

# ¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial

## Sensitive Judges? An Introductory Analysis of the Role of Emotions in Judicial Decision Making

María Carlota Ucin\*

### Autor:

María Carlota Ucin  
Universidad de Palermo, Argentina  
Universidad Nacional de la Plata, Argentina  
mucin1@palermo.edu  
<https://orcid.org/0000-0002-5730-3649>

**Recibido:** 20-5-2020

**Aceptado:** 20-1-2021

### Citar como:

Ucin, María Carlota (2022). ¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 191-219. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.07>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© María Carlota Ucin

### Resumen

En el presente trabajo realizo un señalamiento de algunos de los problemas vinculados con el rol de las emociones en la decisión judicial. Se parte de la hipótesis de que existe una dimensión emocional en el fenómeno de la decisión judicial que ha venido siendo relativamente despreciada en los estudios propios de juristas y teóricos del Derecho. Entonces, luego de revisar el funcionamiento de las emociones y de la empatía, así como también las particularidades del Litigio de Interés Público, argumento la importancia de aquéllas a fin de lograr un adecuado juzgamiento de conflictos complejos. Finalmente, desde un punto de vista normativo, se revisitan las virtudes judiciales, buscando en ellas un enlace entre las emociones y el adecuado rol desempeñado por los jueces al decidir.

**Palabras clave:** emociones; decisión judicial; empatía; virtudes judiciales; litigio de interés público

### Abstract:

In this paper I work on some of the problems related to the role of emotions in the judicial decision. My hypothesis is that there is an emotional dimension in the phenomenon of judicial decision which has been relatively neglected in the studies of jurists and legal theorists. Then, after reviewing the functioning of emotions and empathy as well as the particularities of Public Interest Litigation, I argue about the relevance of the former in order to achieve an adequate judgment of complex conflicts. Finally, from a

\* El presente trabajo fue realizado durante una breve estancia posdoctoral en la Universidad de Alicante. Agradezco especialmente a la FUNDACIÓN CAROLINA y a la UNIVERSIDAD DE PALERMO (Argentina), quienes me otorgaron la beca que lo hizo posible. También a los amigos alicantinos que accedieron a discutir una versión anterior del presente. Sus críticas me ayudaron a revisar algunos puntos del presente hasta donde mis limitaciones lo hicieron posible. En particular, estoy en deuda con Daniel González Lagier por su generosa ayuda y por haberme permitido el placer de compartir reflexiones, dudas y sentires sobre un tema a cuyo estudio se dedica desde hace tiempo.

normative perspective, judicial virtues are revisited, looking for a link between emotions and the appropriate role played by judges in deciding.

**Keywords:** emotions; judicial decision; empathy; judicial virtues; public interest litigation

## I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis que subyace a la presente investigación es que en el fenómeno de la decisión judicial existe una dimensión emocional, que ha venido siendo relativamente despreciada en los estudios propios de juristas y teóricos del Derecho, especialmente en el Derecho continental (González Lagier, 2020: 37).<sup>1</sup> Quizás sea sólo un juego lingüístico, pero cabe pensar por qué si en la raíz latina de la palabra sentencia (*sententia*) se halla el verbo *sentire*,<sup>2</sup> se ha despreciado totalmente este aspecto de la decisión judicial.

De hecho, cualquiera sea la concepción del Derecho que se adopte, en general la mirada se ha puesto en la sentencia como acto cognoscitivo que pone fin a un pleito.<sup>3</sup> Desde este enfoque, se concentra el análisis en una mirada técnico-legal tanto de los hechos y su prueba, cuanto del Derecho aplicable. Como decía, en esto coinciden las distintas teorías acerca del Derecho. Claro que luego, en cuanto al manejo técnico del material legal, habrá diversas posturas referidas a cómo opera el juez con los enunciados normativos, es decir, si cuenta con mayor o menor discrecionalidad y finalmente, cómo da cuenta de esta última en la redacción de la sentencia (*i.e.* su justificación).

Sin embargo, parece que la actividad jurisdiccional es un fenómeno más complejo que debe recoger, además, la dimensión humana y más sensible del conflicto, sin que esto implique introducir la irracionalidad en el proceso. Al contrario, dar cuenta del fenómeno puede contribuir a introducir un mejor control sobre estos aspectos emocionales implicados en el acto jurisdiccional. Esta dimensión olvidada, se vincula con la comprensión empática de los planteos de ambas partes, como condición para alcanzar un adecuado nivel de imparcialidad. Además, la correcta aplicación de los enunciados normativos quizás no pueda ser efectivamente alcanzada si no se consigue una lectura sensible de los hechos controvertidos y también, de los fines y valores contenidos en las normas. Contra lo que ha venido siendo la tradición de los últimos tiempos, pareciera que no puede haber verdadera justicia sin que los jueces alcancen un adecuado manejo del *pathos* implícito en el Derecho.

1. En este sentido, expresa González Lagier que la concepción tradicional del Derecho ha visto en las emociones un elemento a ser desterrado de la toma de decisiones por su carácter irracional e incontrolable que conduce a decisiones parciales e irreflexivas.

2. Traducido como sentir, percibir o tener una opinión.

3. La mirada propia de la Teoría de la Argumentación Jurídica amplía la mira, cuando se enfoca no sólo en el contexto de justificación sino también en el de descubrimiento. Es decir, mira además del producto de la argumentación, el proceso que le antecede a la toma de la decisión. Sin embargo, esto no resulta suficiente para dar cuenta del fenómeno que aquí señalo.

Desde el enfoque propuesto, se podría establecer una sintonía más fina entre las decisiones judiciales y la justicia. Y así, las decisiones judiciales podrían también encontrar una mejor comprensión por parte de la comunidad, la que, por lo general, halla que tras tecnicismos jurídicos se anida la injusticia.<sup>4</sup> El divorcio entre la sentencia judicial y la justicia puede explicarse por diversas razones. A veces este apartamiento tiene explicaciones sociológicas, vinculadas a la conducta desviada de los jueces. Un juez que prevarica habrá de resolver conforme a fines distintos de los contenidos en la propia ley y, por tanto, su decisión puede resultar apartada de la justicia. Pero éste sería un supuesto patológico –más o menos común según el país de que se trate– pero por esa misma razón se lo podría desestimar, para pensar en supuestos de decisiones injustas no patológicas.

Así, puede darse también que la distancia se explique porque la propia ley es injusta, entonces la aplicación acrítica de una ley que vulnera valores del sistema puede arrojar consecuencias disvaliosas. Lo mismo sucedería si se aplicara una ley justa, pero con una interpretación formalista de sus términos o de los hechos de la causa. También puede haber decisiones injustas, a partir de una errónea valoración de la prueba, es decir, por una equívoca reconstrucción de los hechos históricos controvertidos y luego, una inadecuada aplicación de la ley al caso. Aquí se presenta un problema de aplicación del Derecho y su valoración estará determinada por su posicionamiento teórico, tanto en relación con la tarea de interpretación del Derecho, cuanto en la definición del rol del juez respecto de la valoración de la prueba.

Entonces, aun dejando de lado casos de corrupción, un buen juez, podría incurrir involuntariamente en dictar soluciones «injustas». Todas estas circunstancias pueden hacer entonces que los ciudadanos critiquen una decisión porque la «sienten» injusta. Ahora bien, la pregunta que sigue es: por qué tantas veces los juristas se muestran apartados del «sentimiento de justicia». ¿Hay algo a rescatar en esta afirmación más allá de la bella imagen? Precizando la pregunta: ¿Es necesaria la introducción de algún elemento emocional para lograr un mayor acercamiento a la justicia y con ello a la moral?

La introducción de la dimensión emocional en los estudios relativos al fenómeno jurídico no es una cuestión tan novedosa para el Derecho angloamericano.<sup>5</sup> Incluso, en otros países también hay interés por el estudio de las emociones en disciplinas como el

---

4. Muchas veces la crítica a las decisiones del poder judicial, dirigidas desde la mirada del hombre y la mujer «de a pie», se orientan a cuestionar la «justicia» del caso. Sin entrar en los matices de estas apreciaciones, no siempre correctas, por cierto, y sin que ello implique asumir una postura metaética emotivista, cabe pensar –y también cuestionarse– por qué se da (en muchos casos) cierto divorcio entre la técnica jurídica de aplicación del Derecho y la «justicia». Valor éste al que, por lógica, debe servir aquél. Por lo demás, ¿Qué sucede cuando las decisiones judiciales se apartan notoriamente del «sentido común»? ¿Acaso hay allí también una pista de la sensibilidad perdida?

5. En la academia angloamericana, la literatura sobre el tema se engloba en el denominado enfoque de «*Law & emotions*», con varios estudios interdisciplinarios acerca del rol de las emociones en diversos aspectos del fenómeno jurídico, incluida la actividad jurisdiccional. Y además, ya antes, el realismo jurídico había dado cuenta de los diversos factores que podían determinar la variabilidad de las decisiones judiciales.

Derecho Penal. Aunque en este último caso, la relación se establezca entre las emociones y la acción del agente imputado de un delito. El estudio de las emociones, por su parte, reviste un interés creciente para muchas otras disciplinas, desde las Neurociencias, la Psicología hasta la Filosofía. Los avances y nuevos conocimientos sobre la materia invitan a su estudio pormenorizado, analizando viejos problemas a la luz de nuevas herramientas conceptuales.

Aquí se propone entonces, una mirada sobre el rol de las emociones en la decisión judicial. Para ello se deberá comenzar con algunas precisiones conceptuales y terminológicas vinculadas con las emociones (II) y la empatía (III), para luego poder analizar su modo de funcionar en la decisión judicial, en especial se tematizará sobre los casos de Interés Público (IV). Luego, se concluirá con un análisis que ponga en vinculación a las emociones con las virtudes judiciales (V). Como conclusión se esbozan algunas líneas provisionales, como puntos de inicio para ulteriores estudios (VI).

## II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE EMOCIÓN

En particular, se impone dar precisión al concepto de emoción, así como también, delinear una definición del término empatía. Existe en este dominio una gran indeterminación semántica explicable, fundamentalmente, porque estos términos son empleados por diversas disciplinas. Desde la Filosofía hasta la Neurociencia, incluyendo enfoques tan dispares como los proporcionados por el Derecho o la Psicología cognitiva o social. En consecuencia, las definiciones de las que se parta deben ser elaboradas a partir de la determinación de las propiedades que resulten relevantes para el estudio propuesto.

En este caso, voy a distinguir a las *emociones* de la *empatía*. Para ello estipularé definiciones que sean lo suficientemente abiertas como para permitirme argumentar provisionalmente, respecto de su presencia en la actividad jurisdiccional. Las definiciones que propondré no pretenden apartarse en exceso de los avances operados en las referidas disciplinas.

En el sentido corriente, se suele aludir a las emociones identificándolas con lo que aquí se llamará «estados emocionales». Estos últimos pueden ser definidos como *aquellas sensaciones que surgen como respuesta ante estímulos externos (reales o imaginarios), que se manifiestan como un reflejo más o menos perceptible en el cuerpo y que pueden provocar alguna interferencia con el razonamiento de tipo analítico, sea para exaltarlos o menguarlos*.

Esta acepción, resulta aún muy vaga para nuestros propósitos, pero se la refiere porque se encuentra cercana a una de las formas con que en el lenguaje corriente se refiere a las emociones. Sería una suerte de identificación de las emociones con el corazón, por oposición a la racionalidad de tipo intelectual o cognitiva. La misma da cuenta del «lugar común» por el cual se puede pensar que un enamorado actúa siguiendo a su corazón mientras que un hombre racional, sigue los dictados de su razón. Lo que corrientemente podría reducirse a las fórmulas: «obrar con la cabeza» u «obrar con el corazón».

Como se ve, hasta aquí no es posible distinguir las emociones en sí, de la empatía, pues en ambos casos, la persona que se encuentra en alguno de estos «estados emocionales», actúa conforme a su parte más sensible, a su corazón, para seguir empleando la metáfora. Bien es cierto que este terreno es sumamente pantanoso, por cuanto esta definición hace que ingresen en este universo algunos ejemplos que a su vez también podrían ser virtudes éticas o sus contrarios. Es decir, que la definición al ser tan vaga resulta inoperante para el fin clarificador que se debería imponer. De hecho, cabe en este espacio emocional, tanto la pasión desenfrenada cuanto la motivación bien conducida hacia el trabajo productivo y de excelencia.

Para comenzar con las prometidas precisiones se puede decir que esta identificación de los sentimientos con el corazón y la razón con el cerebro carece de asidero científico. Actualmente la neurociencia estudia los mecanismos cerebrales vinculados con las emociones. Entonces, si bien es cierto que los circuitos que se encienden con el pensamiento racional-analítico pueden ser diversos de los emocionales, ello no permite desvincularlos completamente. De hecho, ambos tendrían lugar en áreas vinculadas del cerebro, asociadas a su turno, con el sistema nervioso periférico y, por tanto, con el cuerpo.<sup>6</sup>

Con el propósito de delimitar el concepto de emociones –apartándonos del señalado sentido corriente, aquí identificado con los estados emocionales– se dará al concepto un sentido más estricto a partir del cual se podrá establecer una distinción entre éstas y la actitud empática. Desde esta mirada, la emoción puede ser entendida como *aquellas experiencias sensoriales o somáticas, derivadas del pensamiento consciente o inconsciente en relación con un hecho u objeto externo, que pueden incidir, a su vez, sobre la comprensión de otras circunstancias externas que rodean al agente obrando de influencia para la determinación de su conducta ulterior.*

Como se ve, la definición añade el elemento interpretativo, que tiene que ver con el sentido que el pensamiento, de manera consciente o inconsciente, atribuye a un hecho u objeto externo. La diferencia con el *estado emocional* reside, según esta definición, en que el primero piensa en un rol pasivo del agente que es «tomado» por «los sentimientos». Mientras que, en las emociones hay un rol protagónico del pensamiento y por ello también del agente. Ello no excluye, sin embargo, cierta incidencia casi circular entre el resultado de esa emoción y las ulteriores interpretaciones. De allí que las emociones tengan un rol epistémico que si no es clarificado debidamente pase a operar de manera inconsciente.

En esta misma línea, y desde una tradición cuyos orígenes se remontan hasta ARISTÓTELES, se puede afirmar el carácter complejo de las emociones (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 27). Esto es, la integración de un elemento fenomenológico o sensitivo y otro racional o intelectual. Se suelen señalar cuatro aspectos centrales de las emociones:

---

6. Si bien esta interacción no se halla totalmente demostrada, es la tesis del «marcador somático» desarrollada por DAMASIO, 2009.

el *somático*, el *cognitivo*, el *objeto externo* con el que se vinculan (objeto intencional) y la *acción*. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ LAGIER (2009: 57, 61-78)<sup>7</sup>, afirma que las emociones se compondrían de los siguientes cinco elementos:

- a) una creencia o evaluación sobre un hecho u objeto exterior;
- b) un objeto intencional, es decir, aquél sobre el que recae la creencia;
- c) un conjunto de cambios fisiológicos vinculados al «sentir» la emoción en nuestro cuerpo;
- d) una sensación;
- e) la expresión de dicha emoción y
- f) una tendencia a la acción derivada de los factores anteriores.

Sin embargo, se puede destacar que no todos estos elementos deben estar presentes en cada fenómeno emocional, podría faltar alguno de ellos y, sin embargo, estar ante una emoción. Así, por ejemplo, no toda emoción, necesariamente tiene un objeto intencional o conduce invariablemente a la acción (ELSTER, 2002: 329 y 342-3). No voy a abordar aquí la relación entre emociones y racionalidad.<sup>8</sup> Simplemente, asumiré que las mismas no importan necesariamente un apartamiento de ésta y también, que al anidar en ellas un aspecto cognitivo, pueden ser pasibles de intelección y manejo racional. Por último, también, que las emociones pueden llegar a mejorar la racionalidad de una decisión (DAMASIO, 2009: 282).<sup>9</sup>

Más allá de las enumeraciones<sup>10</sup> interesa desarrollar algún criterio ordenador de los distintos tipos de emociones. Tentativamente, se puede sugerir la existencia de dos categorías generales. Una primera, de «emociones básicas»<sup>11</sup> y otra de «emociones complejas». El elemento que propongo como determinante para la distinción sería la prevalencia en uno u otro grupo del elemento somático (sensaciones en el cuerpo, reacciones más automáticas y menos controlables en aquél) o el cognitivo. Mientras que

7. En un sentido afín, Elster desarrolla seis rasgos de las emociones: a) la excitación corporal, b) las expresiones fisiológicas, c) los antecedentes cognitivos, d) los objetos intencionales, e) la valencia (placer/dolor), f) la tendencia a la acción y una sensación cualitativamente única. ELSTER, 2002: 76.

8. Sobre el punto puede verse ELSTER, 2002 y GONZÁLEZ LAGIER, 2009.

9. Afirma el autor: «Saber la relevancia de los sentimientos en los procesos de la razón **no** sugiere que la razón sea menos importante que los sentimientos, que deba ocupar un segundo lugar en relación con ellos o que tenga que ser menos cultivada. Por el contrario, evaluar el papel penetrante de los sentimientos nos puede dar una oportunidad de aumentar sus efectos positivos y de reducir su peligro potencial.» (el destacado pertenece al original).

10. En general cada autor al abordar el tema desarrolla un catálogo de éstas.

11. En el texto me aparto de las categorías utilizadas más corrientemente en la literatura sobre las emociones. En ésta, se alude a las emociones básicas como una suerte de «unidad emocional», de tipo atómica que, a su vez, se presentarían en la especie humana de modo universal. Luego, las emociones complejas, que serían el resultado de combinarse dos o más emociones básicas. GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 34; CASACUBERTA, 2000: 160-163; CALHOUN – SOLOMON, 1989: 32-33. En cambio, mis categorías resultan afines a las presentadas por DAMASIO (2009: 156-167) quien analiza el funcionamiento de las que llama «emociones primarias» y «emociones secundarias». Siendo las primeras aquellas en las que prevalece el elemento somático y las segundas, las que tienen prevalencia del elemento cognitivo.

en las emociones básicas prevalece el primero, en las complejas prevalece el elemento cognitivo, sin que por ello desaparezca totalmente su complementario.

En el primer grupo se puede ubicar a las emociones como el *miedo*, la *rabia* o la *cólera*. Estas emociones básicas no carecen totalmente del elemento cognitivo, de valoración de la situación, pero en cambio, prevalece en ellas la reacción somática y sensorial. En el caso de emociones más complejas, como el *odio*, el *amor*, la *piedad*, la *compasión* o la *envidia*, parece haber un elemento cognitivo más desarrollado. Hay aquí un mayor desarrollo de creencias o valoraciones vinculadas al objeto intencional que motorizan las reacciones emocionales. En el siguiente gráfico se muestra cómo operaría esta relación entre el tipo de emoción y los rasgos señalados:

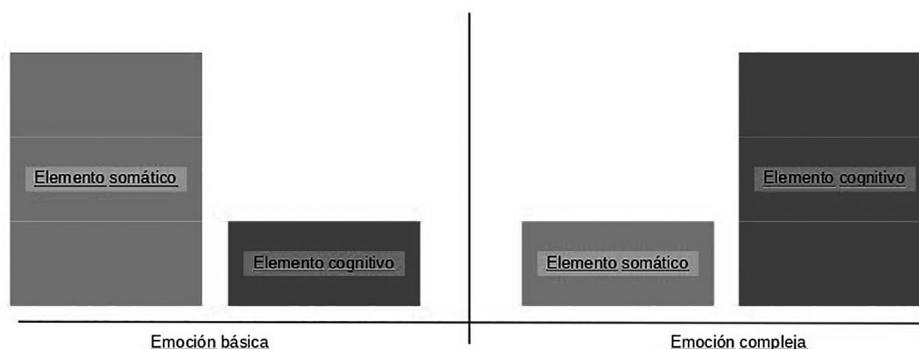


Fig. 1: El gráfico ilustra la relación entre el elemento somático o sensorial y el cognitivo. Las emociones básicas (izquierda) tienen una prevalencia del elemento somático, mientras que las complejas (derecha) del cognitivo. Sin embargo, no hay para éstas una ubicación fija, sino diversos niveles en los que una misma emoción, podría oscilar, estando –según el caso– más cerca de ser compleja o básica.

La distinción propuesta no puede ser estática. De hecho, una misma emoción podría ser básica o compleja según el caso. Por ejemplo, el *miedo*, definido *a priori* (en la literatura clásica sobre el tema) como una emoción básica podría comportarse en algunos supuestos como una emoción compleja. Así, el miedo ante un riesgo inminente, un incendio u otra catástrofe inesperada sería un ejemplo de la primera categoría. En cambio, cuando el miedo se basa en reflexiones detenidas, podría ser visto como una emoción compleja. Nótese que la presencia de este elemento cognitivo en las emociones complejas no aporta necesariamente una mayor racionalidad a la emoción.

Puede pensarse en el temor ante un ataque terrorista. El mismo podría fundarse en la información más o menos verosímil obtenida de oficinas de inteligencia a las que se tiene acceso directo por razones profesionales. Todo ello, en el contexto de un país con riesgo objetivo de ataque de este tipo. En este caso, el temor parece fundado y la emoción, razonable. Pero también podría tratarse de una persona fóbica, que sintiera el mismo temor, sin ninguna base sólida para fundarlo, en cuyo caso la emoción sería igualmente compleja pero irracional por infundada.

Además, visto el temor como una emoción básica, la reacción emocional aparece como respuesta ante el conocimiento de la amenaza y debería cesar tan pronto como ésta desapareciera. En cambio, el temor que deriva del razonamiento precedentemente expuesto no dejará de existir hasta que no se pueda corroborar con datos fehacientes que las células terroristas han quedado totalmente desarticuladas. O quizás, sólo desaparezca con tratamiento psicológico adecuado en caso de ser una fobia. Es decir, en las emociones complejas, la mediación fuerte del elemento cognitivo determina su mayor estabilidad. En cambio, en las emociones básicas, habría algo de respuesta mecánica y automática.

### III. ACERCA DE LA EMPATÍA

En cuanto a la empatía, también es cierto que la pluralidad de definiciones<sup>12</sup> genera una confusión que poco favorece la posibilidad de llegar a acuerdos respecto de su presencia o el modo en que funciona en el campo de la decisión judicial. El término se comenzó a usar hace aproximadamente un siglo, en el dominio de la estética por VISCHER (WISPÉ, 1986: 314-321, quien cita a Wind, 1963) como una traducción del término alemán *Einfühlung*. El mismo, fue empleado para describir el «conocimiento emocional» desde dentro de una pieza de arte, sintiendo resonancia emocional con dicha obra. El término fue llevado luego, a finales del siglo XIX, al campo de la psicología por LIPPS (RIESS, 2017: 74-77; WISPÉ, 1986; CUFF ET AL., 2016; SAMAMÉ, 2016: 1-12).

En un sentido corriente, la empatía alude a una capacidad emocional o sensible de colocarse en el lugar de otro, sintiendo en la propia piel su dolor o su felicidad. Trataré de mantener este aspecto central dentro de la definición que aquí se habrá de presentar. Como se puede apreciar, la empatía aparece en un nivel diverso de la emoción definida en un sentido estricto. Porque si bien es una habilidad de tipo emocional o afectiva (en el sentido más amplio aquí dado al término) y por ello, ingresaría en tal noción amplia de la emoción, no es coextensiva con aquélla. Guarda un parecido de familia, pero es necesario elaborar una definición propia porque su funcionamiento es parcialmente diferente. En verdad, es un poco más sofisticado y tiene, por así decirlo, una mayor complejidad intelectual.

En el ámbito de la Psicología, hay numerosos estudios que intentan determinar un concepto más preciso de la empatía, aquí tomaré el de DECETY – JACKSON, a partir de la formulación propia de ICKES, por resultar consistente con las intuiciones que hasta aquí se han expuesto: «La empatía es una compleja forma de inferencia psicológica en la que la observación, memoria, conocimiento y el razonamiento se combinan para lograr ingresar a los pensamientos y sentimientos de otros.»

12. En CUFF et al., 2016: 144-153, puede verse una reconstrucción del concepto, a partir de un análisis de 43 definiciones encontradas del término.

Los autores afirman que en la empatía debe haber no sólo reconocimiento y entendimiento del estado emocional de otro, sino también, experiencia afectiva de tal estado emocional de la otra persona (DECETY – JACSON, 2004: 71-100 (73). Siguiendo con la metáfora propuesta por estos autores, «la arquitectura de la empatía» se puede definir a partir de tres elementos estructurales:

- a) Una capacidad cognitiva para adoptar la perspectiva de la otra persona;
- b) Una respuesta afectiva hacia ella que puede implicar compartir su estado emocional;
- c) Algún mecanismo regulatorio que permita mantener registro del origen propio o ajeno de los sentimientos.

Como se ve, y al igual que las emociones, la empatía también se compone de un elemento cognitivo y uno afectivo. Sin embargo, la habilidad empática es más compleja porque crea una suerte de estructura meta-emocional de fuerte componente cognitivo. El fenómeno de la empatía, según los autores que vengo siguiendo, tendría a su vez, los siguientes pasos:

- a) *identificación*: En este momento se focaliza la atención en otro para permitirse ser absorbido en la contemplación de esa persona;
- b) *Incorporación o internalización*: Por la cual, se hace de la experiencia del otro también la propia;
- c) *Reverberación*: En que se mantiene la internalización de la experiencia del otro mientras se la observa a la luz de los elementos cognitivos y afectivos propios que pueden ser asociados a tal experiencia;
- d) *Separación*: Se procura volver al estado de separación afectiva con la otra persona para dar una respuesta que permita no sólo la cabal comprensión del estado de aquél sino también, el haber superado la identificación (REIK, 1949 en DECETY-JACKSON, 2004)

Los componentes funcionales resultan entonces: la *capacidad de compartir la emoción o el sentimiento*,<sup>13</sup> la *conciencia de la separación* y la *flexibilidad mental* para lograr colocarse en el lugar del otro y mantener controles regulatorios sobre las emociones.

Todo esto tiene también una base neurobiológica. El estudio de las «neuronas espejo» y su funcionamiento, en el campo de la Neurociencia, da cuenta de un proceso cerebral afín al fenómeno de la empatía.<sup>14</sup> En lo que respecta a la comprensión de la empatía, un tipo de estas neuronas serían las encargadas de iniciar el proceso que aquí hemos llamado identificación e internalización, a partir de un relativo «acoplamiento»

13. Aquí habré de entender por sentimiento un estado afectivo más duradero y estable que el de la emoción.

14. Cabe notar que las neuronas espejo no agotan su función en la comprensión de las emociones de los demás, también operan en la imitación de funciones motrices, estarían en la base del lenguaje e incluso en la comprensión de las intenciones de los demás.

entre sujetos. Luego, habría otro tipo de éstas que, operando en un nivel supraordinado, permitirían frenar la imitación, dando cuenta de la etapa señalada de «separación».

En este sentido, se ha destacado que la observación de caras ajenas que expresan una emoción determinaría una activación de neuronas espejo de la corteza premotora (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006:180-1). La activación de estas neuronas se daría a partir de un fenómeno de simulación irreflexiva y automática («imitación interna» en términos de IACOBONI) de las expresiones faciales de otras personas. La función especular de estas neuronas es la que permite que, al ver las expresiones de emoción en otros, se activen los mismos circuitos cerebrales que se activarían si estuviéramos realizando dichas expresiones (IACOBONI, 2009: 120, RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006). En otras palabras, es gracias a las neuronas espejo que podemos comprender los estados mentales de otros, simulándolos en nuestro propio cerebro, con reflejos también somáticos, a partir de la activación del sistema límbico. De esta manera, éste es capaz de reflejar especularmente los aspectos más profundos de la mente de los otros a nivel unicelular (IACOBONI, 2009: 40).

Entonces, estas neuronas serían las encargadas de enviar a las zonas somatosensoriales y a la ínsula una copia de su «modelo» (*pattern*) de activación (copia eferente), parecida al que envían cuando es el observador quien vive dicha emoción (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006: 180-1). Es decir que las neuronas espejo se encargarían de enviar señales al sistema límbico del cerebro, que es el centro encargado de las emociones. Esto último, es lo que nos permite «sentir» las emociones asociadas con las expresiones faciales que hemos captado.

La conexión señalada con el sistema límbico (en especial la amígdala) se produce a través de la ínsula. Esta zona no sólo es la región cortical en la que están representados los estados internos del cuerpo, sino que además constituye un centro de integración visceromotora cuya activación provoca la transformación de los *inputs* sensoriales en reacciones viscerales (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006: 181). En el mismo sentido, expresa IACOBONI, que sólo después de haber podido «sentir» o vivenciar la emoción, somos capaces de reconocerla de manera explícita.

Por otra parte, se ha dicho que no se puede afirmar que sin la ínsula nuestro cerebro no podría discriminar emociones ajenas. Sin embargo, es probable que, sin su intervención, éstas se verían reducidas a una percepción meramente cognitiva y «pálida», despojada de todo «color emotivo» (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006: 181). Este punto debe ser revisado con algún detenimiento porque se vincula con el tema de este trabajo. El carácter necesario o contingente del aspecto emocional en la empatía es crucial para la hipótesis que aquí sostengo.

Esta forma de «compartir la emoción» ajena, no importa necesariamente que reproduzcamos íntegramente el comportamiento de los demás (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006: 181). Se explica que habría otro mecanismo neuronal que daría cuenta del llamado fenómeno de la separación antes presentado como estructurante de la empatía. Éstas serían las «superneuronas espejo», que inhibirían la respuesta mecánica ante el obrar del otro. Según IACOBONI, este tipo de neuronas podría ser conceptualizada como

una capa neuronal funcional que se encuentra «por encima de»<sup>15</sup> las neuronas espejo clásicas y por ello, modulan la actividad de estas últimas. Su función sería indicar a las neuronas espejo más básicas que la acción observada no debe imitarse. La tesis de IACOBONI es que las mismas deben estar localizadas en algún sector del lóbulo frontal del cerebro (IACOBONI, 2009: 197).

La comprensión de las emociones de los demás podría tener lugar, luego, sobre la base de una elaboración reflexiva de los aspectos sensoriales asociados a sus manifestaciones en el rostro y sus gestos (RIZZOLATTI – SINIGAGLIA, 2006:184). Es decir, que luego de la vivencia visceral y emocional, podríamos reconocer en nosotros el tipo de emoción que siente el otro y así, podríamos elaborar apreciaciones cognitivas sobre dicho estado. Es importante destacar, sin embargo, que todas estas investigaciones deben ser tomadas con cautela y provisionalidad. Pese a esta necesaria prudencia, se advierte que los estudios neurobiológicos acompañan las afirmaciones de la psicología sobre el punto.

Es interesante pensar, además, si la empatía funciona de igual modo cuando se trata de captar emociones básicas o emociones más complejas. Asimismo, cabe cuestionarse si la respuesta empática tiene que ser idéntica o basta con que sea coherente con la del sujeto observado. Es decir, ¿el agente que empatiza con otro siente exactamente lo mismo que el sujeto-objeto de empatía?

Según lo que se ha expuesto, el mecanismo que se activa a partir de las neuronas espejo nos permitiría una réplica del estado emocional del otro. Sin embargo, no podría pensarse que esta respuesta pueda darse de modo totalmente desapagado de la subjetividad del sujeto empático. Como se ha visto, la empatía tiene diversas fases. Una primera, consiste en una captación del estado emocional del otro, pero luego, con su internalización, aparece una fase cognitiva que busca entonces «decodificar» dicho estado a la luz de las experiencias recopiladas por el propio agente, aun cuando ello suceda en milésimas de segundo y se base en respuestas inconscientes provistas por el sistema límbico.

Esto permite aventurar que podría haber diferencias en las respuestas del sujeto empático según el nivel de complejidad de la situación analizada y las emociones involucradas (según sean básicas o complejas). No parece igual la respuesta empática y la reacción que se siguiera— al ver que alguien se encuentra en una situación de peligro y demuestra temor en una situación de riesgo objetivo que, si tuviéramos delante a una persona que relata episodios de su biografía y al detenernos en algunos pasajes, empatizamos con esa persona y asignamos «valor emotivo» a tales pensamientos y por ello mismo, nos emocionamos.

Intentaré explicarme con dos ejemplos:

Ej.1:

---

15. Claro que en un sentido puramente figurado.

Juan está en la fila para tirarse de un trampolín junto a sus compañeros del curso de natación. Mientras aguarda su turno, advierte que quienes le preceden gritan, manifiestan temor. Los hay que se animan y saltan y también quienes se amedrentan por la altura y no pueden saltar. Él no ha llegado al borde del trampolín, no tiene la vivencia personal del vértigo, pero sí del temor. Este temor colectivo, se le «hace carne» y llega a su turno muy asustado, sube la escalera y se asoma hacia la zona de salto. No sabemos si Juan es valiente o no, cada lector puede concluir esta historia.

Ej. 2:

María visita a Laura, quien acaba de perder un embarazo avanzado. María escucha a su amiga y trata de comprender su dolor. La angustia es tan profunda, que le invade también a María, pero ella no ha estado embarazada y, de hecho, ha decidido junto con su pareja que no quiere tener hijos. Pero como hacen las amigas, María escucha, acompaña y llora junto con Laura.

Parece dable afirmar que, en el caso de Juan, el «contagio emocional» es mucho más sencillo, rápido y «visceral». Quizás esto guarde alguna relación con el carácter «básico» de la emoción involucrada. Se ha puesto a un niño en el ejemplo para dar cuenta del carácter básico de la emoción (más somático y menos racional), pero lo mismo daría si fuera un adulto en una situación más extrema, lo que le daría a la emoción el carácter señalado. Quizás el funcionamiento de ciertas emociones básicas tiene una finalidad vinculada a la supervivencia y por ello la reacción visceral es más fuerte que la cognitiva como ya se expuso.

A su vez, el segundo ejemplo muestra el funcionamiento de la empatía a través de una «emoción compleja» según la acepción antes presentada. En primer lugar, no es necesaria una respuesta urgente (como sería huir o no saltar, en el ejemplo anterior) sino que los componentes cognitivos de la respuesta emocional podrán ir integrándose a lo largo de la conversación. María irá componiendo en su imaginación como puede ser el dolor de su amiga y puede sentir pena «con» ella, esa pena puede crecer a medida que sopesa distintos elementos del caso (podría ser que supiera lo difícil que había sido gestar esa criatura). Luego, podría lograr la separación de su dolor, ratificando su decisión de no ser madre y sintiendo en ese momento, un secreto alivio que no alteraría la pena «por» Laura.

En este sentido, es interesante pensar que la respuesta empática puede no ser idéntica a la emoción que en dicho proceso se capta. Podría darse que la respuesta, como vimos en el caso de María y Laura, difiriera. BRUNSTEINS (2018: 3,6) sostiene que la respuesta empática no es necesariamente idéntica, sino que también puede ser congruente. Expone así que la respuesta empática dependerá de procesos evaluativos implícitos que están influidos por las características de las emociones involucradas, la relación entre los sujetos, la subjetividad propia de quien empatiza (género, edad, experiencias vitales) y

la información contextual.<sup>16</sup> En este último aspecto, ingresarían claramente, cuestiones como las del ejemplo de Laura.

Esta tesis resulta plausible. En verdad, todavía cabría problematizar si existe vinculación entre el tipo de emoción y la respuesta. Es decir, si podemos afirmar que, en casos de emociones básicas, es más probable la identidad y que a mayor complejidad del caso y de las emociones involucradas, mayor tendencia a la no identificación y a la coherencia. Esta especulación no es de fácil verificación, pero al menos resulta de interés dejarla planteada en esta instancia de trabajo.

Ahora, volviendo sobre el primer ejemplo, se impone realizar una nueva distinción. Si tamizáramos el caso a través de las fases de la empatía, veríamos que se hallan presentes las etapas de identificación, internalización y reverberación (a, b y c) pero no la de separación (d). Esto permite introducir la distinción entre la noción de *contagio emocional* (BRUNSTEINS, 2018: 4) y la de *empatía*. La empatía, importa la separación como forma de autonomía. En este caso Juan, al separarse del estado emocional de sus compañeros, habría podido ver que éstos eran más débiles y que él, con su coraje, podía hacer frente al desafío. Por lo cual, nuestro pequeño ejemplar, saltaría.

Hasta aquí se han dado ejemplos de percepción directa. Ello no importa afirmar que la imaginación no tenga algún tipo de incidencia. Muchas veces, ante un estímulo externo, como un relato, la imaginación puede desempeñar un rol importante en la configuración del cuadro con el que se empatiza. Así, por ejemplo, en el caso de María y Laura. En los casos en que los estímulos externos percibidos sean más fuertes, probablemente la imaginación juegue un papel menos importante, aunque no por ello despreciable. También puede pensarse en el supuesto de empatía que se inicia por un imperativo moral. Así por solidaridad, podríamos tratar de imaginar cómo viven los pobres en Somalia para integrar nuestra comprensión del mundo y actuar en consecuencia. Este aspecto de la imaginación es la que se conecta entonces con el pensamiento ético y también con el implicado en la función jurisdiccional.

La habilidad empática es así una habilidad que, no obstante sus bases neurales, debe ser estimulada y desarrollada, pues esto se impone como exigencia moral.<sup>17</sup> Esto no convierte a la empatía en pura cognición, sino que provoca el inicio del proceso empático, a través de la imaginación como una suerte de *input* sustitutivo de aquello

16. Se ha estudiado cómo las respuestas cerebrales de tipo empático son moduladas por el vínculo afectivo entre individuos. En especial, se pudo verificar que las respuestas vinculadas a la empatía se veían reducidas (mayormente en hombres) cuando observaban a una persona, que había obrado injustamente con anterioridad, sufrir algún tipo de dolor. SINGER – SEYMOUR – O'DOHERTY – STEPHAN – DOLAN. – FRITH, 2006: 466-469. También informa similares resultados de investigación DECETY, 2011:35-45 (39).

17. Esta habilidad, en principio, es innata, sin perjuicio de los diversos grados de desarrollo que pueden derivar de la conformación de la personalidad, ya sea por factores genéticos, de género o de educación emocional. En COLBY, 2012: 1944, puede verse la remisión a varios estudios que dan cuenta de la variabilidad de la capacidad empática. A modo de ejemplo, refiero: DAVIS, 1996: 46-61, STRAYER – EISENBERG, 1990; entre muchos otros.

que no se recibe como estímulo externo o que no se percibe de manera más o menos espontánea. Es decir, si en un caso no surge de manera automática esta identificación y comprensión con los sentimientos ajenos, la misma puede ser exigible por imperativos éticos o morales. Sobre esto volveremos al abordar las virtudes judiciales, pero también al ver la función de la empatía en el ejercicio jurisdiccional. Este punto de enlace entre imaginación y empatía, también se vincula con la posibilidad de estimular y desarrollar estas habilidades a partir de algunas formas de educación emocional (BAL –VELTKAMP, 2013; RABINOWITCH – CROSS – BURNARD, 2012: 484-498).<sup>18</sup>

De la presentación efectuada hasta aquí pareciera seguirse que tenemos una habilidad empática que no registra ningún tipo de mengua y que podríamos, entonces, empatizar con cualquier sujeto que exprese frente a nosotros alguna emoción o sentimiento. Sin embargo, esto no es así. Un primer problema se vincula con el de los sesgos cognitivos o «puntos ciegos» de la empatía. Un segundo problema, se vincula con la eventual diferencia en la capacidad empática entre sujetos. Este segundo punto impone una mirada empírica y comparativa que excede, sin embargo, el alcance del presente. Baste por ahora con su mención y su consideración a la hora de analizar el funcionamiento de la empatía en concreto.

En cuanto al primero, varios estudios empíricos de Psicología muestran que, por defecto, tenemos una tendencia a razonar respecto de los demás a partir de nuestra propia perspectiva. Lo que equivale a decir que hay un sesgo egocéntrico que determina la dificultad de salirse de la propia mirada para poder determinar qué sienten o piensan los otros (DECETY– JACKSON, 2004: 84). Entonces, las predicciones acerca de cómo otras personas se sentirían, se basan en cómo el propio agente se comportaría ante dicha situación (VAN BOVEN & LOEWENSTEIN, 2003, DECETY– JACKSON, 2004). Y de igual modo, muchos desacuerdos sociales se originan en la incapacidad de las personas de comprender hasta qué punto su entendimiento de una situación determinada puede diferir de la de otros (GRIFFIN – DUNNING – ROSS, 1990: 1128-1139, DECETY– JACKSON, 2004). Esto como se argumentará luego, tiene claras repercusiones sobre la imparcialidad judicial y el modo de decidir de los jueces. Por ello, se debe tener en cuenta este predisponente subjetivo del agente que decide y se podría estudiar la forma de equilibrar dichos sesgos a partir del imperativo derivado de las virtudes judiciales. Con tales ajustes, es mucho lo que la empatía puede aportar para el mejoramiento del juicio jurisdiccional.

Lo mismo vale para las experiencias. Para poder sentir como el otro lo hace o lo que le pasa al otro, debo tener algún tipo de herramienta no sólo cognitiva sino también experiencial. Si no tengo dichos elementos, el puro ejercicio de imaginación no tocará las fibras emocionales o las tocará de un modo enteramente determinado por dichos sesgos. Este punto es de relevancia para el análisis del ejercicio jurisdiccional. Si

18. Además, aquí se podría focalizar la educación emocional y el desarrollo de una actitud empática. En este sentido, CHISMAR, 1988: 257-266 (263); también NUSSBAUM, 1997.

los jueces pertenecen a un sector social determinado y no han tenido ningún contacto con realidades ajenas ni han recibido estímulos (como podría ser a través del cine o la literatura) para imaginar otras realidades y sensibilizarse con ellas, su función al servicio de la magistratura será muy pobre.

Desde otro punto de vista, sin embargo, algunos autores sostienen que la empatía podría servir para suplir esa falta de experiencia en los jueces. Veamos. MILLER argumenta que la empatía es esencial para superar las limitaciones de la experiencia. Esto se lograría a partir de un esfuerzo consciente para colocarse en el lugar del otro y para valorar por ejemplo las pretensiones de las partes en juicio (MILLER, 2010:999-1013 (1009)).

Este argumento requiere ser desbrozado. En verdad, el concepto que maneja el autor es más limitado que el que aquí se ha dado. Explícitamente MILLER ciñe la empatía a la capacidad cognitiva o al entrenamiento para imaginarse en la posición de otra persona. Desde este enfoque, parece lógico afirmar que si un juez tiene ante sí realidades que le resultan muy distantes –porque su extracción social o sus antecedentes vitales lo alejan de los justiciables– y realiza el ejercicio de colocarse en su lugar, podría al menos, superar la falta de experiencia y derribar algún sesgo cognitivo.

Sin embargo, en la comprensión que hemos venido presentando, la empatía tiene una base neural más compleja. Es decir, nuestra definición es de por sí, más sofisticada. Asume entonces, que habrá elementos experienciales que tendrán una función inconsciente (a nivel del sistema límbico) y otros que tendrán lugar en el nivel más consciente o también llamado cognitivo. Para poder desarrollar categorías que aprehendan las vivencias emocionales ajenas, parece imprescindible tener algún tipo de experiencia vital asociada a respuestas emocionales. De todas formas, con la precisión conceptual de MILLER, también parece válida su afirmación por la cual, imaginando la posición ajena podemos suplir una falta de experiencias concretas. El recorte en este caso, reduce la empatía a una operación meramente intelectual.

Prosiguiendo con la delimitación del término empatía, se impone efectuar una distinción entre la *empatía* y la *simpatía*. A la señalada vaguedad del primero de los términos se debe sumar el hecho de que algunos autores parecen haberse referido a ella, pero bajo la denominación de *simpatía*. De hecho, autores como HUME y SMITH, hablaban de la simpatía con perfiles que aquí se han asignado a la empatía. Buscando alguna referencia en la etimología, se puede decir que la palabra simpatía deriva del griego *sympatheia* o del latín *sympathia* que literalmente significan *syn* (con) y *pathos* (experiencia, afección o sufrimiento) (WISPÉ, 1986: 314). Entonces, una primera línea de separación podría establecerse diciendo que mientras la *empatía* es un modo de *conocer* (quizás sintiendo) la *simpatía* es un modo de vincularse (WISPÉ, 1986: 314 y 318).

De este modo, se puede decir que mientras la simpatía es una emoción (aunque de tipo compleja, en las categorías presentadas), la empatía es algo más que eso. Es, como se ha presentado, una habilidad que tiene tanto un componente emocional, cuanto uno cognitivo. Y en relación con el aspecto emocional, se puede decir que obra como

una suerte de «meta-emoción», que se conecta con la emoción de otro sujeto de la que luego, se desprende en un proceso de separación intelectual.<sup>19</sup>

Así, la simpatía suele despertar sentimientos de identificación que arrojan bienestar y alegría por el bien del otro, así como dolor y pena por el dolor del prójimo. Pero en ningún caso, pretende el agente separarse de dichos sentimientos, al contrario, la simpatía podría moverlo a la acción intentando remediar un dolor si esto fuera posible o extrovertir la alegría por el bienestar del otro. Pareciera que hay una toma de posición preliminar que conduce a la identificación con el sujeto-objeto de simpatía. Es decir, se suele derivar de cierto sentido de familiaridad, pertenencia o comunidad de intereses, lealtades u origen. En este sentido, podría ser una forma de «egoísmo de grupo» (CHISMAR, 1988: 257-266) más distante del altruismo que la propia empatía.

Esta última, tal como aquí se la ha definido, tiene una fase de separación de las emociones que se reconocen y se comparten con el sujeto-objeto de la empatía. Es decir, en esta última se registra una actividad cognitiva compleja, que asume una internalización del estado emocional y afectivo de otro, pero que luego los trasciende, pues se impone una separación. Estas dos actitudes varían de una persona a otra como es lógico pensar. Y el ser empático no asegura un nivel determinado de simpatía, ni el ser simpático implica el ser empático (COLBY, 2012: 1944).

En este sentido, pensando un poco en la figura del juez, es importante asumir que hay un cierto riesgo o proclividad en quien empatiza de modo inconsciente con una de las partes, porque esto podría derivar en una simpatía *parcial*. Parece plausible pensar que personas con tendencia a la simpatía por una de las partes, sin un contrapeso empático por la otra parte, podrían ser parciales y apartarse del modelo de juez que se desea. Entonces, para que la empatía cumpla su rol epistémico adecuadamente debería ser ensayada de manera consciente y con relación a ambas partes dentro del proceso, procurando a la vez minimizar los riesgos derivados del sesgo egocéntrico ya presentado. En este mismo sentido, COLBY abona la idea de que sin un acabado manejo de la empatía no se puede desarrollar adecuadamente la actividad jurisdiccional, punto sobre el que volveremos en el siguiente apartado.

---

19. En el texto, como se ha podido ver, sostengo una definición compleja de la empatía. Algunos autores, sin embargo, establecen una noción puramente afectiva o cognitiva de la empatía. En este último grupo se ubica BANDES, quien dice que el uso corriente de empatía implica la habilidad de tomar la perspectiva de otro, en un ejercicio de imaginación que se dirige hacia la mente de otra persona. Es por esto mismo, una capacidad y no una emoción *in se*. Por ello también debe ser diferenciada de la simpatía o de la compasión que, en cambio, sí son emociones. BANDES, 2009:133 (136). En el mismo sentido, DEIGH (2011) señala que en la literatura existen definiciones de la empatía como estado afectivo o como estado cognitivo.

#### IV. ¿JUECES SENSIBLES?

A contramarcha de las miradas puramente exegéticas sobre el fenómeno de aplicación del Derecho, aquí se propone que las habilidades cognitivas involucradas en la decisión judicial no se agotan en las propias de la inteligencia analítica, sino que requieren también de habilidades ligadas a la empatía y a las emociones.<sup>20</sup> Interesa cuestionarse en este apartado, qué rol desempeña la empatía en las decisiones judiciales y cómo ésta puede incidir sobre el campo emocional del juzgador.

Las emociones que aquí nos interesan no son las que experimente el juez por motivos puramente personales, sino las que se derivan del ejercicio más o menos empático de la jurisdicción. En especial, se centrará la mirada en la empatía y su contribución a la imparcialidad mostrando, en contrapartida, la tensión entre esta última y la simpatía. Mostraré luego algunas particularidades del Litigio de Interés Público. Argumentaré que en estos casos, en que se persigue alguna forma de «cambio social» a través del litigio, es importante lograr una adecuada comprensión del conflicto y que ello podría colocar a los jueces en un estado de mayor «tensión emocional».

Ingresar en la discusión acerca de la relevancia de la empatía en la actividad jurisdiccional, importa la consideración de cuál sea el tipo de actividad intelectual que se desarrolla al juzgar. De hecho, importa una toma de posición teórica al respecto. Desde una precisión acerca de qué es el Derecho, hasta una definición concreta de cómo funciona y cómo se aplican sus normas.

Si definimos el Derecho desde una mirada positivista en sentido estricto, pareciera que debemos asumir que el Derecho funciona como un conjunto de reglas que deben ser aplicadas directamente a partir de una operación «aparentemente» neutral como lo es la subsunción jurídica. Sin embargo, aun en este acotado espacio, parece haber un margen para el estudio del impacto de las emociones en la decisión judicial. De hecho, la elección de las normas aplicables, así como la valoración de las consecuencias que se sigan de la aplicación de una u otra norma (cuando la opción es posible), podría estar igualmente influenciada por estados emocionales o más directamente, por emociones concretas y también por la empatía (MINOW, 1988: 37-76).

Yendo más allá, si sostenemos una visión más amplia del fenómeno jurídico, entonces asumiremos que el mismo no se agota en enunciados con forma de reglas, sino que también existen en el ordenamiento jurídico enunciados abiertos, con forma de principios, que requieren de un aplicador riguroso, con dotes argumentativas y con una fina sensibilidad para poder aplicar los valores del sistema a las circunstancias del caso (ATIENZA – RUIZ MANERO, 2004; ATIENZA, 2004 y 2006).

---

20. En un sentido afín se ubica el pensamiento de González Lagier (2020) quien afirma que aunque las emociones no tienen una relación normativa con las decisiones correctas, sí pueden tener una relación causal (como condición contribuyente) con ellas. Siendo entonces aquellas herramientas útiles para encontrar las decisiones adecuadas.

Desde este punto de vista, se abre un campo sumamente relevante para el estudio de las emociones en la determinación de los principios aplicables, así como la adecuada ponderación entre éstos. La aplicación de enunciados con formas de principios impone a los aplicadores captar las sutilezas de la realidad para aprehenderlas correctamente dentro de las normas que deben regir el caso. Esta postura no implica desdeñar la importancia del rigor técnico involucrado en la aplicación del Derecho, sino que, al contrario, le añade un nivel de sofisticación.<sup>21</sup>

Entonces, se trata de determinar en qué medida dichas operaciones prevalentemente intelectuales, pueden tener algún matiz subjetivo más fuerte, como el que se vincula con la empatía y las emociones. O, dicho de otro modo, en qué medida puede la empatía mejorar las decisiones judiciales y cómo a partir de ella, sería necesario introducir además un manejo adecuado de las emociones al momento de decidir un caso. Y esto no sólo en términos de determinación de las normas aplicables y su recto sentido, sino también, la apreciación adecuada de la prueba agregada a la causa.

En este sentido, BANDES sugiere que la empatía sólo asiste a los jueces en la comprensión de la perspectiva de los litigantes, pero no resuelve el problema jurídico de cuál de los litigantes habrá de tener razón (BANDES, 2009:133 (137)). Sin embargo, este aporte no puede ser subestimado. En palabras de DEIGH para lograr una interpretación correcta se debe ser sensible a las perspectivas de los diversos sujetos afectados por la norma (DEIGH, 2011: 79). Esto último resulta fundamental toda vez que compensa los eventuales defectos de una mirada sesgada.

Se podría sostener que en aquellos supuestos en que las normas a aplicar consisten en principios jurídicos, la necesidad de ponderar se podría ver beneficiada de un adecuado ejercicio empático. Ello así, toda vez que la determinación del adecuado equilibrio de los intereses en tensión que debe estipularse para el caso concreto será más adecuada si se asegura la justa comprensión y valoración de los planteos de las partes involucradas, en toda su complejidad. Asignar valor o «peso» a los principios, no puede partir exclusivamente de la propia subjetividad del aplicador. Si así fuera, podría quedar preso de los sesgos cognitivos ya señalados y por ello, su mirada sobre el caso podría ser –en un sentido débil– parcial.<sup>22</sup>

Entonces, mensurar la lesión de un bien jurídico y, por tanto, la postergación de un principio jurídico para dar prevalencia a otro, no parece ser una tarea exclusivamente cognitiva. En cambio, parece requerir de una actividad empática que habilite un mejor

21. Una discusión respecto de la importancia de la empatía en la actividad de los jueces tuvo lugar en Estados Unidos, a partir de argumentos dados por el Presidente Obama para el reemplazo del magistrado Souter y la ulterior postulación de Sonia Sotomayor para dicho cargo. Un registro de este debate se puede ver en COLBY, 2012 y también en: MILLER, 2010: 999-1013.

22. Como vengo señalando en el texto, la introducción de esta dimensión sensible en los jueces busca añadir a su actividad una sofisticación que perfeccione su función. Desde este enfoque, el estándar de exigencia de las decisiones es, deliberadamente, más exigente. Es por ello que la parcialidad de la que hablo en el texto no lo sería, en el sentido corriente del término, sino en un sentido «débil» pero que desde la mirada propuesta resulta aún objetable.

conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas. Por ello, aunque en el «contexto de justificación» ilustremos la ponderación con fórmulas más o menos abstractas y racionales, la realidad es que al momento de la toma de la decisión («contexto de descubrimiento») las cuestiones se sopesan de un modo más sensible y menos aritmético.

En este sentido, cabe destacar que la pretendida neutralidad de los operadores jurídicos no es tal. En verdad, cuando se habla de un aplicador del Derecho que se ve apegado al texto de la ley, existe en dicha tarea un sesgo cognitivo, inescindible del sujeto, que aparece determinado por su pertenencia social, historia de vida y cultura. Entonces, es aquí donde la pretendida imparcialidad, puede no ser tal. En general, la teoría positivista ha admitido este «defecto marginal» como uno de los límites del Derecho.

Sin embargo, una adecuada consideración de los planteos de ambas partes conduce a tomarse bien en serio las pruebas aportadas por cada una de ellas y también, a poder comprender mejor el conflicto que yace tras los documentos y tras las narraciones de las partes. No se trata de caer en la prédica de un subjetivismo arbitrario o simpático. Se pretende defender un mayor compromiso con los elementos humanos que se deciden. La determinación de la razonabilidad, que reside en el corazón del principio de proporcionalidad, tiene un alto componente racionalizable, pero también es cierto que hay dimensiones que sólo se pueden captar si se logra un entendimiento profundo de los principios enfrentados. Aquí es donde la mayor sensibilidad de los jueces puede aportar la agudeza necesaria.

COLBY analiza el funcionamiento de la empatía en la consideración de casos de aplicación de la Cuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana. La misma protege la privacidad frente a invasiones arbitrarias de la autoridad. Siguiendo a MINOW, sugiere que para la resolución de un caso vinculado a esta Enmienda es necesario determinar cuán intrusiva fue la invasión de la autoridad, qué tan importante era el interés perseguido por el gobierno y si éste adoptó medidas razonables para lograr su propósito.

Para ello, se sugiere que resulta fundamental la consideración adecuada y empática de los intereses de las partes involucradas (COLBY, 2012:1968). Para estos casos, los autores señalan que la empatía permite ponerse en el lugar de cada una de las partes y delimitar los alcances de su proceder entendiendo, empáticamente, el fundamento de su obrar. También se señalan otros casos, como los supuestos de violencia de género o la determinación del interés superior del niño (COLBY, 2012:1980). Es lo cierto que como el Derecho se refiere a conductas humanas, es casi imposible comprenderlas cabalmente si no se trabaja, de modo consciente, con la empatía.

Sucede, sin embargo, que muchas veces la empatía está operando, pero lo hace de modo inconsciente y, por ello mismo, queda cubierta por la cercanía emocional del juez con alguna de las partes (sesgo egocéntrico). Todo esto, que puede estar ocurriendo en las decisiones judiciales, suele quedar velado a partir del razonamiento formal del Derecho. Como se ha dicho, no se trata de dejar de lado el adecuado tratamiento legal de las cuestiones, sino que, en cambio, se impone iluminar una parte de dicha

labor intelectual para poder también controlarla, interna y externamente. Como ya se ha expuesto, estudios de Psicología han documentado –a partir de investigaciones empíricas– que nuestro modo de comprender a los demás, por defecto, es a partir de la perspectiva personal. Trasladando estas observaciones hacia el campo de la decisión judicial, nos encontramos con la necesidad de atender al impacto que dicho sesgo ego-céntrico puede tener sobre las decisiones judiciales para poder compensarlo.

Hay que insistir en la idea de que muchas veces la empatía funciona de modo inconsciente y, por lo tanto, siquiera el propio agente tiene clara consciencia de cómo la misma puede determinar los resultados de su decisión. En estos supuestos, si no se logra complementarla con la mirada equivalente hacia la otra parte, podría derivar en lo que aquí se ha denominado simpatía. Cuando se sostiene que no es necesario que los jueces empaticen o que tengan algún tipo de sensibilidad para decidir, se está obviando la circunstancia de que los jueces, de hecho, «sienten» sólo que no lo explicitan o siquiera tienen claridad al respecto. Y si esto se entrecruza con el estudiado sesgo cognitivo, nos encontraremos con decisiones que replicarán identificaciones sociales o posiciones de privilegio, simplemente porque las clases o grupos de pertenencia de los jueces y los de una de las partes se identifiquen (COLBY, 2012:1992). Es decir, nos encontramos con decisiones parciales (i.e. simpáticas) con alguna de las partes, por haber invisibilizado el funcionamiento empático limitado a una de las partes en conflicto.

Entre las conclusiones que surgen de estudios empíricos relacionados a jueces, se ha visto que jueces mujeres u hombres no registran mayores diferencias en el contenido de sus decisiones. Salvo cuando las mismas se vinculan con temas de discriminación por motivos de género (BOYD-EPSTEIN & MARTIN, 2010: 389-411, COLBY, 2012). Asimismo, se ha estudiado la vinculación entre los jueces con hijas mujeres y sus decisiones a favor de cuestiones vinculadas al género. Concluyendo que estos jueces presentan mayor empatía hacia estas causas (GLYNN – SEN, 2015: 37-54).

A partir de la comprensión del funcionamiento de la empatía, se puede sostener que la misma habilita una mejor comprensión de los planteos de las partes y de los términos del conflicto. Pero lejos de operar de manera automática, es plausible pensar que la voluntad debe intervenir para su adecuado funcionamiento. Como ya se ha anticipado, es importante distinguir, además, la *empatía* de la *simpatía*. De esta manera, la primera no debería afectar sin más a la imparcialidad y ello por dos razones. En primer lugar, porque va implícita en su definición la noción de separación de los intereses del sujeto observado. Luego, porque para optimizar el funcionamiento epistémico de la empatía, se vuelve necesario intentarla de manera consciente y con relación a ambas partes en conflicto.

En cambio, conforme la noción aquí dada de simpatía,<sup>23</sup> esta última importaría una toma de posición parcial respecto de una de las partes sintiendo pena por otro y un

23. En el mismo sentido, de la distinción sostenida en el texto se ha dicho que la empatía denota un observador comparte emociones (siente «con» la otra persona), mientras que la simpatía –al igual que

deseo directo de ayudarlo. De esta manera la simpatía tensiona con la imparcialidad. La empatía, en cambio, se traduce en lograr captar la comprensión que tiene ese otro sujeto a partir de poder sentir lo que esa persona siente y piensa, pero separándose de él (COLBY, 2012:1959).

Veamos qué sucede en el Litigio de Interés Público. Esta forma de litigio surge como una manera de dar «voz» a aquellos sectores desaventajados, generalmente subrepresentados dentro de la dinámica del ordenamiento jurídico y sus prácticas. En este sentido, en contextos de grave exclusión, como los países latinoamericanos, esta forma de litigio se ha convertido en una práctica constitucional creciente. Se ha encontrado en él una manera de dar vigencia real a los derechos reconocidos en las Constituciones y Convenciones de Derechos Humanos.

Estos conflictos suelen tener en la base problemas de tipo estructural. Por ello, sus rasgos colectivos imponen la integración dentro del proceso de todos los sectores afectados. Así, por ejemplo, en casos como el de la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo en Argentina,<sup>24</sup> el análisis no puede agotarse en resolver si los planteos de los actores (que invocan su derecho a gozar de un medioambiente sano) tienen o no razón. El proceso, aún en trámite ante la justicia argentina, persigue por un lado determinar si hay lesión al bien público (medioambiente) pero también, una modificación del estado de cosas, para prevenir una mayor contaminación. Adicionalmente, se persigue reparar –en la medida de lo posible– el daño irrogado. Por último, también se busca dar una respuesta a los pobladores, que habitan en los denominados «asentamientos o villas de emergencia» ubicados a la vera de la cuenca que figura entre los lugares más contaminados del mundo.

Resolver un conflicto de esta complejidad impone construir un proceso judicial que permita un conocimiento acorde a dicha dificultad. De hecho, importa pensar cómo se pueden articular en el seno del mismo discusiones que tengan en consideración todos los intereses involucrados. Este tipo de conflictos presenta una «trama policéntrica» (UCÍN, 2018) y por ello, exige que se tomen en cuenta los intereses en tensión. Este término, que tomo de POLANYI (2009 en FULLER, 1978: 353-409 (393-405)), da cuenta, además, de la dificultad de resolver estos conflictos en el marco de la jurisdicción. Pues justamente, cuando se da una respuesta a un punto del conflicto, otros puntos comienzan a «tensionar» como cuando se pretende remendar la trama de un tejido roto. Tirar de unos hilos para la unión, seguramente provoque tensiones en otros sectores del lienzo.

---

la compasión– denota que las emociones del observador se orientan hacia el otro (sentir «por» otra persona). Algo de la internalización del sentimiento del sujeto observado por parte de quien empatiza, también se aloja en la etimología de la palabra con que se tradujo el término alemán *Einführung*, pues *empathia* se compone de *em* (en) y *pathos* (sentimiento). SINGER – LAMM, 2009: 81-96 (82 y 84).

24. Este caso fue llevado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, bajo la carátula: «Mendoza, Beatriz Silvia y ot. c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza– Riachuelo)» (Expte. M. 1569.XL).

Entonces, no es posible resolver una porción del conflicto, sin que ello impacte también sobre otro sector involucrado que, por ello mismo, merece ser oído y participar del proceso. Como respuesta a ello, se impone integrar adecuadamente la litis (en el sentido procesal del término), trayendo al proceso a todos los afectados. Asimismo, se debe lograr una comprensión empática de los intereses de todos estos sectores, lo que añadiría un valor epistémico al proceso, redundando en la mejor calidad de la decisión.

Sobre el primer punto, diré, sintéticamente que en el caso que vengo analizando, el conflicto enfrenta de un lado a los actores (un grupo de vecinos patrocinados por algunas organizaciones no gubernamentales –ONG’S– y luego, por incorporación posterior el Defensor del Pueblo y el Defensor de Menores) y de otro al Estado (constituido por tres niveles gubernamentales: Ciudad, Provincia y Nación) y a empresas ubicadas en el área, mayormente vinculadas a la industria química y a la curtiembre del cuero. Como se ve, la estructura de este conflicto no es la clásica bipolar (la que enfrenta a «TICIO y a CAYO»). Tampoco es claro que los intereses de los demandados (el Estado y las empresas) puedan ser identificables.

A su vez, los actores que inician el proceso no representan a la totalidad de la población del área contaminada. En este sentido, cuando se ordenó la «relocalización» de los habitantes de la zona, la medida se extendía más allá de los actores. Esto determinó que algunos pobladores del área –no obstante lo que se pueda pensar– no querían dejar la zona, ni «sus casas». Evidentemente, sus intereses habían sido desconocidos (ACIJ, 2013). El problema, en casos como este, es que la jurisdicción puede incurrir en soluciones paternalistas. Especialmente si se omite la consideración directa de los intereses de los afectados. Se impone conocer sus intereses oyéndolos de «primera mano» y, además, comprenderlos con cierta sensibilidad empática.

Esta presentación, aunque muy esquemática y simplificada del conflicto, permite dar cuenta de la complejidad de la litis y del señalado carácter «policéntrico» del conflicto. En otro lugar (UCÍN, 2019),<sup>25</sup> argumenté respecto de la importancia de la creación de foros de mayor participación en el marco de este tipo de procesos, como forma de conocer los intereses reales de los afectados. Las audiencias públicas, celebradas con carácter informativo en el marco del proceso judicial, permiten introducir esas voces que no necesariamente participan del proceso como «partes procesales» *stricto sensu*, pero cuyos argumentos deben ser tenidos en cuenta. Aquí, cumplen un rol fundamental los *amicus curiae*, pues dan voz a sectores que podrían ser olvidados de otra manera.

Asimismo, la consideración de los intereses de los «vecinos afectados por el plan de relocalización» es un ejemplo de la incorporación en audiencias de grupos implicados en el conflicto pero que no han intervenido en el proceso como «parte». Se puede añadir

---

25. En el mismo sentido, BANDES argumenta que la forma de incorporar puntos de vista diferentes a los propios, superando el sesgo cognitivo egocéntrico se puede alcanzar a través del debate con otros que sostengan puntos de vista diferentes (BANDES, 2009:146). Ligando esto con las particularidades del Litigio de Interés Público, se puede ver la importancia de generar estos foros de deliberación.

que el elemento empático, puede aportar a dichas audiencias la sofisticación necesaria para resolver y juzgar estos casos. Volviendo sobre lo que se ha dicho, cabe pensar que si la misma fuera practicada cabalmente, y mirando hacia todas las partes en conflicto, cumple una función correctiva de los sesgos propios de los jueces. Los que, a su vez, por pertenencia social, pueden tener cierta «miopía» a la hora de entender los intereses de los afectados.

En el caso de la «Cuenca Matanza-Riachuelo», se resolvió la relocalización de los habitantes, asumiendo que éste era su mejor interés. Sólo después de esta orden judicial, y debido a la intervención de otra ONG que representó a un grupo de vecinos afectados a través de una acción de amparo, se tomaron medidas para considerar sus intereses y readecuar el plan originario. A su vez, de nada serviría que se incorporen los argumentos de este sector, si los mismos no pudieran ser interpretados a la luz de una lectura empática –que no es necesariamente simpática– y que, por tanto, escuchar y considerar estos intereses no significa, necesariamente, acceder a dichos planteos.

Es dable entender que para quien ha normalizado vivir en ese lugar (aunque éste sea uno de los lugares más contaminados del mundo), ha construido allí su casa y se cree propietario de su tierra, dejar su hábitat puede ser intolerable. Sin embargo, la responsabilidad estatal puede exigir que se le aseguren condiciones de vida sanas, en un lugar distinto y no contaminado. Este caso muestra un supuesto en el cual, los jueces podrían hallar mayores dificultades para poder «comprender» en el sentido cognitivo y también emocional del término, los argumentos de las partes.

Sin embargo, reitero, el ejercicio empático debiera hacerse con cada uno de los sectores que se encuentran involucrados por este litigio. No debe perderse de vista, además, que es muy probable que la empatía opere de manera, más o menos automática, con aquellos sectores con los que se pueda hallar cierta identificación social, cultural o hasta funcional. De esta manera, las decisiones en estos casos pueden incurrir en cierto paternalismo como ya se señaló, pero también podrían ser indulgentes con algún sector que sienten más cercano, como las autoridades. Aquí anida quizás la explicación de por qué, muchas veces, en estos casos sea tan difícil condenar personalmente a funcionarios públicos por el incumplimiento de sus deberes.

## **V. EMOCIONES Y VIRTUDES: EL MODELO DEL JUEZ SENSIBLE**

A propósito de cuanto se viene diciendo, cabe cuestionarse si en el ejercicio jurisdiccional anida algún elemento emocional o sensible y si el mismo puede ser articulado con las virtudes judiciales como parámetros ordenadores de la conducta. Hasta aquí ha estado implícita la definición de cómo debería ser un «buen juez». Por la toma de posición teórica, sin embargo, ha quedado claro que nos apartamos de un juez automática, de un puro legalista y que le asignamos cierto compromiso con la justicia de sus decisiones. Probablemente las virtudes judiciales no aseguren totalmente la calidad de

las decisiones judiciales, sin embargo, podemos sostener que algunas de estas virtudes pueden contribuir a la calidad de aquéllas y su justicia.<sup>26</sup>

Por su parte, el concepto de «buen juez», tal como lo afirma Atienza, no puede agotarse en su definición normativa, ni alcanza para ello con que el mismo no incurra en inconductas determinadas por la ley. Sino que requiere que se hayan desarrollado en el ejercicio profesional ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales (ATIENZA, 2001-b: 17-18). En este mismo sentido, se ha dicho que las virtudes pueden ser vistas como «una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes.» (MACINTYRE, 1987: 237, en ATIENZA, 2001-a: 138).

Entre las virtudes judiciales, complementarias del buen manejo técnico del Derecho, Atienza señala que la *independencia*, la *imparcialidad* y la *motivación* serían las virtudes básicas (ATIENZA, 2001-a: 140). Según este autor, la primera de ellas exige autorrestricción y modestia. La imparcialidad, sentido de justicia y valentía y, por último, la motivación se conecta con la virtud de la prudencia. Tomando la propuesta de Atienza, analizaré el funcionamiento de la prudencia, ya que el mismo nos permite establecer una relación directa con el ejercicio empático y sensible de la magistratura. Se vuelve entonces relevante considerar cómo aquella podría servir para lograr mejores decisiones y también un ejercicio imparcial de la magistratura. Cabe pensar, por ejemplo: ¿cómo es posible recuperar la completa dimensión del rol de *iuris-prudentes*<sup>27</sup> con el que se reconoció la función de los juristas en Roma?

La prudencia puede ser analizada a partir de la comprensión de la figura del jurista, más allá de sus roles específicos. Esto es lo que hace KRONMAN (1986: 203-234) al destacar que, además del conocimiento técnico, los abogados deben tener «inteligencia práctica», asociada a la noción de *phronesis* aristotélica. Esta facultad, se puede traducir como prudencia, pero no debiera circunscribirse a su sentido más corriente, sino que debe conectarse con la capacidad de comprender y poder determinar cuál es la decisión correcta para la solución de un caso. No es la idea del prudente que poco hace por temor a errar, sino la de aquel que tiene la agudeza para acertar en la decisión y que lo hace con justeza o razonabilidad.

ARISTÓTELES, al definir la prudencia, como sabiduría práctica la distingue de la «ciencia». La prudencia se refiere a lo particular (pues lo práctico es de esta naturaleza) y se opone al intelecto, que se refiere a los principios o límites de los cuales no hay razonamiento. En el otro extremo del intelecto, la prudencia se refiere a lo particular,

26. Incluso yendo más allá, en próximas investigaciones, se puede indagar en la relación entre emociones, virtudes judiciales y corrección de las decisiones, a fin de determinar el grado preciso de dicha vinculación. En estos senderos se ubican los argumentos de AMAYA, 2011: 135-142.

27. Los juristas o *iuris prudentes* podían desempeñarse como jueces, abogados, políticos o legisladores. Pero el rasgo común era que eran ciudadanos caracterizados por un profundo conocimiento del Derecho vigente y su peculiar intuición y talento jurídico. Cfr. ANDRÉS SANTOS, 2001: 281-302 (288).

que requiere percepción sensible.<sup>28</sup> Esta forma «sensible» de acercarse a los problemas jurídicos es la que completa el entendimiento puramente formal, asentado exclusivamente en los textos legales. Ello así pues es esta comprensión la que integra al fenómeno jurídico su dimensión más humana.

KRONMAN, vincula esta facultad especial con el desarrollo de la imaginación. Pero no cualquier forma de ésta última, sino la que permite comprender en profundidad los intereses y necesidad de las partes que se presentan ante sí. Para ello, estima que el jurista (tanto el abogado o el consultor, como el juez) deben tener la capacidad de sentir simpatía por dichos puntos de vista, sin perder la inevitable separación de tal subjetividad. Las formas de imaginación entonces deben ir atadas tanto a la simpatía, cuanto a la señalada «separación». Este autor señala la importancia de lograr un equilibrio entre las formas de imparcialidad y la adecuada vinculación a través del pensamiento y el sentimiento, con los intereses, creencias y preocupaciones de las partes (KRONMAN, 1986: 203-234 (222)).

Esta forma de simpatía, que no se confunde totalmente con el sujeto-objeto de ella, nos remite a la definición que aquí se ha dado de empatía. Y parece plausible sostener que las formas de separación podrán ser más o menos estrictas según el rol que desempeñe en definitiva el jurista. No es igual la exigencia de separación que pesa sobre un abogado defensor que la que pesa sobre un juez, quien debe asegurar el respeto de la imparcialidad

Como se puede ver, la simpatía con separación de KRONMAN (*i.e.* la empatía) es señalada como esencial para lograr el «buen juicio». El que, a su vez, es una forma de ejercicio de la virtud de la prudencia. Es que la *phronesis* no se podría alcanzar si se mantiene un estricto apego a la pura letra de la ley. Porque la ley, sobre todo en los casos difíciles, impone un conocimiento profundo de la realidad humana a la que se ha de aplicar. Y parece que así debe ser entendido el «sentido de justicia». La imagen que provoca es indudablemente bella. Y, sin embargo, no puede darse aún una respuesta contundente acerca de cuánto hay efectivamente de un sentimiento o una emoción en esta virtud. No obstante, sí hay huellas que invitan a explorar con mayor detenimiento la conexión entre la empatía y las emociones conexas con la virtud de la prudencia y el sentimiento de justicia. Ello, a su vez, para no perder de vista el fiel de la imparcialidad que debe garantizar el debido proceso.

Entonces, desde este estadio preliminar de estudio del tema, se puede al menos afirmar que la empatía podría servir para agudizar la prudencia de los jueces, dándoles una mejor comprensión de la realidad sobre la que deben juzgar, pudiendo dar una adecuada dimensión a los planteos de las partes, especialmente en casos difíciles como podrían ser los conflictos de Interés Público, como aquí se argumentó. Y también, cada vez que se debieran resolver casos difíciles o, por ejemplo, recurrir a la ponderación

---

28. Ética a Nicómaco, 1142a 25-30. En el mismo sentido, AMAYA sostiene que la sabiduría práctica tiene una importante dimensión emocional, ya que las emociones son esenciales para percibir los rasgos relevantes de un caso concreto. AMAYA, 2011: 135-142 (139).

entre principios. La adecuada asignación de «peso» a los principios en tensión, por caso, impone como complemento de la tarea argumentativa, el despliegue de una sensibilidad especial que permita actuar a la *phronesis* para poder mensurar el valor de los valores involucrados en el caso concreto.<sup>29</sup> Por su parte, la práctica consciente de la empatía, orientada por la imparcialidad, permitiría que los jueces logren una acabada comprensión del conflicto que se les presenta, mejorando la calidad de su decisión.

A los efectos de poder elaborar un modelo de juez que responda a estas exigencias, se podría pensar en el modelo de «juez literario» de NUSSBAUM (1997: 127),<sup>30</sup> aunque quizás sea más preciso hablar de un modelo de «juez sensible». La autora habla de un espectador juicioso, que debe trascender la empatía<sup>31</sup> evaluando desde su punto de vista el sentido de estos sufrimientos y sus implicaciones para las vidas afectadas. Pero aclarando que de ningún modo se trata de desplazar la ley o de subordinarse a la sensiblería (NUSSBAUM, 1997: 159). Esta visión, que es congruente con la señalada por KRONMAN, sugiere la necesidad de contar con habilidades que modulan el formalismo propio de los enunciados normativos. En palabras de NUSSBAUM, se trataría de ser íntimo, imparcial, afectuoso sin favoritismos, representante de todos y no de un grupo o facción (1997: 162).

Por su parte, la introducción de la dimensión sensible en el juicio, a través de la empatía, permite obtener un elemento adicional de crítica de las decisiones. El mismo, en su vinculación con las virtudes de la imparcialidad y la prudencia, a su vez, permiten colaborar en la determinación de su formación integral.

## VI. CONCLUSIONES

La presente investigación ha tenido un propósito exploratorio y, por tal motivo, no pretendía arribar a conclusiones definitivas. Aun en dicho plano, se puede afirmar que existe en este dominio un campo rico para el análisis a partir de poder «iluminar» la influencia que las emociones *lato sensu* ejercen sobre la decisión judicial. Se ha dejado planteado un escenario a partir del cual se puede continuar con el estudio y profundización en estos temas. Cada apartado, en alguna medida, constituye el señalamiento de parcelas que merecen un análisis detenido al que dedicaré futuros trabajos.

29. Desde una perspectiva afín a la del texto, AMAYA afirma que la introducción en el análisis del enfoque aristotélico de las virtudes permite iluminar aspectos centrales de la argumentación jurídica (tales como el papel de la percepción, las emociones o el razonamiento jurídico de tipo especificatorio) que quedan velados en una mirada de la argumentación más concentrada en el producto que el agente. AMAYA, 2011: 135-142 (140).

30. Según la autora, el juez modélico sostiene que los datos sociales e históricos son relevantes y piensa que debe esforzarse para comprender todos los matices de la situación de los afectados.

31. En el sentido de trascender la identificación con las partes con las que empatiza. Sin embargo, en el sentido dado aquí al término, la separación, es parte constitutiva de la empatía, por lo que no haría falta trascenderla.

Como se ha ilustrado, el estudio de estos aspectos, desde el enfoque aquí propuesto, importa una comprensión interdisciplinaria del fenómeno de la decisión judicial. Las respuestas no pueden ser, entonces, sino provisionales, por cuanto hay mucho por profundizar en la materia desde todos los campos científicos involucrados. Sin embargo, desde el acotado propósito del presente, se pueden dejar establecidas algunas líneas de fuga, que como se dijo, seguramente sean abordadas en ulteriores trabajos.

Se muestra entonces como relevante, indagar respecto de qué emociones en concreto podrían verse involucradas en el proceso de decisión. Este estudio no puede hacerse en abstracto. Seguramente requiera una conexión entre emociones y materias a decidir, pues parece plausible pensar que aquéllas podrían variar según se trate de casos de migrantes, determinación del interés superior del niño o casos de objeción de conciencia, por poner algunos ejemplos.

También parece razonable afirmar que estas cuestiones debieran ser acompañadas por algún tipo de prueba empírica. Ello a fin de verificar algunas de estas afirmaciones, es decir, si los jueces efectivamente tienen conciencia sobre la presencia de las emociones en el juicio y su incidencia sobre la imparcialidad o cómo manejan la empatía o la simpatía al decidir. Los resultados de estos estudios podrían incidir, como se ha dicho, en la formación de los jueces para el desarrollo de habilidades empáticas. Fomentando de esta manera su mayor autoconocimiento y, así también, favoreciendo su modulación emocional. Esto redundará, en la incorporación de una dimensión sensible que, lejos de minimizar el tecnicismo necesario para la labor de los juristas, le aporte una riqueza necesaria.

En este último sentido, se debe explorar con mayor detenimiento la conexión entre las emociones y las virtudes, para poder establecer un estándar normativo de exigencia de conducta. Se ha expuesto cuál es el funcionamiento de la empatía por cuanto esto puede servir para clarificar el modo en que la misma se vincula con la imparcialidad. De esta manera, se puede volver sobre la importancia de las virtudes judiciales, pero atribuyendo a éstas últimas una dimensión que podría conectarse con una formación más específica para los candidatos a la magistratura. Por último, y a partir del estudio de los sesgos cognitivos y su relación con la empatía, se podría explorar la importancia de lograr una composición plural de los órganos jurisdiccionales, asegurando la diversidad de puntos de vista, orígenes y formación.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACIJ, 2013, «VILLA INFLAMABLE. DONDE COMENZÓ EL CASO “MENDOZA” LOS DERECHOS SIGUEN ESPERANDO», Informe presentado ante la Corte Suprema, disponible en: <https://acij.org.ar/villa-inflamable-donde-comenzo-el-caso-mendoza-los-derechos-siguen-esperando/>
- AMAYA, A., 2011: «Virtudes, argumentación y ética judicial», *Diánoia*, vol. LVI, N.º67: 135-142;
- ANDRÉS SANTOS, F., 2001: «Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX», *Minerva: Revista de filología clásica*, N.º 15: 281-302;

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Traducción Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985;
- ATIENZA, M. – RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.º edición, Ariel Derecho, Barcelona;
- ATIENZA, M., 2001-a: «Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México;
- ATIENZA, M., 2001 b: «Ética judicial», *Jueces para la democracia*, N.º 40: 17-18;
- ATIENZA, M., 2004: *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá;
- ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, 1.º Edición, Barcelona;
- BAL PM, VELTKAMP M (2013), «How Does Fiction Reading Influence Empathy? An Experimental Investigation on the Role of Emotional Transportation». *PLoS ONE* 2013, 8(1): e55341. doi:10.1371/journal.pone.0055341;
- BANDES, S., 2009: «Empathetic judging and the rule of law», *Cardozo Law Review De Novo*:133;
- BOYD-EPSTEIN & MARTIN, 2010: «Untangling the Causal Effects of Sex on Judging», *American Journal of Political Science*, Vol. 54, Issue 2: 389-411;
- BRUNSTEINS, P., 2018: «Empathy and vicarious experience. Congruence or identical emotion?», *Philosophies*: 3,6;
- CALHOUN, CH. – SOLOMON, R., 1989: *¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica*, Fondo de Cultura Económica;
- CASACUBERTA, D., 2000: *Qué es una emoción*, Crítica, Barcelona;
- CHISMAR, D., 1988: «Empathy and sympathy: The important difference», *The Journal of Value Inquiry*, 22:257-266;
- COLBY, TH., 2012: «In defense of judicial empathy», *Minnesota Law Review*: 96:1944,
- CUFF *et al.*, 2016: «Empathy: A review of the concept», *Emotion Review*, Vol. 8, N.º 2: 144-153;
- DAMASIO, A., 2009: *El error de Descartes*, Crítica, Barcelona;
- DAVIS, M., 1996: *Empathy: A social, psychological approach*, Routledge;
- DECETY, J. – JACSON, PH., 2004: «The functional architecture of human empathy», *Behavioral and Cognitive Neuroscience Reviews*: 71-100;
- DECETY, JEAN, 2011: «The neuroevolution of empathy», *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1231: 35-45;
- DEIGH, J., 2011: «Empathy, Justice and Jurisprudence», *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 49, Spindel;
- ELSTER, J., 2002: *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Paidós, España;
- FULLER, L., 1978: «The forms and limits of adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 92, N.º 2: 353-409;
- GLYNN, A. – SEN, M., 2015: «Identifying judicial empathy: Does having daughters cause judges to rule for women's issues?», *American Journal of Political Science*, 59 (1): 37-54;
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2009: *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid;
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2020: *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, Palestra, Lima;
- GRIFFIN, D. W. – DUNNING, D. – ROSS, L., 1990: «The role of construal processes in overconfident predictions about the self and others», *Journal of Personality and Social Psychology*, 59: 1128-1139;
- IACOBONI, M., 2009: *Las neuronas espejo. Empatía, neuropolítica, autismo, imitación o de cómo entendemos a los otros*, Katz editores, Buenos Aires –Madrid;

- KRONMAN, A., 1986: «Practical wisdom and professional character», *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, Issue 1:203-234;
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press;
- MACINTYRE, A., 1987: *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona;
- MILLER, D., 2010: «Iqbal and Empathy», *UMKC Law Review*, Vol 78 (4): 999-1013;
- MINOW, M. 1988: «Passion for Justice», 10 *Cardozo Law Review*, 37: 37-76;
- NUSSBAUM, M., 1997: *Justicia poética*, Editorial Andrés Bello, Chile;
- POLANYI, M., 2009: *The logic of liberty. Reflections and rejoinders* versión en español disponible: *La Lógica de la libertad. Reflexiones y réplicas*, Katz editores, Madrid;
- RABINOWITCH, T.– CROSS, I. – BURNARD, P., 2012: «Long-term musical group interaction has a positive influence on empathy in children», *Psychology of Music* 41(4): 484-498.
- REIK, TH., 1949: *Character analysis*, Farrar, Strauss & Giroux, New York;
- RIESS, H., 2017: «The science of empathy», *Journal of Patient Experience*, 4 (2): 74-77;
- RIZZOLATTI, G. – SINIGAGLIA, C., 2006: *Las neuronas espejo. Los mecanismos de la empatía emocional*, Paidós, Barcelona;
- SAMAMÉ, L., 2016: «Justicia y Empatía: Dificultades y Propuestas», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas*, Vol. 18: 1-12;
- SINGER, T. – LAMM, C., 2009: «The social neuroscience of empathy», *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 1156: 81-96;
- SINGER, T. – SEYMOUR, B. – O'DOHERTY, J. – STEPHAN, K. – DOLAN, R. – FRITH, CH., 2006: «Empathic neural responses are modulated by the perceived fairness of others», *Nature*, 439:466-469;
- STRAYER, J. – EISENBERG, N., 1990: *Empathy viewed in context*, in *Empathy and its development*, Cambridge University Press;
- UCÍN, M. C., 2019: «Fundamentos teóricos de la participación ciudadana en los tribunales: Una mirada a los casos de Interés Público», *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni 2019-1: 423-444;
- UCÍN, M.C., 2018: «La trama policéntrica del Litigio de Interés Público», *Análisis de las bases para la reforma Procesal Civil y Comercial*, Rojas, Jorge (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni;
- VAN BOVEN, L. & LOEWENSTEIN, G., 2003: «Social projection of transient drive states», *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29: 1159-1168;
- WIND, E., 1963: *Art and anarchy*, Faber&Faber, London;
- WISPÉ, LAUREN, 1986: «The distinction between sympathy and empathy: To call forth a concept, a word is needed», *Journal of Personality and Social Psychology*, 50: 314-321.

