



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Sotomayor Trelles, José Enrique
Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial
Derecho PUCP, núm. 79, 2017, pp. 151-190
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.008>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533662550008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en 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

Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial

Emotion, rationality and argumentation in judicial adjudication

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: A partir de la teoría de las emociones de Martha Nussbaum, el presente trabajo propone una teoría de la racionalidad y razonabilidad judicial que incluya a las emociones como un elemento necesario. Con ello se pasa de un modelo puramente deliberativo-abstracto de argumentación judicial a uno de tipo narrativamente abierto, en el cual la empatía y la imaginación literaria desempeñan un papel fundamental. Sostendré que las emociones tienen una manifestación concreta en al menos tres circunstancias relevantes: el valor del testimonio, el de la empatía y el de la imaginación literaria. Sin embargo, el lugar de las emociones para el proyecto de la racionalidad judicial está sometido a restricciones institucionales tales como reglas del derecho, procedimientos o precedentes. Con ello, un bosquejo de teoría sobre la racionalidad narrativa en sede judicial es presentado en la última sección.

Palabras clave: teoría de las emociones, empatía, racionalidad judicial, injusticia epistémica

Abstract: Based on the theory of the emotions proposed by Martha Nussbaum, the present paper proposes a theory of rationality and judicial reasonability that includes emotions as a necessary element. With this, it is possible to pass from a purely deliberative-abstract model of judicial argument to a narratively open one, in which empathy and literary imagination play a fundamental role. I will argue that emotions have a concrete manifestation in at least three relevant circumstances: the value of testimony, that of empathy, and that of literary imagination. However, the place of emotions for the project of judicial rationality is subject to institutional restrictions such as rules of law, procedures and precedents. With this in mind, a sketch of theory on the narrative rationality in judicial contexts is presented in the last section of this paper.

Key words: theory of the emotions, empathy, judicial rationality, epistemic injustice

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex becario del Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy de la Università degli studi di Genova (Italia). Candidato a magíster en Filosofía de la PUCP. Actualmente se desempeña como asesor en la Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ha sido docente de la Academia de la Magistratura. Miembro de los grupos de investigación sobre Teoría Crítica, el Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional (CEFT) y el Grupo de Investigación sobre Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) de la PUCP.
Código ORCID: 0000-0002-1155-0249. Correo electrónico: enrique.sotomayor@pucp.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MODELO RACIONAL DE ARGUMENTACIÓN COMO DELIBERACIÓN.- III. DE LA DELIBERACIÓN A LA COMUNICACIÓN.- IV. EMOCIONES Y RAZÓN EN MARTHA NUSSBAUM.- V. ¿EMOCIÓN O RAZÓN, O EMOCIÓN Y RAZÓN?.- VI. COMUNICAR LO INEXISTENTE.- VII. UN ESBOZO DE TEORÍA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LAS EMOCIONES Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.- VIII. DOS EJEMPLOS.- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente artículo presentaré algunas insuficiencias de un modelo deliberativo-formal de argumentación y, a partir de estas, articularé una teoría de la racionalidad que no excluya a las emociones. Luego de estos primeros apuntes presentaré una teoría sobre la relación entre las emociones y el razonamiento jurídico y judicial. Una advertencia preliminar y final parece aquí relevante: a pesar de que los estudios empíricos sobre la relación entre emociones y decisión judicial puedan resultar muy iluminadores e interesantes, aquí no me ocuparé de ellos. Lo que busco articular, en su lugar, es una teoría normativa sobre el lugar y el tipo de emociones en las que se debería basar un juez virtuoso. En suma, se trata de una teoría sobre el *deber ser*, más que una descripción sobre cómo los jueces incorporan, en la práctica, las emociones en sus procesos decisорios.

II. EL MODELO RACIONAL DE ARGUMENTACIÓN COMO DELIBERACIÓN

Como apunta Aarnio (1991, p. 240), el concepto de racionalidad tiene diversos usos en el derecho. Entre ellos, el más importante corresponde a la racionalidad jurídica, que se refiere a la relación de concordancia entre una decisión jurídica justificada y el empleo de pautas de interpretación y de las fuentes del derecho aplicables al caso. Por nuestra parte, podemos caracterizar un tipo ideal¹ de modelo de argumentación racional que resulte útil para compararlo con un modelo narrativamente abierto como el que defenderemos en las siguientes secciones. Evidentemente, un tipo ideal como el descrito tiene el inconveniente de que difícilmente encontraremos la postura de algún autor que se ajuste a todas las características atribuidas. Sin embargo, no por ello el tipo ideal deja de ser un recurso heurístico válido. Precisamente mediante su empleo, se logra mostrar el contraste entre otras formas alternativas de conceptualización que logran solucionar algunos problemas comunes.

Así, atribuiré tres características ideales a un modelo de racionalidad argumentativa entendida como racionalidad deliberativa: abstracción,

1 Sobre la noción de tipo ideal en Max Weber, véase Kim (2012).

universalización de los razonamientos e imparcialidad. A la base de estas características se encuentran dos presupuestos: a) lo que Alexy llamó «pretensión de fundamentabilidad» y que se puede resumir en la siguiente regla: «Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación» (Alexy, 2010a, p. 270); y b) la libertad de los participantes del discurso, entendida como la ausencia de una compulsión externa² y donde solo opera la coacción del mejor argumento (Habermas, 1987, p. 46).

Así pues, las tres características presentadas están fuertemente interrelacionadas entre sí, pero resulta analíticamente fructífero distinguirlas. Asimismo, algunas de ellas están asociadas a un tipo de razonamiento práctico que, en el ámbito de los debates de psicología moral, Carol Gilligan llamó «formalismo postconvencional» y que, a su vez, se vincula con la construcción de sistemas que derivan soluciones a todo problema moral con pretensiones generalistas³, a partir de conceptos como el de derechos naturales (Benhabib, 1987, p. 78; Bartlett, 2011, pp. 51ss.).

En primer lugar, por abstracción entenderé que todo modelo de racionalidad argumentativa como deliberación parte de la premisa de que el caso sobre el cual se discute —por ejemplo, la pertinencia de la adopción de determinada medida por parte de un juez o legislador— es una instancia (*token*)⁴ de un tipo genérico de caso (*type*); y que la deliberación abstraer las características consideradas esenciales para el tipo, mientras que desecha aquellas otras propiedades o características que se consideran irrelevantes para el razonamiento práctico. Por ejemplo, si en el marco de un proceso judicial que enfrente a los derechos de libertad de información versus intimidad, se discute si la acción de colocar cámaras ocultas para grabar las acciones de una figura del espectáculo que podrían suponer un acto ilícito⁵, resultará pertinente abstraer elementos como la relevancia pública de la información, o la veracidad de la misma. Sin embargo, resultará irrelevante saber si la figura del espectáculo vestía falda o pantalón, o más aun, si se encuentra afligida por lo acontecido. Estas características —al menos en un primer análisis— parecen irrelevantes para solucionar la tipología de caso a la que se enfrenta el juez y, por ello, son depuradas de la descripción abstracta del mismo.

2 Véase al respecto Aarnio (1991, pp. 243-245).

3 Sobre la distinción entre un modelo generalista frente a uno particularista para el caso de la ponderación, véase Moreso (2006).

4 Sobre la distinción entre tipo (*type*) y *token*, véase Wetzel (2014).

5 Podríamos sostener que el Universo del Discurso (UD) del caso así descrito se corresponde con el del caso Magaly Medina versus Mónica Adaro resuelto por el Tribunal Constitucional. Véase Exp. 6712-2005-HC/TC. Asimismo, para un análisis de dicho caso desde el punto de vista de sistemas normativos, véase Ancí y Sotomayor (2017).

En segundo lugar, por universalización de los razonamientos entenderé una forma de razonamiento analógico por la cual, una vez obtenida la solución para cierto tipo de caso genérico, todo nuevo caso que presente el mismo conjunto de rasgos esenciales o propiedades relevantes deberá ser resuelto o analizado de la misma manera. Este rasgo es fundamental para preservar un principio de igualdad de trato presente en toda teoría de la justicia, incluso en sus versiones más intuitivas. De acuerdo a este principio, corresponde el mismo trato frente al mismo tipo de situación de origen. Ahora bien, este principio va acompañado del principio de abstracción, debido a que la igualdad de trato se determina con arreglo a un conjunto de propiedades que se considera relevante. Para regresar a nuestro ejemplo anterior, en la medida que consideramos que características tales como el uso de falda o la aflicción por los hechos ocurridos son irrelevantes para la definición del tipo, el hecho de que en un nuevo caso la persona no use falda sino pantalón o no se encuentre afligida sino furiosa resulta irrelevante para la solución. Así, si se trata del mismo tipo genérico de caso, deberá ser resuelto en el mismo sentido.

Finalmente, por imparcialidad entenderé que un modelo de argumentación racional como deliberación se contrapone a cualquier forma de beneficio no fundamentado respecto de alguna de las partes, o de un compromiso afectivo entre quien delibera y el sujeto de análisis. Siguiendo con el ejemplo hasta aquí esbozado, quienes deliberan sobre nuestro caso no se podrán ver conmovidos por el sufrimiento de la figura del espectáculo, y si ello ocurre como un hecho empírico, se restará racionalidad (o incluso se imputará falta de la misma) a quien plantee argumentos bajo los supuestos efectos del vínculo emocional. En ese sentido, la empatía no forma parte del modelo ideal de racionalidad argumentativa como deliberación.

Estas tres características pueden asociarse con principios de racionalidad práctica que Aarnio llama «racionalidad-D» (1991, p. 247). Estas se refieren al procedimiento de justificación de premisas (p. 247). Sin embargo, como el mismo Aarnio y autores como Atienza (1987, p. 193) señalan, las reglas del discurso son sólo uno de los elementos conformantes de la racionalidad comunicativa. Para Aarnio, el otro elemento de la dupla es la «racionalidad-L», la cual se refiere a las inferencias lógicas entre premisas y conclusiones. Con ello, el autor finlandés distingue entre un concepto de racionalidad *sensu stricto* —compuesto sólo por la racionalidad-L— y un concepto de racionalidad *sensu largo* —que incluye a la racionalidad-L y a la racionalidad-D— (Aarnio, 1991, p. 247). Por su parte, desde el punto de vista de Atienza, una decisión jurídica racional cumple, además del requisito del respeto por los principios de racionalidad discursiva, con los siguientes elementos: respeto por las reglas de la lógica deductiva —que Atienza entiende como la lógica de predicados de primer orden—; el empleo

de fuentes de Derecho vinculantes; y el no empleo de criterios éticos, políticos o de otro tipo que se caractericen por no encontrarse previstos específicamente en el ordenamiento jurídico (1987, pp. 193-194)⁶.

Los requisitos de racionalidad hasta aquí presentados parecen exhibir una predisposición al distanciamiento y análisis «frío» respecto de los casos. Se espera de los jueces que estos deliberen tomando una debida distancia de las partes y sus motivaciones personales e historias de vida. Con ello, se sostiene, la decisión adoptada puede exhibir de manera más lograda el principio fundamental de justicia que rige a los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en este trabajo sostendré la tesis de que la segunda dimensión de una decisión judicial, consistente en su razonabilidad, requiere de una apertura cognitiva y afectiva mayor que la que parece derivarse de las exigencias de mera racionalidad. Si, como hacen Aarnio y Atienza, vinculamos la razonabilidad con la aceptabilidad de una resolución jurídica por parte de una comunidad de hablantes —aceptabilidad que puede ser fáctica en la variante del consenso fáctico o ideal en la variante en la cual se busca un consenso ideal (Atienza, 1989, p. 196)—, entonces el resultado de una interpretación debe resultar concordante con un sistema de valores que puede provenir de una moral social/convencional o crítica. Sostendré que la percepción de una decisión como justa o injusta —además de los requisitos de racionalidad y, a veces, a pesar de ellos— proviene de una justa medida de apreciación de las circunstancias concretas, lo cual sólo se logra con ciertas instancias emocionales, como la empatía. Ancí y Sotomayor (2017, p. 202) han llamado a esta conjunción de elementos, «punto de vista imparcial empático» y se basa en la tesis de que la adecuada ponderación de las circunstancias y factores de ciertos casos requiere del empleo de una inmersión emocional e imaginativa en las condiciones de las partes involucradas. Sin embargo, para evitar naufragar en una concepción irracionalista sobre la decisión judicial, es necesario (1) presentar una teoría de las emociones que las muestre como compatibles y no contrarias a la racionalidad, y (2) mostrar el rol específico de las mismas en la resolución de casos jurídicos. Sobre este segundo punto, analizaré

6 Agradezco la precisión de uno de los revisores de este artículo, en el sentido de que las reglas lógicas formarían parte, desde ya, de los principios de la racionalidad práctica. En ese sentido, se puede precisar lo siguiente: cuando nos referimos a los principios de racionalidad práctica, podemos hacerlo en un sensu stricto y en un sensu largo, tal como hace Aarnio. Desde el punto de vista del sensu largo, los principios de la racionalidad práctica incluyen tanto los principios de la racionalidad-D, como los de la racionalidad-L. Desde el punto de vista de Atienza y de otros autores como Alexy, podríamos usar una distinción análoga, que es la que existe entre justificación interna y externa. Siguiendo en este punto a Alexy, se podría afirmar que «En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la justificación de estas premisas» (2010a, p. 214). Asimismo, para Atienza: «[...] la justificación interna es de carácter exclusivamente lógico-deductivo y se refiere al paso de las premisas a la conclusión; la justificación externa no excluye la lógica, pero requiere algo más y concierne al establecimiento de las premisas» (2013, p. 31). Como se puede ver, para Atienza, la justificación externa es más comprensiva que la interna, en la medida que, sin excluirla, va más allá de la misma mediante el análisis de la calidad de las premisas.

lo que podríamos llamar la tesis del «caso especial de la imaginación y las emociones en el derecho», defendida por Martha Nussbaum.

III. DE LA DELIBERACIÓN A LA COMUNICACIÓN

Autoras como Iris Marion Young (2000, 2002) han planteado un conjunto de críticas dirigidas al modelo de argumentación como deliberación, aplicado a las sociedades democráticas. En el centro de estas críticas se encuentra la tesis de que algunas variantes de modelo deliberativo generan, en sí mismas, diversas formas de exclusión. Ello se debería a las siguientes razones: (a) privilegian a los argumentos, entendidos al modo de la racionalidad-L, es decir, como un conjunto ordenado de premisas que derivan en una conclusión (2002, p. 37). El problema con dicho privilegio consiste en que la deliberación presupone una forma de aceptación de premisas por parte de los participantes, la misma que es previa al proceso mismo de deliberación. Sin embargo, continúa Young, la heterogeneidad de la vida humana y la complejidad social nos llevan a excluir a algunos intereses y necesidades de estas premisas, de forma tal que se pueda continuar con la discusión. En este punto, la autora respalda su argumento recurriendo a la postura de Lyotard, quien, a través del problema de la diferencia (*diférend*), trata de mostrar que algunos procesos deliberativos tienen lugar bajo una regulación (es decir, un conjunto de reglas de juego) perteneciente al «idioma» de una de las partes. Ello quiere decir que ciertas demandas son excluidas desde el inicio, porque parecen no calzar con las premisas que supuestamente comparten todos los miembros de una comunidad deliberante.

En segundo lugar, (b) puede darse el caso de que incluso cuando se comparten premisas y códigos en la discusión entre las partes, las normas que rigen a las prácticas y teorías compartidas privilegian las habilidades o aptitudes de unos sobre otros (Young, 2002, p. 38). La autora estadounidense exemplifica ello a través de la ventaja que poseen quienes son capaces de presentar sus posturas de forma articulada. Aun más, resulta interesante notar que, como Young y antes que ella Bourdieu & Passeron (2009) apuntaron, normas como la de la articulación en el discurso son un privilegio que diferencia a las clases altamente educadas de otros estratos sociales. En el caso de entornos multiculturales como el peruano, a este primer privilegio se une uno de tipo cultural, pues las formas asertivas de discurso se privilegian frente a formas hesitantes o narrativas circulares y repetitivas. Si oponemos la asertividad y linealidad del argumento frente a narrativas diversas, como aquella articulada en torno a la música (y que Arguedas graficó con gran sensibilidad para el caso de los Andes y el mundo indígena), veremos que en la arena deliberativa, los hombres y mujeres de la ciudad, entrenados

en las formas estándar de argumentación, tienen privilegios frente a, por ejemplo, sus coetáneos de comunidades centroandinas, en las que la música estructura la narración de la vida comunal (Romero, 2012, pp. 308ss.; en la misma línea, véase Merino, 2015). Finalmente, en la cadena de privilegios, debemos agregar el del discurso formal y general, aquel que, a partir de un conjunto de principios, aplica estos a casos particulares; frente a formas intimistas de narración, que enfatizan en la particularidad y la vivencia de ciertas experiencias. Todo lo anterior lleva a concluir, de acuerdo con Young (2002, p. 38), que las normas de articulación y asertividad tienen una especificidad cultural, a la cual podríamos sumar una especificidad social y de clase.

Finalmente, en tercer lugar (c), Young sostiene que la interpretación de algunas normas sobre la deliberación privilegia al discurso desapasionado y desencarnado (2002, p. 39; Allen, Forst & Haugaard, 2014, p. 17). Esta crítica también aparece en Benhabib (1987, p. 81), para quien este proceso de neutralización de los elementos pasionales y corporales lleva a una privatización de experiencias como la femenina. Desde el punto de vista epistémico, ello produce que las teorías morales se estructuren en torno a un «otro generalizado» que toma en cuenta sólo los rasgos de cierto grupo social, los cuales luego se yuxtaponen a toda la especie. Asimismo, este punto de vista suele partir de una oposición tajante entre razón y emoción, lo cual la lleva a sostener que en orden de lograr objetividad y un juicio ecuánime, es necesario reprimir cualquier expresión emotiva. A este primer privilegio se enlaza uno segundo, por el cual se prefiere el discurso literal frente a uno de tipo figurativo, es decir, aquel que emplea recursos literarios como la metáfora o la hipérbole.

Frente al olvido de la dimensión simbólica en la comunicación política (o del «otro concreto» en Benhabib), Young esboza un modelo alternativo llamado «democracia comunicativa», la cual resulta relevante para nuestra investigación en algunos aspectos. Para comenzar, el modelo comunicativo nos permite percibir que cualquier diálogo político parte de una radical incomprendición de la perspectiva de los demás participantes. Los procesos de entendimiento de esta versión débil de unidad son distintos a los del entendimiento conceptualizado por los teóricos deliberativos como Walzer y Habermas. Mientras que estos asocian al entendimiento con la identificación mutua, la versión comunicativa de Young trata al entendimiento y la comprensión como una transmisión o «expresión exitosa de experiencias y perspectiva» (2000, p. 49).

En segundo lugar, la trascendencia de la propia subjetividad mediante procesos de «dejarse afectar» por las experiencias del otro produce una transformación que se lleva a cabo por tres vías: (a) por una parte, se confronta la propia percepción con perspectivas distintas que implican significados culturales también diversos. Ello revela la propia

parcialidad y contingencia histórica de la socialización del participante. (b) Asimismo, la transformación se manifiesta en la toma de conciencia de que los problemas que se solucionan son empresas colectivas en las que los demás difieren sobre la mejor solución. Esta propiedad común de los problemas compartidos obliga a descentrar la prevalencia de la perspectiva de primera persona y a dejarse desafiar por argumentos y reclamos de los demás. Ahora bien, esta dimensión también permite una transformación en los mecanismos de transmisión de los reclamos: estos dejan de aparecer como la expresión de meros intereses y pasan a canalizarse como reclamos de justicia planteados de forma tal que apelen al consentimiento de los demás. Por último, (c) la transformación se hace posible pues la expresión de distintas posturas, las cuales provienen de contextos variados y de historias de vida dispares, permite un incremento del conocimiento social de cada participante. Ello implica que cada postura individual se enriquece con una visión en perspectiva sobre el problema visto desde los ojos de otras topologías sociales. Ello incrementa la sabiduría individual en la medida que trasciende la unilateralidad de inicio.

Todos estos elementos requieren de una dimensión performativa por la cual no sólo el tema de discusión importa, sino también la apertura y reconocimiento de la individualidad del interlocutor. En términos de una tipología propuesta por Aguiló (2013), diremos que las formas comunicativas de deliberación tienen, además del elemento temático constituido por el tópico de discusión, una dimensión actoral vinculada a actos de habla respecto de los interlocutores.

Ahora bien, las críticas y propuestas comunicativas planteadas por Young están pensadas para una teoría general de la democracia. Ello quiere decir que su vinculación con ámbitos institucionales no toma en cuenta ciertas restricciones propias, por ejemplo, de los subsistemas sociales del derecho, la economía o la administración (Luhmann, 1989). En el caso particular del derecho, podríamos decir que la primacía de una concepción deliberativa de la argumentación y de la racionalidad ha sido indiscutible y, además, óptima para su desarrollo. Por ejemplo, se podría sostener que la única forma de garantizar los principios de la función jurisdiccional ejercida por los jueces es a través de un modelo de racionalidad-D. En concreto, podríamos pensar en los principios y derechos de la función jurisdiccional contenidos en el artículo 139 de la Constitución peruana: aquí, la motivación escrita de las resoluciones judiciales requiere de formas lineales y tradicionalmente argumentativas de exposición y construcción argumental⁷. Nadie esperaría razonablemente que un juez resuelva mediante un relato,

⁷ Algunos criterios de evaluación de la calidad argumental de las decisiones judiciales se encuentran recogidos en la resolución 120-2014-PCNM del Consejo Nacional de la Magistratura.

una leyenda o una canción una disputa judicial, a pesar de que ello ocurra en culturas distintas a la occidental. Algo similar ocurre con el principio por el cual toda persona debe ser informada de las causas de su detención, y con el derecho que tiene todo ciudadano a criticar y analizar resoluciones judiciales. En todos estos casos, no esperamos que la sentencia sea una suerte de experiencia de catarsis mediante la cual el juez exhibe la riqueza de su mundo subjetivo, sino una exposición lineal y distanciada de los fundamentos de hecho y derecho de su resolución. Todo ello es correcto, pero presupone que la propuesta de autoras como Young es mecánicamente aplicable al ámbito judicial. Asimismo, supone que el lugar de las emociones en las narrativas comunicativas es el propio de la irracionalidad. Frente a ello, entonces, la tarea es doble: (a) por una parte, resulta necesario mostrar que las emociones no son un concepto excluyente respecto de la razón, sino que es posible plantear una teoría enriquecida de la racionalidad que incluya a las emociones y que se pueda aplicar al derecho; y, por otra parte, (b) se trata de mostrar una teoría sobre el caso especial de las emociones en el derecho. En ese sentido, su lugar estará supeditado al respeto y cumplimiento de reglas y principios procedimentales y técnicos. Por ejemplo, no se podrán dejar de lado reglas procesales importantes o no se podrá vulnerar el deber de motivación de las resoluciones judiciales. En ese sentido, Martha Nussbaum ha desarrollado una compleja teoría de las emociones y de su empleo en las resoluciones judiciales, cuyo análisis nos permitirá abordar estos puntos. Por su parte, autoras como Miranda Fricker (2007) han presentado un concepto de injusticia de tipo epistémico, cuya reversión requiere de una apertura cognitiva a nuevos testimonios, o de la narración de experiencias en primera persona, asumiendo la carga emocional de dicha tarea, pero sin perder la voluntad de racionalizarla. Por todo ello, en lo sucesivo nos abocaremos al análisis de las propuestas de ambas autoras.

IV. EMOCIONES Y RAZÓN EN MARTHA NUSSBAUM
Martha Nussbaum defiende una teoría de las emociones, según la cual estas son una forma de cognición en sentido amplio (1997, 2001, 2014, 2016). Ahora bien, dicha teoría tiene que hacer frente a una noción más intuitiva y adversaria que conceptualiza a las emociones como «movimientos no razonados» o energías ciegas que nos empujan a actuar de distintos modos (Nussbaum, 1997, pp. 88ss.; 2001, p. 24). Desde esta perspectiva, las emociones son comparadas con fuerzas naturales como las corrientes oceánicas o las ventiscas. Adicionalmente, la teoría de las emociones como fuerzas animales y ciegas las coloca del lado contrario al del pensamiento y la razón, que es precisamente la base de la teoría estoica que defiende Nussbaum.

Entonces, ¿por qué para la autora estadounidense las emociones no son energías animales y ciegas? Ello es así porque las emociones son complejos estados mentales compuestos por cuatro elementos constitutivos: (1) en primer lugar, las emociones son *acerca* de algo⁸, es decir, poseen un objeto (Nussbaum, 2001, p. 27). Por ejemplo, el miedo de que un familiar cercano muera —como en el ejemplo de la madre de Nussbaum— se refiere o está dirigido a su madre y la fragilidad de su vida. Sin un objeto al cual se dirigen, varias de las sensaciones corporales asociadas al miedo, como el temblor de manos y la aceleración cardiaca, no serían más que anomalías del funcionamiento corporal, explicables por una multiplicidad de factores de otro tipo (Nussbaum, 2001, p. 27; Elster, 1996, p. 1388). (2) El objeto al cual se dirigen las emociones es intencional y ello quiere decir que figura en la emoción como ya interpretado o visto por la persona que detenta dicha emoción. Este punto es importante y puede llevar a algunas confusiones. Lo que Nussbaum sostiene es que la emoción se genera no por la mera aparición del objeto *acerca* del cual se trata —por ejemplo, mi madre—, sino que requiere de una interpretación o «forma de ver» —intencional— sobre el estado o condiciones del objeto⁹. Para seguir con el ejemplo de la madre enferma, lo que genera la angustia o miedo de muerte es que se percibe o interpreta el estado de salud de la madre como endeble o frágil (Nussbaum, 2001, p. 27). Finalmente, esta forma de ver al objeto es lo que distingue a las emociones entre sí: «In fear, one sees oneself or what one loves as seriously threatened. In hope, one sees oneself or what one loves as in some uncertainty but with a good chance for a good outcome. In grief, one sees an important object or person as lost; in love, as invested with a special sort of radiance» (p. 28).

En tercer lugar (3), las emociones implican creencias acerca de su objeto¹⁰. Por ejemplo, en el caso del miedo a la muerte de mi madre, debo creer que el peligro de muerte es significativo e inminente. Lo que resulta llamativo de esta tercera característica de las emociones es que la creencia o juicio acerca del objeto puede ser acertado o no: por ejemplo, el temor de que mi madre muera pronto puede ser injustificado en caso de que el mismo se base en una incorrecta evaluación de los reportes médicos sobre su estado de salud (Nussbaum, 2001, p. 29).

Los pensamientos asociados al requisito de (2) intencionalidad y (3) creencia acerca del objeto distinguen a las emociones entre sí, y es por ello que una definición basada meramente en las reacciones físicas es insuficiente. Por ejemplo, una aceleración cardiaca puede ser el signo

8 Véase Elster (1996, p. 1387), donde parece que el autor considera que la dirección hacia un objeto y la intencionalidad son lo mismo.

9 Esta «forma de ver» se puede vincular al concepto de «ver aspectos» que Wittgenstein desarrolla en sus Investigaciones filosóficas (2004, p. 453).

10 Véase, en el mismo sentido, Elster (1996, p. 1388).

externo de miedo, angustia o ira, y la única manera de discriminar entre dichas emociones es a través de su intencionalidad y creencias. En este extremo, agrega Nussbaum, la teoría de las emociones como fuerzas ciegas es insuficiente (2001, p. 30).

Finalmente, (4) en las emociones, el objeto de las percepciones intencionales y de las creencias es visto como valioso o importante para el sujeto que detenta la emoción (Nussbaum, 2001, p. 30). En el ejemplo del miedo a la muerte de su madre, Nussbaum señala que el mismo no sería tan fuerte (o incluso sería inexistente) si se tratara de la muerte de alguien por quien ella no siente ningún afecto. Claramente este requisito es gradual, pues la muerte de civiles inocentes en Siria también nos genera algunas emociones vinculadas a la compasión y la empatía. Sin embargo, la teoría de Nussbaum se refiere a una suerte de círculos concéntricos de cercanía¹¹ cerca de cuyo centro se ubican los sujetos y objetos que producen sensaciones más fuertes y vívidas. Ello, a su vez, nos muestra que este requisito hace referencia a la historia de vida de cada persona individual (Nussbaum, 2001, p. 30). Esto quiere decir que el objeto de la emoción es visto como importante por el rol que desempeña en la vida de quien experimenta la misma (pp. 30-31). Nussbaum se adelanta a posibles críticas y señala que esto no implica que no se pueda hacer juicios sobre el valor intrínseco de los objetos sobre los que versa el juicio de una emoción, pero lo que los hace tales no es dicho valor intrínseco del objeto (la bondad de la madre desde el punto de vista de una comunidad local, o de la sociedad en su conjunto), sino su vinculación directa con la persona que experimenta la emoción. La autora llama a este fenómeno «sentido de localización» de la emoción, y lo vincula con la *eudaimonia* o florecimiento personal en el pensamiento griego (pp. 31ss.)¹².

En conclusión, la teoría de las emociones de Nussbaum trata de mostrar que un enfoque cognitivo/evaluativo es necesario para dar cuenta de varias de las características propias de las emociones que la visión alternativa —de las emociones como fuerzas ciegas o animales— se encuentra en incapacidad de explicar (p. 33). Entonces, una vez desecharla la teoría de las emociones como fuerzas ciegas e irracionales que empujan a los individuos como marea en el mar encrespado, ¿queda expedito el camino para la introducción de las emociones en una teoría de la racionalidad judicial? En lo sucesivo, analizo dicho asunto.

11 Nussbaum también llama a estos círculos concéntricos «círculo de interés o de preocupación» (2014, p. 25).

12 La traducción de *eudaimonia* como «florecimiento humano» más que como «felicidad» es importante en el planteamiento de Nussbaum, en la medida que evita una lectura utilitarista o instrumentalista sobre el valor relativo del objeto respecto de la emoción del agente. Es decir, para seguir con el ejemplo de la madre, ella no es valiosa en la vida de la autora porque le reporte felicidad (en cierto sentido, le sea útil), sino porque la relación que une a ambas personas genera una forma de beneficio mutuo que se asocia al florecimiento humano (Nussbaum, 2001, pp. 32-33).

V. ¿EMOCIÓN O RAZÓN, O EMOCIÓN Y RAZÓN?

La teoría de las emociones de Nussbaum contiene un conjunto de respuestas a la teoría contraria que caracteriza a las emociones como fuerzas ciegas (1997, pp. 93-97). Como vimos en la anterior sección, las emociones involucran un aspecto intencional y una forma de juicio sobre el estado del objeto al cual se dirigen. Todas estas instancias de lo que, en sentido amplio, podríamos llamar cognición desechan la metáfora de las corrientes marinas empujando a los sujetos sin que su voluntad pueda resistirse¹³. Sin embargo, esta teoría es una forma extrema fácilmente rebatible. En *Justicia poética* (1997), Nussbaum analiza otras objeciones¹⁴ a la teoría de las emociones como compatible con una teoría de la racionalidad normativa. La primera de estas objeciones señala que, a pesar de que las emociones contengan juicios sobre su objeto, dichos juicios son falsos «porque atribuyen gran valor a personas y acontecimientos externos que no están bajo el control de la virtud ni la voluntad racional de la persona» (p. 89). Adicionalmente, este valor atribuido a objetos externos tiene como resultado un cuadro de la vida humana como incompleta y sometida a la fortuna. Por ello, las emociones están reñidas con la razón en la obra de los filósofos estoicos e incluso en pensadores modernos como Spinoza.

Por otra parte, una segunda objeción a que las emociones formen parte de un concepto normativo de racionalidad consiste en señalar que tienen una función en la vida privada, pero que no deben ser empleadas en la deliberación pública (Nussbaum, 1997, p. 91). El problema en este caso consistiría en que las emociones impiden analizar al objeto como miembro —con la misma valía que los demás— de una categoría abstracta. Ello se vincula directamente a la característica del valor del objeto para la vida del sujeto que experimenta la emoción, como vimos en la anterior sección. El problema de esta perspectiva es que el hombre público —por ejemplo, el legislador o el juez— no debería deliberar o basar sus decisiones en este valor relativo del objeto en su vida, sino desde el punto de vista más abstracto y general de la dignidad de la vida humana (p. 92).

Nussbaum responde a la primera objeción, referente a la carencia del agente de la emoción, del siguiente modo: la misma presupone una forma de estoicismo por la cual sólo se requiere recursos propios para el florecimiento de nuestra vida y para la virtud (p. 98). Ello conlleva una forma de distanciamiento respecto de los problemas y azares de la vida, precisamente porque los mismos se encuentran fuera del alcance de acción de los propios individuos. Nussbaum se opone a las premisas de esta ética estoica señalando que la primera tiene dificultades para

13 Nussbaum distingue, de todos modos, entre emociones e impulsos corporales, como el hambre o la sed (1997, p. 94; 2001, p. 24).

14 Nussbaum analiza cuatro objeciones, dos de ellas serán relevantes en nuestra argumentación.

explicar por qué el bien común es importante, si todo lo que parece importar es la autonomía de «la voluntad virtuosa» (p. 99). Frente a ello, se opone una teoría moral por la cual los bienes externos sí tienen importancia para la vida humana. De esta manera, el sujeto moral se puede interesar por las desgracias y vidas ajenas, sintiendo que las mismas pueden afectarlo profundamente. Esta forma de acercarse al entorno del individuo, a través de la comprensión de su sufrimiento, resulta «necesaria para una plena racionalidad social» (p. 100). Es por ello que, para Nussbaum, una teoría ética estoica es insuficiente, porque la autonomía individual como única condición de virtud es también insuficiente.

En segundo lugar, la objeción de que las emociones juegan un papel en el ámbito privado, pero no en el público se basa en la presuposición de que las emociones supondrían una forma de trato diferenciado que distingue entre individuos cercanos y distantes. Nussbaum argumenta contra esta posición señalando que un intelecto calculador —la figura por excelencia del deliberador público— es incapaz de emplear su imaginación para ponerse en el lugar de los demás (p. 102). Esta incapacidad hace al calculador miope frente al impacto diferenciado que ciertas situaciones o circunstancias pueden generar en distintos sujetos y le impide imaginar el contexto de los demás en toda su riqueza y matices. Nussbaum grafica esta crítica a través de varios casos que analiza en el capítulo final de *Justicia poética*. Uno de los más interesantes es el de Mary Carr (pp. 144-152), quien fue la primera mujer en trabajar en un taller de hojalatería para la General Motors Corporation. Ella sufrió durante cuatro años de acoso sexual y discriminación por razón de género de parte de sus compañeros de fábrica. El juez de distrito —quien tuvo a su cargo el caso en primera instancia— fue incapaz de imaginar y reconstruir la situación de agobio y acoso a la que era sometida Carr y, como resultado, falló a favor de General Motors. Nussbaum resalta la cerrazón de este juez cuando la compara con el ejercicio de empatía exhibido por el juez Richard Posner, quien conoció del caso en apelación. Ya sea en la vívida reconstrucción de los hechos del caso, como en su análisis —con elementos de ironía y sarcasmo— de la inacción de General Motors frente al problema, Posner muestra una auténtica actitud de ponerse en el lugar de Mary Carr. Dicha actitud finalmente resultó fundamental para fallar a favor de Mary Carr, sin romper por ello con su deber de imparcialidad como juez. La conclusión que puede seguirse de ello es que las emociones son necesarias para adquirir una perspectiva completa de los asuntos humanos, una en la cual se toma en cuenta el valor de ciertos bienes o personas para la vida individual (p. 102). Evidentemente un grado razonable de distanciamiento frente al objeto es necesario para que el juicio sea ecuánime, pero prescindir totalmente de la imaginación y las emociones conlleva resultados como la sentencia del juez de primera instancia del caso de Mary Carr.

VI. COMUNICAR LO INEXISTENTE

La segunda dimensión que quiero explorar está vinculada con las emociones, pero de una manera distinta. En su libro *Epistemic Injustice* (2007), Miranda Fricker plantea dos formas particulares de injusticia de tipo epistémico. Como la autora aclara, la noción de injusticia epistémica no se refiere a una teoría de la justicia aplicada a un tipo especial de bienes llamados epistémicos, como la información o la educación (2007, p. 1). Se trata, más bien, de una teoría sobre dos variantes especiales de injusticia de carácter epistémico, es decir, cuya injusticia radica en un detrimento cometido contra alguien en su capacidad de conocedor (*knower*). Las dos variantes de injusticia que analiza la autora son llamadas injusticia testimonial e injusticia hermenéutica. En términos sintéticos, podemos decir que en la injusticia testimonial se produce un perjuicio respecto de la credibilidad de ciertos sujetos; mientras que en la injusticia hermenéutica, el problema es uno de vacío respecto de los recursos interpretativos de los que dispone una sociedad para explicar determinado fenómeno (p. 1). Dos ejemplos pueden ayudarnos a aclarar el asunto: cuando un juez resta credibilidad al testimonio de un testigo por el hecho de que este proviene de un sector socioeconómico bajo¹⁵ o ejerce determinado oficio socialmente considerado como «deshonroso» o «indigno» (por ejemplo, la prostitución), tenemos un caso de injusticia testimonial, que, como Fricker agrega, ataca directamente la economía de la credibilidad del sujeto. Por su parte, cuando una persona no encuentra los recursos teóricos o expresivos para comunicar determinada experiencia y, por ello, es desacreditada por su interlocutor (que podría considerarla poco articulada, veleidosa o balbuceante), tenemos un caso de injusticia hermenéutica. El ejemplo escogido por Fricker es el del contexto previo a la aparición de la categoría sociolaboral de acoso sexual. En este escenario, los hombres y mujeres sometidos a constantes insinuaciones, provocaciones e incluso contacto físico no deseado, no lograban articular la experiencia de humillación y angustia propia del acoso sexual bajo una categoría unificadora. Sólo quedaba, entonces, el recurso a una narrativa no siempre articulada.

Sí bien en lo sucesivo quisiera concentrarme en la injusticia hermenéutica, es importante señalar algunas cosas sobre la injusticia testimonial. Como Fricker observa, en este caso la pérdida de credibilidad del hablante se produce por una forma de prejuicio de identidad (o prejuicio identitario) (2007, p. 4). Ello quiere decir que no se abordan factores cognitivos de parte del hablante para determinar si este goza de credibilidad, sino que la ausencia de la misma se debe a la imputación de ciertas características que provienen del grupo social al que el hablante pertenece. Para seguir

¹⁵ Sobran ejemplos de esto en nuestra historia: podríamos pensar en la poca credibilidad atribuida a los indios en la Colonia, debido al escaso grado de desarrollo moral y cognitivo que tanto criollos como españoles les imputaban (véase, entre otros, González, 1996).

con el ejemplo que comenzamos a presentar, una persona que ejerce la prostitución no es poco creíble porque tenga capacidades cognitivas reducidas, o porque no sea un testigo directo de ciertos sucesos, sino porque pertenece a un grupo social al que se imputa poca credibilidad. Lo interesante es que este déficit de credibilidad, producto de un prejuicio identitario, se hace posible a través de la imaginación social que se manifiesta como un prejuicio perjudicial, es decir, continúa Fricker, como una imagen distorsionada del tipo social. Nótese el rol que juega la imaginación en el esquema de la injusticia testimonial: cuando un interlocutor —pensemos en un juez— escucha que el hablante pertenece a cierta categoría social, una serie de preconcepciones y prejuicios comienzan a operar en su imaginario en tanto oyente. Así como en Nussbaum, la imaginación literaria podía funcionar como un vehículo de empatía y compasión, en la injusticia testimonial de Fricker, puede funcionar como el canal a través del cual se filtran idearios sociales y prejuicios respecto de determinados grupos. Sin embargo, el remedio que Fricker propone frente a ello la acerca bastante más de lo que se podría creer a la postura de Nussbaum: Fricker aboga por una forma de capacidad perceptual virtuosa (2007, pp. 72ss.), la cual es un complejo de saberes compuesto no sólo por reglas, sino también por formas de sensibilidad e improvisación, es decir, con un elemento performativo o actoral. Quien la ejerce es llamado «oyente virtuoso» (p. 76) y se caracteriza por no aplicar un conjunto de principios pre establecidos de credibilidad —por ejemplo, entendidos como ratios de credibilidad—, sino por ver a su interlocutor bajo cierta luz de credibilidad que puede ser contrarrestada, para evitar el prejuicio social, sólo cuando el testimonio no cumple con condiciones de sinceridad o autenticidad expresiva (cfr. Habermas, 1987), o cuando su plausibilidad epistémica es muy débil¹⁶. El objetivo es lograr, a nivel epistémico, bloquear la operación de los prejuicios como inhibidores de credibilidad y recanalizar el lugar de la imaginación desde los prejuicios hacia una comprensión más compleja del interlocutor. La implementación de estas exigencias epistemológicas e imaginativas es una cuestión harto compleja a la que Fricker dedica más de la mitad de su libro. Aquí, sin embargo, no es necesario entrar en los detalles del argumento. Más bien, resulta pertinente, ahora, pasar a analizar la injusticia hermenéutica.

Así, en la injusticia hermenéutica tenemos una insuficiencia de recursos interpretativos y lingüísticos para dar cuenta de cierta experiencia. Como menciona Fricker, citando a Nancy Harstock, aquí la experiencia del grupo dominado se encuentra estructurada por otros y de forma tal que dicha estructuración es funcional a los intereses de esos «otros»

¹⁶ Un ejemplo de cómo se puede ir acumulando evidencia en contra de una explicación que, *prima facie*, parece racional, puede encontrarse en la noción de racionalidad como consistencia que Donald Davidson presenta en artículos como «Incoherence and Irrationality» (2004).

indeterminados. En la lectura epistemológica de la tesis de Harstock, la estructuración del mundo de significados se da por una ventaja injusta que tienen unos para dotar de contenidos socialmente comprendidos a la experiencia social (Fricker, 2007, p. 147). En términos de Casuso (2016, 2017), tenemos una exclusión del espacio de las razones en el cual se generan los recursos expresivos e interpretativos sociales. El ejemplo que presenta Fricker para graficar su punto es relevante no sólo desde el punto de vista filosófico, sino también jurídico-judicial: a fines de los años sesenta no existía en los Estados Unidos comprensión y suficiente difusión social de fenómenos como la depresión postparto (Fricker, 2007, p. 149). Por ello, tanto las personas que lo sufrían como sus familiares y esposos culpaban a quien sufría de depresión por su debilidad o falta de afecto por el hijo recién nacido. No fue sino hasta la acumulación de literatura psicológica y a la difusión del tema en medios de comunicación que se llenó un vacío interpretativo donde antes existía incomprendición.

Ahora traslademos lo anterior a un ejemplo jurídico: para la determinación de la comisión del delito de infanticidio, en los términos del artículo 110 del Código Penal de 1991 (y antes de este, del artículo 155 del Código Penal de 1924) se toma en cuenta la presencia del llamado estado puerperal. Sin esta categoría, la depresión, que suele ir asociada a dicho estado, pertenecería a una compleja vivencia subjetiva muy difícil de comunicar a un juez. Al decaimiento anímico se suman malestares físicos e incluso tendencias suicidas y homicidas. Pero aun con el concepto de depresión postparto, el juez no puede aplicar mecánicamente dicha noción a partir de, por ejemplo, un periodo estrictamente temporal. Como estudios recientes muestran (Tungchama *et al.*, 2017; Trompenaars, Masthoff, van Heck, Hodiamont & de Vries, 2006), la prevalencia de depresión postparto puede ser mayor o variar drásticamente en diversas regiones geográficas y a través de distintos estratos sociales. Ello significa que al concepto —recurso hermenéutico— de depresión posparto se suman una serie de variables socioeconómicas, políticas y culturales que aún permanecen en la sombra expresiva y comunicable y que apenas comenzamos a conocer. Es por ello que un juez que enfrenta un caso de infanticidio no puede leer la expresión «bajo la influencia del estado puerperal» de una forma mecánica, como si se tratara de un intervalo temporal claramente determinado. Lo que los estudios citados nos muestran es que dicho periodo varía enormemente a partir de una diversidad de factores vinculados al universo emocional y social, así como a la historia de vida de cada madre. Sin un acercamiento empático a estas cuestiones tremadamente complejas —lo cual no sólo requiere de la apertura al mundo subjetivo de la madre, sino también de la validación del juez, empleando recursos y literatura científica especializada—, la respuesta judicial sería completamente insuficiente.

Dos puntos finales son relevantes aquí respecto de la injusticia hermenéutica. De acuerdo con Fricker, esta opera sólo cuando la experiencia difícil de comunicar, debido a la existencia de una laguna en los recursos hermenéuticos de una sociedad, nos parece injusta, y ello ocurre cuando la misma genera un mal a alguien (Fricker, 2007, p. 151). En ese sentido, si el derecho como subsistema social especializado tiene como idea rectora la de justicia, el juez comete una injusticia al no dar lugar o credibilidad a una experiencia no articulable bajo una categoría socialmente aceptada. En ese sentido, la apertura a una narrativa exploratoria sobre una experiencia «brumosa» no es sólo la facultad de un juez imaginativo y empático, sino el deber de justicia de todo operador jurídico. En suma, es lo que el mandato de justicia material requiere.

EMOCIÓN,
RACIONALIDAD Y
ARGUMENTACIÓN
EN LA DECISIÓN
JUDICIAL

EMOTION,
RATIONALITY AND
ARGUMENTATION
IN JUDICIAL
ADJUDICATION

VII. UN ESBOZO DE TEORÍA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LAS EMOCIONES Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A partir de todo lo desarrollado en las anteriores secciones, quiero trazar los lineamientos de una teoría general sobre la vinculación entre las emociones y el derecho. Para ello, primero presentaré la tesis principal de modo esquemático y a continuación profundizaré en algunos puntos.

La tesis básica es la siguiente: para realizar de manera adecuada los principios de una racionalidad discursiva (racionalidad-D) se requiere —en muchos casos, pero no en todos— de una inmersión en los aspectos emocionales o del empleo de una forma de imaginación empática. Dicha inmersión realiza o canaliza lo que Ancí & Sotomayor (2017) han llamado «punto de vista imparcial empático». Pero a su vez, dicha inmersión se guía por dos actitudes, o *predisposiciones performativo-cognitivas*: aquellas propias del espectador juicioso y las del oyente virtuoso. Asimismo, la teoría de las emociones aplicadas al ámbito de la decisión judicial es un caso especial de la teoría de las emociones en general. Esto quiere decir que la respuesta emocional óptima no es sólo aquella razonable —en el sentido de aceptable, es decir, la respuesta a la que arribaría un espectador juicioso que es, a la vez, un oyente virtuoso—, sino aquella que acepta los constreñimientos impuestos por las reglas y procedimientos del derecho, hasta el límite o umbral en el que la aplicación de una norma a un caso concreto generaría una forma de injusticia extrema, en cuyo caso el juez puede inaplicar las reglas del derecho. Con ello, parece que el umbral se determina por la respuesta emocional frente a la injusticia (este es un punto que aclararé en lo sucesivo). Este planteamiento del asunto reactualiza, por nuevos medios, la llamada «fórmula de Radbruch».

a. La racionalidad discursiva requiere que se tome en cuenta las emociones

Sotomayor y Ancí (2017, pp. 200ss.) defienden una teoría de la ponderación —de raigambre alexyana— que parte de la premisa de que, para la adecuada cuantificación del bienestar que produce una medida cualquiera, es importante que el juez asuma lo que los autores llaman un «punto de vista imparcial-empático». Así:

[...] autores como Harsanyi —citado por Scanlon— construyen teorías que cuantifican el bienestar pero valiéndose de funciones de utilidad Von Neumann- Morgenstern. Luego, sostienen que dos individuos gozan de un mismo nivel de utilidad, y, por ende, de bienestar si y solo si desde el punto de vista de un tercero imparcial ambas utilidades son indiferentes. El atractivo de esta propuesta radica en que la evaluación del tercero imparcial no está relacionada al descarte de circunstancias psicológicas o emotivas relevantes de cada uno de los individuos. En cierta medida, lo que exige esta variante de teoría subjetiva es que el juez asuma un punto de vista imparcial a la vez que empático con cada uno de los involucrados (por más contradictorio que esto pueda parecer *prima facie*). Se exige que el evaluador sea imparcial en su cuantificación final, pero que no lo sea en el acto de «ponerse en los zapatos» de cada uno de los electores de una configuración de bienestar (Ancí & Sotomayor, 2017, p. 202).

Con ello, parece ser que el acceso a las emociones o valoraciones de las partes es fundamental para la adecuada cuantificación de los efectos (ya sean beneficios o perjuicios) producto de determinadas medidas. En ese sentido, el punto de vista empático es una condición fundamental para que una decisión jurídica sea imparcial y pondere adecuadamente los bienes en conflicto.

b. El juez razonable es un espectador juicioso y oyente virtuoso

Que las emociones puedan ser tomadas en cuenta en los procesos de argumentación y decisión jurídica no significa que se acepte cualquier tipo de emoción¹⁷, o cualquier tipo de reacción emocional como justificación de la acción. Nussbaum se enfrenta al mismo problema aquí planteado y para su solución recurre a la noción de «espectador juicioso», tomada de Adam Smith (Nussbaum, 1997, pp. 107-114; 2016, pp. 52-56). Como Nussbaum señala, pensar en el espectador juicioso nos brinda un adecuado dispositivo de «filtrado» de las emociones para

17 Una distinción semejante a la de Nussbaum se encuentra en Lariguet (2017, p. 161), quien distingue entre instintos y apetitos básicos, como el hambre y la sed, apetitos y sensaciones más complejas como el placer y el dolor, y emociones propiamente dichas, en las que el componente cognitivo es mucho más importante.

seleccionar aquellas que juegan un papel importante tanto en la vida pública como en un caso concreto. Así, el espectador juicioso es (i) un espectador, es decir, no participa directamente de los hechos, «aunque se interesa por los participantes como un amigo preocupado» (1997, p. 108). El no participar directamente de los hechos (ii) permite al espectador juicioso escrutar la escena con el distanciamiento mínimo necesario para la imparcialidad. En la medida que las acciones concretas no comprometen su seguridad o felicidad, no empleará aspectos e información de los hechos de forma tal que favorezca a sus objetivos. (iii) En tercer lugar, sigue Nussbaum, una de las facultades morales principales del espectador juicioso consiste en su imaginación. Esta le permite ingresar al mundo subjetivo de las partes involucradas y, así, escrutar la racionalidad —o falta de la misma— de sus respuestas emocionales. Finalmente, el espectador juicioso (iv) está inmunizado frente a emociones que se producen por cogniciones o percepciones falsas. Por ejemplo, si el sujeto A reacciona con ira en contra de B, por la que considera que es una agresión a su madre que en realidad no se produjo, el espectador juicioso no podrá compartir la ira de A, a pesar de que comprenderá el origen de la misma.

Los cuatro elementos deben dar como resultado un grado de compasión que resulte compatible con un acceso empático y una forma de evaluación externa. En gran medida, la compasión resultante consiste en un experimento mental, por el cual, el espectador juicioso se pregunta qué es lo que sentiría él si estuviese inmerso en la misma situación de la persona analizada, pero contemplando dicha situación desde la serenidad de la razón y el juicio presente (1997, pp. 109, 111). Al resultado de este equilibrio, tanto Nussbaum como Smith, lo llaman «emociones apropiadas».

Pero además, el espectador juicioso goza de una predisposición performativa y cognitiva que conforma una teoría socialmente situada sobre la credibilidad de los sujetos a quienes escucha (Fricker, 2007, p. 72). Ello lo convierte en un oyente virtuoso. Para el logro de esta disposición (i) el oyente virtuoso otorga credibilidad al testimonio y expresión de emociones de sujetos variados. Ello significa que se encuentra alerta a la posible operación de prejuicios y a la aplicación acrítica de estereotipos negativos y, cuando estos aparecen, trata de neutralizarlos (p. 92). En términos habermasianos, podríamos decir que el oyente virtuoso parte de una presunción de autenticidad expresiva de parte de quienes reproducen su experiencia emocional. Asimismo, (ii) el oyente virtuoso trata de aplicar una forma de *epoché testimonial*¹⁸, por la cual suspende su juicio moral respecto de la narración o relato del protagonista, hasta que este ha concluido la narración y se ha reflexionado sobre los factores

18 Sobre la dimensión ética de la *epoché* husseriana, véase Rizo-Patrón (2015, pp. 99ss.).

relevantes. Finalmente, (iii) el oyente virtuoso permanece atento a la comunicación de experiencias aparentemente desarticuladas. Antes de culpar al sujeto que reproduce su experiencia —por ser balbuceante o confuso—, el oyente virtuoso se pregunta si la experiencia que se le trata de comunicar es difícil de enmarcar en algún término o categoría lingüística, conceptual o teórica. En ese sentido, cuando sea necesario, el oyente virtuoso cambia el registro discursivo (por ejemplo, de una forma de alegato a la de la narración de una anécdota), o interviene más activamente generando confianza en el sujeto para que este continúe con la reproducción de su experiencia narrativa y/o emocional (Fricker, 2007, p. 172).

c. El rol de la imaginación, empatía y compasión

A pesar de que una teoría sobre las emociones debe tomar en cuenta a cada una de las variedades de emociones que experimenta un ser humano, dos de ellas —complementadas con la imaginación, que trataré aquí como una disposición— son centrales para el desarrollo de una teoría sobre el rol de las emociones en los procesos de toma de decisiones jurídicas. En ese sentido, aquí nos detendremos en la empatía y en la compasión.

En primer lugar, a partir de la superación de la definición de autores como Sober y Wilson, Snow propone conceptualizar la empatía, siguiendo las intuiciones compartidas por filósofos y psicólogos, del siguiente modo: «[La empatía consiste en] sentir una emoción que es similar a la emoción que otro sujeto siente» (2000, p. 66). Esta definición genérica requiere de dos modificaciones: (a) «empatía» significa, en parte, «sentir una emoción que es similar a la emoción que otro siente [precisamente] porque el otro la siente» (Snow, 2000, p. 67). Asimismo, (b) algunos sostienen que la simple experimentación de una emoción porque otro la siente no es una condición suficiente (o incluso necesaria) para la empatía. Más bien es necesario que uno crea que el otro está sintiendo la emoción y que, a la vez, crea que siente la emoción porque el otro también la siente. Con ello, la definición se puede especificar del siguiente modo:

[...] S empatiza con la experiencia de O de la emoción E si y solo si: (a) O siente E; (b) S siente E porque O siente E; y (c) S sabe o comprende que O siente E. La condición (b) debe ser entendida como significando que algún hecho acerca de O, o una señal perceptual de O que es recibida por S, desencadena la empatía de S por O, si ciertas condiciones de fondo son satisfechas. Una condición adicional, (d) S comprende que S siente E porque O siente E no es necesaria ni suficiente para la empatía, pero indica una forma cognitivamente sofisticada de la misma (Snow, 2000, p. 68, traducción propia).

Esta definición nos brinda los primeros elementos para realizar un avance sobre nuestra investigación. A partir de la misma, Snow analiza un conjunto de mecanismos psicológicos que explicarían cómo la identificación empática se produce:

- (i) Adam Smith creía que la empatía es producto de una forma de proyección imaginativa por la cual quien empatiza imagina cómo él mismo se sentiría si estuviese en la situación del sujeto por el cual siente empatía.
- (ii) Dando un paso más en el nivel de inmersión, Alvin I. Goldman y Robert M. Gordon consideran que, cuando uno empatiza, simula cómo el sujeto se siente en la situación en la que se encuentra: ya no se trata del agente imaginando su respuesta emocional, sino de imaginar la propia situación y reacción emocional del sujeto por quien se siente empatía: «When I empathize, I bracket my beliefs and feelings, and imagine being you, with your beliefs and feelings» (Snow, 2000, p. 71).
- (iii) Finalmente, Hume ofrece una teoría compleja sobre la empatía por la cual empatizo cuando observo comportamientos o circunstancias de un sujeto e infiero, a partir de mi observación, que dicho sujeto está experimentando una determinada emoción. Lo que legitima mi inferencia es que correlaciono mi propio comportamiento con estados emocionales que experimento o con mis reacciones emocionales en situaciones similares. Pero, adicionalmente, en Hume son importantes tanto la observación e inferencia como el recuerdo y la contigüidad física (sobre los tres mecanismos, véase Snow, 2000, p. 71).

El análisis de los mecanismos psicológicos por los que se produce la empatía nos permite comprender la distinción que algunos autores proponen entre empatía cognitiva y afectiva (Maibom, 2014). De acuerdo con esta distinción, en la empatía cognitiva se podría pensar en las emociones de otros sujetos sin experimentar directamente dichas emociones. Frente a ello, la empatía afectiva es más intensa pues, al pensar en los estados emocionales de los otros, se experimenta sus mismas emociones o emociones aproximativamente iguales. En este panorama, la pregunta relevante para nuestra investigación es por el tipo de empatía que debe exhibir el espectador juicioso/oyente virtuoso de nuestra teoría. Propondré, entonces, un sujeto empático más cercano al sentido de Adam Smith que al de Goldman y Gordon, pero adoptando algunas modificaciones.

Así, la empatía del espectador juicioso/oyente virtuoso debe ser producto de una proyección imaginativa por la cual quien empatiza

EMOCIÓN,
RACIONALIDAD Y
ARGUMENTACIÓN
EN LA DECISIÓN
JUDICIAL

EMOTION,
RATIONALITY AND
ARGUMENTATION
IN JUDICIAL
ADJUDICATION

imagina cómo se sentiría un ser humano razonable¹⁹ si estuviese en la situación del sujeto bajo análisis. La versión de empatía cognitiva que aquí se defiende, entonces, es tanto situacional como dependiente de un estándar de ser humano razonable. Finalmente, la misma definición de empatía cognitiva aquí propuesta nos permite distinguir a esta de la compasión, la cual es la segunda emoción relevante para nuestra investigación.

En contraposición a la variante de empatía cognitiva aquí defendida, la compasión toma en cuenta la reacción emocional de un sujeto al modo de la teoría de Goldman y Gordon, pero no para «ponerse en sus zapatos» y adoptar la misma emoción de dicho sujeto, sino para ajustar nuestro nivel de reproche o mitigar la dureza de nuestro juicio respecto de sus acciones. En la película *A Time To Kill* de 1996, Matthew McConaughey interpreta a Jake Brigance, un joven abogado que defiende a Carl Lee (Samuel L. Jackson) en un juicio por el asesinato de dos hombres que habían violado a su hija de 10 años. En su alegato final, luego de un preámbulo genérico ante el jurado, Brigance señala lo siguiente:

[...] Now I wanna tell you a story. I'm gonna ask ya'all to close your eyes while I tell you this story. I want you to listen to me. I want you to listen to yourselves.

This is a story about a little girl walking home from the grocery store one sunny afternoon. I want you to picture this little girl. Suddenly a truck races up. Two men jump out and grab her. They drag her into a nearby field and they tie her up, and they rip her clothes from her body. Now they climb on, first one then the other, raping her, shattering everything innocent and pure —vicious thrusts— in a fog of drunken breath and sweat. And when they're done, after they killed her tiny womb, murdered any chance for her to bear children, to have life beyond her own, they decide to use her for target practice. So they start throwing full beer cans at her. They throw 'em so hard that it tears the flesh all the way to her bones —and they urinate on her.

Now comes the hanging. They have a rope; they tie a noose. Imagine the noose pulling tight around her neck and a sudden blinding jerk. She's pulled into the air and her feet and legs go kicking and they don't find the ground. The hanging branch isn't strong enough. It snaps and she falls back to the earth. So they pick her up, throw her in the back of the truck, and drive out to Foggy Creek Bridge and pitch her over the edge. And she drops some 30 feet down to the creek bottom below.

¹⁹ La noción de «ser humano» en lugar de «hombre razonable» se plantea como un mecanismo para esfumar los efectos heteronormativos y eurocéntricos que históricamente han estado ligados a la segunda noción. En ese sentido, su empleo sirva para enfatizar que el agente respecto del cual se compara la reacción emocional del sujeto bajo análisis no tiene características propias de un sexo, género, clase social u otro tipo de identidad que pueda mitigar la universalidad de su reacción. En suma, se trata de una propuesta débil, en el sentido de no comprometida con ninguna doctrina comprehensiva o identidad completa.

Can you see her? Her raped, beaten, broken body, soaked in their urine,
soaked in their semen, soaked in her blood —left to die.
Can you see her? I want you to picture that little girl.
Now imagine she's white.
The defense rests your honor.²⁰

Pocos discutirían, al menos en nuestro sistema penal, la responsabilidad penal de Carl Lee. Sin embargo, la estrategia de su abogado no apunta a los elementos conformantes del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino a cuán reprochables o condenables son sus actos. La narración de Brigance es tan vívida precisamente porque lo que busca es una inmersión primero imaginativa y luego emocional en la experiencia de Lee. El asesinato de los violadores no está justificado desde el punto de vista de un ser humano razonable, pero es comprensible desde el punto de vista de un padre afroamericano que, además de vivir en un Estado racista como Mississippi, ha soportado el dolor y angustia de lo que le ocurrió a su hija (Cfr. Nussbaum, 2016, p. 18). La compasión, entonces, es un mecanismo para evitar la revictimización o evitar profundizar el daño que ya viven las partes en el marco de procesos judiciales. Su función permite acceder al universo subjetivo de las mismas y, a pesar de no justificar sus acciones, comprenderlas desde una nueva luz y actuar en conformidad con ello. En conclusión, a pesar de ser residual, el rol de la compasión sigue exhibiendo gran importancia para nuestra teoría.

EMOCIÓN,
RACIONALIDAD Y
ARGUMENTACIÓN
EN LA DECISIÓN
JUDICIAL

EMOTION,
RATIONALITY AND
ARGUMENTATION
IN JUDICIAL
ADJUDICATION

d. La injusticia extrema se determina, en algunos casos, por la respuesta emocional frente a ciertos hechos

Parece importante distinguir entre dos formas de injusticia extrema que no han sido diferenciadas adecuadamente: (a) por un lado, podemos hablar de la injusticia extrema de la norma o regla, en cuyo caso se condena el contenido de la misma como resultado de la interpretación de una disposición normativa²¹. Ejemplos de esta forma de afrontar el problema los encontramos en Radbruch, en las objeciones de Hart (1983) a la llamada *fórmula de Radbruch* y en recientes análisis de Alexy a propósito de su teoría sobre la doble dimensión del derecho (2001, 2010b). Por su parte, (b) es posible hablar de una forma de injusticia extrema en la aplicación de una norma o regla. En este caso, al menos *prima facie*, no se cuestiona la validez o justicia de la norma *in abstracto*, sino las consecuencias extremadamente injustas de su aplicación a un caso concreto.

20 La transcripción del alegato final de Brigance fue tomada del siguiente sitio web:
http://www.script-o-rama.com/movie_scripts/t/time-to-kill-script-transcript.html (consulta realizada el 22 de abril de 2017).

21 Sobre la distinción aquí empleada entre disposición y norma, véase, entre otros, (Chiassoni, 2011, pp. 7-18).

La tesis, entonces, se puede formular del siguiente modo. Para la determinación de la injusticia extrema en la aplicación de una norma o regla *prima facie* justa se requieren dos elementos: (i) una teoría moral que nos brinde el estándar para distinguir actos justos de injustos (un conjunto de principios de justicia, en el vocabulario más contemporáneo del constructivismo rawlsiano), y (ii) una reacción emocional frente a dicha injusticia, la cual otorga el suplemento para pasar de la mera injusticia hacia la injusticia extrema²². Usualmente, dicha reacción emocional se canaliza en dos emociones de corte reactivo²³ a las que aún no nos hemos referido: la ira o cólera, y la indignación.

Como la discusión sobre la ira ha mostrado a lo largo de la historia (Nussbaum, 2016, pp. 14-56), en ella se combina el dolor por un mal infringido a un sujeto —que puede ser la misma víctima o alguien cercano a su círculo de interés y preocupación— y una forma de placer por la retribución futura del mal injusto. Es decir, en la ira se combinan dolor y una expectativa de venganza que no necesariamente tiene que exhibir un carácter físico. El deseo de retribución genera una forma de placer imaginativo en el sujeto, pues elucubra que quien produjo la ofensa terminará pagando —tarde o temprano— por sus actos: ya sea porque de esta manera se restablece una suerte de equilibrio cósmico, o porque se restablece el estatus del sujeto agraviado (Nussbaum, 2016, pp. 21ss.). Sin embargo aquí tenemos un problema para nuestra teoría. Si en la injusticia extrema producto de la aplicación de una norma quien produce el mal no es un sujeto sino un objeto inanimado y no intencional como una norma, entonces, ¿cómo puede pagar por sus actos? Nussbaum reconoce que la ira puede estar dirigida a objetos inanimados y que ello se produce porque existe una expectativa irracional de que dichos objetos respeten nuestras acciones e intenciones y colaboren con ellas (2016, pp. 18ss.). Por ejemplo, cuando un sujeto patea —por ira y no porque crea que con ello la máquina se reactivará— una máquina expendedora de golosinas porque esta no le ha devuelto su cambio, su acto es llanamente irracional, pero parte de una imputación de capacidad moral a un objeto inanimado. Lo mismo puede ocurrir con las normas o reglas. Pero así como no pensamos en una venganza contra una máquina expendedora de golosinas por no devolvernos el cambio, nuestra dimensión retributiva o prospectiva (*forward-looking*) de la ira contra una norma extremadamente injusta no nos hace pensar en vengarnos de dicha norma (además, ¿cómo sería posible hacerlo?), sino en modificarla, inaplicarla o revertir una aplicación pasada que resultó en una injusticia extrema.

22 Ello no obsta para que puedan darse supuestos de injusticia extrema en la formulación abstracta de la norma. En estos casos, no se requiere de una reacción emocional, debido a que el análisis mismo de las características abstractas de la norma nos mostraría su nivel de injusticia. Agradezco a uno de los revisores anónimos por permitirme aclarar el punto.

23 Sobre la noción de sensaciones y actitudes reactivas, véase Strawson (2008, pp. 6-7).

La ira contra una aplicación extremadamente injusta de una norma nos debería llevar a revertir la situación mediante una decisión distinta que modifique los casos de injusticia (Nussbaum, 2016, pp. 29-31). En la terminología de Nussbaum, aquí estamos frente a un caso de «Ira-Transicional» (*Transition-Anger*), pues el énfasis no está puesto en la retribución del mal infligido, sino en las formas de repararlo, disminuirlo o disiparlo en el futuro: «If [...] the entire content of the person's anger is "This is outrageous, and how shall things be improved?" or "This is outrageous, and we must commit ourselves to doing things differently," the anger is indeed Transition-Anger» (p. 37). Es por ello que la ira, en este sentido cognitivo-racional y prospectivo (*forward-looking*), es central para determinar la injusticia extrema en la aplicación de una norma²⁴.

Se podría objetar a la tesis aquí presentada lo siguiente: en la injusticia extrema que se produce en la aplicación de una norma, no puede ser el caso que la norma aplicada vulnere un principio elemental de justicia, porque en ese supuesto su injusticia no residiría en la aplicación, sino en la formulación normativa abstracta. En suma, se trataría de un caso de injusticia extrema de la norma o regla y no de aplicación de la misma. Para hacer frente a esta objeción, podemos proponer un ejemplo: imaginemos una regla X que en su formulación abstracta no parece contradecir —al menos no de manera extrema, que es lo aquí relevante— algún principio de justicia. Dicha norma puede, por ejemplo, promover una visión formal de la igualdad entre sexos. Sin embargo, en su aplicación práctica, el operador jurídico podría formular lo que autores como Katharine T. Bartlett (2011, pp. 32-51) han llamado «la pregunta por la mujer» o, en general, por el excluido. Una vez formulada dicha pregunta, la respuesta ofrecida por la norma podría aparecer como injusta desde un principio material de igualdad, con lo que el primer requisito para la determinación de la injusticia extrema en la aplicación ya estaría satisfecho.

La indignación es la segunda emoción reactiva (Nussbaum, 2016, p. 46), aunque en este caso moralmente positiva (Neblett, 1979, pp. 139, 145), relevante para la tesis sobre la injusticia extrema en la aplicación de una norma. Como señala Neblett, en este caso nos encontramos frente a una suerte de conglomerado variado de sensaciones que son reconducidas al término general «indignación». Por ejemplo, cuando se clasifica la indignación de acuerdo con el objeto contra el cual se dirige, es posible sentir indignación por actos institucionales, dentro de los cuales podríamos colocar al acto de aplicar una norma y, con ello, producir un resultado injusto. En todo caso, (i) el primer elemento unitario de esta

24 A esto también se refiere Nussbaum cuando habla de una tercera vía para canalizar el aspecto positivo de la ira; podemos, señala Nussbaum, buscar disuadir en el futuro a las conductas del tipo del que generó el daño (2016, p. 28).

variopinta colección de instancias es que todas comparten una reacción de condena frente a una acción que se considera desplorable. Aquí plantearé (ii) una restricción a la definición de indignación, consistente en que la condena moral se dirige a una acción que tiene carácter intencional. Evidentemente, se puede hablar de una forma genérica de indignación frente a la naturaleza o frente al azar, pero estas formas no serán de interés en la presente discusión.

Una última (iii) restricción de la noción de indignación que aquí se discute consiste en que la misma se produce como resultado de la vulneración de una norma que se considera legítima en una comunidad ética dada. Por ejemplo, no es relevante la indignación producto de una expectativa ilegítima por parte del sujeto, como en el caso de un conductor que se indigna porque se le haya puesto una papeleta por pasarse un semáforo en rojo.

Con estos elementos, podemos señalar que la injusticia extrema en el caso de la aplicación de una norma consiste en que, mediante esta, el juez o tomador de decisión ha vulnerado una norma o principio que se considera mucho más importante que el valor de la seguridad jurídica para el caso concreto. En otras palabras, lo que genera la indignación es (i) la aplicación intencional (ii) de una norma a un caso concreto, (iii) a sabiendas de que la misma producirá una injusticia extrema. La reacción de indignación permite, como en el caso de la ira, una transformación positiva en el sentido de revertir la situación que ha generado la emoción. Por ejemplo, se podría inaplicar la norma por considerar un conjunto de principios jurídicos (o jurídico-morales) superiores que sobrepasan con creces el valor de la seguridad jurídica²⁵.

VIII. DOS EJEMPLOS

En esta última sección mostraré dos ejemplos que grafican aspectos de la teoría sobre la relación entre las emociones y el razonamiento jurídico y judicial. El primero de ellos es el del Pleno Casatorio Civil²⁶ por el caso de derrame de Mercurio en Choropampa (Cajamarca) producido en el año 2000, el cual involucró a la empresa minera Yanacocha. En el proceso se analiza la demanda de indemnización presentada por

25 Es importante mencionar que, dado que el presente artículo no tiene como principal objetivo la discusión del principio de seguridad jurídica, aquí se asume una comprensión más bien tradicional del mismo, de corte formal, y asociado a lo que autoras como Lifante han llamado previsibilidad. Para teorías más sustantivizadas de la seguridad jurídica, véanse Lifante (2013) y MacCormick (1999). En el caso de MacCormick, el centro de su tesis se articula alrededor de la vinculación entre la argumentación jurídica y la retórica, de un lado, y el Estado de Derecho, y su garantía del derecho de defensa, por otro lado. Finalmente, es importante agregar que, si asumimos propuestas como la de los autores mencionados en esta nota, la tesis fuerte del conflicto entre principios jurídico-morales y la seguridad jurídica presentada en este trabajo, se podría moderar.

26 El texto completo del Pleno Casatorio se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444/Primer+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MO=D=AJPRES&CACHEID=09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444> (Consulta el 9 de mayo del 2017).

Giovanna Quiroz, en representación de sus hijos, por responsabilidad civil extracontractual. Los hechos se pueden resumir en los siguientes puntos: el 2 de junio de 2000 se produjeron dos derrames de mercurio (i) cerca del poblado de San Juan, y (ii) de Chotén, La Calera, entre otros. Los pobladores recogieron dicho mineral e incluso lo almacenaron en sus casas, sin conocer los efectos nocivos que una sustancia tóxica como el mercurio puede producir en el organismo²⁷. En algunos casos existió una negativa a devolver los restos de mineral al personal de la compañía y, en otros, Yanacocha llegó a celebrar transacciones extrajudiciales con los pobladores. En dichas transacciones, se establecía montos que debían servir para reparar el daño a la salud producido por la exposición al mercurio²⁸. Como se sabe, de acuerdo al artículo 1302 del Código Civil, «La transacción tiene valor de cosa juzgada» por lo que, en principio, no cabía un pronunciamiento judicial en el caso. De hecho, en el marco del proceso, Yanacocha interpuso la excepción de conclusión del proceso por transacción²⁹. Ahora bien, (i) el artículo 1305 establece que «sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción». Como señalan Osterling y Castillo Freyre «los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no constituyen objeto de transacción [...] todo lo concerniente a la persona humana [...] (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo) [...] Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles» (s.f., p. 13); y (ii) en tanto acto jurídico³⁰, la transacción extrajudicial debería, en principio, poder ser cuestionada en referencia a su posible nulidad (Osterling & Castillo Freyre, s.f., p. 7).

Con arreglo al punto (ii) del anterior párrafo, resulta conveniente revisar las causales que pueden provocar la nulidad de un acto jurídico. Las mismas se encuentran en el artículo 219 del Código Civil, que en su inciso 1, se refiere a la falta de manifestación de voluntad del agente. Como señala Lizardo Taboada, la declaración de voluntad requiere de la configuración de dos voluntades, una declarada —que es el contenido del negocio jurídico— y una segunda que es la voluntad de declarar, a su vez dividida en la voluntad del acto externo y el conocimiento del valor declaratorio (1988, p. 71). A continuación el profesor Taboada ofrece

27 Sobre los efectos nocivos del mercurio, véase Defensoría del Pueblo (2001, p. 13).

28 Un fragmento de la transacción entre Yanacocha y Giovanna Quiroz señala lo siguiente: «Se estipuló como monto total de la indemnización la suma de S/. 2 625.00 Nuevos Soles, el cual, según la cuarta cláusula, cubría el daño emergente, lucro cesante, daño físico o moral y cualquier otro daño producido por el derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio de 2000» (Pleno Casatorio, fundamento jurídico 5, p. 18). Es importante agregar que los montos fueron luego modificados por adendas en las que se incrementaba la indemnización.

29 En el proceso se discutió si la transacción extrajudicial puede interponerse como una excepción procesal o si, más bien, se trata de una defensa de fondo. El problema se origina por el hecho de que el artículo 453 del Código Procesal Civil se refiere solamente a la transacción judicial (Pleno Casatorio, fundamento jurídico 16, pp. 29-30). La conclusión de la Corte Suprema sobre este tema es que la Transacción Extrajudicial sí se puede interponer como defensa de forma (fundamento jurídico 29, p. 38).

30 Que la transacción sea un acto jurídico es un tema de discusión en la doctrina civil, pero una respuesta sobre el tema escapa a la temática del presente artículo (Pleno Casatorio, fundamentos jurídicos 9 y 10, p. 24).

una lista de los supuestos que, desde su punto de vista, resulta interesante analizar: la incapacidad natural, el error obstativo, la declaración hecha en broma y la violencia (1988, pp. 71-72). Aquí quiero argumentar que Taboada no considera el caso de la voluntad declarada, pero con desconocimiento de (i) aspectos importantes asociados a los hechos que originan el ofrecimiento de celebración de un negocio jurídico de una de las partes, y (ii) las posibles consecuencias asociadas a estos hechos. Una figura cercana a este caso es la de una gran asimetría de información entre las partes y es, además, el supuesto que mejor describe los hechos del caso de las transacciones de Yanacocha.

Respecto de la cuestión de la transacción extrajudicial como excepción, la Corte Suprema construye su argumento a partir de la Teoría de los Actos Propios que, citando a Mario Castillo, caracteriza como «[...] una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza» (la Corte, citando a Castillo Freyre, fundamento jurídico 40, p. 46). Desde su punto de vista, la Sra. Quiroz estaría desconociendo los efectos de las transacciones celebradas con Yanacocha mediante la demanda de indemnización, y, además, habría ocultado tales hechos en su escrito. En todo caso, concluye, se debió solicitar primero la nulidad de las transacciones, en tanto actos jurídicos, y luego recién solicitar una indemnización (fundamento jurídico 50, p. 53).

Asimismo, la Corte descarta el argumento de la eventual lesión producida por las transacciones extrajudiciales. La Sra. Quiroz sostenía que dichas transacciones aprovechaban un estado de necesidad apremiante en los afectados —como dispone el artículo 1447 del Código Civil—, pero la Corte considera que este argumento no está suficientemente respaldado ni desarrollado. En uno de los pasajes más cuestionables del Pleno se lee lo siguiente:

[...] se verifica que tanto la demandante como su cónyuge, tienen la condición de profesores, ergo, al no estar incapacitados cultural o legalmente, no se halla elemento impediente [sic.] alguno para no hayan podido apreciar los hechos con claridad. Y no es que se les esté exigiendo, en este caso, el haber tenido o desplegado una capacidad de análisis de juristas o peritos, sino tan solo nos remitimos al sentido común que todo profesional tiene y que le permite formarse un juicio sobre la realidad que lo rodea y de ese modo saber qué actos le son más o menos ventajosos a sus intereses personales (fundamento jurídico 55, p. 55).

Finalmente, la Corte analiza la eventual invalidez de las transacciones por tener como objeto derechos extrapatrimoniales, como el derecho a la salud. Al respecto, señala que:

De acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil vigente, lo que en realidad se transó en el caso *sub judice*, no es sobre la salud sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron la accionante y sus menores hijos, al igual como ocurrió con otros pobladores del lugar (fundamento jurídico 69, p. 63).

Con ello, la restricción de transar sobre derechos patrimoniales a la que se refiere el artículo 1305 del Código Civil está pensada para «[...] todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero [...]» (fundamento jurídico 71, p. 64). Se menciona como ejemplos los derechos familiares (nadie puede transar para ser hijo o padre de otro sujeto) o la prohibición de «transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH» (fundamento jurídico 71, p. 64). Sobre este último caso, la Corte señala que este sí es un ejemplo en el que la transacción vulnera el derecho a la salud. A diferencia de dicho supuesto, en las transacciones de la Sra. Quiroz y Yanacocha, estas no tienen como objeto a la salud en sí misma pues, por ejemplo, no hay una cláusula por la cual una parte adquiere el derecho a dañar a la otra (imaginemos, estableciendo que trague determinada cantidad de mercurio). En todo caso, el objeto de la transacción consiste en la indemnización de las consecuencias asociadas a un hecho como el derrame de mercurio. Por este y los argumentos anteriores, la Corte declara infundado el recurso de casación.

He expuesto con cierto detalle el caso porque permite desarrollar varios de los aspectos de la teoría propuesta. Desde luego, aquí no entrará en el análisis doctrinario-civil de los conceptos involucrados, a pesar de que dicho análisis resulte central para dar una adecuada solución. Como se ha señalado en anteriores secciones, la teoría de las emociones en el derecho es un caso especial de la teoría general de las emociones, pues su relevancia está supeditada al cumplimiento y respeto de restricciones procesales y doctrinarias. Asimismo, en los comentarios que se ofrecen a continuación, será central una consideración sobre la fenomenología de la decisión judicial, más que sobre el producto textual de la argumentación. En buena cuenta, la teoría de las emociones en la decisión constituye una serie de pautas teóricamente justificadas que nos dicen que los jueces deberían arribar a una solución justa y fundada en derecho siguiendo ciertos pasos, más que una teoría sustantiva sobre el sentido en que las cortes se deben pronunciar.

Con estas consideraciones presentes, un primer punto que resulta necesario explorar es el de la imaginación judicial para resolver el caso. Como mucha de la literatura sobre las relaciones entre las emociones, por un lado, y el derecho y la decisión judicial, por otro, ha argumentado convincentemente, la vía regia de acceso imaginativo a las circunstancias

de un caso es la literatura y, en especial, la de tipo realista (Nussbaum, 1997, pp. 29ss.; Lariguet, 2017, p. 167). Esta permite una inmersión en contextos y mundos que son parcial o totalmente ajenos a los del tomador de decisiones. Mediante la conexión literaria, dos sujetos se vinculan más allá de su pertenencia común al género humano. En términos de Nussbaum, la imaginación literaria es idónea para producir una forma de conexión *eudaimónica* entre las partes. Ello quiere decir que, mediante el ejercicio literario-imaginativo de pensar en las condiciones de vida del sujeto de su análisis, el tomador de decisiones se comienza a preocupar por su bienestar y por las injusticias de su vida, sintiéndolas como propias. Incluso sin dar el salto imaginativo producto de la integración de la literatura en el proceso decisorio, la Corte Suprema pudo analizar el contexto a partir de datos socioeconómicos ofrecidos por el Informe de la Defensoría del Pueblo (2001) a propósito del derrame de mercurio. En dicho informe, la Defensoría concluye que las localidades afectadas pertenecen a un estrato socio-económico bajo, con una educación, acceso a servicios de salud y de prestación de servicios deficiente (p. 9).

A esta situación de pobreza se suma la operación de grandes empresas mineras en la región, lo cual ha sido un tema presente no sólo en los análisis sociológicos y antropológicos³¹, sino también en la literatura. Novelas como *Redoble por Rancas* de Manuel Scorza grafican con crudeza las complejas relaciones entre empresas mineras y comunidades locales en nuestra historia. Aunque el relato tiene lugar en Cerro de Pasco, gran parte de los patrones en la relación entre empresas y comunidades se repiten también en Cajamarca. En la novela de Scorza, somos testigos de cómo la guardia civil, jueces y párrocos establecen una relación de clientelaje con la Cerro de Pasco Corporation, mientras que los comuneros aparecen abandonados a su suerte y sólo les queda la lucha por no perder sus terrenos y ganado³².

La indignación de los comuneros ante los abusos de la empresa minera es omitida por las autoridades y, entonces, la indignación contra una empresa se torna en una indignación estructural contra un sistema que los excluye y no escucha sus reclamos. En términos de Fricker, su testimonio no es tomado en cuenta o, si lo es, es minimizado o estigmatizado, constituyendo una auténtica instancia de injusticia testimonial. Por todo ello, resulta curioso que el tenor del Pleno Casatorio Civil sea el de una empresa minera —en este caso Yanacocha— que se ha visto sorprendida (¿hasta estafada?) por comuneros que reclaman una indemnización después de ya haber recibido dinero por parte de la empresa. El tenor

31 Véanse, entre otros, Barclay y Santos (2010), Tanaka (2012); para un planteamiento de la problemática en términos de ontología social, véase Viveiros de Castro (2004).

32 En uno de los pasajes más enérgicos de la novela, Don Fortunato dice a los demás comuneros: «¡Miren lo que nos hace “La Cerro”! [...] No se conforma con cercar nuestras tierras. Matan a nuestros animales con sus perros. ¡Pronto nos matarán a todos! ¡Pronto no quedará nadie! ¡Pronto cercarán al mundo!» (Scorza, 1983, p. 149).

de la resolución exhibe una notoria falta de conocimiento y sensibilidad respecto del fenómeno de la minería en el Perú y de los abusos que históricamente han estado relacionados a los proyectos mineros. No se trata, desde luego, de inclinar la balanza a favor del argumento de la Sra. Quiroz, sino de tomar en cuenta *imaginativamente* los factores y aspectos asociados a una relación conflictiva y que se presta al abuso, como la de las mineras y las comunidades³³.

Al factor de los abusos y alianzas entre el gobierno y las empresas mineras, se suma un segundo elemento imaginativo-empático. La Corte no debería establecer las condiciones de manifestación de la voluntad en las transacciones extrajudiciales desde la perspectiva abstracta y vacía que permite un análisis libre de contexto. Desde el punto de vista de comunidades históricamente excluidas, la posibilidad de recibir un monto —aunque mínimo— por un daño generado es ya una forma de resarcimiento muy superior a la usual impunidad experimentada ante las vulneraciones de derechos. Si a ello sumamos un estado de necesidad asociado a los gastos médicos en comunidades aisladas, tenemos como resultado fuertes condicionantes asociados a la decisión, los cuales permiten afirmar que, en el caso de las transacciones, Yanacocha había manipulado —y hasta configurado— el espacio de las razones (Forst, 2014; Casuso, 2017) en el que operó la decisión restringida (y en gran medida inducida) de los comuneros en *pro* de la transacción extrajudicial. Si ello es así, al análisis típicamente binario y extremadamente simple del derecho civil —consistente en determinar si hubo o no manifestación de voluntad para configurar uno de los elementos del acto jurídico—, se podrían agregar una gama de casos dudosos en los que el ejercicio de poder sobre la constitución del espacio de las razones de una de las partes termina condicionando la manifestación de voluntad, como ocurre en la creación artificial de dilemas decisarios del tipo «transas conmigo o no recibirás nada de dinero».

Finalmente, el segundo caso que presentaré es el de *Silvia Patricia Lopez Falcón c. Patricia Maura de la Cruz (Juez de Familia de la provincia de Barranca)* (en adelante, *Silvia Lopez c. Patricia de la Cruz*). En este caso, el Tribunal Constitucional analiza un recurso de agravio constitucional interpuesto por Silvia Lopez contra una sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, la cual declaraba infundada su demanda de amparo. Los hechos son simples y se pueden resumir en los siguientes puntos: Silvia Lopez interpuso una demanda de alimentos contra Elvis Zuñiga y la audiencia única de dicho proceso

33 Hay preguntas relevantes que la Corte jamás se plantea y que cuestionarían la integridad de la minera Yanacocha. En cierta medida, podríamos llamar a estas preguntas «preguntas que parten de la hipótesis de la malicia». Una de las más relevantes sería, ¿por qué las primeras transacciones celebradas son por montos mínimos que no llegan a los 10 000 soles, si la empresa tenía pleno conocimiento de los efectos nocivos del mercurio en el organismo humano?

se programó, en un primer momento, para el 10 de febrero de 2011. En dicha fecha, Lopez asistió acompañada de su abogada, pero la diligencia fue suspendida y reprogramada para el 18 de febrero de 2011, a las 12:00 horas. El motivo que se adujo para la suspensión era que la jueza a cargo del proceso de Lopez «[...] se encontraba despachando en otro juzgado por motivos de vacaciones [...]» (Exp. 04058-2012-PA/TC, FJ. 3). Debido a problemas de salud de la hija mayor³⁴ de Lopez, esta «[...] llegó con dos minutos de retraso» (Exp. 04058-2012-PA/TC, antecedentes) a la audiencia reprogramada del 18 de febrero. Al momento de su arribo, la secretaria del juzgado ya había llamado a las partes y, por eso, la Sra. Lopez se apersonó al juzgado y se acercó a la jueza del caso, quien le indicó que resolvería con arreglo a la razón de la secretaria. Luego de estos hechos, la jueza dio por concluido el proceso, sin considerar la justificación que Lopez presentó. Además de explicar los motivos de su tardanza, la Sra. Lopez solicitó la reprogramación de la audiencia, pedido que recibió como respuesta un decreto que estipulaba «ESTESE A LO RESUELTO», y una remisión a la resolución del 18 de febrero. Por todas estas razones, Lopez interpuso una demanda de amparo por la vulneración del derecho al debido proceso en su manifestación de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pues la jueza no habría tomado en cuenta las razones de la tardanza, ni habría argumentado respecto del pedido de reprogramación de la audiencia. Frente a la demanda de amparo contra la sentencia que declaraba concluido el proceso, la jueza Patricia de la Cruz señaló que su actuar se encontraba conforme a la ley —en este caso, se aplicaba supletoriamente el artículo 203 del Código Procesal Civil³⁵—, pues esta establece la conclusión del proceso ante la inasistencia de las partes.

Si bien la sentencia del Tribunal Constitucional se centra en dar una respuesta al caso desde la perspectiva del interés superior del niño, sobre el cual se afirma que constituye un contenido constitucional implícito a partir del artículo 4 de la Constitución, además de estar reconocido en tratados internacionales (*Silvia Lopez c. Patricia de la Cruz*, fundamento jurídico 16); aquí no nos centraremos en este punto, sino en elementos vinculados a la imaginación empática y al poder del testimonio. Así, un primer aspecto relevante en el análisis es la relación entre normas procesales generales y abstractas, y su aplicación a casos concretos que, de no ser sensible a distintos contextos, puede derivar en variantes de un formalismo irracional (Atienza, 2011, pp. 199-201, véase, en especial,

34 «La recurrente expresaba que su llegada tardía se debió a las dificultades de salud que atravesaba su hija mayor S.A.L.F., adjuntando la documentación pertinente para corroborar sus afirmaciones» (fundamento jurídico 21).

35 Dicha aplicación supletoria encuentra fundamento en el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como en el artículo 182 del mismo, el cual establece que «todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el presente Código, se regirán supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil».

el punto 3), como el expuesto en la resolución de la jueza de la Cruz. La norma procesal sobre la conclusión del proceso por inasistencia de las partes es una regla que, en general, parece justa y tiene buenas razones para existir. En efecto, en la mayoría de procesos, la inasistencia de las partes denota un desinterés que va de la mano con la eliminación del conflicto que las llevó a un proceso. Si la finalidad del proceso es restaurar la paz social mediante una resolución de la controversia, la regla del artículo 203 del Código Procesal Civil parece tener bastante sentido. Sin embargo, luego de emplear metodologías como «la pregunta por los excluidos» (Bartlett, 2011, pp. 48ss.), percibimos que una aplicación mecánica de la norma en el presente caso puede acarrear injusticias que no están amparadas por el derecho como sistema valorativo (o como integridad, en términos dworkinianos).

Parece que la norma procesal puede ser flexibilizada —o «derrotada», si empleamos el vocabulario de algunas discusiones contemporáneas de teoría y filosofía del derecho (García Figueroa, 2009; Moreso, 2012; Atienza & Ruiz Manero, 2012)— tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso y de las partes, así como el acceso a dichas circunstancias sólo se hace posible a través de la apertura cognitiva frente al testimonio y el empleo de una imaginación empática. Cuando la jueza responde a la señora Lopez señalando «ESTESE A LO RESUELTO [sic]», lo que hace es cerrar el espacio de las razones en el que opera el testimonio y, como consecuencia, el derecho se hace inmune al poder de las circunstancias particulares. Entonces, parece que la regla no se vence ni cuando existan buenas razones para ello y el juez opera como un autómata que tranquilamente podría ser reemplazado por una máquina (además, bastante rudimentaria). Pero, adicionalmente, mediante la falta de motivación respecto de la justificación de la tardanza y el pedido de reprogramación de la audiencia, la jueza no emprende el ejercicio imaginativo-empático de acceder a la perspectiva de una madre soltera que, además de criar y cuidar a sus hijos, no recibe apoyo económico del padre. La respuesta formalista no toma en cuenta que la situación de madres que promueven procesos de alimentos en el Perú es la de personas sometidas a una cultura machista y a una fuerte presión económica y psicológica por sacar adelante a sus familias. Todos estos factores juegan un rol fundamental en la decisión de admitir o no la reprogramación de la audiencia.

Evidentemente, el juez debe ser también un espectador juicioso. Podría ser el caso que, a nivel material, el pedido de alimentos no proceda porque, por ejemplo, no existe el vínculo filial entre padre e hijo, pero esta es una discusión que recién tiene lugar cuando se ha permitido que la señora Lopez exponga los argumentos que fundamentan su demanda y ello no ocurrió en el caso concreto. La sentencia del Tribunal Constitucional revierte esta forma de mecanicismo decisorio mediante

una argumentación basada en principios constitucionales. Pero también, entre líneas, podemos notar una buena dosis de indignación por los hechos del caso. El siguiente fragmento es especialmente gráfico sobre la indignación e ira-transformativa que parece exhibir la sentencia del Tribunal Constitucional:

[...] De todo ello se desprende que la jueza a cargo de la causa para la resolución que ponía fin al proceso no tuvo en consideración el escrito presentado oportunamente, aplicando de forma tangencial las normas procesales, sin avizorar las implicancias en la menor alimentista, toda vez que se trataba de derechos alimentarios en donde está en juego la vida y la subsistencia de la persona, más aún tratándose de una infante (*Silvia Lopez c. Patricia de la Cruz*, fundamento jurídico 21).

La ira-transformativa del Tribunal se expresa bastante bien, además, en el tenor de la resolución a la que arriba. En esta se reconoce que la vulneración producida por la sentencia de la jueza es irreparable, pero, aun así, el Tribunal establece criterios interpretativos para que una situación como la que origina el proceso no se repita:

[...] al margen de que en el presente caso se presente una situación de irreparabilidad, el Tribunal Constitucional estima que, en aplicación del segundo párrafo del propio artículo 1º del Código Procesal Constitucional, y atendiendo a que está acreditada en autos la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conforme a los fundamentos precedentes, corresponde declarar fundada la demanda, no con el propósito de reponer las cosas al estado anterior a la violación denunciada —lo cual resulta inviable—, sino con el objetivo de evitar que conductas como las que aquí se han analizado puedan repetirse (fundamento jurídico 26).

Este es un excelente ejemplo de una ira e indignación que no recae en una voluntad de castigo o represión por el hecho (del tipo «¡OCMA, castigue a este juez!»), sino en una voluntad transformativa que busca mejorar la calidad de las decisiones futuras, obligando a los jueces a respetar el principio del interés superior del niño y evitando un formalismo exacerbado³⁶. Por todas estas razones, la sentencia aquí

36 Desde luego que podríamos imaginar casos en los que la aplicación estricta de la norma procesal sea la opción más justa para resolver el caso. Para ello, por ejemplo, se podría tomar en cuenta la discusión sobre seguridad jurídica y previsibilidad que aparece supra (en la nota 25). Uno de los revisores por pares de este artículo planteó la cuestión de cuáles son las propiedades relevantes que permiten concluir en qué casos se podría inaplicar legítimamente una norma procesal con arreglo a otros principios. Al respecto, podemos remitir a otros trabajos donde hemos planteado un ejercicio de delimitación de propiedades relevantes para la toma de decisiones: Ancí y Sotomayor (2016) y Sotomayor (2017, manuscrito índito). Asimismo, Moreso ha planteado la cuestión con bastante claridad: «Los conceptos morales que el Derecho incorpora funcionan, a menudo, como defeaters, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles, por ejemplo). Las consideraciones morales, incorporadas al Derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones, reduciendo

analizada exhibe todas las virtudes epistémicas y emocionales de las que el Primer Pleno Casatorio Civil del caso del derrame de mercurio carece: imaginación empática, punto de vista del espectador juicioso que es oyente virtuoso, y formas de ira e indignación transformativas, lo que permite mejorar la interpretación jurídica en el futuro. Si la argumentación que he presentado aquí resulta convincente, se ha mostrado, además, que la emoción es una condición necesaria para una racionalidad jurídica plena y que ello no implica confundir la teoría de las emociones con una teoría sobre la sensiblería jurídica.

IX. CONCLUSIONES

Nuestra investigación nos ha mostrado que las relaciones entre las emociones y la razón son mucho más complejas de lo que la teoría de las emociones como fuerzas ciegas e irrefrenables sugería. Con ello, se ha argumentado que no sólo es posible, sino también deseable incorporar las emociones en los procesos argumentativos de toma de decisiones. Con estos puntos preliminares en consideración se lista, a continuación, sin ánimo exhaustivo, algunas de las principales conclusiones de la presente investigación:

1. El modelo de argumentación como deliberación genera una serie de exclusiones (tales como la prevalencia de la forma lineal de argumentos por sobre otras formas de narrativa) que impiden la apertura cognitiva en el contexto de debates públicos. Estas exclusiones se repiten en el plano jurídico, aunque con ciertas particularidades que una teoría comunicativa debería tomar en consideración.
2. Un conjunto de emociones racionales no sólo pueden sino que deben ser incorporadas a los procesos de argumentación y toma de decisiones. Para ello, resulta fundamental enfatizar el contenido cognitivo de dichas emociones, a la vez que en su función ética. En este orden de ideas, emociones como la empatía, la compasión o la ira-transicional pueden ser incorporadas por y analizadas desde una teoría de la argumentación jurídica que no sucumba a un prejuicio racionalista. Bien entendidas, las emociones no son excluyentes de la razón, sino compatibles con un concepto más amplio y satisfactorio de la misma. Asimismo, a las emociones mencionadas, se puede sumar la disposición de la imaginación. Mediante la misma, el tomador de decisiones puede acceder

así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada» (2011, p. 195). Parece ser, entonces, que no podemos determinar ex ante las posibles excepciones a la aplicación de una regla de derecho. En esa medida, parece que somos presa (en el buen sentido) de un contexto particularista (sobre la noción de particularismo en el derecho, véase Bouvier, 2012).

a formas de vida y experiencias que de otra manera no podría conocer. En este ejercicio, el apoyo de recursos literarios resulta fundamental.

3. La teoría de las emociones aplicadas al derecho supone un caso especial de la teoría de las emociones en general, debido a que su incorporación no puede desconocer ciertas restricciones institucionales propias del sistema jurídico tales como la preexistencia de reglas, precedentes y categorías jurídicas. Esta formulación guarda similitudes con, por ejemplo, la tesis del caso especial de autores como Robert Alexy.
4. Finalmente, mediante la incorporación de emociones racionales y una disposición imaginativa, los jueces y demás actores del sistema jurídico pueden realizar más cabalmente el mandato de justicia material que subyace a todo ordenamiento jurídico. De esta manera, además, se logra revertir los efectos nocivos de la injusticia testimonial y de la injusticia hermenéutica, descritas por autores como Fricker.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguiló, J. (2013). Cuatro modos de debatir. *Doxa*, 36, 211-227. doi: 10.14198/DOXA2013.36.10
- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 75-96. doi: 2183/2109
- Alexy, R. (2010a). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2010b). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2), 167-182. doi: 10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x
- Allen, A., Forst, R. & Haugaard, M. (2014). Power and reason, justice and domination: a conversation. *Journal of Political Power*, 7(1), 7-33. doi: 10.1080/2158379X.2014.887540.
- Ancí, N. & Sotomayor, J. (2016). Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios. En *Anuario de investigación del CICAJ 2015* (pp. 399-442). Lima: Departamento Académico de Derecho-Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica-PUCP.
- Ancí, N. & Sotomayor, J. (2017). *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la Teoría de Robert Alexy: dos propuestas de solución*. Ciudad de México: UBIJUS.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa*, 4, 189-200. doi: 10.14198/DOXA1987.4.13

Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, 6, 385-403. doi: 10.14198/DOXA1989.6.21

Atienza, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. *Isonomía*, 34, 199-201. Recuperado de http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_340.pdf

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2012). Rules, Principles, and Defeasibility. En J. Ferrer, y G. Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements* (pp. 238-253). Oxford: Oxford University Press.

Barclay, F. & Santos, F. (2010). Bultos, selladores y gringos alados: percepciones indígenas de la violencia capitalista en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, 28(28), 21-52. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/1369/1321>

Bartlett, K. (2011). Métodos jurídicos feministas. En M. Fernández y F. Morales (eds.), *Métodos feministas en el derecho* (pp. 19-116). Lima: Palestra.

Benhabib, S. (1987). The Generalized and the Concrete Other. En S. Benhabib y D. Cornell (eds.), *Feminism as Critique* (pp. 77-95). Mineápolis: University of Minnesota Press.

Bourdieu, P. & Passeron, J. (2009). *Los herederos: los estudiantes y la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Bouvier, H. (2012). *Particularismo y derecho: un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons.

Casuso, G. (2016). Invisibilidad e incomunicabilidad: Apuntes sobre el estatuto ontológico de la exclusión. *Diánoia*, 61(76), 29-56. Recuperado de <http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/contenido/n-meros-anteriores/76/invisibilidad-e-incomunicabilidad-apuntes-sobre-el-estatuto-ontológico-de-la-exclusión/>

Casuso, G. (2017). Power and Dissonance: Exclusion as a Key Category for a Critical Social Analysis. *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 00, 1-15 doi: 10.1111/1467-8675.12289

Chiassoni, P. (2011). Disposición y norma: una distinción revolucionaria. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), *Disposición vs. norma* (pp. 7-18). Lima: Palestra.

Davidson, D. (2004). Incoherence and Irrationality. En *Problems of Rationality* (pp. 189-198). Oxford: Oxford University Press.

Defensoría del Pueblo [Perú]. (2001). Informe Defensorial N° 62: El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la Provincia de Cajamarca. Recuperado de <http://sinia.minam.gob.pe/documentos/informe-defensorial-no-62-caso-derrame-mercurio-que-afecto-las>

Elster, J. (1996). Rationality and the Emotions. *The Economic Journal*, 106(438), 1386-1397. doi: 10.2307/2235530

EMOCIÓN,
RACIONALIDAD Y
ARGUMENTACIÓN
EN LA DECISIÓN
JUDICIAL

EMOTION,
RATIONALITY AND
ARGUMENTATION
IN JUDICIAL
ADJUDICATION

Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press.

Forst, R. (2014). Noumenal Power. *Journal of Political Philosophy*, 23(2), 111-127. doi: 10.1111/jopp.12046

García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Trotta.

González, G. (1996). La ociosidad natural del indio como categoría jurídica en el siglo XVI. *Ius et Veritas*, 12, 133-142. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15543/15993>

Habermas, J. (1987). *Teoría de acción comunicativa* (Vol. I). Madrid: Taurus.

Hart, H.L.A. (1983). Positivism and the Separation of Law and Morals. En *Essays In Jurisprudence and Philosophy* (pp. 49-87). Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/acprof:oso/9780198253884.003.0003

Kim, S.H. (2012). Max Weber. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012). Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/weber/>

Lariguet, G. (2017). De vísceras, razones, arte, jueces y emociones. Comentarios sobre *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial* de Manuel Atienza. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza* (pp. 153-169). Lima: Palestra.

Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa*, 36, 85-105. doi: 10.14198/DOXA2013.36.04

Luhmann, N. (1989). Law as a Social System. *Northwestern University Law Review*, 83(1/2), 136-150.

MacCormick, N. (1999). Retórica y Estado de derecho. *Isegoría*, 21, 5-21. doi: 10.3989/isegoria.1999.i21.74

Maibom, H. (2014). Introduction: (Almost) Everything You Ever Wanted to Know about Empathy. En H. Maibom (ed.), *Empathy and Morality* (pp. 1-40). Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199969470.003.0001

Merino, R. (2015). The Politics of Extractive Governance: Indigenous Peoples and Socio-Environmental Conflicts. *The Extractive Industries and Society*, 2(1), 85-92. doi: 10.1016/j.exis.2014.11.007

Moreso, J.J. (2006). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Direito GV*, 4(2), 13-30. Recuperado de http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf

Moreso, J.J. (2011). Antígona como *defeater*: Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa*, 34, 183-199. doi: 10.14198/DOXA2011.34.12

Moreso, J.J. (2012). Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. En J. Ferrer y G. Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements* (pp. 225-237). Oxford: Oxford University Press.

Neblett, W. (1979). Indignation: A Case Study in the Role of Feelings in Morals. *Metaphilosophy*, 10(2), 139-152. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/24435661>

Nussbaum, M. (1997). *Justicia poética*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

Nussbaum, M. (2001). *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.

Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*. Barcelona: Paidós.

Nussbaum, M. (2016). *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Osterling, F. & Castillo Freyre, M. (s.a.). *La transacción*. Recuperado de http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/122_La_Transaccion.pdf

Rizo-Patrón, R. (2015). *La agonía de la razón: Reflexiones desde la fenomenología práctica*. Barcelona-Lima: Anthropos-Fondo Editorial PUCP.

Romero, R. (2012). Hacia una antropología de la música: la etnomusicología en el Perú. En C. Degregori y P. Sandoval (eds.), *No hay país más diverso: compendio de antropología peruana II* (pp. 289-329). Lima: IEP.

Scorza, M. (1983). *Redoble por Rancas*. Barcelona: Plaza & Janés.

Snow, N. (2000). Empathy. *American Philosophical Quarterly*, 37(1), 65-78. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/20009985>

Sotomayor, J. (2017). *Balancing and Precedent: A Weighting-Specificationist Model* (manuscrito inédito).

Strawson, P.F. (2008). Freedom and Resentment. En *Freedom and Resentment and Other Essays* (pp. 1-28). Londres-Nueva York: Routledge.

Taboada, L. (1988). Causales de nulidad del acto jurídico. *Themis*, 11, 71-76. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237>

Tanaka, M. (2012). ¿Por qué el Estado no responde adecuadamente a los conflictos sociales? ¿Qué hacer al respecto? *Economía y Sociedad (CIES)*, 79, 36-43. Recuperado de <http://old.cies.org.pe/files/documents/EyS/79/05-TANAKA.pdf>

Trompenaars, F., Masthoff, E.D., van Heck, G.L., Hodiamont, P.P. & de Vries, J. (2006). Relationship between Mood Related Disorders and Quality of Life in a Population of Dutch Adult Psychiatric Outpatients. *Depression Anxiety*, 23(6), 353-363. doi: 10.1002/da.20180

Tungchama, F. & otros (2017). Independent Socio-Demographic and Clinical Correlates Associated with the Perception of Quality of Life of Women with Postpartum Depression in North-Central Nigeria. *International Journal of Psychiatry in Clinical Practice*, 21(4), 292-301. doi: 10.1080/13651501.2017.1312459.

EMOCIÓN,
RACIONALIDAD Y
ARGUMENTACIÓN
EN LA DECISIÓN
JUDICIAL

EMOTION,
RATIONALITY AND
ARGUMENTATION
IN JUDICIAL
ADJUDICATION

Viveiros de Castro, E. (2004). Exchanging Perspectives: The Transformation of Objects into Subjects in Amerindian Ontologies. *Common Knowledge*, 10(3), 463-484. doi: 10.1215/0961754X-10-3-463

Wetzel, L. (2014). Types and Tokens. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014). Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/types-tokens/>

Wittgenstein, L. (2004). *Investigaciones filosóficas*. Ciudad de México-Barcelona: UNAM-Crítica.

Young, I.M. (2000). La democracia y «el otro»: más allá de la democracia deliberativa. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 5(1), 41-56. doi: 10226/329

Young, I.M. (2002). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
 Consejo Nacional de la Magistratura [Perú]. Resolución número 120-2014-PCNM. Precedente: evaluación de la calidad de decisiones, 28 de mayo de 2014.

Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos c. Empresa Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S. A. y Arturo Blanco Bar, casación n.º 1465-2007-Cajamarca (Corte Suprema de Justicia de la República, Primer Pleno Casatorio Civil, 22 de enero de 2008). Sentencia disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444/Primer+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERE S&CACHEID=09ca528047e3d59dbb60ff1f51d74444>

Magaly Jesús Medina Vela y otro c. Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República [habeas corpus], expediente n.º 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 20 de enero de 2006).

Silvia Patricia Lopez Falcón c. Patricia Maura de la Cruz (Juez de Familia de la provincia de Barranca) [acción de amparo], expediente n.º 04058-2012-AA (Tribunal Constitucional [Perú], 30 de abril de 2014).

Recibido: 15/05/2017
 Aprobado: 13/09/2017