



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

Universidad Externado de Colombia

Saenz, M. Jimena

Reconsiderando la empatía en el movimiento "Derecho y Literatura"\*\*\*-\*\*\*

Revista Derecho del Estado, núm. 43, 2019, Mayo-Agosto, pp. 351-372

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.13>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337660349013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

redalyc.org  
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Reconsiderando la empatía en el movimiento “Derecho y Literatura”\*\*\*\*

## Reconsidering empathy in the “Law and Literature” movement

### RESUMEN

Durante la última década, la discusión sobre el valor de la empatía en el derecho y la filosofía ha cobrado una visibilidad creciente. Desde sus inicios a comienzos de la década de 1970, el movimiento “Derecho y Literatura” ha estado asociado a la introducción de la empatía en el derecho y, a la vez, la empatía ha sido uno de los focos de discusión más intensos dentro de las múltiples voces que integraron el movimiento. En ese marco, este trabajo se ocupa de reconsiderar la caracterización y el rol de la empatía en el seno del movimiento “Derecho y Literatura” como un sitio de privilegio para revisar la fuerza, las pretensiones y los efectos del argumento que pretende reivindicar a la empatía en el derecho y la vida pública; así como también para revisar las críticas de distinto tenor que enfrenta.

### PALABRAS CLAVE

Empatía, derecho, literatura, emociones, crítica.

### ABSTRACT

In the last decade, empathy has gained a prominent place in law and philosophy. Since its beginnings in the 1970s, the “Law and Literature” movement

\* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Becaria posdoctoral CONICET-UNLP y profesora de Derecho Constitucional (UNLP) y Teoría del Derecho (UBA) (La Plata, Argentina). Contacto: [mjimenasaenz@hotmail.com](mailto:mjimenasaenz@hotmail.com)

ORCID ID: 0000-0002-6954-372X

\*\* Recibido el 1.º de enero de 2018, aprobado el 15 de noviembre de 2018.

Para citar el artículo: SÁENZ, M. J. *Reconsiderando la empatía en el movimiento “Derecho y Literatura”*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 43, mayo-agosto de 2019, 351-372.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.13>

\*\*\* Una versión reducida de este trabajo fue presentada en las Jornadas de Teoría Crítica en marzo de 2018, en la Universidad de Buenos Aires.

was associated with the consideration of the value of empathy in the world of the law but also, empathy was a highly contested terrain within the different voices of the movement. In this context, the paper reconsiders the role and characterization of empathy in the “Law and Literature” movement as a privilege site to calibrate the strength, pretensions and the effects of the “empathy argument”; and also to reexamine its critical points.

#### KEYWORDS

Empathy, Law, Literature, Emotions, Critique.

#### SUMARIO

Introducción. 1. La carrera intermitente de la empatía en el movimiento “Derecho y Literatura”. 2. El argumento empático y sus críticos. 2.1. La dimensión estética: empatía y “crítica de la sospecha”. 2.2. La dimensión política: agón y afectos relacionales. 2.3. La “empatía legal”: emociones y juicio. Conclusiones. Referencias.

#### INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la empatía, las emociones y disposiciones afectivas asociadas a ella –la compasión, la simpatía, la receptividad, el amor, *i.a.*–se han convertido en un espacio de indagación de creciente visibilidad en el ámbito del derecho y la filosofía. En el debate político contemporáneo, la empatía se ha tornado uno de los puntos centrales de discusión sobre el rol y perfil del juez. Así por ejemplo, en 2009, con ocasión de la selección de candidatos para la Suprema Corte de Justicia norteamericana, el presidente Obama señaló que la “cualidad de la empatía, entendimiento e identificación con las esperanzas y luchas de las personas, [es] un ingrediente esencial para arribar a decisiones y resultados justos”<sup>1</sup>. En el contexto de la filosofía moral angloamericana, desde la vuelta de varios filósofos a la “ética de la virtud” como alternativa a las vertientes dominantes del deontologismo y el utilitarismo, la consideración del valor de las emociones y la empatía fue uno de los puntos que sirvieron para señalar las flaquezas de aquellas<sup>2</sup>; y en el ámbito de la filosofía del derecho, la “jurisprudencia de las virtudes” también hizo de las emociones empáticas la base para la justicia y una de las virtudes

1 Declaraciones de Barack Obama luego de la renuncia de David Souter el 1 de mayo de 2009. [En línea]. Disponibles en: [www.nytimes.com/2009/05/01/us/politics/01souter.text.html](http://www.nytimes.com/2009/05/01/us/politics/01souter.text.html)

2 NUSSBAUM, M. *La ética de la virtud: una categoría equívoca*. En *Areté. Revista de Filosofía*. Vol. xi, n.º 1-2, 1999, 573-613.

judiciales centrales<sup>3</sup>. La llamada “ética del cuidado” y el énfasis que puso en las relaciones interpersonales, más que en el establecimiento de límites entre sujetos autónomos, en el “otro concreto”, más que en la generalidad y la abstracción, también situó a la empatía como ingrediente esencial de la deliberación moral; y diversas posiciones del feminismo jurídico se valieron de la empatía para presionar por la inclusión de la experiencia de las mujeres en el derecho<sup>4</sup>. En todos estos ámbitos, la literatura ha ocupado un rol central, ya sea como forma de pensamiento sobre la empatía y sus límites, como “escuela de las emociones” o como una combinación de ambos<sup>5</sup>.

En ese contexto, este trabajo se ocupa del lugar y la tematización de la empatía en el seno del movimiento “Derecho y Literatura” como un sitio de privilegio para calibrar la fuerza, las pretensiones y los efectos del argumento que reclama por la inclusión de la empatía en el derecho (en adelante, el “argumento empático”); como también para revisar las críticas de distinto tenor que enfrenta. Allí, la empatía y las emociones humanizadoras asociadas a ella (la compasión, el amor, *i.a.*) han sido parte del impulso inicial del movimiento; pero también han sido uno de los focos de discusión más intensos entre las múltiples voces que integran el movimiento. En este sentido, se la consideró una forma de lectura literaria poco sofisticada basada en la identificación con los personajes o la historia, que proponía una política de dudosa ascendencia igualitaria y proactiva, y subvertía la imparcialidad requerida por el derecho. El objetivo del presente trabajo es reconstruir el “argumento empático” en el contexto del movimiento “Derecho y Literatura” de manera multidimensional, a fin de aclarar los puntos de discusión y recuperar los aspectos valiosos de la empatía. En ese marco, la primera sección analiza la carrera intermitente de la empatía en el trayecto intelectual del movimiento: lejos de ser un planteo

3 Sobre este punto, véase AMAYA, A. *Virtudes y filosofía del derecho*. En FABRA ZAMORA, J. L. y SPECTOR, E. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. 3. México: UNAM, 2015, 1758-1810; SLOTE, M. *Empathy, Law, and Justice*. En AMAYA, A. y HO, H. L., *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013, 279-392; y HOFFMAN, M. *Empathy, Justice and the Law*. En COPLAN, A. y GOLDIE, P. (eds.), *Empathy Philosophical and Psychological Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2011, 230-254.

4 GILLIGAN, C. *In a Different Voice*. Cambridge: Harvard University Press, 1982; y WEST, R. *Economic Man and Literary Women: One Contrast*. En *Merger Law Review*. Vol. 39, 1988, 867-878.

5 En este sentido, varios de los ejemplos y casos de exploración de Carol Gilligan están tomados de la literatura; los diversos trabajos enmarcados en el espacio amplio de la “ética de la virtud” corresponden también a autores involucrados con la discusión sobre las relaciones entre ética y literatura (*i.e.*, Martha Nussbaum, Bernard Williams); y podría rastrearse un antecedente de la polémica sobre la empatía y la justicia en la nominación de Sonia Sotomayor a los dichos de Steven Breyer en su audiencia de confirmación más de diez años antes, sobre las historias literarias: “cada una de estas historias involucra algo sobre la pasión humana. Cada una de ellas involucra las vidas particulares de hombres, mujeres, niños [...] Entonces, por momentos he encontrado en la literatura una vía útil para salir de la torre” (audiencia de confirmación, 13 de julio de 1994).

fuerte y uniforme, su aparición siempre encontró resistencias y reformulaciones. La segunda sección despliega una lectura del “argumento empático” multidimensional y compleja, alejándolo de la forma lineal en que usualmente aparece –la literatura cultiva empatía, la empatía motiva la acción pro-social o igualitaria y contribuye a generar juicios justos– para destacar el desafío que presenta en sus dimensiones estéticas, políticas y legales.

#### 1. LA CARRERA INTERMITENTE DE LA EMPATÍA EN EL MOVIMIENTO “DERECHO Y LITERATURA”

Desde sus inicios, el movimiento “Derecho y Literatura” que se institucionalizó en la década de 1970 en la academia norteamericana estuvo asociado a la inclusión de las emociones y, sobre todo, de la empatía en el mundo del derecho. El planteamiento apareció fuertemente durante los primeros años del trayecto intelectual del movimiento o durante lo que puede considerarse un primer período “humanista”, que transcurre durante los años setenta y llega a su clímax con la fundación del Law and Humanities Institute (1978), presidido inicialmente por Richard Weisberg. Su declive se presentaría en los primeros años ochenta, cuando el movimiento se volvió “hermenéutico”, se volcó casi exclusivamente a la “Alta Teoría” literaria y se vinculó al movimiento de los Estudios Críticos del Derecho. Si, en el primer momento “humanista”, la introducción de la literatura y las emociones empáticas pretendía funcionar como una plataforma crítica del derecho, durante los años ochenta cambió el paradigma crítico del movimiento, que se desvinculó de las emociones humanizadoras y empáticas. En parte, este trayecto y este cambio pueden entenderse a la luz de: el cuestionamiento del humanismo en el ámbito de los estudios literarios, que transformaba a la empatía en foco de sospecha; el distanciamiento de la relación con la literatura, hacia esquemas de mayor abstracción y escala más amplia de la teoría que dejaban atrás al particularismo asociado a la empatía; y el desplazamiento de las obras literarias mismas y el foco en la experiencia de lectura hacia la búsqueda de modelos de interpretación (o su desmitificación, desnudando sus problemas y aporías) altamente intelectualizados.

Tanto la vertiente liberal racionalista del momento hermenéutico que buscó en la teoría y la crítica literaria una instancia para reconstruir una teoría general de la interpretación<sup>6</sup>, como los estudios críticos que impugnaban

6 El caso más notorio de esta línea sobre la que impactó el movimiento “Derecho y Literatura” es el de Dworkin. En este sentido, el autor señala que “podemos mejorar nuestra comprensión del derecho comparando la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos de conocimiento, en particular, con la literatura. Pienso, además, que cuando se lo entienda mejor, el derecho contribuirá a una mayor comprensión acerca de qué es la interpretación en general” (DWORKIN, R. *En qué se parece el derecho a la literatura*. En *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo xxi Editores, 2012).

la abstracción de esos modelos de la pragmática y la política presente en la interpretación legal y anclaban ese cuestionamiento en la indeterminación del derecho, fueron hostiles hacia la empatía y la incorporación de emociones. En los primeros, las emociones figuran en oposición a la razón que funda la práctica del derecho, introducen reacciones irracionales o bien dosis de particularismo que llevan a concluir que “permitir que las pasiones jueguen un rol en los procesos decisarios [...] –aún si las pasiones son las más benéficas imaginables o incluso si su rol es modesto o parcial–es inconsistente con las normas mismas que gobiernan y legitiman el poder judicial y constituyen su mecanismo de disciplinamiento central: la imparcialidad y la obligación de justificar sus decisiones [...] sobre la base de razones”<sup>7</sup>.

Los estudios críticos del derecho tomaron impulso en la conferencia de 1977 en la que se intentó reunir “dos líneas de trabajo identificadas como críticas” que se encontraban relacionadas: una estaba interesada en exponer la brecha entre “el derecho en los libros” y “el derecho en acción”, enfatizando la falla en alcanzar los ideales que el derecho se proponía; otra tomaba al derecho en su dimensión ideológica, como “instrumento de dominación social, económica y política, tanto en el sentido de perseguir intereses dominantes concretos como de legitimar el orden existente”<sup>8</sup>. En ese contexto, las herramientas de la teoría literaria que fueron de especial interés son aquellas asociadas a la práctica crítica de la “hermenéutica de la sospecha”, “un estilo de interpretación que sigue un deseo de desmitificar, un rechazo a tomar las palabras por su valor aparente [...], una estrategia de excavar debajo de la superficie para exponer los significados ocluidos”<sup>9</sup>. Eve Sedwick llamó a este estilo de lectura “paranoica”, y la caracterizó como “anticipadora”, pues tiene una aversión a la sorpresa; una teoría fuerte que arriesga la tautología (*i.e.*, “si todo puede leerse en clave carcelaria, entonces la cárcel está en todos lados”), propicia los afectos negativos y profesa una fe en la exposición<sup>10</sup>. La crítica ideológica, de la “sospecha” o “paranoica” que proporcionó el

7 FISS, O. *Reason in all its Splendor*. En *Brooklin Law Review*. Vol. 56, 1990, 802. Nussbaum señala que Dworkin estaría también cerca de esta posición cuando argumenta contra Devlin: “admiro una gran parte del argumento de Dworkin, pero abarca demasiado al considerar toda emoción como ‘mera emoción’ y negar que las emociones, en y por sí mismas, puedan tener buenas razones, incluidas razones morales” (NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz, 2006, 18).

8 KELMAN, M. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, 297 n. 1.

9 FELSKI, R. *Suspicious Minds*. En *Poetics Today*. Vol. 32, n.º 2, 2011, 216. El rótulo de “hermenéutica de la sospecha” está tomado del nombre que le dio Ricoeur a un tipo de actitud crítica dedicada a la desmitificación, a “desenmascarar [...] las falsedades e ilusiones de la conciencia” (RICOEUR, P. *Freud and Philosophy: An Essay on Interpretation*. New Haven: Yale University Press, 1970, 356).

10 SEDWICK, E. *Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You’re so Paranoid, You Probably Think this Essay is about You*. En *Touching Feelings*. Durham: Duke University Press, 2003, 130-135.

repertorio dominante de movimientos en las primeras etapas de los estudios críticos del derecho<sup>11</sup> desconfiaba también de las emociones y, sobre todo, de las emociones empáticas. Las emociones eran, por un lado, el terreno de las “apariencias”, de los lectores comunes atrapados en la ideología de los que la figura fuerte del crítico debía distinguirse. Eran parte de un modo de lectura *naïve* que había que superar; la crítica de la sospecha era un “imperativo” que excluía a la empatía y, en palabras de Sedwick, “teorizar algo distinto de la instancia crítica paranoica se volvía *naïve*, complaciente”<sup>12</sup>. Por otro lado, la empatía y el abanico de emociones y disposiciones afectivas asociadas a ella parecían demasiado blandas –“soft”– para la tarea de exponer y desmitificar un régimen de opresión: si la política era solamente “agón” (conflicto y dominación), los afectos, apegos y relaciones de las emociones empáticas quedaban necesariamente fuera de la política de la crítica<sup>13</sup>. Otra forma de enmarcar la caída de la empatía en este momento del movimiento está vinculada al tipo de literatura que jerarquizaba la teoría literaria de la que los críticos echaron mano, y al tipo de obras que Greta Olson señala que adoptaron los críticos británicos al otro lado del Atlántico<sup>14</sup>: ambos ponían en primer plano a la literatura modernista, descartando a la novela que había sido el foco del momento “humanista” del movimiento como una forma subalterna, demasiado ligada a la cotidianidad y a los lectores comunes. El interés de los críticos en las estructuras internas de los textos legales tradicionales –leyes, doctrina, sentencia– y en desnudar sus contradicciones y exclusiones los llevó directamente a emparejarse con el tipo de obras complejas, opacas que se montan sobre la exposición de su propia ficcionalidad y parecen no referirse a nada más que a ellas mismas o requerir solo un análisis formal interno que excluye los apegos y emociones de los lectores<sup>15</sup>.

11 Dejo fuera aquí que Duncan Kennedy, uno de los fundadores de los Estudios Críticos del Derecho, complejizó recientemente la relación entre la crítica y la “hermenéutica de la sospecha” atribuyéndole un carácter dominante en el pensamiento jurídico y diagnosticándola de manera semejante a Eve Sedwick (KENNEDY, D. *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*. En *Law and Critique*. Vol. 25, n.º 2, 2014). En parte porque el trabajo es reciente y no creo que caracterice el estilo de la crítica de sus primeros años; en parte porque el trabajo puede ser leído en conjunto con el replanteamiento de la crítica durante los últimos años.

12 SEDWICK. *Paranoid Reading and Reparative Reading*, cit.

13 En este puntoexisten por supuesto excepciones que quizás encuentren su mejor expresión en los escritos de Peter Gabel y Roberto Mangabeira Unger.

14 OLSON, G. *De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening Up the Story*. En *Law & Literature*. Vol. 22, 2, 2010.

15 La fuerza de la “falacia afectiva” de los críticos formalistas William Wimsatt y Monroe C. Beardsley es un índice de la expulsión de los afectos por la crítica moderna. Allí los autores argumentaban que leer los textos en función de sus efectos sobre los lectores llevaba a un impresionismo y relativismo incompatible con el método de lectura profesional, y proponían dejar de lado lo que la literatura hace para centrarse en lo que significa, y sobre todo, cómo lo hace, por medio de qué procedimientos técnicos (WIMSATT, W. y BEARDSLEY, M. *Affective Fallacy*. En

Durante los años noventa, y sobre todo luego del simposio “Legal Storytelling” en la Universidad de Michigan, que suele señalarse como el hito de inicio de un nuevo período<sup>16</sup>, se abre el momento “narrativo” en el movimiento “Derecho y Literatura”, momento en el que las emociones empáticas reaparecen en el panorama crítico. Impulsado fundamentalmente por los nuevos grupos que accedían al derecho y la academia, sectores del feminismo y la crítica de la raza buscaron nuevas formas de expresar las experiencias particulares de mujeres y negros en el derecho que quedaban invisibilizadas en el registro abstracto y generalizante de la teoría legal, a partir de las narraciones. Con este “giro narrativo”, el movimiento buscaba entonces varios objetivos relacionados. Por un lado, ampliar las comunidades interpretativas del derecho para incluir la capacidad “jurisgenética” de aquellos que se encontraban en los márgenes<sup>17</sup>. Para “dar voz” y elevar los reclamos de quienes estaban excluidos eran necesarias nuevas formas y estilos de escritura, y la forma más fluida, vívida y cercana a la experiencia de las narraciones parecía más adecuada que el discurso proposicional y abstracto de la teoría y la argumentación jurídica tradicional<sup>18</sup>. Por otro lado, las narraciones no solo proveían una forma o un estilo más adecuado a la experiencia de los “otros” para introducirla al mundo del derecho, también tendían a cuestionar la forma misma en la que estaba construido ese mundo. Así, según Elaine Scarry, las narrativas oponían “la particularidad o singularidad de una historia a una forma de discurso [...] que es expansiva, incluso universal”; “la narración es más cercana a la experiencia concreta, vívida y corporizada que el pensamiento abstracto y vaciado de contenido material”; y finalmente, “las narraciones interpelan nuestra capacidad para la empatía y la emoción, frente a la alternativa que descansa en un tipo de argumentación racional estrecha”<sup>19</sup>. Las narraciones, entonces, planteaban un contrapunto: i) con el lugar de privilegio que ocupaban la teoría y la generalidad en el pensamiento jurídico, siendo en este punto un reclamo por “la experiencia”<sup>20</sup> y una

*The Verbal Icon: Studies in the Meaning of Poetry*. Lexington: University of Kentucky Press, 1954).

16 El simposio fue publicado en un número especial de la revista de la escuela de derecho de esa universidad (*Michigan Law Review*. Vol. 87, n.º 8, 1989).

17 COVER, R. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.

18 En palabras de Milner Ball, las narrativas “atraen la atención hacia las experiencias cotidianas de las personas reales, que una excesiva y exclusiva confianza en la teoría y la abstracción han sacado de la vista [...] y que pueden cambiar las formas que tenemos de ver, hablar y actuar” (BALL, M. *The Legal Academy and Minority Scholars*. En *Harvard Law Review*. Vol. 103, 1990, 1858 y 1860).

19 SCARRY, E. *Speech Acts in Criminal Cases*. En BROOKS, P. y GEWIRTZ, P. (eds.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*. New Haven: Yale University Press, 1996, 165.

20 En este sentido, Steven Camiss señala que “historias y narrativas eran realmente usadas como un proxy para la ‘experiencia’, lo que estos estudios [narrativos del derecho] sugerían es que comprender la experiencia de otros mejoraría el derecho” (CAMISS, S. *Stories in Law*:

“llamada al contexto<sup>21</sup>; ii) con la demarcación de límites en la comunidad de intérpretes y voces autorizadas para producir derecho, y en este sentido eran una forma de elevar los reclamos de los otros excluidos<sup>22</sup>; iii) con las formas de concebir la racionalidad y consiguientemente la agencia, y en este sentido eran también un planteo por reducir la fuerza de nuestros propios reclamos y esquemas, un planteo por la empatía y las emociones.

Con el cambio de milenio, el movimiento expandió el ámbito de sus preocupaciones y amplió el abanico de miradas, llegando a adoptar denominaciones más amplias, como aquella que daba título a la primera reunión del grupo de trabajo “Derecho, Cultura y Humanidades” en Georgetown (1998), y que ya se insinuaba en una de las publicaciones específicas que se crearon a fines de los años ochenta: el *Yale Journal of Law and the Humanities* (1988). Este momento puede ser identificado como un giro hacia los “Estudios culturales” que se desplaza nuevamente de las obras literarias hacia el terreno más amplio de la “cultura”: “las obras literarias no son ya el objeto primario de análisis sino una fuente para entender un problema histórico o cultural más amplio”<sup>23</sup>. En este marco, las emociones empáticas, atadas a escalas menores, a las relaciones de interdependencia entre los seres humanos y a la particularidad de la experiencia, caen nuevamente bajo sospecha. Si bien los estudios culturales giraron la mirada hacia zonas “ordinarias” por las que circula, se produce y se consume el derecho, volviendo interesantes para la mirada jurídica objetos y espacios antes desechados (p. ej., circulación y producción del derecho “en la vida cotidiana”, películas y series de televisión), y esas zonas ordinarias han estado usualmente asociadas al terreno de la empatía y las emociones –así como al consumo de arte popular–, la revalorización de las dimensiones y espacios cotidianos del derecho se mantuvo en un registro excluyente de alerta y de sospecha. Paul Schiff Berman, en uno de los volúmenes dedicados al “estudio cultural del derecho”, destacó la presencia sobredimensionada de “narrativas escépticas” basadas en la “hermenéutica de la sospecha” en los estudios culturales y socio-legales del derecho. A sus ojos, el “desplazamiento [...] fuera de una agenda reformista inspirada en el realismo legal, hacia un foco en el derecho como una fuerza ubicua e inescapable de definición de relaciones sociales, puede ser visto como una elaboración de la hermenéutica de la sospecha” que, más allá de su productividad, por la fuerza imperativa

21 *Providing Space for ‘Oppositionists’?* En FREEMAN, M. y SMITH, F. (eds.), *Law and Language*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 222).

22 MASSARO, T. *Empathy, Legal Storytelling, and the Rule of Law: New Words, Old Wounds?* En *Michigan Law Review*. Vol. 87, 1989.

23 DELGADO, R. *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*. En *Michigan Law Review*. Vol. 87, No. 8, “Legal Storytelling”, 1989.

24 SARAT, A. *From Charisma to Routinization and Beyond: Speculations on the Future of the Study of Law and Literature*. En ANKER, E. y MEYLER, B., *New Directions in Law and Literature*. New York: Oxford University Press, 2017, 63.

que asumió en los estudios culturales, impide ver alternativas, suprime a la empatía, tiende a situar al crítico “en una posición de superioridad respecto de quienes son su objeto de estudio”, y finalmente puede resultar pragmáticamente inconducente para modificar el *status quo*<sup>24</sup>.

Esta reconstrucción de la carrera intermitente de la empatía en el movimiento “Derecho y Literatura” muestra que el argumento empático, lejos de ser monolíticamente aceptado, siempre encontró resistencias. Este argumento tampoco se presentó a lo largo de la trayectoria del movimiento de manera conceptualmente estable o funcionando para los mismos fines. La empatía apareció sostenida con fuerza en algunas líneas y momentos del desarrollo del movimiento, y fue fuertemente criticada en otros; y en aquellos en que estuvo presente fue asociada a reclamos con matices diferenciales. Durante los momentos “humanista” y “narrativo” de los años setenta y noventa, la empatía apareció vinculada primero a una disposición capaz de enfrentar el formalismo economicista al que se oponía el movimiento en sus inicios y de dar una imagen de humanidad diferente a la unidad de análisis de los estudios económicos; luego, apareció vinculada a la introducción de las perspectivas de aquellos que quedaban fuera del mundo del derecho y circulaban en los márgenes sociales. Ambos momentos desconfiaban de las teorías de amplio alcance y altos grados de abstracción: los llamados “humanistas” cuestionaban la sobresimplificación del mundo que el excesivo orden y generalidad de la teoría –sobre todo aquella de base económica– imponía a costa de la particularidad de la experiencia humana; quienes impulsaban las narraciones pretendían multiplicar los puntos de vista que se veían desplazados por la pretensión de abstracción y denunciaban cómo esta escondía sesgos de clase, raza, género. Ambos mantenían una relación cercana con la vida ordinaria y los “lectores comunes”, y ambos privilegiaron en este sentido formas literarias también cercanas a lo “común”: la novela, las formas narrativas. La supresión de la empatía coincidió en cambio con los períodos fuertemente teóricos del movimiento –los llamados “momento hermenéutico” y de los “Estudios culturales”–, que de hecho desplazaron a las obras literarias como contrapunto del derecho para dirigirse a alguna forma de traducción, importación o traslación de “Alta Teoría” literaria. Desde ese punto de vista, tanto las obras literarias narrativas (la novela, las narraciones) como la empatía aparecían demasiado atadas a lo particular, descendían demasiado hacia lo común como para proporcionar distancia crítica, y en este sentido ambas fueron rotuladas de escasa sofisticación, *naïvité* o debilidad política crítica. El paradigma racional liberal tradujo esa falta de distancia de la empatía y las emociones como un obstáculo para la imparcialidad en el juicio que era

24 SCHIFF BERMAN, P. *Telling a Less Suspicious Story: Notes Towrds a Non-Skeptical Approach to Legal/Cultural Analysis*. En SARAT, A. y SIMON, J. (eds.), *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism*. Durham: Duke University Press, 2003.

la base de la práctica jurídica. El paradigma crítico, por su parte, privilegió en gran parte el discurso de la “hermenéutica de la sospecha” que excluía de la crítica política a las emociones y disposiciones emocionales “humanizadoras”, desplazó a los micro espacios relationales entre las personas para centrarse en las macro estructuras políticas y tiñó a la vida ordinaria, indefectiblemente, de ideología.

## 2. EL ARGUMENTO EMPÁTICO Y SUS CRÍTICOS

Las tensiones que presenta la empatía en el movimiento también sugieren que lo que usualmente se lee como un argumento lineal que plantea que la literatura cultiva la empatía y la empatía motiva la acción proactiva e igualitaria así como provee un ingrediente esencial para el juicio, involucra planteos en niveles diferenciables aunque interrelacionados. En este sentido, las críticas que ha recibido pueden distinguirse en tres grupos que complican cada uno de esos segmentos. En primer lugar, se presenta una objeción estética que deja a la respuesta empática fuera de la sofisticación teórica y el ímpetu crítico que la literatura encarna, para ofrecer solo un modo de lectura *naïve* y simplista que “usa” a la literatura sacándola fuera de la esfera estética que le es natural. En segundo lugar, puede distinguirse una objeción política que duda del vínculo entre la empatía y la acción igualitaria, así como de la fuerza en la esfera pública de una disposición asociada a la esfera privada de la lectura. Finalmente, aparece una objeción “legal”, vinculada con la posibilidad de que la empatía nuble el juicio imparcial. La distinción de esos tres grupos de objeciones permite a la vez reconstruir el argumento empático de manera multidimensional, incluyendo entonces niveles estéticos, políticos y legales que iluminan los desafíos que presenta la introducción de la empatía.

### 2.1. *La dimensión estética: empatía y “crítica de la sospecha”*

El planteo “humanista” –que reivindicaba a las obras literarias en función de que la lectura proporciona una experiencia empática, que ejercita “el reconocimiento de que existen otros puntos de vista”<sup>25</sup>, y tiene la “capacidad de transportarnos, mientras seguimos siendo nosotros mismos, a la vida de otro”, o de hacernos “participar imaginativamente en la vida de otro y tener emociones relacionadas con esa participación”<sup>26</sup>– fue desplazado en el movimiento, durante la década de 1980 y luego nuevamente a finales de los

25 SCARRY, E. *Poetry, Injury, and the Ethics of Reading*. En BROOKS, P. y JEWETT, H., *The Humanities and Public Life*. New York: Fordham University Press, 2014, 42; y *Responses and Discussion*, ibíd.

26 NUSSBAUM, M. *El cultivo de la humanidad*. Barcelona: Paidós, 2005, 147; y *Justicia poética*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997, 18.

noventa, por una localización del valor de la literatura diferente, que guiaba también la atención hacia materiales “literarios” distintos.

El interés por la interpretación como empresa altamente intelectualizada y la centralidad de la teorización del poder durante los momentos hermenéutico y de los estudios culturales, respectivamente, llevó al movimiento a localizar el valor de la literatura en tanto tal –en su dimensión estética– en su poder crítico. A la vez, el material identificado como literario que fue el centro de atención durante estos momentos que desplazaron a la empatía era centralmente la “Alta Teoría” literaria: diversos marcos y herramientas de lectura sofisticados que se mantenían en el registro del crítico, el lector profesional. La novela y las narraciones, que habían sido la “literatura” que privilegiaban los humanistas y narrativistas de los años noventa, no solo quedaron fuera del ámbito de interés sino que también se transformaron en un punto de crítica por mantenerse cerca del registro ordinario de lectura –la novela estuvo desde sus inicios ligada a la ampliación del público lector más allá de las élites–, y cerca también de la vida cotidiana y de lo común –la novela tematizaba la vida cotidiana, no de héroes, reyes o príncipes, sino de los hombres y mujeres “comunes”–.

Desde el punto de vista de la teoría, entonces, el valor de la literatura para el derecho solo podía medirse según la métrica de la “criticalidad”, y esta se vinculaba exclusivamente a las complejas formas literarias y a los modos internos de funcionamiento de los textos. La “crítica” se refería a la actividad de desvelamiento de las estructuras de poder subyacentes bajo la superficie de los textos, se componía de operaciones intelectuales que tenían el objetivo de dejar atrás el involucramiento emocional o afectivo, y mantenía una posición epistemológica de “sospecha” o alerta frente a los engaños a los que inducía el acercamiento ordinario a las obras. La empatía, en este marco, era, por un lado, una forma de “lectura ordinaria” de la que la posición del crítico debía distanciarse; una lectura “pre-crítica”, “pre-barthesiana”, *naïve*, una forma de acercamiento a las obras asociada a “la más primitiva de las respuestas lectoras: la identificación con los personajes”<sup>27</sup>. Por otro lado, la empatía aparecía fuera del ámbito literario o estético, y por tanto el argumento empático en relación con el valor de la literatura se presentaba como una forma de “uso” que destruía el valor que pretendía poner de relieve.

A pesar de su expulsión de los ámbitos críticos profesionales, la empatía permanece como uno de los motivos principales para leer entre los lectores comunes “fuera de la disciplina”, e incluso como “el centro de la experiencia literaria misma”<sup>28</sup>. En este punto, el énfasis en la teoría como marco de refe-

27 HARPHAM, G. *The Character of Criticism*. New York: Routledge, 2006, 61.

28 SCARRY. *Poetry, Injury, and the Ethics of Reading*, cit., 68; MOI, T. *The Revolution of the Ordinary*. Chicago: University of Chicago Press, 2017, 215. El relevamiento empírico de Suzanne Keen entre grupos de lectores también registra ampliamente la presencia de la empatía

rencia de las lecturas correctas y la posición epistemológica de “sospecha” que priorizaba, parecen dejar completamente fuera del campo de la teorización a la lectura ordinaria y los motivos que nos hacen leer y nos llevan hacia la literatura; y con esta expulsión que subalterniza la respuesta empática como indefectiblemente simplista y *naïve*, presenta contradicciones entre la posición epistemológica y la sensibilidad igualitaria que inspira a este tipo de crítica. Ver más de cerca estos dos problemas nos dará razones para no descartar a la empatía tan rápidamente del campo de teorización ni tampoco de la potencia crítica, y permitirá leer los aspectos valiosos que la empatía puede reintroducir allí.

La tajante división que la “crítica de la sospecha” plantea entre la “lectura crítica” profesional y aquella “primitiva” o *naïve* en la que están sumergidos los lectores ordinarios que se identifican con las obras o leen empáticamente puede ser más borrosa de lo que se supondría. En este sentido, el crítico literario Wayne Booth señaló que aunque “[p]or más de un siglo se nos ha exhortado a resistirnos a la identificación con las obras de arte [...] [L]o que olvidan tales advertencias es que incluso cuando nos resistimos a una historia, incluso cuando la consideramos desapasionadamente, nos introduce ‘en los pensamientos de otro’, a menos que simplemente dejemos de escucharla”<sup>29</sup>. La empatía y la identificación no parecen entonces tan separadas de la lectura crítica profesional, e incluso aparecen en los orígenes de estas lecturas. En un sentido semejante, el crítico literario Levine señalaba en su introducción a una compilación de trabajos dedicados a reexaminar el rumbo del campo literario durante los años noventa:

... comienzo por lo que para varios lectores de este libro quizás haya sido el comienzo: todos los que se dedican a la literatura han tenido experiencias extraordinarias leyendo novelas. Esos momentos los llevaron a empezar carreras en las letras o la crítica en donde la fuerza física de esos momentos de involucramiento fue desplazada por estrategias profesionales de análisis que niegan los afectos, de desmitificación o contextualización<sup>30</sup>.

Bajo esta luz, si la empatía y la identificación con los personajes no son necesariamente simplistas ni están necesariamente fuera de la esfera de la experiencia estética, su exclusión del ámbito teórico y crítico probablemente se deba más a los límites de los marcos teóricos de la crítica de la sospecha que a debilidades inherentes a la empatía como respuesta estética. Esos límites, a su vez, pueden ser vinculados a contradicciones internas en este tipo

como una de las razones para la lectura entre diversos grupos de personas, así como su lugar de privilegio dentro de los motivos que los llevan a leer (2007).

29 BOOTH, W. *Las compañías que elegimos. Una ética de la ficción*. México: FCE, 2005, 143.

30 LEVINE, G. *Reclaiming the Aesthetics*. En LEVINE, G. (ed.), *Aesthetics and Ideology*. New Jersey: Rutgers University Press, 1994, 4.

de crítica entre sus aspiraciones igualitarias –desvelar los funcionamientos del poder detrás de textos y prácticas se alinea en general con la defensa de intereses postergados y subalternos– y la posición epistemológica del crítico. En términos del crítico literario Terry Eagleton, “las jerarquías pueden desvelarse en las obras literarias, pero permanecen firmes en la relación entre el crítico y las obras”<sup>31</sup>; o, como señala Paul Schiff Berman en el ámbito del derecho, “la hermenéutica de la sospecha tiende a situar al observador en una posición de superioridad con respecto a la de sus objetos de estudio [...], el crítico escéptico tiende a señalar lo que ‘realmente está ocurriendo’ en una práctica social, y que usualmente no es registrado o entendido por quienes participan en ella”, de manera que sus puntos de vista se tornan superfluos, inconducentes o engañosos<sup>32</sup>. En este marco, volver a considerar la empatía, enfrentar los modos de lectura ordinarios que se encuentran también en el corazón de las lecturas profesionales, en vez de mirar a través o por sobre ellos, puede abrir nuevas preguntas teóricas vinculadas a la articulación del valor positivo de la literatura y a los motivos que nos acercan a ella, así como tender un puente entre las lecturas críticas profesionales y aquellas que se encuentran en el mundo ordinario de la lectura.

## 2.2. La dimensión política: agón y afectos relacionales

Otra gama de preocupaciones que despierta la empatía está vinculada a la política de la empatía, si esa política es igualitaria y si realmente puede pensarse un vínculo entre la esfera privada de lectura y la esfera pública de la acción política. Ambas ponen de relieve los desacuerdos conceptuales sobre la estructura de la empatía y las emociones humanizadoras, lo que podría llamarse su “política interna”; y por otro lado, en relación a la “política externa” de la empatía –pragmática o empírica–, desacuerdos más amplios sobre el ámbito y las dimensiones de la política.

Si para los recuentos humanistas y del momento narrativo del movimiento la empatía, la simpatía y la compasión son disposiciones o emociones con un fuerte contenido igualitario que permite reconocer en el otro una humanidad común y forjar un vínculo que mantiene una “atención doble” –la imaginación sobre el lugar del otro y la conciencia de que no se está en su lugar<sup>33</sup>– que desestabiliza el propio ámbito de interés y mantiene a los esquemas de entendimiento del yo abiertos al encuentro de un modo de existencia diferente<sup>34</sup>, los

31 EAGLETON, T. *Not Just Anybody*. En *London Review of Books*. Vol. 39, n.º 1, 2017.

32 SCHIFF BERMAN. *Telling a Less Suspicious Story: Notes towards a Non-Skeptical Approach to Legal/Cultural Analysis*, cit., 124.

33 NUSBAUM, M. *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós, 2008, 366.

34 En relación a lo que Nussbaum llama compasión, ella enfatiza este sentido “desestabilizador” del juicio eudaimonista en esta emoción: ese juicio no es “egoísta”, aunque sí se dirige

críticos de la empatía sostienen una concepción radicalmente distinta. Ellos desconfían de las disposiciones y emociones humanizadoras porque al acentuar la “humanidad común” que nos vincula con los otros borran las diferencias y vuelven invisibles las estructuras de dominación que sostienen esa humanidad común. Así, algunos críticos de la raza y los críticos poscoloniales han leído la estructura conceptual de la empatía y las emociones humanizadoras asociadas a ellas (la compasión, la simpatía) con un componente jerárquico inherente entre empatizante y empatizado. Elizabeth Spelman, en este sentido, señala que “el entendimiento simpatético tiene un punto débil: típicamente refleja una diferencia de condición entre el que simpatiza y el que recibe simpatía, el que conoce y el que está en situación de necesitar comprensión”<sup>35</sup>. Esta jerarquía, a su vez, abre la posibilidad de proyección del yo sobre el otro, que los críticos de la raza señalan como el aspecto de apropiación y “colonización” presente en la empatía, y que los historiadores culturales enfatizan también cuando recuperan la concomitancia y coadyuvancia de géneros narrativos sentimentales con la expansión colonial<sup>36</sup>. Richard Delgado estima, en ese contexto de críticas, que el entendimiento empático genuino es tan raro como improbable. Lo que aparece como probable y extendido es la “falsa empatía”, que resulta aún peor que la indiferencia. La “falsa empatía” es el reverso de la “falsa conciencia” gramsciana: como modo de conocimiento está atravesada por relaciones de poder, típicamente involucra un tipo de “proyección” que ayuda a los otros raciales “transformándolos en blancos” y daña finalmente a quien quiere beneficiar<sup>37</sup>.

Por otro lado, la empatía y las emociones humanizadoras son también cuestionadas en un plano más externo o pragmático, como disposiciones

al yo, e incluye la consideración de que el sufrimiento del otro afecta el propio esquema de florcimiento de la persona, reacomodándolo (NUSSBAUM. *Paisajes del pensamiento*, cit., 354-359). Elizabeth Spelman formula esta desestabilización de la firmeza del yo de un modo semejante: “los privilegiados no considerarán perder su privilegio a menos que vean no sólo cómo produce daño a otros, sino también cómo los desfigura a ellos mismos” (SPELMAN, E. *Fruits of Sorrow: Framing Our Attention to Suffering*. Boston: Beacon Press, 1997, 111). Otros autores incluyen este componente como un elemento de “asombro” en la empatía y lo usan para distinguirla de la “simpatía”. Así, Richard Sennet explica que si bien tanto la empatía como la simpatía implican un reconocimiento y forjan un vínculo, “una es un abrazo y la otra un encuentro”. En la empatía, el asombro figura de manera más acentuada, “nos fuerza a salir”, y “permanece como encuentro que invita a atender al otro en sus propios términos”. La simpatía “tiende a sobreponerse a la diferencia a través de actos de identificación”, “nos mantiene focalizados en nuestro interior” (SENNET, R. *Together. The Rituals, Pleasures and Politics of Cooperation*. New Haven: Yale University Press, 2012, 20-21).

35 SPELMAN, E. *How do they see you?* En *The London Review of Books*. Vol. 22, n.º 22, 16 de noviembre de 2000.

36 Véase, entre otros, FESTA, L. *Sentimental Figures of Empire in Eighteenth-Century Britain and France*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2006.

37 DELGADO, R. *Rodrigo's Eleventh Chronicle: Empathy and False Empathy*. En *Cal. L. Rev.* Vol. 84, n.º 61, 1996.

y emociones que, lejos de ser políticamente transformativas, derivan en una “quietud cívica” al replegar a las cuestiones políticas estructurales en la esfera de las relaciones intersubjetivas, dejando intactas las estructuras de dominación que generan el sufrimiento que registra la mirada empática o compasiva. Lauren Berlant caracteriza a la política de la empatía en esta línea, como una “privatización sentimental de la política” que convierte “el imperativo ético hacia la transformación social” en un “ideal de compasión pasivo de vagos tonos cívicos”, donde “lo político como espacio de actos orientados hacia lo público es sustituido por un mundo de pensamientos”. La “cultura sentimental” que promueve la empatía se vuelve entonces, lejos de una cultura que cataliza la acción transformativa, “una distracción o forma de fantasía compensadora que inhabilita la acción política”<sup>38</sup>.

Si algo puede sacarse en limpio de estos cruces entre apoyos y críticas a las emociones humanizadoras es, por un lado, la concepción radicalmente diferente de ellas que ambos utilizan. Mientras que unos conceptualizan su estructura como compleja, con base en la igualdad y el reconocimiento de un vínculo y una comunidad entre empatizante y objeto de la empatía, e incluyen una “doble atención” o un elemento de asombro que mantiene la diferencia entre las personas y el respeto a su agencia, los críticos enfatizan el aspecto inherentemente jerárquico de este grupo de emociones y su carácter colonizador de la diferencia del otro. Por otro lado, los críticos parecen centrar su atención únicamente en los cambios macropolíticos, en perjuicio de aquellos que ocurren en la esfera micropolítica de las relaciones intersubjetivas que impulsa la empatía; y a la vez privilegian la dimensión agonal del conflicto y la dominación para definir el ámbito de la política.

En climas políticos signados por el escepticismo y la violencia, la reducción de la empatía y el entendimiento que cruza las diferencias a una fuerza ineludiblemente jerárquica y colonizadora puede tener un costo muy alto. Aquí, probablemente los críticos se apresuren demasiado a sobresemplificar la estructura de las emociones humanizadoras y a descartar de plano la fuerza transformadora que pueden tener, eludiendo el registro de experiencias empáticas desestabilizadoras y radicales<sup>39</sup>. Por otro lado, en las críticas aparece implícita una jerarquía de emociones que privilegia la ira y una concepción

38 BERLANT, L. *Pobre Eliza*. En *El corazón de la nación. Ensayos sobre política y sentimentalismo*. México: FCE, 2011, 73 y 81.

39 En este sentido, aún Lauren Berlant reconoce que “la amenaza radical y la gran promesa de la estética afectiva” es “la posibilidad de que por medio de la identificación con la alteridad nunca se vuelva a ser el mismo” (BERLANT. *Pobre Eliza*, cit.). Por otro lado, los estudios empíricos con audiencias de Kimberly Chabot Davis también dan cuenta de cómo las complejidades en el funcionamiento de la empatía no se ajustan a las caracterizaciones totalizantes que ofrecen los críticos (CHABOT DAVIES, K. *Oprah’s Book Club and the Politics of Cross-racial Empathy*. En *International Journal of Cultural Studies*. Vol. 7, n.º 4, 2004, 399-419).

de la política que se satura y queda atada únicamente a la dimensión del agón (el conflicto y la dominación)<sup>40</sup>.

Reconsiderar el valor de la empatía antes de descartarlo de plano puede ayudar a reintroducir la dimensión afectiva –de relación y conexión– de la política y a considerar que, además de una cuestión de poder y dominación, la política es también una cuestión de “conectar, componer, crear, coproducir, inventar, hacer posible”<sup>41</sup>. Si bien puede reconocerse un valor político a la ira (como catalizador de la acción, como una forma de reivindicar la igualdad frente a los opresores y cambiar o contrabalancear la situación de opresión realzando la agencia y el sentido de dignidad de los oprimidos), las acciones o movilizaciones no pueden sostenerse en el tiempo solo a partir de emociones reactivas, requieren también de la creación de lazos afectivos y de solidaridad difíciles de construir eliminando a las emociones empáticas, y no pueden tampoco imaginar un proyecto social sin generar cooperación además de espacios confrontativos.

### 2.3. La “empatía legal”: emociones y juicio

La línea liberal racionalista del momento hermenéutico del movimiento durante la década de 1980 planteó una serie de preocupaciones en relación con la empatía diferentes de aquellas vinculadas a la sensibilidad crítica o la potencia política que promueve. El núcleo de esas preocupaciones estaba ligado al ideal de imparcialidad que se halla en el centro de la justicia liberal y que proyecta un rol clave en la práctica jurídica. El argumento imparcialista contra la empatía y las emociones que trae consigo se volvió particularmente visible con ocasión de la controversia que despertaron las declaraciones de 2009 del entonces presidente de Estados Unidos, Barack Obama, en relación a la nominación de jueces para la Corte Suprema. En aquel momento, al proponer a Sonia Sotomayor para el cargo, expresó: “Voy a buscar a alguien que entienda que la justicia no se trata de una abstracta teoría legal o una nota al pie en un *casebook*. Se trata también de cómo nuestras leyes afectan las realidades diarias de la vida de las personas [...]. Veo en esa cualidad de empatía, entendimiento o identificación con las esperanzas y luchas de las personas un ingrediente esencial para arribar a decisiones y resultados justos”. La controversia o la “guerra de la empatía”, como la llamaron en la

40 La correlación entre el privilegio de la ira como emoción con valor político y las críticas a las emociones humanizadoras aparece en varias de las posturas que cuestionan a estas últimas. Así, Lauren Berlant, a la par de descartar a la empatía como catalizadora de cambios políticos, “síntetiza su esperanza únicamente en la ira política, un discurso de demanda y crítica radical” (citada ibíd., 404). Por su parte, Richard Delgado reemplaza a la política de la empatía por otra del “traidor a la propia raza” en relación con la participación blanca en la lucha por la igualdad racial (DELGADO. *Rodrigo's Eleventh Chronicle*, cit.).

41 FELSKI, R. *The Limits of Critique*. Chicago: University of Chicago Press, 2015, 17.

prensa, encendió críticas que la asimilaron al “prejuicio” o el “activismo” sesgado que atenta contra el ideal de imparcialidad del juez<sup>42</sup>. En ese marco, la empatía puede verse como antagonista del derecho por distintas razones: i) aparece como un contrapeso particularista a la “abstracción” y la generalidad que la cultura del “legalismo” promueve como un apego excesivo al formalismo y al seguimiento de reglas para dotar de autoridad y seguridad a las decisiones<sup>43</sup>; ii) se contrapone a la cultura adversarial del derecho, pues no se puede empatizar con ambas partes por igual en el contexto del juicio legal, “que es usualmente un juego de suma cero”;<sup>44</sup> iii) introduce, como en el caso de Sonia Sotomayor, una “razón corporizada” que pone en primer plano la diferencia, frente a la “razón descorporizada” y abstracta que suele sostener al ideal de imparcialidad tradicional<sup>45</sup>.

En parte, estas críticas dan en el blanco, y gran parte del atractivo que presenta la inclusión de la empatía como ingrediente esencial del juicio está vinculado a las presiones que ejerce para ampliar la imaginación jurídica, en el sentido de modificar las formas de alcanzar la certeza en la cultura legalista y dar más espacio a la particularidad densa de los hechos de los casos en modos de razonamiento atados a las reglas y los principios con altos grados de abstracción; a introducir alternativas al carácter exclusivamente adversarial del juicio legal; y a acomodar los afectos y el carácter corporal de la razón en las formas de pensar la razón imparcial. El reclamo por la consideración de la empatía como elemento del juicio, en ese contexto, no es entonces una forma de dejar atrás a la imparcialidad, sino un reclamo por reconsiderar una concepción de la imparcialidad que la desliga de los afectos y emociones, la sitúa en el marco de razonamientos abstractos y alejados de los contextos particulares, y considera al juicio como un evento aislado de elección limpia entre posibilidades fijadas de antemano.

Una de las maneras de volver a vincular la imparcialidad y la empatía es reconsiderar la identificación de la primera con una instancia de “desinterés,

42 BRISON, S. *On Empathy as a Necessary, but not Sufficient Foundation for Justice (A Response to Slote)*. En AMAYA, A. y LAI, H. (eds.), *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013; y WEST, R. *The Anti-Empathic Turn*. [En línea]. En Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 678. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/678>

43 HENDERSON, L. *Legality and Empathy*. En *Michigan Law Review*. Vol. 85, 1987. En el mismo sentido, Brenner Fissell desde una perspectiva histórica reconstruye los orígenes del argumento anti-empático actual como descendiente del formalismo de fines del siglo XIX (FISSEL, B. *Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History*. En *Michigan State Law Review*. Vol. 817, 2016).

44 MORAWETZ, T. *Empathy and Judgement*. En *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 8, n.º 2, 1996. En el mismo sentido, véase WEST. *Economic Man and Literary Women: One Contrast*, cit.; y HENDERSON. *Legality and Empathy*, cit.

45 Sobre este punto véase NEDELSKY, J. *Embodied Diversity and the Challenges to Law*. En BEINER, R. y NEDELSKY, J. (eds.), *Judgement, Imagination, and Politics: Themes from Kant and Arendt*. Boston: Rawman & Littlefield, 2001.

indiferencia y desapego”; y de la segunda con una instancia que, al involucrar una dimensión emocional, se sitúa fuera de la razón. Si las emociones involucran pensamientos y juicios, modos altamente discriminados de ver el mundo indispensables para motivar el juicio en la vida ordinaria<sup>46</sup>, no hay razones para excluirlas de la racionalidad en pos de alcanzar modelos teóricos puros y limpios capaces de dotar de más certeza a los juicios. Si las emociones no están fuera de la racionalidad ni son impermeables a la razón, tampoco hay razones para asumir que la imparcialidad es una instancia que se abstrae de ellas. En este sentido, Arleen Salles ha señalado que las emociones cumplen un rol importante en el juicio imparcial, pues “[q]uien se ve movido a proceder imparcialmente (sea apelando a los derechos de otros, o a consideraciones sobre la justicia, o simplemente siguiendo el imperativo categórico) no lo hace debido a su actitud indiferente. Por el contrario, quien actúa de esa manera lo hace porque le importan ya sea los derechos de otros, la justicia o el ser moral”<sup>47</sup>. Por otro lado, si la empatía ha sido asociada a la particularidad contextual de los casos que opone resistencia a la generalidad y la abstracción requeridas por el juicio en contextos legales, esa resistencia, a la vez, puede ser leída como una forma de redirigir la atención casi exclusiva que se ha centrado en la interpretación del derecho como centro del juicio legal, hacia la lectura y el involucramiento con los hechos. Kim Lane Scheppelle ha destacado el lugar subalterno de los hechos en el mundo del derecho y la justicia a partir de las formas en que se estructura la autoridad judicial: la distancia en relación a los hechos aumenta allí de manera correlativa al ascenso en la estructura judicial, de modo que los jueces de las bajas instancias lidian ante todo con la materia confusa de las situaciones fácticas y responden de manera directa ante las partes, y las instancias superiores van especializándose en el encuadre jurídico técnico. Lo mismo ocurre en general con los sistemas de jurados, donde los ciudadanos ordinarios suelen encargarse de los hechos y los jueces letrados, del derecho<sup>48</sup>. La regla implícita en este esquema parece indicar que a mayor autoridad, mayor distancia de los hechos, de la cara humana de los casos, de la compleja historia de luchas detrás de los derechos. Y correlativamente, la autoridad y la imparcialidad aumentan cuando aumenta la distancia. En este punto, la empatía parece invertir la ecuación: si en el esquema tradicional la distancia de los hechos y el foco en el razonamiento técnico aseguran la imparcialidad, con la empatía la distancia que aparece como condición de

46 NUSSBAUM. *Paisajes del pensamiento*, cit.; NEDELSKY. *Embodied Diversity and the Challenges to Law*, cit.

47 SALLES, A. *Percepción y emociones en la moralidad*. En *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.º 20, 1991, 221.

48 SCHEPPELE, K. L. *Facing Facts in Legal Interpretation. Questions of Law and Questions of Facts*. En POST, R. (ed.), *Law and the Order of Culture*. Berkeley: University of California Press, 1990.

la imparcialidad es una distancia de los propios saberes y esquemas previos generada por la cercanía y la apertura a considerar los hechos y las perspectivas de las personas involucradas en los casos.

Si con la consideración del rol de la empatía aparecen instancias más modestas de imparcialidad, más próximas a los hechos y más cercanas al reconocimiento de la incompletitud del punto de vista del juez que a la confianza en su capacidad de omnisciencia técnica, también con ella aparecen consideraciones más amplias del momento del juicio. En este sentido, la literatura sobre la empatía legal escapa a caracterizaciones del juicio como un momento único de sopesamiento de razones que apoyan alternativas enfrentadas fijadas de antemano, para incluir también el momento previo de descripción y redescripción del caso y las alternativas, y el momento posterior de cómo implementarlas en las condiciones contextuales presentes. En estos juicios extendidos en el tiempo, el carácter adversarial cede ante la necesidad de cooperación y los esquemas de litigio de “suma cero” son forzados a encontrar otras alternativas.

#### CONCLUSIONES

Este trabajo propuso una exploración del rol del argumento empático en el movimiento “Derecho y Literatura” como un sitio de privilegio para calibrar la fuerza, las pretensiones y los desafíos que presenta la introducción de la empatía en el mundo del derecho. La reconstrucción de la carrera intermitente de la empatía en el movimiento que se emprendió en la primera sección puso de manifiesto que, lejos de aparecer como un argumento monolítico o uniformemente aceptado, la empatía siempre encontró resistencias y, a la vez, fue conceptualizada de maneras diversas y actuando con fines diferentes. Las tensiones que presenta la empatía en el movimiento también permitieron identificar las críticas que ha recibido: i) una objeción estética, que sitúa a la respuesta empática fuera de la sofisticación teórica y el ímpetu crítico que la literatura encarna, para dejarnos con un modo de lectura *naïve* y simplista que usa a la literatura sacándola fuera de la esfera estética que le es natural; ii) una objeción política, que duda del vínculo entre la empatía y la acción igualitaria, así como de la fuerza en la esfera pública de una disposición asociada a la esfera privada de la lectura; y finalmente, iii) una objeción “legal”, vinculada con la posibilidad de que la empatía erosione la imparcialidad más de lo que la robustece. La distinción de esos tres grupos de objeciones abrió camino para reconstruir el argumento empático dentro del movimiento de manera multidimensional, incluyendo niveles estéticos, políticos y legales que iluminan los desafíos que presenta la empatía.

En el nivel estético, así como en el del juicio legal, la empatía y las emociones humanizadoras aparecen como formas de tender un puente entre la teoría y la experiencia ordinaria, un contrapeso a los altos grados de abs-

tracción que simplifican la experiencia humana hasta volverla irreconocible. Si bien durante el momento “hermenéutico” del movimiento las dos líneas dominantes consideraron a la empatía como una respuesta literaria *naïve* o simplista que impedía la distancia estética requerida por la crítica del mundo ordinario, o bien la distancia indiferente y desapegada necesaria para la razón imparcial, tanto los críticos como el racionalismo liberal descartaron apresuradamente a la empatía al costo de simplificar la emoción, la política o bien el registro del juicio en la vida ordinaria de las personas. En estos espacios, la reconsideración de la empatía señala los límites de las formas de crítica desapegadas y escépticas, las dimensiones de la política que quedan ocultas cuando se la descarta de antemano, y también impulsa a repensar las condiciones de la imparcialidad y los espacios de juicio lejos de modelos idealizados y más cerca del mundo ordinario que habitan las personas.

#### REFERENCIAS

- AMAYA, A. *Virtudes y filosofía del derecho*. En FABRA ZAMORA, J. L. y SPECTOR, E. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. 3. México: UNAM, 2015.
- BALL, M. *The Legal Academy and Minority Scholars*. En *Harvard Law Review*. Vol. 103, 1990.
- BERLANT, L. *Pobre Eliza*. En *El corazón de la nación. Ensayos sobre política y sentimentalismo*. México: FCE, 2011.
- BOOTH, W. *Las compañías que elegimos. Una ética de la ficción*. México: FCE, 2005.
- BRISON, S. *On Empathy as a Necessary, but not Sufficient Foundation for Justice (A Response to Slote)*. En AMAYA, A. y LAI, H. (eds.), *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- CAMISS, S. *Stories in Law: Providing Space for ‘Oppositionists’?* En FREEMAN, M. y SMITH, F. (eds.), *Law and Language*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- CHABOT DAVIS, K. *Oprah’s Book Club and the Politics of Cross-racial Empathy*. En *International Journal of Cultural Studies*. Vol. 7, n.º 4, 2004.
- COVER, R. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- DELGADO, R. *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*. En *Michigan Law Review*. Vol. 87, n.º 8, “Legal Storytelling”, 1989.
- DELGADO, R. *Rodrigo’s Eleventh Chronicle: Empathy and False Empathy*. En *Cal. L. Rev.* Vol. 84, n.º 61, 1996.
- DWORKIN, R. *En qué se parece el derecho a la literatura*. En *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo xxi Editores, 2012.
- EAGLETON, T. *Not Just Anybody*. En *London Review of Books*. Vol. 39, n.º 1, 2017.

- FELSKI, R. *Suspicious Minds*. En *Poetics Today*. Vol. 32, n.º 2, 2011.
- FELSKI, R. *The Limits of Critique*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.
- FESTA, L. *Sentimental Figures of Empire in Eighteenth-Century Britain and France*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2006.
- FISS, O. *Reason in all its Splendor*. En *Brooklin Law Review*. Vol. 56, 1990.
- FISSELL, B. *Modern Critiques of Judicial Empathy: A Revised Intellectual History*. En *Michigan State Law Review*. Vol. 817, 2016.
- GILLIGAN, C. *In a Different Voice*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- HARPHAM, G. *The Character of Criticism*. New York: Routledge, 2006.
- HENDERSON, L. *Legality and Empathy*. En *Michigan Law Review*. Vol. 85, 1987.
- HOFFMAN, M. *Empathy, Justice and the Law*. En COPLAN, A. y GOLDIE, P. (eds.), *Empathy Philosophical and Psychological Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KEEN, S. *Empathy and the Novel*. New York: Oxford University Press, 2007.
- KENNEDY, D. *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*. En *Law and Critique*. Vol. 25, n.º 2, 2014.
- KELMAN, M. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- LEVINE, G. *Reclaiming the Aesthetics*. En Levine (ed.), *Aesthetics and Ideology*. New Jersey: Rutgers University Press, 1994.
- MASSARO, T. *Empathy, Legal Storytelling, and the Rule of Law: New Words, Old Wounds?* En *Michigan Law Review*. Vol. 87, 1989.
- MOI, T. *The Revolution of the Ordinary*. Chicago: University of Chicago Press, 2017.
- MORAWETZ, T. *Empathy and Judgement*. En *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 8, n.º 2, 1996.
- NEDELSKY, J. Embodied Diversity and the Challenges to Law. En BEINER, R. y NEDELSKY, J. (eds.), *Judgement, Imagination, and Politics: Themes from Kant and Arendt*. Boston: Rawman & Littlefield, 2001.
- NUSSBAUM, M. *Justicia poética*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997.
- NUSSBAUM, M. *La ética de la virtud: una categoría equívoca*. En *Areté. Revista de Filosofía*. Vol. xi, n.º 1-2, 1999.
- NUSSBAUM, M. *El cultivo de la humanidad*. Barcelona: Paidós, 2005.
- NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- NUSSBAUM, M. *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós, 2008.

- OLSON, G. *De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening Up the Story*. En *Law & Literature*. Vol. 22, 2, 2010.
- RICOEUR, P. *Freud and Philosophy: An Essay on Interpretation*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- SCHEPPELE, K.L. *Facing Facts in Legal Interpretation. Questions of Law and Questions of Facts*. En POST, R. (ed.), *Law and the Order of Culture*. Berkeley: University of California Press, 1990.
- SALLES, A. *Percepción y emociones en la moralidad*. En *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.º 20, 1999.
- SARAT, A. *From Charisma to Routinization and Beyond: Speculations on the Future of the Study of Law and Literature*. En ANKER, E. y MEYLER, B., *New Directions in Law and Literature*. New York: Oxford University Press, 2017.
- SCARRY, E. *Speech Acts in Criminal Cases*. En BROOKS, P. y GEWIRTZ, P. (eds.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- SCARRY, E. *Poetry, Injury, and the Ethics of Reading*. En BROOKS, P. y JEWETT, H. *The Humanities and Public Life*. New York: Fordham University Press, 2014.
- SCARRY, E. *Responses and Discussion*. En BROOKS, P. y JEWETT, H. *The Humanities and Public Life*. New York: Fordham University Press, 2014.
- SCHIFF BERMAN, P. *Telling a Less Suspicious Story: Notes Towards a Non-Skeptical Approach to Legal/Cultural Analysis*. En SARAT, A. y SIMON, J. (eds.), *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism*. Durham: Duke University Press, 2003.
- SEDWICK, E. *Paranoid Reading and Reparative Reading, or, You're so Paranoid, You Probably Think this Essay is about You*. En *Touching Feelings*. Durham: Duke University Press, 2003.
- SENNET, R. *Together. The Rituals, Pleasures and Politics of Cooperation*. New Haven: Yale University Press, 2012.
- SLOTE, M. *Empathy, Law, and Justice*. En AMAYA, A. y HO, H. L., *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- SPELMAN, E. *Fruits of Sorrow: Framing Our Attention to Suffering*. Boston: Beacon Press, 1997.
- SPELMAN, E. *How do they See You?* En *The London Review of Books*. Vol. 22, n.º 22, 16 de noviembre de 2000.
- WEST, R. *Economic Man and Literary Women: One Contrast*. En *Merger Law Review*. Vol. 39, 1988.
- WEST, R. *The Anti-Empathic Turn*. [En línea]. En Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 678. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/678>
- WIMSATT, W. y BEARDSLEY, M. *Affective Fallacy*. En *The Verbal Icon: Studies in the Meaning of Poetry*. Lexington: University of Kentucky Press, 1954.