

*¿SON SUPERFLUAS LAS EMOCIONES
EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL?
Un análisis a partir de la compasión¹*

Guillermo Lariguét, Luciana Samamé

Email: glariguét@yahoo.com

Email: lucsamamé@yahoo.com.ar

Resumen

La importancia práctica de las emociones es un tema de gran vigencia. Sin embargo, no es claro, en el ámbito del derecho, cuál es el impacto práctico que pueden tener las emociones. En este trabajo nos concentramos en la relevancia justificatoria que pueden tener las emociones en el razonamiento de los jueces. Con este propósito, primero, hacemos algunas distinciones que permitan disolver confusiones comunes. En segundo lugar, presentamos dos casos reales que muestran el papel justificatorio, no meramente explicativo, de la emoción de la compasión en el contexto de la argumentación de los jueces.

Palabras clave: Emociones, explicación, justificación, razonamiento judicial, compasión.

Abstract

The practical importance of emotions is a matter of a great presence today. However, it is not clear, in the field of law, what could be the practical impact that emotions can play in legal reasoning. Precisely, in this paper, we will focus on the relevance, from a point of view of justificatory power, that emotions can have

in the reasoning of judges. For this purpose, first, we make some distinctions that allow us to dissolve common confusions erased in the practical field. In second place, we will present two real cases that show the power of justification, not merely in an explanatory role, of the emotion of compassion in the context of the judges' argument.

Key words: Emotions, explanation, justification, judicial reasoning, compassion

Original recibido / submitted: 07/2017

aceptado/accepted: 08/2017

“Mantengo el rigor oculto y de la clemencia voy ceñido; me vigilo a mí mismo como si tuviera que rendir cuentas a las leyes, a las que arrancando del abandono y las tinieblas saqué a la luz. Me conmuevo por la escasa edad del uno, por la avanzada edad del otro; hice concesiones a la alta categoría de uno, a la inferior situación de otro. Cuando no encontré motivo alguno para compadecerme, me guardé respeto a mí mismo” (Séneca, 1988: 18).

"La clemencia es la moderación interior aplicada a la capacidad de aplicar un castigo, o la comprensión de un superior frente a un inferior al decidir una pena" (Séneca, 1988: 50).

Las teorías de la argumentación jurídica vinieron a ocupar, a mediados de los sesenta, un lugar prominente. 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”; 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 respecto². 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. Aquí las llamadas teorías de la prueba tuvieron mucho que decir³. 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. 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 particular (por ejemplo, Damasio, 2014; Evers, 2011). En el campo del derecho, entre otros,

autores como Deigh (2008, 2011, 2013), Slote (2013), y en habla hispana González Lagier (2009), recientemente vienen llamando la atención sobre las mismas. En la mayoría de las aproximaciones al tema, la discusión pasa por el tratamiento de diversos problemas⁴. Con todo, y hasta donde alcanzamos a ver, existe una profunda pregunta descuidada, a saber: ¿son superfluas las emociones en la argumentación judicial?

2. 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. Más aún, existe, detrás de la pregunta, una cuestión *central* que los autores en general rara vez tratan de manera sistemática y que tiene que ver con la vieja distinción entre *contexto de explicación* y *contexto de justificación* (como excepción, Álvarez, 2010). No parece haber mayores inconvenientes en admitir, en efecto, que las emociones (compasión, ira, alegría, culpa, tristeza, etc.) juegan un rol *explicativo* en diversas decisiones judiciales. No obstante ello, ¿las razones que explican la decisión son *también* las razones que justifican?

3. Un rol para nada superfluo en el razonamiento judicial es el de índole justificatoria. Siendo así las cosas, si las emociones se ciñen solo a explicar eventualmente ciertas decisiones judiciales, parece que su rol justificatorio está 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 razones 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 otras confusiones de orden conceptual. Además de la que se vincula con la notoria falta de distinción entre lo explicativo y lo justificativo, existen otros aspectos que es preciso desenredar. En lo que sigue intentamos realizar esta tarea.

4. Se puede aceptar que las emociones puedan ser vistas como una amalgama de aspectos afectivos y cognitivos. Consideramos que ésta es la postura precisamente de la ética de la virtud aristotélica (más precisiones en Nussbaum, 1999: 573-613). Las emociones afectan al sujeto que las experimenta y lo *orientan* en cierta dirección y también dichas emociones pueden

estar vinculadas con creencias verdaderas, falsas o razonables, por lo cual, se podría admitir, tienen un condimento cognitivo. (Nussbaum, 2006)

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 (2004: 99ss.) interesa aquí una psicología más bien *filosófica o normativa*. El tipo de teoría interesante de las emociones que, por lo general, aceptan los éticos y los filósofos del derecho, es la teoría que aquí, por razones de delimitación, emparentaremos con Aristóteles (2004).

5. Aquí abrimos un paréntesis: en futuros trabajos, queremos ocuparnos de la teoría humeana y el rol de la “simpatía”, contrastado con el de la compasión. (Hume ,1998: Libro III y Hume, 2015: 254) Pero aquí, por razones de constreñimiento, dejaremos a un lado estas complicaciones devenidas de la existencia, en la filosofía moral, de distintas teorías prácticas sobre las emociones.

6. Pues bien, hecha la aclaración precedente, digamos que, según la teoría aristotélica, no interesa tanto el *mero sentir*, como la idea de sentimientos *debidos*. En *Ética Nicomáquea* (1997) Aristóteles repetidamente refiere a las emociones como disposiciones a sentir de determinada manera. Sin embargo, 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 razones 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.

7. Ahora bien, ¿por qué deben tenerse en cuenta los sentimientos o emociones del juez? La pregunta podría provocar la sospecha de que hemos pedido 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 jutustificatorio, 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 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.

8. Para comenzar, téngase en cuenta que 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. 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).

9. La noción de motivación para actuar se liga con la categoría *razones para actuar*. Desde el punto de vista de las razones 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 razones para que el juez actúe*.

10. Empero, “razones para actuar” también es un término ambiguo. De nuevo: hay razones que “explican” y razones que “justifican”. No siempre las razones que explican son también las que justifican. A menos que las razones que explican sean, desde el punto de vista justificatorio, razones que también justifican. En general, una explicación de la agencia intencional tiene que apelar no solo a aspectos causales, propios de la explicación, sino también a elementos normativos, propios de la intención, y que presuponen algún criterio normativo de racionalidad. Probablemente algo de esto hay detrás de la idea de que sólo algunas razones que explican también justifican. Para saber cuáles razones que explican también justifican, debemos tener clara la naturaleza de la justificación.

11. Desde el punto de vista de la justificación, importan las razones para actuar en sentido *normativo*. Estas razones forman parte de un *juego de dar y pedir razones*, juego regido en parte por la lógica, en parte por las teorías de la argumentación, conforme al cual las razones deben ser susceptibles de ser debatidas en forma *pública*. (Rawls, 2004: 204-240)

12. 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* (sea intelectual o moral). 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*.

13. 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.

14. 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” (Amaya, 2013: 56). 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 razones 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.

15. 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 humeanas 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 razones 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 razones para actuar. El juez aristotélico no tiene

que ser un “frío” aplicador de la ley. Ni tampoco ser un juez con emociones educadas implica caer en la adopción de decisiones tomadas “en caliente”.

16. 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” también suministran un criterio de racionalidad práctica garantizado epistémicamente por la *interposición o la mediación* de virtudes como la justicia o la *frónesis*. Son razones 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. El derecho presupone, desde el punto de vista de una teoría jurídica *normativa*, una organización que intenta basarse en una autoridad legítima. (Por caso, Raz, 1990) En términos no positivistas, incluso, se podría 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 autónomos. (Rawls, 2004: 86ss.) 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.

17. 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 y sobre todo excelentes 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, por ejemplo sereno o apacible, puede ser lo que Hume llamaba el *espectador juicioso*, es decir, puede ser un juez imparcial. No se trata de que sea imparcial por simplemente cumplir ciertas reglas⁵. 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.

18. 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 razones que explican y justifican, entre internismo y externismo de razones, 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, dos fallos judiciales, de la jurisprudencia argentina, en los que se pone de manifiesto el rol *justificadorio*, 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 un rol justificadorio, no meramente explicativo para las emociones en el proceso de razonamiento judicial. En esta línea, vamos a centrarnos en una emoción en particular: la compasión⁶ (véase Nussbaum, 1993), entendiendo a esta emoción como la posibilidad cognitiva y afectiva de ponerse en el lugar del otro⁷: concretamente en la situación de dolor –injustificado– de otro, a fin de obrar en consecuencia, morigerando dicho dolor o, al menos, no contribuyendo a aumentarlo.

19. En la jurisprudencia argentina, y suponemos que esta afirmación podría extenderse a muchos otros sistemas jurídicos, hay diversas hipótesis en que una emoción como la compasión puede tener lugar. Aquí nos centraremos en dos casos restringidos al derecho penal⁸: en uno se invoca *explícitamente* a la compasión como ingrediente justificadorio de una decisión judicial; en el otro caso

que estudiaremos, la presencia de la compasión se halla *implícita* y se relaciona, primordialmente, con el llamado instituto de la “poena naturalis” o “pena natural”⁹. Comencemos por el caso donde la compasión aparece de manera explícita. Este caso se relaciona con el juzgamiento de un abuso sexual simple de una menor de edad (12 años de edad). La defensa técnica del imputado solicita la “suspensión de juicio a prueba” en el marco de un proceso penal. Sin embargo, el juez *a quo*, como también, y como se verá el juez *a quem* deniegan esta solicitud. Frente a la denegatoria del juez de primera instancia (*juez a quo*), el imputado, a través de su defensa expresa su agravio mediante un recurso de casación frente a una cámara de casación penal (*juez a quem*). El fundamento de la denegatoria tiene dos pilares: uno basado en normas del ordenamiento jurídico argentino y otra en virtud de la articulación explícita de la compasión. En primer lugar, conforme el artículo 75 inciso 22 de la CN, la Argentina incorpora tratados sobre derechos humanos con rango de máxima jerarquía constitucional. Entre estos tratados está, por ejemplo, la convención internacional de los derechos del niño. Ambas instancias judiciales entienden expresamente que denegar el recurso de casación del imputado es la “única manera de mostrar compasión por la dignidad y respeto de las víctimas, en este caso los niños”. Esta compasión “ilumina” la interpretación y selección del material normativo pertinente para el caso. Por ejemplo, el artículo 34 de la convención de los derechos del niño demanda la persecución penal y castigo para aquellos culpables de abusos sexuales que atenten contra la integridad de los niños.

20. El caso ejemplificado líneas atrás muestra tres aspectos interrelacionados. Primero, que la compasión en este supuesto es un concepto enhebrado a un principio moral-jurídico que los jueces utilizan como motivación, en el sentido de razón para actuar, esto es, en el sentido de una justificación “pública” que se combina con normas (por ejemplo la Constitución nacional, la Convención de los derechos del niño) para producir un resultado práctico: la denegación de la suspensión del juicio a prueba. La compasión, se podría decir, ilumina el proceso de selección de normas y robustece una determinada interpretación y selección del material jurídico relevante. El segundo aspecto es que los jueces admiten, tácitamente, la posibilidad de un conflicto entre la pretensión del imputado y la de la víctima y hacen una suerte de “ponderación” a favor de la parte más vulnerable: la víctima. Tal ponderación se incardina con el tercer aspecto: apunta

al concepto nuclear mismo de “compasión” como posibilidad cognitiva y afectiva de hacerse cargo del dolor excesivo e injustificado de otro: en este caso de una niña menor de edad.

21. Pasemos ahora al tema de la llamada “pena natural”¹⁰. 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” (causa: 00-055775-09 a cargo del juez de garantías Gabriel Vitale del juzgado de garantías N°. 8 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, 30 de diciembre de 2011). Lo que queremos mostrar es cómo la emoción de la compasión *sentida* por un juez lo lleva a tomar una decisión en cierto sentido. La frase “lo lleva” no indica, en nuestro caso, una senda meramente explicativa. La emoción, como lo procuraremos mostrar, juega un rol “justificatorio” de su decisión; rol que, desde luego, se combina con doctrina jurídica, principios y reglas jurídicos que uno podría indicar que pertenecen al sistema jurídico del juez.

En el caso que tendremos en cuenta 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 (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 caso en cuestión, sumándose a la defensora, entiende que no hubo dolo. Entiende, además, que se trata en todo caso 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. Entre estas “particularidades” cuentan, según el juez, “el pasado y presente del imputado, el desarrollo de su vida, sus temores, su profunda angustia por todo

lo sucedido, todo lo cual debe analizarse minuciosamente considerando el contexto”. El juez opina que el hecho acaecido ha “perjudicado gravemente al acusado”, 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. Expuesto el caso, vayamos directamente a su análisis.

22. El análisis del caso ofrece muchos interesantes pormenores. Aquí es imposible traer todos a colación, motivo por el cual vamos a detenernos solamente en aquellos aspectos que nos parezcan estrechamente pertinentes. Así las cosas, 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 en el caso. 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 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 “última 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”¹¹. La segunda razón que queremos apuntar es la siguiente: del propio “razonamiento” del juez surge que la compasión juega un rol justificatorio en la medida en que no solamente son impulsos subjetivos de un juez lo que debe valorarse aquí. Más bien, se trata de que la compasión juega como 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.

23. La anterior descripción del ordenamiento jurídico argentino, y de la decisión particular del juez sub-examine, puede suscitar la siguiente duda: ¿hasta qué punto son necesarias las *virtudes* 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 caso 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 *phrónesis*, aunada a la compasión, tiene como *subtractum* 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 Larmore (1992), 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” (para una visión reciente, véase Audi, 2013). 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 compasión¹².

24. La antes referida percepción, que está “impregnada” por la compasión, posteriormente, debe ser sometida a un *escrutinio reflexivo* por parte del juez o agente moral¹³. Pasan a ser así percepciones o juicios “bien considerados”. Empero, en casos de conflicto entre juicios bien considerados, es menester ejercer, en la medida de lo que resulte posible, lo que Rawls llama el *equilibrio reflexivo*¹⁴. Por esto, en el caso judicial, en lo posible, 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.

25. Lo dicho en el párrafo anterior, con todo, es insuficiente. 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” (Rawls, 2003: 137-170; Farrelly, s/f). Tal consenso admitiría ciertas concepciones “permisibles” del “bien” compatibles con un estado liberal de derecho¹⁵. 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 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”

(Galston, 1988: 1277-1290). Los jueces, como en el caso examinado, dan razones públicas. Sus decisiones por tanto son racionales (bien argumentadas en normas y evidencia) pero también son “razonables”. Esto así en la medida en que sus resoluciones son susceptibles de ser aceptadas por una comunidad cooperativa de sujetos libres e iguales.

26. 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. Hemos reconocido 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 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, o que aparece poco advertido o confundido con otras cuestiones, es la pregunta acerca de cuál es el papel concreto de las emociones en el razonamiento de los jueces. Al respecto, hemos señalado que es muy fácil asumir un rol explicativo para las emociones. Desde este punto de vista las emociones serían meros resortes “causales”. Sin embargo, así se perdería de vista el potencial rol normativo de concesión de razones para actuar que podrían involucrar las mismas. 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 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. Para no quedarnos en un terreno meramente especulativo y disipatorio de dudas conceptuales, hemos suministrado, al final del trabajo, dos ejemplos reales extraídos 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. Aprovechamos esta parte para conectar la teoría filosófica con un banco de pruebas empírico concreto. Y, por otro lado, desglosamos algunos de los

principales ribetes que se destacan del uso de la compasión en los dos procesos penales identificados. Asimismo, contestamos algunas posibles preguntas-objeciones que la introducción de las emociones podrían 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 razones 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, esto último, cuando las leyes no contienen en sí mismas los parámetros absolutamente determinados para conducir a una solución equitativa o justa en un caso concreto¹⁶. 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 los dos casos estudiados líneas atrás, los jueces se esfuerzan 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 razones 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 así, 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.

Notas

1. Este trabajo ha sido posible merced al financiamiento de CONICET. Además, se ha gozado del apoyo de un subsidio PIP de Conicet, también de un subsidio de la secretaría de ciencia de la Universidad Nacional de Córdoba, así como un subsidio de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. También está enmarcado en el Proyecto “Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos y decisiones”, de la Agencia Estatal de Investigación de España, DER2016-74898-C2-1-R. Agradecemos los comentarios que Daniel Kalpokas, Pablo Salvat Bologna y Alberto Damiani hicieron a este trabajo en el marco del XI Coloquio Latinoamericano de Ética del Discurso y V de la Red Internacional de Ética del Discurso, ICALE, Rio Cuarto, 4 de noviembre de 2016. Sin duda, los mismos, enriquecieron la trama del presente trabajo.

2. 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).

3. Con autores destacados como Larry Laudan o Michele Taruffo.

4. 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, etc.

5. 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. (Kant, 2005: 78) Sin embargo, dos matices cabría realizar. 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.

6. Por mor de la simplicidad no discerniremos aquí entre compasión y clemencia.

7. Creemos importante rescatar ambas dimensiones respecto de las emociones. Lo cognitivo las hace maleables a un análisis racional de la conducta de un agente. Lo afectivo, permite apreciar su contenido no necesariamente proposicional pero sí volitivo.

8. 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 dos casos a título de ejemplo.

9. 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 restricción 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.

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

11. 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 de manera eficaz. Por esto se interpola la teoría de la pena natural.

12. Véase a Salles (1999), quien muestra cómo la percepción moral es siempre emocional.

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

14. En la medida de lo posible, ya que, por hipótesis, podrían existir casos “trágicos” que obturan la aplicación del equilibrio reflexivo. (Lariguét, 2008)

15. 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.

16. 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 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.

Referencias

- Álvarez, M. (2010), *Kinds of Reasons. An Essay in the Philosophy of Action*, Oxford: Oxford University Press.
- Amaya, A. (2013), “The Role of Virtue in Legal Justification”, en Amaya, A. et. al. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford: Hart Publishing.
- Aristóteles (1997), *Ética Nicomáquea*, Barcelona: Altaya.
- Aristóteles (2004), *Retórica*, Madrid: Alianza Editorial.
- Audi, R. (2013), *Moral Perception*, Princeton: Princeton University Press.

- Damasio, A. (2014), *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Buenos Aires: Paidós
- Deigh, J. (2008), *Emotions, Values and the Law*, New York: Oxford University Press.
- Deigh, J. (2011), "Empathy, Justice and Jurisprudence", en *The Southern Journal of Philosophy*, Spindel Supplement, 49, 73-90.
- Deigh, J. (2013), "Empathy in Law (A Response to Slote)", en Amaya, A. et. Al. (eds), *Law, Virtue and Justice*, Oxford: Hart Publishing.
- Evers, K. (2011), *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Madrid: Katz editores.
- Farrelly, C. (s/f), "Virtue ethics and the democratic life", en Snow, C. (ed.), *The Oxford Handbook to Virtue* (forthcoming), Oxford: Oxford University Press.
- Galston, W. (1988), "Liberal Virtues", en *The American Political Science Review*, 82, 4, 1277-1290.
- González Lagier, D. (2009), *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Hume, D. (1998), *Tratado de la Naturaleza Humana*, Edición preparada por Félix Duque, Madrid: Tecnos.
- Hume, D. (2015), *Investigación sobre los principios de la moral*, Traducción, estudio introductorio y notas de Marcelo Mendoza Hurtado, Buenos Aires: Prometeo.
- Kant, I. (2005), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid: Tecnos.
- Lariguet, G. (2008), *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Larmore, C. (1992), *Patterns of moral complexity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Nussbaum, M. (1993), "Equity and Mercy", en *Philosophy & Public Affairs*, 22, 2, 83-125.
- Nussbaum, M. (1999), "La ética de la virtud: una categoría equívoca", en *Areté. Revista de Filosofía*, XI, 1-2, 573-613.
- Nussbaum, M. (2006), *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Madrid: Katz editores
- Rawls, J. (2004), *Liberalismo político*, México: FCE.
- Raz, J. (1990), "Introduction", en Raz, J. (comp.) *Authority*, New York: New York University Press.
- Salles, A. (1999), "Percepción y Emociones en la Moralidad", en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 20, 217-226.
- Séneca, L. (1988), *Sobre la Clemencia* (trad. y notas Cordero. C.), Madrid: Tecnos.
- Slote, M. (2013), "Empathy, Law and Justice", en Amaya, A. et. Al. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Oxford: Hart Publishing.

Referencias jurisprudenciales analizadas

Causa nro. 00-055775-09 "G. s/homicidio agravado por el vínculo", Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, 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.

"R., H. A. s/ Recurso de Casación interpuesto por H.A.R. en Expte. 50/12 R.H.A. p.s.a. Abuso Sexual Simple - Santa María" 22 de mayo de 2013, San Fernando del Valle de Catamarca, Catamarca.

Corte de Justicia de Catamarca. Recurso de Casación. Magistrados: Luis Raúl Cippitelli, José Ricardo Cáceres, Amelia Sesto de Leiva.