

Emociones y virtudes en la argumentación jurídica

Amalia Amaya / Maksymilian del Mar
Pedro Humberto Haddad Bernat / Guillermo Lariguét
José Ramón Narváez Hernández / Luciana Samamé



tirant
lo blanch

JUECES Y
ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA

3



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
FEDERAL

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN M. FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

**EMOCIONES Y VIRTUDES EN LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

COLECCIÓN “JUECES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”
LÍNEA A DE INVESTIGACIÓN:
MODELOS JUDICIALES. HACIA UN MODELO JUDICIAL EN MÉXICO

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES
Ministro Presidente

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

SALVADOR MONDRAGÓN REYES (*Presidente*)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

MIGUEL BONILLA LÓPEZ

ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

FERNANDO SILVA GARCÍA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ (*Secretario*)

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Salvador Mondragón Reyes

Director General

Bernardo Rafael Velasco Muñoz

Coordinador Académico

CONSEJO EDITORIAL

Rosa María Álvarez González (IIJ-UNAM)

Amalia Amaya (IIF-UNAM)

Karina Ansolabehere (FLACSO)

Manuel Atienza (Universidad de Alicante, España)

José Luis Caballero Ochoa (U. Iberoamericana)

José Dávalos Morales (IIJ-UNAM)

Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (IIJ-UNAM)

Jorge Alberto González Galván (IIJ-UNAM)

Juan E. Méndez (American University, USA)

Margarita Palomino Guerrero (IIJ-UNAM)

Ascensión E. Perales (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Pedro Salazar Ugarte (IIJ-UNAM)

Sandra Serrano García (FLACSO)

Jorge Alberto Witker (IIJ-UNAM)

EDITOR RESPONSABLE

Ramón Ortega García

Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones

EDITOR ACADÉMICO

Rafael Caballero Hernández

EMOCIONES Y VIRTUDES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

AMALIA AMAYA
MAKSYMILIAN DEL MAR
PEDRO HUMBERTO HADDAD BERNAT
GUILLERMO LARIGUET
JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
LUCIANA SAMAMÉ



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
FEDERAL

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2017

Copyright © 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Amalia Amaya y otros

Primera edición: 2017

D.R. © 2017. Instituto de la Judicatura Federal
Calle Sidar y Roviroso, No. 236, Colonia Del Parque,
Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.
Impreso y hecho en México.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: (55) 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN Consejo de la Judicatura Federal: 978-607-9013-26-4
ISBN Obra completa: 978-607-9013-25-7
ISBN: 978-84-9169-642-1
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice

Nota preliminar	11
Prólogo	13
RAFAEL CABALLERO HERNÁNDEZ	
La virtud de la humildad judicial.....	17
AMALIA AMAYA	
I. Introducción	17
II. Humildad judicial como restricción judicial: una crítica	19
III. Una concepción igualitaria de humildad judicial.....	24
IV. El valor de la humildad judicial	29
V. Conclusiones.....	33
Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio....	37
PEDRO HUMBERTO HADDAD BERNAT	
I. Un reto escéptico	45
II. Virtudes intelectuales y justificación epistémica.....	48
III. Referencias	57
Las emociones judiciales y la importancia de su enseñanza: una visión infrarrealista.....	59
JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ	
I. La conciencia del juez a través de la obra <i>Justicia S.A.</i>	59
II. Las emociones en la capacitación judicial	66
III. La máxima emoción de todas: el sentido de justicia y su compañe- ro el sentido común	70
IV. Conclusiones.....	77
V. Referencias	78
El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial	81
GUILLERMO LARIGUET LUCIANA SAMAMÉ	
I. Introducción	81
II. Las emociones en la teoría de la argumentación jurídica.....	82

1. El papel justificatorio de las emociones en disputa	82
2. La racionalidad de las emociones	84
III. Emociones, motivación y para actuar.....	86
IV. De la importancia de los jueces virtuosos	89
V. Análisis de un caso.....	92
VI. Consideraciones finales	99
VII. Bibliografía	101
Imagining by Feeling: A Case for Compassion in Legal Reasoning	105
MAKSYMILIAN DEL MAR	
I. Introduction.....	105
II. Cognitively-evaluative relational feelings: situating compassion...	106
1. Empathy, sympathy, compassion	106
2. Cognitively-evaluative relational feelings.....	108
3. The process of compassion.....	110
III. Compassion and the (multi-) perspectival imagination.....	112
1. The perspectival and multi-perspectival imagination	113
2. Emotion and imagination.....	118
IV. The adjudicative context.....	122
V. Conclusion.....	127
VI. References.....	128
Nota curricular de los autores	131

El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial

Guillermo LARIGUET
Luciana SAMAMÉ

I. Introducción

A mediados de la década de 1970, las teorías de la argumentación jurídica comenzaron a ocupar un lugar prominente en el dominio iusfilosófico. Ello era así porque se suponía —y se supone— que suministran diversos criterios racionales para justificar soluciones correctas para problemas considerados por lo general “difíciles” dado que ponen al desnudo cierto tipo de “indeterminación” del derecho para dar respuesta correcta a un caso. Este lugar ocupado por las teorías de la argumentación jurídica, a su vez, ha transitado a nuestro modo de ver tres etapas, dos de las cuales han sido muy desarrolladas por la literatura teórica, no siendo el caso de la última. La primera etapa fue la de la argumentación correcta tendiente a obtener “normas jurídicas” que sirvieran de premisas normativas plausibles para los razonamientos judiciales. Aquí las teorías de la interpretación tuvieron mucho que decir al respecto¹. Una segunda etapa se vinculó con la teoría de la premisa menor, de la premisa fáctica y su justificación en el razonamiento o argumentación judicial. Sobre este particular destacaron las llamadas teorías de la prueba². La tercera etapa, mucho menos desarrollada en la bibliografía especializada, es la que tiene que ver con la pregunta por el papel de las “emociones” en el contexto de *justificación* de la argumentación judicial. De este punto, precisamente, y dado su menor desarrollo, nos ocuparemos aquí.

¹ Piénsese, por ejemplo, en las teorías de la interpretación de tipo “conversacional” (sostenidas por autores razianos), como opuestas a las teorías de la interpretación “constructivistas” (sostenidas por autores dworkinianos).

² Con autores destacados como Laudan o Taruffo.

Como suele ocurrir a menudo, la teoría o filosofía del Derecho “llega tarde” a ciertas discusiones. La discusión teórica sobre las emociones ya lleva muchos años en las neurociencias, la filosofía de la mente y la ética en particular³. En el campo del Derecho, autores como Deigh⁴, Slote⁵, y en habla hispana González Lagier⁶, entre otros, vienen llamando la atención sobre las mismas. En la mayoría de las aproximaciones al tema, la discusión pasa por el tratamiento de diversos problemas⁷. Con todo y hasta donde alcanzamos a ver, existe una profunda pregunta descuidada, a saber: ¿son superfluas las emociones en la argumentación judicial?

II. Las emociones en la teoría de la argumentación jurídica

1. *El papel justificatorio de las emociones en disputa*

La formulación de la pregunta antecedente puede inducir eventual perplejidad. Pues, cómo es posible a esta altura —en que se asume, en la literatura especializada antes citada, que las emociones juegan papeles decisivos en la argumentación del juez— que alguien se formule tal pregunta. Sin embargo, como queremos mostrar en este trabajo, la pregunta no es ingenua.

³ Véase Damasio, Antonio, *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Paidós, Buenos Aires, 2014. Véase también Evers, Kathinka, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Katz, Madrid, 2011.

⁴ Véase Deigh, John, *Emotions, Values and the Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008. Véase también Deigh, John, “Empathy, Justice and Jurisprudence”, *The Southern Journal of Philosophy*, Spindel Supplement, vol. 49, 2011, pp. 73-90. Y también Deigh, John, “Empathy in Law (A Response to Slote)”, en Amaya, A. *et al.* (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁵ Slote, Michael, “Empathy, Law and Justice”, en Amaya, A. *et al.* (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁶ González Lagier, Daniel, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

⁷ Por ejemplo: i) preguntarse si las emociones tienen carácter meramente afectivo o también cognitivo; ii) si las emociones morales o de otra índole son eventos puramente psicológico-empíricos o también normativos; iii) si la descripción de que cierto comportamiento se explica en función de ciertas emociones es correcta o encubre, en realidad, un proceso de engaño que oculta los verdaderos resortes psíquico-causales de tal comportamiento, etcétera.

Tradicionalmente, las teorías de la argumentación jurídica han negado a las emociones un papel sustantivo. Ello, tal vez, por dos razones. Por un lado, porque el debate jurídico-filosófico ha estado dominado en gran medida por el deontologismo kantiano, en donde se ha exaltado el elemento racional por encima de la vida emocional, objeto constante de recelo y sospecha. Por otro lado, porque en la teoría de la argumentación jurídica hizo mella una clásica distinción proveniente de la filosofía de la ciencia de cuño positivista: la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación⁸. Al trasladarse semejante dicotomía al plano del razonamiento legal, se ha llegado a estipular que las emociones pertenecen al contexto de descubrimiento o de las externas, negándoseles de esta suerte todo potencial justificatorio. Con arreglo a ello, no parece haber mayores inconvenientes en admitir que las emociones (compasión, ira, alegría, culpa, tristeza, indignación, etc.) juegan un rol *explicativo* en diversas decisiones judiciales. Sin embargo, ¿se trata esta de una apreciación exacta? ¿No podrían tener acaso las emociones, a la par que un causal explicativo, otro justificatorio?

Tal pregunta reviste suma importancia en función de la principal línea argumentativa que persigue este trabajo: creemos que una discusión fructífera en torno al papel de las emociones en el razonamiento legal, sólo podrá darse en la medida en que aquellas revelen aptitud normativa y justificatoria. O dicho a la inversa: si las emociones se ciñen sólo a explicar eventualmente ciertas decisiones judiciales, su rol justificatorio—que es en definitiva el que interesa— estaría ausente. Lo decisivo para la argumentación es, en última instancia, su núcleo justificatorio, el cual puede o no coincidir (muchas veces no coincide, dirán algunos) con las explicativas. No obstante, entendemos que en el asunto de la superfluidad o falta de superfluidad de las emociones en el razonamiento judicial, se ocultan algunas confusiones de orden conceptual. En este sentido, un punto del todo importante reside en determinar si las emociones envuelven componentes cognitivo-evaluativos, pues, de ser así, incrementarían sus chances de poder normativo. En lo sucesivo haremos referencia a este punto.

⁸ Esta distinción fue introducida por el lógico y filósofo alemán Hans Reichenbach en su libro *Experience and Prediction. An analysis of the foundations and structure of Knowledge*, The University of Chicago Press, Chicago, 1961, pp. 6-7.

2. *La racionalidad de las emociones*

De algún modo ha sido un lugar común la asociación entre emociones e irracionalidad. Según este punto de vista, las emociones son especies de pulsiones que irrumpen violenta o caprichosamente en nuestras vidas, nublando toda capacidad de juicio. Conforme esta imagen —que aquí presentamos en su versión extrema— somos pasivos e impotentes frente a ellas, careciendo de un dominio racional sobre las mismas. Ahora bien: imaginemos que esta concepción de las emociones fuera cierta. De ser así, la defensa de su rol protagónico —desde un punto de vista justificatorio— en el razonamiento judicial, no sería más que una vana esperanza. Pues al ser la imparcialidad la virtud judicial por excelencia, la misma se vería seriamente afectada, según dicha concepción, por la irrupción de la vida emocional. Afortunadamente, semejante visión puede ser desafiada. En las últimas décadas se han venido avanzando importantes estudios que han cristalizado en teorías cognitivistas de la emoción, las cuales contrastan con aquellas otras centradas en los sentimientos o en bases fisiológicas.

En la actualidad son las aproximaciones cognitivistas a las emociones, aquellas que dominan las discusiones filosóficas⁹. No es este el lugar para adentrarnos en una discusión tan vasta y compleja. Tan solo nos limitaremos a señalar algunos elementos de importancia con el fin de apuntalar la tesis que aquí nos proponemos defender, esto es, la capacidad justificatoria de las emociones. En primer lugar, puede señalarse que el enfoque cognitivista defiende la tesis de la racionalidad de las mismas. Esto significa —expresado en forma esquemática— que la capacidad de experimentar emociones se encuentra estrechamente vinculada con nuestras facultades intelectivas y de raciocinio. Los cognitivistas sostienen que aquellas envuelven típicamente contenido proposicional¹⁰. Sin la capacidad de percibir, de formar creencias, deseos y juicios, difícilmente tendríamos emo-

⁹ Para una discusión pormenorizada sobre este particular, véase Deigh, John, “Cognitivism in the theory of emotions”, *Ethics*, vol. 104, núm. 4, 1994, pp. 824-854.

¹⁰ Véase De Souza, Ronald, “Emotion”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/>

ciones. Por ejemplo, una de las posiciones más audaces dentro de esta vertiente, es la representada por Robert Solomon, quien identifica a las emociones con juicios evaluativos¹¹. La indignación, por caso, envuelve el juicio de que uno mismo, o alguien cercano a nosotros, ha sido ofendido o humillado por otro.

En segundo lugar, las emociones, tal como son abordadas por la ética o la filosofía del derecho, no interesan como puros eventos empíricos o de psicología meramente empírica. Para parafrasear a Rawls, interesa aquí una psicología más bien filosófica o normativa¹². El tipo de teoría interesante de las emociones que, por lo general, aceptan los éticos y los filósofos del derecho, son precisamente aquellas que abrevan en el cognitivismo. Ya en Aristóteles encontramos esbozada una teoría de este tipo, fundamentalmente en su *Retórica*. Las emociones son allí presentadas como una amalgama de aspectos afectivos y cognitivos, las cuales se conectan con el sujeto que las experimenta y lo orientan en cierta dirección. Dichas emociones pueden estar asimismo vinculadas con creencias verdaderas, falsas o razonables, por lo cual —se podría admitir—, tienen un condimento cognitivo.

Pues bien, hecha la aclaración precedente, digamos que, según la teoría aristotélica —que ha influido grandemente en los posicionamientos contemporáneos— no interesa tanto el mero sentir, como la idea de sentimientos *debidos*. En *Ética Nicomáquea*, Aristóteles repetidamente refiere a las emociones como disposiciones a sentir de determinada manera¹³. Es así que la suya es una ética o psicología normativa, si se quiere, por lo que interesan los sentimientos “debidos” a la persona correcta, en el momento oportuno, y por las adecuadas. Trasladando esto al ámbito de la argumentación judicial, importa que el juez *debe sentir* de cierta manera, en función del tipo de caso que debe resolver.

¹¹ Véase Solomon, Robert, “On emotions as judgements”, en *Not Passion's Slave. Emotion and Choice*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

¹² Cfr. Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México, 2004, pp. 99 y ss.

¹³ Ello es así porque Aristóteles pensaba que una acción de acuerdo con la virtud no es sobria o justa por ser de cierta manera, sino también porque quien la ejecuta *se encuentra en cierta disposición* al hacerla (EN 1105 a 30).

Pues bien, dado que en este trabajo nos centraremos en la emoción de la compasión, es preciso plantear las siguientes preguntas: ¿por qué es importante que el enjuiciador sienta compasión en determinados casos?, ¿cuál sería su impacto en el razonamiento judicial? Esperamos proporcionar una respuesta plausible a estos interrogantes en páginas sucesivas. Antes, se vuelve menester definir los contornos de la compasión. A grandes rasgos, ésta puede entenderse como una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla. Tal como señala Nancy Snow, la compasión requiere esencialmente de la identificación con el sufrimiento del que otros son objeto, al entrañar la creencia “podría ser yo”¹⁴. Esto significa que la *creencia* de que también nosotros —o alguien cercano a nosotros— estamos expuestos al infortunio, permite a quienes experimentan compasión, ponerse en el lugar del otro. Semejante caracterización permite ver que la compasión envuelve a la vez componentes afectivos y cognitivos: por un lado, la capacidad de *sentir-con* y experimentar el sufrimiento ajeno; por el otro, tanto la *percepción* de la aflicción que aqueja a un semejante y el *deseo* de aliviarlo, cuanto la *creencia* de nuestra idéntica desprotección frente a la mala fortuna.

III. Emociones, motivación y para actuar

Ahora bien, ¿por qué deben tenerse en cuenta los sentimientos o emociones del juez? La pregunta podría provocar la sospecha de que hemos perdido la cuestión. Porque la mirada estándar al respecto es que basta con que los jueces se apeguen a respetar las reglas y los principios, obligaciones y derechos, de un sistema normativo (deontologismo), o bien atiendan a las consecuencias sociales de la aplicación de la ley (utilitarismo), sin conceder ningún lugar interesante, desde el punto de vista justificatorio, a las emociones. Repitamos: éstas pueden jugar un rol destacado en la explicación causal de la decisión del juez, pero de ahí no se sigue su rol justificatorio, que es el estelar para

¹⁴ Snow, Nancy, “Compassion”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, 1991, p. 197.

el razonamiento judicial. Precisamente, la confusión entre lo explicativo y lo justificativo, era la que cometían los llamados “realistas jurídicos” cuando hablaban de los sentimientos o intuiciones de un juez como motor de la decisión judicial, es decir, como fuente de *motivación* del juez. Empero, estamos yendo muy de prisa. Esto porque restan todavía nudos que desentrelazar.

Para comenzar, téngase en cuenta que la idea de motivación para actuar es doblemente ambigua. Principalmente porque en filosofía práctica se usa para calificar pasos analíticamente diferenciables, a saber: explicar y justificar. La primera opción refiere a la explicación causal-mecanicista, esto es, a la causa antecedente que origina la conducta en cuestión; la segunda, en cambio, concierne a la intención o razón en función de la cual se actúa¹⁵. En segundo lugar porque, desde un punto de vista sustancial, “motivación para actuar” puede aludir o bien al externalismo de las razones según el cual las creencias verdaderas mueven a la acción (al estilo kantiano), o bien al internalismo de las razones según el cual solo los deseos mueven a actuar (al estilo humeano).

La noción de motivación para actuar se liga con la categoría para actuar. Desde el punto de vista de las para la acción, se podría pensar que las emociones, en tanto son una amalgama de lo afectivo y lo cognitivo, y que también son datos de psicología normativa en los términos de Aristóteles, otorgan para que el juez actúe. Empero, “para actuar” también es un término ambiguo. De nuevo: hay que “explican” y que “justifican”. No siempre las que explican son también las que justifican. A menos que las que explican sean, desde el punto de vista justificatorio, que también justifican. En general, una explicación de la agencia intencional tiene que apelar a elementos normativos, propios de la intención, y que presuponen algún criterio normativo de racionalidad. Es probable que algo de esto haya detrás de la idea de que sólo algunas que explican también justifican. Para saberlo debemos tener clara la naturaleza de la justificación.

Desde el punto de vista de la justificación, importan las para actuar en sentido normativo. Estas forman parte de un juego de dar y pedir, juego regido en parte por la lógica, en parte por las teorías de

¹⁵ Cfr. Gonzalez Lagier, Daniel, *op. cit.*, pp. 85-91.

la argumentación, conforme al cual las razones deben ser susceptibles de debate en forma pública¹⁶.

Con las distinciones anteriormente efectuadas, volvamos a las emociones. Hemos dicho que las emociones que más interesan en la ética y la filosofía del derecho podrían ser entendidas en términos aristotélicos como una amalgama entre lo afectivo y lo cognitivo, lo psicológico y lo normativo. No se trata de que al tener que tomar una decisión un juez sienta algo, entendiendo esto desde un punto de vista meramente psicológico-explicativo. Se trata, también, de que el juez debe sentir de cierta manera. El “deber de sentir de cierta manera” tiene que ver con la idea aristotélica de virtud. Una virtud es una “excelencia” epistémica o de carácter. Desde esta perspectiva no se trata meramente del apego de un juez a un sistema de normas (deontologismo), o del rendimiento práctico de consecuencias sociales de la aplicación de una norma (utilitarismo, sea de actos o de reglas). Se trata de que el juez virtuoso exprese una manera de ser y de sentir. El juez, por ejemplo justo, “quiere ser justo” y actúa como justo. La expresión voluntarista “quiere”, indica motivación. Pero, como hemos recordado ya, el término motivación es ambiguo: refiere a lo explicativo y a lo justificativo, instancias que es preciso deslindar.

Aquí asumimos que el juez está “motivado” para actuar pero no solo desde un punto de vista causal sino también desde un punto de vista normativo. Esto podría entenderse en términos “contrafácticos”¹⁷. El juez virtuoso, que es un juez *ejemplar*, eleva a baremo normativo la forma en que todo otro juez virtuoso, o justo, o prudente, etc., *debería actuar*. Los buenos jueces, así, *imitan* a los buenos jueces. De modo que las emociones, vistas desde el punto de vista de la psicología “normativa”, otorgan justificatorias para actuar. Esto implica, en el caso del virtuoso, la posibilidad de “filtrar” los aspectos causales excluibles desde el punto de vista moral. Al puerto justificatorio solamente llegan las emociones filtradas por un comportamiento virtuoso o ejemplar.

¹⁶ Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, pp. 204-240.

¹⁷ Cfr. Amaya, Amalia, “The Role of Virtue in Legal Justification”, en Amaya, A. *et al.* (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, p. 56.

Además de lo anterior es menester señalar que las razones para actuar, en Aristóteles, no son puramente internalistas o puramente externalistas. No son o bien humanas o bien kantianas. Esta es, más bien, una distinción “moderna”. En Aristóteles, el “justo medio” está dado por emociones enhebradas con ciertas creencias que dan para creer (como en el caso de la virtud intelectual de la sabiduría o el entendimiento) o para actuar (como en el caso de la justicia, por ejemplo). Aristóteles ejemplifica muy bien la disolución de las dicotomías en ideas como las de motivación o para actuar. El juez aristotélico no tiene que ser un “frío” aplicador de la ley. Ni tampoco un juez con emociones educadas implica caer en la adopción de decisiones tomadas “en caliente”.

IV. De la importancia de los jueces virtuosos

Conforme lo anterior, tenemos ya una cierta arquitectura teórica que nos permite comprender cómo las emociones juegan un rol no meramente explicativo sino justificatorio, ya que a la par de motivar “causalmente” suministran también un criterio de racionalidad práctica garantizado epistémicamente por la interposición o la mediación de virtudes como la justicia o la *phronesis*. Son que explican y justifican a la vez. Sin embargo, y después de todo, la pregunta insistente podría ser: ¿y por qué no nos quedamos simplemente con el deontologismo o el utilitarismo? La pregunta podría involucrar un razonamiento como el que sigue: de la mano del respeto de reglas y principios, o de la satisfacción o maximización de consecuencias, podemos dar respuestas correctas o no tan malas a casos de tipo difícil que se le pueden plantear a un juez. Desde este punto de vista, si con las virtudes-emociones se logra lo mismo que se logra respetando reglas, las mismas, diría este argumento, son superfluas. Empero, este argumento va muy rápido porque olvida un punto focal esencial del Derecho. Este último presupone, desde el punto de vista de una teoría jurídica normativa, una organización que intenta basarse en una autoridad legítima¹⁸. En términos no positivistas, incluso, se podría

¹⁸ Véase Raz, Joseph, “Introduction”, en Raz, J. (comp.), *Authority*, New York University Press, Nueva York, 1990.

ir más lejos y pensar que el Derecho busca garantizar pautas necesarias para que las personas puedan florecer moralmente dentro de una comunidad política. Es verdad que en torno al sintagma “floreCIMIENTO MORAL” hay disputa teórica. Pero aquí, por mor de nuestra argumentación, se podría aceptar un concepto minimalista de florecimiento moral conforme al cual, el Estado de Derecho debe garantizar la persecución racional de planes de vidas autónomos¹⁹. Para que la persecución sea racional son necesarias, contrafácticamente, virtudes personales y sociales. Para que tales virtudes se desarrollen, las mismas deben ser prohijadas por el Estado de Derecho que funge como comunidad política.

Para esto, de manera preeminente, el derecho debe depositar la aplicación de la justicia en hombres *excelentes*. No sólo excelentes para aplicar de manera sabia el derecho, sino también para que la gente pueda tener una expectativa racional de confianza en la justicia y el Derecho. Sin esta confianza, el sistema estaría en un punto muerto.

Un magistrado virtuoso convoca confianza. Esta confianza reside, en parte, en su contextura emocional. Un juez sereno o apacible, por ejemplo, puede ser lo que Hume llamaba el espectador juicioso, es decir, puede *ser* un juez imparcial. No se trata de que sea imparcial simplemente por cumplir ciertas reglas²⁰, sino que el juez es imparcial o es justo, o es prudente, etc. Los casos difíciles, donde el derecho se encuentra “indeterminado”, requieren más que nunca de jueces virtuosos. De lo contrario, nuestra confianza en el derecho simplemente estaría atada a las nubes. Precisamente, quienes consideran necesario incorporar el concepto de virtud en la teoría de la argumentación

¹⁹ Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

²⁰ El cumplimiento de reglas en virtud de considerarse el cumplimiento correcto *per se* es una idea kantiana. Kant pensaba que la justificación de la acción se daba en la devoción al deber por el deber mismo. Esta devoción surgía de la percepción del agente de que la acción era debida o correcta. Esto no es lo mismo, según Kant, que la motivación “patológica”, esto es, basada en emociones, como estamos preconizando aquí (Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 78). Sin embargo, cabría introducir dos matices. Primero, que Kant admitía una cierta emocionalidad surgida del deber cumplido: cierta pasión por lo correcto, se podría decir. Segundo, que en *Metafísica de las costumbres* Kant da cierta “materialidad” a su teoría al contemplar un amplio elenco de virtudes morales concretas.

jurídica, aducen que ni el deontologismo ni el consecuencialismo por sí solos, ofrecen fructíferas posibilidades de resolución ante casos difíciles, al ser incapaces de ofrecer una guía confiable orientada a la particularidad²¹. Por consiguiente, confrontado a un caso de esa naturaleza, es el juez virtuoso quien se encontraría en condiciones de ofrecer la mejor solución posible; pues este juez posee las virtudes judiciales: las excelencias intelectuales y morales que le permiten actuar sobresalientemente²².

Ahora repárese en el siguiente punto: para poner a prueba la infraestructura conceptual construida en torno a las emociones y su papel en el razonamiento judicial, hemos propuesto una serie de distinciones, por ejemplo, entre que explican y justifican, entre internismo y externismo de, etc. Al mismo tiempo, hemos dado una pintura de la vinculación entre emociones y una teoría de la virtud como la aristotélica que es el tipo de teoría que nos parece, de todas las teorías de la virtud, la que mejor retrata lo que queremos transmitir en este trabajo. Así pues, hechas estas aclaraciones, vamos a terminar este artículo analizando brevemente un fallo judicial de la jurisprudencia argentina, en el que se pone de manifiesto —creemos— el rol justificatorio, no meramente explicativo, de las emociones. Esto nos parece importante por dos motivos interconectados. El primero es que los filósofos, a menudo en forma injusta, somos acusados de ofrecer cavilaciones teóricas que “cuelgan del cielo”. El segundo, es que creemos posible identificar un banco de pruebas empírico-concreto del tipo de intuiciones filosóficas que, en este trabajo, nos han llevado a defender

²¹ Cfr. Amaya, Amalia, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, TEPJE, México, 2009, pp. 13-18.

²² Entre ellas, y tal como se ha mencionado con anterioridad, la sabiduría práctica o *phronesis* desempeña un papel central, al tratarse de la virtud en especial referida al caso particular: pues por su mediante se captan los rasgos relevantes de una situación en función de los cuales se delibera y se es capaz de arribar a la decisión acertada. Esta virtud —que para Aristóteles tenía un papel unificador, puesto que sin ella nos volvemos impotentes para ejercitar el resto de las virtudes— se considera de capital importancia, sobre todo en vistas de lo siguiente: 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 *phronesis*.

un rol justificatorio, no meramente explicativo, para las emociones en el proceso de razonamiento judicial.

V. Análisis de un caso

En la jurisprudencia argentina, y suponemos que esta afirmación podría extenderse a otros sistemas jurídicos, hay diversas hipótesis en que una emoción como la compasión puede tener lugar²³. Aquí nos centraremos en un caso restringido al derecho penal²⁴, donde la compasión se halla *implícita* y se relaciona, primordialmente, con el llamado instituto de la *poena naturalis* o “pena natural”²⁵. Por pena natural suele entenderse aquella situación en la cual “el daño sufrido por el imputado —por el ilícito cometido— torne superflua, desproporcionada o injusta la aplicación de la pena”²⁶. A partir del análisis que a continuación expondremos, intentamos evidenciar de qué manera la emoción de la compasión *sentida* por un juez lo lleva a

²³ También en el derecho penal la compasión suele jugar un rol estelar en los llamados “mínimos penales”, esto es, cuando el juez, movido por la compasión, quiere alterar la escala, imponiendo una pena por debajo de la escala prevista en forma taxativa por un código.

²⁴ El derecho penal, por supuesto, no es el único ámbito donde pueden intervenir emociones, ni mucho menos la emoción de la compasión. Como ejemplo téngase en cuenta que estas emociones podrían intervenir en la reclamación por una jubilación justa, por la cobertura de un tratamiento de fertilidad *in vitro*, etc. Pero aquí por razones de economía metodológica nos ceñiremos al derecho penal y solamente a un caso a título de ejemplo.

²⁵ Actualmente, hay códigos penales y procesales penales que parecen demandar explícitamente algún tipo de discernimiento judicial en la aplicación de la pena que trasciende la mera aplicación silogística de reglas. Se podría pensar que, en ocasiones, la compasión es demandada *explícitamente* por reglas o principios de un sistema jurídico. Con lo cual, se podría objetar la idea según la cual los jueces deben sentir compasión sin ninguna constricción jurídica previa. Empero, aun si fuera cierto esto, punto que es verdaderamente contingente, lo que las reglas no parecen hacer es determinar los contenidos afectivos y cognitivos concretos que el ejercicio de la compasión debe tener. Y es aquí donde entra a jugar protagonismo nuestra discusión teórica sobre el papel justificatorio de esta emoción.

²⁶ Causa 00-055775-09 a cargo del juez de garantías Gabriel Vitale del juzgado de garantías núm. 8 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, 30 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos33013.pdf>

tomar una decisión en cierta dirección. La frase “lo lleva” no indica, en nuestro caso, una senda meramente explicativa. La emoción, como lo procuraremos mostrar, juega un rol “justificatorio” en la decisión; rol que, desde luego, se combina con doctrina jurídica, principios y reglas que uno podría indicar que pertenecen al sistema jurídico del juez.

Antes de exponer los pormenores del caso, vale la pena introducir unas breves consideraciones. En la medida en que defendemos la importancia de las emociones en el razonamiento judicial, concedemos gran valor a los aportes que se vienen haciendo desde hace algún tiempo por la llamada *Virtue Jurisprudence*. Para este enfoque, las virtudes y las emociones en ellas envueltas, deben considerarse parte indispensable del razonamiento legal, puesto que permiten a los magistrados percibir las singularidades del caso que a la postre se vuelven decisivas para suministrar decisiones acertadas y equitativas. En esta tónica, Martha Nussbaum ha defendido un modelo del razonamiento judicial semejante al desplegado por el lector de una novela. Así como este último recrea imaginariamente la historia de sus personajes y llega a su comprensión más profunda a partir de las emociones que en él se suscitan, de la misma manera un juez debería aproximarse a los acusados a los que afectarán sus sentencias. Al adoptar semejante perspectiva, arguye Nussbaum, este juez deviene un juez clemente —*a merciful judge*— o compasivo, esto es, alguien comprometido a emprender un escrutinio empático y “desde dentro”, de las vidas individuales. “Mi juez literario ve a los acusados en cuanto habitantes de una compleja red de circunstancias, circunstancias que a menudo, en su totalidad, justifican la mitigación de la culpa o el castigo”²⁷.

En el caso que a continuación presentaremos, el enjuiciador asume la perspectiva delineada por la filósofa norteamericana. Los hechos son básicamente estos: un hombre humilde es acusado, junto a su concubina menor de edad, de darle alcohol a una beba en un grado tal que el suministro del mismo le produjo la muerte. La causa estriba en determinar si se trata de un homicidio “intencional” agravado por el vínculo y por la participación en la acción de una menor de edad

²⁷ Nussbaum, Martha, “Equity and Mercy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, núm. 2, 1993, pp. 110-111.

(la concubina de 17 años). Empero, en el caso de marras, la “defensora oficial” asignada al imputado sostiene que el hecho no puede ser tipificado como intencional o “doloso”, aduciendo que la instrucción escolar prácticamente nula del acusado, aunado a su situación económica y social precaria, establecen que éste no tuviera la “capacidad intelectual” para poder determinar que se produciría el evento. El juez de garantías que examina el asunto en cuestión, sumándose a la defensora, entiende que no hubo dolo. Entiende, además, que se trata antes bien de una violación de la llamada por la doctrina “posición de garante” o, en todo caso, está implicado en el caso un deber de cuidado que ha sido transgredido en forma culposa. En adición a lo señalado, el juez identifica que el caso tiene “particularidades” que deben ser atendidas en la valoración de si corresponde pena o no y, en caso afirmativo, qué pena correspondería. Vale la pena reproducir textualmente las palabras del juez, dado que ellas mismas revelan hasta qué punto se halla empeñado en una mirada sensible a las circunstancias de vida que rodean al acusado:

Entiendo que G. al perder a su pequeña hija, grabó una huella, entendiblemente difícil de superar para cualquier ser humano y a partir de lo sucedido, se encuentra perturbado, con la necesidad imperiosa de trabajar día y noche, para cubrir las necesidades de su hija viva y del pequeño que se encuentra por nacer, atormentándose cotidianamente con el miedo de que a ellos no les suceda nada malo²⁸.

Y más adelante:

La historia pasada y presente del imputado, el desarrollo de su vida, sus temores y sus limitaciones; la transmisión que realizó de su profunda angustia recordando todos los días lo sucedido, *no puede pasar desapercibida para la Justicia*; ya que debe analizarse minuciosamente y *contraponerla al contexto*, para eventualmente tomar las decisiones, que ineludiblemente repercutirán en la vida del justiciable. Entiendo que estas consecuencias del hecho, han perjudicado notablemente la forma de vida de G., por lo que se hace innecesaria la persecución penal, el juicio oral y público, y una posible pena en expectativa... El caso de marras, nos enfrenta a la conducta que debe dirigir el Estado, frente al sufrimiento

²⁸ Causa: 00-055775-09 a cargo del juez de garantías Gabriel Vitale del juzgado de garantías núm. 8 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, 30 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos33013.pdf>

padecido como consecuencia del ilícito, como una retribución natural del resultado de su propio comportamiento. Es por ello que, la persecución penal, el juicio e hipotéticamente la pena, aunque sea condicional, *sería irracional frente al dolor que padece cotidianamente el imputado de autos* (el énfasis nos pertenece)²⁹.

El sufrimiento del imputado no pasa desapercibido al enjuiciador, al opinar que el hecho acaecido lo ha “perjudicado notablemente”, haciéndose superflua la aplicación de la pena. Tal aplicación solo añadiría un dolor excesivo al gran dolor que el imputado ya siente por lo que ocurrió (*poena naturalis*). Iría en contra, además, de un principio por lo menos implícito en los tratados internacionales de derechos humanos como es el principio de “humanidad” de la pena. Por lo dicho, sería “irracional” o desmedido de parte del Estado continuar con la persecución penal. En función de todo esto, el juez resuelve el sobreseimiento del imputado del delito de homicidio intencional agravado por el vínculo. La justicia de su decisión, a nuestro parecer, arraiga en su compasión. ¿Acaso no es la compasión la emoción por la cual se experimenta en cierta forma el sufrimiento ajeno, conllevando el deseo de suprimirlo o aligerarlo?

El análisis del caso ofrece muchos interesantes pormenores. Aquí es imposible traer todos a colación, motivo por el cual vamos a detenernos en aquellos aspectos mayormente pertinentes.

Lo primero que hay que indicar es que en este fallo el juez *no utiliza* la palabra “compasión”. Sin embargo, la ausencia de un “término” no es equivalente desde el punto de vista lógico a la ausencia de un “concepto”. Ni tampoco, desde el punto de vista psicológico, a la no activación de la emoción propiamente dicha. Del razonamiento del juez puede colegirse la *performance* en el caso judicial de la emoción de la compasión.

Ahora bien, lo interesante es que el concepto de compasión involucra un “valor” o “principio” de tipo moral que, como en este supuesto, puede tener carácter jurídico en tanto haya sido reconocido al menos implícitamente por las normas jurídicas de un determinado ordenamiento. Aquí lo llamaremos de forma simple así: “principio de compasión”. Entendemos que tal principio se halla implícito en el

²⁹ *Idem.*

Derecho argentino, por un orden doble de consideraciones. La primera es que los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución (artículo 75. Inciso 22), entre otras cosas incorporan el “principio de humanidad” de la pena. A su vez, nuestro ordenamiento, concretamente a través de la elaboración doctrinal y jurisprudencial incorpora el instituto de la “pena natural”. Ambas piezas, humanidad y pena natural, se combinan para formar la presunción de la existencia implícita del principio de “compasión”. Existe amplio y razonado acuerdo en que todo esto debe ser completado con una concepción del Estado de Derecho, conforme la cual, la mejor reconstrucción del mismo, en materia penal, es a partir de una doctrina liberal. En esta concepción, el castigo es la *ultima ratio* o recurso de un sistema. Es por esto que el juzgador sostiene en un tramo de su argumentación que, en el caso en cuestión, la aplicación de la pena estatal sería “irracional”³⁰.

La segunda razón que queremos apuntar es la siguiente: el propio “razonamiento” del juez trasluce que la compasión juega un rol justificatorio, al tratarse de una pieza normativa que mueve a la acción. Con otras palabras: la compasión otorga una razón justificativa para actuar: en este caso la acción es otorgar el sobreseimiento al imputado. Con arreglo a ello —y este es un punto crucial que quisiéramos subrayar— si el juez no hubiese exhibido sensibilidad ante el infortunio del acusado, de no haberse esforzado en imaginar no sólo su dolor presente, sino también el que le hubiese sobrevenido como producto de la aplicación de la condena, pues entonces, su decisión habría, muy probablemente, desembocado en la sanción penal. De haber sido así, la misma podría calificarse como injusta, al ser excesiva. Es viable colegir, luego, que la justicia de la decisión viene atada en este caso a la compasión.

Con todo, la anterior descripción del ordenamiento jurídico argentino, y de la decisión particular del juez subexamine, puede suscitar la siguiente duda: ¿hasta qué punto son necesarias las virtudes

³⁰ Una razón adicional es que, como “política criminal implícita”, el juez valora la posibilidad del imputado de recuperar su “inocencia o bondad natural” de manera apropiada sin la intervención de la pena. La pena agravaría innecesariamente el cuadro y no permitiría la reinserción social del imputado en forma eficaz. Por esto se interpola la teoría de la pena natural.

del juzgador si la compasión ya puede inferirse de institutos del ordenamiento jurídico? Tales institutos, apreciados adecuadamente, permitirían reconstruir la acción del juez en términos más bien del “deontologismo”, que de la teoría de la virtud. Ello así si se muestra que el juez penal se “apegó” a las reglas. Sin embargo, esta mirada es simplificadora. El “apego” de un juez a un sistema jurídico, constituido por reglas, principios, doctrina, etc., no se logra “por sí solo”. Son necesarias virtudes morales e intelectuales para lograrlo. Tales virtudes “asoman la cabeza” en la descripción de este fallo cuando el juez habla de la necesidad de tener en cuenta el “contexto” y las “particularidades del caso”.

Téngase en cuenta que en el marco de las virtudes intelectuales y morales, la virtud de la prudencia o *phronesis*, aunada a la compasión, tiene como *substractum* un rasgo emocional. La compasión es una virtud y es una emoción a la vez. En estos casos donde actúa la virtud, es central tener en cuenta, entonces, lo siguiente: en primer lugar que, en tales casos, el juez ejercita el “juicio” moral; juicio que, como ha explicado Larmore³¹, actúa sobre rasgos sobresalientes de casos particulares. El segundo es que la sensibilidad por las “particularidades” del contexto se manifiesta mediante el ejercicio de la “percepción”³². La percepción es la forma de un juicio sin contenido inferencial (una suerte de “intuición”). La mentada percepción está impregnada por la emoción de la compasión³³.

La antes referida percepción, que está “impregnada” de compasión, debe ser sometida posteriormente a un *escrutinio reflexivo* por parte del juez o agente moral³⁴. Pasan a ser de este modo percepciones o juicios “bien considerados”. Empero, en casos de conflicto entre juicios bien considerados, es menester ejercer, en la medida en que re-

³¹ Cfr. Larmore, Charles, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

³² Para una visión reciente, véase Audi, Robert, *Moral Perception*, Princeton University Press, Princeton, 2013.

³³ En opinión, por ejemplo, de Salles, la percepción moral es siempre emocional. Véase Salles, Arleen, “Percepción y Emociones en la Moralidad”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 20, pp. 217-226.

³⁴ Donde entran a jugar un papel importante argumentos racionales (dependientes de la lógica) y argumentos basados en la idea de “razonabilidad”.

sulte posible, lo que Rawls llama el equilibrio reflexivo³⁵. Por esto, en el caso judicial tales juicios bien considerados tienen que ser ajustados armónicamente con las piezas jurídicas de un ordenamiento a fin de no lesionar la legalidad de las decisiones. Esto debe ser así debido a que el derecho que aplican los jueces tiene una dimensión autoritativa o institucional, una de cuyas fuentes es la legalidad, la cual puede ser ampliamente entendida aquí. Por último, los juicios bien considerados en equilibrio reflexivo con el ordenamiento jurídico parecen, según esta concepción de la virtud, ayudar a la obtención de decisiones moralmente correctas. Desde una perspectiva contrafáctica, se podría ello aseverar en la medida en que los jueces hayan actuado mediante un despliegue amplio y rico de virtudes intelectuales y morales, acompañadas de las emociones adecuadas y en equilibrio con lo que, para parafrasear a Ronald Dworkin, se podría denominar la mejor versión posible del derecho aplicable.

Finalmente, una ulterior objeción podría ser planteada. Aun si nuestra explicación es correcta, todavía hay que demostrar la *compatibilidad conceptual* entre un Estado liberal de Derecho y la “invasión” de virtudes aplicables a los jueces y la admisión de su constelación emocional correspondiente. ¿No habría un riesgo de perfeccionismo incompatible con el liberalismo? La respuesta a esta pregunta es que tal riesgo no existe en la medida en que las virtudes intelectuales y morales de los jueces gocen de eso que Rawls llamaba consenso “traslapado”³⁶. Tal consenso admitiría ciertas concepciones “permisibles” del “bien” compatibles con un estado liberal de Derecho³⁷. Disipada la duda anterior, queda como remanente esta otra: si, en un Estado de Derecho, cimentado en el principio de legalidad, así como en el principio de seguridad jurídica, la intervención de las virtudes

³⁵ En la medida de lo posible, ya que, por hipótesis, podrían existir casos “trágicos” que obturan la aplicación del equilibrio reflexivo. Véase Lariguet, Guillermo, *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008.

³⁶ Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, pp. 137-170.

³⁷ Los jueces son agentes institucionales. No pueden, por esto, dar cualquier clase de razones. La compatibilidad de sus argumentos con la razón pública es una demanda surgida de esta institucionalidad. Dejamos a un lado la discusión sobre la pertinencia de concepciones más densas del bien en el ámbito de la moral ordinaria no institucional.

no erosiona tal Estado. La respuesta, nuevamente, sería que no. Ello así en la medida en que tales virtudes, que apuntan a la justicia del caso, a la tolerancia, civilidad, prudencia, compasión, etc., puedan ser parte, como se dijo antes, de un consenso traslapado. Las mismas, recuérdese, son además, virtudes “públicas”³⁸. Los jueces, como en el caso examinado, dan públicas. Sus decisiones por tanto son racionales (bien argumentadas en normas y evidencia), pero también son “razonables”, porque sus resoluciones son susceptibles de ser aceptadas por una comunidad cooperativa de sujetos libres e iguales.

VI. Consideraciones finales

Recogiendo los hilos de nuestra argumentación, digamos ahora lo siguiente. En este trabajo hemos querido ocuparnos del rol de las emociones en el razonamiento judicial. Se ha afirmado que en la historia de la filosofía jurídica, la aceptación del papel de las emociones es mucho más reciente que la admisión de otras cuestiones, como aquellas vinculadas a la interpretación de normas o la prueba de hechos.

En segundo lugar, hemos argüido que un tema muy descuidado en la literatura filosófica, y que suele aparecer confundido con otras cuestiones, concierne al papel concreto de las emociones en el razonamiento de los jueces. Al respecto, hemos señalado que es muy fácil asumir su rol meramente explicativo. Desde este punto de vista, las emociones serían meros resortes “causales”. Sin embargo, al considerarlas exclusivamente desde esta perspectiva, se pierde de vista el potencial rol normativo que las mismas involucran, esto es, en calidad de para actuar. Luego de una serie de distinciones a este respecto, sostuvimos que localizaríamos las emociones en el ámbito de la ética de la virtud aristotélica. Ello por la eficacia de esta teoría para “disolver dicotomías” como aquellas vinculadas a los aspectos cognitivos y afectivos de las emociones, al internismo y al externismo, etc. A pie seguido, hemos mostrado la compatibilidad de tal visión con una perspectiva políticamente liberal acerca del Estado y

³⁸ Véase Galston, William, “Liberal Virtues”, *The American Political Science Review*, vol. 82, Issue 4, 1988, pp. 1277-1290.

el derecho. Esto en tanto y en cuanto las virtudes que preconizamos de los jueces formen parte de concepciones razonables y permisibles del bien. Conteste con esta posibilidad, hemos pensado en que virtudes como la justicia, la compasión, etc., pueden ser parte de un consenso traslapado. Por último, y para no quedarnos en un terreno meramente especulativo y disipatorio de dudas conceptuales, hemos suministrado, al final del trabajo, un ejemplo real extraído del derecho penal, concretamente de la jurisprudencia argentina, en que una virtud específica, en este caso la compasión, ejerce un rol justificatorio y no meramente explicativo o solamente decorativo en la decisión de los jueces.

Asimismo, intentamos responder algunas posibles preguntas-objeciones que la introducción de las emociones podría provocar en la consideración de un Estado liberal de Derecho. Sostuvimos que las virtudes de los jueces, que los guían a sentir del modo debido, por ejemplo, sintiendo compasión, son admisibles como justificatorias públicas en la medida en que se apoyen en un consenso traslapado. Tal consenso, de acuerdo con Rawls, arraiga en concepciones del bien permisibles por la justicia como prioridad y se basan en una idea de razonabilidad en el siguiente sentido: todos los sujetos libres e iguales de una sociedad cooperativa podrían aceptar las virtudes judiciales, y en este caso las emociones que las acompañan, en tanto y en cuanto las mismas formen parte de una concepción pública de democracia liberal. Tales emociones serían parte de una psicología filosófica o normativa, no meramente explicativa o empírica, tal como se dijo varios párrafos atrás. Los jueces de un buen Estado de Derecho, así las cosas, no tendrían que ser “fríos aplicadores de la ley”, sino jueces que saben dosificar sus emociones de manera inteligente, educada. Sobre todo teniendo en cuenta que, en forma frecuente, las leyes no contienen en sí mismas los parámetros absolutamente determinados para conducir a una solución equitativa o justa en un caso concreto³⁹.

³⁹ Las emociones, y en este caso la compasión o clemencia, deben entrar en el razonamiento del juez, en una suerte de “equilibrio reflexivo” con las piezas jurídicas: normas, principios y valores jurídicos. De este modo, el ejercicio de las emociones no carecería de la objetividad legal, pero al mismo tiempo, ayudaría

Por último, un tema más. La interpolación de la compasión que permite sensibilidad particularista hacia una parte que ha sufrido más de la cuenta y revela vulnerabilidad, no es lógicamente incompatible con la “imparcialidad”. En el caso estudiado líneas atrás, el enjuiciador se esfuerza por mostrar que la fundamentación de su decisión se integra o articula con normas y principios de su propio Derecho y en los tratados internacionales jurídicamente reconocidos, examinando meticulosamente, además, toda la evidencia empírica del caso para arribar a la decisión más justa posible.

Lo dicho no implica la posibilidad del (in) falibilismo de la decisión y que algunas decisiones sean erradas o apliquen la compasión de manera “indebida”. Tampoco nuestro trabajo intenta mostrar que cualquier decisión necesariamente necesita de la compasión. Inclusive los jueces podrían encontrar para, en otros casos de suspensión de juicio a prueba o *poena naturalis*, arribar a decisiones contrarias. Para ello, si son imparciales y consistentes, deberán emplear la técnica del “distinguishing”, demostrando que “ese caso particular” amerita otro rumbo interpretativo y otra solución. Pero aun admitiendo esto, no se quita del medio la fertilidad justificatoria de las emociones. Todo lo que demuestra lo último que se acaba de afirmar, es que los jueces virtuosos saben cómo *deben sentir* adecuadamente y hacia dónde deben llevarles sus sentimientos una vez que los mismos están “bien educados”. Pero la educación de los jueces es ya otro tema que debemos reservar para un trabajo futuro.

VII. Bibliografía

- Álvarez, María, *Kinds of Reasons. An Essay in the Philosophy of Action*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Amaya, Amalia, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, TEPJF, México, 2009.
- , “The Role of Virtue in Legal Justification”, en Amaya, A. *et al.* (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Altaya, Barcelona, 1997.
- , *Retórica*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

a mejorar la aplicación de las leyes. En el caso penal, el uso de las emociones debería ser compatible con un Estado liberal-garantista de Derecho.

- Audi, Robert, *Moral Perception*, Princeton University Press, Princeton, 2013.
- Damasio, Antonio, *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Paidós, Buenos Aires, 2014.
- De Souza, Ronald, "Emotions", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/>
- Deigh, John, "Cognitivism in the theory of emotions", *Ethics*, Vol. 104, núm. 4, pp. 824-854., 1994.
- , *Emotions, Values and the Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- , "Empathy, Justice and Jurisprudence", *The Southern Journal of Philosophy*, Spindel Supplement, Vol. 49, 2011, pp. 73-90.
- , "Empathy in Law (A Response to Slote)", en Amaya, A. et al. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Evers, Kathinka, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Katz, Madrid, 2011.
- Galston, William, "Liberal Virtues", *The American Political Science Review*, vol. 82, Issue 4, pp. 1277-1290, 1988.
- González Lagier, Daniel, *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Hume, David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, Tecnos, Madrid, 1998.
- , *Investigación sobre los principios de la moral*, Prometeo, Buenos Aires, 2015.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Lariguet, Guillermo, *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008.
- Larmore, Charles, *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- Nussbaum, Martha, "Equity and Mercy", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, núm. 2, pp. 83-125, 1993.
- , *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Madrid, 2006.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México, 2004.
- Raz, Joseph, "Introduction", en Raz, J. (comp.) *Authority*, New York University Press, Nueva York, 1990.
- Reichenbach, Hans, *Experience and Prediction. An analysis of the foundations and structure of Knowledge*, The University of Chicago Press, Chicago, 1961.
- Salles, Arleen, "Percepción y Emociones en la Moralidad", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Vol. 20, pp. 217-226, 1999.
- Séneca, Lucio, *Sobre la clemencia*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Slote, Michael, "Empathy, Law and Justice", en Amaya, A. et al. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Snow, Nancy, "Compassion", *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, pp. 195-205, 1991.
- Solomon, Robert, "On emotions as judgements", en *Not Passion's Slave. Emotion and Choice*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

Referencias jurisprudenciales analizadas

Causa núm. 00-055775-09 “G. s/homicidio agravado por el vínculo”.

Juzgado de Garantías núm. 8 de Lomas de Zamora, 30 diciembre de 2011. Imputado: “G.” por el delito de homicidio agravado por el vínculo y por la participación de un menor. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos33013.pdf>

Nota curricular de los autores

Amalia Amaya

Es doctora en Derecho por la Universidad de Harvard (2007) y por el Instituto Universitario Europeo (2006). Es investigadora titular A del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, nivel D de PRIDE y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel II).

Su investigación se ha desarrollado en el ámbito de la filosofía del derecho, en concreto, su trabajo ha girado en torno a tres líneas principales de investigación: la coherencia en la argumentación jurídica, la argumentación jurídica acerca de los hechos en el Derecho y el papel de la virtud en el razonamiento jurídico y en la ética judicial. Es autora de un libro *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument* (Hart Publishing, Oxford, 2015), coeditora del libro (con el Prof. Ho Hock Lai, de la Universidad de Singapur) *Law, Virtue and Justice* (Hart Publishing, Oxford, 2012) y autora de un gran número de capítulos de libro en monografías especializadas y de artículos en revistas tanto nacionales como internacionales, tales como *Jurisprudence*, *Ratio Juris*, *Discusiones*, *Legal Theory*, *Diánoia*, *Doxa*, *International Commentary on Evidence*, *Artificial Intelligence and Law*, *The Journal of Law and Literature* y *Episteme*. Actualmente, está trabajando en un manuscrito de libro *Virtue, Legal Reasoning and Legal Ethics* e iniciando un nuevo proyecto de investigación sobre el ideal jurídico-político de la fraternidad. Su trabajo como investigadora ha sido acreedor de distintos premios y distinciones, entre los que se encuentran the European Award to the Best Ph. D. Dissertation in Legal Theory, otorgado por la Academia Europea de Teoría del Derecho (Bruselas) y el Reconocimiento-Distinción Universidad Nacional para jóvenes investigadores.

Ha impartido conferencias en universidades y centros de investigación en Chile, Argentina, Portugal, China, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Australia, España, Gran Bretaña, Bélgica, Paraguay, Holanda y Polonia así como en distintas instituciones mexicanas, tales como la Universidad de Baja California, el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Casa de la Cultura Jurídica del Estado de Morelos, el Instituto de la Judicatura Federal y el Instituto Federal Electoral del Estado de México. Sus actividades docentes tienen también una fuerte dimensión internacional, e incluyen seminarios de posgrado en la Universidad Nacional de Costa Rica, la Universidad de Costa Rica, la Universidad de Harvard, la Academia Europea de Teoría del Derecho y Facultades Universitarias de San Luis en Bruselas y la Universidad Nacional del Sur en su sede de Bahía Blanca, Argentina, además de enseñar regularmente en la UNAM a nivel licenciatura y posgrado.

Maksymilian del Mar

Es *Reader* en Teoría Legal y Co-Director del Centro de Derecho y Sociedad en un Contexto Global (CLSGC) en la Universidad Queen Mary de Londres, y miembro académico de la Sociedad Honorable del Templo Interior. Estudió en las Universidades de Queensland (BA en Literatura y Filosofía, LLB), Edimburgo (PhD en Derecho) y Lausana (PhD en Filosofía / Ciencias Sociales). Después de sus estudios, calificó como abogado en Queensland y sirvió como asociado de la Ministra Margaret White en la Corte Suprema de Queensland. También trabajó para la sociedad de abogados de Queensland, donde dirigió el proyecto legal de ética profesional, y como abogado en Macrossans.

El Dr. del Mar es presidente de la subdivisión del Reino Unido de la Asociación Internacional de Filosofía Legal y Social. Coordinador fundador de la Red Internacional de Teoría Jurídica y Política Transnacional, miembro del Ejecutivo de la Asociación de Escuelas de Derecho Transnacionales, y miembro de la Junta en el Centro de Historia del Pensamiento Político.

Sus temas de interés incluyen: 1) razonamiento legal/conocimiento jurídico (y especialmente su poética y estética en contexto y en el tiempo); 2) la metodología de la teoría jurídica, especialmente las relaciones entre la teoría y la historia del derecho; 3) teoría jurídica transnacional/global; 4) el papel y el valor de las artes y las humanidades en la erudición jurídica y la educación jurídica; y 5) la historia y la historiografía de las ideas sobre el derecho y la sociedad.

Pedro Humberto Haddad Bernat

Actualmente es Profesor-Investigador de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, institución de la que egresó como Licenciado en Derecho. Es además Maestro en Filosofía de la Ciencia por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Realizó sus investigaciones doctorales en la Universitat de Girona. Sus líneas de interés filosófico versan principalmente sobre la aplicación de la epistemología —en especial la epistemología de virtudes— al ámbito probatorio judicial.

Guillermo Lariguet

Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (con mención en filosofía jurídica) por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Independiente del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) de Argentina. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Red Internacional de Ética del Discurso. Premio Konex en Ética, 2016. Actualmente es Profesor Visitante en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante de España. Ha sido Becario Posdoctoral en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en el

Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es autor de más de 80 artículos publicados en revistas nacionales e internacionales indexadas, así como autor de varios libros relacionados a tópicos de la filosofía moral y jurídica. También es coautor de varios libros y participante en diversas obras colectivas. Dirige varios becarios de doctorado, posdoctorado, tesis de doctorado y maestría.

José Ramón Narváez Hernández

Cuenta con el Doctorado Europeo por Investigación en Teoría e Historia del Derecho en la Universidad de Florencia, con mención honorífica por tesis. Licenciado en Derecho mención *cum laude* por investigación científica de la Universidad Panamericana. Ha realizado estancias de investigación en América y Europa. Ha escrito para revistas especializadas en Italia, Brasil, Perú, Colombia, Chile, España y México. Profesor colaborador de la Universidad de Medellín, Universidad Militar Nueva Granada, Universidad Federal del Paraná y Universidad del Salento (profesor visitante). Profesor en los posgrados en Derecho de las universidades de Hidalgo, Tlaxcala, Oaxaca, Sinaloa, Michoacán, Chiapas, Cristóbal Colón de Veracruz, UIA de Puebla; en la Escuela Judicial de Campeche y en el programa de diplomados de la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1. Doctor *Honoris causa* por la Universidad Andina Nieto Cáceres.

Fue subdirector de Estudios Históricos, fundador e investigador del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde publicó algunos trabajos y participó en los eventos de difusión de la cultura jurídica en diversos estados de la república. Fue Profesor de planta de la materia de “Historia de la Filosofía del Derecho I” en el Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México por ocho años e Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos y Secretario Académico de la Escuela Nacional de Estudios para el Desarrollo Agrario. Actualmente es profesor titular de “Filosofía del Derecho” del Posgrado en la UNAM, Profesor Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Secretario Académico del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho del que fue fundador y Presidente, Director de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho y conductor del programa de TV Cine Debate (Canal Judicial).

Luciana B. Samamé

Es Licenciada y Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba —Argentina—. Entre 2014 y 2016 ha sido becaria Postdoctoral CONICET, desarrollando sus actividades de investigación en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC, Argentina). Ha sido profesora visitante en la

Universidad de Granada (2015) e investigadora visitante en la Universidad de Murcia (2015-2016). Se ha desempeñado como profesora de Ética, Epistemología y Filosofía en la Universidad Blas Pascal y en la Universidad Provincial de Córdoba (2011-2016). Actualmente es Lecturer en Ética y Responsabilidad Social en la Universidad Yachay Tech —Ecuador— y miembro del Programa de Ética y Teoría Política (UNC, Argentina). Sus inquietudes filosóficas se inscriben en el área de la filosofía práctica y la ética contemporánea, y ha publicado diversos artículos afines a ese dominio.