestos de manera esencial por el vocablo "*pathos*", de modo que tanto empatía como compasión refieren centralmente a la capacidad de sentirse afectado.

radical sea el del filósofo norteamericano MICHAEL SLOTE, quien pretende fundamentar nociones básicas como las de justicia social y legal sobre bases sentimentalistas, en el marco de una ética de la virtud⁵⁰. A contrapelo de lo que suele pensarse, se sostiene desde esta perspectiva que los jueces han de ser capaces de experimentar empatía para presidir juicios justos y proporcionar veredictos imparciales. El criterio general subyacente a esta concepción es el siguiente: las leyes, instituciones y costumbres son justas si y sólo si aquellos que las promulgan, mantienen o participan en ellas, no carecen de concernimiento empático hacia las personas o grupos de personas a las que las primeras envuelven⁵¹.

Ahora bien, ¿qué es lo que entiende SLOTE por "empatía"? En su opinión, la misma involucra una especie de unidad *-oneness-* e identificación con los otros. De esta suerte, cuando alguien dice por ejemplo "siento tu dolor", es indicativo de la presencia de este tipo de emoción⁵². Luego pareciera ser que una nota distintiva de la empatía, es la sensibilidad específica hacia el infortunio o sufrimiento que aqueja a nuestros congéneres -ya sean cercanos o bien lejanos a nosotros-. En esta tónica, SLOTE sostiene que la empatía se sitúa muy cerca de la *compasión*. Ello es así porque tendemos a empatizar mayormente con aquellos que han caído en desgracia o atraviesan una mala situación. Según este autor, la moralidad descansa precisamente en la capacidad que una persona tiene de experimentar empatía hacia otros seres. Bajo tales premisas, SLOTE llega a decir directamente que las leyes e instituciones no deberían reflejar una carencia de compasión *-a lack of compassion-*⁵³.

⁵⁰ Cf. MICHAEL SLOTE, *Moral Sentimentalism* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

⁵¹ Cf. MICHAEL SLOTE, «Empathy, Law and Justice», en *Law, Virtue and Justice*, eds. A. Amaya y H. Hock Lai (Oxford: Hart Publishing, 2013), 282.

⁵² Cf. SLOTE, "Empathy, Law and Justice", 281.

⁵³ Cf. SLOTE, "Empathy, Law and Justice", 287.

Planteemos nuevamente la objeción que una posición vindicatoria de la empatía debe afrontar: el riesgo que ello entraña para la práctica de la justicia y la imparcialidad. Consciente de este problema, SLOTE dispone de una interesante estrategia defensiva ante el objetor: un juez que aplica un castigo débil –como en el ejemplo más arriba mencionado– muestra por un lado una gran empatía hacia el convicto, pero su conducta evidencia por el otro, *una falta de empatía* hacia aquellos afectados por la conducta del criminal o hacia aquellos que potencialmente podrían serlo en el futuro⁵⁴.

A pesar de visibilizar un agudo contrapunto, creo que la respuesta de SLOTE no resulta enteramente satisfactoria, ya que en definitiva no nos está ofreciendo un criterio normativo en base al cual pueda orientarse la disposición empática sin que ello actúe en detrimento de la imparcialidad. Su argumento es más bien de calibre descriptivo: pues simplemente nos dice que un juez actúa justamente cuando exhibe una actitud empática no parcial, esto es, direccionada en forma equilibrada hacia todas las partes involucradas. De esta manera, la tentativa de SLOTE parece enmarcarse más bien en la psicología moral antes que en la ética normativa. Pero mi compromiso aquí es con una ética judicial informada por cuestiones normativas. A este respecto, me hago eco de las palabras de AMALIA AMAYA:

“La ética jurídica aspira a elaborar estándares de conducta profesional que permitan a los juristas ser buenos jueces, buenos abogados y, también, buenas personas. O dicho de otra manera, la ética jurídica trata de proporcionar una guía de conducta que dé cuenta de cómo un profesional del derecho puede actuar moralmente en el contexto de su profesión”⁵⁵.

Luego, si mi apuesta es aquí la defensa de la tesis conforme con la cual es deseable la existencia de jueces compasivos

⁵⁴ Cf. SLOTE, “Empathy, Law and Justice”, 288.

⁵⁵ AMAYA, *Virtudes Judiciales y Argumentación*, 13.

–dada la relevancia de la compasión para la moralidad–, debo indicar de qué forma podrían serlo sin dejar de ser imparciales. Dada la complejidad de la cuestión y la fase más bien inicial en la que mi investigación se encuentra, no me será posible ofrecer una respuesta completamente satisfactoria que logre atender a todos los aspectos involucrados en tan espinosa cuestión. De modo que me contentaré con indicar algunas pistas que nos servirán principalmente por su valor heurístico.

En primer lugar, apelar a la empatía en cuanto parte esencial de la moralidad no nos compromete necesariamente con una ética sentimental de corte irracional. Es cierto que las teorías morales que postulan a los sentimientos como base exclusiva o dominante de la moralidad, tienden a subordinar o desdibujar el rol de la razón: se muestran escépticas frente a la posibilidad de que normas o principios generales logren motivarnos y guiarnos en la acción, quedando así expuestas a una suerte de subjetivismo. Si la moral se trata a la postre de una cuestión de sentimiento –que puede un agente eventualmente poseer o no–, entonces es imposible para la ética devenir normativa –pues las normas o “razones para la acción” carecen para esta tesitura de fuerza motivacional, dado que sólo las pasiones consiguen hacerlo–. Por lo demás, este tipo de teorías suelen presentar una suerte de antagonismo entre razón y pasión.

Creo sin embargo que, reconocer la importancia de ciertas emociones o sentimientos para nuestra vida moral, no tiene por qué conducirnos inexorablemente hacia una posición tan extrema. En este sentido, la ética de la virtud de corte aristotélico o neo-aristotélico nos proporciona un antídoto eficaz: pues para este enfoque es perfectamente compatible sostener a un tiempo la relevancia decisiva de las emociones morales junto con el papel regente de la razón. De hecho, el concepto aristotélico de virtud involucra sustancialmente la capacidad de actuar apropiadamente en cada situación que se presenta desde una disposición anímica adecuada, es decir, a partir de una emoción “correcta”. Pero en este punto es la razón

quien de alguna manera regula las emociones: hay respuestas emocionales apropiadas e inapropiadas, siendo aquélla la única capaz de determinarlo. En la óptica aristotélica, el agente virtuoso sabe cómo actuar en el momento oportuno por las razones correctas y desde una disposición recta. Si trasladamos este esquema conceptual a la práctica judicial, podemos decir que un juez virtuoso es aquel capaz de deliberar correctamente y arribar a una sentencia justa, haciendo todo esto, además, desde una disposición emocional adecuada. Cuando un determinado sentimiento –como el desagrado que eventualmente le provocaría una de las partes– puede llevarlo a privilegiar injustamente a la otra, entonces la razón práctica es capaz de actuar como correctivo. Si una emoción lo inclinara a la parcialidad, la razón podría rectificar este rumbo erróneo reconduciéndolo hacia la imparcialidad –y por tanto hacia la consideración de los otros puntos de vista que ha ignorado–. Aunque se supone que un juez virtuoso, al poseer las emociones adecuadas, no podría sucumbir ante semejante emoción.

De lo precedentemente expuesto puede colegirse que las emociones, desde la perspectiva aristotélica, son permeables a la razón y se dejan modelar por ella; en consecuencia, es posible una educación sentimental. Esto habilita suponer que las emociones son “inteligentes” o que poseen al menos algún componente cognitivo. En esta dirección se encaminan estudios recientes sobre la empatía provenientes del campo de la psicología⁵⁶ y que filósofos morales y de la mente recogen en función de sus propias teorizaciones. Tal cosa nos da pie para proseguir dando razones de por qué la empatía o la compasión no atentaría necesariamente contra la imparcialidad del juez.

En segundo lugar, entonces, es dable señalar una dimensión doble que traspasa a la empatía –tal como HOFFMAN

⁵⁶ Cf. MARTIN HOFFMAN, *Empathy and Moral Development* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

señala en su influyente libro–: una dimensión afectiva y una dimensión cognitiva. Si la empatía se tratara de una respuesta puramente afectiva, nos quedaríamos muy probablemente sin armas defensivas para hacer frente a la mentada objeción. Con todo, el hecho de que esté atravesada también por un elemento cognitivo, nos autoriza suponer su compatibilidad o posibilidad de inclusión en una teoría de signo racionalista. No es casual que el mismo SLOTE, quien abreva por su parte en la ética humana, termine por oponer su enfoque sentimental a la ética racional: lo hace al parecer por privilegiar a la empatía en su vertiente afectiva. Esta observación es realizada por JOHN DEIGH⁵⁷. No obstante, y tal como este último advierte, incorporar a la empatía en una teoría moral o jurídica no conlleva en absoluto el riesgo del sentimentalismo irracional. Por el contrario –continúa–, incluso un enfoque racionalista como el kantiano admite en su seno la inclusión de la empatía, siempre y cuando sea ésta tomada en su faceta cognitiva⁵⁸.

Ahora bien, ¿en qué consiste ese rasgo cognitivo? Según HOFFMAN –cuyos desarrollos teóricos son tomados como punto de partida por los autores anteriormente mencionados–, el mismo es definido en cuanto “apercepción cognitiva de los pensamientos, sentimientos, percepciones e intenciones de otras personas”⁵⁹. En palabras similares, esta clase de empatía es la aptitud por virtud de la cual somos capaces de ponernos en lugar de los otros y considerar así diferentes perspectivas. A diferencia de esta habilidad cognitiva, la empatía en su faceta afectiva se caracteriza por ser una respuesta emotiva hacia otras personas. Sentados estos contrastes, creo que estamos en condiciones de remarcar en qué dirección la

⁵⁷ Cf. JOHN DEIGH, “Empathy, Law and Justice” *Empathy in Law (A Response to Slote)* “Empathy, Law and Justice”, en *Law, Virtue and Justice*, eds. A. Amaya y H. Hock Lai (Oxford: Hart Publishing, 2013), 293.

⁵⁸ Cf. JOHN DEIGH, “Empathy, Law and Justice” *Empathy in Law (A Response to Slote)* “Empathy, Law and Justice”, 297.

⁵⁹ Cf. MARTIN HOFFMAN, *Empathy and Moral Development*, 29-30.

empatía -en el primer sentido- es capaz de desempeñar un importante rol en la práctica judicial: pues la destreza para considerar diferentes perspectivas -los pensamientos, deseos o intenciones de las personas- parece constituir incontestablemente parte esencial de la labor de los jueces. Aún más: podría decirse que la imparcialidad de las sentencias judiciales depende en buena medida de que el juez haya considerado previamente y en forma equilibrada, todas las perspectivas de los actores involucrados en el caso.

4. A modo de cierre

He comenzado refiriéndome en este trabajo al giro aretaico que la filosofía del derecho emprendió en los últimos decenios del Siglo XX. He intentado evidenciar su parentesco directo con la ética de la virtud y de qué manera este último concepto se vierte al ámbito jurídico. En especial, hice alusión a la llamada *Virtue Jurisprudence*, una promisoriosa y reciente línea de investigación en filosofía del derecho que, entre sus principales pretensiones, se propone tematizar las virtudes judiciales, señalando al unísono su importancia capital. Alineándome con este enfoque, he propuesto a la compasión o empatía como a otra de las virtudes judiciales, señalando a un tiempo qué tipo de desafíos o problemas se derivan de esta propuesta. En especial, la objeción que sale a su encuentro es la de cómo hacer para que la empatía no erosione la imparcialidad, virtud por antonomasia de un juez.

Se ha tematizado al respecto el planteo de MICHAEL SLOTE, quien en forma novedosa propone no sólo incorporar a la empatía en la teoría de la justicia legal, sino incluso postularla como su fundamento. Pero he tratado de poner de manifiesto que un enfoque de ese tipo, fuertemente comprometido con un sentimentalismo de sesgo irracional, no se muestra del todo potente para hacer frente a aquella objeción. Sin embargo, lejos de concluir a partir de la debilidad de la teoría de SLOTE que sería mejor prescindir de la empatía dentro de la ética judicial, he tratado de apuntar una estrategia para

salvaguardarla: en la medida en que la empatía exhibe una dimensión cognitiva, ello permite y hace deseable su inclusión en la esfera de las virtudes judiciales. Un juez empático es aquel proclive a tomar en cuenta todas las perspectivas y puntos de vista en juego, de manera que parece tratarse de una cualidad indispensable para garantizar la imparcialidad. Finalmente, quisiera expresar que si bien este trabajo ha tenido un carácter un tanto programático, he tratado al menos de bosquejar las líneas fundamentales que continuaré profundizando en próximos trabajos. Creo que el estado embrionario en que se encuentran actualmente las teorías sobre la justicia con una fuerte nota en la empatía, motiva aún más mi intención de proseguir por este camino: resta por tanto mucho por hacerse.