

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



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 Rovirosa, 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

NOTA PRELIMINAR

Los temas explorados en este libro por los autores Amalia Amaya y Maksymilian del Mar fueron impartidos en el Seminario ordinario: “Emociones, virtudes y argumentación jurídica”, celebrado los días 18 y 25 de agosto, y 2 y 22 de septiembre de 2016 en la sede central del Instituto de la Judicatura Federal. Dicho seminario es parte de las actividades académicas previstas en el programa de trabajo del Área de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal 2016-2018.

Prólogo

Dos de los temas más importantes, y, paradójicamente, más descuidados en el ámbito del derecho y de la argumentación jurídica en nuestro país, son las virtudes y las emociones. El Instituto de la Judicatura Federal, consciente de la necesidad de fomentar el estudio y desarrollo de estos temas, llevó a cabo durante los meses de agosto y septiembre de 2016 el seminario ordinario: “Emociones, virtudes y argumentación jurídica”, con la participación de la profesora Amalia Amaya y el profesor Maksymilian del Mar. En aquella ocasión se debatieron temas como: la aplicación de las virtudes al ámbito del derecho y de la argumentación jurídica, las virtudes y la ética judicial, y la imaginación y el derecho.

El presente libro tiene como objetivo acercar a la comunidad judicial al estudio y discusión de estos temas. El libro recoge las ideas exploradas en el mencionado seminario y avanza nuevas interrogantes. Así, a los trabajos de los dos docentes que impartieron el seminario se suman otros tres, el de Guillermo Lariguet y Luciana Samamé, el de Pedro Haddad y el de José Ramón Narváez; todos juntos abarcan una amplia gama de reflexiones que dibujan un panorama de la extensa geografía que con relación a estos temas habrá que explorar.

El texto de la doctora Amalia Amaya articula una concepción igualitaria de la humildad judicial, a la vez que justifica su valor por el hecho de que promueve de manera importante el ideal jurídico y político de la fraternidad. Este recuento del contenido y valor de la virtud de la humildad contrasta fuertemente con la opinión dominante de la humildad judicial como deferencia o moderación judicial. De tal forma que en el capítulo se discuten algunas maneras sobre cómo el balance de la humildad y de su valor —tal como lo propone la doctora Amaya— fomenta nuestra comprensión de las virtudes judiciales; al mismo tiempo que plantea una interesante reflexión sobre las implicaciones políticas de dar a la virtud de la humildad un rol en la sentencia.

Por su parte, en su texto el profesor Pedro Haddad expone los rasgos básicos de una epistemología de virtudes y una concepción de la justificación epistémica apropiadas para el ámbito probatorio

judicial. Su meta es plantear los efectos epistémicos que pueden proporcionar las virtudes intelectuales de los juzgadores al momento de efectuar la valoración de las pruebas. De esta forma Haddad desarrolla la idea de una *justificación epistémica subjetiva*, es decir, un tipo de justificación que no es tan relevante para el conocimiento, como lo es para la legitimación de las acciones y decisiones que realizamos con base en las creencias que sostenemos. Así pues, aun en el caso de un juzgador que tiene que basar su decisión en un acervo probatorio de elementos inciertos, si su conducta es regida activamente por un apropiado deseo de verdad debidamente suplementado por las virtudes intelectuales, entonces su decisión gozará al menos de una situación de irreprochabilidad del resultado. En efecto, el ejercicio de las virtudes por parte de los jueces de alguna manera “amortigua” las fallas del sistema probatorio al promover la obtención del mejor resultado exigible, habida cuenta de su posible falsedad. Es por esto que es deseable que los juzgadores sean epistémicamente virtuosos porque, aun en el peor escenario, las virtudes son capaces de producir bienes epistémicos valiosos.

El segundo gran tema que aborda este libro es el de las emociones en el derecho y en (las teorías de) la argumentación jurídica. El primer texto dedicado a esta segunda parte del libro es el del doctor José Ramón Narváez, quien busca apuntalar la postura de que las emociones afectan e inundan el derecho y su enseñanza. Su argumento arranca desde el sentido común: es evidente que el derecho está plagado de emociones, se trata de una cuestión inherente a nuestra propia humanidad. Por lo tanto, urge recuperar la dimensión emotiva del derecho, el cual ha querido verse como un mero planteamiento racional, pero el operador jurídico y el destinatario son personas que al interpretarlo necesariamente involucran sus emociones lo cual da un resultado distinto en el uso del mismo. Como bien señala el profesor, al argumentar el derecho debería existir la conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en una esfera de sus libertades, pero también escuchados, comprendidos y en su caso, reconfortados. Desafortunadamente, tanto la educación jurídica como la propia teoría del derecho contemporánea se conciben como procesos exentos de emotividad. El profesor Narváez, especialista en los estudios de derecho y literatura, y de derecho y cine, arranca su reflexión a partir de la obra *Justicia S.A.* de Juan Bustillo Oro, para

ejemplificar las distintas formas en las que la sociedad manifiesta sus emociones hacia el derecho.

El trabajo de Guillermo Lariguét y Luciana Samamé reflexiona sobre la posibilidad de atribuir a las emociones un rol justificatorio —y no meramente explicativo— en el razonamiento judicial. Para ello, los autores desarrollan interesantes ideas respecto de la racionalidad de las emociones y del papel que éstas juegan en la motivación y en las razones para actuar. El texto se centra en el análisis de una emoción en particular, a saber, la compasión en el ámbito del derecho penal. Los autores se preguntan si es posible que en ciertos casos el juez sea incapaz de proporcionar una sentencia justa *a menos que* ésta se encuentre concatenada con la compasión. La respuesta que ensayan en su capítulo se asoma en la siguiente dirección: parecen existir determinadas situaciones en que la compasión alumbra la interpretación de la ley, permitiendo la cristalización del razonamiento judicial en un resultado justo. De este modo, justicia y compasión, en ciertos contextos, van de la mano. Lo anterior permite reflexionar sobre la importancia de formar jueces virtuosos. Para mostrar su punto los profesores se apoyan en el análisis de un caso extraído de la jurisprudencia argentina, en donde la figura de la *poena naturalis* desempeña un rol central.

Finalmente, en su trabajo el doctor Maksymilian del Mar argumenta que sentir compasión (y otras emociones relacionales) constituye una diferencia importante y benéfica a la hora de que los jueces emiten sus fallos, ya que mejora el ejercicio de la “imaginación en perspectiva”, es decir, ayuda a un juez a comprender mejor una situación tal y cómo la pudo haber experimentado otra persona. Incluso cuando un juez tiene una capacidad altamente desarrollada para la empatía y la simpatía (procesos estos cognitivos y evaluativos que se distinguen de las emociones), hay mucho que puede ganar un juez que realmente siente compasión. No obstante, advierte el profesor del Mar, dado el potencial de la distorsión del entendimiento como consecuencia de sentir compasión, cualquier sentimiento de este tipo debe ir acompañado de un ejercicio robusto de la “imaginación en perspectiva”, esto es, imaginando múltiples perspectivas —incluso algunas veces construyéndolas— para evitar privilegiar una por encima de las otras.

En el texto también se argumenta que esta “imaginación mediante el sentimiento”, como la llama Maksymilian del Mar, no representa una amenaza para la imparcialidad o el imperio de la ley, sino que en realidad es una condición de la misma. Es parte del imperio de la ley que las personas tienen derecho a ser escuchadas, especialmente aquellas a quienes de otra manera nos resultaría difícil de entender. Imaginar mediante el sentimiento ayuda a que los jueces “escuchen” mejor a la pluralidad de personas que se presentan ante ellos, y de esta manera ayuda al Poder Judicial a mejorar la calidad del Estado de derecho.

Con esta obra, el Instituto de la Judicatura Federal refrenda su compromiso con la educación judicial. El tema de las virtudes, de tradición longeva, permanece vigente por su propia naturaleza y por sus interesantes alcances. Por otra parte, el tema de las emociones pone sobre la mesa nuevas inquietudes filosófico-jurídicas que ofrecen nuevas visiones sobre la función judicial.

Rafael CABALLERO HERNÁNDEZ

La virtud de la humildad judicial*

Amalia AMAYA

I. Introducción

La humildad no suele figurar en las listas de virtudes judiciales o en las discusiones académicas que tratan sobre los rasgos de carácter necesarios o, por lo menos, deseables que los jueces deben poseer y desplegar en el ejercicio de sus funciones. No obstante, la humildad tiene un lugar privilegiado en las opiniones de los jueces respecto del tipo de actitudes que más se necesitan en su profesión. Los llamados a la humildad judicial también abundan en las discusiones públicas sobre las decisiones judiciales, así como en los comentarios de los expertos respecto de casos polémicos o controvertidos. La percepción que existe entre la comunidad jurídica y la población en general, de la necesidad de humildad judicial, quizá esté equivocada. La humildad es probablemente una virtud más difícil de encontrar en los jueces que en otros profesionales dado que: a) la naturaleza de su rol implica un ejercicio de autoridad sobre las partes; b) el hecho de que existe un aura casi sagrada que rodea la figura del juez tanto en la cultura jurídica como en la popular; y c) que la judicatura está, en su mayor parte y en la mayoría de los sistemas jurídicos, integrada por personas

* Una versión anterior de este trabajo fue presentada en el IX Seminario UNAM-IIFs/Universidad de Texas en Austin, en la conferencia “Virtud, emoción e imaginación en el razonamiento jurídico” en la UNAM; en el Wine Seminar de Córdoba (Argentina) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Agradezco a los participantes en estos eventos su valiosa crítica. Y especialmente a Oren Bracha, quien participó como comentarista de este trabajo y aportó críticas incisivas y sugerencias extremadamente útiles. Maksymilian del Mar, Claudio Michelin y Carlos Pereda comentaron los borradores anteriores de este trabajo, por lo cual estoy muy agradecida. [Traducción del inglés de Rafael Caballero Hernández].

procedentes de sectores sociales favorecidos¹. Por lo tanto, lo que parece sorprendente no es tanto que la humildad se considere un rasgo muy valioso que los jueces deberían tener, sino que haya recibido tan poca atención en la creciente literatura sobre las virtudes judiciales. El relativo descuido de la virtud de la humildad en jurisprudencia de la virtud, contrasta no sólo con las opiniones de los profesionales y del público sobre la relevancia de ésta para el Poder Judicial, sino también con otros enfoques en teoría jurídica y constitucional que la consideran un rasgo importante para el ejercicio de la función judicial. En teoría jurídica y constitucional, se considera que la humildad judicial es esencial para mantener a los jueces en el lugar que les corresponde, impidiéndoles usurpar funciones que están constitucionalmente asignadas a otras ramas del gobierno. La humildad o modestia judicial, desde este punto de vista, está en el centro de la restricción o auto-contención judicial.

Este trabajo pretende contribuir a la discusión contemporánea sobre las virtudes judiciales al proporcionar un análisis de la humildad judicial y explicar su valor². La estructura del texto es la siguiente: en el apartado II someto a crítica la opinión dominante de la humildad judicial como deferencia o restricción judicial. Los

¹ El juez de distrito Thomas A. Wiseman Jr., escribió que “la mayoría de los abogados que conozco dirían que un juez federal humilde es un oxímoron: y probablemente tengan razón”. Véase Wiseman Jr., Thomas A., “What Doth the Lord Require of Thee?”, *Texas Tech Law Review*, No. 27, 1996, pp. 1403-1408 (citado en Brett Scharffs, “The Role of Humility in Exercising Judgment”, *University of California Davis*, No. 32, 1998, pp. 127-164). La cuestión de la relación entre la humildad en la judicatura y la diversidad judicial es interesante y controvertida. Véase Scharffs (*idem*) declarando que “un juez tiene más probabilidades de errar por el lado de tener muy poca humildad que demasiada, independientemente del género o la raza del juez. La tentación de ser orgulloso se basa en el papel judicial, no en el estado del juez individual”. Cfr. Nava Michael, “The Servant of All: Humility, Humanity and Judicial Diversity”, *Golden Gate University Law Review*, No. 38, 2008, pp. 175-188, quien sostiene que “los jueces que pertenecen a grupos minoritarios tienden a aplicar las cualidades de humanidad y humildad al trabajo de juzgar”.

² A lo largo de este capítulo usaré “modestia” y “humildad” indistintamente. Aunque hay algunas diferencias en el uso de estos dos conceptos, se han discutido los mismos problemas en la literatura bajo el rubro de humildad y de modestia. Véase Statman, Daniel, “Modesty, Pride and Realistic Self-Assessment”, *The Philosophical Quarterly*, No. 42, 1992, p. 420.

dos apartados siguientes desarrollan una propuesta acerca del contenido y valor de la humildad judicial se diferencia de manera importante de la concepción de la humildad judicial como deferencia; el apartado III articula una concepción igualitaria de la humildad judicial, y el apartado IV ofrece una justificación del valor de la humildad en el contexto de la toma de decisiones judiciales por considerar que promueve el ideal jurídico y político de la fraternidad. En el apartado V concluyo afirmando que el estudio de la humildad y de las razones por las que consideramos este rasgo de carácter como una virtud favorece el debate sobre la virtud y el derecho, ya que, en primer lugar, nos lleva a repensar la concepción tradicional de la rasgos de carácter que dan lugar a una decisión judicial virtuosa; y, en segundo, trae a la luz algunas implicaciones políticas de dar a la virtud un papel importante en una teoría de la argumentación judicial.

II. Humildad judicial como restricción judicial: una crítica

La concepción predominante de la humildad judicial la equipara con la restricción judicial, la deferencia o la cortesía³. La modestia judicial engloba una amplia gama de doctrinas, incluyendo: la deferencia o respeto hacia la toma de decisiones legislativas y/o administrativas, el respeto a los precedentes (y una aversión a la anulación de decisiones previas), un enfoque textualista o estrictamente constructivista de la interpretación jurídica, doctrinas relativas a la aceptabilidad de las demandas y de la cosa juzgada, el argumento de las

³ La humildad judicial, tal como se entiende sobre todo en la literatura jurídica, se identifica con la cortesía en un sentido amplio (es decir, con una actitud obediente de una institución ligada por la autoridad de otro), así como en sentido estricto (como una actitud de respeto de una autoridad a otra cuando ésta no se encuentra vinculada por las decisiones de la primera). La humildad judicial —según la concepción de la humildad como restricción judicial, cortesía o deferencia— requeriría una actitud de deferencia hacia la historia institucional pasada que delimita al juez, así como una actitud de deferencia a la hora de determinar los límites de la discrecionalidad judicial y operar dentro de los mismos. Acerca de la cortesía (amplia y estrecha), véase Endicott, Timothy, “Comity among Authorities”, *Current Legal Problems*, No. 68, 2015, p. 1.

‘*floodgates*’^{**}, e incluso el supuesto requisito de que los jueces deben evitar hacer elecciones morales o políticas⁴. Desde este punto de vista, la humildad judicial se entiende como una conciencia de las propias limitaciones intelectuales, que lleva al reconocimiento de que otros están mejor posicionados para tomar ciertas decisiones y, por lo tanto, que lo adecuado es adoptar una actitud de deferencia o de restricción. La humildad judicial, así entendida, es invocada de diversas maneras para justificar una actitud de moderación en la revisión o control constitucional⁵, el respeto a las normas⁶, la deferencia a la opinión generalizada⁷, la restricción para conceder un juicio sumario⁸, así como para argumentar contra el constructivismo en la interpretación

^{**} El argumento de las *floodgates*, es un principio jurídico que los jueces aplican en ciertas ocasiones para restringir o limitar el derecho a reclamar daños y perjuicios, por la preocupación de que al permitir que un quejoso se recupere en tales situaciones podría abrir —metafóricamente— las “compuertas” a un gran número de demandas. Este principio se cita con mayor frecuencia en las jurisdicciones del *common law*. [Nota del traductor].

⁴ Véase Kavanagh, Aileen, “Judicial Restraint in the Pursuit of Justice”, *University of Toronto Law Journal*, No. 60, 2010, pp. 24-25.

⁵ Véase Gewirts, Paul, “On I know it When I see it”, *Yale Law Review*, No. 105, 1996, pp. 1023, 1034-45 (quien se refiere al “sentimiento de humildad de un juez”, como un sentido internalizado de que él no es el único depositario de la verdad constitucional, “una actitud de moderación que es un aspecto del temperamento”); Gely, Rafael y Caron, Paul L., “Affirmative Refraction: Grutter v. Bollinger Through the Lens of the Case”, *The Case of the Speluncean Explorers*, 21 Constitutional Commentary, 2004, pp. 63 y 83. (“La humildad se manifiesta de varias maneras, incluyendo el reconocimiento de que no todos los estatutos estúpidos son inconstitucionales o necesitan ser reescritos por decreto judicial”).

⁶ Schauer, Fred, “Must Virtue Be Particular?”, en Amalia Amaya y Ho Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, 2012. (Quien define al “virtuosamente humilde y modesto tomador de decisiones” como “el que es consciente de sus propias incapacidades” y describe el seguimiento de las reglas como “una forma de deferencia, humildad y modestia”).

⁷ Sunstein, Cass, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, 2009, pp. 165-184. (quien discute al juez de ficción Condorcet, un juez humilde que cree que los jueces están en desventaja epistémica y debe prestar atención a la opinión pública).

⁸ Stempel, Jeffrey, “Taking Cognitive Illiberalism Seriously: Judicial Humility, Aggregate Efficiency, and Acceptable Justice”, *Loyola University of Chicago Law Journal* 627, No. 43, 2012.

constitucional⁹, y para apoyar una teoría de la fidelidad en la interpretación constitucional¹⁰. En resumen, según esta concepción, “todas las restricciones a la discrecionalidad judicial pueden entenderse como medios para atemperar la arrogancia judicial”, y por lo tanto la humildad judicial es una cuestión de moderación en el ejercicio de la función judicial¹¹.

Las perspectivas sobre la humildad judicial como restricción judicial son, me parece, muy problemáticas. En primer lugar, estas concepciones de la humildad judicial son excesivamente reductivos porque equiparan humildad con humildad intelectual e ignoran las dimensiones no epistémicas de la virtud de la humildad. La humildad es una virtud que se aplica tanto al carácter moral como al intelectual. No cabe duda de que hay importantes conexiones entre la humildad como virtud moral y su contraparte intelectual. Incluso podría argumentarse que las virtudes intelectuales no son más que un subconjunto de las virtudes morales y, por consiguiente, que la humildad epistémica es una subespecie de la humildad como virtud moral¹². Sin embargo, la equiparación de la humildad con sus aspectos epistémicos supone una concepción invertida de la relación entre las virtudes morales y epistémicas —en la que las primeras son una subclase de estas últimas, y no al revés— que es difícilmente plausible.

Además, la concepción de la humildad judicial como restricción asumen una concepción de la humildad epistémica o intelectual que es incompatible con la autonomía intelectual. Si bien es cierto que siempre existe la posibilidad de que las virtudes puedan entrar en conflicto en casos particulares, es altamente inverosímil que las virtudes estén por definición en conflicto. El humilde piensa que es posible que esté equivocado y que otros sepan más que él, pero a partir de esta postura

⁹ Véase McConnell, Michael W., “The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin’s Moral Reading of the Constitution”, *Fordham Law Review*, No. 65, 1997, p. 1269.

¹⁰ Véase Lessig, Lawrence, “Fidelity and Constraint”, *idem*, pp. 1365 y 1371 (quien desarrolla una analogía entre jueces y traductores y argumenta que los traductores deben ser humildes, es decir, que deben “minimizar la voz del traductor en el texto que se traduce”).

¹¹ Véase McConell, *op. cit.*, p. 1292.

¹² Acerca de la tesis según la cual las virtudes intelectuales son un subconjunto de virtudes morales, véase Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind*, No. 139, 1996.

escéptica no se sigue que, en efecto, *esté* equivocado y que otros *saben* más. La humildad requiere la apertura a las ideas de los demás y el reconocimiento de la propia falibilidad, más que la deferencia directa a las ideas de los demás y la afirmación del propio fracaso. La actitud de apertura a las ideas de los demás, así como a la posibilidad de que uno pueda equivocarse, puede resultar tanto en el abandono como en la aceptación de los propios puntos de vista. En otras palabras, la humildad epistémica impone ciertas limitaciones al proceso de deliberación, pero no dicta el resultado de tal deliberación. Esto puede verse de forma aun más clara si reflexionamos acerca de qué es lo que exigiría una concepción de la humildad como deferencia en contextos distintos del judicial. Desde este punto de vista, el humilde sería una persona que se considera a sí misma incapaz de formar sus creencias y actuar en consecuencia y que, por consiguiente, siempre difiere el juicio a aquéllos que (en su opinión) están mejor posicionados para decidir. Es difícil ver cómo este rasgo de carácter podría ser una virtud en primer lugar. Tal actitud deferente sería análoga, en el dominio epistémico, a la actitud característica de la persona que se rebaja a sí misma y que, como se argumentará después, carece totalmente de la virtud de la humildad.

La imagen poco atractiva de lo que la humildad como restricción requeriría en contextos distintos al judicial saca a la luz el hecho de que si los jueces, en un determinado caso, deben aplazar su juicio no es una cuestión que depende de la supuesta posesión (o carencia) de humildad epistémica o intelectual, sino de la medida en que los mismos se comprometan a llevar a cabo su tarea de decisión dentro de los límites impuestos que definen el papel de los jueces dentro del ordenamiento jurídico. Es, en este sentido, una cuestión política —que tiene que ver con el tema de cómo debe concebirse la función judicial— y no una cuestión epistémica. Las razones institucionales —a diferencia de las razones epistémicas— son, en su mayor parte, el tipo de razones que apoyan la deferencia a las decisiones del legislador o del ejecutivo, así como la deferencia al pasado (precedente y tradición). Las concepciones que vinculan la humildad judicial con la moderación (o restricción) judicial hacen un uso retórico de la misma con el fin de prestar apoyo a una interpretación particular —que lleva al rechazo del activismo judicial— de la función judicial.

Los problemas que afectan a la concepción de la humildad judicial en términos de retención judicial o deferencia, no deben ser interpre-

tados como un indicativo de que la humildad epistémica no es un rasgo de carácter importante para los jueces. De hecho, la humildad epistémica se manifiesta en un comportamiento que es sumamente valioso en el contexto del rol judicial. Como he sostenido antes, la humildad dispone a los jueces que tienen esta virtud a ser conscientes de sus propias limitaciones y a considerar con seriedad la posibilidad de que puedan estar equivocados. De manera relacionada, la humildad epistémica también está asociada con la disposición a considerar ideas alternativas, a escuchar atentamente las opiniones de los demás y a esforzarse por comprender las posiciones de aquéllos con quienes uno está en desacuerdo. Además, en la medida en que el juez humilde reconoce su propia falibilidad, también está dispuesto a buscar ayuda de otras fuentes y a responder de forma adecuada a situaciones en las que afloran sus limitaciones, lo que requiere, en ocasiones, ser deferente con otros¹³.

Hay que resaltar también otros dos beneficios importantes de la humildad intelectual, ya que son particularmente pertinentes en el contexto del rol judicial. En primer lugar, la humildad intelectual permite aprender de los demás, promoviendo así el desarrollo personal y profesional de los jueces. Dispone a aquéllos que tienen humildad a exteriorizar una actitud de respeto hacia los demás, reconociendo que —independientemente de las diferencias de conocimiento, habilidad y experiencia— uno puede aprender incluso de aquéllos que no son sus pares¹⁴. En segundo lugar, la humildad equipa a los jueces con una serie de dispositivos que son extremadamente útiles para manejar casos de desacuerdo que, a menudo, surgen en el ejercicio de la profesión. Los jueces humildes reducirán la confianza inicial en sus puntos de vista ante el desacuerdo entre iguales, tomarán seriamente la posibilidad de que los puntos de vista de sus pares son correctos, y estarán

¹³ Sobre la diversidad de disposiciones, motivaciones y sentimientos de la persona intelectualmente humilde, véase Whitcomb, Dennis *et al.*, “Intellectual Humility: Owning Our Limitations”, *Philosophy and Phenomenological Research*, No. 94, 2017, pp. 509-539.

¹⁴ Sobre la cuestión de que la humildad en los jueces permite el aprendizaje, véase Scharffs, *op. cit.*, p. 164; Nava, *op. cit.*, p. 179; y Gely y Caron, *op. cit.*, p. 98.

abiertos a los argumentos, todo lo cual es crucial para que exista una genuina deliberación colectiva dentro del tribunal¹⁵.

Así, la humildad intelectual es un rasgo de carácter muy valioso que los jueces pueden tener y desplegar. Sin embargo, la concepción dominante de la humildad judicial reduce indebidamente la humildad a su dimensión epistémica. Además, se basa en una comprensión de la humildad intelectual como baja autoestima de los poderes epistémicos de uno, que está plagada de problemas. Desde esta perspectiva, el alcance de la humildad se limita a ser un argumento (dudoso) en apoyo de la deferencia judicial. En las dos secciones siguientes desarrollo una concepción alternativa —igualitaria— de humildad judicial que muestra las ricas potencialidades políticas que alberga esta virtud más allá de los debates sobre la contención judicial.

III. Una concepción igualitaria de humildad judicial

Durante las últimas dos décadas, la humildad ha experimentado un cambio dramático como tema de interés filosófico; ha pasado de ser una virtud marginal a convertirse en objeto de un intenso debate en la filosofía contemporánea. En la literatura se han defendido diferentes concepciones de humildad. Aunque los enfoques contemporáneos distinguen la humildad de la baja autoestima, la autodenigración o la degradación de uno mismo, en la mayor parte de los casos aún asocian la humildad a la valoración de uno, o a la actitud hacia los propios méritos y deméritos. En estas concepciones, la humildad se entiende de diversas maneras tales como ignorancia de las cualidades propias¹⁶; indiferencia respecto de cómo los demás evalúan los logros

¹⁵ Véase Carter, J. Adam y Pritchard, Duncan, “Intellectual Humility, Knowledge-How, and Disagreement”, en Slote Michael, Sosa Ernest, y Chienkuo Mi (eds.), *Moral and Intellectual Virtues in Western and Chinese Philosophy*, Routledge, 2016.

¹⁶ Para una defensa de la opinión de que la modestia implica la ignorancia sobre la valía y los propios logros, véase Driver, Julia, “The Virtues of Ignorance”, *The Journal of Philosophy*, vol. 86, No. 373; y “Modesty and Ignorance”, *Ethics*, No. 109, 1999, p. 827.

de uno¹⁷; descrédito de los rasgos que se admiran de uno¹⁸; la no sobreestimación de uno¹⁹; la autoevaluación con relación a normas más estrictas de las que se usan para evaluar a otros²⁰; desinterés respecto de las cualidades propias²¹; una disposición a minimizar los logros de uno²²; y la templanza en cuanto a los logros propios²³.

Sin embargo, la humildad no es tanto una cuestión acerca de cómo uno enfrenta sus méritos como una cuestión que tiene que ver con cómo uno se posiciona frente a otros. Lo que está en el centro de la virtud de la humildad es una actitud acerca de qué lugar ocupa uno dentro de una comunidad, en vez de una actitud hacia los propios logros. Algunos enfoques contemporáneos se centran de manera correspondiente no en los aspectos epistémicos (el autoconocimiento o falta de él) de la humildad, sino más bien en los aspectos relacionales de esta virtud. Por lo tanto, la humildad es reconcebida como una virtud cívica activa en relación con el otro, como un *ethos* público, y no como una cualidad interior, auto-referencial²⁴. Este cambio de enfoque es, como sostendré más adelante, lo que nos permite reivindicar a la humildad como una importante virtud jurídica y política.

Las concepciones socio-relacionales de la humildad tienen una larga historia. En la tradición confuciana, la humildad se entendía como una disposición totalmente relacional que tiene una fuerza dis-

¹⁷ Véase Schueler, G., “Why Modesty Is a Virtue?”, *Ethics*, No. 107, p. 467.

¹⁸ Véase García, L. L. A. “Being Unimpressed with Ourselves: Reconceiving Humility”, *Philosophia*, No. 34, 2000, p. 417.

¹⁹ Para una defensa de la modestia como no sobreestimación, véase Flanagan, Owen, “Virtue and Ignorance”, *Journal of Philosophy*, No. 87, 1990, p. 420; y Norvin Richards, “Is Humility a Virtue?”, *American Philosophical Quarterly*, No. 25, 1988, p. 253.

²⁰ Véase Brennan, Jason, “Modesty without Illusion”, *Philosophy and Phenomenological Research*, No. 75, 2007, p. 111; y Hans Maes, “Modesty, Asymmetry, and Hypocrisy”, *The Journal of Value Inquiry*, No. 38, 2004, p. 485.

²¹ Véase Bommarito, Nicolas, “Modesty as a Virtue of Attention”, *Philosophical Review*, No. 122, p. 93.

²² Véase Ridge, Michael, “Modesty as a Virtue”, *American Philosophical Quarterly*, No. 37, 2000.

²³ Véase Nuyen, A. T., “Just Modesty”, *American Philosophical Quarterly*, No. 35, 1998, p. 101.

²⁴ Véase Button, Mark, “A Monkish Kind of Virtue? For and Against Humility”, *Political Theory*, No. 33, 2005, p. 841.

tintivamente crítica y política²⁵. Aunque en el pensamiento religioso occidental la humildad se entiende en gran medida como “abnegación digna de elogio”²⁶ que lleva a la deferencia ciega y a la sumisión a la autoridad, también hay defensas de la humildad como una virtud relacional e interpersonal²⁷. Así, los enfoques relacionales contemporáneos de la humildad no suponen sin más un cambio de tema (como señalan algunos críticos), sino que recogen y desarrollan un enfoque reconocido desde hace mucho tiempo sobre el significado y el valor de esta virtud²⁸.

El enfoque socio-relacional refleja mejor, me parece, el núcleo de la virtud de la humildad así como su valor como virtud judicial. Las personas humildes tienen una manera distintiva de considerar y construir sus relaciones con los demás. En particular, la humildad implica una profunda apreciación de la igualdad de todos los seres humanos, a pesar de cualquier otra clase de diferencias que pudiera haber, y tiene un valor distintivo en cuanto que fomenta relaciones sociales igualitarias²⁹. Por lo tanto, la humildad se caracteriza por una orientación hacia el otro que requiere un compromiso profundo con el igualitarismo y que conlleva una firme disposición a comprometerse social y políticamente con otros sobre esta base igualitaria³⁰.

²⁵ Véase Rushing, Sara, “Comparative Humilities: Christian, Contemporary, and Confucian Conceptions of a Political Virtue”, *Polity*, No. 45, 2013, p. 201.

²⁶ Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Question 161, cited in Rushing, *op. cit.*, p. 205.

²⁷ Especialmente, San Bernardo de Clairvaux en “The Steps of Humility”. Para una discusión, véase Button, *op. cit.*

²⁸ Véase McMullin Irene, “A Modest Proposal: Accounting for the Virtuousness of Modesty”, *The Philosophical Quarterly*, No. 60, 2010, p. 790 (quien plantea esta objeción, específicamente, en contra de enfoques igualitarios de la humildad).

²⁹ Doy las gracias a Valeria Trotti por ayudarme a ver hasta qué punto un compromiso con la visión de que la humildad es un “modo de relación” más que una cuestión de autoconocimiento es el núcleo de mi enfoque igualitario.

³⁰ El compromiso igualitario que está en el centro de la virtud de la humildad puede basarse en la universalidad de la razón moral de Kant o, siguiendo a Hobbes, en la naturaleza común básica de todos los seres humanos. Acerca del concepto igualitario de modestia de Hobbes, véase Hobbes *Leviathan*, capítulo XV (Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 107-110). Sobre la visión kantiana de la humildad, véase Jeanine Grenberg, “Humility: Kantian Style”, en Stan Van Hoft (ed.) *The Handbook of Virtue Ethics*, Durham, Acumen, 2014.

En concreto, mi propuesta igualitaria es la siguiente³¹. La humildad o la modestia es una virtud de carácter que exige que la persona no considere el hecho de que sobresale (y es, por lo tanto) mejor que otros respecto de algunas características o cualidades, como prueba de que es mejor o superior a los demás de manera no cualificada. No es, por lo tanto, una cuestión de subestimar las cualidades de uno, ignorando así aspectos en los que uno es mejor. La persona humilde tiene una visión exacta de sus logros y está consciente de que sus logros son superiores a los de otros. Pero a partir de este reconocimiento de que es mejor respecto de algunos estándares, no infiere (sin humildad) que es mejor o superior a los demás. Dos razones bloquean la inferencia de ser un mejor deportista, más inteligente, más rico, con más clase, más guapo, estudiado o mejor persona de manera no cualificada³²: a) el reconocimiento de que los méritos de una persona son, en gran medida, el resultado de la influencia de los demás y, en este sentido, la conciencia del papel que juega la suerte en la vida, la personalidad y en la posición³³; y b) el reconocimiento de que las diferencias de riqueza, habilidad, clase, etc., son menores cuando se comparan con

³¹ Para otras concepciones igualitarias de la modestia, véase Statmany Ben-Ze'ew Aaron, "The Virtue of Modesty", *American Philosophical Quarterly*, No. 30, 1993, p. 235. Aunque hay diferencias críticas, sus análisis de igualdad comparan elementos importantes y un espíritu similar con mi propia propuesta. Véase también Tiberius Valeriy Walker John D., "Arrogance", *American Philosophical Quarterly*, No. 35, 1998, p. 379, para un análisis de la arrogancia que es, de manera interesante, cercano al análisis de la humildad que se defiende aquí.

³² Por lo tanto, la persona humilde no toma el valor de una persona como una función del mérito —moral o de otra manera. Para una discusión acerca de si los logros morales pueden tratarse coherentemente como otro tipo de logros (intelectuales, físicos, etc.) cuando se trata de afirmar —como hace el humilde— la igualdad fundamental entre las personas, véase Hare Stephen, "The Paradox of Moral Humility", *American Philosophical Quarterly*, No. Vol. 22, No. 2, 1996.

³³ Sobre la relevancia de la suerte para un análisis de la humildad, véase Bommarito, *op. cit.*, pp. 102-105; Rashdall Hastings, *The Theory of Good and Evil*, Oxford University Press, 1924, p. 206; Smith Nicholas, "Modesty: A Contextual Account", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, No. 82, 2008, p. 28; Flanagan, *op. cit.*, p. 425; Nuyen, *op. cit.*, pp. 102-104. Cfr. Driver Julia, *Uneasy Virtue*, Cambridge University Press, 2001, p. 22. Kupfer hace de la "dependencia radical", que implica reconocer cuánto de nuestro éxito depende de las influencias fortuitas en nuestras vidas, un elemento central del análisis de la humildad. Véase Kupfer Joseph, "The Moral Perspective of Humility", *Pacific Philosophical Quarterly*, No. 84, 2003, p. 249.

las muchas formas en que somos fundamentalmente iguales. La postura igualitaria que caracteriza a la persona humilde señala un medio (de acuerdo con la doctrina del justo medio de Aristóteles) entre los extremos del exceso (es decir, el engrandecimiento o la arrogancia, en el que se afirma la superioridad) y el defecto (el servilismo autohumillación, en la que uno afirma su inferioridad)³⁴.

La humildad así descrita es un rasgo de carácter trascendental para los jueces. La humildad en el Poder Judicial exige que los jueces no se consideren a sí mismos superiores a aquéllos cuyo caso se está decidiendo. El juez humilde reconoce que es fundamentalmente igual a las partes, a pesar de que ocupa un lugar de prestigio y poder, y con independencia de las diferencias que pudiera haber en estatus profesional y social entre él y las partes. El juez humilde también tiene una aguda conciencia del papel que juega la suerte en la vida y, por consiguiente, que los papeles de juez y parte podrían haber estado invertidos.

La humildad en los jueces —como la humildad en contextos no jurídicos— tiene importantes beneficios sociales. El juez humilde tratará a las partes con amabilidad y respeto y no humillará al acusado ni le hará sentir degradado o inferior³⁵. Un componente crítico de la humildad, como muchos han argumentado, es la adopción de una actitud de cuidado y respeto por el bienestar de los demás y la sensibilidad para evitar comportamiento jactancioso que podría causar dolor y frustración. Ésta es la actitud adecuada si queremos establecer un sistema de justicia que considere la administración de la misma como una empresa colaborativa entre los ciudadanos y que se apoye en una

³⁴ Véase Smith, *op. cit.*, p. 23 (argumentando que la modestia es un medio entre el exceso de sobreestimar los logros de uno y la deficiencia de subestimarlos); McMullin, *op. cit.*, pp. 788 y 805 (alegando que la modestia es un medio entre la arrogancia y la autoabnegación completa y un tipo de punto medio entre enfatizar la libertad o la facticidad demasiado o demasiado poco); y Kupfer, *op. cit.*, p. 266 (declarando que “la humildad es un medio entre la injustificada baja consideración o autodenigración y la altanería de la arrogancia o el orgullo excesivo”). La modestia o la humildad es, pues, una virtud susceptible al análisis aristotélico tradicional, aunque no figura en la lista de virtudes de Aristóteles.

³⁵ Sobre la afirmación de que la humildad fomenta relaciones sociales amables y tersas, véase “Bernard the Clairvaux ‘The Steps of Humility’” en Kuipfer, *op. cit.*, p. 260; y Button, *op. cit.*, p. 850. Véase también Alan Wilson, “Modesty as Kindness”, *Ratio*, 2014 (argumentando que la humildad se entiende mejor como estrechamente relacionada con la virtud más fundamental de la bondad).

visión de la autoridad apta para un gobierno democrático³⁶. La humildad en el Poder Judicial también nos ayudaría a tener un sistema de justicia más humano que reconozca el valor de cada ser humano y que nos lleve a restaurar el tejido social dañado por los hechos litigiosos, en lugar de provocar odio y resentimiento —que resulta de un comportamiento arrogante³⁷. Estos efectos benéficos de la humildad apuntan a lo que es, considero, una razón importante para valorarla en el contexto de la toma de decisiones judiciales, a saber, la humildad promueve la realización del ideal de la fraternidad. La conexión que existe entre la humildad judicial y la fraternidad nos proporciona una justificación política para valorar a la misma.

IV. El valor de la humildad judicial

El principal valor de la humildad para los jueces radica en su capacidad de servir al ideal jurídico y político de fraternidad. Una comunidad fraterna es una comunidad en la que los miembros se consideran iguales, están ligados por lazos afectivos y tienen la disposición de ayudarse mutuamente³⁸. El cultivo de la virtud de la humildad es esencial para establecer el tipo de relaciones sociales —relaciones igualitarias marcadas por el cuidado mutuo y el afecto, así como la ayuda recíproca y la cooperación voluntaria— que son características de las comunidades fraternales. Un Poder Judicial humilde —y este es la tesis central que quiero defender—, tiene un papel singular que desempeñar en el proyecto de construcción de una sociedad fraterna³⁹.

³⁶ Véase Anthony Duff, “Legal Reasoning, Good Citizens, and the Criminal Law”, *Jurisprudence*, forthcoming; Statman, *op. cit.*, p. 434; Smith, *op. cit.*, p. 36; Driver, *op. cit.*, p. 828; Tiberius y Walker, *op. cit.*

³⁷ Sobre los resultados nocivos de la arrogancia, véase Statman, *op. cit.*, p. 434; Smith, *op. cit.*, p. 36; Driver, *op. cit.*, p. 828; Tiberius y Walker, *op. cit.*

³⁸ Un análisis minucioso de la idea de fraternidad se proporciona en “The Relevance of Fraternity” (manuscrito sin publicar).

³⁹ La posesión y el ejercicio de la humildad por parte de los jueces tiene efectos más allá de la manera en que esto afecta las relaciones entre los jueces y otros actores en el proceso. Con el fin de establecer una comunidad política que esté a la altura del ideal de la fraternidad, la forma en que el Estado trata a las personas es de fundamental importancia. Los jueces y otros funcionarios públicos desempeñan un papel ejemplar y, por lo tanto, son críticos para promover un espíritu de igual-

Una forma primordial en que la posesión y el ejercicio de la humildad judicial contribuye a fomentar la realización de la fraternidad es promoviendo un *ethos* igualitario. Si la fraternidad requiere que las relaciones sociales entre los ciudadanos sean tales que los ciudadanos se vean como iguales, la humildad en los jueces, en la medida en que exige que el estatus social y profesional no sea tomado como prueba de la propia superioridad, es central para promover el ideal de la fraternidad. Los jueces humildes contribuirán a tejer un esquema social en el que, como dice Pettit, los ciudadanos pueden “mirar a los demás a los ojos”⁴⁰ y donde hay una ausencia de hábitos de servilismo y deferencia, por un lado, y esnobismo y altivez por el otro⁴¹. La atención de la persona humilde en lo que nos une en lugar de en lo que nos separa es fundamental para implementar la concepción horizontal de sociedad propuesta por el ideal de la fraternidad⁴². Críticamente, la humildad permite al juez con esta virtud pensar y sentir que pertenece a la misma comunidad que el resto de sus conciudadanos —en contraste con el arrogante, que se considera tan por encima de los demás que es impensable que pueda pertenecer a la misma comunidad que ellos— y por lo tanto conduce a reforzar los lazos comunales que, según he argumentado, son constitutivos del ideal de fraternidad.

La humildad es también instrumental para establecer una sociedad fraternal en la medida en que promueve algunas disposiciones virtuosas que también son muy valiosas para alcanzar la fraternidad. Para empezar, la humildad fomenta la compasión⁴³. La virtud de la humildad —como he sostenido antes— implica, además de mantener ciertas creencias y actitudes, algunas disposiciones para realizar

dad, servicio y cuidado mutuo. Sobre el valor del derecho como ejemplo moral, véase Richard Child y Kimberley Brownlee, “Can the Law Help us Be Moral?”, *Jurisprudence*. Agradezco a Oren Bracha y a Lawrence Blum por señalarme este punto tan relevante.

⁴⁰ Véase Pettit Philip, *On the People's Terms*, Cambridge University Press, 2012, p. 84.

⁴¹ Véase Rawls John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed. en español, FCE, México, 1997, p. 107, quien escribe: “la fraternidad representa cierta igualdad en la estimación social que se manifiesta en diversas convenciones públicas y en la ausencia de hábitos de deferencia y servilismo”.

⁴² Sobre la humildad como virtud de atención, véase Bommarito, *op. cit.*

⁴³ Véase Ben-Ze'ew, *op. cit.*, p. 237; Snow Nancy, “Humility”, *The Journal of Value Inquiry*, No.29, 1995, p. 211; y Kupfer, *op. cit.*, p. 260.

u omitir ciertas acciones, como evitar jactarse, declinar el crédito por los logros propios o presentar los mismos de una manera que sea sensible a los posibles efectos negativos que puedan tener en los demás. Estas disposiciones derivan, en última instancia, de una preocupación por el bienestar ajeno, benevolencia hacia el otro y el cuidado de su bien. La verdadera humildad —como dijo Rashdall— no es más que un aspecto del verdadero amor al prójimo⁴⁴.

Esta relación entre la humildad como rasgo de carácter y la preocupación por el bienestar de los seres humanos a menudo se pone de manifiesto en las discusiones sobre la humildad, y es un componente clave de lo que se puede llamar modelos afectivos de la humildad⁴⁵. Es a través de esta orientación hacia el bienestar del otro que la humildad conduce a la compasión. Como señalé anteriormente, una condición clave de la fraternidad es el establecimiento de relaciones sociales de mutuo cuidado y afecto. Una actitud compasiva hacia los semejantes —y, en el caso del juez, una actitud compasiva hacia las partes y las víctimas— es una forma importante del componente afectivo de la fraternidad a la práctica.

Los jueces que son humildes y compasivos tienen una actitud distinta —de servicio— hacia el ejercicio de la función judicial. La humildad judicial también ayuda al proyecto de construir una sociedad fraterna en la medida en que fomenta la virtud del servicio⁴⁶. La idea de fraternidad, como he argumentado, tiene una dimensión práctica.

⁴⁴ Rashdall, *op. cit.* p. 207.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el modelo de la humildad como amor presentado en Rashdall (*idem*), la concepción altruista de humildad defendido por T. Byerly Ryan, “The Values and Varieties of Humility” *Philosophia*, No. 42, 2014, pp. 889-910, y el modelo de bondad de Alan Wilson, *op. cit.* Véase también Sinha G. Alex, “Modernizing the Virtue of Humility”, *Australasian Journal of Philosophy*, No. 90, 2012.

⁴⁶ La humildad, por ejemplo, se dice que es la columna vertebral esencial del líder siervo. Véase Sousa Milton y Van Dierendonck Dirk, “Servant Leadership and the Effect of the Interaction Between Humility, Action and Hierarchical Power on Follower Engagement”, *Journal of Business Ethics*, No. 141, 2017, p. 13. También se ha afirmado que la compasión es fundamental para el liderazgo de servicio y una virtud que al mismo tiempo alienta la conducta humilde. Véase Van Dierendonck Dirk y Patterson Katherine, “Compassionate Love as a Cornerstone of Servant Leadership: An Integration of Previous Theorizing and Research”, *Journal of Business Ethics*, No. 128, 2015, p. 119.

La fraternidad requiere que las relaciones sociales se estructuren en torno a un sistema de cooperación recíproca y de ayuda mutua. Una sociedad fraterna satisface lo que Cohen ha llamado el principio de la “reciprocidad comunal” según el cual los miembros de una comunidad están motivados a contribuir productivamente “sobre la base de un compromiso con sus semejantes y un deseo de servirles a la vez que son servidos por ellos”⁴⁷. Los jueces que tienen la virtud del servicio contribuyen así a establecer una red de relaciones de servir y ser servido, que es una condición de la fraternidad. No se trata, por supuesto, de eliminar el elemento coercitivo inherente al papel del juez, sino de situarlo en un marco de ejercicio legítimo del poder. El juez en una democracia fraterna debe ejercer autoridad, pero en forma de servicio y no de manera dictatorial⁴⁸. Por lo tanto, la relevancia de la virtud del servicio para el ideal de fraternidad nos lleva a reconceptualizar al juez como siervo de las personas, más que como siervo de la ley —como “líder siervo”⁴⁹ y no como una “remota figura de autoridad”⁵⁰.

En resumen, la virtud de la humildad judicial —en la medida en que promueve una cultura jurídica y política distintivamente igualitaria y facilita el desarrollo de otras disposiciones virtuosas, entre las más importantes, la compasión y el servicio— es crítica para fomentar una suerte de comunidad fraterna. La humildad, lejos de ser una “virtud de la inacción” o un “inhibidor de la acción”⁵¹ que lleva a aceptar en silencio la infravaloración y a someterse a la autoridad —y, en el caso de los jueces, a deferir sumisamente el juicio— es una virtud que otorga a su poseedor el compromiso de afirmar enérgicamente el mismo valor de sí mismo y de los demás, y a participar activamente en el proyecto político de construir un tipo distintivo de comunidad —que los jueces están particularmente bien posicionados para promover. Así, la humildad, y específicamente la humildad judicial, más que una aptitud despolitizante, puede ser vindicada como una enérgica virtud política.

⁴⁷ Véase Cohen Gerald, *Why not Socialism?*, Princeton, 2009, p. 38.

⁴⁸ La tesis de Dworkin sobre la relevancia de la fraternidad para la justificación de las obligaciones políticas es relevante para este punto. Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, 1986, pp. 206-216.

⁴⁹ Sobre el liderazgo de servicio, véase Greenleaf Robert K., *Servant Leadership: A Journey into the Nature of Legitimate Power and Greatness*, Paulist Press, 2002.

⁵⁰ La frase es de Nava, *op. cit.*, p. 193.

⁵¹ Véase Rushing, *op. cit.*, p. 208.

V. Conclusiones

En este trabajo he defendido un enfoque igualitario de la humildad judicial según el cual el juez humilde es aquél que no se considera superior a los demás por su mayor conocimiento, su condición social o profesional u otros aspectos en los que puede sobresalir (y ser mejor) que otros (específicamente, las partes y otros actores involucrados en el proceso). También he argumentado que la humildad judicial es valiosa en cuanto que es instrumental para catapultar el ideal de la fraternidad. La humildad en el juicio contribuye a la fraternidad en la medida en que ayuda a establecer relaciones sociales igualitarias que son, como he argumentado, una condición constitutiva de la fraternidad. Además, es probable que los jueces humildes posean también las virtudes de la compasión y el servicio, que son cruciales para lograr una comunidad fraterna.

Esta aproximación al concepto de humildad y su valor en el contexto de la función judicial, como he sostenido, se diferencia de manera importante de la concepción de humildad judicial como restricción judicial. Las concepciones de la humildad judicial como restricción definen la humildad judicial como reconocimiento de las propias limitaciones cognitivas y la conciencia de la pobreza de la posición epistémica de uno en comparación con otros, y encuentran a la humildad valiosa en la medida en que favorece una actitud de moderación y deferencia en el ejercicio de la función judicial. En cambio, la concepción igualitaria de la humildad desarrollada aquí no asimila la humildad con baja autoestima en relación a las capacidades epistémicas y sitúa el valor de la humildad en el terreno de la fraternidad.

El importante vínculo entre la virtud de la humildad judicial y el ideal de fraternidad que ha revelado esta investigación sobre el valor de la humildad puede ser plausiblemente generalizado. En este trabajo, sólo he insinuado las posibles conexiones que podrían existir entre la fraternidad y la posesión de las virtudes de la compasión y el servicio por parte del Poder Judicial. Esta conexión entre las virtudes judiciales y el ideal de fraternidad tiene, creo, algunas implicaciones importantes para el estudio de las virtudes judiciales y las consecuencias políticas que podría tener el otorgarle un papel importante a la virtud en la toma de decisiones judiciales.

En primer lugar, el reconocimiento de que existe una conexión entre las virtudes judiciales y la fraternidad nos lleva a repensar el tipo de virtudes que deben figurar entre las virtudes judiciales. En concreto, reivindica la importancia de la humildad judicial como un rasgo de carácter valioso para los jueces. También podría proporcionar una justificación para otros rasgos de carácter cuyo estatus como virtud judicial es controvertido como, por ejemplo, la virtud de la compasión. La conexión entre fraternidad y virtud sugiere la necesidad de incluir otras virtudes que no suelen asociarse con el papel del juez en la lista de virtudes judiciales, como la virtud del servicio. La identificación de estos rasgos de carácter, entre otros, como virtudes judiciales nos lleva a conceptualizar la figura del juez de una manera más parecida a la figura que es necesaria en una sociedad democrática y nos ayuda a deshacernos de algunos de los restos del antiguo régimen que todavía (en tensión con nuestras democracias liberales) rodean la figura del juez.

En segundo lugar, el vínculo entre las virtudes judiciales y el ideal de fraternidad apunta también hacia una justificación política de las virtudes judiciales —además de la epistémica, según la cual las virtudes dotan al juez de la capacidad de identificar las respuestas/resoluciones correctas, si es que existen⁵². Además, esta justificación política nos ayuda a responder a una de las principales objeciones que se han planteado en contra de los intentos por introducir nociones de virtud en el análisis jurídico, a saber, que una aproximación aretaica al derecho y al razonamiento judicial supone un retorno al derecho y a la sociedad premoderna. Si las virtudes judiciales son fundamentales para avanzar en el ideal de la fraternidad, entonces, una teoría del derecho y la argumentación jurídica basada en virtudes —teoría aretaica— lejos de implicar una regresión al Estado premoderno nos ayuda a profundizar y a alcanzar las aspiraciones de la Ilustración en su plenitud.

Para concluir, el estudio de la virtud de la modestia no sólo parece interesante en sí mismo y tiene implicaciones importantes para una cuestión central en la teoría jurídica y constitucional, es decir, el

⁵² Véase Amaya, A., “The Role of Virtue in Legal Justification”, en Amalia Amaya y Ho Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, 2012.

problema de la moderación judicial, sino que también contribuye al debate sobre cuáles son los rasgos de carácter relevantes para la argumentación jurídica, así como la viabilidad de desarrollar una aproximación aretaica a la misma de una manera que sea compatible con valores y compromisos liberales básicos.

Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio

Pedro Humberto HADDAD BERNAT

El objetivo de las líneas subsiguientes es exponer los rasgos básicos de una epistemología de virtudes y una concepción de la justificación epistémica apropiadas para el ámbito probatorio judicial. La meta es mostrar qué efectos epistémicos pueden aspirar a surtir las virtudes intelectuales de los/las jueces/zas al momento de efectuar la valoración de las pruebas y toma de la decisión probatoria.

La actividad probatoria es una actividad preponderantemente cognoscitiva¹. Es una actividad compleja y consta de diversas fases. González Lagier acertadamente propone la metáfora del razonamiento probatorio como una cadena de argumentos que se van hilando desde el inicio del proceso hasta su culminación con una sentencia². Mi objetivo aquí es aislar con fines analíticos el último eslabón de esa cadena de argumentos y examinar cómo puede ese último salto inferencial a partir de las “premisas probatorias finales” proveer de justificación

¹ Cuando afirmo que la actividad probatoria es una actividad preponderantemente cognoscitiva estoy, de modo muy general, ubicando las ideas aquí a desarrollar dentro de lo que suele llamarse “tradición racionalista” de la prueba jurídica. *Grosso modo*, puede decirse que esta tradición concibe el razonamiento y, en general, toda la actividad probatoria bajo un enfoque cognoscitivista, por oposición a uno decisionista. Por obvias razones de economía expositiva, no gozo aquí del espacio necesario para exponer de modo detallado esta concepción de la prueba jurídica, pero el lector/a interesado/a en profundizar sobre esta línea puede acudir a exponentes contemporáneos/as de esta vertiente iusfilosófica como Twining (1990); Taruffo (2010; 1992); Laudan (2016; 2008); Gascón Abellán (2010); Ferrer (2005; 2007); Aguilera (2017).

² González Lagier, Daniel, “Argumentación y prueba judicial”, en Jordi Ferrer Beltrán *et al.* (coords.), *Estudios sobre la prueba*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp. 89 y ss.

epistémica a la conclusión de todo el razonamiento (que no sería otra cosa sino el resultado probatorio mismo).

Para comenzar, debemos hacernos de una idea sobre lo que es una virtud. Pues bien, una virtud es una cualidad o excelencia poseída por una persona que, de modo general, propende a la generación de un bien. Ese bien producido por tal cualidad puede ser, al menos, de naturaleza moral o epistémica (intelectual). Esto quiere decir que las virtudes pueden ser, al menos, morales o intelectuales. Mientras una virtud moral es una cualidad tendiente a la generación del bien moral (o bien *simpliciter*), una virtud intelectual es una cualidad tendiente a la producción de un bien epistémico (p.ej., conocimiento o creencia verdadera).

Esta distinción entre virtudes morales e intelectuales no necesariamente tiene que entenderse como una distinción tajante entre dos tipos de cualidades, sino que puede más bien verse como la indicación de una doble vertiente existente en una misma cualidad. Así, por ejemplo, humildad moral y humildad intelectual no serían necesariamente cualidades distintas, sino dos dimensiones de una misma cualidad³ o la expresión de la capacidad de una misma cualidad de producir dos tipos de bienes (morales y epistémicos).

La noción de virtud intelectual goza de gran actualidad en la epistemología contemporánea, pues existe un efervescente debate y una creciente literatura en torno a una tradición conocida como “epistemología de virtudes” (*virtue epistemology*, en inglés)⁴. Lo característico de esta tradición o perspectiva epistemológica es que centra su

³ En este tenor, véase Amaya, Amalia, *Virtudes jurídicas y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 24.

⁴ No hace falta realizar una búsqueda exhaustiva para detectar la abundante literatura sobre la materia. El/la lector/a interesado/a, puede acudir a destacadas compilaciones de artículos como: Greco, J. y Turri, J., *Virtue Epistemology. Contemporary Readings*, The MIT Press, Cambridge, 2012. Fairweather, A. y Zagzebski, L., *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2001., Steup, M., *Knowledge, Truth and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*, Oxford University Press, Nueva York, 2001; Axtell, G., *Knowledge, Belief and Character. Readings in Virtue Epistemology*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2000. También puede ser de interés la compilación en cas-

análisis en las cualidades o facultades que habilitan a las/los agentes para producir bienes epistémicos (como conocimiento o creencias justificadas). Esas cualidades, he dicho, son las llamadas “virtudes intelectuales” o “virtudes epistémicas”.

A mediados del siglo XX surgió en la epistemología el sobradamente conocido análisis tripartito del conocimiento que, como sabemos, originalmente decía que

- S* sabe que *P* si y sólo si
- (i) *P*;
 - (ii) *S* cree que *P*; y
 - (iii) *S* está justificado en creer que *P*.

Con independencia del amplio debate que existe alrededor de este análisis que indica una serie de condiciones pretendidamente necesarias y suficientes para que alguien conozca algo, eventualmente los filósofos empezaron a preguntarse no tanto por las condiciones que una creencia debía cumplir para ostentar el rango de conocimiento, sino más bien qué características, rasgos o competencias —qué virtudes— debía poseer “*S*” (el agente epistémico) para entablar contacto cognitivo exitoso con la realidad⁵. La epistemología de virtudes es precisamente esa tradición que centra su mirada en las virtudes de las/los agentes.

De conformidad con esta visión, el concepto de virtud intelectual puede referirse a dos tipos distintos de cualidades o excelencias: a) puede referirse a facultades cognitivas como la memoria, la percepción o la capacidad para razonar deductivamente; b) puede referirse a *rasgos del carácter* de las personas que le habilitan para lograr un mejor desempeño en el terreno de lo epistémico. Ejemplos de este segundo tipo de excelencias son la humildad, la tenacidad, la sobriedad, la imparcialidad y la independencia o *autonomía intelectual*.

tellano: Valdés, M. y Fernández, M. Á., *Normas, virtudes y valores epistémicos: Ensayos de epistemología contemporánea*, IIJ-UNAM, México, 2011.

⁵ Dos trabajos que pueden considerarse fundacionales de esta tradición son Sosa, Ernest, “The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge”, *Midwest Studies in Philosophy*, núm. 1, vol. 5, 1980; y Code, Lorraine, “Toward a Responsibilist Epistemology”, *Philosophy and Phenomenological Research*, núm. 1, vol. 45, 1984.

Las virtudes intelectuales entendidas como *rasgos del carácter* o *rasgos personales* son excelencias que, a diferencia de facultades cognitivas como la memoria, no se poseen por nacimiento o por un proceso inconsciente de socialización o culturalización, sino que son cualidades que requieren un ejercicio más activo para cultivarse⁶. Por ello, podría decirse que son *hábitos intelectuales* que las personas desarrollan. Así, por ejemplo, la sobriedad intelectual es el hábito de no hacer saltos inferenciales apresurados, el hábito de razonar a conciencia con base en las pruebas de las que disponemos para formarnos una creencia sobre determinado asunto.

Lo contrario a las virtudes intelectuales entendidas como rasgos serían los *vicios intelectuales*. El vicio opuesto a la sobriedad sería, entonces, la credulidad o ingenuidad. Una persona en exceso crédula es una persona que tiende a formarse opiniones o creencias apresuradamente y con base en pruebas insuficientes o poco fiables.

La visión epistemológica en la que se ha desarrollado esta visión de las virtudes es llamada “responsabilismo”⁷. El responsabilismo par-

⁶ Nótese que afirmar que es innata una capacidad como la de razonar deductivamente puede ser objeto de gran controversia. Intuyo que es quizá menos controvertido afirmar que es una capacidad intelectual que se adquiere en el proceso de culturalización seguido por cualquier persona desde la infancia, al menos en una sociedad como la nuestra. Si bien es una capacidad que se puede refinar mediante el estudio activo de la lógica deductiva y, sobre todo, mediante la práctica de la argumentación, lo cierto es que en línea de principio parece bastante razonable asumir que toda persona en una sociedad como la nuestra sabe razonar deductivamente de modo “natural”, pero “natural” aquí quiere decir que es una capacidad que se adquiere por el mero proceso de inclusión en la cultura que todos/as seguimos desde niños/as y no porque medie ningún esfuerzo claramente consciente para su desarrollo o adquisición, como en cambio lo sería el esfuerzo por aprender lógica deductiva.

⁷ Algunas obras dedicadas a la visión responsabilista son Montmarquet, J., *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1993; Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; Baehr, J., *The Inquiring Mind. On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford University Press, Nueva York, 2011. La postura alternativa que adopta como caso central de virtud epistémica a las llamadas “facultades cognitivas”, es conocida como “fiabilismo”. Entre sus autores destacados se encuentran Sosa, E., *A Virtue Epistemology: Apt Belief and Reflective Knowledge*, Oxford University Press, vol. I, Oxford, 2007. Goldman, A., “The

te de la intuición fundamental de que nuestro carácter repercute en nuestra habilidad intelectual. La calidad de nuestro desempeño en las tareas epistémicas que realizamos surte sus efectos sobre el resultado de esas tareas. Así pues, un/a juez/a de los hechos, esto es, un agente encargado con la tarea de producir un resultado probatorio en el contexto de un proceso judicial, tenderá a producir peores resultados si es descuidado/a y poco comprometido/a, que si es meticuloso/a y comprometido/a. Un juez imparcial tenderá a obtener mejores resultados que un juez parcial. Una jueza imparcial tenderá a cometer menos errores en su apreciación de las pruebas (y, consecuentemente, tendrá mayores probabilidades de éxito en el resultado probatorio) que una jueza parcial, puesto que esta última tenderá a apreciarlas de modo sesgado.

El responsabilismo parece entonces una visión prometedora e iluminadora para nuestra comprensión de ciertos aspectos de la función jurisdiccional. Es una visión que nos arroja una noción de virtud intelectual como un rasgo personal que repercute sobre nuestro desempeño en las tareas de orden cognoscitivo. Esos rasgos se manifiestan bajo la forma de hábitos intelectuales o *hábitos de indagación* cuya práctica y observación tiende a favorecer la obtención de resultados positivos.

Esa idea de virtud como “hábito” hace, además, pleno eco de la afirmación de que este tipo de cualidades deben cultivarse. Lo que inicialmente consiste en un ejercicio y práctica consciente y esforzada de estas cualidades, eventualmente deberá convertirse en un ejercicio o práctica inconsciente, hasta el punto en que dicha cualidad llega a enraizarse en nuestra persona transformándose en un rasgo de nuestro carácter.

Intuitivamente, esos hábitos de indagación nos acercan a la verdad, el bien epistémico por excelencia. Pensemos en el caso de una persona con la virtud de la apertura de mente. Esta persona propenderá a admitir puntos de vista distintos al suyo e información nueva

Unity of the Epistemic Virtues”, en A. Fairweather y L. Zagzebski (eds.), *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Greco, J., *Achieving Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

proporcionada por terceros. En la medida en que su visión se amplía y su acervo de información incrementa, diremos que esa persona se acerca cada vez más a la verdad. En contraste, una persona necia y cerrada a las ideas de los/las demás es una persona que probablemente se priva a sí misma de información y puntos de vista que le ayudarían en la obtención de verdades. Equivalentemente, una persona intelectualmente sobria no creería *acríticamente* todo aquello que lee en los diarios o lo que ve en los noticieros y redes sociales. En cambio, una persona crédula es una persona proclive a asumir como verdaderas muchas cosas carentes de suficiente apoyo probatorio o proveniente de fuentes no fiables.

Ahora bien, hay que destacar dos cosas más sobre las virtudes concebidas como rasgos/hábitos: por un lado, para operar con éxito estas deben de trabajar en conjunto, es decir, una virtud sola no es virtud; por otro lado, lo que cuenta como virtud depende del contexto o rol desempeñado por el/la agente en una situación concreta.

En relación con lo primero, es importante recordar el viejo modelo aristotélico de la virtud como un justo medio entre un defecto y un exceso. Así, por ejemplo, la humildad desenfrenada puede caer en el servilismo, mientras que la falta de humildad nos lleva a la arrogancia. La falta de coraje da lugar a la cobardía, mientras que un exceso de tenacidad puede convertirse en temeridad. Poseer un carácter virtuoso completo o integral supone, entonces, un ejercicio equilibrado de todas las virtudes pues estas operan como una red de pesos y contrapesos. Así pues, una persona intelectualmente autónoma requerirá de humildad a fin de conservar la debida deferencia y respeto a otros/as y no convertirse en un sujeto cerrado e hiper-autónomo, al tiempo que la posesión de la virtud de la autonomía le permitirá afirmarse a sí mismo y no caer en el servilismo intelectual, es decir, la negación del valor del propio punto de vista.

Así mismo, debe notarse que no todo lo que cuenta como una virtud en un contexto determinado cuenta como virtud en otro. Esto quiere decir que mientras se espera que, por ejemplo, un árbitro de fútbol se mantenga imparcial ante las disputas entre jugadores, no tendría sentido esperar lo mismo de los jugadores en disputa o de su entrenador. Mientras que tiene sentido esperar que un juez se comporte de manera imparcial en un litigio, sería extraño exigirle que se com-

porte con la misma imparcialidad cuando actúa en representación de los intereses de sus hijos o hijas ante autoridades escolares.

Esta *sensibilidad* de las virtudes a los contextos da lugar a nuevas distinciones entre tipos de virtudes, adicionales a la ya mencionada entre virtudes morales y epistémicas. En particular da lugar a la noción de virtud profesional. Esto es de especial relevancia pues debe notarse que las virtudes intelectuales de las que trata el presente trabajo (las de los/las jueces/zas), además de tener una dimensión epistémica y, por tanto, poder ser concebidas como virtudes intelectuales, también pueden ser concebidas como virtudes profesionales.

En tanto virtudes profesionales, la sobriedad, la humildad, la imparcialidad y la independencia serían rasgos que esperaríamos que las y los jueces exhibieran en tanto desempeñan el rol de juez/a. Es decir, no es exigible ni de esperarse que un juez sea, por ejemplo, imparcial en todos los ámbitos de su vida. Puesto que hablamos de hábitos cuya observancia debe estar tan plenamente enraizada en el carácter de una persona que estos pasarían a convertirse en rasgos de la misma, parece que lo saludable y lo deseable sería que quien los posee tienda a exhibirlos de modo más o menos estable en todos los ámbitos de su vida, tanto privados como profesionales. Sin embargo, aunque parezca contraintuitivo o poco plausible que una persona pueda en ciertas situaciones o contextos comportarse de una manera y en otros comportarse de modo diametralmente opuesto, me parece que no hay ningún obstáculo a nivel conceptual que haga esta situación imposible. Creo que, aunque lo sano y deseable (y quizá lo normal) sea que las personas habituadas a la imparcialidad exhiban tal cualidad en su vida cotidiana, debemos dar un paso atrás y aceptar que, en línea de principio, la exhibición de tal cualidad solo les es exigible a los/las jueces/zas cuando actúan *qua* jueces/zas, admitiéndose que tienen derecho al libre manejo de su vida intelectual privada como cualquier persona, en tanto ese manejo no comprometa la integridad de su vida intelectual profesional.

Aunque parezca extraño suponer que alguien pueda vivir con la “esquizofrenia” que supone el poder comportarse de modos radicalmente distintos en los diferentes ámbitos de su vida —porque es probable que se asuma que el carácter es algo relativamente estable que no varía de manera drástica a pesar de cuanto varíen las circuns-

tancias de las personas— creo que la realidad tiene la capacidad de sorprendernos más de lo que imaginamos y no veo ninguna incompatibilidad conceptual entre, por ejemplo, ser un juez imparcial y a la vez ser un aficionado deportivo con una visión altamente parcial sobre una liga o competencia (situación que seguramente se da mucha frecuencia).

Entonces, de modo general, la idea de virtud intelectual es la de un hábito de indagación que se debe cultivar hasta enraizarse en nuestro carácter y pasar a ser un rasgo del mismo. Se trata, también, de cualidades que propenden a la producción de mejores resultados en el terreno de lo epistémico. Ese éxito, además, depende en buena medida del ejercicio balanceado de unas y otras virtudes.

Ahora bien, hemos visto que una virtud intelectual es una cualidad cuyo su ejercicio nos acerca a la verdad. Y es que sin duda esa parece ser una importante intuición subyacente. Así, por ejemplo, ser abierto/a a las ideas de los demás es algo que nos acerca a la verdad al integrar nuevas ideas nuestro panorama intelectual. El individuo cerrado o hiperautónomo que no presta oído a las sugerencias de terceros seguramente se pierde de mucho. En cambio, quien se mantiene abierto/a a las ideas de otros/as aumenta sus probabilidades de dar con la verdad. De esto depende el valor y la deseabilidad de virtudes como la apertura de mente (*open-mindedness*): “acercan” a la verdad.

Parece bastante intuitivo que actitudes como la humildad o la sobriedad (por mencionar dos ejemplos) nos acercan a la verdad pues: i) la humildad, entendida (al menos en parte) como la viva conciencia de la propia falibilidad, previene que la soberbia prive al agente del descubrimiento y ulterior corrección de sus errores; y ii) la sobriedad, entendida como un ejercicio de templanza que evita los excesos de credulidad, inclina al agente a no llegar a conclusiones apresuradas, es decir, a no creer acríticamente⁸.

⁸ Nótese que en ambos casos estamos ante virtudes que contribuyen a la búsqueda de la verdad evitando el error; cosa que, como sabemos, es uno de los dos aspectos de la búsqueda de la verdad. Como James señala, el interés por la verdad tiene un doble aspecto. Por un lado, nos importa saber aquello que es verdadero. Pero, por otro, también nos importa evitar creer aquello que es falso. Hay virtudes que nos ayudan para lo primero y virtudes que nos ayudan para lo segundo. Además, la inclinación general del/la agente virtuoso/a de echar mano de toda

Sin embargo, conviene ahora que nos preguntemos si es factible que estas cualidades preserven esa capacidad de aproximarnos a la verdad en contextos probatorios con rasgos similares a los de la prueba de los hechos en el derecho. A la luz de tal pregunta, lo que haré a continuación es tratar de plantear un pequeño reto escéptico sobre la capacidad de las virtudes de producir resultados probatorios verdaderos en la etapa final del razonamiento probatorio, atendiendo a algunas características del contexto probatorio judicial.

I. Un reto escéptico

Visto entonces que la virtud intelectual posee, en línea de principio, la capacidad de conducirnos a la verdad, conviene ahora echar la mirada sobre el contexto que nos ocupa, el de la prueba de los hechos en un proceso judicial. Dadas ciertas peculiaridades de este contexto, se verá que la capacidad de la virtud de conducir a la verdad se ve minada.

Presentaré, entonces, un reto escéptico que pretende dejar en entredicho la aducida capacidad de las virtudes de llevar al juez/a a la verdad en el ámbito probatorio, en razón de la manera en que está configurado tal ámbito. Debe advertirse, por supuesto, que dicho reto pretende ser antes de orden práctico que de orden teórico⁹.

Dicho del modo más llano, el problema es cómo saber si el acervo probatorio del que el/la juez/a dispone para resolver en materia de hechos es un “buen” acervo probatorio. ¿Cómo podemos saber si el/la juez/a cuenta con toda la información relevante y correcta para llegar a la verdad de los hechos controvertidos? Mientras no exista manera

habilidad cognitiva fiable que posea es conducente a verdad en el primer sentido. James, William, “The Will to Believe”, *The New World*, núm. 5, 1896.

⁹ Uso aquí las etiquetas “teórico” y “práctico” para referirme a diferentes tipos de escepticismo siguiendo la clasificación propuesta por Taruffo, en la que se distinguen tres perspectivas a partir de las cuales se puede dudar respecto de la posibilidad de conocer los hechos controvertidos en un proceso judicial: a) escepticismo teórico (escepticismo epistemológico); b) escepticismo práctico; y c) escepticismo ideológico (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 27-48). Me propongo presentar un reto desde la segunda perspectiva.

racional de acreditar más allá de toda duda que el acervo cuenta con toda la evidencia relevante para el caso y que además cuenta con información fiable, entonces la conclusión que se extraiga de ese acervo será siempre discutible al no haber certeza plena acerca de su verdad.

Si la situación planteada en los términos anteriores por sí sola no pareciera un obstáculo serio o invencible, y se lograra demostrar que en principio siempre es posible encontrar toda la evidencia para un caso, deberá aun así advertirse que la manera en que funciona el ámbito probatorio jurídico dificulta —a nivel práctico— tal posibilidad.

Una peculiaridad¹⁰ importante (si no es que la más importante) del razonamiento probatorio en contextos judiciales es que éste se encuentra sujeto a un constreñimiento epistémico especial: *sólo será material probatorio válido aquello que cumpla con las reglas jurídicas que definen lo que cuenta como prueba y que, además, se presente en tiempo y forma.*

Un/a juez/a, al momento de decidir sobre si tal o cual versión de los hechos debatidos en juicio está probada, sólo puede tomar en consideración la información contenida en el expediente judicial¹¹ e incluso tiene el deber de descartar toda aquella que haya conocido fuera del contexto del proceso. Aquello que no obra en autos no tiene

¹⁰ La peculiaridad aquí señalada es sólo una, pero que goza de especial peso en la justificación epistémica del resultado probatorio. Sin embargo, conviene hacer un breve espacio para mencionar algunas peculiaridades más. En Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 56-61; y Ferrer Beltrán, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en José Antonio Cruz Parceró y Larry Laudan (comps.), *Pruebas y estándares de prueba en el derecho*, IIF-UNAM, México, 2010, pp. 81-91. Se indica una serie de especificidades o notas definitorias del contexto de la prueba de los hechos en el derecho (más no exclusivas del contexto jurídico de prueba, adviértase). Entre ellas se encuentran las siguientes: a) el objetivo institucional es la averiguación de la verdad; b) se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos del pasado; c) el derecho incluye un buen número de reglas probatorias (sobre los medios de prueba, sobre la actividad probatoria y sobre el resultado); d) la decisión probatoria está sometida a límites temporales; e) las partes intervienen en el proceso; f) la decisión adoptada por el/la juez/a está dotada de autoridad.

¹¹ Más aquella que sea de conocimiento común.

valor jurídico alguno y, por tanto, no puede utilizarse legalmente para motivar la decisión¹².

El problema con el que nos deja este constreñimiento epistémico es claro: pueden ocurrir y ocurren casos en los que información relevante para la prueba de determinados hechos queda fuera del expediente, ya sea porque no cumple los requisitos legales para contar como prueba (no es admisible), ya sea porque no se presentó en el momento procesal oportuno, o de plano porque nunca nadie supo de ella y nunca se introdujo, entre otras tantas situaciones posibles e imaginables.

Entonces tenemos lo que parece ser un obstáculo importante a la posibilidad de dar con la verdad en el ámbito probatorio. Sólo lo que consta en el expediente cuenta como prueba y todo lo que el/la juez/a conozca privadamente sobre los hechos, es decir, toda información probatoria relevante que el/la juez/a obtenga fuera del marco procesal, tendrá que pasar por inexistente a los efectos de la toma de la decisión fáctica. Siendo este el panorama ¿qué posibilidades tiene un/a juez/a atado/a así de manos de hallar la verdad?

Mas el problema no concluye en lo anterior, sino que inclusive se agrava dadas las características de ciertos sistemas probatorios. ¿Qué pasa en sistemas donde la participación del/la juez/a en el proceso probatorio es más limitada y las partes son quienes protagonizan la búsqueda y ofrecimiento de pruebas? En ellos, la información que el/la juez/a recibe no sólo es limitada en razón del constreñimiento epistémico, sino que además no siempre es *prima facie* fiable¹³, lo que sólo incrementa las dificultades probatorias. Hay diseños procesales que incrementan el peligro de que la información sea manipulada por

¹² Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del Juez*, trad. de Andrés de la Oliva Santos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1893, pp. 71 y ss.; Damaška, Mirjan, *The faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986, pp. 30, 138, 170-171; Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 42; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad...*, *op. cit.*, p. 92.

¹³ Adviértase que esto no es un problema exclusivo de la prueba jurídica. El problema de la fiabilidad de la información es común a muchos ámbitos de razonamiento probatorio, *v.gr.* la historiografía, el diagnóstico médico, el periodismo, los estudios sociológicos (especialmente los de corte cualitativo), por mencionar algunos.

las partes de conformidad con sus intereses y pretensiones. En consecuencia, el/la juez/a no tiene manera de saber si:

- a) El acervo probatorio al que debe ceñir su razonamiento posee toda la información pertinente para probar los hechos; y
- b) El contenido del acervo probatorio es fiable.

En los peores casos, el/la juez/a queda obligado/a a ceñir su razonamiento a un acervo que sabe que es incompleto o cuyo contenido no es fiable. El problema que ello plantea a una aproximación de virtudes es claro. En un contexto donde la decisión probatoria queda constreñida a un acervo de información que puede ser incompleto o errado ¿de qué sirve ser virtuoso/a?

Si en un determinado momento un/a juez/a obtiene de modo extraprocesal información relevante para la prueba de los hechos de un caso que le corresponde resolver, tiene el deber profesional de ceñir su razonamiento a la información contenida en el expediente judicial que ahora sabe que es incompleta o errada. Y, aun si no obtuviera información de modo privado o extraprocesal, a menudo —casi siempre, incluso— cabrá la posibilidad de dudar sobre la completitud o la corrección de la información que consta en autos.

¿Puede la virtud intelectual superar este obstáculo? Al momento de considerar el total de las pruebas y disponerse a emitir una decisión probatoria ¿garantiza un comportamiento epistémicamente virtuoso por sí sólo un fallo verdadero estando ceñida la deliberación a un cúmulo probatorio de calidad incierta? Si no puede garantizarla ¿Para qué queríamos jueces/as virtuosos/as?

II. Virtudes intelectuales y justificación epistémica

La salida al problema escéptico que defenderé a continuación es sencilla: si bien la virtud no *garantiza* verdad en el contexto de decisión probatoria, sí provee justificación epistémica al menos, sólo que en un sentido de “justificación” que habré de explicar líneas abajo.

De momento, establezcamos la siguiente intuición inicial: si un/a agente realiza una determinada tarea epistémica al máximo de su habilidad, cumple con todo lo que le es razonablemente exigible y llega a una determinada conclusión cumpliendo con todos los estándares de

virtud exigibles —siendo modesto/a cuando la ocasión amerita modestia, tenaz cuando se requiera tenacidad y siendo en todo momento riguroso/a y cauteloso/a— ¿no diríamos que el resultado de su esfuerzo goza al menos de justificación epistémica *aun si fuera errado*?

En el caso de un/a juez/a obligado/a a constreñir su razonamiento a un acervo probatorio de mala calidad, el resultado de su razonamiento estaría epistémicamente justificado aun a pesar de ser falso, siempre y cuando ese resultado sea el producto de un excelente desempeño intelectual. Cuando las deficiencias están en el acervo probatorio y no en el proceder intelectual del/la juez/a, el error no le es atribuible —no le es reprochable— pues ha sido ocasionado por factores que escapan a su agencia epistémica¹⁴.

La idea de virtud intelectual nos permite rescatar el valor del esfuerzo humano en la empresa del conocimiento. Por tanto, aun si la capacidad de conducirnos a la verdad se viera obstaculizada (como lo está en el contexto de decisión probatoria), de todos modos seguirían siendo cualidades valiosas y deseables en tanto otorguen al menos justificación epistémica, como intentaré mostrar. Son cualidades cuyo ejercicio *autoriza* a las/los agentes a sostener lo que resulta de sus procesos indagatorios. La gestación virtuosa de una creencia le debe brindar algún grado de *legitimidad*, con independencia de si es verdadera o falsa.

En el caso del/la juez/a, la noción de virtud intelectual permite vislumbrar las bases de un esquema o modelo de comportamiento epistémico apropiado en los contextos de prueba de los hechos en un proceso. El/la juez/a tiene el deber de comportarse virtuosamente pues, aun si se equivoca en el resultado, hay una diferencia importante entre equivocarse por incompetencia (o desinterés, o falta de compromiso o descuido) y equivocarse por la influencia de factores que no están bajo su control. Dado el tipo de cosas que están en juego

¹⁴ Esto es, por supuesto, asumiendo que la conformación del acervo probatorio en cuestión es una tarea que no está en sus manos. Algo así puede ser promovido por los diseños procesales que establecen una división del trabajo judicial en razón de la cual el/la juez/a de admisión, por ejemplo, es distinto/a del/la juez/a que toma la decisión probatoria final. Un diseño con estos rasgos tiende a “atar de manos” un poco más al/la juez/a de decisión en lo relativo a la conformación del acervo probatorio.

en un proceso judicial (el patrimonio, la libertad y, a veces, hasta la vida de las personas), parece ser importante no sólo que el resultado de la labor probatoria sea verdadero¹⁵, sino también que quien juzgue se maneje con excelencia en el cumplimiento de la tarea epistémica que se le encomienda.

El reto escéptico planteado a la posibilidad de la verdad mediante el ejercicio de la virtud en el contexto probatorio judicial es parecido al problema del *bad lot* que Bas van Fraassen¹⁶ plantea a la regla de “Inferencia a la mejor explicación”. El punto central es que no parece haber manera de saber cuándo el acervo de pruebas del que dispone un agente para hacer una inferencia a la mejor explicación es un “buen” acervo de pruebas o un “mal” acervo (*bad lot*).

Enfrentándose a dicho problema, Amalia Amaya¹⁷ sostiene que, en efecto, el comportamiento epistémicamente virtuoso provee justificación a la decisión judicial. Sugiere lo que a primera vista parece una salida plausible: si la información en la que el/la juez/a de los hechos habrá de basar su decisión se ha recabado virtuosamente, entonces obtenemos una razón al menos *prima facie* para asumir que la conclusión a la que llegue está justificada, en tanto la producción de ese resultado probatorio haya sido igualmente virtuosa. La conclusión del razonamiento probatorio no estará justificada sólo en razón de ser esta “la mejor conclusión” que se puede extraer del acervo probatorio del que se dispone, sino que además el rol que juega la virtud en la conformación del acervo brinda para presumir que es un buen acervo.

¹⁵ Mas esta verdad no es absoluta o de certidumbre indudable. Es importante destacar que una intuición fundamental de la tradición racionalista de la prueba jurídica es que las decisiones judiciales en materia de hechos son falibles pues “la ‘verdad de lo hechos’ nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación” Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 43. En el mismo sentido, véase también Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad...*, cit., pp. 25-26, 35-38.

¹⁶ Fraassen, Bas Van, *Laws and Symmetry*, Claredon Press, Claredon, 1989, p. 143.

¹⁷ Amaya, Amalia, “Inference to the Best Legal Explanation”, en H. Kaptien *et al.* (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statics, Stories, Logic*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2009.

La intervención de la virtud en la producción del acervo aumenta su calidad¹⁸.

Lamentablemente esa no sería una salida al problema escéptico que he planteado. Lo que este señala es que no tenemos manera de saber cuándo hemos logrado un acervo probatorio apropiado (uno que contenga todas y sólo las pruebas relevantes y fiables), a la luz de diversos constreñimientos a los que se enfrenta la conformación de dicho acervo. La propuesta que se extrae de Amaya¹⁹ es que la intervención de la virtud brinda *prima facie* para presumir eso se ha logrado. Sin embargo, el ejercicio de las virtudes en el contexto probatorio no vence los constreñimientos legalmente impuestos. Los agentes epistémicos tienen que lidiar con las condiciones establecidas por el sistema de indagación. Los constreñimientos existen en razón del diseño institucional del sistema y el ejercicio de las virtudes no los elimina. Por tanto, con o sin virtud, el problema escéptico sigue allí.

Entonces, si la virtud no nos libra del embrollo ¿significa que no sirve para nada su ejercicio en el ámbito probatorio? ¿Significa esto acaso que la virtud no aporta nada a los jueces? Claramente no. El problema escéptico es un reto a *la posibilidad de extraer verdad* del acervo probatorio, pero quizá no un reto a la posibilidad de llegar a una conclusión justificada a partir de él.

La verdad de la conclusión que extraigamos del acervo probatorio depende de la calidad del acervo. Mas su justificación depende de las apropiadas acciones epistémicas del agente. Y alegar que las virtudes nos ayudan a lograr un acervo de buena calidad no nos saca del problema porque su ejercicio se da dentro del marco de condiciones probatorias que dan vida al propio reto escéptico. Las virtudes sin duda

¹⁸ Por supuesto, como se ha señalado, esta tarea no siempre corresponde al juez/a y casi nunca le corresponde de manera exclusiva. Hablar de las virtudes que intervienen en la conformación del acervo probatorio obliga, pues, a considerar el rol intelectual y las virtudes necesarias para la sana (racional) participación de las partes y otros agentes en el ámbito probatorio. Esto es un asunto que excede los límites metodológicos de este trabajo y habré de dejar para estudios y trabajos ulteriores. Pero me interesa dejar firmemente puntualizado que se trata de una asignatura pendiente en la agenda de la epistemología de virtudes aplicada al derecho que amerita una exploración y desarrollo paralelos al estudio del rol y virtudes intelectuales de las y los jueces.

¹⁹ Amaya, Amalia, "Inference...", *op. cit.*

ayudan a formar el mejor acervo probatorio al que se puede aspirar, pero su ejercicio depende sustancialmente de que las condiciones institucionales permitan —habiliten— su ejercicio.

Es razonable asumir que la intervención de la virtud tenderá a aumentar la calidad del acervo probatorio. Un/a juez/a meticulado(a), en efecto, procurará hacerse de más pruebas, por ejemplo. Pero la facultad de buscar más pruebas es una que el sistema probatorio puede otorgarle al juez o no. Que el/la juez/a simplemente posea la virtud de la meticulosidad es del todo inefectivo e intrascendente si el sistema probatorio no le habilita para ejercitarla.

Imaginemos un sistema probatorio ficticio en el que el/la juez/a no tiene poder probatorio alguno. Toda aportación de pruebas estará en manos de las partes. En tal caso, salvo que las partes sean virtuosas, siempre habrá para dudar de la completitud del acervo probatorio y la fiabilidad de su contenido.

Supongamos ahora que en ese sistema el/la juez/a está constreñido a tomar en cuenta sólo ese cúmulo de información para decidir de modo jurídicamente válido. ¿Es imposible llegar a una conclusión epistémicamente justificada en tal situación? En un sentido *proposicional* de justificación parece que no²⁰. Pero en un sentido “subjetivo” de justificación, en un sentido de *justificación epistémica como irreprochabilidad doxástica*, parece que sí²¹.

Este segundo sentido de justificación de la decisión sobre los hechos no depende de las cualidades del acervo probatorio. Depende más bien del desempeño epistémico del/la juzgador/a.

Hay un tipo de justificación que se obtiene cuando el/la agente hace todo lo que es razonablemente exigible hacer en términos epistémicos. La completitud y fiabilidad del acervo probatorio pueden no depender de sus acciones y elecciones (en tanto su conformación no dependa plena o exclusivamente de su agencia). Luego, no contar con

²⁰ De ahí la importancia de contar con un buen diseño institucional que tome en cuenta el papel de las virtudes en la correcta producción de creencias justificadas y conocimiento. Esto es a lo que apunta, por ejemplo, la propia Amaya (*idem*).

²¹ Una interesante (y relativamente reciente) discusión sobre la distinción entre justificación epistémica proposicional y justificación doxástica que estoy señalando está en Turri, J., “On the Relationship between Propositional and Doxastic Justification”, *Philosophy and Phenomenological Research*, LXXX, núm. 2, 2010.

un acervo de buena calidad no priva *per se* al juez/a de toda justificación. Por supuesto, si estamos interesados en la verdad, estaremos interesados en mejorar nuestro sistema probatorio de modo que propicie la producción de acervos de la mayor calidad posible, pero ese es un problema distinto.

El problema de la buena calidad del acervo probatorio debe entenderse más como un reto a la posibilidad de que el resultado probatorio sea verdadero que como un reto a la posibilidad de que esté epistémicamente justificado en el segundo sentido. Entonces, si nos preguntamos por qué queremos jueces/zas virtuosos/as, la respuesta es porque ejercitar la virtud brinda justificación como irreprochabilidad, aun a pesar de no garantizar verdad (ni justificación epistémica proposicional).

Hay, entonces, al menos dos sentidos en los que se puede decir que una creencia está epistémicamente justificada. Siguiendo a Kornblith²² podemos decir, en un primer sentido, que una creencia goza de justificación cuando es el resultado de la aplicación de las reglas ideales de razonamiento. Este es el tipo de justificación del que gozaría un agente epistémico ideal, en un contexto epistémico ideal²³. Tal agente tendría una capacidad de razonamiento perfecta pues aplicaría las reglas de razonamiento apropiadas en cada caso y estas le llevarían necesariamente a la verdad en todas sus indagaciones. Se trata de un agente epistémicamente infalible. El uso de las reglas de razonamiento ideal en contextos ideales garantiza una conexión relevante entre sus estados doxásticos y la verdad del contenido de los mismos. Esa conexión relevante produciría “justificación” en un primer sentido: justificación objetiva o proposicional.

Sin embargo, para agentes epistémicos que no son ideales, que no aplican reglas ideales de razonamiento, que son epistémicamente fa-

²² Kornblith, Hilary, “Justified Belief and Epistemically Responsible Action”, *The Philosophical Review*, vol. 92, núm. 1, 1983, pp. 33-34.

²³ Un contexto epistémico ideal sería un contexto de indagación en el que no existan obstáculos ni constreñimientos que entorpezcan la obtención de verdad y la producción de conocimiento. Como se ha visto, contextos como el de la prueba de los hechos en el derecho están lejos de ese ideal.

libles²⁴ y que no suelen desempeñarse en contextos epistémicos ideales²⁵, lo que queda es la conducta epistémicamente responsable que, como he dicho, consiste en el deseo de verdad (o compromiso con la verdad) debidamente suplementado por el ejercicio de las virtudes intelectuales.

Tal conducta puede no garantizar en todos los casos esa conexión relevante entre creencia y verdad que sí garantizaría la aplicación de reglas ideales de razonamiento, pero aun así aportaría justificación en un segundo sentido. Este sería un sentido “subjetivo” de justificación. El uso de reglas de razonamiento ideal justifica de forma objetiva al agente que las usa. En cambio, todo/a agente cuyo razonamiento sea menos que ideal podrá al menos aspirar a la justificación subjetiva de sus creencias.

Que una creencia esté subjetivamente justificada quiere decir que es una creencia *irreproachable*. Es una creencia que se ha obtenido mediante el mejor esfuerzo. Es el mejor resultado posible para un agente imperfecto que se desempeña en un contexto de indagación imperfecto.

En línea similar, Montmarquet sugiere una distinción entre justificación epistémica “pura” y justificación epistémica “práctica”²⁶. Este segundo sentido de justificación es equivalente al que aquí he llamado “justificación subjetiva” o “justificación como irreprochabilidad” y es el tipo de justificación del que nos provee el ejercicio de la vir-

²⁴ Como he mencionado previamente, la intuición filosófica de que la producción de resultados probatorios en el derecho es una tarea cuando menos falible se revela con claridad en la literatura especializada cuando se precisa que estos deben concebirse antes como *probablemente verdaderos* que como verdaderos *simpliciter*.

²⁵ Es filosóficamente relevante notar que los contextos de indagación en los que nos desempeñamos cotidianamente los seres humanos no son del todo epistémicamente habilitantes (*knowledge conducive*), esto es, casi siempre presentan obstáculos al descubrimiento de la verdad. Entre menos y menores sean esos obstáculos, más epistémicamente habilitante será el contexto. La habilitación epistémica que proveen los contextos es, en consecuencia, una propiedad gradual de los mismos, aunque el mejor de ellos siempre distará del ideal.

²⁶ Montmarquet, J., “Pure versus Practical Epistemic Justification”, *Metaphilosophy*, vol. 38, núm. 1, 2007, pp. 71-87.

tud intelectual en el ámbito probatorio jurídico (y en otros ámbitos similares)²⁷.

Lo importante de esta idea de justificación epistémica práctica de Montmarquet —y que es aplicable por equivalencia a la justificación subjetiva— es que: por un lado, indica que un/a agente está legitimado para mantener una creencia; y, por otro lado, es un tipo de justificación que *le autoriza para actuar de conformidad con la creencia* en cuestión. Veamos un ejemplo para explicar esto.

Ante una jueza se presenta un caso de demanda por alimentos. La Sra. K se presenta en juicio para exigir del Sr. L, a quien señala como padre del niño M, la debida pensión alimenticia. Para ello, acredita apropiadamente ser la madre de M y aporta una serie de pruebas a favor de su caso: testimonios de vecinos que indican que K estuvo embarazada, testimonios que sugieren que vivió junto con L antes de su aparente embarazo, fotografías y videos que abonan a la verdad de tales testimonios, entre otras muchas pruebas relevantes. Sólo restaba para fortalecer su caso que L se hiciera una prueba de ADN. El Sr. L niega ser el padre de M, pero acepta someterse a la prueba de ADN.

Tras realizarse los exámenes correspondientes, todo indica que muy probablemente L es el padre de M (tan probablemente como el estado de la técnica indica). La jueza toma en consideración todos los elementos que se le han aportado y determina que, en efecto, se ha probado que L es el padre de M y lo obliga a pagar la pensión alimenticia que corresponde conforme a derecho. Sin embargo, diez años después de concluido el juicio se perfecciona la técnica de examen de ADN. L, quien hasta entonces seguía sin poder creer que él era el padre de M, decide un buen día hacerse de nuevo el examen utilizando las más nuevas y más avanzadas técnicas. Resultado: M muy probablemente (tan probablemente como el nuevo estado de la técnica indica) no es su hijo.

²⁷ Nótese: dado que los contextos de indagación como el probatorio judicial suelen ser menos que ideales —no son epistémicamente habilitantes en plenitud— nociones como la de “justificación epistémica subjetiva” adquieren mayor relevancia a efectos de una competente explicación filosófica del buen desempeño intelectual en dichos contextos.

La pregunta aquí es si la jueza que resolvió el caso estaba o no justificada en creer que L era el padre de M, a pesar de que con posterioridad se descubrió que ese no era el caso. Lo que sostengo es que sí lo estaba, sí se condujo de modo epistémicamente responsable en la producción de ese resultado probatorio. Todos los elementos de prueba apuntaban a que M era hijo de L. Mucho tiempo después se descubrió que una de las pruebas cruciales para el caso (la científica) era equivocada, pero esto no era previsible para la jueza. Si ella dirigió su conducta epistémica de modo responsable, entonces estaba legitimada para creer en ese resultado, aun a pesar de ser falso. Nada de lo que salió mal estaba bajo su control, así que el error no le es atribuible, ni reprochable.

Esta situación de irreprochabilidad del resultado es lo que aquí entiendo como *justificación epistémica subjetiva*. Podría decirse que es un tipo de justificación que no es tan relevante para el conocimiento (cosa para la que sería más relevante la justificación epistémica pura u objetiva), como lo es para la legitimación de las acciones y decisiones que realizamos con base en las creencias que sostenemos. Así pues, aun en el caso de un/a juez/a que tiene que basar su decisión en un acervo probatorio de credenciales dudosas, si su conducta es regida activamente por un apropiado deseo de verdad debidamente suplementado por las virtudes intelectuales, entonces su decisión gozará al menos de justificación epistémica subjetiva.

Así pues, aun en el escenario de un sistema probatorio hipotético con un diseño lo suficientemente deficiente como para permitir con frecuencia la conformación de acervos probatorios incompletos y/o de contenido poco fiable (situación que, naturalmente, debe preocuparnos), el ejercicio de las virtudes por parte de las juezas y los jueces de alguna manera “amortigua” las fallas del sistema al promover la obtención del mejor resultado exigible, habida cuenta de su posible falsedad. Es por esto que es deseable que los/las jueces/zas sean epistémicamente virtuosos: porque, aun en el peor escenario, las virtudes siguen siendo capaces de producir bienes epistémicos valiosos, como la justificación subjetiva.

III. Referencias

- Aguilera, E., *Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica*, Tirant lo Blanch, México, 2017.
- Amaya, A., *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.
- , “Inference to the Best Legal Explanation”, en H. Kaptein, H. Prakken, y B. Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2009.
- Axtell, G., *Knowledge, Belief and Character. Readings in Virtue Epistemology*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2000.
- Baehr, J., *The Inquiring Mind. On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- Code, L., “Toward a ‘Responsibilist’ Epistemology”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 45, núm. 1, 1984.
- Damaška, M., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Fairweather, A. y Zagzebski, L., *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Fraassen, B. van, *Laws and Symmetry*, Clarendon Press, Clarendon, 1989.
- Ferrer, J., “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en Laudan y Cruz Parceró, *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, IIF-UNAM, México, 2010.
- , *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- , *Prueba y verdad en el derecho*, 2^{da} ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Ferrer, J., y Vázquez, C., *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Goldman, A., “The Unity of the Epistemic Virtues”, en A. Fairweather y L. Zagzebski (eds.), *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- González Lagier, D., “Argumentación y prueba judicial”, en Ferrer *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, IIF-UNAM, México, 2006.
- Greco, J., *Achieving Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Greco, J., y Turri, J., *Virtue Epistemology. Contemporary Readings*, The MIT Press, Cambridge, 2012.
- James, W., “The Will to Believe”, *The New World*, núm. 5, 1896, pp. 327-347.
- Kornblith, H., “Justified Belief and Epistemically Responsible Action”, *The Philosophical Review*, vol. 92, núm. 1, 1983.
- Laudan, L., “Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado”, en Ferrer, J. y Vázquez, C., *Debatiendo con Taruffo*, trad. de Pedro Haddad, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- , *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- Montmarquet, J., "Pure versus Practical Epistemic Justification", *Metaphilosophy*, vol. 38, núm. 1, 2007.
- , *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1993.
- Sosa, E., *A Virtue Epistemology: Apt Belief and Reflective Knowledge*, Oxford University Press, vol. I, Oxford, 2007.
- , "The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 1980.
- Stein, F., *El conocimiento privado del juez* (1893), trad. de Andrés de la Oliva Santos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Steup, M., *Knowledge, Truth and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.
- Taruffo, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- , *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- Turri, J., "On the Relationship between Propositional and Doxastic Justification", en *Philosophy and Phenomenological Research*, LXXX, núm. 2, 2010.
- Twining, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Blackwell, Oxford, 1990.
- Valdés, M. y Fernández, M.Á., *Normas, virtudes y valores epistémicos: Ensayos de epistemología contemporánea*, IIF-UNAM, México, 2011.
- Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

Las emociones judiciales y la importancia de su enseñanza: una visión infrarrealista

José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ

I. La conciencia del juez a través de la obra *Justicia S.A.*

Un juez llega a ocupar su cargo a una ciudad de provincia, su esposa constantemente le recrimina su poco éxito profesional, ella es menor por 15 años, pero se siente achacosa y vieja; él le dice que es su culpa, se equivocó pensando que se casaba con un rico. Apenas llegando le han dispuesto un coche para llevarlo a la que será su casa, hay un mozo que le asistirá en todo, e incluso una cena lista; todo lo ha enviado el cacique del pueblo para que el juez se encuentre cómodo.

La anterior narración corresponde a una pieza teatral escrita por Juan Bustillo Oro; destacado director de cine, y con una interesante trayectoria en la dramaturgia, creador del Teatro de Ahora que pretendía ser una propuesta mexicana, dentro de la cual se coloca la obra a la que nos referimos *Justicia, S.A. (El que juzga hombres) Interior en dos tiempos y un antecedente*, escrito en 1932 y luego publicado en 3 *dramas mexicanos*.

Bustillo Oro tiene otro antecedente a destacar, terminó la carrera de abogado en 1917 pero se recibió hasta 1930 con la tesis: “Bicamarismo mexicano y pseudo federación”¹. Así que sabía de lo que hablaba. Pero volvamos a la historia del licenciado Santos Gálvez y su esposa Lucha; en escena aparece un viejo conocido que jamás acabó la carrera de abogado, pero sigue subsistiendo como puede en la vida judicial, Cesáreo Mendoza:

¹ De María y Campos, Armando, *El Teatro de género dramático en la Revolución Mexicana*, t. I, INEHRM, México, 1957, p. 246.

Vueltas y revueltas. Desde que inicié la carrera de parásito, los códigos y los juzgados no me sueltan [...] ¡Por más que le hago! Ya ves, hasta sin título, hasta negándome a seguir los estudios, ¡a fuerza a los juzgados! Y aquí me tiene haciéndola de licenciado, recibido de parásito... los licenciados no somos más que parásitos, vivimos de lo ajeno. Yo te aseguro que, si no hubiera robos que proteger con la ley, saldríamos sobrando perfectamente... todos me dan el feo nombre de “licenciado” con que nos hacen pagar nuestras sinvergüenzaditas a todos los del oficio².

El juez contraargumenta:

mi profesión, es más importante y necesaria que muchas otras [...] Ya ves, yo vengo de juez [...] La sagrada misión de la justicia”³. El secretario profetiza: “Ya verás que pronto conoce la sagrada misión de la justicia [...] hablando de plata también tú dirás que ser juez no es más que un modo cualquiera de ser abogado⁴.

Acto seguido el secretario explica al juez que el único jefe al que deben responder es a Hilario Salgado, el más poderoso empresario de la ciudad, ellos son sus empleados como los son los obreros de sus fábricas, en este caso “obrero maneja-justicia” le pone la carpeta delante y le dice que atienda por órdenes de dicho señor los asuntos que somete a su consideración. De nada sirve advertirle qué se debe hacer conforme al turno que les corresponda o en el horario laboral adecuado, a don Hilario le urge una respuesta.

En el primer caso Hilario Salgado quiere incriminar al líder de los obreros para que sea condenado a muerte, en el segundo trata de exculpar a su propio hijo acusado de homicidio culposo de una muchacha.

El discurso de Hilario Salgado es impecable:

necesitamos urgentemente que la justicia sea clara y limpia en esta ciudad; que se ponga un verdadero ejemplo de respeto a la ley. Los que nos hemos consumido trayendo el progreso a este Estado debemos preocuparnos por que en él se cimienten definitivamente las instituciones [...] Y sobre todas, la justicia⁵.

² Bustillo Oro, Juan, *Justicia*, S.A., Cenit, Madrid, 1933, p. 201.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, p. 206.

Después de insistir en que el líder de los obreros y secretario del sindicato está acusado de violación de una chica y el Ministerio Público ha pedido la pena de muerte, sólo le solicitan su firma para que se ejecute, la sentencia ya está redactada y bien fundada por el secretario, le dice, sólo se le pide firmar antes del amanecer porque la ejecución ya fue programada para tal hora. Le pide que no haga caso a los cuentos de que él pagó a testigos falsos y demás manipulaciones del proceso. Al final se marcha dejando una solemne frase: “Imponer una pena es garantizar los altos derechos de nuestra sociedad”. Como podrá anticiparse, Carlos Mora el obrero, es colgado. Comienza el sufrimiento del juez, está convencido de la inocencia del inculpado y ya le han pasado otras dos sentencias contra los hombres más fuertes del sindicato.

El juez entonces se enfrenta a su conciencia, ¿es posible eso?, acaso ¿los jueces tienen conciencia? “No sé —dice a su esposa— pero hay algo absurdo en todo esto. No sabría explicártelo [...] Pero ya te he dicho que la misma mano se me agarrota cuando pretendo firmar”⁶.

Esa fuerza que impide a la mano moverse, ese malestar que se presenta cuando el cerebro indica a la voluntad que la acción a seguir no es lo más conveniente, a eso se le ha llamado conciencia.

La falta de conciencia produce psicopatía, no es un asunto menor, en México según un estudio de la UNAM podrían existir casi un millón de psicópatas⁷, entre el 1% y el 3% de la población somos susceptibles de presentar una alteración de este tipo.

¿Que si me importan los demás? Ésa es una pregunta difícil. Sí, supongo que sí... pero no dejo que mis sentimientos salgan a la superficie... Quiero decir, soy tan cálido y cariñoso como cualquiera, pero admitámoslo, todo el mundo trata de joderte... Tienes que mirar por ti mismo, aparcas tus sentimientos. Digamos que necesitas algo o... alguien se mete contigo... quizá te intenta timar... te encargas

⁶ *Ibidem*, p. 242.

⁷ Boletín UNAM-DGCS-370 Ciudad Universitaria, México, mayo de 2016, “Al impartir la conferencia *Emociones, cerebro y violencia*, Feggy Ostrosky, académica de la Facultad de Psicología (FP) de la UNAM detalló que la tristeza, el miedo, la alegría e incluso la agresión son elementos constitutivos de la salud mental. En contraparte, la depresión, fobias, manías y las actitudes violentas son manifestaciones de alteraciones del aspecto referido”.

del asunto... haces lo que tienes que hacer... ¿Me siento mal si tengo que herir a alguien? Sí, a veces. Pero la mayor parte de las veces es... bueno [risas]... ¿Cómo te sentiste la última vez que aplastaste a una chinche?⁸

Los psicópatas no tienen conciencia, han perdido la capacidad para sentir empatía.

“Los muertos vienen a llorar a las puertas de sus asesinos”, volvemos a *Justicia S.A.* El juez recibe la visita de quien mandó a la horca:

¿No puedes firmar las sentencias? ¿Es tan difícil? ¡Firma hombre! La cosa más sencilla... Tu nombre tantas veces escrito por tu propia mano. Ya ni hay que pensarlo, ni dibujarlo siquiera. Una línea. La mano la hace sola. Y después... ¡Más fácil aún! Tú ya no tienes que hacer nada, y los cuerpos de dos hombres jóvenes se levantan en el aire, mientras sus miembros se retuercen negándose a la muerte... La cuerda es segura y no hay apoyo bajo los pies. Una inocente cuestión de mecánica. Como la firma de tu mano⁹.

“Un acto mecánico” le dice el aparecido, la conciencia toma la forma de un alma en pena. El juez tiene dudas: “Soy juez. Tengo que aplicar las disposiciones del código. Y los expedientes están claros... ¡No es mi culpa!”¹⁰, *in claris non fit interpretatio*, rezaba el viejo adagio, pero el juez atormentado por su conciencia tiene dudas, suficientes como para inmovilizarlo, no está considerando las pruebas, los motivos y fundamentos, mucho menos la presunción de inocencia, está pensando en él.

Pero ¿qué puede hacer él, engrane de un sistema? El fantasma arremete;

Tú eres juez... Estás para servir a los que te pagan, a la justicia de ellos, como ellos la han preparado... ¿Renunciar? ¡Imbécil! ¿Acaso crees que, si renuncias y te vas, que, si te decides a la miseria, no saldrán mil abogados, mil hombres dispuestos a tomar tu puesto para vivir y mandar a todos los que les pongan por delante al demonio?

⁸ “Un psicópata que cumple condena por secuestro, violación y extorsión”, en Hare, Robert D., *Sin conciencia*, Paidós, 2003.

⁹ Bustillo Oro, Juan, *op. cit.*, p. 229.

¹⁰ *Idem.*

La historia que sigue es brutal, el propio juez acusado por su pasado rememora el abuso que cometió de joven sobre una niña ¿Quién es capaz de juzgar a otros?

El segundo acto se abre con la discusión del juez con su esposa, ella quiere que firme y de ese modo seguir disfrutando del puesto y sus beneficios económicos, el juez sigue atormentándose, el que todo parezca tan claro resulta sospechoso; se trata de corrupción o comodidad, pero en ningún caso de hacer justicia.

Cesáreo Mendoza, el tinterillo corrupto hará su aparición para convencer al juez apelando a su pusilanimidad, egoísmo y avaricia: “¡Pero di si no valen más estas bellas monedas en que se convierten sangre y grasa! [...] ¿Cuándo pensaron que su carroña vil y empobrecida por todas las hambres iba a hacerse metal brillante, hermosamente acuñado?” refiriéndose a los infelices falsos culpables.

La máquina de la justicia, donde el juez es un mero operario le repite Mendoza, una alusión que a manera de metáfora había ya realizado Franz Kafka en su famoso relato *La colonia penal*, en el cual un empleado realiza la función mecánica de oprimir botones para infligir la condena sobre los reos, sin hacer preguntas¹¹; en cambio aquí, en *Justicia S.A.* el juez aún con algo de conciencia le afecta la imagen de la sangre y grasa sobre dicha máquina, la alegoría de la justicia como una máquina que devora seres humanos, que se alimenta de sangre y grasa, que se lubrica con el cebo de los procesados. En este punto es importante resaltar el binomio teatro y derecho, en la concepción de Bustillo Oro, esta obra debía ser representada con ciertos efectos especiales, era necesaria, por ejemplo, una pantalla blanca donde deambularan los espectros y formas fantasmagóricas que atormentaban al juez, estos aspectos técnicos, son propios de la propuesta denominada “El Teatro de Ahora” que tenía algo de psicoanalítico, mucho de crítica social y un objetivo de generar emociones intensas en el público.

Los asistentes verían con indignación cómo a las sombras de los reos se les colgaba y ejecutaba; el autor no se ahorra nada, el juez debía tocar en escena los senos de la niña: “(Le coge los brazos, le

¹¹ Cfr. Rodríguez, María Graciela, “La inscripción de la ley en los cuerpos: un recorrido por los límites. Foucault, Bourdieu, De Certeau”, *Revista Culturales* 1.2, UABC, Ensenada, 2005.

acaricia los senos, se enciende.)” una escena que seguramente generaría aversión en el público, respecto de un juez que hasta ese momento se presentaba como alguien recto. El propio Bustillo Oro recuerda en sus memorias que se trataba de un teatro que intentaba renovar a las personas a través de un “espectáculo que forzosamente tenía que remover aquellas amarguras (de la Revolución). Nos sentimos heridos directamente por nuestra patria, y pensamos en emigrar a parajes menos hostiles”¹². Justo en ese momento se fue a España donde publicó *Justicia S.A.* Claramente puede apreciarse el compromiso social de Bustillo Oro, quien quería hacer reflexionar a sus compatriotas. Pronto volvió de España con renovados bríos para seguir haciendo su crítica, pero ahora a través de un medio más eficaz, el cine.

Humo, luces, ruidos, movimientos de cortinas y objetos, apariciones repentinas; todo esto requiere la presentación de la obra, para mostrar una justicia corporativa, poco ocupada de las personas, muy arraigada en la corrupción y la complicidad con el poder económico y político.

Justicia, S.A. es una obra sobre la responsabilidad y la integridad de un juez. Siendo Bustillo abogado, logra dar a esta pieza cierta efectividad. Entre los casos jurídicos mencionados sobresale el del aborto, por su novedad sobre el escenario. En la mejor escena, el Juez se ve a sí mismo, mediante un subterfugio dramático surrealista, en el acto de cometer el mismo delito que juzga en otro, y se observa laborar como obrero en una capitalista Compañía de Justicia Incorporada, manejando una máquina que acuña monedas de oro y que es lubricada con sangre y carne humanas. Esta impresionante escena utiliza muñecos y proyecciones, y tiene ciertas concordancias con *Trescientos millones* (1932) de Arlt en la forma de llevar el conflicto a lo onírico; además la utilización de la máquina traga-hombres, verdadero fetichismo dramático que corporiza el conflicto en un objeto, que recuerda al altar de Baal de *La fiesta del hierro* (1940), también de Arlt¹³.

La imagen del derecho es de corte realista y pesimista en esta obra. La ley del más fuerte, postura que no ha sobrado en la historia de la

¹² Bustillo Oro, Juan, *Vida cinematográfica*, Cineteca Nacional, México, s. a., p. 82.

¹³ Schmidhuber, Guillermo, “Díptico sobre el teatro mexicano de los treinta: Bustillo y Magdaleno, Usigli y Villaurrutia”, *Revista Iberoamericana*, núm. 55, México, 1989, p. 34.

filosofía del derecho como es el caso de Protágoras, Hobbes o Spinoza¹⁴, Lo anterior se demuestra con las frases del secretario que intenta convencer al juez: “En la selva todos los animales matan para no morir. Se devoran mutuamente, atacándose, defendiéndose.... Imagínate al león teniendo lástima de los pequeños... ¡Hace mucho que la especie se hubiera extinguido!”¹⁵.

El juez responde que necesita del suficiente egoísmo para no perecer, debe combatir la injusticia social que se cierne sobre él, con más injusticia, porque el capitalismo lo consume todo “Si ellos son unos obreros que dan su trabajo en la fábrica, yo doy mi conciencia, mi mente, mi moral...”¹⁶ y más adelante:

¡Yo simplemente debo obedecer leyes mecánicas o me tiran por insertible!, ¡Serviré!, ¡Voy a demostrarles que sí sirvo!, ¡Qué sé mi oficio!, ¡Qué también me mueve el combustible del dinero con perfección, y qué se deslizar me fácilmente por el código y los expedientes!, ¡Qué tengo egoísmo!, ¡Qué se vivir!¹⁷

Ahora el juez ha acallado su conciencia, ha aceptado su destino como operador de la máquina, aún tiembla, son los restos de conciencia que le quedan, el secretario le ha dicho que la máquina de la Justicia produce mucho dinero y algo les salpicará a ellos, es una industria que se alimenta de seres humanos y eso parece afectarle al juez, pero don Hilario lo motiva “Es muy fácil... Los primeros son los difíciles... Pero después...”. La frase terminaría con un “Te acostumbras, la conciencia se enquistas, el vicio es la ausencia de virtud, por tanto, un hábito malo”¹⁸.

La parte final de la obra se torna altamente performativa: se mira la máquina, algunas cajas de madera, el juez las debe desclavar y sacar de ellas muñecos vestidos como obreros, los muñecos son colocados de modo que quedan entre los actores se oye la voz de don Hilario:

¹⁴ Véase Fernández, Lelio, “Derecho natural y poder político. Diferencias entre Spinoza y Hobbes”, *Ideas y Valores*, núm. 38, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1989.

¹⁵ Bustillo Oro, Juan, *Justicia...*, cit., p. 250.

¹⁶ *Ibidem*, p. 251.

¹⁷ *Ibidem*, p. 252.

¹⁸ Amaya, Amalia, “Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial”, *Diánoia*, vol. 56, núm. 67, UNAM, México, 2011, pp. 135-142.

“Ahora, cuélgalos a todos con la cuerda... ¡A todos! Y luego, degüéllalos, desángralos... Sácales la grasa... La máquina se está parando ya... ¡Y nunca debe pararse!”¹⁹. La cortina se abre, se miran muchas horcas “hasta perderse en la lejanía”.

Seres humanos sobran para ser condenados, todos dispuestos, mansamente dispuestos, el juez tiene una tarea fácil, ciertamente lo difícil era el principio.

La obra ni mandada a hacer queda mejor para explicar el Necroderecho como concepto que el infrarrealismo jurídico ha acuñado:

El necroderecho subsiste como un *modus operandi*, como una actitud, y como un sistema, el cual tiene al menos tres formas evidentes: una muy elemental que es la complicidad o la banalidad del mal, todos los operadores jurídicos ajustan la pieza inmediata de una gran maquinaria —similar a la de la *Colonia penal* kafkiana— cuyos cálculos de subsistencia se basan en daños colaterales, chivos expiatorios, informes de minoría; que en el momento actual parecen demasiado altos en número. Además, se vuelven regulares (Estado de excepción permanente diría Agamben parafraseando a Walter Benjamin) y hacen que ninguna seguridad o contrato sean razonables, cualquiera puede morir para que el sistema subsista, no hay límites porque, paradójicamente, para garantizar las libertades de unos cuantos, hay que violar las de todos los demás²⁰.

En este contexto la única solución posible es la descomplicidad, un ejercicio crítico a través del cual el juez asuma su responsabilidad y genere los insumos necesarios para evitar el mal.

II. Las emociones en la capacitación judicial

Urge recuperar nuestra humanidad, no sólo en el discurso o través de textos constitucionales o compromisos internacionales. Urge recuperar la dimensión emotiva del derecho, ese derecho que se ha convertido en un mero planteamiento racional, pero el operador jurídico y el destinatario son personas que al interpretarlo necesariamente involucran sus emociones lo cual da un resultado distinto en el uso del mis-

¹⁹ Bustillo Oro, Juan, *Justicia...*, cit., p. 256.

²⁰ Narváez Hernández, José Ramón, *#Necroderecho*, Libitum, México, 2017, pp. 27-28.

mo. Al argumentar los derechos humanos debería existir la conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en una esfera de sus libertades, pero también escuchados, comprendidos y, en su caso, reconfortados.

Sobre las emociones nos falta mucho por explorar en el campo de la enseñanza del derecho, curiosamente el camino que han seguido algunos filósofos del derecho norteamericano ha sido el de los casos prácticos-literatura-estudio de las emociones²¹, y suena muy lógico porque, ciertamente, los casos prácticos comportan datos relevantes para el ejercicio del derecho, muchos de ellos obtenidos de la abstracción de procesos judiciales los cuales implican muchas emociones de los sujetos involucrados en los mismos, de las víctimas, de los destinatarios de la norma judicial, del profesor, de los estudiantes y sabemos muy poco acerca de cómo trabajar con todo ello.

Es notorio que la enseñanza del derecho hoy está transversalizada por un supuesto afán práctico. La teoría debe ser ilustrada a través de ejemplos, muchos hablan de este recurso como “los casos prácticos”. El caso por práctico que sea, continúa siendo una “metáfora”, una explicación más de la realidad, no se deshace de su contenido simbólico, e incluso mítico; pero no sólo el caso práctico debe ser contextualizado con todo el problema epistemológico y hermenéutico que conlleva, sino que, además, el método del caso es una más de las muchas herramientas pedagógicas en el derecho. Vamos a referirnos a otras dos herramientas muy cercanas y complementarias al método del caso: la literatura y el cine. Una escena de una película podría ser explicada como un caso práctico con la debida narrativa, un caso práctico puede convertirse en literatura. Aquí las hermenéuticas se tocan y no por nada son los filósofos del derecho los que cultivan estos campos interdisciplinarios. La literatura judicial finalmente es literatura y algún análisis compartido podría hacerse con beneficio para el juez. Cuando en el cine se dice que una película está basada en “hechos reales” se trata de un *gag* publicitario, porque filosóficamente hablando, no hay película que no se base en una determinada realidad, por cierto, también se dice con recurrencia que la realidad

²¹ Cfr. Nussbaum, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones*, Paidós, 2008.

supera la ficción. De hecho, existen influencias recíprocas entre el cine y los casos judiciales, muchos de los *courtroom* dramas son basados en juicios históricos relevantes, incluso el cine judicial mexicano. *Ahí está el detalle*, que es quizá uno de los largometrajes más emblemáticos del cine de oro, se basa en un caso que Bustillo Oro, su guionista y director, escuchó cuando era estudiante de derecho y posteriormente investigó para llevarlo a la pantalla²². Y podríamos continuar por esa senda de los casos judiciales llevados al cine, incluso hoy día el litigio estratégico sugiere narrar los casos a través de documentales, quizá el más célebre sea *Presunto culpable*, pero existen muchos documentales y docudramas sobre procesos de nuestros días que ilustran desde la óptica del director los argumentos más importantes, con otra narrativa, por ejemplo, del caso Radilla hay tres documentales.

Tenemos además que agregar que respecto de la denominada “interpretación constitucional” los casos que derivan de la lectura de la Constitución tienen un ingrediente extra, la Constitución no es vista más como un documento definido sino por el contrario como un proceso²³, incluso cultural²⁴. En ese sentido el caso derivado de la interpretación de la Constitución no puede ser sólo explicado a través de la narrativa judicial: hay un contexto histórico y social en el que se circunscribe²⁵, hay una apropiación del caso por parte de los medios de comunicación, de la opinión pública y de la opinión popular —si es que estás dos últimas son distintas— sucede recurrentemente que el caso como lo ha entendido la judicatura ha sido resuelto conforme a los parámetros formales y legales requeridos según una *lógica fori* pero la sociedad interpreta y percibe el caso diametralmente opuesto a eso, el profesor no puede soslayar la interpretación popular de los casos²⁶. Para algunos autores, además, la Constitución es un texto

²² Bustillo Oro, Juan, *Vida cinematográfica*, op. cit.

²³ Véase Estévez Araujo, J.C., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

²⁴ Cfr. Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, 2000.

²⁵ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, 2001.

²⁶ Al estilo de Kahn, Paul W, *El análisis cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001.

que debe ser leído también en un contexto politológico, sociológico e incluso antropológico y ético²⁷.

Por último, hay que considerar que la selección de los casos es total responsabilidad del profesor, algunas veces el estudio de ciertos casos puede llevar a conclusiones completamente diferentes. “Dadas estas premisas, algunos autores adoptan posiciones escépticas mientras que otros son optimistas. Estas diferencias dependen más de los estudios de caso que investigan que de presupuestos teóricos claramente definidos”²⁸. Como bien dicen “una golondrina no hace verano”, un solo caso no puede ser prueba de nada, el método científico se basa en el análisis de distintas fuentes, el problema más severo que ha enfrentado la ciencia moderna es a la falsificación de pruebas²⁹, por eso podríamos decir que “muchos casos prácticos hacen un caso académico”. De cualquier manera lo que se intentó hacer a través de esta crítica, fue llamar la atención sobre el hecho de que los casos prácticos como cualquier otra metodología pueden caer en el abuso en su uso, mentiras tomadas como verdades, falacias constituidas en principios, por eso conviene estar alerta y tener un espíritu plural, tendiente al diálogo, inclusivo, pero sobre todo humano, y eso, eso sí es infrarrealista³⁰.

²⁷ Véase Ríos, Carlos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, *Isonomía*, vol. 22, México, 2005, pp. 207-209. El autor menciona que una educación basada en la Constitución tiene que tener al menos un rango axiológico, la formación debiera basarse en una ética que bien puede ilustrarse con el cine y la literatura.

²⁸ Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, *Emancipación social y violencia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2004, pp. 463-514.

²⁹ Meyer, Constanza V., *Mentiras de la Ciencia*, Alianza, Madrid, 1998. Por ejemplo, Freud quiso hacer pasar como principios del psicoanálisis, cuestiones que observó en un solo caso clínico.

³⁰ “Es un movimiento que trata de humanizar lo humano, que trata de llevar al derecho al campo de las grandes batallas humanistas... buscar donde los filósofos del derecho tradicionalmente no lo han hecho o donde han despreciado, todo eso que han considerado basura, nosotros queremos reciclarlo, reciclar eso donde ha quedado gente marginada, marginada no solo de la filosofía sino por el derecho, esos excluidos, esa gente que el derecho no ve con buenos ojos, porque los ve ya sea como anarquistas, como subversivos, o incluso los ve como un peladaje que no tendría derecho a acceder a la libertades de manera inmediata sino a través de éste largo y tortuoso camino de la legislación, un movimiento antinormativista,

III. La máxima emoción de todas: el sentido de justicia y su compañero el sentido común

El sentido de justicia es común a todos, pero no es el sentido común propiamente dicho, pues este último no es patrimonio de todos, por lo que en la frase “el sentido común es el menos común de los sentidos” se echa mano del doble sentido de la palabra común, como algo ordinario o como algo que unifica.

En lo que es común, el sentido común, es en el hecho de unificar a los sentidos externos (vista, tacto, gusto, olfato y oído) formando parte de los internos (memoria, imaginación, estimativa que se divide en estimativa natural —intuición y estimativa cogitativa). Tomás de Aquino nos dice que:

Los sentidos internos son algo común al hombre y a los animales, aunque en los animales el ‘aviso’ interno es meramente instintivo mientras que en el hombre se puede dar también el conocimiento racional. Son sentidos porque se corresponden al nivel de la vida sensitiva y no suponen razón³¹.

De cualquier modo, ambos sentidos (común y de justicia) se encuentran fuera del sector racional, cuestión que nos pondría en una posición distante de la típica racionalista. Al final del día creemos que la propuesta es la misma que hemos manejado desde hace algunos años: humanizar la justicia, hacerla menos técnica y formalista.

o al menos de la norma como se entiende clásicamente, porque entendemos que hay mucha normatividad en muchos aspectos, incluso en el arte hay mucha normatividad, en ese sentido somos también pepenadores de imágenes, pepenadores de ideas, pepenadores de sueños, de anhelos del pueblo de la sociedad, creo que eso sería muy bonito, para empezar a quitar todas esas situaciones o complejos del derecho como el voyerismo jurídico, si hablamos de los pobres, del pueblo, de la sociedad, de la voluntad popular pero en el fondo al abogado mexicano le choca, le molesta, le da asco, no quiere acercarse a eso, no sale de las aulas, no sale de los textos. Entonces es un movimiento de despertar de salir a la calle, de ir a donde está el derecho vivo y en ese sentido despreciar todo este asunto del derecho como un asunto taumatúrgico, fetichista y verlo como un movimiento cultural, un asunto más humano”. “Editorial”, *El Tecolote ciego. Revista del movimiento jurídico infrarreal*, núm. 0, UNAM, México, 2014, p. IV.

³¹ De Aquino, Tomás, *Summa Theologiae*, I q., 78 a., 4 in c.

Por otro lado, parece ser un tema novedoso analizar el impacto de estos dos sentidos en la argumentación jurídica y sobre todo judicial, además del análisis de la función que desempeñan como punto de contacto entre la administración de justicia y la sociedad, pues resulta que se atribuye a la población el sentido de justicia, y al juez el sentido común, aunque a veces el juez debería también poner atención en el primero. Incluso la teoría de la argumentación jurídica tal y como está planteada hoy en día, más que contribuir a acrecentar el sentido de justicia podría “servir de coartada para distorsiones sistemáticas” como lo apunta Ricoeur respecto de Alexy y Atienza³².

Resulta además que las diferentes corrientes de la filosofía del derecho no logran abandonar el espacio de las formas argumentativas y pasar al sujeto de la argumentación, en cualquiera de los casos se sigue buscando “el parámetro” hermenéutico sin reparar que mucho depende del hermeneuta el que este parámetro tenga una vida práctica; todo esto es alimentado por el gran desconocimiento que el jurista tiene del ser humano, un caso de lo anterior es relacionado con el uso de la palabra “criterio”, la cual refiere a un enunciado o peor aún, a un escrito más que a una facultad humana, es decir, se teme tanto a lo subjetivo que se prefiere hacer referencia a objetos.

Nuevamente la ciencia jurídica llega tarde a la cita, en otras ciencias sociales el descubrimiento del importante papel del elemento subjetivo en el proceso hermenéutico lleva ya algunos años de análisis: “el sentido en la Hermenéutica no es sólo el objeto de la comprensión o interpretación, sino como mencionamos, también lo es el sujeto que comprende o interpreta. De tal suerte que el sentido resulta ser objeto y sujeto de la Hermenéutica porque captamos el objeto (verdad-sentido) a partir del sujeto (razón-sentido)”³³.

El gran problema es el prejuicio formalista que lleva a pensar a algunos prácticos de la justicia que la argumentación judicial se presenta como una excusa al trabajo que conlleva el fundar y motivar con la ley en la mano. Curiosamente el mismo argumento que se daba

³² Ricoeur, Paul, *Lo justo*, Caparrós, Madrid, 1999, p. 166.

³³ Lince Campillo, Rosa María, *Hermenéutica: arte y ciencia de la interpretación*, UNAM, México, 2009, p. 21.

en el siglo XIX contra los jueces legalistas que en lugar de “razonar” los asuntos preferían fundar en un precepto legal.

En este contexto el sentido común se presenta no sólo como una opción lejana o extraña sino incluso como un peligro, y esto ha llevado a resignificar conceptos como el de discrecionalidad o arbitrio, que de ser valores en la argumentación judicial relacionados con la toma de decisiones de forma prudente y equitativa, pasaron a identificarse con una decisión autoritaria, injusta, irracional, en fin, un antivalor³⁴.

Para no perdernos retomemos la diferencia entre el sentido de justicia y el sentido común. El sentido de justicia es ese llamado de la conciencia del que participa cada persona, y que le ayudaría a distinguir lo justo de lo injusto, también se le denomina de otras formas como clamor por la justicia o demanda social de justicia. El sentido común en cambio lo desarrollan sólo unos cuantos, y debe ejercitarse, lo relacionamos con el sano juicio, con el buen criterio, con la capacidad para percibir mejor las cosas y ofrecer soluciones para la mejoría personal y/o de la sociedad.

El juez en principio, como autoridad, debe buscar ejercitarse en el sentido común, pero también puede echar mano de su sentido de justicia, es más, debiera ser una obligación del juez despertar de vez en cuando su sentido justicia pues eso lo preservaría de problemas como la falta de independencia o la imparcialidad como nos lo sugiere Calamandrei:

También el juez le puede ocurrir como al abogado, a partir de la conclusión para llegar a las premisas; pero mientras el abogado esta conclusión le está impuesta por el cliente, al juez se la impone aquella misteriosa y clarividente virtud de intuición que se llama sentido de la justicia³⁵.

Misterioso y clarividente es el sentido de justicia, misterioso porque como en la mitología griega es un don que si bien es para todos, en la medida en que se adquiere poder para juzgar a otros, puede originar la pérdida de esa ingenuidad que permite sin grandes for-

³⁴ Una problematización de lo anterior un discurso de ingreso a la Academia de Legislación y Jurisprudencia ahora una publicación de Fernández, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005.

³⁵ Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Oxford University Press, México, 2000, p. 76.

malidades vislumbrar lo justo; sabemos que es así, pues entre más se afana y se ufana la ciencia jurídica en estratificar, jerarquizar y aislar el derecho de su fuente social, más demuestra que dicho proceso es en gran medida arbitrario, discursivo y mitológico. Entre más inaccesible y codificado resulta el derecho más desvinculado del sentido de justicia es. Por eso parece obvio que algunos operadores del derecho piensen que la justicia es algo metafísico e inalcanzable, e incluso llegue a plantearse un divorcio necesario entre el derecho en su forma de ley y la justicia como una aspiración social válida.

Ricoeur nos explica en unas líneas cómo se ubica la justicia en esta dinámica de las disciplinas y los saberes técnicos:

Comencemos por las *circunstancias*, y *apariciones*, de la justicia. Todas tienen la forma de un conflicto oponiendo derechos presuntos, intereses reales, o privilegios adquiridos. En todas las subdivisiones del derecho —penal, civil, social, internacional— la *exigencia de justicia* surge en las situaciones de conflicto en las que el derecho da la forma del proceso. Es en este punto, en que las consideraciones tomadas de la concepción teleológica de la justicia retoman, por primera vez, vigor: las exigencias entre las que la justicia es llamada a mediar —o, más exactamente, volveremos a ello, en las que le es exigido hacer un reparto justo— son portadoras de valores, de evaluaciones en términos de bienes. Una teoría puramente procedimental requiere aquí la asistencia ética de los valores, ella misma cargada de dificultades y cuna de cuestiones sin respuesta³⁶.

De ese modo el problema de la justicia no es sólo procedimental, sino que se relaciona con una sociedad específica en la que existen estatus y roles sociales complejos, en un tiempo determinado en el que los bienes en litigio tienen valores también complejos, en un contexto en el que se dan prioridades. Por ello la argumentación es tan importante, pero también lo es el consenso, los mecanismos para acceder a la justicia, e incluso el Estado, para garantizar lo procesal, pero como bien aclara Ricoeur no es en esa reducción absurda de los procesalistas (y de algunos argumentalistas) como ese tramo final de asignación de lo justo, sino la secuencia general de lo jurídico (leyes-tribunales-sentencia y jueces) lo que podríamos llamar el derecho en acción o simplemente la práctica jurídica. Pero falta aún un elemento

³⁶ *Ibidem*, p. 46.

más mencionado por Ricoeur: el binomio amor y justicia³⁷, una relación a veces conflictiva o dialéctica, a veces frágil y provisional, pero necesaria, el amor necesita la mediación de la justicia para entrar en la esfera práctica y ética: la justicia necesita del amor para evitar convertirse en una simple regla utilitaria. He aquí la gran aportación de Ricoeur, llevar a un grado más alto la justicia, transformarla en reconciliación, hacerla funcionar en el terreno práctico a través de su interacción con otros valores menos jurídicos (como el sentido de justicia, el sentido común y la alteridad) pero no por eso menos importantes.

En los *Diálogos* de Platón, aparece uno en el que se enfrentan dialécticamente Protágoras y Sócrates, por la forma en la que están escritos los *Diálogos*, es decir, caricaturizando a los sofistas, e incluso metiendo a todos los contendientes de Sócrates en un mismo recipiente. Tendríamos que ser muy cautos, pero de cualquier forma lo que Platón atribuye a Protágoras resulta bastante interesante para los efectos del sentido de justicia.

Protágoras arranca su argumentación a partir de la mitología griega que para entonces era considerada una fuente de conocimiento práctico bastante autorizada:

Entonces Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiese en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: “¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes? Pues éstas fueron distribuidas así: Con un solo hombre que posea el arte de la medicina, basta para tratar a muchos, legos en la materia; y lo mismo ocurre con los demás profesionales. ¿Reparto así la justicia y el pudor entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?”. “Entre todos” respondió Zeus “y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas sólo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley:

³⁷ Un binomio del que por cierto escribió un filósofo del derecho mexicano como lo fue Miguel Villoro Toranzo que ve en ambas virtudes sociales una estrecha relación. “En la medida en que el grupo acepte al Derecho como un mínimo de amor, lo acatará de buen grado y tratará que se cumpla. Pero si el grupo ve al Derecho como una mera imposición de la fuerza de autoridad, tratará de esquivar su cumplimiento y, en los casos extremos, hasta se rebelará... Porque un Derecho sin Justicia no es un Derecho, como una Justicia sin amor no es Justicia.” Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, Porrúa, México, 2004, p. 35.

Que todo aquél que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad”³⁸.

Este párrafo que podemos encontrarlo, por ejemplo, en Hesiodo y que como decíamos constituía parte del patrimonio cultural griego al que cualquier ciudadano podía acceder, dota a los argumentos de Protágoras de mucha autoridad, básicamente con el propósito de comenzar diciendo que la virtud de la justicia es patrimonio de todos, pero además que es elemento necesario para la subsistencia de la vida pública. Continuemos con Protágoras:

Ahí tienes, Sócrates, por qué los atenienses, al igual que los demás pueblos, cuando deliberan sobre la virtud en arquitectura o en cualquier otra profesión, sólo a unos pocos les consideran con derecho a dar consejos. Y si alguien que no sea de éstos se pone a dar consejos, no le toleran, como tú dices, y con razón, añado yo. Pero cuando se ponen a deliberar sobre la virtud política, toda la cual deben abordar con justicia y sensatez, entonces escuchan, y con razón, a todo el mundo, como suponiendo que todos deben participar de esta virtud o, de lo contrario, no habría ciudades. Esta es, Sócrates, la causa de tal comportamiento.

Y para que no creas que te engaño, he aquí una prueba de cómo todos los hombres, en realidad, piensan que cada particular participa de la justicia y del resto de la virtud política: En las demás virtudes, como tú dices, si alguien, por ejemplo, dice que es un buen flautista o que sobresale en cualquier otro arte, sin ser verdad, entonces o se burlan o se indignan con él, y sus parientes, yendo por él, le recriminan como si se hubiera vuelto loco. Cuando, por el contrario, se trata de la justicia o del resto de la virtud política, si alguien, de quien saben que es injusto, se pone a decir en público la verdad sobre su persona, esto, el decir la verdad, que en el caso anterior se consideraba como sensato, en éste, se toma como una locura; pues sostienen que todo el mundo debe decir que es justo, lo sea o no; y que, quien no simula la justicia, está loco, puesto que no hay nadie que, en alguna manera, no participe necesariamente de la justicia, a menos que deje de ser hombre.

Lo que Protágoras está sugiriendo es bastante interesante, si todos los hombres participan del sentido de justicia ¿por qué entonces deben existir jueces y tribunales para decidir sobre la vida de otros?,

³⁸ Vamos a utilizar la versión Platón, *Protágoras*, trad. de J. Velarde, Pentalfa, Oviedo, 1980. Versión digital bilingüe: <http://www.filosofia.org/cia/pla/protbil.htm> de 4 de julio de 2011.

¿para qué tanta parafernalia procesal?, ¿son necesarias tantas teorías de la argumentación?

Protágoras va a concluir:

En resumen, he aquí mi respuesta: Que, efectivamente, cuando se trata de esta virtud, los atenienses admiten, con razón, el consejo de todo el mundo, porque piensan que todo el mundo tiene parte en ella.

Que, por otra parte, en su opinión esta virtud no es por naturaleza ni se desarrolla por sí misma, sino que es enseñable y que, si en alguien se desarrolla, se debe a su aplicación, es lo que a continuación voy a intentar demostrarte.

Pues con respecto a los defectos que los hombres consideran unos de otros, debidos a la naturaleza o a la casualidad, nadie se irrita ni reprende ni enseña ni castiga a quienes los poseen para que no sean así, sino que les compadecen. ¿Quién iba a ser tan necio como para intentar hacer algo de eso, por ejemplo, con los feos o los pequeños o los débiles? Pues se sabe, creo, que todos estos defectos, como sus contrarios, les sobrevienen a los hombres por naturaleza y por azar. Cuando se trata, en cambio, de aquellas virtudes que se piensa son fruto de la aplicación, de la práctica y de la enseñanza, si alguien posee, no éstas, sino los defectos contrarios, entonces sobre ese tal recaen iras, castigos y reproches.

Por lo que hemos dicho, es claro que es necesario el proceso, incluso aquel patrocinado por el Estado, así como es necesaria la argumentación, la ética judicial, etc., pero no debemos olvidar que al menos en el imaginario colectivo cuando se trata de la justicia “todos pensamos que formamos parte de ella” y por eso es necesario no perder de vista esta necesidad social que permite la vida en comunidad, de este modo sobre toda decisión judicial pesa una responsabilidad social, o dicho de otro modo, en todo proceso judicial está comprometida la justicia distributiva como lo expresa Ricoeur:

La justicia no puede ser más que distributiva y exige un modo de razonamiento altamente refinado como Aristóteles comenzó a hacer distinguiendo entre igualdad aritmética y proporcional. Para concluir, con la expresión: “convicciones bien fundadas”, el epíteto “bien fundadas” tiene tanto peso como el sustantivo “convicciones”. En este contexto, bien fundado significa abierto a la crítica del otro, sometido a la regla de la argumentación³⁹.

³⁹ Ricoeur, Paul, *Lo justo*, op. cit., p. 98.

Esto nos lleva a plantear la responsabilidad hermenéutica del juez, todo juez debería ser responsable de lo que dice porque eso contribuye o va en detrimento del sentido de justicia colectivo el cual permite una vida armoniosa pública, la institución del jurado con todos los defectos que pudiera tener es un esfuerzo por conservar dentro del juicio un portavoz del sentido de justicia, en sociedades donde no existe esta institución, donde la opinión pública está mal informada o manipulada por medios de comunicación que lo único que pretenden son ganancia económica, es difícil encontrar parámetros para conocer el sentido de justicia pero de ningún modo podemos pretextar esto para descartarlo, al contrario el esfuerzo es mayor pero debe hacerse, las manifestaciones de la cultura pueden darnos idea de ese clamor por la justicia que a veces es sofocado por decisiones más argumentadas, maquilladas con un lenguaje técnico, confuso y opaco que se justifica diciendo que es la sociedad la que no entiende y no tiene la educación suficiente para entender dichas decisiones, lo que contribuye a la simulación y al distanciamientos entre los operadores del derecho y los destinatarios del mismo.

IV. Conclusiones

Un ser humano está compuesto por racionalidad, voluntad y emociones. Cualquier proceso que se jacte de integral necesariamente tendrá que hacer cuentas con todas las dimensiones humanas so pena de ser parcial e incompleto. No sólo la educación jurídica, sino también la propia teoría del derecho contemporánea, se conciben como procesos exentos de emotividad, una cuestión que además va ligada a una visión patriarcal del derecho, donde el varón mayor de edad que ha probado ser responsable porque cuenta con un patrimonio adecuado y supuesta solvencia moral, habla desde una postura racional y sensata. Lo femenino representado por las emociones y sus vaivenes, se muestra como un terreno poco seguro. La seguridad es un elemento sobrevalorado de la modernidad. El prejuicio que pesa sobre un sistema emotivo que funciona bajo la espontaneidad no es del todo cierto. Hay emociones de todo tipo, las hay para detonar acciones inmediatas, pero otras refuerzan facultades que ayudan a preservar acciones a lo largo del tiempo. El miedo a un peligro inminente y su consabida

inyección de adrenalina, puede en otro contexto convertirse en una estrategia para sobre llevar una vida entera, pero en otros casos puede convertirse en una alteración mental y constituir una fobia que ha de tratarse con el psicoanalista o el psiquiatra en su caso.

Este ensayo ha servido para apuntalar una postura que no es del todo nueva, quizá algo olvidada en la modernidad pero con mucha pujanza en nuestros días. Las emociones afectan e inundan el derecho y su enseñanza, el argumento arranca desde el sentido común, es tan evidente que el derecho está plagado de emociones, incluso cuando uno mismo escribe sobre él; ahora será necesario comenzar a trabajar acerca de una geografía de las emociones, a través de ejemplos como los que aportan el cine y la literatura, en su caso lo haremos a partir de vivencias reales extraídas de los procesos orales, de las mediaciones, de los referéndums y sus discusiones públicas; y por qué no, desde los memes, las encuestas de satisfacción social, la cultura popular y otras formas en las que la sociedad manifiesta su amor o repudio por el derecho.

V. Referencias

- Amaya, Amalia, “Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial”, *Diánoia*, vol. 56, núm. 67, UNAM, México, 2011.
- Bustillo Oro, Juan, *Justicia*, S.A., Cenit, Madrid, 1933.
- , *Vida cinematográfica*, Cineteca Nacional, s.p.i., México.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Oxford University Press, México, 2000.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- De Aquino, Tomás, *SummaTheologiae*, I q., 78 a., 4 in c.
- De María y Campos, Armando, *El Teatro de género dramático en la Revolución Mexicana*, INEHRM, México, 1957.
- Estévez Araujo, J.C., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.
- Fernández Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005.
- Fernández, Lelio, “Derecho natural y poder político. Diferencias entre Spinoza y Hobbes”, *Ideas y Valores*, núm. 38, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1989.
- Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

- Hare, Robert D., “Un psicópata que cumple condena por secuestro, violación y extorsión”, *Sin conciencia*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Kahn, Paul W., *El análisis cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Lince Campillo, Rosa María, *Hermenéutica: arte y ciencia de la interpretación*, UNAM, México, 2009.
- Meyer, Constanza V., *Mentiras de la Ciencia*, Alianza, Madrid, 1998.
- Narváez Hernández, José Ramón, *#Necroderecho*, Libitum, México, 2017.
- Nussbaum, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones*, Paidós, Barcelona, 2008.
- Platón, *Protágoras*, trad. de J. Velarde, Pentalfa, Oviedo, 1980.
- Ricoeur, Paul, *Lo justo*, Caparrós, Madrid, 1999.
- Ríos, Carlos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, *Isonomía*, México, vol. 22, 2005.
- Rodríguez, María Graciela, “La inscripción de la ley en los cuerpos: un recorrido por los límites. Foucault, Bourdieu, De Certeau”, *Revista Culturales* 1.2, UABC, Ensenada, 2005.
- Schmidhuber, Guillermo, “Díptico sobre el teatro mexicano de los treinta: Bustillo y Magdaleno, Usigli y Villaurrutia.” *Revista Iberoamericana*, núm. 55, México, 1989.
- Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, *Emancipación social y violencia en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2004.
- Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, Porrúa, México, 2004.

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, contrafacticamente, 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*, TEPJF, 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 protagonista 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 *abstractum* 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>

Imagining by Feeling: A Case for Compassion in Legal Reasoning^{*}

Maksymilian DEL MAR

I. Introduction

This paper argues for the importance of compassion in legal reasoning. The argument, in brief, is this: first, compassion (conceived of as a ‘cognitively-evaluative relational feeling’) improves the quality of what I will call ‘the perspectival imagination’; second, the perspectival imagination is necessary to the exercise of legal reasoning—and the more its quality is improved, the better the quality of legal reasoning, both in the instant case and over time; third, therefore, compassion assists in improving the quality of legal reasoning; but fourth, recognising the dangers involved in privileging any one perspective (precisely as a result of having, via feeling, imagined it more richly), one must take care to exercise the ‘multi-perspectival imagination’ in legal reasoning—which means exercising compassion for a wide range of participants whose perspectives matter for the case at hand.

The three parts of the paper below broadly follow the above-mentioned steps of the argument. First, I articulate what I mean by cognitively-evaluative relational feelings, distinguishing them from the processes of empathy and sympathy. In this part, I also outline the process of compassion. Second, I define what I mean by the perspectival and multi-perspectival imagination, and look at the relations between emotion and imagination. And, third, I illustrate the potential for this compassion-enabled multi-perspectival imagination in adjudication by reference to the *DeShaney* case (1989).

^{*} Great thanks to Amalia Amaya and Imer Flores, and the audience at UNAM, Mexico, in August 2016, where I presented a version of this paper.

II. Cognitively-evaluative relational feelings: situating compassion

In this first part of the paper I situate my understanding of the process of compassion in three ways: first, I relate it to but also distinguish it from empathy and sympathy; second, I explain what I mean by classifying compassion as a cognitively-evaluative relational feeling; and third, I provide an outline of the process of compassion.

1. *Empathy, sympathy, compassion*

In order to better situate what I mean by compassion, I propose in this section to compare and contrast it to empathy and sympathy. I acknowledge the large literatures on all these terms—for present purposes, what is important is to offer stipulative definitions of them that will allow me to carve out what I take to be distinctive about compassion.

By empathy, then, I propose to mean the ability and process of understanding what another person might be experiencing and the situation in which they are experiencing it. Defined this way, empathy is cognitive—crucially, it need not involve experiencing any emotion, of actual feeling. Of course, the (initial and continual) development of empathy as an ability surely requires the experience of emotion, but it is not necessarily the case that any one exercise of empathy is (on this definition) an affective state or process. Further, empathy does not necessarily involve—as I argue, below, sympathy does—evaluation. It is, rather, the bare process of understanding—making inferences—as to what another person may be experiencing.

Sympathy is related to empathy, but in the sense I use it here, goes one step further, that is having attempted (as in empathy) some understanding of the situation of the other and their experience of it, sympathy involves an evaluation of that experience. Sympathy, then, is cognitively-evaluative (empathy being only cognitive). This sense of sympathy is arguably close to the way Adam Smith uses the concept in his *Theory of Moral Sentiments*¹, where the impartial spectator

¹ Smith, A, *A theory of moral sentiments*, Ed, K, Haakonssen, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. [1759]

approves or disapproves of the emotions of the person being observed—asking, for instance, ‘would I, as an impartial spectator, also feel or have felt resentment in this situation?’, with consequences for one’s moral judgement. Evaluation here clearly depends on cognition—one must first be capable of understanding the situation of the other person before one can evaluate how they experience it. Crucially, as with empathy, we can exercise sympathy without feeling any emotion (though, again, our ability to sympathize develops as a result of emotional experiences and reflections on them—as indeed Smith is at pains to show). Thus, both empathy and sympathy are cognitive processes, with sympathy also being evaluative, and neither necessarily involve feeling any emotion.

We come, finally, to compassion. I acknowledge that compassion is necessarily cognitive (like empathy) and evaluative (like sympathy). With respect to the evaluative dimension, however, one has to be careful: I will be suggesting that compassion is necessarily thinly evaluative, meaning that the other person is salient to us and that we have some concern for them. This thin evaluation is necessary, but thick evaluation is only contingent. By thick evaluation I mean approving or disapproving of their feelings, for example whether they are proportionate or deserving. But despite the overlap with empathy and sympathy in these ways, compassion is also different from them both in that it necessarily involves feeling. In short, the crucial point is that there is something it feels like to experience compassion—whereas this is not necessarily so for empathy and sympathy.

It is notoriously difficult to articulate what is meant by ‘feeling’. I also acknowledge the debate in the literature on emotions as to whether emotions require feelings. Later, when I speak of the process of compassion, I refer to feeling some of the suffering one takes another to be in, and then feeling sadness for that suffering. These states may be experienced in different ways, but it seems to me arguable that they include: (a) some bodily changes (which are likely to differ across people), for instance a certain heaviness in one’s stomach when feeling some of the suffering one takes another to be in; and (b) a more immediate focus or concentration upon the object of one’s emotion, which may include a greater readiness or willingness to perform some action with respect to that object. It is important for my argument that this action may refer to imagination—to (as I will articulate it

later) the mental activity of constructing images of possibilities and alternatives— for I shall be arguing that by feeling, we imagine more richly. Compassion, then, includes experiencing these states, and in this respect, compassion is unlike empathy and sympathy. The latter are more distant from the object and one's actions, less focused, less self-involving —and, again, crucially for my argument, less likely to stimulate the imagination.

2. *Cognitively-evaluative relational feelings*

Emotions, for present purposes, are then cognitively-evaluative feelings. By thinking of emotions in this way, I express solidarity with those theories that treat emotions as intelligent, as 'concerned with receiving and processing information'², and to some extent as judgements or appraisals of value. Compassion is an emotion —and it is thus also a cognitively-evaluative feeling. However, it is a particular kind of emotion. To help see this, let me draw an analytical map of some of the different dimensions of emotions.

For a start, emotions can have three objects. Our emotions can be: (1) world-directed (as when we fear something in the environment, for example a tidal wave, a storm etc.); (2) self-directed (as when, for instance, we experience self-pity, or are scared of ourselves)³; and other-directed emotions (what I call 'relational emotions', of which compassion is one). The point of making such distinctions is that there may well be different cognitive and evaluative abilities that are exercised, or exercised in different ways, depending on the objects our emotions are directed to.

Relational (that is, other-directed) emotions can be further broken down in various ways. First, one can distinguish between three different modes of interaction: first, one can experience relational emotions in a directly interactive (second-personal) way, for example in face-to-face interaction; second, one can experience them communa-

² Nussbaum, M, *Upheavals of thought, the intelligence of the emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 23.

³ Shame and guilt are more complex — they may be a mix of other-directed and self-directed emotions.

lly, as when, for instance, one feels safety in numbers⁴; and third, one can experience them spectatorially. Once again, there may be different abilities at stake in these different modes—for example, one must surely be quicker, make faster guesses, more fragile and tentative inferences, in a direct interactive encounter than one can (usually) afford in the spectatorial mode. The spectatorial mode itself, however, can also be further broken down: arguably, it makes a difference whether one is actually observing someone and their situation (for instance, witnessing an accident on the street)—the ‘observational’ sub-mode—or reading a report / description of it (as in a novel, or a witness statement)—the ‘testimonial’ sub-mode. For the purposes of this paper, I am interested in the spectatorial mode of relational emotions, and especially those in the testimonial sub-mode, namely those that are experienced in the course of reading a report or hearing a description of someone else’s experience. Thus, I acknowledge that compassion can be experienced in various modes of interaction, but I focus here on it as experienced in the spectatorial (testimonial) mode.

Further, one can also break down relational emotions into non-mediated and mediated ones. Thus, one can speak of the emotions we experience vis-à-vis others in a way that is not mediated by another emotion, for example one can feel envious of another. But one can also experience a relational emotion that is first mediated by another one—for instance, in compassion one arguably needs to experience some of the suffering⁵ one takes (knows or infers) the other to be in, before one feels sadness for them. One can think of other examples too: *schadenfreude* or emotions closely related to compassion (such as pity). For the purposes of this paper, I am interested in the mediated relational emotions.

In sum, then, for the purposes of this paper, I focus on compassion as a mediated cognitively-evaluative relational feeling, experienced in the spectatorial (testimonial) mode.

⁴ I owe this point to Dermot Feenan.

⁵ I acknowledge there is a large literature on the distinction between pain and suffering. For present purposes, I refer to suffering as this is arguably the more inclusive concept.

3. *The process of compassion*

Situated in the way I have above, it is important now to outline the process of compassion. The first point to make is precisely that it is not a state or episode, but a process—a temporally-extended series of linked (mental and bodily) states. There is a tendency to sometimes speak of emotions as immediate, transitory and sudden—and of persons being swept up by them. This way of thinking about emotions tends to be connected to thinking of them as opposite to reason, as non-cognitive or non-evaluative, or as non-intelligent. I acknowledge that it is important not to lose sight of some emotional experiences being (somewhat) like this—but on the whole, and in keeping with the above cognitively-evaluative positioning of emotions, I am proposing here we think of emotional experiences as complex, multi-layered, multi-stage processes, in which a mixture of abilities (cognitive, evaluative, and at various levels of development and dexterity) is exercised. It is also important to emphasise that reflection can be part of an emotion, and that it arguably necessarily is part of some particularly complex emotions (especially those, as above, that are mediated).

Compassion, as a process then, can be thought of as—at the very least—containing the following five stages:

1. A thinly cognitively-evaluative state of both awareness of another person (as being an *other*) one is interacting with, observing or imagining, accompanied by—and this is really inseparable from that awareness—an interest in or concern for that other person. Another person, then, must be both cognitively and evaluatively salient for one—they must be in the sphere of one's phenomenal (whether sensory or imaginative) reach and interest. This salience of and interest in the other can either be voluntary or involuntary (for example, our attention and interest can be prompted by some loud or sudden noise, or we can make ourselves focus on some other without being prompted to do so).

2. Stimulated by this initial awareness and concern / interest, one then needs to exercise further cognitive effort, imagining the other's situation and perspective. In this second stage, however, one need not yet feel any emotion (aside from that initial interest in / concern for the person, as per stage 1). It is also part of this stage that one begins to take the other person to be suffering—as a result of imagining something of their situation and perspective, one cognises that they may be suffering.

3. Having imagined something of the other's situation and their perspective of it, and inferred that they may be suffering, in the third stage one

then feels something of the suffering that one has imagined the other person to be in. It is important to emphasise that one cannot assume that one is feeling the same as what the other person is in—one is merely feeling something of what one imagines or takes the other to be suffering. One can be entirely mistaken about this—one may, for instance, have misread the expressions of another person, possibly as a result of cultural differences. It is, thus, an important part of the process of compassion that one is aware of the possibility that one has mis-interpreted what state the other person is in. In that sense, self-reflexive humility is an important part of the process of compassion. Nevertheless, I take it to be key to the process of compassion that one actually feels some of the suffering that one has taken or imagined the other to be in.

4. Having felt something of the suffering one imagines or takes the other person to experience, one is then likely to return to imagining the situation of the other and their perspective on it. Indeed, there is likely to be a multiple back-and-forth between feeling some of what one takes to be the suffering of the other and imagining (increasingly more richly) their situation and perspective. The two processes are naturally difficult to disentangle (I am disentangling them somewhat artificially for analytical purposes). As I will go on elaborate, feeling some of the suffering one takes the other to be in stimulates one to imagine the situation from their perspective more richly, and imagining it more richly, may well stimulate one to feel more of the suffering one imagines them to be in.

5. Finally, having both imagined and felt some of the suffering of the other person, one then feels sadness for their suffering⁶. This is also a crucial step, without which there is no compassion. One has to be capable of stepping outside the perspective of the other, and experience the feeling (that one has oneself, as oneself) for another's suffering. The feeling of sadness for another's suffering may also result in one returning to imagine the situation and perspective of another more richly, and to better understand the suffering they may be in, thereby also intensifying the feeling of sadness for another.

⁶ This feeling is more complex than I can describe here. One point to make is that feeling sadness for the suffering one imagines another to be in need not necessarily equate to condescension. Thus, a person observing runners training for a marathon, may experience compassion for them (including feeling sadness for their suffering as she imagines it), even though she believes that this suffering is something they have voluntarily chosen and that, in their own eyes, it is good for them (e.g. that getting through the training it will make them better runners). One can, then, experience compassion for others while at the same time recognising and respecting their independent agency.

These are the minimal bones of what is a multi-layered, multi-stage, and also back-and-forth, dynamic process of the emotion of compassion.

To this basic structure, one may add several extra elements. Space will not permit me to discuss these in detail, so let me simply flag two of them. For some, most notably Nussbaum⁷, there is necessarily a stronger evaluative element in compassion, namely the evaluation of the other's suffering as undeserved. I suggest that it is possible for me to experience sadness for the suffering I take another to be in without having evaluated them as undeserving. Yet more strongly, though also more rarely, it is also possible to experience that sadness even after having evaluated someone as deserving of suffering. I acknowledge that this requires effort and may be a question of skill—one may need to train oneself to be able to experience sadness for the suffering of those who one either does not evaluate as undeserving of it, or that one does evaluate the other as deserving of that suffering. Indeed, this may be a crucial skill (let us call it the skill of overcoming strongly evaluative compassionate resistance) in many circumstances in which one is given the task of evaluating the conduct of a wide variety of persons (as judges in legal institutions are). For these reasons, I would consider this stronger evaluative element a contingent one. I would also regard as contingent Nussbaum's other condition, namely that the suffering for the other be serious rather than trivial⁸. Treating the other's suffering as serious may be part of some experiences of compassion, but I also think it is possible to experience compassion for what may initially strike one as trivial, but which one comes to revise (precisely as a result of the process of compassion) as serious for that particular person.

III. Compassion and the (multi-) perspectival imagination

In the above outline of the process of compassion, imagination played a key role. In this part of the paper, I want to zero in on this relationship between compassion and the imagination. I do so in two

⁷ Nussbaum, M, *op. cit.*, pp. 311-315.

⁸ *Ibidem*, pp. 306-311.

steps: first, discussing the sense in which the imagination can be perspectival and multi-perspectival; and second, turning to the relationship between emotion and imagination. I do so with a view to indicating, later, the importance of imagining (richly, as a result of feeling compassion for) the perspectives of (multiple) others in the process of legal reasoning.

1. *The perspectival and multi-perspectival imagination*

The perspectival and multi-perspectival imagination is a sub-set of imagination in general. The philosophical debate over the bounds of the imagination has intensified in the past few decades, and it has become common to speak of the variety of exercises of the imagination, all needing to be carefully distinguished⁹. While acknowledging that there is little in these debates that is not controversial, I offer the following stipulative definition of the imagination for present purposes: it is the process of deliberately¹⁰ and effortfully constructing mental images¹¹ of what it might be like for someone else to experience a certain situation.

This definition already —in its final feature— references the idea of perspective. Indeed, for a number of philosophers, perspective is the key feature that differentiates thinner, typically propositional ima-

⁹ See, for instance, Stevenson, L., “Twelve conceptions of imagination”, *British Journal of Aesthetics*, 2003, 43, 3, pp. 238-259; and Kind, A., “The heterogeneity of the imagination”, *Erkenntnis*, 2013, 78, 1, pp. 141-59.

¹⁰ I acknowledge, naturally, that imagination can be spontaneous or even unconscious (as in dreams - Spaulding, S., “Imagination through knowledge”, in A., Kind and P., Kung (eds.), *Knowledge Through Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 207-226), and I also acknowledge that even in cases of deliberate imaginings (as also for instance in the use of thought experiments in science and philosophy) there will be plenty that we imagine non-deliberately. We are, in short, never in complete control of our imaginings - but, equally, our imaginings are often constrained by our knowledge of reality (so they are not entirely flights of fancy). For more on how imagination is constrained, see *Idem*.

¹¹ Again, there is a robust and long-standing debate as to whether images are necessary for imagination (for a defence, see Kind, A., *Putting the image back in imagination, philosophy and phenomenological research*, 2001, 62, 1, 85-109). I think that it is possible to imagine without mental imagery, but this is often a matter of definition (e.g. if one includes supposing or conceiving in one's definition, then one will think it is possible to imagine without imagery).

gining (for example, imagining that, or also supposing or conceiving) from thicker, non-propositional imagining. Thus, for instance, Richard Moran in a classic paper, distinguishes between the ‘hypothetical and dramatic imagination’¹², arguing that the latter involves adopting a perspective, and as a result requires a different kind of effort, and with different things at stake for the imaginer¹³. More recently, Magdalena Balcerak (2016) has also argued for a distinction between supposing, conceiving and imagining, on the basis that it is only in imagining that we adopt ‘experiential perspective-taking’¹⁴. Like Moran, Balcerak stresses the self-involvement of this perspective-taking, saying that it involves putting ‘myself in the position of somebody who actually perceptually experiences [for example] an apple’¹⁵.

I think there is an important ambiguity in this way of thinking about perspective —namely, as something self-involving. I suggest it is crucial to keep in mind two kinds of imagining the perspectives of others: first, one can project oneself into the situation and experience of another, asking ‘what would I feel if I was in that situation?’, or, second, one can instead consider all that one knows about that person and their situation and ask, ‘what might that other person be experiencing in that situation?’ The second is a more robust way of exercising the perspectival imagination; it arguably requires greater sustained, imaginative effort to try to understand how another person might be experiencing a certain situation¹⁶.

¹² Balcerak, M., “On the epistemic value of imagining, supposing and conceiving”, in A., Kind and P., Kung (eds.), *op. cit.*, p. 49.

¹³ Moran says that in the case of dramatic imagination, ‘more is revealed and given of oneself than in the case of ordinary counterfactual reasoning’. Moran, R., “The expression of feeling in imagination”, *The philosophical review*, 1994, 103, 1, 75-106, p. 105.

¹⁴ Balcerak, M., “On the epistemic value of imagining, supposing and conceiving”, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ See, Coplan, A., “Will the real empathy please stand up?, A case for a narrow conceptualization”, *The Southern Journal of Philosophy*, 49, 2011, s1, 40-65, who is also drawing on the work of Peter Goldie: ‘In other-oriented perspective taking, a person represents the other’s situation from the other person’s point of view and attempts to stimulate the target individual’s experience as though she were the target individual. Thus, I imagine that I am you in your situation...I attempt to simulate your experiences from my point of view... Empirical studies

For these reasons, I prefer not to focus on this distinguishing feature of perspective¹⁷. Instead, I want to draw on a different kind of distinction —argued for by Joshua Landy in his work on Proust (2004)— namely, the distinction between perspective and viewpoint (or point of view). In brief, a viewpoint is something that we might share in common with others —it is literally the angle from which we might look upon a situation. Thus, we can think of standing and facing in a certain direction, and from that viewpoint seeing a series of church steeples. A viewpoint, then, is not something that uniquely belongs to that other person. A perspective, however, goes considerably further than something we can all see from a certain viewpoint. According to Landy:

...if we wish to learn something about the inner ‘world’ of another individual —that aspect of her perspective which is not held in common with the rest of humanity— we can do so only by studying the combinations that she typically (and unconsciously) produces among the elements of any given domain¹⁸.

In the case of Marcel’s perspective —Marcel being the character that Proust explores in his great novel— we must therefore pay attention to the associations and connections that inform his own construction of the situation. Perspective is an active, affectively-rich, meaning-constructing process. It takes time and effort to learn anything —even a small fraction— of someone else’s perspective (for Proust, a master, it takes many years and over four thousand pages). We learn something about Marcel’s experience of the steeples from the following quotes (in a piece of writing by Marcel that we are made privy to by Proust):

The minutes passed, we were travelling fast, and yet the three steeples were still a long way ahead of us, like three birds perched upon the plain, motionless and conspicuous in the sunlight...

have shown that other-oriented perspective taking requires greater mental flexibility and emotional regulation...than self-oriented perspective-taking... (Coplan, A., *op. cit.*, pp. 54-55).

¹⁷ I leave for another occasion the very interesting idea that in the other-oriented kind of imagining others, the self may still be necessarily involved in some way.

¹⁸ Balcerak, M., “On the epistemic value of imagining...”, *op. cit.*, p. 60.

...a little later, when we were already close to Combray, the sun having set meanwhile, I caught sight of them for the last time, far away, and seeming no more now than three flowers painted upon the sky above the low line of the fields. They made me think, too, of three maidens in a legend, abandoned in a solitary place over which night had begun to fall¹⁹.

Birds, flowers and maidens —the steeples are constructed to have a meaning by Marcel; those associations and connections refract his interests, needs and values²⁰. Proust here is giving us access to Marcel's perspective —and not just the viewpoint from which he sees the steeples.

For Landy, there is similarity between the way Proust articulates and explores Marcel's perspective and the perspectivism of Friedrich Nietzsche²¹ —and drawing this out will allow me to introduce the idea of the multi-perspectival imagination. According to R. Lanier Anderson, who Landy draws on, 'a perspective [is] a way of organising our experience', and this is not because of some Kantian transcendental concepts that make experience possible, but because of our 'contingent' and 'variable' set of 'needs, interests and values'²². What Proust adds here, arguably, is that he shows very concretely just how such needs, interests and values manifest themselves in how persons (especially Marcel) experiences the world and others. More explicitly, Proust shows us that we cannot rest content with the abstract thesis that experience is perspectival in the sense Nietzsche means that (as above). Rather, in order to imagine another's perspective, we must try to visualise —in imagination— those needs, interests and values in the *concrete* experiences of persons in their relations with the world and others.

But Nietzsche also adds something —which perhaps Proust does not do enough of in the novel (given the focus on Marcel). At stake is the usual problem with any more general (philosophical) celebration

¹⁹ Landy, J., *Philosophy as Fiction, self, deception and knowledge in Proust*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 52.

²⁰ *Ibidem*, p. 60.

²¹ Indeed, for Landy, 'the Proustian view [is] a sophisticated (and unwitting) refinement of Nietzscheanperspectivism' (Landy, J., *op. cit.*, p. 57).

²² Anderson, R. L., "Truth and objectivity in perspectivism", *Synthese*, 115, 1998, p. 3.

of perspectivalism —namely, relativism and epistemological / normative anarchy. Nietzsche deals with that challenge —‘what now for objectivity? Are there any standards?’— by saying that the idea of objectivity as a form of ‘contemplation without interest’ (neutrality, the view from nowhere, or non-perspectivism) is ‘a nonsensical absurdity’, adding more positively:

The idea is that different perspectives reveal different aspects of things, and that the pursuit of objectivity is just the attempt to broaden one’s perspectives by using others to take account of aspects of the world obscured by one’s own... the more affects we allow to speak about one thing, the more eyes, different eyes, we can use to observe one thing, the more complete will our ‘concept’ of the thing, our ‘objectivity’, be²³.

Perspectivism, then, does not collapse into relativism, but neither does it mean we must adopt non-perspectival objectivism. Instead, we are enjoined to improve our knowledge—for example of some situation, or some issue— by seeing how differently it is constructed by multiple perspectives (how different needs, interests and values are refracted concretely in particular experiences of that situation). Indeed, our knowledge is further improved by not only constructing what that situation might be like from multiple other perspectives, but in switching back-and-forth between them²⁴. The multi-perspectival imagination, then, is valuable because by deploying multiple perspectives we can construct a more complete (but never entirely complete) picture of the constellation of needs, interests and values at stake; and this value is enabled by the task of perspective-switching, including the experience of friction (axiological, affective) between different perspectives²⁵.

²³ *Ibidem*, p. 18.

²⁴ See Anderson (Anderson, R. L., *op. cit.*, p. 19), for an example of medical decision-making that benefits from perspective-switching.

²⁵ This process of perspective-switching deserves more attention than I can afford it here. It is a topic (including the above-mentioned experience of friction) that has been explored, for instance, in literary theory (Hartner, M., *Multiperspectivity*, *Living handbook of narratology*, available online, last accessed 4 December 2016, 2012, <http://wikis.sub.uni-hamburg.de/lhn/index.php/Multiperspectivity>, for an overview, citing in particular the work of Uwe Lindemann on friction).

Thus, to summarise on the topic of imagination: by the imagination in general I mean the process of deliberately and effortfully constructing mental images of what it might be like for someone to experience a certain situation; by the perspectival imagination, I mean more than seeing a situation from a certain angle (viewpoint) —I mean the active construction (in mental imagery) of the needs, interests and values of another person as they are refracted in the concrete and particular experiences of persons in their relations with the world and others (for instance, via the associations and connections they make between things in their experience); and by the multi-perspectival imagination, I mean the process of constructing a variety of such perspectives, and switching between them, thereby accumulating greater knowledge of a situation. Imagining the perspectives of others requires a) resisting my own background knowledge and attempting to characterise the other as richly as one can; b) recognising that this process is a difficult one, which requires training and development; and c) exercising humility, in particular by recognising the necessary incompleteness of any one attempt to imagine the perspective of another.

2. *Emotion and imagination*

Having articulated what I mean by relational emotions and the perspectival and multi-perspectival imagination, it is now time to turn to the relationship between them —a relationship that, as I will indicate in the final part of the paper, is important for the quality of legal reasoning. In doing so, I will be drawing mainly on Adam Morton's *Emotion and Imagination* (2013). Morton makes some bold (though also interesting) claims as to that relationship— for instance, asserting that 'all emotion involves imagination'²⁶; that imagination 'can be seen as a special case of emotion'; and that '[p]erhaps emotion made thought [including imagination] possible'²⁷. I am not here concerned with whether one is the sub-set of the other, or whether one makes the other possible. Indeed, for present purposes I can concede that we can experience emotion without the imagination, and that we can imagine without experiencing emotion. What is most helpful and im-

²⁶ Morton, A., *Emotion and imagination*, Polity Press, Cambridge, 2013, p. 3.

²⁷ *Ibidem*, pp. 20-21.

portant, however, is Morton's idea that 'emotion has an object and involves imagining scenarios around it'²⁸, and more elaborately, that '[h]aving an emotion typically involves a complex of imagined possibilities, imagined reactions to them, and imagined sensations, and these imaginations are much of what the fear [or some other emotion] feels like'²⁹. I have already spoken of emotions as complex, multi-layered processes. With Morton's help, I now suggest that: (a) part of what makes emotions complex is that they often (though not necessarily) involve some imagination—indeed, sometimes a great deal of imagination; and (b) that part of what makes at least the perspectival imagination distinctive (from other kinds of imagination) is that it is typically accompanied by emotion—and, again, sometimes by a great deal of emotion—such that typically there is something it feels like to imagine how someone else might be experiencing a certain situation.

Further, and this is also critical for present purposes, Morton notices that in many cases emotion (and here I would include compassion) increases the richness and vivacity of imagining, which might further increase the intensity of the experience of an emotion. The relationship, then, is not only one of overlap at the same time, but also mutual stimulation over time. Here is one example he gives:

...think of someone watching a skier approach an icy downhill run. She thinks of the run as very dangerous today, and wonders if the ski patrol are on duty. She is not worried about that skier so much as generally apprehensive about current conditions. Then she recognises the skier as her child, and suddenly she visualises all the bends on the run where one might fall, the trees one might run into, the moguls in surprising places, and has an impulse to rush down the run herself to give first aid, or take another route and alert the patrol... She even has a stray thought of wolves in the woods preying on fallen skiers, and then a fantasy of her own car breaking down in a snowstorm so that she freezes before she is found³⁰.

The observer here first begins to imagine more richly on the back of an increase in feeling (of greater concern, having recognised the skier as her own child). Imagining more richly, in turn, intensifies her

²⁸ *Ibidem*, p. 30.

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ *Ibidem*, p. 32.

emotion (of concern for, fear of, her child), and this intensification of emotion further spurs her imagination, not only more richly, but even quite extravagantly (for example, imagining wolves). We can also surely relate to this example in various ways: we can think of other circumstances in which we have felt fear, where part of what it is like to feel fear is to imagine, indeed for the imagination to almost take over (for example, childhood fears of darkness, and imagining what was under the bed). But we can extend the example considerably beyond fear—consider jealousy, for instance, or resentment. Part of what it is to feel jealous (and what it feels like to experience jealousy) is to imagine what a beloved is up to with someone else—and, to imagine such scenes is to intensify the feeling of jealousy.

The same dynamics as to the mutually reinforcing relationship between emotion and imagination are at play in the case of compassion. Part, then, of the process of compassion is to imagine (concretely, with mental images) someone's suffering in situation—understood from their perspective. The initial salience of and interest in another stimulates an initial act of imagining the situation from their perspective. This initial act of imagination, in turn, stimulates feeling (in compassion, feeling some of the suffering one imagines the other to be experiencing). This feeling, then, stimulates the perspectival imagination further. The more one feels, the more one imagines—and vice versa. In other words, the more one feels, the more richly one constructs the concrete associations and connections one takes to be constituting the other's perspective. What is critical here is to see the relation (in time and over time) between the perspectival imagination (again, in its concreteness—and in concreteness from a perspective, that is as filtered by that person's needs, interests and values) and the feelings one experiences as part of the process of compassion.

Morton's example, of course, also illustrates various dangers—the imagination, stimulated by emotion, can construct wildly implausible possibilities; and, the fact that we imagine more richly may be caused by bias, that is by who or what we are already predisposed to care about. These dangers are real, but I do not think they warrant the conclusion that we should thus dismiss the value of feeling imaginatively or imagining by feeling—that would be to give up on the considerable insights that engaging in such imaginative acts can provide (precisely into the perspectives of others). Thus, to the contrary,

I would argue (along with Nietzsche) that we should instead (at least in contexts of judgement) exercise the multi-perspectival imagination. Aiming to understand better a certain situation, we do not withdraw into allegedly non-perspectival abstractions, but instead enter into multiple concrete perspectives—and, in order to increase the quality of our imagining those perspectives, we do so with feeling. It is, to repeat, only by feeling that we can get closer to (by imagining, of course always imperfectly) the concrete and particular experiences of someone else's perspective.

There is one final and important aspect to this affective dimension of imagination that I wish to mention, before going on in the next part to briefly illustrate the argument in the adjudicative context. That is the role of emotion in what is referred to as 'imaginative resistance'. As Balcerak explains it, 'imaginative resistance occurs when a subject is asked to imagine a particular situation, but is either unable or unwilling to do so'³¹. She goes on to claim that 'most convincing examples' of it 'involve requests to imagine situations where morally highly deviant behaviour and attitudes are endorsed', for example confronted with the case of Alice, who 'took her new-born baby, put it into a cotton bag, closed the bag tightly with a rope, and threw it into the lake', there may be resistance to imagining the scene, let alone Alice's perspective³². What Balcerak does not address here is the role of emotion—and yet, that role must be considerable. Faced with such an example there may be not only resistance to imagining—but also anger (moral anger, or even outrage) against Alice, as well as stomach-churning sickness to imagining the scene (which leads to further resistance). Thus, just as imagining more richly is tied to emotion (in the ways I have discussed above), so is refusing to imagine or resisting imagining. Such resistances may be tolerable if reading a novel or watching a play or film—but they are different if the reader is tasked with evaluating Alice. What one needs to develop, then, is an ability to deliberately feel—in this case, some of Alice's suffering, and then sadness for her—in order to not only better imagine her perspective, but also to challenge (and move somewhat beyond) resistance to ima-

³¹ Balcerak, M., *op. cit.*, p. 47.

³² *Idem.*

gining it. This is necessary if Alice is to be given the respect she deserves, not as someone who has murdered their baby, but as a subject of others' judgement.

IV. The adjudicative context

In this third, and final, part of the paper, I wish to point —and I can only point, in a sketchy way— to how we might see the above account of compassion —as a cognitively-evaluative relational emotion linked closely to the perspectival imagination— in the context of exercising legal judgement. I do so by reference to the now (in)famous case in the law and compassion literature, namely the *DeShaney* case (1989).

My argument, in general, is that actually feeling compassion will improve the quality of legal judgement. This is because the quality of a legal judgement depends in part on how well the multi-perspectival imagination is exercised by the judges, and that exercise, in turn, depends on actually feeling compassion —especially in cases (which are likely to be common) where judges might otherwise resist imagining. I have already argued for a conception of compassion as a complex, multi-layered, multi-stage process, which involves (again, as I have developed it above) the perspectival imagination. Compassion —to reiterate the point once more— stimulates the perspectival imagination³³. What now needs to be developed is the connection between the use of the multi-perspectival imagination and the quality of a legal judgement.

There are three principal reasons why the multi-perspectival imagination is so important for the quality of a judgement³⁴: first, it as-

³³ This is the crucial difference between the argument being presented here and the defence of empathy in Corso (2014), or of 'the compassionate stance' or 'empathic point of view' in Zipursky's classic paper (1990). In both cases, there is an emphasis on the cognitive, but not on the affective dimension of emotion.

³⁴ There may be other ways in which one could articulate / taxonomise the importance of the multi-perspectival imagination for legal reasoning, e.g. one could point to its significance for 1) the quality of deliberation (recalling the difficulty of imagining, and also the benefits of perspective-switching, one could argue that this slows down our deliberation, helping us to distance ourselves from impulsive reactions to facts, and thus our biases, generating time and space for

sists judges in better applying legal concepts —which I would extend to those beyond constitutional / human rights, to all kinds of legal concepts (for example, economic duress, or offer and acceptance); second, by describing the perspectives of various stakeholders in the dispute, judges in the present case provide better resources for future courts; and third, it shows greater respect to parties coming before one and seeking a hearing. For reasons of space, I discuss only the first two in the next section. The first two are best discussed in the context of a particular case, and the third will be returned to in the final section below³⁵.

The skeleton facts³⁶ of the US constitutional case of *DeShaney* are well known: a child, Joshua, was subjected to multiple beatings by his father. After receiving complaints, a county department of social services took various steps to protect Joshua (including briefly taking Joshua into care, and away from the father, only to hand him back, though under the regime of regular visits by a social worker). Eventually, the father beat the boy so badly that he suffered permanent brain damage. A suit was filed, by the representatives of the child, against the county on the basis that they had deprived the child of his liberty interest in bodily integrity, in violation of his rights under the substantive component of the fourteenth amendment's due process clause. The majority found in favour of the county, interpreting the due process clause as not imposing an affirmative duty on the county to protect the child from private violence and thus not requiring the county to guarantee some minimum level of protection. There were two famous dissents —Justice Brennan's and Justice Blackmun's (it

more careful reflection); 2) the quality of the justification (thus the quality of the reasons, and their ability to balance more of the relevant interests, needs and values at stake); and 3) the quality of description (i.e. of the facts, and especially the role of certain persons).

³⁵ The argument, in brief, would be that if one understands the rule of law — as Neil McCormick did (2005) — as, in part, enabling a public space in which one can be heard, and if feeling compassion helps improve one's ability to imagine the perspectives of others, then compassion is not a threat, but rather a condition of impartiality and the rule of law.

³⁶ In referring to them as 'skeleton' I by no means wish to suggest that the particular description that follows is in any way basic or neutral — like any description of any facts, it is necessarily narratologically and affectively charged.

being the latter's cry of 'Poor Joshua!' that catapulted this case into an anchor for the literature on law and compassion).

Others who have discussed this case³⁷ have shown how the quality of the judgement could have been improved (if informed by compassion) in various ways, for example; in the characterisation of the facts, in the interpretation of relevant past precedents, and in interpreting various related concepts. Improving the application of concepts is one of the reasons I gave above for the importance of imagining perspectivally. Let me say more about that now. Zipursky is certainly right to point out that a great deal more could have been articulated from the perspective of the child in this case —especially as it pertains to 'deprivation of liberty'³⁸. Thus, the judges might have better understood how Joshua could be said to have been abandoned by the county department and its social services —this they could have done by imagining more richly what it might have been like for Joshua to be returned to his father's house, with only regular visits from the social worker to protect him. Even if the judges did not in the end adopt the abandonment dimension of deprivation of liberty, articulating it would have offered a more nuanced, more complete application of the concept (as well as some of the relevant precedents) —for a start, having considered it, the judges would have had to provide reasons why the concept ought not to be stretched to include abandonment.

What I would add to Zipursky's valuable analysis here is this: it is important for judges to experience compassion for Joshua here, and to do so not symbolically —in a moment, merely expressing sadness for Joshua's fate— but as part of the complex, multi-layered, multi-stage process I referred to above, which includes imagining concretely what it might have been like for Joshua to have been returned to the father's home and to have been left there. We might think, on first blush, that this is unnecessary when it appears to be so easy to experience compassion for Joshua in this case. Actually, however, compas-

³⁷ Zipursky, B., "DeShaney and the Jurisprudence of Compassion", *New York University Law Review*, 1990, 65, 1101-1147.

³⁸ Zipursky provides other illustrative examples of the importance of what — in my terms — involve the exercise of the perspectival imagination. See his discussion of the application of the concept of 'unfairness' (*Ibidem*, p. 1135) and 'inferior treatment' (*Ibidem*, p. 1137).

sion is never easy—it is difficult and effortful, for it requires concrete imagining of another’s suffering. Indeed, sometimes if compassion for one of the parties appears obvious, judges may feel like it is their duty not to say too much about it—precisely for fear of being cast as too biased and not impartial enough (arguably, one sees evidence of this attitude in the majority judgement of the *DeShaney* case). Thus, in this case, a great deal more could have and arguably should have been described of what it might have been like for Joshua to have experienced this situation—including the possibility that he, in some ways, enjoyed his father’s company and the comfort of his home, but that he might have also have felt entirely defenceless, without anywhere or anyone to turn to for help and support. What were Joshua’s options, when he was faced with his father’s aggression? Could Joshua appeal to the social worker when she visited—again, from his perspective, was this likely (especially if the father was present, or even if not, would he have felt comfortable saying something to the social worker in his own home)? All this could help better probe the normative bounds of the concept of ‘deprivation of liberty’.

Of course, it would be inadequate and misleading to argue merely that the quality of the judgement could have been improved if the judges had taken greater care to imagine better Joshua’s perspective. That would be to argue for something like particularised-compassion-as-trumps—which carries with it all the dangers (especially bias, and the blindness of favouring one perspective because one feels compassion for it) that critics of the emotions have articulated many times. The key here is to add the multi-perspectival. Indeed, the *DeShaney* case is a good example of how the quality of the judgement would have been improved if the judges better imagined a wider variety of perspectives. These include not only Joshua’s, but also:

1. The perspective of the parents, for instance the father: given the high likelihood of imaginative resistance to the father’s perspective, it becomes all the more important to voluntarily and deliberately—with difficulty and effort—go through the process of compassion, including imagining what the situation might have been like for the father. This includes having the son initially taken away from him, the visits by the social worker, and then losing the son as a result of having beaten him. This may be relevant, for instance, to understanding what is at stake for parents—what needs, values and interests become important—when their relationship with their children is affected by the oversight of a child protection agen-

cy. It may also be important as a check against drawing on Joshua's perspective too heavily. My suggestion here is that it is not enough to assume that one knows (in the abstract) what needs, interests and values are at stake—instead, one comes to acquire (build up) knowledge of those needs, interests and values by imagining richly particular perspectives. With some perspectives—as with the father here—there is likely to be very strong resistance to imagining, and it is here that deliberately undergoing the process of compassion can help to overcome that resistance.

2. The case-worker's perspective: a lot was said in the case that put the social worker here in a very bad light—for example Justice Brennan says that the detail of abuse 'chronicled by the social worker...seems almost eerie in light of her failure to act upon it' (*DeShaney*, *DeShaney v. Winnebago, County Department of Social Services*, 489, US, 189, 1989, p. 209)—and, once again, a certain amount of imaginative resistance is likely to be experienced with respect to the social worker's perspective. It is, however, important to understand, for instance, that the social worker has to act in an incredibly difficult dual role in such cases: she is both an advocate for the family as well as an enforcer of the child-protection policy. She has to use her judgement to balance these two roles in particular cases. Attempting to balance these contradictions and pressures can cause suffering for a social worker, as when, for instance, she agonises over whether she has made the correct decision not to intervene further. It is dangerous (and lessens the quality of the judgement) to be too quick and judge her actions, without attempting to better imagine her perspective. Further, it is a sign of respect for her, and for social workers in general, that one attempts to imagine richly what the situation may have been like for her.

3. The perspective of the local department of social services: this may seem like the most surprising suggestion of all—can we feel compassion for, and imagine the perspective of, an institution? It seems to me possible to imagine the needs, interests or values of an institution—and how, for instance, they may be affected by the decision one makes in the case (here, especially if one finds in favour of Joshua). Justice O'Connor did indeed refer, in the oral argument³⁹, to a concern that if the argument of the petitioners was upheld, the effect on state departments might be that they would not be able to undertake child protection services at all. One can, surely, imagine—more or less richly—not only the immediate impact on the institution (those who work there and may lose their jobs), but also those to be affected by the institution not being able to offer such services (other children and families). In that sense, then, one can imagine the perspective of the institution, and if one can do that, then arguably one could

³⁹ See minute 8.47 in the oral argument.

also feel compassion for all those persons affected by what the institution does (or may not do in the future). The point here is that it improves the quality of legal reasoning to consider, in some richness, the needs, values and interests at stake from the perspective of the institution.

Taking into account these perspectives —imagining them, in their concreteness and particularity— is not just a matter of improving the quality of the application of relevant concepts in the instant case. It is also a matter of providing better resources for future courts. The description of facts —often multiple descriptions in multi-member benches— is one of the key features of the resourcefulness of the common law. It is certainly something that complexifies the task of judges and in general makes the system less efficient in the long-term. However, it produces vital normative resources, for it gives future courts access to a highly contextualised set of normative judgements, in which there is room for exploring differences and similarities between fact patterns. There is no doubt that recommending to judges that they exercise the multi-perspectival imagination, in a way that is accompanied (because it is so effectively stimulated) by compassion, would complexify the task still further. There will be a limit, clearly, to how much of such imagining —and the correlate describing— judges will be able to engage in. But it is vitally important that they do —not only because it gives them insight into the needs, interests and values at stake in the decisions they are making, but also because it allows them to communicate this to future courts.

The resourcefulness of the common law is its anchor to particular facts —and not abstract statements of principle— for it is that which allows future courts to take more measured, careful, nuanced decisions. The richer description of particular facts that results from the exercise of the multi-perspectival imagination enables that further —and this is especially important in cases where there are needs, interests and values that can easily be missed or neglected as a result of a tendency to resist imagining certain perspectives.

V. Conclusion

Compassion stands out as one of the most important emotions for the adjudicative context. It does so as one of the paradigmatic rela-

tional (that is, other-directed) emotions. It also does so because it is often associated with mindless bias —something that, if experienced, is sometimes thought to be more likely to lower the quality of legal reasoning, and endanger impartiality and ultimately the rule of law. My aim in this paper has been to defend the case for compassion in legal reasoning, and to do so via its role in helping us to imagine the perspectives of others more richly, including helping us to overcome instances of resistance to imagining certain perspectives. The process of compassion may be the best instrument judges have to hear and show respect to the perspectives of persons who come before them. Further, it may be the best instrument for supplementing the inadequacy of knowledge that deals in abstractions— it may, in short, be the best way for keeping the law anchored to one of its key strengths, namely awareness of multiple constellations of concrete needs, interests and values at stake in the resolution of conflict.

VI. References

Cases

DeShaney v. Winnebago, County Department of Social Services, 489, US, 189 (1989).

Articles / books

- Anderson, R. L., *Truth and objectivity in perspectivism*, Synthese 115, 1998.
- Balcerak, M., “On the epistemic value of imagining, supposing and conceiving”, in A. Kind and P. Kung (eds.), *Knowledge Through Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Coplan, A., “Will the real empathy please stand up?, A case for a narrow conceptualisation”, *The southern journal of philosophy*, 49, 2011.
- Corso, L., “Should empathy play any role in the interpretation of constitutional rights”, *Ratio Juris*, 2011.
- Hartner, M., *Multiperspectivity*, *Living handbook of narratology*, available online, last accessed 4 December 2016, 2012, <http://wikis.sub.uni-hamburg.de/lhn/index.php/Multiperspectivity>.
- Kind, A., *Putting the image back in imagination, philosophy and phenomenological research*, 2001.
- , *The heterogeneity of the imagination*, *Erkenntnis*, 2013.
- , and Kung, P. (eds.), *Knowledge Through Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

- Landy, J., *Philosophy as Fiction, Self, deception and knowledge in proust*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- MacCormick, N., *Rhetoric and the rule of law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Moran, R., “The expression of feeling in imagination”, *The Philosophical Review*, 1994.
- Morton, A., *Emotion and imagination*. Polity press, Cambridge, 2013.
- Nussbaum, M., *Upheavals of thought, The intelligence of the emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Smith, A., *A theory of moral sentiments*, Ed, K, Haakonssen, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, [1759].
- Spaulding, S., “Imagination through knowledge”, in A., Kind and P., Kung (eds.), *Knowledge Through Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Stevenson, L., “Twelve conceptions of imagination”, *British Journal of Aesthetics*, 2003.
- Zipursky, B., “DeShaney and the jurisprudence of compassion”, *New York University Law review*, 1990.

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 Iuris*, *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.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx