



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL ROL DEL JUEZ BAJO LA LUZ DE LA DISCIPLINA
DE DERECHO Y EMOCIONES**

AUTORA:

Nicole Bouchet Campusano

PROFESORA GUÍA:

Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, Chile

2023

ÍNDICE

Índice	1
Introducción	2
I. Sobre la disciplina de Derecho y Emociones	6
1. Características transversales en la disciplina de Derecho y Emociones.....	6
2. Objetivos generales de la disciplina	11
3. Referencia histórica de la disciplina.....	20
II. Disciplinas afines a Derecho y Emociones.....	25
1. Economía del Comportamiento.....	25
2. Género y Derecho.....	30
3. Derecho y Literatura.....	34
III. Contexto conceptual de la disciplina Derecho y Emociones	38
1. Concepto moderno de Derecho	39
2. Concepto de Emoción	46
IV. El juez bajo la luz de la disciplina Derecho y Emociones	58
1. El juez y su razonamiento bajo el concepto moderno de derecho.....	59
2. El juez y su razonamiento bajo la luz de la disciplina de Derecho y Emociones.....	66
i. Las emociones como elementos que permean inevitablemente el razonamiento judicial.....	67
ii. ¿Es deseable que las emociones formen parte del razonamiento judicial?	70
iii. Empatía y compasión	76
iv. La fundamentación de las sentencias como límite al rol de las emociones.....	80
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	89

INTRODUCCIÓN

El derecho ha sido considerado tradicionalmente como un sistema racional y objetivo, donde toda referencia a lo irracional, subjetivo y emocional debe ser excluída. Roger Cotterrell se refiere a esta concepción como una *imagería* de legalidad. Establece que la teoría moderna del derecho, desarrollada y dirigida para los mismos abogados que de alguna manera u otra lo ejercen, recoge las ideas de racionalidad, principios, sistematicidad y unidad. De aquí la teoría de John Austin que asimila la jurisprudencia a un mapa de la ley, un orden de ideas legales que permite a los estudiantes el aprendizaje del derecho como una ciencia.¹ En palabras de Cotterrell:

La filosofía jurídica moderna se ha preocupado generalmente de retratar al derecho como racional, fundado en principios (esto es, que materializa ciertos valores constantes), o sistemático; o unificado por formas distintivas, procedimientos, o discursos. Ha proporcionado teorías generales de razonamiento jurídico, argumento, o interpretación y explicaciones generales de nociones fundamentales tales como sistema jurídico, norma jurídica, obligación jurídica y autoridad jurídica. Al menos indirectamente, ha comúnmente presentado a los abogados imágenes de un sistema de conocimiento profesional ordenado y sofisticado, una práctica académica fundada en un *corpus* de aprendizaje coherente, finito y sistemático o una práctica interpretativa fundada en principios y creativa.²

Esa concepción tradicional supone una dicotomía entre el derecho y las emociones, en donde el derecho es categorizado como racional y las emociones son caracterizadas como irracionales. De esto se sigue, por ejemplo, la expectativa de que los jueces –llamados a hacer una evaluación normativa de los hechos– deban dejar de lado

¹ COTTERRELL, R. 1995. *Legal Theory and the Image of Legality*. En: Law's Community. Oxford, Oxford University Press. p. 277.

² Ídem. Traducción libre de: "Modern legal philosophy has generally been concerned to portray law as rational, principled (that is, embodying certain consistent values), or systematic; or unified in distinctive forms, procedures, or discourses. It has supplied general theories of legal reasoning, argument, or interpretation and general explanation of such fundamental notions as legal system, legal rule, legal obligation, and legal authority. At least indirectly it has often presented lawyers with images of an ordered and sophisticated system of professional knowledge, a scholarly practice founded on a coherent, finite, and systematic body of learning or a principled and creative interpretive practice."

todo tipo de consideraciones políticas y emotivas, para juzgar así de una forma completamente imparcial y objetiva.

A pesar de esa aparente dicotomía, el derecho sí admite explícitamente a las emociones y motivaciones individuales en ciertos ámbitos. Esto se puede ver expresado, por ejemplo, en el derecho penal, donde el Código Penal en su artículo 10 n° 6 prescribe, como condición para la exención de responsabilidad criminal por legítima defensa (falta de antijuridicidad), que la persona no haya sido impulsada por venganza o resentimiento. Otro ejemplo se ve en materia civil, en la amplia acogida que ha tenido el daño moral en nuestra jurisprudencia, cuyo concepto más tradicional de *pretium doloris* busca compensar “el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona”.³

Teniendo en consideración lo anterior, ¿puede afirmarse una separación radical entre el derecho y las emociones? ¿Tienen las emociones un rol en el derecho? ¿Son las emociones meros impulsos irracionales, que deben ser dejadas de lado en el razonamiento legal? Esas preguntas básicas han dado lugar al nacimiento de una nueva disciplina dentro de la ciencia jurídica: Derecho y Emociones. Esta disciplina parte de la premisa compartida entre sus expositores, fundamentada en hallazgos en neurociencia, de que las emociones no son un fenómeno puramente irracional. Como consecuencia de lo anterior, la disciplina de Derecho y Emociones se ha encargado de cuestionar y problematizar la dicotomía tradicional que excluye a las emociones del derecho: “a pesar de la compleja naturaleza de la intersección entre derecho y emoción, en el último par de décadas un número de académicos legales y psicológicos comenzaron a desmenuzar la relación”,⁴

³ DIEZ SCHWERTER, J. L. 2012. El daño extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 82.

⁴ BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. 2010. Emotion and the law: A field whose time has come. En: Emotion and the law. Psychological perspectives. Nueva York, Springer. p. 5. Traducción libre de: “Despite

como por ejemplo Susan Bandes, Neal Feigenson, Jaihyun Park, Dan Kahan y Martha Nussbaum.⁵ Así, la disciplina de Derecho y Emociones se transformó en “una red expansiva e interconectada”⁶ de académicos. Además de los autores antes mencionados, cabe destacar a William Brennan, Richard Posner, Jeremy Blumenthal, Kathryn Abrams, Hila Keren, Lynne Henderson, Martha Minow, Elizabeth Spelman, William Miller,⁷ Angela Harris, Marjorie Shultz, Judith Resnik, Owen Fiss, Robert Solomon, entre otros importantes académicos que contribuyeron a la disciplina desde diversas áreas del conocimiento.⁸

Esta rama ha expuesto en qué formas las emociones se relacionan con el derecho, observando ciertos fenómenos jurídicos desde la perspectiva de las emociones como una forma de entenderlos integralmente. Así, no solo se ha defendido una importante y necesaria relación entre el derecho y las emociones, sino que también se han propuesto cambios legales y nuevas consideraciones para determinados fenómenos jurídicos. En otras palabras, la disciplina de Derecho y Emociones propugna que el reconocimiento del rol de las emociones en el derecho es innegable y puede ser beneficioso para diversos ámbitos jurídicos.

Si bien esta disciplina es reconocida internacionalmente hace un par de décadas, no ha tenido una fuerte llegada a Chile. Es por esto que el objetivo de esta memoria es exponer una de las posibles aplicaciones de la disciplina de Derecho y Emociones en el ordenamiento jurídico chileno. Para ello, en el primer capítulo partiré ahondando en las

the complex nature of the intersection of law and emotion, in the last couple of decades, a number of legal and psychological scholars have begun to tease apart the relationship.”

⁵ Ídem.

⁶ PATRICK, C. J. 2015. A new synthesis for law and emotions: insights from behavioral sciences. *Arizona State Law Journal*. 47: 1242. Traducción libre de: “an expansive and interconnected web of legal scholarship.”

⁷ *Ibidem*. pp. 1242-1246.

⁸ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2003-2012.

características esenciales de esta disciplina, sus objetivos generales y cómo se ha desarrollado históricamente. Luego, en el segundo capítulo de esta memoria, me referiré a tres disciplinas afines a Derecho y Emociones –Economía del Comportamiento, Género y Derecho, y Derecho y Literatura– para exponer cómo se han considerado las emociones en otros campos relacionados también con el derecho. En el tercer capítulo desarrollaré dos conceptos basales: la noción moderna de *Rule of Law* o Estado de Derecho y la noción de emoción. Finalmente, en el cuarto capítulo analizaré el rol del juez, tanto a partir del concepto moderno de derecho como bajo la luz de la disciplina de Derecho y Emociones.

I. SOBRE LA DISCIPLINA DE DERECHO Y EMOCIONES

La disciplina de Derecho y Emociones explora y analiza las emociones que pueden detectarse en el derecho o, en otras palabras, las posibles relaciones que existen entre el derecho y las emociones. En este ejercicio, se apoya y complementa de distintas disciplinas científicas, sociales y humanistas, contando así con un arsenal de herramientas diverso para comprender y evaluar los diferentes supuestos sobre las emociones en los que el derecho basa su normativa y sus prácticas. Uno de los objetos fundamentales de la disciplina es lograr construir un marco de referencia para que el derecho sea holístico y más acorde a la realidad social. En uno de sus máximos esfuerzos, ese nuevo marco de referencia podría llegar a contribuir a la implementación de cambios y reformas, tanto en la doctrina legal como en las instituciones jurídicas.⁹

1. Características transversales en la disciplina de Derecho y Emociones

Pueden encontrarse ciertas características que son transversales a los expositores de Derecho y Emociones. En primer lugar, la disciplina parte de la base de dejar de lado la dicotomía entre razón y emoción, entendiendo –al contrario de una visión tradicional del derecho– que las emociones tienen tanto un aspecto afectivo como uno cognitivo. Ambos aspectos son valorados de la misma forma, dejando de lado la postura tradicional que excluía o inferiorizaba todo lo caracterizado como afectivo. Al respecto, Robert

⁹ BANDES, S. A. y BLUMENTHAL, J. A. 2012. Emotion and the law. Annual Review of Law and Social Science. 8: 162.

Solomon ha defendido la siguiente idea que ha sido recogida –en su totalidad o con ciertas variaciones– por la disciplina:

“Las emociones son juicios.” Esto está simplificado en exceso, pero es una forma rápida de introducir la teoría que quiero defender. El concepto de “juicio” es extremadamente intelectualista. Pretendo que así lo sea, ya que el impacto de esta teoría es la demolición total de las ancestrales distinciones entre emoción y razón, pasión y lógica. Las emociones no son los impulsos salvajes, no aprendidos, no cultivados, ilógicos y estúpidos, así como tan frecuentemente se han caracterizado. Al contrario, son extremadamente sutiles, ingeniosas, sofisticadas, cultivadas, aprendidas, lógicas e inteligentes. Hay más inteligencia en el rencor que en los cálculos rutinarios de silogizar, y hay muchísima más estrategia en el envidioso Yago que en el reflexivo Hamlet. El ingenio de la Razón, cuando se ve lo que Hegel se refiere por ella, es casi el ingenio de la emoción.

Tomo el concepto de “juicio” de forma muy parecida a la de Kant, de forma constitutiva, como una regla para interpretar la existencia. (...) Yo sí quiero seguir la corriente Kantiana de insistir en que nuestras emociones son juicios interpretativos.¹⁰

En segundo lugar, tal como se mencionó anteriormente, en la disciplina de Derecho y Emociones se va más allá de la pura dogmática jurídica, interrelacionando el razonamiento legal con otras disciplinas, valiéndose de herramientas que solo pueden ser aportadas desde otros campos, como los avances en neurociencia. En todo caso, es importante dejar asentado que esta disciplina no solo extrae elementos de ciencias exactas o empíricas, como lo son la biología y la economía, sino que también de disciplinas humanistas, como por ejemplo la literatura y la filosofía. Por ejemplo, William Miller¹¹

¹⁰ SOLOMON, R. 1977. The logic of emotion. *Noûs*. 11(1): 45-46. Traducción libre de: “‘Emotions are judgments’. That is oversimplified, but it is a quick way of introducing the theory I want to defend. The term “judgment” is extremely intellectualistic. I intend it to be, for the brunt of this theory is the total demolition of the age-old distinctions between emotion and reason, passion and logic. Emotions are not the brutish, unlearned, uncultured, illogical and stupid drives that they are so often argued to be. To the contrary, they are extremely subtle, cunning, sophisticated, cultured, learned, logical and intelligent. There is more intelligence in resentment than in the routine calculations of syllogizing; and there is far more strategy in envious Iago than in thoughtful Hamlet. The cunning of Reason, when you see what Hegel means by it, is almost the cunning of emotion.

I take the concept of “judgment” in much the same way that Kant did, in a constitutive way, as a rule for interpreting experience. (...) (I) do want to follow the Kantian trend of his theory in insisting that our emotions are interpretive judgments.”

¹¹ MILLER, W. I. 1997. *The Anatomy of Disgust*. Cambridge, Harvard University Press.

y Martha Nussbaum¹² exploran y analizan la emoción del asco, haciendo un recorrido a través de la filosofía, la historia, la psicología, el cine, la literatura y la poesía, refiriéndose respecto de estas últimas a autores como Shakespeare, Jean-Paul Sartre, D.H. Lawrence, James Joyce, Jonathan Swift y Walt Whitman, entre otros. A partir del trabajo de Miller, Dan Kahan¹³ expone que las teorías dominantes del derecho penal no han tomado en cuenta el rol e influencia de esta emoción y que por esto “carecen de recursos conceptuales para explicar un diverso rango de fenómenos jurídicos”,¹⁴ cuando debiese ser fundamental su estudio. Por su parte, Nussbaum argumenta en su trabajo que, dado el contenido cognitivo específico de la emoción del asco, esta nunca constituye una buena razón para tomar una decisión o consideración jurídica.¹⁵

Por último, esta disciplina suele tener objetivos normativos. Derecho y Emociones reconoce y analiza emociones específicas en el derecho, para así mejorar el marco de referencia que se tiene sobre el fenómeno jurídico y, en un último punto, poder proponer modificaciones en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto es el trabajo de Hila Keren en “Considering affective consideration”, donde explora el derecho contractual bajo la mirada de la disciplina de Derecho y Emociones.¹⁶ En específico, reevalúa la discusión sobre la regla de inejecutariedad de las promesas de otorgar regalos, regla que se ha defendido en razón de la naturaleza afectiva de este tipo de contratos:

Este artículo desafía el conflicto inherente entre derecho y emociones utilizando la nueva perspectiva de derecho y emociones de reevaluar los argumentos contemporáneos en contra de la ejecutoriedad. Uno de los objetivos centrales de este artículo es informar el debate académico persistente con cierto conocimiento

¹² NUSSBAUM, M.C. 1999. “Secret sewers of vice”: disgust, bodies, and the law. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 17-62.

¹³ KAHAN, D. M. 1998. *The anatomy of disgust in criminal law*. Michigan Law Review. 96: 1621-1657.

¹⁴ *Ibidem*. pp. 1631-1632. Traducción libre de: “(the dominant theories) lack the conceptual resources to make sense of a diverse range of legal phenomena.”

¹⁵ NUSSBAUM, M.C. 1999. “Secret sewers of vice”: disgust, bodies, and the law. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. p. 22.

¹⁶ KEREN, H. 2010. *Considering affective consideration*. Golden Gate University Law Review. 40(2): 165-234.

esencial, no-legal, sobre la relevancia concreta que las emociones juegan en el “mundo del regalo”. Sin hacer ningún esfuerzo para aprender sobre las dinámicas afectivas en las situaciones de regalos, la regla sobre inexigibilidad parece basada solo en la creencia general de que el derecho debiese evitar problemas cargados de afectividad.¹⁷

Además, como se verá posteriormente, dentro de los objetivos de la disciplina también se puede encontrar utilizar el derecho para generar determinados efectos emocionales.¹⁸ Por ejemplo, Susan Bandes analiza las declaraciones sobre el impacto en la víctima (*victim impact statements*) en los juicios de crímenes castigados con pena de muerte, en virtud de las emociones y las narrativas que evocan estos testimonios. Explica que suelen propiciar emociones tales como preocupación, empatía y compasión, y sirven para ordenar los hechos de una forma que propicia esas emociones, proyectadas hacia el sufrimiento de otra persona. Bandes argumenta que estas narrativas y emociones no siempre son útiles o apropiadas en el contexto legal y concluye que estas declaraciones deben ser suprimidas de los procesos criminales, justamente debido a la impropiedad (en ese contexto) de las emociones que generan.¹⁹ En definitiva, sostiene que estos testimonios:

(S)on historias que no deberían ser contadas, al menos no en el contexto de penas capitales, porque bloquean la habilidad del jurado de oír la historia del imputado. Además, evocan emociones que no pertenecen en ese contexto. (...) En el fondo, la objeción moral hacia las declaraciones sobre el impacto en la víctima (*victim*

¹⁷ *Ibidem*. pp. 169-179. Traducción libre de: “This article challenges the inherent conflict between law and emotions by utilizing the new perspective of law and the emotions to reevaluate the contemporary arguments against enforceability. One of this Article’s central goals is to inform the lingering scholarly debate with some essential non-legal knowledge about the relevant concrete emotions that play a role in the “world of gift”. With no effort made to learn about affective dynamics in gift situations, the unenforceability rule seems grounded only in a general belief that the law should avoid affectively laden problems.”

¹⁸ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 1998.

¹⁹ BANDES, S. A. 1996. Empathy, Narrative and Victim Impact Statements. *University of Chicago Law Review*. 63(2): 363-365.

impact statements) es que deniegan la humanidad –y la dignidad básica– tanto del imputado como de la víctima.²⁰

La categorización de la literatura que se ha ido generando respecto de derecho y las emociones genera un problema: ¿cuándo se puede considerar que un trabajo aborda, de manera suficiente, tanto al derecho como a las emociones? Para esta categorización, Terry A. Maroney propuso dos premisas, la primera relacionada con la motivación y la segunda con el método:

Primero, la literatura contemporánea de derecho y emociones está basada en las creencias de que la emoción humana es susceptible de ser estudiada en forma específica y deliberada, de que es altamente relevante para la teoría y práctica del derecho, y de que su relevancia es merecedora de un escrutinio mayor del que históricamente ha recibido. En segundo término, esa literatura se dirige explícitamente a sí misma a los dos lados del “y” [Derecho y Emociones]; aborda una pregunta relativa al derecho y trae a consideración una perspectiva basada en el estudio o teoría de las emociones.²¹

Como se puede apreciar, estas dos premisas están íntimamente relacionadas con las características que se han esbozado previamente. Por un lado, Derecho y Emociones otorga una valorización a las emociones distinta de la realizada históricamente, reconociendo que estas tienen un rol en el derecho que merece ser estudiado. Por otra parte, la disciplina brinda una nueva perspectiva al estudio de fenómenos jurídicos, ya que lo hace basándose en esa nueva valorización de las emociones.

²⁰ *Ibidem*. pp. 393-395. Traducción libre de: “are stories that should not be told, at least not in the context of capital sentencing, because they block the jury’s ability to hear the defendant’s story. Moreover, they evoke emotions that do not belong in that context. (...) At bottom, the moral objection to victim impact statements is that they deny the humanity – and the basic dignity – of both defendant and victim.”

²¹ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 124. Traducción libre de: “First, contemporary law and emotion scholarship is based on the beliefs that human emotion is amenable to being specifically and searchingly studied, that it is highly relevant to the theory and practice of law, and that its relevance is deserving of closer scrutiny than it historically has received. Second, such scholarship explicitly directs itself to both sides of the “and” [law and emotion]; it takes on a question regarding law and brings to bear a perspective grounded in the study or theory of emotions.”

2. Objetivos generales de la disciplina

El objetivo principal de la disciplina ha sido desafiar la dicotomía tradicional entre razón y emoción. Las emociones han sido tradicionalmente consideradas como un impulso irracional, subjetivas y perjudiciales para el raciocinio y comportamiento humano, carentes de cualquier tipo de elemento racional. Al contrario, como se verá más adelante, Martha Nussbaum expone que “las emociones son evaluaciones o juicios de valor”.²² La autora explica que Aristóteles estimó que las emociones son elementos centrales de la moral y constitutivos de racionalidad práctica:

Las emociones están compuestas por creencia y sentimiento, moldeadas por el pensamiento en desarrollo y son altamente selectivas en sus reacciones. Pueden conducir o guiar al agente perceptor, “marcando” en una situación imaginada concretamente los objetos que deben perseguirse y evitarse. En resumen, Aristóteles no hace una división fuerte entre lo cognitivo y lo emotivo. La emoción puede tener un rol cognitivo y la cognición, si ha de ser debidamente informada, debe recurrir a la labor de los elementos emotivos.

Muchas teorías contemporáneas de la racionalidad, así como se enseña y se practica en la academia y en la esfera pública, (...) hacen todo lo posible por cultivar un intelecto calculador y no hacen intento alguno por cultivar lo “sofisticado” y la emoción. No se preocupan por los libros (especialmente las obras de literatura) que cultivarían esas respuestas; de hecho, niegan implícitamente su relevancia en la racionalidad. Aristóteles nos dice en términos inequívocos que las personas de sabiduría práctica, tanto en la esfera pública como en la privada, van a cultivar la emoción y la imaginación en sí mismos y en el resto, y van a ser muy cuidadosos en no confiar demasiado en la teoría técnica o puramente intelectual que pueda reprimir o impedir estas respuestas.²³

²² NUSSBAUM, M. C. 2008. Paisajes del pensamiento. Barcelona, Paidós. p. 24.

²³ NUSSBAUM, M.C. 1990. Love's knowledge. Nueva York, Oxford University Press. pp. 78-82. Traducción libre de: “Emotions are composites of belief and feeling, shaped by developing thought and highly discriminating in their reactions. They can lead or guide the perceiving agent, “marking off” in a concretely imagined situation the objects to be pursued and avoided. In short, Aristotle does not make a sharp split between the cognitive and the emotive. Emotion can play a cognitive role, and cognition, if it is to be properly informed, must draw on the work of the emotive elements. (...)”

Many contemporary theories of rationality, as taught and practiced in the academy and in public life, (...) make every attempt to cultivate calculative intellect and none at all to cultivate “fancy” and emotion. They do not concern themselves with the books (especially works of literature) that would cultivate those responses; indeed they implicitly deny their relevance to rationality. Aristotle tells us in no uncertain terms that people of practical wisdom, both in public and in private life, will cultivate emotion and imagination

Derecho y Emociones lucha recurrentemente contra el común pensamiento según el cual explorar las posibles relaciones entre el derecho y las emociones es una tarea peligrosa e incluso ilegítima, ya que podría llegar a desestabilizar el imperio racional del derecho.²⁴ Este objetivo es fundamental, ya que si se acepta la visión de las emociones según la cual estas tienen tanto un componente afectivo como uno cognitivo, entonces se puede atacar firmemente la dicotomía: ya no existe dicotomía entre razón y emoción, porque la emoción tiene racionalidad y porque el raciocinio también tiene afectividad. Ahondaré en esto más adelante, cuando profundice en la definición de emoción que la disciplina comparte.²⁵

El desafío inicial –basado en el cuestionamiento de la racionalidad y objetividad jurídica– dio paso a objetivos más profundos. Habiendo triunfado en el reconocimiento de la legitimidad de las emociones en el derecho, la disciplina toma posteriormente como uno de sus objetivos el análisis de las emociones propiamente tales. Ya no se discute si es que las emociones tienen o debiesen tener un rol en el derecho, sino que se adopta como objetivo determinar qué emociones operan en distintos contextos jurídicos y qué rol juegan en ellos. De esta forma, el análisis de emociones específicas se transforma en el camino principal.²⁶ Es posible dilucidar este camino en “The Passions of Law”, en donde se recopilan ensayos sobre variadas emociones. Por ejemplo, Robert Solomon explora la satisfacción del deseo de venganza en el derecho penal;²⁷ Austin Sarat analiza

in themselves and in others, and will be very careful not to rely too heavily on a technical or purely intellectual theory that might stifle or impede these responses.”

²⁴ BANDES, S. A. y BLUMENTHAL, J. A. 2012. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*. 8: 162.

²⁵ Véase sección III.2.

²⁶ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2009.

²⁷ SOLOMON, R. C. 1999. Justice v. vengeance: on law and the satisfaction of emotion. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 121-148.

la relevancia e idoneidad del remordimiento del ofensor como un factor a considerar en la sanción penal,²⁸ y Cheshire Calhoun ahonda en el amor romántico y sus vínculos con la prohibición del matrimonio entre personas de un mismo sexo.²⁹

Finalmente, la disciplina adquiere objetivos normativos. La disciplina, bajo este propósito normativo, se enfoca en la utilidad que puede tener el derecho en las emociones, es decir, cómo el derecho puede generar determinados efectos emocionales. Entonces, se trabaja en el rol instrumental que tiene el derecho, pudiendo este moldear experiencias afectivas. La disciplina se enfoca aquí no solo en la capacidad que tiene el derecho de nutrir determinadas emociones, sino que también en la posibilidad que esto otorga a diversos actores legales para anticipar y controlar dichas respuestas afectivas.³⁰ Por ejemplo, Solangel Maldonado analiza las emociones que se generan en el derecho de familia, en particular en el divorcio de padres. La autora se enfoca en la capacidad que tiene el derecho de cultivar el perdón. La autora expone el daño que tienen las emociones negativas –tales como la rabia y el deseo de venganza– presentes en este tipo de conflicto, así como el éxito limitado que han tenido ciertas iniciativas legales para reducir el conflicto (por ejemplo, el requerimiento de mediación para acordar ciertos asuntos tales como la custodia y los regímenes de visita).³¹ Luego, hace un giro normativo: propone dos formas de cultivar el perdón. La primera de ellas es terminar con las consecuencias jurídicas que tiene la mala conducta marital (eliminar el divorcio por culpa, por ejemplo).

²⁸ SARAT, A. 1999. Remorse, responsibility, and criminal punishment: an analysis of popular culture. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 168-190.

²⁹ CALHOUN, C. 1999. Making up emotional people: the case of romantic love. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 217-240.

³⁰ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who's afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2013.

³¹ O, en términos de la legislación chilena, el cuidado personal y la relación directa y regular.

La segunda propuesta es requerir que los padres altamente conflictivos participen en “programas educativos de perdón”.³²

Estos tres objetivos distintos pueden resumirse, tal como lo han dicho Kathryn Abrams y Hila Keren en su trabajo denominado “Who’s afraid of law and the emotions?”, en tres dimensiones de la disciplina de Derecho y Emociones: iluminadora, investigativa e integradora.

La dimensión iluminadora es aquella que tiene como objetivo principal exponer las diversas formas en que las emociones están implicadas en el derecho, es decir, mostrar los roles que pueden tener las emociones en contextos legales particulares. Como consecuencia de la dicotomía tradicional entre razón y emoción, las emociones han sido o bien ignoradas en el contexto legal, o bien aludidas de manera errónea o superficial. Frente a esto, esta dimensión detecta o comprende de manera más completa el rol de determinadas emociones en un contexto jurídico particular. Por ejemplo, Carol Sanger detecta la humillación en el contexto de la normativa que regula el aborto en Estados Unidos. Sanger se enfoca en las audiencias de alternativa judicial (*bypass hearings*), en las que las personas menores de 18 años pueden obtener autorización judicial para llevar a cabo un aborto y así prescindir de la autorización requerida de sus padres.³³ Dentro de este trabajo, la autora explora los daños que ocasiona esa regulación del aborto en las mujeres e identifica la humillación que sufren las menores en estas audiencias:

(S)irven menos para evaluar la calidad la decisión de una mujer joven, que para castigarla por tomarla. (...) Esta es la humillación de los menores a través de lo que denomino “narrativa forzada” – el requerimiento de que los menores testifiquen en el tribunal sobre sus relaciones sexuales, su embarazo, y las complejidades de sus

³² MALDONADO, S. 2008. Cultivating forgiveness: reducing hostility and conflict after divorce. *Wake Forest Law Review*. 43: 441-504.

³³ SANGER, C. 2009. Decisional dignity: teenage abortion, bypass hearings, and the misuse of law. *Columbia Journal of Gender & Law*. 18(2): 409-499.

vidas privadas que las llevaron a decidir no involucrar a sus padres, sino que acudir al derecho para encontrar alivio.³⁴

En definitiva, la dimensión iluminadora de la disciplina tiene como objetivo principal exponer el rol de una o más emociones en situaciones jurídicas particulares, así como analizar las creencias y suposiciones que el derecho tiene sobre las emociones en general, o sobre emociones particulares, que resultan ser incompletas, limitadas o muchas veces erróneas.³⁵

La segunda dimensión de la disciplina, denominada investigadora, se nutre del trabajo interdisciplinario para analizar de manera más profunda y completa las emociones que están en juego en determinados contextos y cuestiones jurídicas. Tal como se expuso en las características esenciales de Derecho y Emociones, esta disciplina extrae conocimientos y herramientas de otras ciencias, para así informar y profundizar el entendimiento que se tiene jurídicamente de las emociones particulares y en fenómenos afectivos. Bajo esta dimensión, se pueden estudiar los aspectos biológicos y sociológicos de una determinada emoción, para vincularla con un fenómeno legal particular y poder comprender este de mejor manera.³⁶

Un ejemplo de esta dimensión es el trabajo de interpretación que Jeremy Blumenthal del fallo de la Corte Suprema norteamericana “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”.³⁷ El autor hace una interpretación más extensa de la decisión a partir de información empírica de las ciencias sociales. Blumenthal

³⁴ *Ibidem*. p. 418. Traducción libre de: “serve les to evaluate the quality of a young woman’s decision than to punish her for making it. (...) This is the humiliation of minors through the mechanism of what I call “compelled narrative” – the requirement that minors testify in court about their sexual relationships, their pregnancy, and the intricacies of home life that led them to decide not to involve parents but to turn to law for relief instead.”

³⁵ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2034-2039.

³⁶ *Ibidem*. pp. 2040-2044.

³⁷ BLUMENTHAL, J.A. 2008. Abortion, persuasion, and emotion: implications of social science research on emotions reading Casey. *Washington Law Review*. 83(1): 1-38.

argumenta que, a pesar de que la decisión autoriza que los Estados puedan requerir que las mujeres que van a abortar reciban información sobre el aborto, cuando esta información sea “veraz y no engañosa”,³⁸ esto puede ser interpretado de forma distinta. Blumenthal argumenta que “incluso este tipo de información aprobada en Casey puede, sin embargo, constituir una carga impermissible e indebida sobre la mujer que busca un aborto, cuando se aprovecha indebidamente de las potenciales influencias emocionales sobre su toma de decisión”.³⁹ La función investigativa de la disciplina se puede apreciar claramente a lo largo de ese trabajo: por ejemplo, el autor considera el estado emocional de la mujer que se somete a este tipo de información e incorpora investigaciones de la psicología sobre la influencia de las emociones negativas (como lo serían emociones potencialmente generadas por este requerimiento de información) en la susceptibilidad de una persona a ser persuadida.⁴⁰ Siguiendo esta línea argumentativa, la información otorgada puede ser demasiado persuasiva y constituir así un obstáculo en la toma de decisión de la mujer. Como se puede ver, el autor incorpora investigaciones de otras disciplinas para argumentar que se puede interpretar que hay casos en que esa información, permitida por el fallo de la Corte Suprema mencionado, es inconstitucional.

Por último, la función integradora de Derecho y Emociones tiene como objetivo principal la incorporación de estas nuevas consideraciones de las emociones en el

³⁸ El fallo dice: “Si la información que el Estado requiere que se presenta a la mujer es veraz y no engañosa, entonces el requerimiento puede ser permitido” (Corte Suprema de Estados Unidos. 1992. *Planned Parenthood of Shoutheastern Pennsylvania v. Casey*. Citado en: BLUMENTHAL, J.A. 2008. *Abortion, persuasion, and emotion: implications of social science research on emotions reading Casey*. *Washington Law Review*. 83(1): 4. Traducción libre de: “If the information the State requires to be made available to the woman is truthful and not misleading, the requirement may be permissible.”)

³⁹ BLUMENTHAL, J.A. 2008. *Abortion, persuasion, and emotion: implications of social science research on emotions reading Casey*. *Washington Law Review*. 83(1): 5. Traducción libre de: “even the sort of information approved of in Casey may nevertheless constitute an impermissible, undue burden on a woman seeking an abortion when it inappropriately takes advantage of potential emotional influences on her decision-making.”

⁴⁰ *Ibidem*. p. 16.

derecho, para que así se traduzcan en propuestas normativas y generen cambios legales. Se pretende entonces, gracias a trabajos interdisciplinarios, resolver posibles problemas legales, como por ejemplo cuestiones doctrinarias o político-legales. En esta función integradora pueden distinguirse dos objetivos. El primero es mejorar el análisis de cuestiones jurídicas, incluso a nivel doctrinario o dogmático, contribuyendo a que ese análisis sea más sensible a las emociones involucradas, o que tome en cuenta consideraciones más apropiadas y reales sobre las emociones en juego. El segundo objetivo va aún más allá, enfocándose en determinar las formas en que el derecho puede influenciar las emociones, ya sea a través de la doctrina, el comportamiento de los actores legales, o la adopción de decisiones y la implementación de políticas. Este segundo objetivo es importante porque hay muchas formas en que el derecho produce externalidades emocionales a través de sus instituciones, sus normas, sus actores legales, entre otros, de modo que esta función ayuda a diagnosticar y comprender estas consecuencias afectivas, y a así dilucidar cómo se podrían mejorar, eliminar o generar nuevas respuestas.⁴¹ En “Repairing Family Law”, Clare Huntington denuncia que el derecho de familia está conformado por normas binarias que solo admiten las emociones de amor y odio . Sin embargo, aplicando los conocimientos de otras áreas, como de la psicología psicoanalítica, Huntington postula que las relaciones de familia se ven permeadas por un abanico de emociones que no es reconocido en su regulación. La autora expone que las relaciones familiares son cíclicas y que en estos ciclos las personas experimentan emociones como amor, odio o agresión, y que como resultado de las transgresiones producidas por estas emociones, se sienten culpables y buscan reparar los

⁴¹ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? Minnesota Law Review. 94: 2049-2060.

daños causados.⁴² La normativa de esta área del derecho reconoce solo la ruptura y deja de lado esta búsqueda de reparación. Es por esta razón la Huntington propone un “modelo reparativo” de derecho de familia (en contraposición al “modelo de amor-odio”):

El objetivo central de este modelo es reparar (o atender) las relaciones emocionales, así como alterar las relaciones legales. El objetivo no es restaurar lo que pudo haber sido un status quo dañino, sino que crear la posibilidad de un futuro mejor. La mejor forma de hacer esto es reconocer completamente el ciclo de la intimidad –el proceso humano– en el proceso legal.⁴³

Tal como se puede percibir, el trabajo de Huntington abarca las tres dimensiones antes mencionadas de la disciplina: ilumina las emociones propias de las relaciones familiares que han sido dejadas de lado por la regulación del derecho de familia, investiga estas emociones desde otras disciplinas e integra lo analizado a través de una propuesta de cambio normativo.

Se ha aducido que la función integradora de Derecho y Emociones, en cuanto se enfoca en propuestas normativas que consideran las emociones, podría implicar un retroceso en el pensamiento jurídico. Si bien hoy en día se puede sostener que se acepta que las emociones tienen un rol en el derecho, los objetivos normativos de la disciplina han traído como consecuencia numerosas críticas y observaciones que cuestionan si es que es efectivamente beneficioso analizar dichos roles y responder a ellos. Esto se puede considerar como un retorno a la dicotomía entre razón y emoción, volviendo a subordinar esta última a la primera.⁴⁴

⁴² HUNTINGTON, C. 2008. Repairing family law. *Duke Law Journal*. 57(5): 1246-1248.

⁴³ *Ibíd.* p. 1250. Traducción libre de: “The central goal of this model is to repair (or attend to) emotional relationships while altering legal relationships. The goal is not to restore what may have been a harmful status quo, but rather to create the possibility of a better future. The best way to do this is to recognize fully the cycle of intimacy –the human process– in the legal process.”

⁴⁴ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2001.

Como una forma de responder a esta suspicacia respecto de la función integradora,

Abrams y Keren han propuesto:

La mejor respuesta a esta nueva ola de escepticismo, argumentamos, es demostrar el valor pragmático del trabajo de derecho y emociones. No obstante la amplitud de sus desafíos a la racionalidad jurídica, la perspectiva afectiva puede contribuir al familiar trabajo normativo del derecho –revisando y fortaleciendo la doctrina y el proceso de toma de decisión existentes e informando nuevas políticas legislativas, así como la menos familiar tarea de usar el derecho para mejorar la vida afectiva de la gente.⁴⁵

Las propuestas normativas provenientes de la disciplina de Derecho y Emociones son innovadoras y complejas. No solo abarcan objetivos comunes ya propuestos por otras disciplinas o perspectivas, como mejorar el funcionamiento del ordenamiento jurídico, sino que también sugieren cultivar o modelar ciertas emociones y respuestas afectivas mediante el derecho. Si bien estas ambiciones provocan críticas y dudas desde visiones más tradicionales del fenómeno jurídico, ello no debiera llevar a concluir sin más que se trata de una disciplina perjudicial. Esta disciplina es una de las tantas que ya han propuesto cambios normativos y no debiese haber razón alguna para no considerar ni analizar los posibles beneficios que pueden traer sus propuestas, tal como se ha hecho con otras disciplinas.⁴⁶ Adicionalmente, detrás de muchas críticas a la disciplina Derecho y Emociones resurge la dicotomía entre razón y emoción: las propuestas jurídicas provenientes del análisis y estudio de las emociones serían menos objetivas, por lo que debiesen ser excluidas del ámbito jurídico-racional.⁴⁷

⁴⁵ *Ibíd.* p. 2002. Traducción libre de “The best answer to this new wave of skepticism, we argue, is to demonstrate the pragmatic value of law and emotions work. Notwithstanding the breadth of its challenges to legal rationality, the affective perspective can contribute to the familiar normative work of the law – revising and strengthening existing doctrine and decision-making and informing new legal policies- as well as the less familiar task of using law to improve people’s affective lives.”

⁴⁶ *Ibíd.* pp. 2070-2073.

⁴⁷ *Ídem.*

3. Referencia histórica de la disciplina⁴⁸

Jeremy Blumenthal afirma que el derecho y las emociones están relacionados hace ya más de 3400 años: en Levítico, capítulo 19, verso 15, los jueces son instruidos a juzgar equitativamente a ricos y a pobres, lo que algunos han interpretado como la prohibición de favorecer a los pobres y así asegurar que las emociones, incluso una positiva como la simpatía, no influyeran en las decisiones jurídicas. El autor agrega que la figura de *manslaughter* (i.e., el homicidio no deliberado que ocurre debido a una perturbación emocional o mental pasajera) fue reconocido en el common law a finales del siglo XVI. También expone que el estudio psicológico de derecho y emociones se remonta a unos 100 años atrás,⁴⁹ al trabajo de Hugo Munsterberg de psicología aplicada sobre los jurados.⁵⁰

Sin embargo, si bien existe una relación entre el derecho y las emociones hace cientos de años, esta reflejaba “la visión tradicional de que la emoción es corrupta, sesgada, algo que se debe evitar y que, por lo tanto, debe ser excluida de las sentencias

⁴⁸ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 120-123; BANDES, S. A. y BLUMENTHAL, J. A. 2012. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*. 8: 163.

⁴⁹ BLUMENTHAL, J. A. 2010. A moody view of the law: looking back and looking ahead at law and the emotions. En: BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. (Eds.). *Emotion and the law. Psychological perspectives*. Nueva York, Springer. pp. 185-210.

Brian Bornstein y Richard Wiener agregan dos libros más como ejemplos del temprano trabajo de psicología y derecho: “Psychology Applied to Legal Evidence and Other Constructions of Law” (ARNOLD, G.F. 1906. Calcuta, Thacker, Spink & Co.), que tiene capítulos sobre sentimientos y emociones, y “Legal Psychology” (BURTT, H. E. 1931. Nueva York, Prentice-Hall), que considera la importancia de las emociones en comportamientos jurídicamente relevantes, como la memoria y el engaño. (BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. 2010. *Emotion and the law: a field whose time has come*. En: *Emotion and The Law. Psychological Perspectives*. Nueva York, Springer. p.2).

⁵⁰ MUNSTERBERG, H. 1908. *On the witness stand*. Nueva York, Doubleday. Citado en: BLUMENTHAL, J. A. 2010. A moody view of the law: looking back and looking ahead at law and the emotions. En: BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. (Eds.). *Emotion and the law. Psychological perspectives*. Nueva York, Springer. p 186.

jurídicas”.⁵¹ Así, hasta mediados de los ochenta, la relación entre derecho y emociones era generalmente problemática. El ejemplo más familiar es el del juez, en cuya actividad la emoción era percibida como una amenaza a los ideales del derecho.⁵² En las áreas específicas en que las emociones eran reconocidas, como en el derecho penal, sus relaciones con el derecho “tendían a ser unidireccionales y expresivas; las emociones explicaban o animaban la estructura de la ley. El derecho penal era entendido como un vehículo para expresar, por ejemplo, nuestros deseos de retribución frente a los actos indebidos”.⁵³

El surgimiento de Derecho y Emociones como un movimiento propiamente tal se puede ubicar históricamente con la ponencia de 1988 del juez de la Corte Suprema norteamericana, William J. Brennan, Jr., titulada “Reason, Passion, and ‘The Progress of the law’”, en honor a la publicación “The nature of the judicial process”, del juez Benjamin Cardozo.⁵⁴ En ella, el juez Brennan defendió el diálogo entre razón y pasión como un elemento central del proceso judicial.⁵⁵ A partir de los artículos que se generaron en respuesta a esta ponencia se empezaron a tratar los dos temas principales que definieron la primera etapa de la disciplina de Derecho y Emociones: la examinación de

⁵¹ BLUMENTHAL, J. A. 2010. A moody view of the law: looking back and looking ahead at law and the emotions. En: BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. (Eds.). *Emotion and the law. Psychological perspectives*. Nueva York, Springer. P. 185. Traducción libre de: “the traditional view that emotion is corruptive, biasing, something to be avoided and that should thus be excluded from legal judgment.”

⁵² ABRAMS, K. R. 2010. The progress of passion. *Michigan Law Review*. 100(6): 1608.

⁵³ *Ibidem*. p. 1609. Traducción libre de: “tended to be unidirectional and expressive; emotions explained or animated the structure of the law. The criminal law was understood as giving voice, for example, to our retributive urges in the face of wrongdoing.”

⁵⁴ CARDOZO, B. 1921. *The nature of the judicial process*. New Haven, Yale University Press.

⁵⁵ BRENNAN, W. J. 1988. Reason, passion, and “the progress of the law”. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 3.

la relación entre razón y emoción, por una parte, y la promoción del reconocimiento del rol que tienen las emociones en el derecho, por la otra.⁵⁶

En la década de los noventa, se empezó a crear una distinción de Derecho y Emociones como una disciplina diferenciada del resto, a través de numerosas publicaciones que reconocieron el rol innegable de las emociones en el derecho, profundizando en la complejidad de las emociones, y acudiendo a otras disciplinas para lograr su mejor comprensión.⁵⁷ Esto se vio acompañado por el movimiento de otras disciplinas académicas, como la economía, psicología, sociología, filosofía y neurociencia, que también se enfocaron en la emoción. Esos dos factores —el posicionamiento de Derecho y Emociones y el interés de otras áreas en las emociones— hizo que se tornara interdisciplinaria, incorporando el conocimiento que se iba generando paralelamente en otros campos.⁵⁸

Un rol clave en esta primera etapa de diferenciación de la disciplina fue la publicación de “The Passions of Law” de Susan Bandes, el año 1999.⁵⁹ Esa publicación fue una recopilación de distintos trabajos de diferentes disciplinas que exploraban las relaciones del derecho con determinadas emociones. Se sostiene que esta publicación fue clave en el posicionamiento de Derecho y Emociones como una disciplina independiente y diferenciada del resto, además de provocar numerosas críticas, respuestas y observaciones en publicaciones y en discusiones académicas a través de coloquios y conferencias.⁶⁰ Esa recopilación de ensayos de expertos de diversas disciplinas también

⁵⁶ PATRICK, C. J. 2015. A new synthesis for law and emotions: insights from behavioral sciences. *Arizona State Law Journal*. 47: 1243.

⁵⁷ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 121- 122.

⁵⁸ PATRICK, C. J. 2015. A new synthesis for law and emotions: insights from behavioral sciences. *Arizona State Law Journal*. 47: 1245.

⁵⁹ BANDES, S. A. (Ed.). 1999. *The passions of law*. Nueva York, New York University Press.

⁶⁰ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 122.

permitió “un cambio de foco desde la legitimidad de las emociones en el derecho hacia exámenes más especializadas de las emociones individuales mismas”,⁶¹ así como el crecimiento del volumen de artículos de la disciplina. Así, hacia la mitad de la década de los dos mil, Derecho y Emociones logró instalarse dentro de la academia jurídica como uno de los enfoques interdisciplinarios del derecho.⁶²

Gracias al gran volumen de artículos producidos por este movimiento, que abarcan la mayoría de las áreas del derecho, la disciplina logró instalar la idea de que las emociones están presentes en el derecho, idea que dejó de ser tan controvertida como lo era unas décadas antes.⁶³ De esta forma, este movimiento de académicos afrontó la dicotomía entre derecho (y razón) y emoción y la destruyó:

Una nueva generación de académicos ha cesado el ataque frontal a la dicotomía entre derecho y razón. Han habitado la abandonada fortaleza y están explorando sus rincones y recovecos, preguntando cómo puede ser reconstruida y reintegrada al paisaje que antes vigilaba.⁶⁴

La etapa inicial de la trayectoria de Derecho y Emociones, marcada por el constante cuestionamiento de la visión tradicional racionalista del derecho, fue evolucionando. La problemática inicial fue complejizándose a través de los años y esto se vio acompañado por la expansión de la disciplina:

[Los] esfuerzos posteriores, dominados por académicos del derecho y filósofos, formularon preguntas más complejas sobre la naturaleza de la emoción y su rol dentro del derecho. En los años más recientes, la literatura se ha expandido

⁶¹ PATRICK, C. J. 2015. A new synthesis for law and emotions: insights from behavioral sciences. *Arizona State Law Journal*. 47: 1247. Traducción libre de: “a shift in focus from the legitimacy of emotions in law to more specialized examinations of the individual emotions themselves.”

⁶² *Ibíd.* pp. 1247-1248.

⁶³ *Ibíd.* p. 1249.

⁶⁴ ABRAMS, K. R. 2010. The progress of passion. *Michigan Law Review*. 100(6): 1620. Traducción libre de: “A new generation of scholars has ceased the frontal assault on the dichotomy between law and reason. They have inhabited the abandoned fortress and are exploring its nooks and crannies, asking how it can be rebuilt and reintegrated into the landscape it once policed.”

rápídamente, arrastrando cada vez más áreas del derecho e incluyendo un mucho mayor número de contribuyentes de las ciencias sociales y humanas.⁶⁵

⁶⁵ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 123. Traducción libre de: “later efforts, dominated by law scholars and philosophers, asked progressively more complex questions about the nature of emotion and its role within law. In very recent years, the literature has expanded rapidly, pulling in ever more areas of law and including far greater numbers of contributors from the social and life sciences.”

II. DISCIPLINAS AFINES A DERECHO Y EMOCIONES

El estudio de las emociones no solo ha sido una tarea emprendida desde el derecho, sino que también otras ciencias y disciplinas lo han abarcado. Tanto filósofos como antropólogos, economistas, sociólogos, psicólogos y científicos se han enfocado en las emociones.⁶⁶ En este capítulo, abarcaré tres disciplinas que se relacionan con Emociones y Derecho, por tener perspectivas similares e incluso complementarias entre sí. Estas disciplinas son: Economía del Comportamiento, Género y Derecho, y Derecho y Literatura. *A priori* esas tres disciplinas exploran, al igual que Derecho y Emociones, las dimensiones cognitivas no racionales del ser humano,⁶⁷ promoviendo nuevas perspectivas para entender de manera más profunda los fenómenos jurídicos.

1. Economía del Comportamiento

La Economía del Comportamiento (o *Behavioral Economics*) es una tendencia contemporánea en la economía que se caracteriza por la incorporación de elementos de otras disciplinas –de la psicología especialmente– para cuestionar las premisas del modelo tradicional que ha existido en la economía neoclásica sobre el comportamiento humano. El modelo económico neoclásico está construido sobre la siguiente premisa:

[El] supuesto de que los agentes económicos –individuos, así como empresas– son maximizadores racionales. En efecto, en el modelo de “competencia perfecta”, los agentes económicos no se equivocan y no cometen errores de ningún tipo. Los vendedores son homogéneos. Los costos de transacción y de información, incluyendo los costos de procesar la información requerida para tomar decisiones

⁶⁶ MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. *Law Human Behaviour*. 30(12): 121.

⁶⁷ ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 2014.

económicas, son cero. De esto se deduce que los recursos fluyen instantáneamente hacia su más valioso uso.⁶⁸

El modelo tradicional descansa en tres supuestos implícitos: el ser humano tiene capacidades cognitivas “ilimitadas”, que le sirven para evaluar y juzgar alternativas económicas; los individuos tienen una fuerza de voluntad “ilimitada”, que les ayuda a tomar decisiones efectivas que maximizan su bienestar; y se comportan de manera egoísta, procurando el bien propio por sobre el del resto. Estas características configuran al *homo economicus*, que difiere –según la Economía del Comportamiento– de las personas reales:

¿Cómo difieren las “personas reales” del *homo economicus*? Describiremos las diferencias haciendo hincapié en tres importantes “límites” del comportamiento humano, límites que ponen en duda las ideas centrales de maximización de utilidades, preferencias estables, expectativas racionales y procesamiento óptimo de la información. Se puede decir que las personas muestran una racionalidad limitada, una fuerza de voluntad limitada y un interés propio limitado.⁶⁹

Gracias a los avances en psicología, la disciplina defiende que la racionalidad del ser humano es limitada, ya que el proceso de deliberación está compuesto tanto de un proceso racional como de uno intuitivo, y porque además dicha deliberación se ve influenciada por heurísticas (como, por ejemplo, estereotipos y categorizaciones) y sesgos. Un ejemplo es la explicación que efectúa Daniel Kahneman sobre la existencia de dos sistemas de pensamiento humano: el primero es automático y rápido, opera sin

⁶⁸ WRIGHT, J. D. y GINSBURG, D. H. 2012. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*: 106(3): 1036-1037. Traducción libre de: “assumption that economic agents –individuals as well as firms– are rational maximizers. Indeed, within the model of “perfect competition”, economic agents do not make mistakes or commit errors of any kind. Sellers are homogenous. Transaction and information costs, including the costs of processing information required to make economic decisions, are zero. It follows that resources instantaneously flow to their highest valued use”.

⁶⁹ JOLLS, C., SUNSTEIN, C., y THALER, R. 1998. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review* 50: 14. Traducción libre de: “How do ‘real people’ differ from *homo economicus*? We will describe the differences by stressing three important ‘bounds’ on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest.”

esfuerzo y sin sentido de control voluntario, mientras que el segundo está compuesto por las actividades mentales que implican esfuerzo, incluyendo cálculos complejos, y se asocia al razonamiento consciente.⁷⁰ La disciplina de Economía del Comportamiento defiende la idea de que el ser humano tampoco posee una fuerza de voluntad ilimitada, sino que, por el contrario, sufre de problemas de autocontrol. Como consecuencia de ese problema, tiene dificultades para cumplir sus propios planes a futuro, ya que tiene una preferencia sesgada al presente (maximizar el beneficio y minimizar el costo presentes). Además, la disciplina postula que los seres humanos se preocupan, o al menos aparentan preocuparse, por terceros. Siguiendo esta idea, las personas tendrían un interés propio más limitado que lo que la economía tradicional asume (lo cual tiene consecuencias en la forma en que se entiende tradicionalmente la maximización de utilidades).⁷¹

La Economía del Comportamiento tiene importantes elementos en común con Derecho y Emociones. Ambas disciplinas tienen caracteres interdisciplinarios y cuestionan los supuestos tradicionales que el derecho ha tenido sobre la racionalidad humana. Sin embargo, la diferencia fundamental está en la valoración de los procesos afectivos del ser humano. La Economía del Comportamiento utiliza estos procesos para predecir el comportamiento humano, pero no los considera valiosos en sí mismos: solo los ve como una herramienta, estimándolos más bien como errores de la naturaleza del individuo. En contraste, la disciplina de Derecho y Emociones defiende la valoración de los fenómenos afectivos y emocionales del razonamiento humano, considerándolos como una forma de deliberación valiosa.⁷² A pesar de dichas diferencias, lo fundamental

⁷⁰ KAHNEMAN, D. 2013. Thinking, fast and slow. Nueva York, Farrar, Straus and Giroux. pp. 19-30.

⁷¹ JOLLS, C., SUNSTEIN, C., y THALER, R. 1998. A behavioral approach to law and economics. Stanford Law Review 50: 1471-1550, pp. 1476-1481.

⁷² ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who's afraid of law and the emotions? Minnesota Law Review. 94: 2019.

es que tanto Derecho y Emociones como Economía del Comportamiento han abarcado la tarea de cuestionar y corregir los presupuestos convencionales sobre la racionalidad humana.⁷³

Es importante constatar que la disciplina de Economía del Comportamiento ha tenido una mejor acogida en el mundo académico legal que la disciplina de Derecho y Emociones. Esto se debe a que, a pesar de que cuestiona las premisas tradicionales de la racionalidad humana, la Economía del Comportamiento mantiene el enfoque en la racionalidad y perpetúa la dicotomía entre razón y emoción. Por ejemplo, Herbert Simon explica que las heurísticas (que él denomina “formas de racionalidad limitada”) son atajos mentales que, ante la capacidad cognitiva limitada, tienen un rol economizador en el proceso de toma de decisión humano,⁷⁴ contraponiendo así la “racionalidad ilimitada” con este otro tipo de procesos mentales “limitados”. En otras palabras, la Economía del Comportamiento es mucho más cercana al pensamiento convencional que Derecho y Emociones, ya que plantea la consideración de la emocionalidad como una forma de “corregir” el supuesto de razonabilidad y volición ilimitadas. Una clara manifestación de aquello es la denominación de “sesgos” a aquellos procesos afectivos dentro del razonamiento del ser humano –se dice que son errores sistemáticos provocados por defectos del proceso de decisión–⁷⁵ lo cual da a entender que son concebidos como desviaciones del proceso principal. Daniel Kahneman da como ejemplo de sesgo, la

⁷³ *Ibíd.* p. 2020.

⁷⁴ WRIGHT, J. D. y GINSBURG, D. H. 2012. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*: 106(3): 1038.

⁷⁵ WRIGHT, J. D. y GINSBURG, D. H. 2012. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*: 106(3): 1034.

valoración positiva que hace un público de la persona que da un discurso, basándose para dicha valoración en su buena apariencia y alta confianza en sí misma.⁷⁶

Además, la Economía del Comportamiento se enfoca preeminentemente en el comportamiento exteriorizado del ser humano, ya que se infieren las preferencias del individuo a través de su comportamiento. Los académicos de esta disciplina “están interesados en la predicción y el control del pensamiento y la conducta individuales.”⁷⁷ Esto se contrapone al enfoque interno que tiene la disciplina de Derecho y Emociones: la emocionalidad propiamente tal, es decir, en los pensamientos y sentimientos de la persona.

Por último, la Economía del Comportamiento, a pesar de su acercamiento interdisciplinario, utiliza una metodología que puede ser caracterizada como objetiva y científica. Por ejemplo, en “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”⁷⁸ (considerado como la “base intelectual de la literatura moderna sobre Economía del Comportamiento”)⁷⁹ Daniel Kahneman y Amos Tversky utilizan el método de elecciones hipotéticas para exponer diversos problemas de decisión que no se condicen con los axiomas de la teoría de utilidades esperadas. De esta forma, proponen una alternativa a este modelo tradicional de elección racional.⁸⁰ Los autores explican por qué eligen este método, en vez de estudios de campo o experimentos de laboratorio:

[Es] el procedimiento más simple por medio del cual pueden investigarse un gran número de preguntas teóricas. El uso del método descansa en el supuesto de que

⁷⁶ KAHNEMAN, D. 2013. Thinking, fast and slow. Nueva York, Farrar, Straus and Giroux. p.3.

⁷⁷ RACHLINSKI, J. J. 2011. The psychological foundations of behavioral law and economics. University of Illinois Law Review. 2011(5): 1678. Traducción libre de “are interested in the prediction and control of individual thought and behavior.”

⁷⁸ KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A. 1979. Prospect theory: an analysis of decision under risk. Econometrica. 47(2): 263-291.

⁷⁹ WRIGHT, J. D. y GINSBURG, D. H. 2012. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. Northwestern University Law Review: 106(3): 1038. Traducción libre de “intellectual foundation for the modern literature on behavioral economics.”

⁸⁰ KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A. 1979. Prospect theory: an analysis of decision under risk. Econometrica. 47(2): 263-264.

las personas suelen saber cómo se comportarían en situaciones particulares de elección y en el supuesto adicional de que los sujetos no tienen una razón especial para ocultar sus verdaderas preferencias.⁸¹

En suma, todos estos elementos habrían contribuido a que esta disciplina emparentada haya sido más aceptada dentro del mundo jurídico. Se puede sostener, tras estas caracterizaciones, que la disciplina de Economía del Comportamiento ha procurado mantener como base la pretensión de ser una ciencia objetiva, imparcial y racional.⁸²

2. Género y Derecho

La jurisprudencia feminista también se ha enfocado en la relación que ha tenido el derecho y las emociones, lo que ha sido fundamental porque otorga otra perspectiva al problema de la dicotomía entre razón y emoción. La teoría de Género y Derecho ha defendido también la idea de que el derecho valora y prioriza lo racional y objetivo, dejando de lado todo aquello que pueda estar relacionado con las emociones o con lo subjetivo, pero agrega que las emociones han sido consideradas históricamente como una cualidad femenina, y que de ahí viene la estrecha relación entre la exclusión de las emociones y la exclusión de la mujer del ámbito del derecho.⁸³

Simone de Beauvoir, respecto a la diferenciación y separación histórica de los sexos, dice:

La feminidad es una especie de “infancia continua” que aleja a la mujer del “tipo ideal de la raza”. Ese infantilismo biológico se traduce en una debilidad intelectual;

⁸¹ *Ibidem*, p. 265. Traducción libre de “the simplest procedure by which a large number of theoretical questions can be investigated. The use of the method relies on the assumption that people often know how they would behave in actual situations of choice, and on the further assumption that the subjects have no special reason to disguise their true preferences.”

⁸² ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*, 94: 2020-2021.

⁸³ BANDES, S. A. y BLUMENTHAL, J. A. 2012. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*, 8: 163.

el papel de ese ser puramente afectivo es el de esposa y ama de casa; no podría competir con el hombre. (...)

Pero esas doctrinas desacreditan más bien la causa de la mujer, ya que en lugar de asimilarla al hombre la oponen a él, puesto que le reconocen sentimiento, intuición, pero no razón.⁸⁴

A pesar de las críticas que le hacen a su obra, esta idea de contraposición entre lo femenino y la razón ha sido profundizada por la ola del feminismo de la diferencia. Genevieve Lloyd expone que estas consideraciones han sido reproducidas desde los orígenes del concepto de razón en el pensamiento griego:

Las asociaciones entre “masculino” y “racional” y entre “femenino” y “no-racional” tienen, por supuesto, una muy larga historia. La idea de que lo racional es de alguna forma especialmente asociado con la masculinidad se remonta a los padres griegos fundadores de la racionalidad tal como la conocemos. (...) La afirmación no es, por supuesto, que las mujeres no tienen racionalidad, pero que la tienen en una manera inferior, más tenue. Tienen racionalidad; son distinguibles de los animales por ser racionales. Sin embargo, no son iguales a los hombres. Son, de alguna forma, menos hombres, menos en lo que se refiere al asunto más importante de todos: la racionalidad.⁸⁵

Así, la razón ha sido asociada al espacio público y removida del ámbito doméstico. Las mujeres son consideradas menos racionales que los hombres, sin la capacidad de moverse fácilmente en ese espacio público de la razón. Se estima que tienen un tipo distinto de pensamiento que debiese juzgarse por sus propios cánones.⁸⁶ Por esta razón, el intelecto femenino es valorado como deficiente. Al respecto, Carol Gillian expone que en estudios de los años 70' sobre estereotipos de roles de sexo se consideró lo siguiente: “las cualidades consideradas necesarias para la adultez –la capacidad de pensamiento

⁸⁴ BEAUVOIR, S. de. 2015. El segundo sexo. 10ª ed. Buenos Aires, Debolsillo. pp. 101-104.

⁸⁵ LLOYD, G. 1979. The man of reason. *Metaphilosophy*. 10(1): 18-19. Traducción libre de: “The associations between “male” and “rational” and between “female” and “non-rational” have, of course, a very long history. The idea that the rational is somehow specially associated with masculinity goes back to the Greek founding fathers of rationality as we know it. (...) The claim is not of course that women do not have rationality, but they have it in an inferior, fainter way. They have rationality; they are distinguished from the animals by being rational. Yet they are not equal to men. They are somehow lesser men, lesser in respect of the all important thing: rationality.”

⁸⁶ LLOYD, G. 1983. Reason, gender, and morality in the history of philosophy. *Social Research*. 50(3): 491.

autónomo, la toma de decisión clara y la acción responsable— son las que se asocian con la masculinidad a la vez que se consideran indeseables como atributos del ser femenino.”⁸⁷

Como se puede percibir, desde la perspectiva feminista la dicotomía entre razón y emoción se transforma también en una dicotomía entre lo masculino y lo femenino. Se defiende la idea de que el derecho ha sido el discurso de los grupos dominantes, y que entonces ese discurso se puede identificar como masculino-céntrico. En otras palabras, el derecho ha encontrado su voz y su autoridad —necesaria para convertirse en un sistema coactivo— en las articulaciones de los actores claves de la historia de la humanidad, y de esta forma se ha enraizado una visión e interpretación de la sociedad donde predomina lo masculino y lo racional, entendiendo que ambos elementos (masculinidad y racionalidad) estarían interrelacionados.⁸⁸

Como consecuencia de lo anterior, teorías feministas han afirmado que el ordenamiento jurídico está sesgado por valores patriarcales, siendo imposible dentro de ese marco tratar equitativamente a las mujeres y a los hombres. Predominaría una idea hegemónica de lo masculino, donde se valoran cualidades rotuladas como “masculinas” (como la racionalidad, la objetividad y la imparcialidad) y se excluyen aquellas consideradas como “femeninas” (como las emociones, la empatía, la compasión o lo subjetivo). Entonces, cuando las mujeres luchan por sus derechos y exigen un tratamiento equitativo, están tratando de derribar una muralla construida por la cultura patriarcal y fomentada por los grupos dominantes. De todo esto se puede percibir un claro paralelo

⁸⁷ GILLIGAN, C. 1977. In a different voice: women’s conceptions of self and of morality. Harvard Educational Review. 47(4): 482. Traducción libre de: “the qualities deemed necessary for adulthood – the capacity for autonomous thinking, clear decision making, and responsible action – are those associated with masculinity but considered undesirable as attributes of the feminine self.”

⁸⁸ SHAW, J. J. y SHAW, H. J. 2014. From fact to feeling: An explication of the mimetic relation between law and emotion. Liverpool Law Review. 35(1): 48.

entre la exclusión de las emociones en el razonamiento legal, por una parte, y la denigración de la mujer y de toda cualidad caracterizada peyorativamente como “femenina”, por la otra.⁸⁹

Una interesante explicación histórica sobre este fenómeno de exclusión de las emociones como íntimamente relacionado con la exclusión de ciertos grupos sociales, ha sido proporcionada por Rachel Moran en “Law and Emotion, Love and Hate”. En ese trabajo, explica que la industrialización y la urbanización tuvieron como requisitos necesarios para su implementación, un adecuado control de las emociones en los espacios públicos. Luego, ese control de las emociones se vio reforzado en la economía post-industrial, donde ya no solo estaba impuesto en el ámbito público, sino que también en el privado. Se dice que la economía post-industrial tuvo como una de sus consecuencias la apropiación y mercantilización de las emociones. Esto se ejemplifica con el trabajo de las azafatas o tripulantes de cabina en la industria de las aerolíneas, donde se les exigía demostrar ciertas emociones, tales como amabilidad y preocupación, además de tener que lidiar con las emociones de los pasajeros. De esta forma, el avión se transforma en una especie de hogar, pasando de ser un espacio público a considerarse como un espacio privado, donde las emociones son un poco más permitidas socialmente. Se percibe en este ejemplo cómo la industria se empieza a apropiarse de las emociones, siendo estas utilizadas como mecanismos para generar mayores utilidades.⁹⁰

Como explica Moran, los fenómenos anteriores tienen importantes implicancias en esferas más amplias:

La apropiación y mercantilización de los sentimientos son parte de una más grande economía sociopolítica de la emoción. En lugar de buscar una capacidad individual para interpretar excitación o manejar sentimientos en contextos interpersonales,

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ MORAN, R. F. 2001. Law and emotion, love and hate. *Journal of Contemporary Legal Issues*. 11(2): 2.

esta economía de la emoción establece expectativas normativas acerca de quién está autorizado a expresar sentimientos y a quién se le exige suprimirlos.⁹¹

Entonces, se podría entrelazar esta interpretación histórica de las tesis defendidas por la jurisprudencia feminista con la disciplina de Derecho y Emociones. Esta “economía de la emoción” acepta ciertas expresiones emocionales solo cuando ellas son consideradas como herramientas para generar ganancias en las distintas industrias. Sin embargo, generalmente excluye tanto a las emociones como a todo aquello caracterizado como femenino, restándole el valor que pudiesen tener en la sociedad y en el ordenamiento jurídico.

3. Derecho y Literatura

La disciplina de Derecho y Literatura, tal como Derecho y Emociones, se caracteriza por su interdisciplinariedad: une al derecho con la literatura. Es innegable que muchas obras literarias formulan cuestiones jurídicas, pudiendo facilitar el análisis y la comprensión de fenómenos legales y del ordenamiento jurídico. Un ejemplo paradigmático de esto es la novela “El Proceso” de Franz Kafka. Derecho y Literatura ha tenido variados objetivos, dentro de los cuales se encuentra la exploración de cuestiones jurídicas a través de la literatura, así como también el análisis de elementos comunes entre ambas disciplinas, como el uso de la retórica. Además de esos objetivos, muchos de los académicos de esta vertiente se han dedicado a defender la idea de que la construcción de una relación estrecha con la literatura —o en otras palabras, la lectura de obras literarias—

⁹¹ *Ibidem*. p. 3. Traducción libre de: “The appropriation and commodification of feelings are part of a larger sociopolitical economy of emotion. Rather than look an individual’s capacity to interpret arousal or to manage sentiments in interpersonal settings, this economy of emotion sets up normative expectations about who is entitled to express feelings and who is required to suppress them.”

es una herramienta útil y necesaria para el derecho. Ese ejercicio mejoraría el ordenamiento jurídico, tanto en su entendimiento, como en la generación de normas y en el proceso de razonamiento legal.⁹² Si bien esta tesis ha sido ampliamente discutida y criticada, la expondré brevemente porque creo que es el aspecto de esta disciplina que se relaciona más íntimamente con Derecho y Emociones.

Una de las grandes defensoras de la idea anterior ha sido Martha Nussbaum. En su trabajo denominado “Justicia Poética”, Nussbaum argumenta exhaustivamente que la imaginación literaria es una imaginación pública, que debiese estar presente en el razonamiento público de toda sociedad democrática. La autora analiza ciertas características de la novela, tales como su interés por la individualidad de las personas y sus complejidades, así como su foco en la vida cotidiana y en la lucha de hombres y mujeres. A partir de esas cualidades, Nussbaum sostiene que la novela expresa las cosas tal como podrían suceder en la vida real y genera, de esa forma, emociones empáticas, compasión e imaginación en el lector.⁹³

Nussbaum se basa en el modelo de “espectador juicioso” creado por Adam Smith, paradigma de racionalidad pública según el cual toda autoridad y ciudadano debiese ser capaz de ponerse en el lugar del otro, imaginando con detalle su situación. La autora relaciona entonces ese modelo con la literatura, siendo ella la herramienta para desarrollar esta capacidad propia del espectador juicioso. La literatura permite al lector participar, a través de su imaginación, en la vida del personaje, permitiéndole imaginar empáticamente su situación para así comprenderla de mejor manera; actitud que sería equivalente a la que debiese tener todo buen juez y ciudadano.⁹⁴ La tesis principal del trabajo de

⁹² POSNER, R. C. 2009. *Law and Literature*. 3ª ed. Cambridge, Harvard University Press. pp. 99-137.

⁹³ NUSSBAUM, M. C. 1997. *Justicia Poética*. Santiago, Editorial Andrés Bello. pp. 27-30.

⁹⁴ *Ibidem*. pp. 108-110.

Nussbaum es entonces que el rol de la emoción empática en el juicio público debiese ser reconocido, y yendo aún más lejos, debiese ser un elemento esencial de este. La autora describe esta emoción empática de la siguiente forma:

Es la emoción del espectador juicioso, la emoción que las obras literarias forjan en sus lectores, que aprenden lo que es sentir emoción no por “una masa anónima e indiferenciada” sino por el “ser humano individual y singular”. Ello significa que las obras literarias son lo que Smith creía que eran: elaboraciones artificiales de ciertos elementos cruciales para una norma de racionalidad pública, y valiosas guías para una respuesta acertada.⁹⁵

He expuesto la tesis defendida por Martha Nussbaum, parte de la disciplina de Derecho y Literatura, ya que esta ejemplifica claramente la íntima relación que existe entre esta disciplina y la de Derecho y Emociones. Ambas defienden la importancia de las emociones en el razonamiento público y legal.

Es más, Nussbaum critica explícitamente la dicotomía tradicional entre razón y sentimiento, utilizando recursos literarios para exponer un pensamiento tradicional en el cual ha primado la objetividad, el cálculo matemático y los datos cuantitativos, excluyendo las fantasías, las impresiones subjetivas y las distinciones cualitativas. Esto lo hace describiendo la economía utilitarista que se puede apreciar en la novela “Tiempos Difíciles” de Charles Dickens.⁹⁶

En oposición a esas premisas tradicionales, la autora reconoce una dimensión cognitiva en las emociones, que permiten al individuo atribuir valor a los objetos que percibe. Privar al proceso racional de las emociones trae entonces como consecuencia que el individuo no logre tener acceso a toda la información que necesita para poder reaccionar de manera plenamente racional ante experiencias ajenas. El intelecto sin

⁹⁵ *Ibidem.* p. 114.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 47.

emociones queda así desprovisto de valores, y es por esto que las emociones serían necesarias para la configuración de una ética completa.⁹⁷

A modo de síntesis, se puede constatar que la disciplina de Derecho y Literatura tiene varios elementos en común con Derecho y Emociones. Ambas se caracterizan por su interdisciplinariedad, utilizando disciplinas externas al derecho para explorar y analizar fenómenos jurídicos. Pero, más aún, parte de la vertiente de Derecho y Literatura comparte el elemento esencial de Derecho y Emociones: desafían la dicotomía entre razón y emoción, argumentando que las emociones son esenciales en el proceso de razonamiento del ser humano, y en especial, en el razonamiento público.

⁹⁷ *Ibidem.* pp. 97-100.

III. CONTEXTO CONCEPTUAL DE LA DISCIPLINA DERECHO Y EMOCIONES

La dicotomía entre razón y emoción que la disciplina de Derecho y Emociones desafía es la proyección de la separación entre lo legal y lo no legal; separación que la doctrina jurídica tradicional ha sostenido y defendido fervientemente. Así, la razón forma parte del universo legal que concierne al derecho, mientras que la emoción queda relegada a otras áreas de la sociedad, a otras disciplinas humanas. Esa separación ha sido construida por la doctrina a partir de las teorías analíticas del derecho y sus intentos de definirlo y caracterizarlo. Tal como expuse más arriba, Cotterrell lo explica diciendo que “(l)a filosofía jurídica moderna se ha preocupado generalmente de retratar al derecho como racional, fundado en principios (esto es, que materializa ciertos valores constantes), o sistemático; o unificado por formas distintivas, procedimientos, o discursos”.⁹⁸

A continuación, desarrollaré el concepto moderno de derecho y sus características principales. Posteriormente, analizaré el concepto de emoción en función del cual la disciplina de Derecho y Emociones se construye. La finalidad de este capítulo es proveer un marco conceptual que ayudará a una mejor comprensión de la labor del juez a la luz de la disciplina de Derecho y Emociones.

⁹⁸ COTTERRELL, R. 1995. *Legal Theory and the Image of Legality*. En: *Law's Community*. Oxford, Oxford University Press. p. 277. Traducción libre de: “Modern legal philosophy has generally been concerned to portray law as rational, principled (that is, embodying certain consistent values), or systematic; or unified in distinctive forms, procedures, or discourses.”

1. Concepto moderno de Derecho

Existen distintas teorías acerca de lo que es el derecho. Positivistas, naturalistas, realistas, entre otros, han intentado definir y caracterizar este concepto. Sin embargo, a pesar de sus discusiones, es posible dilucidar ciertos elementos que hoy en día se encuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos. Al respecto, Marc Galanter, en “The Modernization of Law”,⁹⁹ propone un modelo de sistemas legales modernos, entendiendo por modernos aquellos pertenecientes a las sociedades industriales del siglo XX. La finalidad de su modelo es reunir las características comunes a esos sistemas.

En su modelo, Galanter considera que las normas legales son uniformes e invariables, ya que su aplicación es territorial y no hace distinción según sexo, religión, clase, raza, etc.; son transaccionales, porque los derechos y deberes tienen su origen en transacciones contractuales, extracontractuales, criminales, etc.; y, son universales, ya que regulan instancias generales y su aplicación es de esta forma reproducible y predecible. Por otra parte, el autor propone que estos sistemas son jerárquicos, al tener primeras instancias y luego instancias posteriores de apelación y revisión, lo que refuerza el carácter uniforme y predecible de la aplicación de normas. Lo anterior está ligado al carácter subsanable de estos sistemas, ya que contienen métodos para revisar las normas y los procedimientos. También se trata de sistemas organizados burocráticamente, operando así de forma impersonal y con procedimientos preestablecidos. Son sistemas racionales porque tienen procedimientos escritos cuya aplicación técnica no requiere de otro tipo de habilidades no racionales. En conexión directa con lo anterior, se trata de

⁹⁹ GALANTER, M. 1966. The modernization of law. En: WEINER M. Modernization: The dynamics of growth. Nueva York, Basic Books. pp. 153-165. Véase también POSNER, R. C. 2009. Law and Literature. 3ª ed. Cambridge, Harvard University Press.

sistemas operados por profesionales que han aprendido estas técnicas propias del sistema legal ya que, a medida que estos sistemas se van complejizando, aparecen intermediarios especializados (por ejemplo, abogados). Finalmente, son sistemas políticos, ya que la ley está ligada al Estado y, por lo tanto, este ejerce un monopolio sobre las disputas que se dan bajo su conocimiento (a diferencia, por ejemplo, de los conflictos eclesiásticos).¹⁰⁰

Sin embargo, Galanter observa que estas características son propias de lo que él denomina el “derecho del abogado”, es decir, el derecho que se caracteriza por su formalidad, impersonalidad, escrituración, y aplicación nacional por especialistas dentro de sistemas jerárquicos con procedimientos preestablecidos. Son estas características las que permiten que estos sistemas sean universales y uniformes. Pero, además del derecho del abogado, el autor plantea que hay otras prácticas con estándares locales, relaciones informales y valoraciones personales, aspectos todos respecto de los cuales las teorías del derecho suelen prescindir, asumiendo que hay congruencia entre ellos.

A pesar de que Galanter se enfoca en las tensiones que suelen ocurrir entre lo nacional y lo local, lo formal y lo informal, y lo oficial y lo popular,¹⁰¹ entiendo la tensión entre lo racional y lo emocional como parte del mismo fenómeno. Las teorías de derecho moderno han enfatizado el carácter uniforme e invariable de sus normas, que son aplicadas de manera técnica y predecible en sistemas racionales e impersonales, y han así dejado de lado el componente emocional que puede permear dichas normas e instituciones.

Dentro de la teoría moderna del derecho, un concepto fundamental para entender la dicotomía entra razón y emoción es el de “*Rule of Law*”, traducido tradicionalmente al

¹⁰⁰ GALANTER, M. 1966. The modernization of law. En: WEINER M. Modernization: The dynamics of growth. Nueva York, Basic Books. pp. 154-156.

¹⁰¹ *Ibidem*. pp. 157-158.

español como “Estado de Derecho” o “Imperio de Derecho”. Susan Bandes sostiene que este concepto ha exagerado enormemente la separación entre razón y emoción, permitiendo así que se siga sosteniendo la posibilidad de mantener los procesos de razonamiento legal libres de toda variable emocional.¹⁰²

Según Jeremy Waldron, el Estado de Derecho es uno de los más importantes ideales políticos de nuestros tiempos. Lo considera un ideal multifacético que se centra en la premisa de que las personas en posiciones de autoridad deben ejercer su poder dentro los límites de un marco de normas públicas, a pesar de sus preferencias personales, ideologías o sentidos del bien y mal. El Estado de Derecho es entonces un ideal que defiende el ejercicio del poder político por medio de la aplicación objetiva de la ley. Dentro de las distintas concepciones que ha habido de este ideal, el autor diferencia dos corrientes: la primera, se enfoca en las características que deben tener las normas legales y enfatiza su certeza legal, predictibilidad, determinación, su administración estatal y la solución de controversias; la segunda, pone su énfasis en el proceso de aplicación y administración de las normas, el cual debe ser imparcial y debe atender otros ideales como el de justicia y debido proceso.¹⁰³

Posteriormente, Waldron distingue dos conceptos de Derecho. El primero, proveniente del positivismo de H.L.A. Hart, que considera que:

todo sistema organizado, de orden centralizado, que usa preceptos y prohibiciones articulados e identificables, constituye derecho, siempre y cuando la elite del sistema pueda distinguir los preceptos y prohibiciones que provengan del centro, de otras normas que puedan circular en la sociedad.¹⁰⁴

¹⁰² BANDES, S. A. (Ed.) 1999. *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. p. 6.

¹⁰³ WALDRON, J. 2008. *The concept and the rule of law*. *Georgia Law Review*. 43(1): 3-6.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 13. Traducción libre de: “any well-organized system of centralized order using articulate and identifiable prescriptions and prohibitions counts as law, provided that elite participants in the system can distinguish prescriptions and prohibitions coming from the center from other norms that may be circulating in the society”.

Waldron critica este concepto por ser una forma “casual” de determinar qué constituye un sistema legal y qué no. No habiendo distinciones más profundas, se podría llegar a la conclusión de que regímenes totalitarios son sistemas legales. A partir de esta crítica, construye un segundo concepto de Derecho en oposición al positivismo de Hart, y a partir de las instituciones y prácticas que son esenciales para que un sistema sea legal. Así, considera esenciales a todo sistema legal (i) la existencia de tribunales imparciales que apliquen las normas y directivas, en representación de la sociedad, para la resolución de controversias; (ii) la existencia de normas generales y públicas que guíen la conducta; (iii) el positivismo, en el sentido de que las normas están relacionadas al acto legislativo, es decir, son hechas y modificadas a través de una institución y un proceso público dedicado justamente a la creación y modificación de normas; (iv) que las normas estén orientadas al bien común, ya que fueron creadas en nombre de toda la sociedad y con la finalidad de abordar asuntos que conciernen a la sociedad como tal; y (v) la sistematicidad, es decir, que las normas se vayan acumulando de forma que encajen o aspiren a encajar con el resto de las normas ya existentes, integrándose de forma coherente y lógica a un sistema institucional de normas. Entonces, para Waldron, un sistema jurídico debe contar con estos elementos, no de forma absoluta, como si fueran requisitos que se cumplen o no, pero sí como criterios que se pueden medir y que entonces se deben satisfacer, aunque sea de forma mínima.¹⁰⁵

Waldron propone que las dos corrientes de concepción del Estado de Derecho, así como los dos conceptos de derecho que expone, estarían íntimamente ligados. Generalmente, el concepto de Estado de Derecho que se enfoca en la determinación y predictibilidad de las normas está ligado al concepto de derecho proveniente del

¹⁰⁵ *Ibidem.* pp. 19-43.

positivismo. Por otra parte, el concepto de Estado de Derecho enfocado en el procedimiento suele estar vinculado al concepto de derecho que él desarrolla, vinculado a los elementos esenciales que deben presentarse en todo sistema legal. El autor claramente defiende estos últimos.¹⁰⁶

Waldron rescata que el derecho es una disciplina argumentativa y que ninguna teoría analítica del derecho puede ignorar ese aspecto de la práctica legal. Su gran crítica al positivismo moderno consiste en que la distinción institucionalizada de un conjunto de normas es importante, pero deja de lado lo que se hace con dichas normas, y en ese sentido, su aplicación argumentada y fundada es esencial.¹⁰⁷

Teniendo en consideración la vinculación entre el concepto de Estado de Derecho y el de derecho propiamente tal, creo relevante volver al primer concepto. En mi opinión, la corriente que entiende el Estado de Derecho desde su faceta procedimental deja el espacio necesario para derribar la dicotomía de razón y emoción. Si es que esta concepción de Waldron sobre el Estado de Derecho sienta las bases para que los integrantes de una sociedad tengan su voz dentro del proceso legal, y requiere que las instituciones públicas promuevan y faciliten la argumentación fundada dentro de esos procedimientos, entonces es en esa argumentación fundada donde debe existir un espacio para consideraciones de índole emocional. Si es que, como se verá más adelante, las emociones tienen un aspecto cognitivo y son parte inseparable del razonamiento humano, entonces no pueden dejar de ser consideradas a la hora de teorizar sobre el ideal de Estado de Derecho o el concepto moderno de derecho.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 58.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 56.

El concepto de Estado de Derecho también ha sido desarrollado bajo los términos de “legalidad” o de “principios de legalidad”.¹⁰⁸ Así, Judith Shklar define legalismo bajo la misma idea que el Estado de Derecho conceptualizado por Waldron, pero critica la avidez con que se ha tratado de separar el legalismo con otras formas de entender el derecho:

¿Qué es el legalismo? Es la actitud ética que sostiene que la conducta moral es una cuestión de seguir reglas, y que las relaciones morales consisten en deberes y derechos determinados por normas. (...) El tribunal y el juicio sujetos a la ley son los paradigmas sociales, la perfección, el epítome mismo, de la moralidad legalista. Sin embargo, están lejos de ser sus únicas expresiones. Es más, son inconcebibles sin las convicciones, costumbres e ideologías que deben permear cualquier sociedad que desea mantenerlos. (...)

A pesar de que tratar al legalismo como una moralidad entre otras no conlleva ninguna desafección, esta visión no ha sido acogida en ninguna de las teorías tradicionales del derecho. (...) La urgencia de trazar una línea clara entre el derecho y lo que es constitutivo de éste, ha llevado a la construcción de sistemas que son cada vez más refinados y rígidos en sus definiciones formales.¹⁰⁹

Es interesante que la tesis de Shklar considera el legalismo como una ideología, es decir, como una preferencia política común a un grupo de personas (en este caso, ese grupo de personas sería especialmente el de abogados). Según ella, la noción de objetividad como una forma de desideologizar las teorías sociales es, justamente, una reacción ideológica. Los partidarios de esta ideología, entonces, consideran el derecho como una serie de normas que están “ahí”,¹¹⁰ como una entidad distinguible y separable

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 10.

¹⁰⁹ SHKLAR, J. 1964. *Legalism*. Cambridge, Harvard University Press. pp. 1-2. Traducción libre de: “What is legalism? It is the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules. (...) The court of law and the trial according to law are the social paradigms, the perfection, the very epitome, of legalistic morality. They are, however, far from being its only expressions. Indeed, they are inconceivable without the convictions, mores, and ideologies that must permeate any society which wishes to maintain them. (...)

Even though it is no sign of disaffection for legalism to treat it as but one morality among others, such view has not been congenial to any of the traditional theories of law. (...) The urge to draw a clear line between law and non-law has led to the constructing of ever more refined and rigid systems of formal definitions.”

¹¹⁰ Shklar habla de “la creencia de que las normas están “ahí” (“the belief that the rules are ‘there’”). *Ibidem.* p. 10.

de la moralidad y de la política, con formas de raciocinio específicas y compartidas por ellos (la categorización de los asuntos sociales y su estructuración bajo normas legales, por ejemplo). Sus partidarios temen lo arbitrario y defienden entonces la justicia formal, con normas y procedimientos permanentes y predecibles.¹¹¹

La caracterización que hace la autora de la actividad del juez que decide seguir el ideal moral de fidelidad a la ley –la actividad del juez legalista– es una ilustración bastante similar a las expresadas anteriormente en relación al modelo de sistemas jurídicos modernos de Galanter o al concepto de derecho de Waldron:

(E)l juez está tomando una decisión de valores políticos, una decisión usualmente a favor de la estabilidad, la predictibilidad, la interpretación limitada de leyes y precedentes, la separación de la judicatura de las ramas del gobierno formuladoras de políticas, y la administración impersonal de normas legales.¹¹²

En su teoría de la división de poderes, Montesquieu reconoce la independencia de los órganos jurisdiccionales, pero dice que éstos “son esencialmente subordinados, porque están colocados bajo la ley y su función es interpretarla. (...) Por esta razón, el poder judicial no es un poder político, no puede *arrêter* el poder, sólo es una *puissance nulle et invisible*”.¹¹³ En palabras de Montesquieu:

(S)i los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella.

(...) Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.¹¹⁴

¹¹¹ *Ibidem*. pp. 4-9.

¹¹² *Ibidem*. p. 106. Traducción libre de: “the judge is making a choice of political values, a choice usually in favor of stability, of predictability, of narrow interpretations of statutes and precedents, of the separation of the judiciary from the policy-making departments of government, and of an impersonal administration of legal rules.”

¹¹³ GODOY, O. 1996. Antología Política de Montesquieu. Estudios Públicos. 62: 348.

¹¹⁴ MONTESQUIEU. 1758. De l'esprit des lois. Vol. I, libro XI, cap. 6. *En*: GODOY, O. 1996. Antología Política de Montesquieu. Estudios Públicos. 62: 393-397.

Judith Shklar menciona la imparcialidad como uno de los rasgos característicos de la judicatura bajo los ideales del legalismo. Así, los jueces descansan bajo la idea de que siempre hay una regla que seguir; reglas que se presentan como racionalizaciones a las que deben acudir para tomar decisiones que puedan ser catalogadas como legales. La autora sostiene que, en un intento de escapar a la arbitrariedad, el juez acude al formalismo, y esa actitud ha sido respaldada por la teoría legal moderna.¹¹⁵

En el intento de la disciplina de Derecho y Emociones, de derribar la separación entre razón y emoción, creo que la tesis de Judith Shklar es fundamental. En particular, la concepción del legalismo/formalismo y su impacto en el razonamiento judicial como respuestas ideológicas al intento de definir qué es el derecho. Esta caracterización abre la posibilidad de cuestionar la concepción legalista, analizarla, criticarla, y así poder modificarla para integrar aspectos que han sido olvidados o invisibilizados, como la importancia de las emociones en el proceso de razonamiento humano.

2. Concepto de Emoción

La teoría moderna del derecho ha mantenido como base de su doctrina características tales como la imparcialidad y el desapego como formas de mantener los procesos de razonamiento libres de toda variable emocional. Se ha perpetuado la idea de que las emociones son “energías o impulsos de carácter animal sin conexión alguna con nuestros pensamientos, nuestras figuraciones y nuestras valoraciones”,¹¹⁶ ciegas e incontrolables. La doctrina jurídica tradicional ha insistido en esto a pesar de los estudios realizados en diversas disciplinas –tales como la psicología, la filosofía, la antropología

¹¹⁵ SHKLAR, J. 1964. Legalism. Cambridge, Harvard University Press. pp. 10-13.

¹¹⁶ NUSSBAUM, M. C. 2008. Paisajes del pensamiento. Barcelona, Paidós. p. 21.

y la neurociencia– que sostienen que emoción y cognición actúan conjuntamente. En particular, se ha dilucidado que la emoción y la cognición interaccionan, incidiendo en el proceso de razonamiento y moldeando nuestras percepciones y reacciones. Así, estas disciplinas han sostenido que no solo es imposible mantener la razón separada de la emoción, sino que además es indeseable, ya que cuando actuando en conjunto conducen a percepciones y reacciones más veraces y precisas y, por lo tanto, a mejores decisiones.¹¹⁷

Los hallazgos de estos distintos campos de investigación fueron recogidos en la llamada “teoría cognitiva de la emoción”, teoría que ha servido de base a la disciplina de Derecho y Emociones. Si bien esta teoría ha tenido distintas denominaciones y ciertas variaciones en sus planteamientos, fundamentalmente postula que la emoción es una forma de cognición, no solo en el sentido de que son reacciones gatilladas por información, sino que porque expresan una evaluación de la información que se recibe. Según Posner, estas evaluaciones pueden sustituir otras formas de razonamiento: por ejemplo, si recibo una información indignante, puedo reaccionar con rabia; la emoción de rabia expresa que desapruuebo esa información, lo cual es una evaluación que se pudo haber obtenido de un proceso de razonamiento distinto. Así, la función evaluativa de la emoción implica que, si es que no se reacciona con emoción a una situación particular, esto no quiere decir necesariamente que se cuenta con una capacidad superior de razonamiento, sino que, al revés, podría significar una incapacidad de entender esa situación concreta.¹¹⁸

¹¹⁷ BANDES, S. A. (Ed.) 1999. *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. p. 7.

¹¹⁸ POSNER, R. (1999). *Emotion versus emotionalism*. En: BANDES, S. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. p. 310.

En “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, Martha Nussbaum y Dan Kahan exponen dos concepciones de emoción que han competido en nuestra cultura occidental: la concepción mecanicista y la concepción evaluativa. La concepción mecanicista defiende la idea de que las emociones son “fuerzas que no contienen ni responden a pensamiento”¹¹⁹ alguno. En otras palabras, según esta concepción, las emociones serían energías que llevan a que una persona actúe, sin contener pensamientos o percepciones de objetos o situaciones del mundo externo. Las emociones así concebidas serían parte de la naturaleza humana comparables con apetitos del cuerpo, como el hambre o la sed. Las emociones tendrían un objeto, al igual que los apetitos, pero el objeto no pertenecería a la emoción misma, sino que sería una causa externa o un gatillador de ésta.¹²⁰ Esa corriente mecanicista sería compatible, entonces, con la posición que ha sostenido la doctrina moderna del derecho sobre la irracionalidad de las emociones. De ahí sigue la idea de que las disciplinas normativas deban dejar las emociones de lado y construyan sus teorías sin considerarlas como elementos relevantes.

En contraste, la corriente evaluativa, según Nussbaum y Kahan, sostiene que “las emociones expresan valoraciones cognitivas, que esas valoraciones pueden a su vez ser moralmente evaluadas y que las personas (individual y colectivamente) pueden y deben moldear sus emociones a través de la educación moral”.¹²¹ A diferencia de la corriente contraria, la evaluativa propone que la apreciación del objeto está contenida dentro de la emoción, porque los pensamientos o creencias asociados a la emoción son necesarios para identificarla y definirla, no siendo meras causas externas.

¹¹⁹ KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C. 1996. Two conceptions of emotion in criminal law. *Columbia Law Review* 96(2):. 273. “Forces that do not contain or respond to thought”.

¹²⁰ *Ibidem.* pp. 273-279.

¹²¹ *Ibidem.* p. 273. Traducción libre de: “emotions express cognitive appraisals, that these appraisals can themselves be morally evaluated, and that persons (individually and collectively) can and should shape their emotions through moral education.”

Los autores describen diversas emociones como ejemplos para caracterizar la experiencia emocional en relación con el objeto. Por ejemplo, el duelo no puede ser descrito sin mencionar el objeto hacia el cual está dirigido, porque está justamente dirigido hacia una persona ausente. Si una persona está experimentando el duelo por la muerte de su hijo, no se puede eliminar de esa experiencia el hecho de que esté enfocada en la pérdida de ese hijo. Si se eliminara ese factor, sería simplemente un dolor físico. Pero incluso ese dolor físico es el dolor por la muerte del hijo. La evaluación que se hace del objeto hacia el cual la emoción está dirigida le atribuye una importancia razonablemente alta al objeto, y esa importancia está relacionada con el bienestar de la persona o con el rol del objeto de la emoción en la vida de esa persona. En el ejemplo, el individuo experimenta el duelo porque perdió a una persona importante en su vida. Además, no es solo que la emoción esté dirigida hacia un objeto que es relevante para la persona, sino que ese es un objeto intencional, ya que su rol en la emoción depende de la interpretación que haga la persona que está experimentando dicha emoción. En el caso del duelo, el hijo podría estar en los hechos vivo, pero la persona cree o interpreta que está muerto, y es esa perspectiva la que hace que la emoción sea el duelo. Relacionado con este último punto, la emoción contiene una creencia sobre el objeto, y si esa creencia cambia, entonces también cambia la emoción, directamente y sin la necesidad de otro proceso conductual. En el mismo ejemplo anterior, si es que la persona que cree que el hijo está muerto, entonces experimenta duelo, pero si se entera de que efectivamente está vivo, entonces el duelo va a desaparecer. Todas estas características demuestran que los pensamientos o creencias asociados a una emoción son partes constitutivas de su identidad.¹²²

¹²² *Ibidem.* pp. 282-286.

En “Two conceptions of emotion in risk regulation”, Dan Kahan aplica la concepción evaluativa de emoción a las teorías sobre regulación de riesgos. El autor diferencia distintas teorías sobre el rol de las emociones en el proceso de cognición de riesgo, y propone que las emociones juegan un rol importante en él. Según Kahan, las emociones no son una expresión de sesgo, sino que son una percepción expresiva de los riesgos. En otras palabras, en el proceso de evaluación de riesgos, las emociones son una facultad de percepción especialmente adecuada para discernir qué actitud frente al riesgo es más acorde con el sistema de valores de una persona. El autor propone que, sin esta capacidad afectiva, las personas no podrían formular evaluaciones culturales de riesgo de manera racional.¹²³

Esta aplicación de la concepción evaluativa de las emociones ayuda a entender mejor el aspecto cognitivo de éstas. A la hora de enfrentarse a un riesgo, una persona va a probablemente experimentar una emoción. Esa emoción va a ser fundamental en la evaluación del riesgo que pueda hacer el individuo, porque contiene un juicio de valor respecto de lo que el objeto que está en riesgo representa en su vida o en su sistema de valores. En palabras del autor:

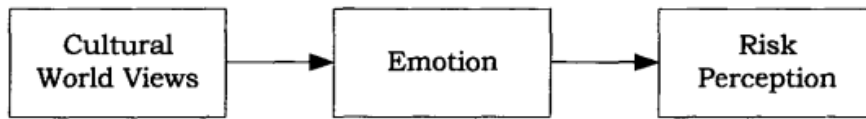
“Cuando las personas recurren a sus emociones para juzgar el riesgo que una actividad representa, forman una actitud expresivamente racional sobre lo que *implicaría* sobre sus visiones culturales del mundo si es que la sociedad defendiera la idea de que esa actividad es peligrosa y digna de regulación.”¹²⁴

Esto lo explica mediante la siguiente figura:¹²⁵

¹²⁴ KAHAN, D. M. 2008. Two conceptions of emotion in risk regulation. University of Pennsylvania Law Review 156: 750-751. Traducción libre de: “When people draw on their emotions to judge the risk of such that such an activity poses, they form an expressively rational attitude about what it would mean for their cultural worldviews for society to credit the claim that that activity is dangerous and worthy of regulation.”

¹²⁵ *Ibidem*. p. 752.

Figure 3: The Cultural Evaluator Theory of Risk Perception



La corriente evaluativa que exponen Nussbaum y Kahan es parte de la teoría cognitiva de la emoción que se mencionó al principio. Robert Solomon explica que hay distintas variantes de la teoría cognitiva: algunas postulan que las emociones contienen información, otras que contienen valoraciones y otras que contienen evaluaciones. El autor comparte la vertiente expuesta anteriormente por Kahan y Nussbaum, en el sentido de que las emociones son juicios evaluativos.¹²⁶ Martha Nussbaum, en su libro “Paisajes del pensamiento”, expone esta teoría bajo la denominación de “teoría cognitivo-evaluadora”:

Este planteamiento sostiene que las emociones son evaluaciones o juicios de valor, los cuales atribuyen a las cosas y a las personas que están fuera del control de esa persona una gran importancia para el florecimiento de la misma. Contiene tres ideas relevantes: la idea de una valoración cognitiva o evaluación, la idea del florecimiento propio o de los propios objetivos y proyectos importantes, y la idea de la relevancia de los objetos externos en tanto elementos en el esquema de los propios objetivos. Lo característico de las emociones es combinar estas ideas e información acerca de los sucesos del mundo; son nuestra forma de registrar cómo son las cosas con respecto a los elementos externos (esto es, incontrolados) que consideramos relevantes para nuestro bienestar.¹²⁷

La autora expone la importancia que tiene una explicación teórica de las emociones de esta índole para la ética normativa y para el pensamiento político, pero su idea se puede extrapolar también al caso particular de la teoría moderna de derecho. La

¹²⁶ SOLOMON, R. 2003. On emotions as judgments. *En*: Not passion’s slave: emotions as choice. Nueva York, Oxford Academic. p. 100.

¹²⁷ NUSSBAUM, M. C. 2008. Paisajes del pensamiento. Barcelona, Paidós. p. 24.

autora plantea que si es que la teoría cognitiva-evaluadora es cierta, entonces las emociones son parte del pensamiento ético y, en consecuencia, una teoría ética no puede dejarlas de lado.¹²⁸ Llevando esta idea al derecho, si es que las emociones son valoraciones cognitivas –no solo parte del pensamiento ético propiamente tal, sino que parte del raciocinio humano– entonces la teoría moderna del derecho no puede sino investigar y desarrollar sus implicancias en el pensamiento jurídico.

Nussbaum se pregunta si es que, aparte de estas actitudes cognitivas, pueden existir otros elementos implicados en la emoción, como por ejemplo sentimientos o movimientos corporales.¹²⁹ Esta es justamente la razón por la que Solomon propone que las emociones son juicios. El término “juicio” es más apropiado porque abarca más posibilidades que solo pensamientos o creencias, permitiendo así considerar “afectividades” dentro del espectro de la emoción. Los juicios pueden abarcar elementos proposicionales y articulados, como se dilucidaban en los ejemplos antes expuestos, pero también pueden ser no proposicionales y corporales, o pueden también volverse reflexivos y conscientes. Según el autor, los pensamientos, percepciones o evaluaciones están presentes en ciertos tipos de emociones, pero no en todas, pudiendo existir distintos niveles de cognición en ellas.¹³⁰

Solomon utiliza el término “juicio” en el sentido de ser constitutivo de experiencias prereflexivas. Es más, una de las características que atribuye a las emociones es que son prereflexivas, y pone como ejemplo que una persona se ofende y luego se da cuenta de que está ofendida. En definitiva, el autor propone que el término juicio es más

¹²⁸ *Ibidem.* p. 23.

¹²⁹ *Ibidem.* p. 25.

¹³⁰ SOLOMON, R. 2003. Thoughts and feelings: What is a “cognitive theory” of the emotions, and does it neglect affectivity? *En*: Not passion’s slave: emotions as choice. Nueva York, Oxford Academic. pp. 178-194.

apropiado que creencias o pensamientos, porque las creencias carecen del componente experiencial y los pensamientos son muy episódicos. El término juicio permite caracterizar a la emoción como espontánea, es decir, no deliberativa, prereflexiva y evaluativa, dependiendo de la emoción particular que se esté analizando.¹³¹

La tesis de Solomon es importante porque permite relativizar las implicancias de la teoría cognitiva. Respondiendo directamente a la pregunta de Martha Nussbaum, las emociones sí pueden contener otros elementos, de menor o mayor grado cognitivo que las evaluaciones (el elemento central de la corriente evaluativa). Esto es relevante porque implica que el hecho de que las emociones tengan componentes cognitivos no quiere decir que necesariamente se traduzcan en percepciones correctas de la realidad; ni que, si una decisión se toma solo basada en la emoción experimentada, esa decisión sea la correcta. Nussbaum y Kahan previenen que es necesario distinguir entre experimentar una emoción y actuar acorde con ella, porque las acciones no se determinan por ese solo juicio de valor contenido en la emoción, sino que por una amplia variedad de juicios.¹³² En otras palabras, el aporte de la teoría cognitiva no tiene implicancias absolutas, sino que es –en términos simples– defender la idea de que las emociones son parte del raciocinio humano. Eso implica que teorizar sobre los procesos de razonamiento sin considerar el rol de las emociones conllevaría a la construcción de teorías éticas, políticas o normativas incompletas.

Al definir el concepto de emoción, Susan Bandes hace hincapié en la importancia del contexto social en que éstas se dan. La autora expone que, a partir de la neurobiología, psicología y sociología, se ha postulado que las emociones son procesos cerebrales que

¹³¹ SOLOMON, R. 2003. On emotions as judgments. *En*: Not passion's slave: emotions as choice. Nueva York, Oxford Academic. pp. 92-114.

¹³² KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C. 1996. Two conceptions of emotion in criminal law. *Columbia Law Review*. 96(2): 288.

nos asisten en la evaluación de estímulos, y que son formados, interpretados y comunicados en contextos sociales. A partir de esto, Bandes se enfoca en el hecho de que las “normas emocionales”, es decir, lo que se entiende como expresiones emocionales aceptables, varían tanto en áreas geográficas como en “culturas emocionales”. Entonces, dependiendo del contexto en que se desarrolle un individuo, van a existir distintas “normas emocionales” que especifican –aunque sea implícitamente– lo que esa persona debe sentir en una situación particular.¹³³ La autora dice que los sociólogos argumentan que “estas reglas y normas implícitas nos enseñan lo que debiésemos sentir, y de esta forma, guían la forma en que moldeamos y experimentamos nuestras incipientes emociones”.¹³⁴

En “Feeling and thinking like a lawyer: cognition, emotion and the practice and progress of law”, Bandes ahonda en la idea de cultura emocional, aplicándola al caso específico de los abogados. Postula que la cultura emocional de la profesión legal se ha traducido en una ideología de “pensar como abogado”, creada y perpetuada por las escuelas de derecho, los estudios de abogados y otras instituciones jurídicas. Esta ideología está íntimamente ligada al concepto moderno de derecho expuesto anteriormente, ya que defiende la noción de dejar de lado todo componente emocional, por ser irracionales y perjudiciales, para así construir un sistema coherente de pensamiento jurídico.¹³⁵

Lo novedoso de la perspectiva de Bandes, en comparación a las anteriores, es que su crítica no se enfoca solo en atacar el supuesto de irracionalidad de las emociones, sino

¹³³ BANDES, S. 2009. Victims, “closure”, and the sociology of emotion. *Law and contemporary problems*. 72: 6-7.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 7. Traducción libre de: “these implicit rules and norms teach us what we ought to be feeling, and in doing so, guide the way we shape and experience our inchoate emotions.”

¹³⁵ BANDES, S. 2021. Feeling and thinking like a lawyer. *Fordham Law Review*. 89: 2427-2446.

también la idea de que estas pertenecen al ámbito interno y privado de cada individuo, negando o ignorando el hecho de que estén influenciadas por el entorno. Entender las emociones desde su sociología ayuda a iluminar cómo se generan normas implícitas sobre la emocionalidad aceptable en contextos culturales específicos, y cómo las instituciones están permeadas de emociones. Esto último tiene implicancias tales como que las instituciones pueden promover o desincentivar emociones, las pueden moldear, y que esto no es unidireccional, pudiendo también las emociones modular las instituciones de una sociedad.¹³⁶

A pesar de existir un consenso –dentro de las distintas variantes de la teoría cognitiva– sobre la existencia de un componente cognitivo en la emoción, algunos de los grandes problemas que mantiene la disciplina son las dificultades de definir el concepto genérico de emoción, su ámbito de aplicación y los contornos precisos de emociones particulares.

Con respecto a la primera dificultad, los autores no han acordado una definición de emoción única, es más, pareciera haber consenso en que es imposible llegar a ella. Susan Bandes, en “The passions of law”, explica que esa dificultad se da por las distintas características o rasgos que las emociones pueden tener: hay emociones activas y pasivas, reducibles a procesos físicos o a estados psicológicos, racionales e irracionales, voluntarias e involuntarias. Además, las emociones han sido descritas indistintamente como motivos, actitudes, rasgos de personalidad, estados de ánimo o sentimientos, lo cual dificulta y hace confuso su estudio.¹³⁷

¹³⁶ BANDES, S. 2009. Victims, “closure”, and the sociology of emotion. *Law and contemporary problems*. 72: 7-8.

¹³⁷ BANDES, S. A. (Ed.) 1999. *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. p. 10.

En lo que respecta a la segunda dificultad, tampoco ha habido consenso con respecto a qué se considera emoción. Por ejemplo, están las emociones comúnmente mencionadas en los dilemas que plantea el derecho, como la compasión o la piedad, pero también existen otras emociones que permean el esquema legal y que han sido generalmente invisibilizadas. Por ejemplo, Bandes menciona la pasión por la predictibilidad, el celo por la persecución, y mecanismos como el distanciamiento y la represión de los sentimientos.¹³⁸

Por último, la dificultad en definir también se ha dado con respecto a las emociones en particular. Bandes ilustra las infinitas variaciones y sutilezas que pueden existir en los estados emocionales y en los sujetos que experimentan dichos estados. No se puede simplificar el asunto con la sola finalidad de afirmar que una determinada emoción va a ser experimentada de la misma forma por dos sujetos distintos y construir las teorías normativas con esa base. Sin embargo, de ello no se sigue que se tenga que dejar de lado el cuestionamiento sobre el rol de esas emociones en el derecho.¹³⁹ La misma autora se pregunta, entonces, si es que la discusión sobre ese rol puede proceder a pesar de la falta de definiciones. Lo que es indiscutible es que esta dificultad no ha obstaculizado que la disciplina ilumine las áreas del derecho permeadas por emociones y abra así debates interdisciplinarios al respecto. La autora concluye que la evaluación de las emociones es un ejercicio inherentemente normativo, y que esa discusión normativa tiene que llevarse a cabo, a pesar de los obstáculos que pueda presentar.¹⁴⁰

A pesar de los hallazgos de otras disciplinas, el derecho se ha mantenido devoto a la idea de una esfera cognitiva separada de toda emoción. Esto se debe a la pretensión de

¹³⁸ *Ibidem.* p. 11.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 13.

¹⁴⁰ *Ibidem.* pp. 10-14.

insularidad del derecho y a su reticencia de aprender de otras disciplinas, así como a las amenazas que suponen las emociones en el universo jurídico basado en normas categóricas y en la predicción de resultados. Susan Bandes dice que la misma “(n)oción de Estado de Derecho se basa, en parte, en la creencia de que las leyes deben ser aplicadas de forma mecánica, inexorable, y sin falibilidad humana”.¹⁴¹

Bandes expone de forma muy asertiva el propósito de la disciplina de Derecho y Emociones:

El punto es enfáticamente *no* que la emoción tenderá a llevar al derecho en direcciones beneficiosas. Más bien, es el fracaso en reconocer y evaluar las emociones que inevitablemente moldean nuestras percepciones, reacciones y decisiones, lo que nos priva de un conocimiento esencial, nos deja vulnerables a pasiones no examinadas, y obstaculiza nuestra habilidad para reformar las instituciones legales a la luz del más completo y acertado conocimiento disponible.¹⁴²

Al defender la idea de que las emociones tienen elementos cognitivos y son parte del razonamiento humano, la disciplina pretende iluminar aspectos del razonamiento legal que han sido dejados de lado por la estricta separación entre racionalidad y emoción, y así generar una teoría jurídica más informada y apropiada.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 7. Traducción libre de: “The notion of the rule of law is based, at least in part, on the belief that laws can be applied mechanically, inexorably, without human fallibility”.

¹⁴² BANDES, S. 2021. Feeling and thinking like a lawyer. *Fordham Law Review*. 89: 2429-2430. Traducción libre de: “The point is emphatically not that emotion will tend to lead law in beneficial directions. Rather, it is that the failure to acknowledge and evaluate the emotions that inevitably shape our perceptions, reactions, and decisions deprives us of essential knowledge, leaves us vulnerable to unexamined passions, and hampers our ability to reform legal institutions in light of the fullest, most accurate knowledge available”.

IV. EL JUEZ BAJO LA LUZ DE LA DISCIPLINA DERECHO Y EMOCIONES

Lon Fuller afirma que el objetivo del Estado de Derecho es sustituir la violencia por formas pacíficas de resolución de conflictos. Así, los tribunales se esgrimen como un elemento esencial de este ideal político, al ser ellos los mandatados por la ley para solucionar los conflictos de relevancia jurídica.¹⁴³ Richard Posner, por su lado, establece que el significado esencial del estado de derecho es que los jueces deben tomar sus decisiones “sin respecto de las personas”, juzgando el caso y no de las partes.¹⁴⁴ En otras palabras, los jueces deben abstraerse de las características personales de las partes y enfocarse en las posiciones e intereses abstractos que representan (por ejemplo, el conductor negligente).¹⁴⁵

Es justamente por ser parte esencial del concepto moderno de derecho que he decidido enfocar la exposición de los postulados de la disciplina de Derecho y Emociones en la labor del juez y su proceso de toma de decisión. La disciplina ha analizado diversas áreas del derecho para iluminarlas desde su perspectiva y ha generado así un cuerpo robusto de investigación y discusión doctrinaria. Dentro de esas áreas, sus aportes sobre la influencia de las emociones en las decisiones judiciales es un gran ejemplo para ilustrar cómo ha desafiado el concepto tradicional del derecho y cómo ha promovido la necesidad de examinar y evaluar las influencias que ejercen las emociones en el derecho. A continuación, analizaré el rol y proceso de razonamiento que debe cumplir el juez bajo el

¹⁴³ FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review* 92(2): 372.

¹⁴⁴ POSNER, R. 2006. The role of the judge in the twenty-first century. *Boston University Law Review* 86: 1057: “without respect to persons.”

¹⁴⁵ Ídem.

concepto moderno de derecho, para luego contrastarlo con las ideas que la disciplina de Derecho y Emociones ha desarrollado al respecto.

1. El juez y su razonamiento bajo el concepto moderno de derecho

En su “Política”, Aristóteles trazó la conexión entre el derecho y la razón de la siguiente forma:

(E)l que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y de la inteligencia; en cambio el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin deseo.¹⁴⁶

Jeremy Waldron explora esta conexión y observa que es una valoración de la influencia de la razón en los asuntos humanos:¹⁴⁷

Queremos ser gobernados reflexivamente (pensativamente, concienzudamente). O, puesto en un idioma democrático, queremos que nuestra participación en la gobernanza sea reflexiva y razonada, en lugar de rígida y mecánica. La reflexión – la capacidad de meditar y deliberar, de ponderar complejidades y confrontar nuevas e inesperadas circunstancias con una mente abierta, y de hacerlo articuladamente (a veces incluso argumentativamente) en la compañía de otros con quienes compartimos una sociedad– (...) es un atributo de los gobernantes humanos, de las personas (la minoría o la mayoría) que participa en el gobierno. Y quizás, es una de las cosas a las que volteamos la espalda cuando decimos que queremos ser gobernados por normas –normas categóricas, inflexibles (establecidas, en muchos casos, siglos atrás)– más que gobernados por hombres. En aras de los beneficios que el estado de derecho provee, tragamos los costos de una cierta disminución de inteligencia en el gobierno.¹⁴⁸

¹⁴⁶ ARISTÓTELES. Política. Madrid, Editorial Gredos. pp. 207-208.

¹⁴⁷ WALDRON, J. 2011. Thoughtfulness and the rule of law. *British Academy Review*. 2011(18): 11.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 1. Traducción libre de “We want to be ruled thoughtfully. Or, to put it in a democratic idiom, we want our engagement in governance to be thoughtful and reasoned, rather than rigid or mechanical. Thoughtfulness –the capacity to reflect and deliberate, to ponder complexity and to confront new and unexpected circumstances with an open mind, and to do so articulately (and even sometimes argumentatively) in the company of others with whom we share a society– (...) in an attribute of human rulers, of people (the few or the many) participating in government And maybe it is one of the things we turn our back on when we say we want to be ruled by laws –categorical, inflexible laws (laid down, in many cases, centuries ago)– rather than ruled by men. For the sake of the benefits that the Rule of Law provides, we swallow the costs of a certain diminution of intelligence in government.”

Waldron critica que las concepciones tradicionales del Estado de Derecho suelen dejar de lado los aspectos más reflexivos del ideal. El autor postula que una de las formas principales en que el derecho promueve la reflexión pública es a través de la estructuración procedimental del debate público y contradictorio en tribunales. Las normas no se aplican por sí solas, sino que son personas quienes las interpretan y las aplican, por lo que la importancia radica en la reflexión que existe en dicho proceso.¹⁴⁹ Este elemento procedimental del debido proceso –los procedimientos formales de las audiencias judiciales en las que se dictan las resoluciones–¹⁵⁰ es “una forma de maximizar el rol de la razón y de la reflexión en la resolución de disputas”.¹⁵¹ Los procedimientos son vistos, desde esta perspectiva, como un aspecto reflexivo del estado de derecho que la teoría jurídica moderna no debiese dejar de considerar.

En “The forms and limits of adjudication”, Lon L. Fuller establece que la adjudicación, como forma de orden social que gobierna y regula las relaciones entre seres humanos,¹⁵² se diferencia de los otros órdenes sociales por esta cualidad reflexiva. Fuller establece que esta característica esencial y distintiva de la adjudicación es “el hecho de que le confieren a las partes afectadas una forma peculiar de participación en la decisión, que es presentar pruebas y argumentos razonados para una decisión a su favor”.¹⁵³ Su tesis se centra en la posibilidad que tienen las partes de argumentar su posición.

¹⁴⁹ *Ibidem.* pp. 2-9.

¹⁵⁰ *Ibidem.* p. 6.

¹⁵¹ *Ídem.* Traducción libre de: “a way of maximising the role of reason and thoughtfulness in the settlement of disputes.”

¹⁵² FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review* 92(2): 357.

¹⁵³ *Ibidem.* p. 365. Traducción libre de: “the fact that it confers on the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor”.

La adjudicación, para Fuller, es el aparato que le da expresión formal e institucional a ese razonamiento argumentado. En otras palabras, es el marco institucional que busca asegurar que las partes puedan presentar sus pruebas y argumentar sus posiciones de manera razonada. De ahí sigue su idea de que la necesidad un juez (o un árbitro) y los requisitos de imparcialidad y de racionalidad sean implicancias del elemento central, que es la posibilidad que tienen las partes de rendir pruebas y argumentar sus pretensiones. Las partes necesitan una persona ante quien presentar sus alegatos, mientras que la posibilidad real de presentarlos depende de que ese individuo sea imparcial. El principio bajo el cual las partes son juzgadas es el del argumento razonado y es por esto que la adjudicación asume una responsabilidad de racionalidad (y fundamentación) mayor que la de otros órdenes sociales.¹⁵⁴

Daniel Epstein asocia los orígenes de este ideal de racionalidad, como parte integral del estado de derecho, al período de la Ilustración. Al respecto, dice:

La idea de la razón de la Ilustración entendió la mente humana como un filtro de ordenaciones –uno que era capaz de aplicar una cualidad abstracta de “razón” a hechos, con el objetivo de filtrar lo puro de lo contaminado y de centrarse en aquellas claras e inconfundibles ideas que pueden ser adecuadamente denominadas conocimiento. La razón, bajo esta perspectiva, era un poder de la mente, uno que podía exclusivamente filtrar lo relevante de lo irrelevante. (...)

La forma en que los jueces aplicarían la razón al derecho es a través de las normas. Las normas, como ideas claras e inconfundibles, son proposicionales y pueden ser aplicadas a cualquier conjunto de hechos de forma consistente y técnica. Las normas ayudan a filtrar la evidencia relevante de la irrelevante; las normas distinguen los procedimientos adecuados de los inadecuados y así sucesivamente. Por lo tanto, cuando un juez razona a través de las normas, ese juez no solo está asegurando una resolución objetiva, justa y racional de una disputa, sino que es juez también está respetando el Estado de Derecho.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibidem.* pp. 365-366.

¹⁵⁵ EPSTEIN, D. Z. 2014. Rationality, legitimacy, & the law. *Washington University Jurisprudence Review*. 7(1): 6-7. Traducción libre de: “The Enlightenment view of reason understood the human mind as a filter of sorts – one that was capable of applying an abstract quality of “reason” to facts in order to filter out the pure from the contaminated and to hone in upon those clear and distinct ideas that could be properly

Para Lon L. Fuller, la racionalidad tiene funciones específicas que caracterizan el orden social de adjudicación. Es, en primer lugar, un requisito de la participación de los litigantes: para que puedan participar de forma significativa en el proceso, deben construir argumentos en principios de derecho y fundamentar esos argumentos sobre la base del ofrecimiento de pruebas. En segundo lugar, el juez que determina la solución del conflicto, lo hace a través de una decisión razonada, es decir, fundamentada en leyes o estatutos, o en precedentes si es que se está ante un sistema basado en el *stare decisis* como el *common law*. Además, la racionalidad actúa como un límite de la función adjudicativa: existen ciertas áreas de la vida humana que no están reguladas u ordenadas por ella porque no son susceptibles de responder a un nivel tan alto de racionalidad. Así como hay ciertas áreas de la vida familiar que se encuentran normadas jurídicamente, existen otras que se encuentran fuera de esta esfera, justamente porque no pueden ser justificadas racionalmente (la vida íntima de una pareja, por ejemplo).¹⁵⁶

La relevancia de la racionalidad es tal, que Fuller argumenta que en el proceso de decisión propio de la adjudicación solo pueden existir tres áreas de discurso racional. Dos de ellas provienen de la línea de pensamiento de Hume, quien establece que existe (i) el área de hechos empíricos, que contiene la observación de hechos y formulación de hipótesis acerca de ellos; y (ii) el área de implicancias lógicas, que traza implicancias lógicas a partir de premisas. Fuller corrige este planteamiento, observando que solo

called knowledge. Reason, in this view, was a power of the mind and one that could uniquely filter out the relevant from the irrelevant. (...)

The way judges would apply reason to law is through rules. Rules, like clear and distinct ideas, are proposition-like and can be applied to any set of facts in a consistent and technical manner. Rules can help filter out relevant evidence from the irrelevant; rules can distinguish proper procedure from improper procedure and so forth. Therefore, when a judge reasons by the rules, that judge is not only ensuring an objective, fair, and rational resolution of a dispute, but that judge is also upholding the rule of law.”

¹⁵⁶ FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review 92(2): 365-371.

aplicaría en los casos en que un tribunal aplica reglas previamente establecidas. Pero, sobre todo en los sistemas de *common law*, la aplicación de normas legales previamente establecidas no es la única forma de solucionar jurisdiccionalmente un conflicto. Es por esto que el autor agrega una tercera área de discurso racional, en la que se trazan y articulan implicancias sobre la base de propósitos compartidos: siendo similar a la deducción lógica, el proceso de razonamiento es distinto porque no es simplemente la demostración de lo que sigue lógicamente de una premisa, sino que consiste en la relación de distintos propósitos que, sirviendo como premisas, se reorganizan y clarifican.

Por su parte, Robert Alexy desarrolla una teoría de argumentación jurídica basada en el discurso racional. El autor formula una “teoría de discurso jurídico racional” a través de la incorporación de una teoría general de discurso práctico a la teoría jurídica.¹⁵⁷ Alexy interpreta la racionalidad como un concepto que abarca tanto racionalidad como razonabilidad y que él denomina “racionalidad práctica”. La define como “todos los criterios que la razón práctica debe aplicar para determinar si es que un juicio práctico es correcto”.¹⁵⁸ De esta forma, su teoría general de discurso práctico consiste en lo siguiente:

Un discurso es racional solo cuando cumple con las condiciones de argumentación racional práctica. Si estas condiciones se cumplen, entonces el resultado del discurso es correcto. La teoría discursiva es, por lo tanto, una teoría procedimental de corrección práctica.

Las condiciones de la racionalidad del procedimiento discursivo se pueden resumir en un sistema de reglas y formas de discurso. La racionalidad práctica se puede

¹⁵⁷ ALEXY, R. 2021. Legal argumentation as rational discourse. En: Law’s ideal dimension. Oxford, Oxford University Press. p. 293.

¹⁵⁸ ALEXY, R. 2009. The Reasonableness of law. En: BONGIOVANNI, G., STARTOR, G. y VALENTINI, C. (Eds.). Reasonableness and law. Londres, Springer. p. 6. Traducción libre de: “‘Practical rationality’ then refers to all criteria that practical reason has to apply in order to determine whether a practical judgment is correct.”

definir como la capacidad de llegar a decisiones prácticas a través de este sistema de reglas y formas.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Alexy postula que un sistema legal solo puede cumplir con las demandas de la racionalidad práctica a través de la incorporación de la teoría discursiva a una teoría del Estado y del derecho, conectando lo discursivo con lo institucional.¹⁶¹ Si es que aplicamos esta teoría discursiva racional a la adjudicación –que forma parte del discurso oficial de un Estado– esto va a significar que todas las decisiones judiciales tengan que cumplir con el requerimiento de corrección y racionalidad (es decir, que cada decisión sea alcanzada a través del sistema de reglas y formas discursivas). Esto, para el autor, promueve la legitimación y la aceptación social del ordenamiento jurídico.¹⁶²

Siguiendo la idea de esta memoria, lo relevante es que el desarrollo del concepto tradicional de derecho ha promovido la idea de que los tribunales, como elemento esencial

¹⁵⁹ ALEXY, R. 2021. Legal argumentation as rational discourse. *En*: Law's ideal dimension. Oxford, Oxford University Press. p. 293. Traducción libre de: "A practical discourse is rational only if it fulfils the conditions of rational practical argumentation. If these conditions are fulfilled, the result of the discourse is correct. Discourse theory is therefore a procedural theory of practical correctness. The conditions of the rationality of the discourse procedure can be summarized in a system of rules and forms of discourse. Practical rationality can be defined as the capacity of reaching practical decisions by means of this system of rules and forms."

¹⁶⁰ El autor agrupa las reglas y formas de discurso de la siguiente forma:

1. Reglas y formas que se refieren directamente a la estructura de los argumentos:
 - Requisito de libertad y contradicción
 - Requisito de universalidad, en el sentido de un uso consistente de predicados aplicados
 - Requisito de claridad lingüística y conceptual
 - Requisito de verdad de las premisas empíricas aplicadas
 - Requisito de la completitud deductiva de los argumentos
 - Requisito de consideración de las consecuencias, entre otros.
2. Reglas cuyo objeto principal es el procedimiento del discurso, asegurando la imparcialidad de la argumentación práctica:
 - Toda persona capaz de hablar puede participar en discurso.
 - Toda persona puede problematizar las afirmaciones, presentar afirmaciones en el discurso o expresar sus posturas, deseos y necesidad.
 - Ningún orador puede ser impedido de ejercer los derechos los puntos anteriores, a través de coerciones internas o externas al discurso.

(Ibídem. pp. 293-294).

¹⁶¹ Ibídem. p. 295

¹⁶² Ídem.

del Estado de Derecho, están profundamente comprometidos a un alto estándar de racionalidad. Al desarrollar áreas de discurso racional, Fuller deja de lado todo elemento emocional que pueda llegar a incidir en la decisión. En sus palabras, todo aquello que no provenga de hechos empíricos, de implicancias lógicas o de implicancias de propósitos compartidos, “no es y no puede ser un elemento ‘racional’; su origen debe estar en un ‘sentimiento’; no en la ‘razón’”.¹⁶³ La frase no solo ilustra la exclusión de todo elemento emocional de la adjudicación, sino que explicita la dicotomía entre razón y emoción que la disciplina de Derecho y Emociones desafía. En palabras de Tasia Aránguez, que critica la visión de la racionalidad desde el punto de vista dialéctico (como la desarrollada por Robert Alexy):

La visión de la racionalidad del punto de vista dialéctico (de raigambre habermesiana) es expresión del racionalismo europeo e ilustrado que privilegia una determinada visión de la verdad, la justicia y la racionalidad. Encontramos en la ética que sustenta a dicha perspectiva una determinada visión de la racionalidad “kantiana” que pretende ser trascendental, formal, desprovista de contenido material y basada en una universalidad de la razón imparcial, incorpórea y sin contexto ni biografía. Esa racionalidad casi divina decide con ayuda de un imperativo categórico de nuevo cuño, que toma forma en las reglas del discurso racional. Esta idea, aplicada al derecho, nos conduciría a una idea de persona juzgadora que se autoproclama “imparcial” y que intenta dejar a un lado sus emociones.¹⁶⁴

La adjudicación, tanto como elemento central del Estado de Derecho y como parte del discurso oficial del Estado, está comprometida con un ideal de racionalidad que excluye todo elemento emocional del proceso de decisión del juez. La disciplina de Derecho y Emociones viene a iluminar que el proceso de razonamiento judicial está, inevitablemente, influenciado por elementos emocionales que han sido tradicionalmente

¹⁶³ FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review 92(2): 380. Traducción libre de: “it is not and cannot be a ‘rational’ element; its origin must be in ‘sentiment’, not in ‘reason’”.

¹⁶⁴ ARÁNGUEZ, T. 2017. ¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica? DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2017(40): 344.

categorizados como irracionales, pero que tienen aspectos cognitivos que los hacen partícipes de dicho proceso.

2. El juez y su razonamiento bajo la luz de la disciplina de Derecho y Emociones

Si bien el concepto moderno de derecho establece que la racionalidad es un elemento fundamental del razonamiento judicial, el hecho de que existan otros elementos en el proceso de decisión no es una idea reciente que solo sea discutida por la disciplina de Derecho y Emociones. La disciplina argumenta que las emociones pertenecen al proceso de razonamiento mismo, por lo que, si siguiéramos la línea de Jon L. Fuller y quisiéramos delimitar las áreas de discurso racional, tendríamos que establecer un área que considerara a las emociones como parte de éste. Sin embargo, la idea de que las emociones son parte del proceso de toma de decisión del juez ha sido defendida incluso considerando que no tienen elemento cognitivo alguno.

A continuación, expondré la idea de que las emociones son un elemento inevitable en la labor judicial (i.), para luego discutir sobre el valor que éstas pueden tener (ii.). Posteriormente, revisaré la empatía, con el objetivo de analizar una emoción cuyo rol es necesario en el razonamiento del juez (iii.). Finalmente, examinaré la fundamentación de las sentencias como un límite para la influencia de las emociones en la toma de decisión judicial (iv.).

i. Las emociones como elementos que permean inevitablemente el razonamiento judicial

En “The nature of the judicial process”, publicado por primera vez en 1920, Benjamin Cardozo, juez norteamericano que desarrolló parte de su labor judicial en la Corte Suprema de Estados Unidos, defendió la existencia de elementos “inconscientes” a la hora de dilucidar las consideraciones y motivos que determinan la decisión de un juez.

En su publicación, Cardozo se preguntó qué es lo que hace cuando decide un caso:

En el intento de análisis que haré, será necesario distinguir entre lo consciente y lo inconsciente. (...) Son más sutiles las fuerzas que, estando tan lejos de la superficie, no pueden ser razonablemente clasificadas de otra forma más que subconscientes. Es usualmente, a través de estas fuerzas subconscientes, que los jueces se mantienen consistentes consigo mismos, e inconsistentes unos con otros. William James nos recuerda en una página reveladora de sus lecturas sobre Pragmatismo, que cada uno de nosotros tiene en verdad una filosofía de vida subyacente (...). En cada uno de nosotros hay una corriente de tendencia, sea que elijan llamarla filosofía o no, que otorga coherencia y dirección al pensamiento y a la acción. Los jueces no pueden escapar esa corriente más que cualquier otro mortal. Durante sus vidas, fuerzas que no pueden reconocer ni nombrar, han tirado de ellos -instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas; y el resultado es una visión de la vida, una concepción de las necesidades sociales, (...) que, cuando se equilibra cuidadosamente con razones, debe determinar dónde caerá una decisión.¹⁶⁵

Cardozo centra su trabajo en los distintos ejercicios que debe llevar a cabo el juez para decidir un caso: debe aplicar las normas establecidas en la Constitución y en las

¹⁶⁵ CARDOZO, B. 1921. The nature of the judicial process. New Haven, Yale University Press. p. 2. Traducción libre de: “In such attempt at analysis as I shall make, there will be need to distinguish between the conscious and the subconscious. (...) More subtle are the forces so far beneath the surface that they cannot reasonably be classified as other than subconscious. It is often through these subconscious forces that judges are kept consistent with themselves, and inconsistent with one another. We are reminded by William James in a telling page of his lectures on Pragmatism that every one of us has in truth an underlying philosophy of life (...). There is in each one of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them -inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs, (...) which, when reasons are nicely balanced, must determine where choice shall fall.”

leyes, o debe extraer principios de casos pasados para aplicarlos al caso presente (la búsqueda de precedentes propia del *common law*). Sin embargo, en lo que respecta este ensayo, el hecho de que Cardozo reconozca que existen otros elementos que entran en juego a la hora de decidir un caso es fundamental. Cardozo explica que, a pesar de que queremos imaginar que los procesos judiciales son absolutamente objetivos e impersonales, la persona del juez también está constituida por sus gustos, predilecciones, prejuicios, intuiciones, emociones, hábitos y convicciones.¹⁶⁶

Si bien no hay un reconocimiento del elemento cognitivo de las emociones, existe un piso mínimo para el análisis del razonamiento del juez: es, como todos nosotros, un ser humano cuyas decisiones están influenciadas por la razón, pero también por otros elementos, dentro de los cuales encontramos las emociones. Cardozo reconoce la importancia de estos elementos, e incluso los resignifica: “(m)i deber como juez puede ser objetivizar en la ley, no mis propias aspiraciones y convicciones y filosofías, pero las aspiraciones y convicciones y filosofías de los hombres y mujeres de mi tiempo”.¹⁶⁷ Son esas aspiraciones, convicciones y filosofías de la sociedad, las que, traducidas a la decisión del juez, pueden darle forma al progreso de la ley.¹⁶⁸

Al explorar el rol del juez en el siglo XXI, Richard Posner propone que el juez debiese ser más pragmático. Concibe el pragmatismo del juez como un punto medio entre el formalismo, que considera al juez como un mero aplicador de normas, y la concepción política “actitudinalista”, que postula que el juez simplemente vota o decide a partir de sus preferencias políticas. El pragmatismo de Posner es bastante parecido al

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ Ibídem. p. 54. Traducción libre de: “My duty as a judge may be to objectify in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time”.

¹⁶⁸ Ibídem. pp. 53-54.

planteamiento del juez Cardozo, en el sentido de que el juez debe decidir los casos razonablemente, a partir de las normas constitucionales, legales y los precedentes, pero reconociendo que estos elementos influyen, mas no determinan, el resultado.

Posner plantea que, cuando el área de solución razonable de un caso es más amplia, pudiendo existir distintas soluciones, se genera espacio para la influencia de predilecciones ideológicas.¹⁶⁹ En los casos que permiten mayor discreción, los jueces no solo deciden en virtud de las leyes y los precedentes. Ellos se ven influenciados por sus filosofías judiciales, como por ejemplo el derecho natural o activismo liberal, y también reaccionan a las circunstancias particulares de los casos. Esas reacciones son las que Posner identifica con ideologías, porque son manifestaciones de las creencias que el juez tiene sobre cuestiones sociales, económicas y políticas. Y como ideologías, tienen sus fuentes en los valores morales y religiosos del juez.¹⁷⁰

Es así como Posner abre el espacio para entrever la emoción en el proceso de razonamiento del juez. Si es que aplicamos el concepto de emoción expuesto anteriormente, que las considera como evaluaciones o expresiones de juicios de valor, entonces cuando el juez reacciona a un caso desde su ideología, existe un componente emocional innegable en su proceso de toma de decisión. Aún más, el autor reconoce explícitamente el componente psicológico de las ideologías. Afirma que las fuentes de las ideologías son tanto cognitivas como psicológicas, pero que estas últimas son dominantes, por su gran influencia en la interpretación de las experiencias humanas.¹⁷¹ Su aporte es fundamental, porque adscribe a los postulados de la disciplina de Derecho y Emociones, desde su propio rol de juez.

¹⁶⁹ POSNER, R. 2006. The role of the judge in the twenty-first century. Boston University Law Review 86: 1049-1053.

¹⁷⁰ *Ibidem.* pp. 1059-1060.

¹⁷¹ *Ibidem.* p. 1060.

Richard Posner argumenta que, si bien la idea de certeza judicial es atractiva, es innegable que estamos predispuestos psicológicamente, y que esos compromisos emocionales son más fuertes que los intelectuales. Si es que uno reacciona frente a un hecho, se puede hacer el ejercicio intelectual posterior de demostrar que esa reacción es razonable, y es eso lo que los jueces muchas veces hacen: toman la decisión sobre la base de las consecuencias que ellos consideran más deseables, social o políticamente, y luego la adecúan al marco jurídico aplicable.¹⁷²

ii. ¿Es deseable que las emociones formen parte del razonamiento judicial?

A la hora de valorar el rol de las emociones en la decisión judicial, Samuel Pillsbury plantea que dicha influencia puede ser tanto positiva o negativa, y que esto va a depender tanto de las circunstancias específicas del caso, como de la emoción particular de la que se trate. El autor examina dos sentencias de connotados jueces de la Corte Suprema norteamericana, Oliver Wendell Holmes Jr. y John Marshall Harlan, con la finalidad de encontrar reflejos de sus personalidades emocionales, y así las formas en que sus emociones pudieron haber influenciado sus razonamientos formales. El autor propone que, a pesar de la formalidad de una sentencia de instancia superior, en la que el juez intenta persuadir cuidadosamente mediante normas y principios jurídicos, es posible

¹⁷² *Ibidem.* pp. 1055-1063.

encontrar huellas de la persona del juez, de su personalidad y de sus rasgos distintivos como individuo, es decir, huellas de su emocionalidad.¹⁷³

Pillsbury diferencia dos tipos de emociones: las emociones “fuertes” como la rabia o el miedo, que están usualmente dirigidas hacia una persona, y las emociones sobre ideas, es decir, los apegos emocionales que puede tener una persona hacia conceptos abstractos, como por ejemplo la libertad de expresión. Pillsbury concibe que el primer tipo de emociones podría ser problemática para el razonamiento legal, porque puede distorsionar el juicio de un juez al introducir factores que son irrelevantes para la toma de decisión. El segundo tipo de emociones puede guiar la actitud del juez hacia compromisos necesarios con su labor profesional, por lo que puede ser beneficiosa en el contexto judicial. En definitiva, no se puede estar en contra de la emoción en el razonamiento del juez, de forma general y absoluta, sino que es necesario distinguir entre distintos contextos y emociones.¹⁷⁴

Pillsbury concluye así que el derecho siempre va a estar imbuido tanto de intelecto como de emoción. En el caso específico de la decisión de un juez, la influencia de la emoción puede ser positiva, como cuando le permite dilucidar factores que podrían pasar fácilmente desapercibidos bajo la cultura racionalista o formalista del derecho moderno, o bien podrían inspirar decisiones extremadamente negativas. A pesar de la incertidumbre que nos deja la imposibilidad de prever el resultado de tal influencia, Pillsbury plantea que estas afectaciones no se pueden negar. Propone que es necesario ahondar –desde la filosofía moral y jurídica– sobre la idoneidad de los distintos tipos de emociones en

¹⁷³ PILLSBURY, S. 1999. Harlan, Holmes, and the Passions of Justice. En: BANDES, S. A. (Ed.). The passions of law. Nueva York, New York University Press. pp. 331-345.

¹⁷⁴ *Ibíd.* pp. 332-333.

situaciones particulares y así, mediante el desarrollo de principios, integrar esas reacciones emocionales a la solución de controversias.¹⁷⁵

El magistrado William J. Brennan Jr. tiene una opinión más absoluta sobre el valor de las emociones en el proceso de raciocinio del juez. A partir del reconocimiento que hace el juez Cardozo de la interacción de elementos racionales y emocionales en la labor del juez, Brennan plantea que dicha interacción no solo permea el proceso judicial, sino que es un elemento central y vital de éste. Expone que, desde la cultura tradicional de derecho, el juez ha sido concebido como un farmacéutico, que debe prescribir la regla correcta para cada caso que se le presentara, ejerciendo así una labor mecánica y “científica”. Sin embargo, considera que esa concepción formalista eliminó toda dimensión humana del proceso judicial y no reconoció la importancia de otras cualidades humanas, distintas a la razón, en dicho proceso. Brennan utiliza el concepto de “pasión” para denominar estas cualidades, que él describe como las diversas respuestas emocionales e intuitivas que pueden surgir frente a hechos y argumentos que se le presentan al individuo.¹⁷⁶

Martha Minow y Elizabeth Spelman recogen el trabajo del magistrado Brennan y ahondan en la idea de que las emociones son necesarias y fundamentales para el ideal de justicia. Las autoras afirman que “(l)a razón por sí sola, entendida como el proceso cognitivo de deducir consecuencias a partir de premisas articuladas, no puede alcanzar

¹⁷⁵ *Ibidem.* pp. 350-353.

¹⁷⁶ BRENNAN, W. J. 1988. Reason, passion, and “the progress of the law”. *Cardozo Law Review* 10(1-2): 4-9.

juicios reflexivos sobre asuntos humanos”.¹⁷⁷ El juez necesita algo más que la razón por sí sola, entendida en ese sentido tan estricto dilucidado anteriormente.¹⁷⁸

Las autoras ponen como ejemplos cuando el juez debe decidir entre distintos principios que, a pesar de chocar entre sí, son aplicables a un caso, o cuando debe decidir qué piezas de evidencia son relevantes y luego ordenarlas para construir la narrativa de los hechos. En estos escenarios, y en todos los casos en que hay que tomar una decisión sobre qué valorar, o cómo reaccionar frente a las narrativas de las partes, o qué hacer frente a la incertidumbre en general, el juez necesita otras cualidades humanas. Minow y Spelman afirman que el juez requiere de sus intuiciones, del “sentir” que surge frente al conflicto y de un ejercicio de empatía hacia las partes que están frente a él. Hay aspectos fundamentales del proceso de toma de decisión judicial que requieren de pasión, en el sentido evocado por el magistrado Brennan. Para ellas, solo se puede lograr hacer justicia cuando se incorpora dicha pasión a la razón.¹⁷⁹

El juez Brennan ilustra este aspecto fundamental de las emociones en el proceso judicial a través de la interpretación del concepto de debido proceso. El juez postula que, para la interpretación de ciertos términos que se encuentran en el texto constitucional, caracterizados por tener una textura abierta, el rol de la pasión es central. Brennan plantea que, para comprender este tipo de conceptos, es necesaria la interacción entre la razón y la pasión, entre la lógica y la experiencia personal del juez.¹⁸⁰

¹⁷⁷ MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. *Passion for justice*. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 46. Traducción libre de: “Reason alone, understood as the cognitive process of deducing consequences from articulated premises, cannot reach thoughtful judgments about human affairs”.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ *Ibidem*. pp. 46-47.

¹⁸⁰ BRENNAN, W. J. 1988. Reason, passion, and “the progress of the law”. *Cardozo Law Review* 10(1-2): 11.

El autor se enfoca en el concepto de debido proceso y afirma que es el concepto constitucional que más requiere del diálogo entre razón y pasión. El debido proceso está ligado al principio de dignidad de cada individuo y se pregunta por el respeto de esa dignidad y de un trato justo. Por esa razón, el juez debe utilizar estas herramientas que van más allá del mero seguimiento de normas. El debido proceso demanda que el juez escuche la pasión, que ejerza la empatía y que utilice la razón (en su sentido estricto), porque solo así podrá entender a cabalidad las personas afectadas por los procedimientos en cuestión.¹⁸¹

A su vez, Emily K. White analiza las formas en que las emociones aportan en las interpretaciones judiciales de los conceptos evaluativos. Estos son aquellos que tienen un alcance amplio y que generalmente resisten una definición concreta o criterios taxativos, como por ejemplo el concepto de interés superior del niño.¹⁸² Estos conceptos se caracterizan por estar cargados de valores y suelen establecer estándares usualmente contestables. Esta última precisión es fundamental: establecen estándares, no reglas.¹⁸³ Como se puede apreciar, la autora escoge el mismo tipo de conceptos que el magistrado Brennan para argumentar la importancia de las emociones en su entendimiento e interpretación. Así, bajo ese carácter evaluativo, podríamos encontrar también el concepto de debido proceso.

White se enfoca específicamente en el concepto legal de dignidad y explora sus dimensiones afectivas. De esta forma, propone que las emociones, con sus características afectivas que les son únicas, ayudan a la tarea interpretativa del juez.¹⁸⁴ Al estar cargados

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 15-21.

¹⁸² WHITE, E. K. 2014. *Till human voices wake us*. *Journal of Law, Religion and State*. 3: 201-205.

¹⁸³ WALDRON, J. 2010. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*. Oxford, Oxford University Press. pp. 277-279.

¹⁸⁴ WHITE, E. K. 2014. *Till human voices wake us*. *Journal of Law, Religion and State*. 3: 201-206.

de valores, los conceptos evaluativos requieren que los jueces los enfrenten a la luz de emociones que cumplen “un rol integral en dirigir, substanciar y expresar esas orientaciones valóricas”.¹⁸⁵ Sin ellas, es imposible entenderlos a cabalidad. En definitiva, tanto White como Brennan argumentan que las emociones no solo son deseables, sino que fundamentales, en la interpretación judicial de conceptos legales cuyas definiciones son flexibles.

Rescatando el valor cognitivo de las emociones que la disciplina de Derecho y Emociones defiende, Richard Posner afirma que parece lógico que éstas sean una herramienta que los jueces utilicen para responder a la información que se les presenta. Posner nos recuerda que la emoción “es una forma de pensamiento, aunque comprimida e inarticulada, porque está provocada por, y la mayoría de las veces produce respuestas racionales a, información”.¹⁸⁶ Considerando que son una respuesta a la información, entonces las emociones pueden ser la base de una decisión. Posner considera lo mismo con la intuición, ya que también le reconoce un valor y una naturaleza cognitivos. El autor recoge la idea de que, cuando es más difícil determinar la validez de pretensiones fácticas, las emociones y las intuiciones juegan un papel más poderoso en el proceso de razonamiento. Así, en los casos complejos, el juez puede aceptar o rechazar una pretensión basado en su emoción o intuición.¹⁸⁷

En mi opinión, esta idea de Richard Posner va en la misma línea de la idea de las emociones como herramientas necesarias para la interpretación de conceptos de textura abierta (como los conceptos de índole constitucional en general, la cláusula de debido

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 206. Traducción libre de: “an integral role in directing, substantiating, and expressing these value orientations”.

¹⁸⁶ POSNER, R. 2006. *The role of the judge in the twenty-first century*. Boston University Law Review 86: 1063. Traducción libre de “is a form of thought, though compressed and inarticulate, because it is triggered by, and more often than not produces rational responses to, information”.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 1065.

proceso o el concepto de dignidad humana). En todos esos casos, el juez se ve ante conflictos jurídicos cuya respuesta no se encuentra en la mera aplicación de normas jurídicas, de modo que no hay una sola “receta” para resolverlos. Y aunque existiera, dicha receta se podría nutrir del componente emocional propio del razonamiento. En todos esos casos, no solo es imposible negar la influencia de las emociones, sino que se puede defender que dicha influencia es valiosa y deseable.

Por último, creo que es fundamental volver a la idea de la influencia de las emociones en el progreso de la ley, expuesta anteriormente en relación a los postulados del juez Benjamin Cardozo. Martha Minow y Elizabeth Spelman recogen esa idea y explican que la dicotomía entre razón y emoción permite que un juez pueda escindir su decisión judicial de toda pasión y, así, separarla de sus valores personales. El juez puede abstraerse en su labor y de esta forma, puede evitar caer en conflictos entre sus decisiones judiciales y sus ideas morales personales. Sin embargo, cuando se une la razón y la emoción, el juez debe tomar responsabilidad por su decisión, por lo que no puede evitar preguntarse por las consecuencias de ella. Es así como se superan instituciones o prácticas que van en contra de la dignidad humana. Es así como se humaniza el proceso judicial.¹⁸⁸

iii. Empatía y compasión

Una emoción que se repite bastante en relación con la labor del juez es la empatía. Si es que el juez debe tomar una decisión que afectará directamente la vida de otras personas, entonces parece necesario que se ponga en el lugar de ellas. Sin embargo, esta idea es bastante conflictiva en la teoría moderna de derecho, ya que esta emoción puede

¹⁸⁸ MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. Cardozo Law Review. 10(1-2): 48.

atentar contra la imparcialidad, la predictibilidad y la prohibición de decisiones arbitrarias, propias de un Estado de Derecho.

La disciplina de Derecho y Emociones defiende la utilidad de esta emoción en la labor del juez. La empatía, entendida como “un salto imaginativo hacia la mente de otros”,¹⁸⁹ es necesaria en la labor del juez porque le permite entender otros puntos de vista, que no son de natural o usual acceso. La emoción es beneficiosa en la actividad judicial en general, pero se puede ver su necesidad con mayor claridad cuando los valores legales detrás de un concepto, o las mismas normas legales, requieren que el juez se ponga en el lugar del otro.¹⁹⁰ Así, los conceptos de dignidad, interés superior del niño o debido proceso, requieren que se haga un reconocimiento y una evaluación de la experiencia de la persona del caso concreto. En todos esos casos, el juez debe tratar de entender la situación de una persona con la que puede tener poco o nada en común, y es ahí donde el rol de la empatía es necesario.

Emily K. White nos recuerda que este ejercicio de empatía se lleva a cabo en procedimientos legales estructurados, con mecanismos preestablecidos para evitar la parcialidad y las decisiones arbitrarias. En un contexto de esta índole, la empatía solo puede tener un potencial iluminador.¹⁹¹ Esto se refuerza si es que se desarrolla una teoría de derecho que reconoce las influencias de las emociones, tanto positivas como negativas, en el razonamiento del juez.

En “Compassion and The Rule of Law”, Susan Bandes hace notar los conflictos que tiene la disciplina con las definiciones de las emociones. La autora diferencia la

¹⁸⁹ CLARK, C. 1997. Misery and company: sympathy in everyday life. Citado en: BANDES, S. A. 2009. Empathetic judging and the rule of law. *Cardozo Law Review De Novo*. 136. Traducción libre de: “an imaginative leap into the mind of others”.

¹⁹⁰ WHITE, E. K. 2014. Till human voices wake us. *Journal of Law, Religion and State*. 3: 229-230.

¹⁹¹ *Ibidem*. pp. 230-231.

empatía y la compasión, entendiendo la primera como una capacidad y la segunda como una emoción. Para la autora, la empatía es la “capacidad de entender los deseos, metas e intenciones de otros”.¹⁹² Al no ser una emoción y no conllevar necesariamente un deseo de actuar, la empatía no presenta realmente un problema: es una capacidad fundamental en la labor del juez porque lo ayuda a comprender las perspectivas de las partes y las pretensiones que están en conflicto. Si bien es necesario reconocer sus riesgos, como su ejercicio selectivo o impreciso, esos peligros son corregibles si es que el juez es consciente de las limitaciones y puntos ciegos de su perspectiva personal.¹⁹³

La compasión, por otra parte, es “el sentimiento que surge al presenciar el sufrimiento de otro, y que motiva un deseo subsecuente de ayudar”.¹⁹⁴ Esta emoción, definida por Susan Bandes como tal, es más problemática para el Estado de Derecho. Si bien implica los mismos riesgos que la empatía –corregibles si es que el juez reconoce que su observación del otro puede estar teñida por su perspectiva personal– la compasión conlleva un deseo de acción. Si el juez siente compasión por una de las partes del conflicto, probablemente decidirá que esa parte no es culpable (legalmente o, al menos, moralmente). Es por esta razón que la compasión no es necesariamente una herramienta apropiada en la toma de decisión del juez.¹⁹⁵

Teniendo en cuenta esas prevenciones, la compasión, según Susan Bandes, cumple un rol importante en el derecho. Como incluye un llamado a la acción, puede

¹⁹² BANDES, S. A. 2017. Compassion and the Rule of Law. *International Journal of Law in Context*. 13(2): 185. Traducción libre de: “capacity for understanding the desires, goals and intentions of others”.

¹⁹³ BANDES, S. A. 2009. Empathetic judging and the rule of law. *Cardozo Law Review De Novo*. 137-145.

¹⁹⁴ CUFF, M. P., BROWN, S. J., TAYLOR, L., y HOWAT, D. J. 2016. Empathy: A review of the concept. Citado en: BANDES, S. A. 2017. Compassion and the Rule of Law. *International Journal of Law in Context*. 13(2): 185. Traducción libre de: “the feeling that arises in witnessing another’s suffering and that motivates a subsequent desire to help”.

¹⁹⁵ BANDES, S. A. 2017. Compassion and the Rule of Law. *International Journal of Law in Context*. 13(2): 185-187.

cumplir un rol más directo que la empatía en el progreso de la ley. La autora explica que el rol apropiado de la compasión es que “nos alerta sobre los límites de los marcos legales actuales y la necesidad de reformarlos legalmente”.¹⁹⁶ Si bien esta emoción no es apropiada como base de resolución de conflictos entre diversos puntos de vista, ofrece una forma valiosa de considerar las perspectivas de otros y así comprender los valores y tensiones que pueden subyacer ciertas instituciones legales.¹⁹⁷

Para que una persona, y el juez en específico, examine sus valores y creencias morales, requiere de un intercambio de perspectivas con otros. La compasión posibilita ese intercambio. Esta emoción invita al juez a abrirse con humildad a la perspectiva de otros, advirtiéndole que los puntos de vista y experiencias de otras personas son dignos de consideración y de respeto.¹⁹⁸

En definitiva, dejando de lado las diferencias de definición y denominación, la disciplina de Derecho y Emociones defiende que la empatía, entendida como una emoción, es imprescindible en la labor del juez. Reconociendo sus riesgos, pero también las formas de sobrellevarlos, el juez debe considerar las experiencias y perspectivas de las personas que se presentan ante él.

En “*Passion for justice*”, Martha Minow y Elizabeth Spelman exponen ciertos criterios que debe cumplir el juez en su labor. En estos criterios, si bien no se menciona la empatía explícitamente, se puede entrever que esta siempre se encuentra presente. El juez debe tratar de considerar la perspectiva de todas las partes antes de tomar su decisión; debe comunicar la decisión en términos inteligibles por las partes, desarrollando una

¹⁹⁶ *Ibidem*. pp. 193-194. Traducción libre de: “its role in alerting us to the limits of current legal frameworks and to the need for legal reform.”

¹⁹⁷ *Ídem*.

¹⁹⁸ *Ídem*.

justificación que intente persuadir a la parte que perdió, o al menos explicarle las razones con miras a que esa parte considere que la decisión fue justa; y, el juez debe reconocer el poder que tiene sobre la vida de otras personas, en el acto de juzgamiento. Estos parámetros, entre otros dilucidados por las autoras, demuestran que la empatía es una emoción que debe permear todo el proceso de toma de decisión judicial.¹⁹⁹ Con ello, lo que realmente se está cultivando es la apreciación de las partes como seres humanos, más que meros usuarios del aparato estatal. En palabras de las autoras, "el razonamiento judicial que deniega a los seres humanos que efectivamente están al otro lado de la acción judicial, no puede satisfacer los requerimientos de justicia".²⁰⁰ Las autoras proponen un compromiso con las relaciones humanas implicadas en el acto de juzgamiento. Según ellas, toda decisión judicial debiese suscitar la siguiente pregunta: "¿la humanidad de cada persona está siendo reconocida o negada?".²⁰¹ Solo de esta forma se puede hacer justicia.

iv. La fundamentación de las sentencias como límite al rol de las emociones

Richard Posner reconoce que las emociones pueden jugar un rol importante en la toma de decisión de un juez. Sin embargo, plantea que esa influencia en la decisión se esconde a través del requerimiento de fundamentación, en virtud del cual el juez comunica la decisión como si fuese el producto de un proceso puramente analítico.²⁰²

La fundamentación como forma de encubrir las emociones y las intuiciones en el proceso de decisión es clave para conciliar estas influencias con el concepto moderno de

¹⁹⁹ MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 57-60.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 68. Traducción libre de: "judicial reasoning that denies the actual human beings on the other side of the judicial action cannot fulfill the demands of justice."

²⁰¹ *Ibidem*. p. 60. Traducción libre de: "is the humanity of each person acknowledged or denied?"

²⁰² POSNER, R. 2006. The role of the judge in the twenty-first century. *Boston University Law Review* 86: 1065.

derecho y de Estado de Derecho. Sin embargo, creo que Samuel Pillsbury lo formula de una manera más certera: no es que la fundamentación de la sentencia “esconda” el rol que pudo haber tenido la emoción en la toma de decisión, sino que más bien delimita ese rol. Pillsbury examina diversas formas en que la emoción puede afectar la decisión del juez, pero concluye que finalmente, la evaluación legal depende de las normas jurídicas y no de la emoción misma.²⁰³

A partir de los aportes de Richard Posner y Samuel Pillsbury es posible sostener que la adjudicación de un caso siempre va a estar influenciada por las experiencias, creencias y personalidad individual del juez, es decir, por sus disposiciones emocionales. Sin embargo, el Estado de Derecho exige que se le dé un marco, un límite, a la decisión. A pesar de las influencias personales innegables, la decisión debe responder a una evaluación legal basada en las normas legales aplicables al caso. En palabras de Pillsbury:

En un interesante giro, a medida que mejor entendemos la influencia emocional en la toma de decisión judicial, más deberíamos apreciar la importancia del discurso doctrinal. En parte, porque cada visión individual de un caso va a estar influenciada por experiencias y personalidad individuales –por disposiciones emocionales– que puede no sean compartidas por otros, necesitamos un discurso que sí compartamos. Los principios del precedente, la lógica, y otras normas legales tradicionales, proveen ese discurso compartido. Es más, esas normas proveen nuestro límite legal mínimo. El análisis emotivo puede proporcionar un mejor entendimiento de la labor del juez, pero la evaluación legal de esa labor depende finalmente de las normas legales, no de la emoción.²⁰⁴

²⁰³ PILLSBURY, S. 1999. Harlan, Holmes, and the Passions of Justice. En: BANDES, S. A. (Ed.). The passions of law. Nueva York, New York University Press. p. 352.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 352. Traducción libre de: “In an interesting twist, the more we understand about emotive influence on judicial decision making, the more we should appreciate the importance of doctrinal discourse. In part because each individual’s view of a case will be influenced by individual experiences and personalities -by emotive dispositions- that may not be shared by others, we need a discourse that we do share. The principles of precedent, logic, and other traditional legal norms provide that shared discourse. Indeed, those norms provide our legal bottom line. Emotive analysis may foster better understanding of a judge’s work, but legal evaluation of that work depends finally on legal norms, not emotion.”

Martha Minow y Elizabeth Spelman ahondan sobre la necesidad de justificar y explicar las sentencias. Las autoras, al analizar los criterios que deberían cumplir los jueces, proponen que uno de ellos es el deber de mostrar cómo se llegó a la decisión, explicándolo no solo a través de justificaciones *post hoc*, sino que exponiendo cómo se lidió con las intuiciones y justificaciones iniciales, aquellas que se le presentaron antes de seleccionar las que consideró más adecuadas para la fundamentación de la decisión.²⁰⁵ Lo interesante es que las autoras van más allá del deber de fundamentación de sentencias en su sentido estricto legal, sino que defienden la necesidad de que el juez exponga las preconcepciones y contradicciones que tuvo, es decir, su proceso de raciocinio real (que suele diferir de aquél que se comunica). De esa forma, se otorga una oportunidad de debate, de educación y, finalmente, de progreso del derecho. Si es que un juez se ve conflictuado personalmente con la decisión que la ley le mandata a tomar, es necesario que esto sea comunicado. Esa comunicación permite que el público tenga la posibilidad de discutir un cambio, ya sea a través de una modificación legislativa o constitucional, o de desarrollo doctrinario que pueda desencadenar una modificación.²⁰⁶

En definitiva, el riesgo de que las emociones o intuiciones influyeran la decisión es inevitable, y el hecho de que éstas se dejen fuera de la fundamentación de la sentencia no significa que dicha influencia no exista. Sin embargo, si es que se comunican, incorporándolas a la fundamentación, se hace posible su escrutinio y se reduce el riesgo de daños que, de lo contrario, pasarían desapercibidos. Según las autoras, el riesgo de arbitrariedad en la labor judicial es mayor cuando las razones que se exponen no tienen relación significativa con las verdaderas fuentes del proceso de razonamiento del juez.²⁰⁷

²⁰⁵ MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 54-56.

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Ídem.

Los criterios que proponen Minow y Spelman, que he expuesto en relación con la compasión/empatía y en relación con la fundamentación de la sentencia, son una forma de humanizar el procedimiento judicial:

Los criterios que proponemos tienen el propósito de reforzar la sensibilidad del juez hacia los seres humanos afectados por la decisión, cualquiera sea el camino que el juez decida. Estas no son preocupaciones meramente procedimentales, comparadas con la "substancia" del resultado; la calidad de la respuesta humana es en sí misma una dimensión de justicia substantiva (...).²⁰⁸

En las tesis que he expuesto sobre la influencia de las emociones en la labor del juez, el mínimo común denominador es que es imposible negar su existencia. Los planteamientos varían en el valor que se otorga a dichas influencias, o la connotación que se da a la emoción (como elementos del subconsciente, como expresiones de la personalidad que influyen el raciocinio o como juicios de valor que son parte del intelecto), pero todos confluyen en la idea de que tienen un efecto en el proceso de toma de decisión.

Una integración de esos planteamientos es posible, adoptando los aportes de otras disciplinas que fueron recogidos por la teoría cognitiva de la emoción y por la disciplina de Derecho y Emociones. Si es que las emociones son un ingrediente dentro de muchos más del proceso de decisión del juez, y tienen un elemento cognitivo, entonces no solo es imposible dejarlas fuera de la doctrina jurídica, sino que no se justifica contraponerlas al ideal de racionalidad que informa la labor judicial. Si es que reconocemos su existencia y la necesidad de estudio y análisis que le sigue, entonces su reconocimiento solo nos

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 70. Traducción libre de: "The criteria we propose aim to heighten the judge's sensitivity to the human beings affected by the decision, whichever way the judge decides. These are not mere procedural concerns, compared with the "substance" of the result; the quality of the human response is itself a dimension of substantive justice (...)."

aporta la posibilidad de construir una doctrina jurídica más completa y acorde a los procesos y realidades humanos.

CONCLUSIONES

La disciplina de Derecho y Emociones ha tenido como objetivo principal el cuestionamiento de la dicotomía entre razón y emoción; dicotomía que el concepto moderno de derecho ha rescatado y perpetuado. El Estado de Derecho o *Rule of Law* –ideal fundamental del concepto moderno de derecho– enmarca el actuar de las autoridades dentro del ejercicio de la ley y defiende así los principios de supremacía de la ley, certeza legal, predictibilidad, imparcialidad, prohibición de decisiones arbitrarias, entre otros. He enfocado este trabajo en la labor del juez bajo la luz de la disciplina, porque creo que es una manifestación clara del objetivo de Derecho y Emociones. Al defender el rol de las emociones dentro del razonamiento del juez, la disciplina pone en tensión el concepto moderno de derecho, lo sacude, y para algunos, lo destruye. Sin embargo, que las emociones sean parte del raciocinio del juez no tiene por qué traducirse en decisiones arbitrarias. No van a ser arbitrarias si es que consideramos que las emociones tienen un elemento cognitivo, y tampoco lo serán si es que reconocemos su rol y nos enfocamos en integrarlo de manera informada a la doctrina jurídica, reconociendo sus beneficios pero también sus riesgos y límites.

La disciplina de Derecho y Emociones no disrumpe los principios de un Estado de Derecho, sino que los corrige. Si la emoción es una “interacción con el mundo”²⁰⁹ y tiene un aspecto cognitivo, entonces es parte del razonamiento de todo ser humano. Las emociones, si se entienden de esta forma, deben considerarse como un elemento constitutivo del proceso de decisión del juez. Éstas lo pueden afectar en todo el proceso:

²⁰⁹ SOLOMON, R. 1993. The passions: emotions and the meaning of life. Citado en: WHITE, E. K. 2014. Till human voices wake us. *Journal of Law, Religion and State*. 3: 201-239, p. 203. Traducción libre de: “engagement with the world”.

en su primer acercamiento al caso, en su visión de las partes, en la observación y valoración de la prueba, y en la forma de sopesar las distintas normas y principios que entran en juego. Sin embargo, esto no tiene por qué ser una amenaza al Estado de Derecho. De hecho, parte de las pasiones que guían a un juez pueden ser justamente el respeto a ese Estado de Derecho. Las emociones, así, son un factor más que confluye con principios que el juez no puede dejar de lado, como la igualdad ante la ley y el debido proceso. Además, las exigencias de fundamentación de las decisiones judiciales limitan, aunque sea formalmente, el efecto que tienen las emociones en la toma de decisión del juez. Al final del día, el juez tiene que argumentar su decisión y comunicarla, y no puede sino hacerlo sobre la base del marco legal vigente.

La objetividad es uno de los ideales de justicia más importantes de los sistemas jurídicos modernos, cuya pretensión es traspasar las preferencias y prejuicios personales, para tomar la decisión desde una perspectiva imparcial. Sin embargo, si es que se dejan de lado dichas preferencias y prejuicios, se niega su influencia inevitable en la perspectiva de quien toma la decisión. El juez debe tratar de entender la perspectiva de cada una de las partes del proceso, pero solo lo puede hacer desde su propio lente, influenciado por sus valores y emociones. Así, cuando se proclama que la visión del juez es objetiva e imparcial, se desconocen sus límites naturales y se pierde la posibilidad de entender a cabalidad la experiencia del otro.²¹⁰

Si es que consideramos que el Estado de Derecho es el producto de una ideología que defiende los principios enunciados anteriormente, entonces la disciplina puede ser una invitación a renovar y actualizar esa ideología. Las instituciones legales se basan en supuestos sobre emociones y conducta humana, por lo que, al reconocer la influencia de

²¹⁰ MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 52.

las emociones, se hace necesario revisarlas. La disciplina de Derecho y Emociones propone repensar y reformular las concepciones tradicionales de la doctrina para afirmar que, cuando un juez decide un caso, también se ve guiado por sus emociones. No siempre va a ser posible que las instituciones se adecúen a lo propuesto o hallado por la disciplina, pero se debe tomar la decisión sopesando el conocimiento que la disciplina aporta.²¹¹

A modo de conclusión, independiente del valor que le otorguemos a las emociones en general y en el proceso de razonamiento y toma de decisión del juez en particular, el aporte fundamental de la disciplina es que invita a cuestionar el rol tradicional que ha tenido el juez, como actor legal, en nuestra cultura jurídica. En palabras de Martha Minow y Elizabeth Spelman:

Una vez que abrimos la imagen del juez para incluir las diversas piezas de la persona humana que han sido desterradas en el pasado de la imagen judicial, una vez que observamos las pasiones, dudas, esperanzas y miedos de las personas reales que llevan las togas y luego se las quitan, no podemos seguir asignando a otros tipos de personas esas pasiones, dudas, esperanzas y miedos. La pasión deja de ser un atributo de las “mujeres”, o las “minorías” (o las “mujeres minorías”), sino que es una característica de todos los humanos, incluidos aquellos que juzgan. Y cuando observamos la compleja humanidad del juez, podemos ser ayudados en apreciar lo que hace el juez en relación con otras personas. Tal como nos recuerda el juez Brennan, a través de sus palabras y de su ejemplo, requerirá toda nuestra razón, y toda nuestra pasión, para crear una adjudicación humana, y para crear jueces humanos.²¹²

La disciplina de Derecho y Emociones nos otorga la oportunidad de replantearnos la actividad judicial, observarla y desmenuzarla, para así construir una teoría más

²¹¹ BANDES, S. A. 2009. Victims, “closure”, and the sociology of emotion. *Law and contemporary problems* 72: 26.

²¹² MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 76. Traducción libre de: “Once we open the image of the judge to include the many parts of the human person that have been banished in the past from the judicial image, once we look at the passions, doubts, hopes, and fears of the real people who wear the robes and then take them off, then we can no longer assign to some other kinds of people those passions, doubts, hopes, and fears. Passion is no longer an attribute of “women” or “minorities” (or “minority women”) but a feature of all humans, including those who judge. And once we look to the judge’s complex humanity, we may be helped to assess what the judge does in relation to other people. As Justice Brennan reminds us, through his words and through his example, it will take all of our reason, and all of our passion, to make judging human, and to make human judges.”

completa y acorde a la realidad y a los fines que queremos que persiga. Nos permite reconsiderar las instituciones y prácticas jurídicas existentes, para así observar las armonías y tensiones que se producen entre ellas y nuestros valores y emociones. En definitiva, nos entrega la posibilidad de humanizar el proceso judicial y el derecho en general, para que vayan progresando en beneficio de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABRAMS, K. R. 2010. The progress of passion. *Michigan Law Review*. 100(6): 1602-1620.
2. ABRAMS, K. R. y KEREN, H. 2010. Who's afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*. 94: 1997-2074.
3. ALEXY, R. 2009. The Reasonableness of law. En: BONGIOVANNI, G., STARTOR, G. y VALENTINI, C. (Eds.). *Reasonableness and law*. Londres, Springer. pp. 5-15.
4. ALEXY, R. 2021. Legal argumentation as rational discourse. En: *Law's ideal dimension*. Oxford, Oxford University Press. pp. 288-298.
5. ARÁNGUEZ, T. 2017. ¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica? *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2017(40): 337-354.
6. ARISTÓTELES. *Política*. Madrid, Editorial Gredos.
7. BANDES, S. A. 1996. Empathy, Narrative and Victim Impact Statements. *University of Chicago Law Review*. 63(2): 361-412.
8. BANDES, S. A. (Ed.). 1999. *The passions of law*. Nueva York, New York University Press.
9. BANDES, S. A. 2009. Empathetic judging and the rule of law. *Cardozo Law Review De Novo*. 133-148.
10. BANDES, S. A. 2009. Victims, "closure", and the sociology of emotion. *Law and contemporary problems*. 72: 1-26.
11. BANDES, S. A. 2017. Compassion and the Rule of Law. *International Journal of Law in Context*. 13(2): 184-194.

12. BANDES, S. A. 2021. Feeling and thinking like a lawyer. *Fordham Law Review*. 89: 2427-2446.
13. BANDES, S. A. y BLUMENTHAL, J. A. 2012. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*. 8: 161-181.
14. BEAUVOIR, S. de. 2015. *El segundo sexo*. 10ª ed. Buenos Aires, Debolsillo.
15. BLUMENTHAL, J.A. 2008. Abortion, persuasion, and emotion: implications of social science research on emotions reading Casey. *Washington Law Review*. 83(1): 1-38.
16. BLUMENTHAL, J. A. 2010. A moody view of the law: looking back and looking ahead at law and the emotions. En: BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. (Eds.). *Emotion and the law. Psychological perspectives*. Nueva York, Springer. pp. 185-210.
17. BORNSTEIN, B. H. y WIENER, R. L. 2010. Emotion and the law: a field whose time has come. En: *Emotion and The Law. Psychological Perspectives*. Nueva York, Springer. pp. 1-12.
18. BRENNAN, W. J. 1988. Reason, passion, and “the progress of the law”. *Cardozo Law Review*. 10(1-2): 3-23.
19. CALHOUN, C. 1999. Making up emotional people: the case of romantic love. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 217-240.
20. CARDOZO, B. 1921. *The nature of the judicial process*. New Haven, Yale University Press.
21. COTTERRELL, R. 1995. Legal theory and the image of legality. En: *Law’s Community*. Oxford, Oxford University Press. pp. 274-295.

22. DIEZ SCHWERTER, J. L. 2012. El daño extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
23. EPSTEIN, D. Z. 2014. Rationality, legitimacy, & the law. *Washington University Jurisprudence Review*. 7(1): 1-38.
24. FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*. 92(2): 353-409.
25. GALANTER, M. 1966. The modernization of law. En: WEINER M. *Modernization: The dynamics of growth*. Nueva York, Basic Books. pp. 153-165.
26. GILLIGAN, C. 1977. In a different voice: women's conceptions of self and of morality. *Harvard Educational Review*. 47(4): 481-517.
27. GODOY, O. 1996. Antología Política de Montesquieu. *Estudios Públicos*. 62: 337-406.
28. HUNTINGTON, C. 2008. Repairing family law. *Duke Law Journal*. 57(5): 1246-1319.
29. JOLLS, C., SUNSTEIN, C., y THALER, R. 1998. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*. 50: 1471-1550.
30. KAHAN, D. M. y NUSSBAUM, M. C. 1996. Two conceptions of emotion in criminal law. *Columbia Law Review*. 96(2): 269-374.
31. KAHAN, D. M. 1998. The anatomy of disgust in criminal law. *Michigan Law Review*. 96: 1621-1657.
32. KAHAN, D. M. 2008. Two conceptions of emotion in risk regulation. *University of Pennsylvania Law Review*. 156: 741-766.
33. KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A. 1979. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*. 47(2): 263-291.

34. KAHNEMAN, D. 2013. Thinking, fast and slow. Nueva York, Farrar, Straus and Giroux.
35. KEREN, H. 2010. Considering affective consideration. Golden Gate University Law Review. 40(2): 165-234.
36. LLOYD, G. 1979. The man of reason. Metaphilosophy. 10(1): 18-37.
37. LLOYD, G. 1983. Reason, gender, and morality in the history of philosophy. Social Research. 50(3): 490-513.
38. MALDONADO, S. 2008. Cultivating forgiveness: reducing hostility and conflict after divorce. Wake Forest Law Review. 43: 441-504.
39. MARONEY, T. A. 2006. Law and emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. Law Human Behaviour. 30(12): 119-142.
40. MILLER, W. I. 1997. The Anatomy of Disgust. Cambridge, Harvard University Press.
41. MINOW, M. y SPELMAN, E. 1988. Passion for justice. Cardozo Law Review. 10(1-2): 37-76.
42. MORAN, R. F. 2001. Law and emotion, love and hate. Journal of Contemporary Legal Issues. 11(2): 747-784.
43. NUSSBAUM, M.C. 1990. Love's knowledge. Nueva York, Oxford University Press.
44. NUSSBAUM, M. C. 1997. Justicia Poética. Santiago, Editorial Andrés Bello.
45. NUSSBAUM, M.C. 1999. "Secret sewers of vice": disgust, bodies, and the law. En: BANDES, S. A. (Ed.). The passions of law. Nueva York, New York University Press, pp. 17-62.
46. NUSSBAUM, M. C. 2008. Paisajes del pensamiento. Barcelona, Paidós.

47. PATRICK, C. J. 2015. A new synthesis for law and emotions: insights from behavioral sciences. *Arizona State Law Journal*. 47: 1239-1287.
48. PILLSBURY, S. 1999. Harlan, Holmes, and the Passions of Justice. En: BANDES, S. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 330-362.
49. POSNER, R. (1999). Emotion versus emotionalism. En: BANDES, S. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 309-329.
50. POSNER, R. 2006. *The role of the judge in the twenty-first century*. Boston University Law Review. 86: 1049-1068.
51. POSNER, R. C. 2009. *Law and Literature*. 3^a ed. Cambridge, Harvard University Press.
52. RACHLINSKI, J. J. 2011. The psychological foundations of behavioral law and economics. *University of Illinois Law Review*. 2011(5): 1675-1696.
53. SANGER, C. 2001. The role and reality of emotions in law. *William & Mary Journal of Women and the Law*. 8(1): 107-113.
54. SANGER, C. 2009. Decisional dignity: teenage abortion, bypass hearings, and the misuse of law. *Columbia Journal of Gender & Law*. 18(2): 409-499.
55. SARAT, A. 1999. Remorse, responsibility, and criminal punishment: an analysis of popular culture. En: BANDES, S. A. (Ed.). *The passions of law*. Nueva York, New York University Press. pp. 168-190.
56. SHAW, J. J. y SHAW, H. J. 2014. From fact to feeling: An explication of the mimetic relation between law and emotion. *Liverpool Law Review*. 35(1): 43-64.
57. SHKLAR, J. 1964. *Legalism*. Cambridge, Harvard University Press.
58. SOLOMON, R. C. 1977. The logic of emotion. *Noûs*. 11(1): 41-49.

59. SOLOMON, R. C. 1999. Justice v. vengeance: on law and the satisfaction of emotion. En: BANDES, S. A. (Ed.). The passions of law. Nueva York, New York University Press. pp. 121-148.
60. SOLOMON, R. C. 2003. Not passion's slave: emotions as choice. Nueva York, Oxford Academic.
61. WALDRON, J. 2008. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*. 43(1): 1-61.
62. WALDRON, J. 2010. Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House. Oxford, Oxford University Press.
63. WALDRON, J. 2011. Thoughtfulness and the rule of law. *British Academy Review*. 2011(18): 1-11.
64. WHITE, E. K. 2014. Till human voices wake us. *Journal of Law, Religion and State*. 3: 201-239.
65. WRIGHT, J. D. y GINSBURG, D. H. 2012. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*. 106(3): 1033-1090.