

1. Introducción

Es un hecho por todos conocido la reactivación que en la década de los 60' del pasado siglo experimentó la ética de la virtud, fundamentalmente en el ámbito de la filosofía anglosajona. Esta “vuelta a la virtud” se ha convertido en una vigorosa orientación filosófica que no ha cesado desde entonces de crecer, ramificándose incluso hacia nuevos territorios. Tal es, ciertamente, el caso de la filosofía jurídica. Pues los estudios vertidos en su ámbito han estado dominados durante largo tiempo tanto por enfoques de corte deontológico como consecuencialista. Sin embargo, a estos enfoques se ha venido a sumar un tercero: un enfoque que introduce centralmente el concepto de virtud en el dominio de la reflexión jurídica. Es así que varios autores no dudan en hablar también de un giro aretaico ensayado por la filosofía del derecho (Farrelly-Solum 2008; Lariguet 2013; Amaya-Hock Lai 2013: 9). En este horizonte, la jurisprudencia de la virtud –*Virtue Jurisprudence*– se erige en una línea de investigación que actualmente se encuentra en plena efervescencia.¹

Entre las principales temáticas abrazadas por dicha orientación, destaca el estudio de la relación entre la ley y la virtud, y la cuestión de qué tipo de cualidades morales y epistémicas deben poseer los operadores jurídicos para desempeñar de manera excelente su función. El presente trabajo se enmarca en este último contexto de discusión, específicamente, en el de la tematización de las virtudes judiciales. Las mismas pueden concebirse como aquellas cualidades que equiparían al juez para dictar sentencias justificadas y realizar así los ideales del Estado de Derecho (Amaya 2009: 32). Por lo demás, vale añadir que quienes se hallan dispuestos a reflexionar desde categorías aretaicas, están guiados por la convicción de que no se trata tanto de pensar en el diseño adecuado de las instituciones, cuanto en los rasgos de carácter que las personas que componen dichas instituciones deberían poseer. Mientras el consecuencialismo y el deontologismo han

¹ En opinión de A. Duff (2003: 214), el surgimiento de la jurisprudencia de la virtud comporta uno de los rasgos más notables que durante las últimas décadas ha exhibido la filosofía jurídica, justamente por contrastar con la clase de liberalismo que en los años 60 se convirtió prácticamente en una ortodoxia.

priorizado en sus análisis el primer tipo de cuestión, la jurisprudencia de la virtud se caracteriza por dar prioridad a la segunda de ellas, en clara correspondencia con los ejes de la teoría moral aretaica.²

Ahora bien, de esta diferencia de énfasis se desprende que para el enfoque aretaico se volverá crucial, no tanto determinar el tipo de procedimiento que ha de seguirse para arribar a veredictos correctos, cuanto determinar el tipo de excelencias que un magistrado debe poseer para desempeñar con éxito su función.³ Si bien pueden señalarse matices al respecto, existe cierto consenso en relación con las virtudes morales e intelectuales que todo buen juez debería poseer. Estas son la integridad, el coraje, la sobriedad, la sabiduría (teórica y práctica) y la justicia, a las que se opondrían los vicios de corrupción, cobardía, intemperancia, ignorancia e injusticia. En este trabajo me centraré en la virtud de la justicia y en la especial relación que algunos autores establecen entre ella y la empatía.

2. La justicia como virtud

Es prácticamente redundante señalar que si hay algo que se espera de los jueces, es que éstos sean fundamentalmente justos: pues está a su cargo dirimir conflictos e impartir justicia. De esta suerte, es casi tautológico afirmar que si hay alguna virtud que deben poseer los jueces, ésta será con toda seguridad la justicia. Como sostiene Lawrence Solum (2003: 194): “Quien juzga con justicia juzgará bien. La justicia, podríamos decir, es la virtud cardinal de la adjudicación”. Ahora bien, abordar dicho tópico desde una perspectiva

² La ética de la virtud, precisamente, toma como conceptos básicos aquellos de “virtud”, “carácter”, “floreimiento humano”, antes que los de “consecuencias” o “deberes”. Por su parte, las nociones básicas a partir de las cuales aquélla emprende sus elucidaciones, se modelan sobre una preocupación central que les sirve de fundamento, a saber: qué clase de persona debemos ser, y en forma paralela, qué clase de vida debiéramos vivir. Para una concepción aretaica de la teoría ética, el foco se pone en el agente, en el tipo de virtudes y de carácter que deberían desarrollarse para alcanzar una vida buena. En contraste, el consecuencialismo y el deontologismo parecen estar más preocupados en otro tipo de cuestión, a saber, en proporcionar un *criterio para la acción*, algo así como un procedimiento que permita arribar a la decisión correcta. Lawrence Solum (2013: 3), uno de los pioneros en la llamada jurisprudencia de la virtud, afirma abiertamente que los conceptos centrales de la teoría jurídica ya no serán los de “bienestar”, “autonomía” o “eficiencia”, sino los de *virtud, excelencia, florecimiento humano*.

³ Esto no significa que el primer tipo de cuestión sea irrelevante o quede excluido en una aproximación aretaica al derecho; ambas cuestiones podrían entenderse, ciertamente, de manera complementaria. En esta dirección se encaminan los esfuerzos teóricos de A. Amaya (2011), quien sostiene que la teoría de la argumentación jurídica debe ser complementada con una ética judicial basada en las virtudes.

aretaica, comporta una tarea bastante compleja. En relación con ello, cabe mencionar la ya clásica controversia de si aquello que es justo se fundamenta en último término en la persona virtuosa o bien en un conjunto de principios independientes de ella. Un adepto de la ética de la virtud como Bernard Williams (1980: 197) ha argumentado en favor de la segunda tesis, al aducir que el concepto de justicia es prioritario respecto de la virtud de la justicia. Esto significa que es posible reconocer la justicia de una decisión independientemente del carácter de quien toma la decisión. Luego es la teoría de la justicia la que tiene prioridad sobre la virtud de la justicia. Un ejemplo paradigmático de ello es la teoría rawlsiana. No obstante, los simpatizantes del modelo aretaico se resisten a admitir que unos principios abstractos o una fórmula procedimental permitan captar lo que contaría en todos los casos como un resultado justo. Esto es así por la naturaleza compleja de los fenómenos prácticos: nada impide pensar que aún poseyéndose unos principios acabados de justicia sobre los que guiar la acción, ésta podría desembocar a la postre en un resultado injusto. De allí el acento que todo teórico de la virtud pone en los aspectos contextuales y particularistas, como asimismo en la importancia correlativa de la *phrónesis*.

Dejando a un lado la controversia más arriba referida, de la que no podría dar debida cuenta aquí, partiré del presupuesto –siguiendo a Aristóteles– de que la justicia es un modo de ser por el cual se está dispuesto a practicar lo que es justo, a obrar justamente y a querer lo justo (EN 1129 a 6-10). Nótese que esta definición es compatible con la tesis según la cual la teoría de la justicia tiene prioridad sobre la virtud de la justicia. Con arreglo a ello, Robert Roberts (2013: 18) advierte que para Aristóteles era importante que la teoría ética conceptualizara ambos aspectos, esto es, tanto la dimensión objetiva de la justicia –aquello que contaría v.g. como una distribución justa– como su cualificación en cuanto virtud personal. A continuación, me voy a ocupar de otras caracterizaciones que el estagirita efectúa en su tratamiento de la justicia, ya que preparan el terreno para otras cuestiones conexas que se abordarán más adelante. Asimismo, es importante tener en cuenta tales conceptualizaciones, dado que los actuales adalides de la jurisprudencia de la virtud encuentran inspiración en fuentes aristotélicas.

Además entonces de caracterizar a la justicia como una disposición del carácter por la que se tiende a obrar justamente y a quererlo, Aristóteles hace una distinción entre justicia

general y justicia particular. Por la primera entiende “el ejercicio de la virtud total para con el prójimo” (EN 1130 b 15) y a la segunda la desdobra en dos aspectos: justicia distributiva y justicia correctiva (EN 1130b 30- 1131 a 10). La primera está referida al modo en que se distribuyen bienes –hombres, riqueza, etc.– dentro de una comunidad, en tanto la segunda está dirigida a igualar los términos de una relación tras producirse un desequilibrio entre sus partes. Es así que ambos campos de aplicación de la justicia particular hacen especial alusión a la igualdad. En el caso de la justicia correctiva se procura su restablecimiento, en tanto en el de la justicia distributiva se apunta, en los aspectos relevantes, a una igual distribución entre iguales.⁴ Si enfocamos luego la cuestión de las virtudes judiciales desde este esquema, podemos decir que un juez justo es aquel que obra virtuosamente en general –es prudente, sabio, valiente, en el desempeño de su función⁵– y sabe asimismo cómo administrar justicia en el caso particular: ya sea promoviendo la igualdad en la distribución, ya estableciendo un castigo por haberse lesionado un bien jurídico.

Especialmente relevante a los presentes propósitos es otra de las precisiones que Aristóteles avanza en su tratamiento de la justicia. Ésta – nos dice– es lo legal y lo equitativo (EN 1129 b). Esta caracterización es del todo importante para quienes optan por abordarla desde una perspectiva aretaica. Pues mediante esta distinción entre lo legal y lo equitativo el estagirita reconoce la posibilidad de que en ciertos casos sea necesario despegarse de la ley para impartir justicia:

... lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal (EN 1137 b 15)

⁴ En esta última dirección entra en escena el concepto de mérito: pues para que las distribuciones sean justas, deben ser efectuadas en función del mérito (EN 1131 a 25). MacIntyre (2004: 306) sostiene que actuales teorías de la justicia –tal como aparecen ejemplificadas en Rawls y en Nozick– se caracterizan por no hacer referencia alguna al mérito en su interpretación de la justicia.

⁵ Desde esta perspectiva, la justicia parece cumplir un importante papel unificador: pues quien es justo en su trato con los demás, es plausible que posea también las otras virtudes (generosidad, templanza, prudencia, etc.). Por esta razón Aristóteles la define como la virtud perfecta. (EN 1129 b 30)

La justicia como equidad parece envolver de este modo una peculiar aptitud por parte del sujeto: la capacidad de reconocer la singularidad del caso particular, su desavenencia con la norma general (en este sentido dicha capacidad estaría estrechamente vinculada con la *phrónesis*). Por lo demás, Aristóteles no atribuye semejante fenómeno a una imperfección de la ley, sino a la naturaleza de los asuntos prácticos. Esta fina observación nos sirve para introducir el tema que trataremos a continuación: la distinción entre lo legal y lo equitativo es particularmente relevante para quienes defienden la importancia de la empatía en conexión con la justicia. Esto es así porque esa destreza perceptiva direccionada al caso particular estaría vinculada, para algunos, con la capacidad empática.

3. La empatía como pieza esencial de la justicia

Se ha mencionado con anterioridad que la llamada jurisprudencia de la virtud se trata de un flamante enfoque filosófico en pleno auge y expansión. En forma muy reciente, se ha abierto paso desde su interior una iniciativa bastante osada: la de vincular estrechamente el concepto de justicia con el de empatía, y por extensión, la proclama según la cual la empatía debe contar entre los rasgos de carácter del juez. La idea de base es que la empatía juega un rol esencial en la consecución de veredictos justos. A esta proclama parece subyacer la distinción aristotélica entre justicia legal y justicia como equidad. En efecto, los teóricos de la empatía presuponen que aquellos casos en donde su propia índole demanda sofisticación interpretativa o incluso la desviación de la ley para su justa resolución, requieren precisamente de jueces empáticos. En este apartado voy a reconstruir sumariamente las posiciones de Michael Slote y John Deigh, dos de los exponentes más representativos en esa dirección.

Antes, sería conveniente recalcar en una distinción que introduce Lawrence Solum (2003: 198) al analizar la virtud de la justicia. En ella –nos dice– pueden señalarse tres componentes en la medida en que se aplica a jueces: imparcialidad judicial, integridad judicial y visión legal.⁶ Mientras la integridad judicial y la visión legal están referidas a la

⁶ En su opinión, tales componentes se combinan de manera análoga a la de los ingredientes de una torta, de manera que el todo no es equivalente a la suma de las partes. Cada una, por el contrario, presupone a las otras. Esto le lleva a postular la unidad de la virtud de la justicia. Por lo demás, Solum recoge la distinción

fidelidad a la ley y a la capacidad de distinguir los aspectos legalmente relevantes de un caso, la imparcialidad estaría relacionada con una *disposición a la empatía* igualmente pareja en relación con las partes de una disputa. Los jueces –añade– no deben identificarse más fuertemente con una parte antes que con la otra; por el contrario, el buen juez debe ser capaz de entender los intereses y las pasiones de todos aquellos que comparecen ante él (*Ibíd.*: 196). En un texto posterior, Solum (2013: 16) reitera esta misma idea según la cual la imparcialidad requiere de empatía⁷, aunque sin detenerse ni ahondar en este concepto. Esta tarea es asumida en forma explícita por Slote y Deigh, cuyas posiciones paso ahora a explicitar.

Empecemos por Michael Slote. Este autor, de reconocida trayectoria en la tradición ética de la virtud⁸, se ha concentrado durante los últimos años en la fundamentación de una ética del cuidado basada en la empatía, con clara ascendencia humeana. Este compromiso teórico le ha impulsado a consignar que el rasgo distintivo de la moralidad está dado por el concernimiento empático hacia otros. Con todo, aquél lleva su tesis más lejos, puesto que se propone extender los mismos criterios que funcionan para evaluar las relaciones interpersonales a la esfera más amplia de la sociedad y las leyes en conjunto. La empatía se dilataría así de la esfera privada a la pública, presentando de este modo la tentativa de Slote grandes visos de originalidad. En sus propias palabras:

aristotélica entre lo legal y lo equitativo –*Justice as lawfulness / Justice as fairness*– y señala que la jurisprudencia de la virtud hace su aporte más significativo en función de este segundo aspecto.

⁷ Solum dice igualmente, aunque tampoco sin aclararlo, que la imparcialidad además de empatía requiere de piedad o compasión –*sympathy*–.

⁸ Rosalind Hursthouse (2012) considera, sin embargo, que la desviación contemporánea más radical de la tradición ética antigua se encuentra representada en Michael Slote, cuyo posicionamiento abreva de Hume, Hutcheson, Martineau y la ética feminista del cuidado. Adicionalmente, Slote pertenece decididamente a la serie de autores críticos de la tradición kantiana y racionalista en ética. Por su parte, Martha Nussbaum (1999) nos advierte que la ética de la virtud contemporánea alberga dos grandes orientaciones que, si bien comparten un núcleo de preocupaciones comunes, son manifiestamente divergentes: la anti-kantiana y la anti-utilitarista. En tanto estos últimos encuentran inspiración en la ética aristotélica y pueden incluso desear un acercamiento con Kant, la orientación anti-kantiana encuentra inspiración, en cambio, en Hume, Hutcheson y, en general, en la tradición de los sentimientos morales. Slote se enmarcaría claramente en esta segunda línea.

... La empatía y el concernimiento empático hacia otros puede funcionar como la base, la entera base, de una comprensión plausible de la justicia social y legal (de la misma manera en que lo hacen respecto de la moralidad) (Slote 2013: 280)

De esta suerte Slote asienta la idea de justicia en la de empatía, y parece hacer depender la primera de la segunda. Su apuesta de extender el concepto de empatía a la esfera pública le lleva a decir que las leyes, instituciones y costumbres sociales son justas en la medida en que reflejan concernimiento empático de parte de quienes están encargados de promulgarlas y mantenerlas (Slote 2010: 125). Esta declaración, si bien novedosa y atractiva, no está exenta de problemas. En primer lugar debemos preguntarnos qué se entiende en tal contexto por empatía.

La misma envolvería para Slote una forma deseable de sensibilidad hacia otras personas, e involucra incluso una especie de unidad –*oneness*– e identificación con ellas. A su juicio, además, es posible experimentarla no sólo en relación con sujetos y grupos cercanos a uno, sino también en relación con individuos y colectivos distantes (esta última creencia es precisamente la que le permite extender la empatía de la esfera privada a la pública). Otra característica de la empatía señalada por Slote es su especial permeabilidad al sufrimiento ajeno, pues tendemos a ser más empáticos con quienes se encuentran en una situación desafortunada que con aquellos que gozan de una situación favorable. Es así que cuando alguien dice por ejemplo “siento tu dolor”, es indicativo de la presencia de concernimiento empático (Slote 2013: 281). Slote parece situar de esta manera a la empatía muy cerca de la compasión. En esta tónica llega a afirmar que las leyes e instituciones no deberían reflejar una falta de compasión –*a lack of compassion*– (Ibíd.: 287/ Slote 2010: 131)⁹

Creo que es factible señalar ciertos problemas en la concepción de Slote, aunque también sería justo decir que su tentativa de pensar los conceptos de justicia legal y social en clave empática es del todo reciente, de modo que es de esperar que mayores precisiones y refinamientos sean realizados en el futuro. Pero veamos ahora qué tipo de reparos pueden

⁹ En ocasiones, Slote utiliza ciertamente “empathic concern” y “compassion” como expresiones intercambiables. (Cf. Slote 2010: 88)

ofrecerse a su postura. Para empezar, Slote no analiza cuidadosamente la tensión entre empatía e imparcialidad y hasta parece dar por sentado su armonía, sin explicitar cuidadosamente de qué forma sería tal cosa posible. Por ejemplo, en su propuesta de entender la empatía como una virtud de la judicatura, nos dice que no habría razones para alarmarse frente a su supuesta amenaza a la imparcialidad, ya que si un juez llegara a dictar una sentencia injusta por empatizar demasiado con una de las partes, esto demostraría su falta de empatía hacia la otra (Slote 2013: 288). Es decir que un juez es imparcial y justo en la medida en que exhibe un concernimiento empático equilibrado hacia todas las partes en cuestión. Pero esto es todo lo que se nos informa al respecto. Bajo qué criterio podría considerarse que un juez es igualmente empático hacia las partes, o bajo qué criterio normativo debería el juez regular su comportamiento para que su empatía no resulte parcialmente direccionada, son cuestiones que Slote no responde acabadamente. Esto se complica si se tiene en cuenta, además, la cercanía en que sitúa a la empatía de la compasión. ¿No sería un tanto problemático demandar que el juez sea igualmente compasivo hacia las partes?

El modo intercambiable en que a veces Slote utiliza los conceptos de empatía y compasión es otro de los aspectos cuestionables. Sin duda muchos autores lo rechazarían. Mientras la compasión está exclusivamente dirigida hacia el sufrimiento ajeno, la empatía es capaz de experimentarse en relación con otras vivencias, como podrían ser la alegría, la ira y, en general, un espectro más amplio de emociones. Por añadidura, la compasión suele tener una connotación negativa asociada con la lástima o la subestimación hacia el otro de la que carece la empatía. Otro aspecto problemático en el enfoque de Slote es su afirmación con arreglo a la cual –tal como se hacía mención más arriba– el concernimiento empático puede funcionar como la *entera base* de la justicia social y legal. Al menos *prima facie* no parece plausible que la sola empatía sirva para fundar la justicia, y aún cuando podría reconocerse a la primera como un ingrediente necesario de la segunda, sería difícil admitirla como un componente en sí suficiente.¹⁰

Pasemos ahora a analizar la posición de John Deigh, posición que se sustrae de los problemas implicados en la posición de Slote. En este sentido, el enfoque del primero se

¹⁰ Ésta es, precisamente, la objeción que Susan Brison (2013) le formula a Slote.

nos aparece como una aproximación a la cuestión de la justicia y la empatía mayormente viable, y constituye, de hecho, una postura mejor articulada que la de Slote. Ciertamente, Deigh le efectúa a este último ciertas críticas, vinculadas fundamentalmente con su manera divergente de entender la empatía. Nos encontramos así frente a uno de los puntos más dificultosos en relación con las discusiones que giran en torno de ella, y es que, efectivamente, no parece existir consenso en relación con su significado.

El término “empatía” hizo su aparición primera en el dominio de la crítica de arte hace aproximadamente una centuria, siendo el término por el que se optó traducir *Einfühlung*. Luego su uso comienza a expandirse hacia otras áreas y a volverse cada vez más frecuente. Actualmente la empatía es objeto de estudio de la filosofía, la neurociencia, la psicología social y evolutiva, etc. Estos estudios suelen reflejar el carácter ambiguo implicado en su concepto, cuestión que se vincula con la dificultad de determinar tanto su índole y alcance, como las funciones y criterios para diferenciarla de otros fenómenos intersubjetivos. Sin embargo, y más allá de la confusión imperante, parece existir cierto acuerdo relativo a los componentes cognitivos, afectivos y morales envueltos por la empatía (Brunstein 2014: 17). Aunque los desacuerdos pueden volver a imponerse en función de cuál de estas dimensiones decida privilegiarse. En el caso de las posiciones filosóficas que estamos analizando, el desacuerdo se explicaría por el dispar énfasis que tanto Deigh como Slote sitúan en estas diferentes dimensiones.

Así, a juicio de John Deigh (2013: 293), el problema con la posición de Slote es que privilegia en demasía la dimensión afectiva en su interpretación de la empatía, cosa que va enteramente de la mano con su visión sentimentalista del fundamento moral.¹¹ Para diferenciar su posición de la de aquél, Deigh (2011: 74) defiende una acepción puramente cognitiva: el estado en virtud del cual nos volvemos conscientes de los pensamientos, sentimientos, percepciones e intenciones de otras personas. Dada esta definición, lo que resulta esencial a la empatía es la capacidad de comprender diferentes perspectivas o puntos de vista. A entender de este autor, la empatía es también esencial para la moralidad: si no fuéramos capaces de adoptar la perspectiva de otros agentes, no nos sería posible cooperar

¹¹ Slote (2013: 311), no obstante, se defiende de esta acusación aduciendo que su concepción de empatía no se equipara a un estado simplemente afectivo, aunque envuelve, claro está, afecto o sentimiento.

mutuamente.¹² Concebida en esta dirección, la empatía desempeña según Deigh un rol crucial aunque no reconocido, en la ética de varios filósofos racionalistas, inclusive en Kant (*Ibíd.*: 75)

Ahora bien, J. Deigh considera que la empatía es esencial a la justicia porque esta última sería impensable sin la capacidad de analizar una situación desde diferentes puntos de vista. Este pensamiento le sirve luego para dar sustento a la tesis que formula con relación al rol de la empatía en la jurisprudencia, a saber: que una interpretación sólida de la ley requiere de empatía. Pues se debe ser sensible a las perspectivas de las diferentes personas cuyos intereses son afectados por la ley o pueden llegar a serlo en caso de que ésta sea aplicada a su situación. Cuando la ley, por el contrario, es interpretada a partir de una ausencia de empatía hacia los afectados o eventuales afectados, cuando la ley se aplica sobre la base de una lectura “estricta”¹³, luego es muy probable que el resultado sea injusto (*Ibíd.*: 79).¹⁴

Podría decirse que la postura de Deigh posee un gran atractivo, ya que parece eludir el problema de la posición de Slote, en donde la relación entre empatía e imparcialidad permanecía irresuelta e insuficientemente explicitada. Es decir, si la empatía se identifica con un estado cognitivo, no habría razones para temer su presunta amenaza contra la imparcialidad. Más bien lo contrario: así entendida, la empatía sería condición de posibilidad de la imparcialidad. En este sentido, no estaría muy lejos del modo en que Nagel (1991: 10-16) concebía esta última: algo así como un punto de vista impersonal desde el cual son tenidas en cuenta las diferentes perspectivas individuales. Deigh considera ciertamente que la toma de perspectiva en función de todos los actores involucrados es esencial a la empatía, y desempeña en esta dirección un importantísimo

¹² John Deigh toma como base de sus análisis la concepción piagetiana sobre el desarrollo moral en los niños. Según esta visión, la evolución moral consiste en dejar de ver a las reglas como normas rígidas e incuestionables para pasar a concebirlas como el producto de una empresa cooperativa, donde las reglas son acordadas y están abiertas al cuestionamiento y la variación. Este tránsito en el que se entrevé la maduración moral del sujeto, iría de una “moralidad de la coacción” a una “moralidad de la cooperación”.

¹³ Por “lectura estricta” debe entenderse en este contexto, aquellas interpretaciones exclusivamente apegadas a la letra de la ley o fundamentalmente preocupadas por identificar cuál es la regla implícita en la jurisprudencia precedente para aplicar al caso presente, sin atender suficientemente a las particularidades del mismo. La empatía es precisamente, según Deigh, esa capacidad que nos hace sensible a las particularidades.

¹⁴ Para ejemplificar su posición, este autor analiza en detalle el caso de Lilly Ledbetter, un caso que podría considerarse “difícil” y que llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos. Deigh analiza, en efecto, el fallo dividido que el caso obtuvo, mostrando cómo el veredicto que se impuso fue injusto por evidenciar una falta de empatía hacia la perspectiva de la demandante e incluso de los demandados; el fallo disidente, en cambio, ejemplificaba el modo en que la empatía puede poseer un rol eminente dentro de la jurisprudencia.

papel en la interpretación y aplicación de la ley. Bajo esta luz es plausible afirmar que la imparcialidad de las sentencias judiciales depende en cada caso de que el juez haya considerado previamente y en forma equilibrada, todos los puntos de vista supuestos en el proceso en cuestión.

Con todo el atractivo que pueda poseer, la propuesta de Deigh presenta un problema en principio conceptual: si la empatía se identifica con un proceso *puramente* cognitivo consistente en tomar perspectiva, entonces ya no parece tratarse de empatía aquello de lo que se está hablando. Dado que existe cierto consenso acerca de las dimensiones moral y afectiva, además de cognitiva, envueltas por la empatía, no resulta muy atinado proponer una concepción tan unilateral. Deigh nos enfrenta así con una versión aséptica, al parecer neutral respecto de las emociones. Sin embargo, una concepción de este tipo podría tratarse de una contradicción en sus propios términos (Brunstein 2014: 22), dada la idea bastante extendida según la cual la empatía comporta necesariamente un *afecto compartido*. Por otro lado, se puede señalar una ulterior debilidad en el concepto sustentado por Deigh, en este caso vinculada con su semántica ambigua respecto de la dimensión moral. Esto es así porque por un lado afirma que no toma a la empatía como un concepto perteneciente al orden moral, sino al de la psicología positiva (Deigh 2013: 292), pero por otro lado aduce que sin empatía nos sería imposible cooperar, y en este sentido, desarrollarnos como seres morales ¹⁵. Frente a estas falencias e imprecisiones presentes en su concepción, la de Michael Slote se muestra más sólida, por acoger precisamente las dimensiones moral y afectiva que aquella otra desatiende. A pesar de ello, y por lo que se ha visto hasta aquí, ambas posiciones adolecen de palpables dificultades.

4. Alternativas a la empatía

Las concepciones que hasta aquí se han reconstruido evidencian una cosa: que la empatía está muy lejos de tratarse de un fenómeno cabalmente definido cuyo concepto pueda usarse de manera unívoca o suficientemente clara. Esto me lleva a pensar que, tal vez de momento, sea mejor prescindir del mismo a la hora de tematizar las virtudes judiciales y

¹⁵ Para una crítica de este aspecto ambiguo presente en la concepción de Deigh, véase Schapiro (2011)

evaluar las prácticas y sentencias de magistrados. Digo “de momento” porque nada impide pensar que pueda alcanzarse en un futuro un consenso más acabado en torno de dicho concepto. Entre tanto, sería prudente obviarlo, al menos en aquel preciso contexto de discusión.

Sería justo rescatar, con todo, un aspecto positivo que toda esta discusión sobre la empatía ha traído aparejado, consistente en el mérito de haber instalado en el dominio filosófico-jurídico una reflexión atenta a las emociones. No son pocos los autores que manifiestan la necesidad de incorporar una reflexión de este tipo, sobre todo los adherentes al enfoque aretaico. Parece insoslayable el que una teoría de la virtud incluya también en su recinto una teoría sobre las emociones. Esto es así porque la virtud, en cuanto rasgo estable del carácter, no es algo que solamente encuentre expresión en unos modos precisos de actuar, sino también de sentir. En *La República* Platón hablaba de la persona virtuosa en términos de un alma que goza de buena salud por tener sus apetitos en orden y, en consecuencia, por poseer determinado equilibrio emocional. Por su parte, Aristóteles decía que la virtud ética está referida a acciones y *pasiones* (EN 1106 b 15) y, en forma concomitante, que una acción de acuerdo con la virtud no es sobria o justa por ser de cierta manera, sino también porque quien la ejecuta se encuentra en cierta disposición al hacerla (EN 1105 a 30). Encontrando inspiración en los clásicos antiguos, los éticos contemporáneos de la virtud consideran perentorio así teorizar sobre las emociones.

Ahora bien, la incorporación de las emociones a la ética judicial e incluso a la teoría de la argumentación jurídica, es una empresa que encuentra no poca resistencia. Pues nada parece más contrario a la naturaleza de la función judicial –que se considera ha de estar guiada por una reflexión y deliberación frías y racionales– que la naturaleza de las emociones. Alguien dispuesto a objetar tal cosa podría admitir que las emociones desempeñan un rol importante en nuestra vida moral ordinaria, pero que no tendrían por qué desempeñar rol alguno en determinadas moralidades de rol, especialmente en la referente al juez. Este reparo se basa en un pensamiento bastante extendido: esto es, que las emociones son irracionales, incontrolables y parciales. Si tenemos en cuenta que ha sido la tradición kantiana la que mayor descrédito ha hecho pesar sobre las emociones, y que ha sido ésta la tradición dominante en ética judicial, no resulta casual encontrarse con este tipo

de resistencia. Una estrategia adecuada para hacerle frente consistiría en mostrar que las emociones ni son irracionales, ni completamente incontrolables ni, a pesar de ser característicamente parciales, contrarias a la imparcialidad.

Aunque me es imposible detenerme aquí en cada uno de estos aspectos, me limitaré a señalar la dirección en que tales tensiones podrían disolverse, o al menos, relajarse. Respecto de la acusación de la supuesta irracionalidad de las emociones, existe abundante literatura apoyada incluso en evidencia empírica donde se sostiene que las emociones no sólo no se oponen a la razón, sino que incluso poseen inteligencia. Uno de los defensores más firmes e influyentes en relación con esta posición ha sido Robert Solomon. Él entendía a las emociones como especies de juicios valorativos, ya que por ejemplo la presencia de una emoción como la indignación, sería indicativa de que *se ha juzgado* una situación *como* conteniendo una ofensa; el miedo, indicativo de que se ha juzgado una circunstancia como amenazante; etc. Desde esta perspectiva, las emociones son modos de ver el mundo que nos disponen hacia él en una dirección o en otra, dirigiendo nuestra atención. Si esta teoría cognitivista sobre la emoción es correcta, entonces no sólo se puede hacer frente a la objeción referida a la irracionalidad de las emociones, sino además a la de su presunto carácter indomable y opuesto a la imparcialidad. Por un lado, si las emociones son permeables a la razón, sería posible una educación emocional, de modo que no seríamos enteramente pasivos frente a ellas. Por el otro, y si bien es cierto que las emociones son normalmente parciales, esto no significa que sean necesariamente opuestas a la imparcialidad. Por ejemplo, el afecto que un maestro puede experimentar hacia uno de sus alumnos en particular, no tiene por qué ser impedimento necesario para calificarlo ecuánimemente en relación con el resto de sus compañeros de clase. En consecuencia, pareciera que una concepción cognitivista de la emoción, es especialmente adecuada para emprender el análisis de las virtudes judiciales.

Pero volvamos ahora a la cuestión de la empatía. Resultará claro en función de lo antedicho, que mi principal oposición a la empatía no tiene que ver con su naturaleza emocional, sino con su carácter semántico impreciso. De ahí que considere preferible su puesta entre paréntesis. Por lo demás, si tuviéramos que elegir un candidato apto para su reemplazo, éste podría ser la compasión. Las razones serían que ésta se trata tal vez del

pariente más próximo de la empatía –el mismo Slote parecía considerarlo de esta manera–, por estar también relacionada con una disposición benevolente hacia los otros, y cuenta además con la ventaja de tener un referente más claro, a saber, el sufrimiento que aqueja a otro ser y que llama en su auxilio. Ahora bien, ¿sería posible incluir a la compasión entre las virtudes judiciales? Nadie dudaría de que la justicia conforma la virtud por antonomasia del juez, pero que la compasión reclame también para sí un lugar dentro de las virtudes judiciales, resulta altamente problemático. Quienes han sido atropellados en sus derechos o han sido objeto de una grave ofensa o perjuicio, no suelen demandar compasión, sino principalmente justicia en sus reclamos legales. Es esta una de las razones por las que no existirían motivos para exigir compasión por parte de jueces; a menos que pueda demostrarse que la virtud de la justicia incluye entre sus emociones características, a la compasión.

Una vez más, Robert Solomon ha sido pionero en dar un paso en tal dirección¹⁶. En forma provocativa nos dice que la justicia no está dada, ante todo, por un conjunto de principios abstractos; la justicia está dada primeramente, en su opinión, por un conjunto de emociones y por una determinada forma de participación en el mundo. Sin el cultivo de tales emociones, aquellos principios de justicia no son más que ideales abstractos (Solomon 2004: 22). Entre tales emociones, a propósito, sitúa centralmente a la compasión (*Ibíd.* 31), llegando incluso a decir que “la compasión, esa habilidad de sentir por aquellos menos afortunados que uno mismo, conforma la pasión básica de nuestro sentido de la justicia” (citado por Roberts 2013: 16-17).

Hay un sentido elemental en que la justicia puede ser vinculada a la compasión: ambas responderían a una emoción más básica que las abarca, a saber, la benevolencia –el interés por el bienestar ajeno–¹⁷. También es factible vincularlas en otros sentidos: por ejemplo, las víctimas de una injusticia pueden ser a veces objeto de compasión, y la compasión por quien sufre una injusticia suele suscitar el deseo de justicia. Con todo, habría una razón de

¹⁶ Aunque evidentemente no ha sido el primero en hacerlo. Al menos más de cien años antes, Schopenhauer asevera categóricamente que la justicia tiene su origen en el móvil de la compasión. Solomon (2004: 29) le reconoce precisamente al filósofo alemán el mérito de haber señalado que, sin sentimiento, no hay justicia, especialmente sin el sentimiento de la compasión.

¹⁷ También teniendo en cuenta la distinción aristotélica entre justicia general y justicia particular, podría decirse que la compasión pertenece a la clase de emociones expresivas de la justicia general, mas no de la justicia particular.

peso que volvería problemática su vinculación estrecha, la cual estaría dada por su diferente estructura conceptual. En este sentido, Robert Roberts argumenta sobre la imposibilidad de establecer una cercanía tan estrecha como la que Solomon pretende instaurar. Esto es así porque la compasión está referida al sufrimiento de otra persona, y no a lo que le es debido, como es el objeto formal de la justicia. Roberts aduce que no toda situación digna de compasión envuelve injusticia, ni toda injusticia suscita necesariamente compasión, cosa que le lleva a sostener que justicia y compasión pertenecen a territorios conceptuales diferentes. Consiguientemente, la compasión no podría considerarse en sentido lógico como una emoción propia de la virtud de la justicia (Roberts 2013: 24-25).

El argumento de Roberts parece convincente. Si es cierto que no hay una conexión lógica entre justicia y compasión, no habría razones para demandar compasión de los jueces: pues todo lo que se requiere de ellos es que sean fundamentalmente justos¹⁸. Pero aunque esto sea incontestablemente exacto, no tendría por qué afectar la idea más básica con arreglo a la cual las emociones juegan un importante rol en la toma de decisiones jurídicas. Esta es al menos la perspectiva de análisis en la que me interesa seguir ahondando. He dicho al respecto que un enfoque cognitivista de la emoción puede sernos de especial ayuda. En esta orientación, A. Amaya asevera en uno de sus más recientes trabajos, que las emociones son esenciales para la buena argumentación y deliberación judiciales. Ello es así porque las mismas desempeñan un papel central en la percepción de los rasgos del caso concreto. De modo rotundo, la autora afirma:

Por lo tanto, el juez que se enfrenta a un caso de manera fría e imparcial no sólo se comporta de una forma no virtuosa, en cuanto que no tiene la respuesta emocional apropiada, sino que su percepción del caso será también defectuosa, dado que esta respuesta es una parte constitutiva de lo que significa reconocer y apreciar correctamente los particulares de un caso. Las emociones son “modos de ver”: uno no podría “ver” de esa manera a menos que tenga ciertas emociones. Por lo tanto, las capacidades cognitivas y emocionales son

¹⁸ Desde la óptica aristotélica también sería posible arribar a una conclusión análoga. En la *Retórica*, al analizar la emoción de la compasión, el estagirita la define como “un cierto pesar ante la presencia de un mal destructivo o que produce sufrimiento *a quien no se lo merece*” (*Ret.* 1385 b; énfasis mío). Con base en este supuesto, no podría considerarse virtuoso a un juez que siente compasión por el sufrimiento que un criminal experimenta tras haber recibido un castigo merecido.

necesarias para llevar a cabo las tareas perceptuales que, como he señalado, son centrales en la argumentación jurídica. (Amaya 2015: 1779-1780)

De todas estas interesantes ideas me interesa rescatar una en particular: la afirmación de que la imparcialidad no tiene por qué estar ligada a una actitud fría y desapegada. Creo, en consecuencia, que una manera fértil y adecuada de plantear la relación entre justicia –como virtud– y emociones, es a partir de una concepción que cuestione la pretendida neutralidad emocional de la imparcialidad. Bajo una mirada de este tipo, dejaría de ser necesario pensar a la imparcialidad como “una actitud de indiferencia, desinterés y desapego” (Salles 1999: 221). Pues quien se siente motivado a obrar con imparcialidad, no lo hace precisamente *en virtud de su indiferencia*; muy por el contrario, lo hace porque le importan y movilizan la justicia y los derechos de los demás. Desde esta óptica, lo que caracterizaría a una persona imparcial y justa es su *apego* hacia fines moral o jurídicamente deseables. Si ello es así, entonces la emoción sería constitutiva de la imparcialidad, y por ende, de la justicia.

5. A modo de cierre

Rawls (1971: 17) señalaba a la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales. Sin embargo, en este trabajo he pretendido mostrar mi alineación con aquellos que la consideran como una virtud del carácter, en particular, como la virtud propia de la magistratura. Esta aproximación no implica excluir la validez de una teoría objetiva de la justicia como la rawlsiana, puesto que desde una perspectiva aretaica es perfectamente consistente sostener que la persona justa es aquella que posee la disposición firme a realizar transacciones y distribuciones justas en función de unos determinados principios de justicia. Ahora bien, el punto de vista aretaico se caracteriza por sostener que nuestras decisiones prácticas no pueden descansar por entero en principios abstractos: pues muchas veces éstos se muestran impotentes para guiarnos en el caso particular. Dada la naturaleza de los asuntos prácticos, de su constante variabilidad y acentuada singularidad, necesitamos poseer determinadas capacidades orientadas a la percepción de lo particular. Aquí es donde las emociones parecen desempeñar un rol especial. Puesto que a veces los jueces pueden

enfrentar casos atípicos en donde la ley o normativa vigente resulta insuficiente para arribar a veredictos justos, sería conveniente que estén armados con las virtudes judiciales y, por extensión, con determinada estructura emocional.

Es a este respecto que ciertos autores contemporáneos han propuesto incorporar a la empatía como parte esencial de la virtud de la justicia. He tratado de argumentar por qué me parece ésta una tentativa deficiente y por qué, al mismo tiempo, es preciso retener una reflexión sobre las emociones en el contexto de las virtudes judiciales. Es así que me he preguntado si la compasión no estaría en mejores condiciones de ocupar el lugar de la empatía. Aunque parece tratarse de un concepto comparativamente mejor posicionado, al menos en ciertos aspectos, la compasión plantea dificultades que tornan problemática su incorporación al esquema de las virtudes judiciales. A pesar de estas dificultades, creo que resulta valioso continuar indagando en la estructura emocional de la virtud de la justicia y en el tipo de emociones que en particular abraza. En esta dirección, he sugerido que una promisorio línea de análisis es aquella que ve en la imparcialidad, contrariamente a la forma dominante de concebirla, una actitud embargada de emoción.

Referencias bibliográficas

AMAYA, AMALIA (2009). *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

_____ (2011). “Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial”, *Diánoia*, Volumen LVI, número 67; pp. 135-142.

_____ (2015). “Virtudes y filosofía del derecho”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 1758-1810.

AMAYA, AMALIA; HOCK LAI, HO (eds) (2013). *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing.

ARISTÓTELES (1997). *Ética Nicomáquea*, Barcelona, Altaya.

_____ (2012). *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial.

BRISON, SUSAN (2013). "On Empathy as a Necessary, but not Sufficient Foundation for Justice (A response to Slote)", en Amaya, A. y Hock Lai H. (eds) *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing.

BRUNSTEIN, PATRICIA (2014). "El rol de la empatía en la jurisprudencia desde la óptica de J. Deigh. Un análisis crítico a partir del caso Lilly Ledbetter", *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, Número 4.

DEIGH, JOHN (2011). "Empathy, Justice and Jurisprudence", *The Southern Journal of Philosophy*, Volume 49.

_____ (2013). "Empathy in Law (A Response to Slote)", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds) *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing.

DUFF, R. A. (2003). "The Limits of Virtue Jurisprudence", *Metaphilosophy*, Vol. 34, pp. 214-224.

HURSTHOUSE, ROSALIND (2012). "Virtue Ethics", en *The Stanford Encyclopedia for Philosophy*: <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-virtue/>

LARIGUET, GUILLERMO (2013). "Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho contemporánea y su vínculo con los dilemas morales", en Gonzalez de la Vega, R.; Larigueta, G. (Coords) *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Temis, Bogotá, pp. 195-210.

FARRELY, COLLIN; SOLUM, LAWRENCE (2008). "An Introduction to Aretaic Theories of Law", en Farrely, C; Solum, L. (eds) *Virtue Jurisprudence*, Palgrave Macmillan, New York.

MACINTYRE, ALASDAIR (2004). *Tras la Virtud*, Crítica, Barcelona.

NAGEL, THOMAS (1991). *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press.

NUSSBAUM, MARTHA (1999). "La ética de la virtud: una categoría equívoca", *ARETÉ. Revista de Filosofía*, Vol. XI, Nº 1-2, pp. 573-613.

RAWLS, JOHN (1971). *Teoría de la Justicia*, Cambridge, Harvard University Press.

ROBERTS, ROBERT (2013). "Justice as an Emotion Disposition", en Deigh, J. (ed) *On Emotions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 14-28.

SALLES, ARLEEN (1999). "Percepción y Emociones en la Moralidad", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 20.

SCHAPIRO, TAMAR (2011). "Empathy as a Moral Concept: Comments on John Deigh's "Empathy, Justice and Jurisprudence", *The Southern Journal of Philosophy*, Volume 49, pp. 91-98.

SLOTE, MICHAEL (2010). *Moral Sentimentalism*, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2013). "Empathy, Law and Justice", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds) *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing.

SOLUM, LAWRENCE (2003). "Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging", *Metaphilosophy*, Vol. 34, pp. 178-213.

_____ (2013). "Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law", en Huppel-Cluysenaer y Cohelo (eds) *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 23, London-New York, Springer.

WILLIAMS, BERNARD (1980). "Justice as a Virtue", en Rorty, A. (ed) *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley, University of California Press, pp. 189-199. .