

EL DEBER DE RESOLVER EN LA JUSTICIA
BAJO UNA PERSPECTIVA REALISTA Y EMPÁTICA
The duty to resolve in court from a realistic and empathetic perspective

ERICA BAUM¹
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen

Este trabajo se inscribe bajo una concepción realista del derecho, según la cual el mismo está sometido a una resistencia social, producto de la lucha por las injusticias, y, en particular, del realismo jurídico escandinavo, que considera que al momento de resolver en la justicia influyen factores empíricos y emocionales, en contraposición a una tradición jurídica para la cual el derecho es concebido como un sistema cerrado de normas que configuran una representación lógica, gramática y retórica de la sociedad. Analizaré el deber de resolver los asuntos sometidos a la justicia, establecido por el Artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante CCCN, con el propósito de explorar mi hipótesis, consistente en que la función jurisdiccional no debería dejar de considerar las emociones de los seres humanos que litigan y que una ausencia de empatía, en tal sentido, afectaría la razonabilidad de las decisiones judiciales.

Palabras clave

Empatía, Emociones, Decisión judicial, Razonabilidad, Realismo jurídico escandinavo.

Abstract

This work is part of a realistic conception of law according to which it is subjected to social resistance, the product of the fight for injustices, and, in particular, of Scandinavian legal realism that considers that empirical and emotional factors influence during resolutions in court, as opposed to a legal tradition in which law is conceived as a closed system of norms that configures a logical, grammatical and rhetorical representation of society. This article analyzes the duty to resolve matters submitted to justice, established by Article 3 of the Civil and Commercial Code of Argentina, hereinafter CCCN, with the purpose of exploring my hypothesis that the jurisdictional function should not neglect the suffering of the human beings who litigate to guarantee their rights and that an absence of empathy, in this sense, would affect the reasonableness of the legal decisions.

Keywords

Empathy, Emotions, Judicial Decision, Reasonableness, Duty to Resolve, Legal Realism in Scandinavia.

¹ Erica Baum, abogada (1997) y Magíster en Derechos Humanos (2011) por la Universidad Nacional de La Plata. Mediadora y Árbitro titular del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de La Plata. Correo electrónico: profesora.ericabaum@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8540-130X>



1. Introducción

Para llevar a cabo este trabajo, comenzaré por presentar algunos enfoques científicos que debaten sobre el concepto de empatía que me permitirán examinar cuál es el papel de las emociones en la toma de decisiones judiciales.

Desde una perspectiva cognitivo-evaluativa de las emociones, junto con la filósofa norteamericana Martha Nussbaum (Nussbaum, 1994; 1995; 2001; 2004; 2005), sostendré que las mismas tienen un objeto de conocimiento al que se dirigen, es decir: son intencionadas, contienen una percepción sobre uno mismo y sobre una visión del mundo, así como creencias sobre las que hacemos juicios de valor y una dimensión representacional, basada en la imaginación, que nos permite empatizar con las emociones de otros seres humanos.

Como intentaré demostrar que la falta de empatía en las resoluciones judiciales respecto de las emociones de quienes litigan podría afectar el criterio de razonabilidad de dichas decisiones², analizaré cuáles son las características del deber de resolver en la justicia pública³, en tanto constituye una función inherente al rol de quienes han asumido la responsabilidad de resolver los conflictos.

Para darle un marco jurídico adecuado al enfoque de mi hipótesis de trabajo, decidí situarlo bajo una perspectiva realista del derecho, específicamente del realismo jurídico escandinavo, cuya tradición hunde raíces en las investigaciones del filósofo sueco Axel Hägerström. Es por ello, entonces, que analizaré cómo juegan las emociones humanas en el marco de una visión del derecho y de la justicia pública comprensiva de la dimensión moral del ser humano que da cuenta de sus emociones, principios y valores.

2. ¿Qué entendemos por empatía?

Muchas son las ideas que resuenan en torno al término empatía, sin embargo, desde un punto de vista científico hay estudios sólidos desde la filosofía moral, la psicología cognitiva y la neurobiología, que han contribuido a la construcción conceptual del mismo. Me ocuparé a continuación de esos enfoques, para luego guiar la lectura hacia el análisis sobre la inclusión de una perspectiva empática en los considerandos de las sentencias judiciales.

En *La teoría de los sentimientos morales*, publicada en Edimburgo en 1759, el filósofo y economista escocés Adam Smith (1723-1790), bajo una perspectiva basada en la Poética aristotélica⁴, sostuvo que es por medio de la imaginación que podemos representarnos mentalmente los tormentos de otra persona y formarnos una idea sobre las sensaciones que tendríamos nosotros si nos halláramos en su misma situación:

No son sólo las circunstancias que crean dolor o aflicción las que nos hacen compartir los sentimientos con los demás. Cualquiera sea la pasión que un objeto promueve en la persona

² En tal sentido, no es objeto de este trabajo analizar la subjetividad de quienes juzgan por medio de la justicia como institución pública; es decir, no intento alinearme a una teoría de las virtudes del juez, de la jueza, sino más bien a lo que reflejan las resoluciones judiciales como producto de la actividad intelectual correspondiente al deber de resolver. Para un enfoque basado en las virtudes judiciales en relación con la empatía, léase, por ejemplo, el trabajo de Luciana Samamé, "Virtudes Judiciales y Empatía".

³ Demarco justicia pública de justicia privada o arbitraje. Ambos son mecanismos de resolución de conflictos heterocompositivos en los que una tercera persona, imparcial y neutral, decide cuál es la solución del litigio, bajo un paradigma de decisión: ganador-perdedor, en el que una de las partes obtiene todo lo que la otra pierde, bajo una dinámica binaria que no da lugar a matices como en los mecanismos de resolución de conflictos de tipo auto-compositivos como la conciliación, la mediación y la negociación privada. Para un examen exhaustivo sobre las diversas formas jurídicas de obtener justicia, léase el brillante trabajo de Owen Fiss, "The forms of justice".

⁴ Véase la estructura de la tragedia en *Poética*, de Aristóteles.

en cuestión, ante la concepción de la situación brota una emoción análoga en el pecho de todo espectador atento... En toda pasión que el alma humana es susceptible de abrigar, las emociones del espectador siempre se corresponden con lo que, al colocarse en su mismo lugar, imagina que son los sentimientos que experimenta el protagonista (Smith, 1759, p. 51).

Adam Smith reconoce que la empatía tiene un aspecto cognitivo, es decir un objeto de conocimiento que la incita consistente en las emociones que experimenta en primera persona “el protagonista” y que se basa en la creencia de que, ante la misma situación de la otra persona, nosotros, como “espectadores”, compartiríamos sus mismas emociones: gratitud, odio, vergüenza, enojo, alegría, etcétera. Smith sitúa la empatía en el lugar de la persona espectadora, quien no necesariamente tiene que ser un espectador de los hechos como en una obra de teatro sino que, en la mayoría de los casos, es alguien que se representa mentalmente la situación de quien es protagonista como en una novela.

En igual sentido, en *Justicia poética*, la filósofa contemporánea norteamericana Martha Nussbaum analiza la posición del espectador empático de las emociones de otras personas a quien denomina “espectador juicioso”, puesto que le atribuye notas de neutralidad e imparcialidad:

[...] su neutralidad no requiere de una altiva distancia respecto de las realidades sociales que implican las causas que atiende; debe indagar esas realidades con su imaginación y con las respuestas emocionales propias del espectador juicioso [...] El espectador juicioso debe trascender la empatía, evaluando desde su punto de vista el sentido de esos sufrimientos y sus implicaciones para las vidas afectadas (Nussbaum, 1995, pp. 123 y127).

De tal modo, bajo una perspectiva cognitiva aristotélica, la experiencia empática permite evaluar las emociones de otras personas y obtener una comprensión más profunda sobre la complejidad de su realidad⁵.

Desde la psicología, hay consenso en sostener que la empatía es un mecanismo psicológico, consciente o semiinconsciente, caracterizado como el sentimiento de una emoción *con* alguien —no *por* alguien—, que permite distinguir dos estadios: uno cognitivo —complejo porque incluye percepciones, creencias y valores— y otro afectivo (Snow, 2000)⁶. Cognitivamente creemos que otra persona está experimentando una emoción y afectivamente pareciera que tenemos que predisponernos a cuidar o a interesarnos por su situación, afirma Snow. La autora cuestiona el aspecto cognitivo de la empatía, dando como ejemplo las formas pre-empáticas que experimentan los niños o las personas con retardo madurativo que, si bien no pueden evaluar las emociones de otra persona en forma compleja, como sí una persona adulta y madura, pueden empatizar por medio del contagio emocional y la sincronía afectiva. Es por ello que Snow sostiene que no siempre la empatía implica un proceso consciente de deliberación en sentido aristotélico consistente en actuar correctamente, en el momento correcto, de la manera adecuada y por la razón apropiada⁷.

Desde la neurobiología se postula que la empatía se activa en la corteza cerebral cuando, al observar las emociones de otra persona, se producen representaciones mentales compartidas. En tal sentido, la empatía es una respuesta automática y somática que promueve

⁵ Sobre la relación entre emoción creencia y emoción valor en el derecho, léase el capítulo 1 de *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* de Martha Nussbaum (2006).

⁶ Sobre las diferencias entre empatía y compasión, léase Baum, Erica (2017), “Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos”.

⁷ Para un estudio sobre la teoría de la deliberación aristotélica, léase *Ética Nicomaquea*, LIII, III.

el comportamiento social (Singer, 2006). Contra esta posición hay autores que cuestionan el criterio de observación, puesto que podemos no observar una situación emocional y aun así empatizar con ella. Arguyen que la empatía implica diferentes factores subjetivos que tornan imposible que sea una respuesta automática, dado que sino empatizaríamos con psicópatas o criminales (Vignemont, 2006). Es por ello que, para este autor, la empatía es un fenómeno moral que se produce al experimentar en forma consciente la perspectiva de la persona que sufre.

3. ¿Cuáles son las características del deber de resolver en la justicia?

En un artículo publicado en 1966, el jurista argentino Eugenio Bulygin señalaba:

Por “sentencia” entendemos aquí un fallo judicial que pone fin a una controversia que puede versar sobre un conflicto de intereses (en el proceso civil) o sobre la procedencia de una sanción (en el penal). En virtud de un principio expresamente consagrado en las legislaciones modernas, las resoluciones (decisiones) judiciales *deben ser fundadas*. El juez tiene el deber de dar razón de su decisión; la resolución debe ser justificada expresamente. [...] Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. [...] Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal (Bulygin, 1991).

Luego de definir qué es una “sentencia judicial” y en qué consiste el deber de resolver en la justicia, el autor aclara que quienes juzgan no deciden los casos mediante un proceso lógico deductivo sino por medio de un proceso psicológico pero que la cuestión de la fundamentación es un asunto lógico.

Ahora bien, ¿en qué consiste la lógica de la fundamentación judicial? Desde un punto de vista lógico, las resoluciones judiciales deben formularse por medio de una premisa mayor —consistente en usos, prácticas y costumbres que no sean contrarias al derecho, así como en normas, principios o valores jurídicos—, por medio de una o varias premisas menores —enunciados empíricos— y por la conclusión o fallo. La relación entre la premisa mayor y el enunciado consecuente es deductiva. Esta es la estructura del silogismo jurídico.

Es decir que el razonamiento judicial debe mostrar por medio de los enunciados jurídicos y empíricos que componen los considerandos de la resolución judicial que hubo un proceso de deliberación que llevó a tomar la decisión correcta para el caso planteado por las partes litigantes.

Justificar las resoluciones judiciales, entonces, es una característica inherente a la función jurisdiccional que la distingue de la función legislativa y que no se reduce a enunciar una norma genérica, sino a desarrollar los argumentos que justifican su elección para el juicio o fallo consecuente. En tal sentido, una sentencia judicial carente de justificación es, en términos de Bulygin *el paradigma de la sentencia arbitraria* (1991, p. 357).

Bulygin reconoce que el elemento lógico de las sentencias judiciales —justificar— es necesario pero insuficiente puesto que, además, la decisión estará motivada por los aspectos psicológicos del juez o jueza respecto de la manera en que hallarán la solución para la controversia. El autor aclara que no son su objeto de estudio ni los motivos que llevan a quien juzga a tomar una determinada decisión ni la cuestión de la prioridad temporal, esto es, de indagar si primero tomó la decisión y luego buscó el modo de justificarla.

Lo que sí queda claro es que el deber de resolver implica una actividad extra-lógica, que dialoga con la lógica de la fundamentación, que efectivamente ha sido objeto de estudio por el realismo jurídico.

Según la concepción del derecho que asumamos, quienes abogamos, podremos esgrimir unos u otros argumentos en defensa de los derechos de nuestros clientes con el objeto de persuadir a la otra parte, a la persona encargada de juzgar y a los organismos superiores de que nuestro reclamo es justo⁸. Ya lo expresaba así Aristóteles, en su *Retórica*:

[...] los que juzgan sólo son persuadidos o bien porque han experimentado alguna emoción, o bien porque les da la impresión que quienes hablan tienen determinadas cualidades o bien porque se les ha demostrado el aserto (Aristóteles, 1998, p. 237).

Pero, desde el punto de vista de quien tiene la función de resolver en la justicia, posiblemente, la razonabilidad de sus decisiones estará determinada por la visión que tenga sobre el derecho. Es decir, variará según considere al derecho como un orden supra-jurídico de reglas y principios universales emanados de la razón humana cuyo respeto es fundamental para que el derecho sea válido; como un conjunto cerrado de normas que regulan el comportamiento humano; como una experiencia social en constante ajuste y transformación o como una estructura de poder subsumida a los poderes económico y político en ese orden⁹.

Es por ello que quienes resuelven conflictos judiciales deben brindar a las personas litigantes y a la sociedad en general —y en virtud del carácter público de las sentencias judiciales—, las razones que justificaron su decisión. Como nos recuerda Nino, en *Introducción al derecho*, “los jueces, no pueden eludir justificar, frente a sí mismos y ante los demás, sus decisiones sobre la base de razones morales” (Nino, 1973, p. 6). Lo que indica Nino es que justificar las sentencias judiciales no es una opción, sino un deber ineludible que no puede excusarse en razones morales. Y añade:

Generalmente habrá razones morales fuertes que indican aplicar las normas de un sistema jurídico vigente; pero habrá casos excepcionales en que esas razones se vean contrapesadas por razones morales que presionan en diferente dirección. Esta situación ineludible de los jueces hace que ellos tiendan, más que otra gente, a ver el derecho como una prolongación de concepciones morales que consideran válidas, y a las normas jurídicas como aquellas normas que están moralmente justificados en reconocer y aplicar (1973, p. 6).

Por consiguiente, quienes deben decidir en el poder judicial no deberían dejar de resolver un caso si la tensión moral del conflicto entrase en contradicción con su moral subjetiva. Según Nino, entonces, para quienes cumplen un rol jurisdiccional el derecho es una justificación normativa de la moralidad social.

⁸ Según Aristóteles, la retórica es una parte de la dialéctica y semejante a ella. La retórica es la facultad de encontrar los argumentos que puedan ser convincentes y propios de cada asunto, su objeto no es persuadir sino demostrar; y, la dialéctica es la capacidad de razonar sobre conflictos que parecen admitir, al menos, dos posibilidades. Véase Aristóteles, *Retórica*, Libro I, capítulos I y II, 45-63.

⁹ Las concepciones del derecho explicitadas se corresponden, por orden de enunciación, con el jus naturalismo, el jus positivismo, el realismo jurídico y el marxismo. Para un estudio profundo de las concepciones del derecho, sugiero leer el texto de Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (2001).

Pero la práctica judicial en torno a la elaboración de sentencias judiciales no es simple u homogénea, ni el deber de fundarlas razonablemente resulta evidente. Tanto es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha calificado de arbitrarias a aquellas sentencias que, si bien están suscriptas por el órgano decisor, carecen de validez como actos judiciales y deben ser dejadas sin efecto por omitir considerar y decidir cuestiones oportunamente propuestas por las partes y conducentes para la solución del litigio.

Timothy Endicott define a la arbitrariedad como la “resistencia o ausencia de razón”, en general, y, respecto de las normas —incluidas las sentencias judiciales¹⁰—, como la falta de razonabilidad justificada en función del propósito para el cual se aplica dicha norma específica (Endicott, 2011, pp. 20-24).

Entendiendo, entonces, que una norma es una razón para una acción al igual que una sentencia judicial es un conjunto de razones para llevar a cabo una acción punitiva, reparadora o indemnizatoria impuesta por una autoridad judicial, la privación de razones en las resoluciones judiciales podría constituir una arbitrariedad que podría arraigar en un capricho o en un acto de corrupción.

A fin de evitar la comisión de arbitrariedad en las sentencias judiciales, la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina incorporó el artículo 3°. Esta cláusula obliga a los jueces a resolver aquellas decisiones que fueron sometidas a su jurisdicción ordenándoles fundamentar su decisión bajo un criterio de razonabilidad. El texto normativo bajo análisis, dice: Artículo 3°.- Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (Códigos, 2014).

Como se expresó en los fundamentos del anteproyecto¹¹, la obligación de fundar se aplica extensivamente a todas las autoridades que deben decidir sobre un caso sometido a la función jurisdiccional bajo un criterio de razonabilidad compatible con la doctrina de la arbitrariedad.

Es decir que la reforma al CCCN transformó el deber ético de resolver en un deber legal, que comprende al ético, obviamente; pero, en función de su estatus jurídico normativo, su omisión obligaría al estado argentino en virtud del compromiso que asumió frente a la comunidad internacional al suscribir, adoptar e incorporar a la Constitución Nacional los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y al someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Efectivamente, el deber de resolver es una de las garantías específicas del proceso judicial que se basa en el derecho de los seres humanos a ser oídos dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente, imparcial y establecido legalmente con anterioridad al hecho, objeto del litigio, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos¹².

La pregunta que surge entonces es: ¿era necesario que el CCCN fijase un deber legal de resolver? Afirmaba Oliver Wendell Holmes Jr., antecesor del realismo jurídico norteamericano, que uno de los efectos más perniciosos de la confusión entre ideas morales y jurídicas es la teoría que considera al deber legal como algo que existe con independencia de las consecuencias de su

¹⁰ Sobre el vínculo entre sentencia judicial y norma léase Bulygin, Eugenio (abril de 2003) “Los jueces, ¿crean derecho?”.

¹¹ Anteproyecto ubicado en fecha 19/03/2016, en: http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERPCIAL_DE_LA_NACION.pdf

¹² Artículos: 8, 9 y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXVI, Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre; 8.1 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6, Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial; 2.c, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer; 7 Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; y, 12, 37.d, 40.b Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes.

incumplimiento. Como dice Holmes, usando una parábola, postular eso es como situar el carro por delante del caballo (Holmes, 1897) ya que un deber legal sin consecuencias jurídicas no es nada sino una predicción¹³.

Por consiguiente, aparece como evidente la no necesidad de regular legalmente el deber de resolver. Pero, llegado el caso en que se lo incluya en el texto jurídico normativo, como sucede con el Artículo 3º del CCCN, sería prudente que se regulasen también las consecuencias jurídicas que acarrearía el incumplimiento de dicha imposición legal.

En lo que sigue, abordaré el nexo entre el deber de fundar las sentencias judiciales y el realismo jurídico con la intención de avanzar en mi análisis sobre la posibilidad de incorporar en los considerandos de las mismas una perspectiva empática respecto de las emociones de quienes litigan para fortalecer el criterio de razonabilidad.

4. ¿Cuál es la influencia del realismo jurídico sobre el deber de resolver en la justicia?

Hay consenso en afirmar que el realismo jurídico —tanto en Europa como en Estados Unidos— surgió como contraposición al formalismo jurídico, el cual concebía al derecho como un sistema cerrado de normas abstractas que representaban una idea de orden social que justificaba la toma de decisiones judiciales. Para el realismo jurídico, sin embargo, el valor de las decisiones judiciales es eminentemente empírico y basado en el sentido de lo que es justo (Leiter, 2015).

Mauro Barberis realiza una breve síntesis sobre las tres tesis principales del realismo jurídico: la de la separación empírica entre moral y derecho¹⁴, la del emotivismo y la del escepticismo interpretativo¹⁵. Afirma Barberis que, mientras no todos realistas suscriben la tesis de la separación y del emotivismo, sí coinciden respecto del escepticismo interpretativo (Barberis, 2015, p. 235). La tesis del escepticismo interpretativo ha sido la que mayor desarrollo tuvo ya que cuestiona al derecho y a la razonabilidad jurídica como únicas razones para justificar y explicar cómo las cortes judiciales decidirán los casos (Leiter, 2015, p. 243). Analizaré a continuación cómo se fueron manifestando algunos de los principales exponentes del realismo jurídico europeo con relación a dichas tesis y cuál es su valor para las decisiones judiciales.

Dos escuelas europeas estudiaron al derecho en forma interdisciplinaria y bajo una perspectiva realista. Para ambas el derecho cumplía un rol central en las decisiones judiciales: la escuela histórica de la jurisprudencia iniciada por el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y la escuela sociológica de la jurisprudencia representada por el jurista alemán Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892) y por el jurista austríaco Eugen Ehrlich (1862-1922). Expresaba Savigny que la interpretación de las leyes tenía tres niveles: uno lógico, consistente en presentar el pensamiento contenido en la ley; otro gramatical, cuya tarea era analizar los términos proposicionales de la ley y sus relaciones entre sí; y otro histórico, mediante el cual se reconstruye el contenido producido por el legislador, puesto que las normas dan cuenta de las condiciones históricas de un pueblo determinado en una época y espacio concretos. Según Savigny, interpretar

¹³ Para Holmes quienes usualmente litigan hacen un cálculo de predicción sistemática basado en el dogma de la ley, que a su modo de ver es el oráculo de las profecías jurídicas. Bajo esa perspectiva la ley es un negocio con sus propios límites y dogmas delineados, especialmente en materia contractual, lo que hace que la senda del derecho sea “estrecha”. Afirmaba Holmes que la ley, en tanto cuerpo de leyes, es testigo y depósito externo de nuestra vida moral, el dogma que impide razonar sobre el comportamiento y que solo sirve para hacer un cálculo material de las consecuencias. Según Holmes el dogma, por medio del lenguaje de términos jurídicos, genera constantes falacias; es decir, crea una ficción y escapa a la realidad. Para aclarar la confusión entre ideas morales y jurídicas Holmes se cuestiona: ¿qué es lo que constituye la ley? Y sostiene que es conjunto de principios de ética que se hacen visibles en las decisiones judiciales.

¹⁴ No de separabilidad según la cual derecho y moral están empíricamente conectados pero conceptualmente separados.

¹⁵ Que sostiene que las normas admiten distintos significados que las tornan difíciles de aplicar en los casos concretos, idea retomada por el jurista norteamericano Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) para hablar de “casos difíciles”.

es restablecer la autenticidad un texto “corrompido” en relación con su origen histórico (Savigny, 1951). Y la elaboración de la jurisprudencia histórica requiere de dos instancias: una de vinculación —es decir, de indagación de las fuentes— y otra de separación de las fuentes históricas.

En síntesis, para la escuela histórica de la jurisprudencia ajustarse a derecho es restablecer las cosas según el contexto histórico en que las normas se crearon. El rol de quienes deciden en la justicia es eminentemente hermenéutico —tal como la semiótica lo es respecto del lenguaje— y la pregunta que guía la actividad judicial podría reducirse a: ¿qué habrá querido decir el legislador?

Para la escuela sociológica de la jurisprudencia, el derecho es una experiencia producida por la resistencia a las injusticias de la vida. Según Ihering, la fuerza del derecho radica en los sentimientos morales que el ser humano experimenta cuando sufre una injusticia:

Los que no han tenido la ocasión de medir experimentalmente este dolor, no saben lo que es el derecho, por más que tengan en su cabeza todo el Corpus Iuris; porque no es la razón sino el sentimiento quien puede resolver ésta cuestión; el lenguaje, además, ha determinado bien el origen primitivo y psicológico de todo derecho, llamándolo sentimiento legal. Conciencia del derecho, persuasión legal, son otras tantas abstracciones de la ciencia que el pueblo no comprende. La fuerza del derecho descansa, como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera (Ihering, 1877, p. 88).

El autor dedica su breve pero precisa obra a sostener que la fuerza del derecho reside en el sentimiento, es decir en la moral individual, puesto que para el jurista el derecho está sometido, ni más ni menos, que a la experiencia humana del sentimiento de injusticia. El derecho deja de ser una idea lógica para ser una práctica, de fuerza, una tensión entre lo justo y lo injusto, entre lo correcto y lo incorrecto, entre el equilibrio y la violencia. En resumidas cuentas, para Ihering el objetivo del derecho es lograr la paz y el medio para obtenerla es luchando contra las injusticias sociales:

Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria; es decir un ataque contra la idea del derecho... Esta perspectiva realista es la que hace que el derecho sea algo concreto y realizable; es decir, es la razón por la cual hoy hablamos de ejercer el derecho: a la libertad de expresión, al voto, al acceso a una vivienda, a la libertad de culto, a la salud, a recibir igual remuneración por igual trabajo, etcétera [...] La irritabilidad y la acción, es decir, la facultad de sentir el dolor causado por una lesión en nuestro derecho, y el valor, junto con la resolución de rechazar el ataque, son el doble criterio bajo el que se puede reconocer si el sentimiento del derecho está sano (Ihering, 1877, pp. 72 y 89).

Interpreto que, al decir que el sentimiento del derecho está “sano”, Ihering ha querido expresar que está íntegro; en contraposición a la idea de menoscabo o lesión. Lo que me interesa destacar es el doble criterio según el cual, para el autor, el sentimiento del derecho se mantiene incólume: la ira y la acción de resistir las injusticias. En consecuencia, para Ihering sostener una perspectiva realista del derecho impondría a quienes tienen que resolver en la justicia la obligación de ponderar en sus decisiones los sentimientos de indignación, ira e injusticia de quienes litigan, so pena de caer en sentencias arbitrarias.

Desde la escuela sociológica de la jurisprudencia, Eugen Ehrlich afirmaba que el derecho consiste en una actividad judicial consciente o semiinconsciente creadora de decisiones particulares y que es función del juez, cuando las normas jurídicas se lo permiten, ajustar el derecho a las necesidades de su tiempo (Ehrlich, 1903). Para el autor,

la resolución judicial es intrínsecamente una actividad creativa, propia de quienes tienen que juzgar, que añade algo nuevo; esto es, que renueva al derecho vigente:

Aquí no se reclama en modo alguno que toda sentencia conlleve aparejada, a modo de marca de fábrica, alguna disposición legislativa sobre la cual se funde, ya sea de hecho, ya presuntamente; se considera que la tarea del juez no es sino hallar una decisión equitativa, acorde con las circunstancias del caso concreto. El juez, en efecto, está vinculado al derecho legal y al consuetudinario, a la tradición y a los principios expresados en decisiones anteriores, pero todo esto no es considerado como fundamento de la decisión, sino más bien como límite hasta el cual se extiende la libertad del juez. Al respecto, sólo le sirve como pauta el principio de que la decisión ha de hallarse conforme a las reglas del arte jurídico: con otras palabras, dicha decisión no puede echar por tierra, sin más ni más, las reglas que hasta ahora han estado vigentes en general. Así, ciertamente, se impide el paso a innovaciones repentinas y demasiado atrevidas, pero de ningún modo se impide su desarrollo orgánico (Ehrlich, 1903, p. 58).

Lo que Ehrlich propone, a mi criterio, es que el derecho no es cerrado, ni homogéneo, ni su naturaleza implica una creación acabada, sino más bien todo lo contrario. Las autoridades judiciales no siempre encuentran una norma general de referencia para “subsumir” el caso traído a litigio y, aunque los cuerpos de normas provean de claves hermenéuticas para cubrir las lagunas del derecho, deben argumentar sobre los motivos que justifican su resolución. El enfoque de este autor es que el derecho es situacional, es decir, que se ajusta a las circunstancias de cada caso traído a juicio. Sostiene Ehrlich:

[...] si [bien] es cierto que la norma de decisión es la forma del Derecho que más les interesa a los juristas, no es la única y ni siquiera la más importante. El derecho existe también para cumplir fines muy diferentes del de decidir las controversias jurídicas; constituye, en efecto, el fundamento de la organización social [...] (Ehrlich, 1903, p. 64).

Este pasaje resulta interesante a los efectos analizar el deber legal de resolver estipulado en la reforma del CCCN, puesto que dicha norma jurídica obliga a los jueces a fundar sus decisiones pero, como dice Ehrlich, el derecho es mucho más que un corpus normativo es “la estructura ósea del cuerpo social” y, por lo tanto, estimo que los jueces no deberían restringirse, al momento de resolver, a subsumir un caso en una norma determinada sino que deberían buscar otras fuentes de apoyo para sus decisiones, dar las razones de su elección y justificar la relación entre la fuente y la solución aplicada al caso.

A continuación me concentraré en la tesis del emotivismo porque es la que me interesa a los fines de indagar sobre una posible inclusión de una perspectiva empática en las sentencias judiciales. Su principal exponente fue el filósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939), seguido por los juristas suecos Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) y Karl Olivecrona (1897-1980) y el jurista danés Alf Ross (1899-1979) (Bix, 2009; Malminen, 2019).

El punto común de los realistas escandinavos es que todos fueron anti-metafísicos y bregaron por una práctica judicial realista. Sin embargo, ellos disintieron respecto de qué considerar fáctico. Mientras Alf Ross adhirió al positivismo lógico y redujo la jurisprudencia al análisis interpretativo de los conceptos normativos, Hägerström y Olivecrona estudiaron críticamente el correlato de los términos jurídicos con la realidad. Ross y Lundstedt apelaron al conocimiento de normas jurídicas como prescriptoras de las ideologías contenidas en las decisiones judiciales (Bjarup, 1982, pp. 426-428).

Sostenía Hägerström, bajo una perspectiva aristotélica, que los juicios morales son una expresión de las emociones, que las normas morales son hábitos y que los estándares normativos son, simplemente, distintos puntos de vista que reflejan la voluntad. Eso, lo llevó a afirmar que los juicios legales son la expresión de los intereses, que las reglas jurídicas plasman hábitos y que los estándares legales expresan distintos puntos de vista normativos; siendo imposible demostrar qué punto de vista es preferible a cual. Si tomamos como ejemplo el castigo punitivo, decía Hägerström, podremos identificar si se basa en emociones vindicativas (revancha, venganza) y bajo la idea de “higiene social” o si se funda en el interés de proteger a la comunidad (Bjarup, 1982, pp. 355-447). Es decir que, para él, las emociones constituyen una forma de lenguaje, de comunicación, que explica el punto de vista de un pensamiento moral respecto de algo que se considera importante. Según este autor, las nociones jurídicas como “derecho”, “deber”, “libertad” o “propiedad” están recargadas de prejuicios y creencias que, al no ser cuestionadas bajo un criterio socrático, hacen que las personas vivan en una ilusión y no en la realidad: “el conocimiento debe ocupar el lugar de la ignorancia”, postulaba Hägerström (Bjarup, 1982, p. 363). Bajo esta premisa, el autor cuestionó los términos jurídicos por considerarlos imbuidos de pensamientos mágicos; la gente *Cree* que tiene derecho pero esa creencia o ficción no tiene correlato con la realidad, diría Hägerström. Para el autor, las normas jurídicas son una condición intrínsecamente cultural y el derecho, en general, es un “sistema de coerción emocional y actitudinal en respuesta a imperativos independientes” (Bjarup, 1982, p. 371). En tal sentido, esgrime Hägerström que la jurisprudencia, cuya función principal consistirá en identificar las reglas y principios jurídicos aplicables al caso, deberá dar cuenta de la realidad de los hechos y considerar, en las sentencias judiciales, múltiples puntos de vista. De ahí que, para este autor, la decisión judicial es una actividad eminentemente compleja y ambigua.

En el siguiente punto exploraré mi hipótesis consistente en indagar si la ausencia de empatía en las sentencias judiciales afecta el criterio de razonabilidad de las mismas.

5. ¿Cuál es el nexo entre “empatía” y “razonabilidad” en las resoluciones judiciales?

Ya vimos que quienes deben resolver los conflictos que las personas llevan a los estrados judiciales no sólo deben fundamentar las sentencias judiciales sino que además deben esgrimir las razones que justifican su decisión en garantía de los derechos humanos de las personas que litigan. Ese deber de resolver en la justicia, en Argentina y con la reforma del CCCN, resulta ahora obligatorio además de ético-funcional.

En términos de la retórica aristotélica (Aristóteles, 1998, pp. 47-48), corresponde a los jueces y a las juezas demostrar, con argumentos convincentes, las razones que justifican las decisiones judiciales ya que podrían enturbiarlas con su propio agrado o desagrado, si estuvieran motivadas en el afecto, el odio o el interés personal.

El valor de la empatía en las resoluciones judiciales ha sido objeto de estudio por criminalistas y filósofos del derecho y se inscribe en un área relativamente nueva de las ciencias jurídicas denominada derecho y emociones (Bandes, 1999; Nussbaum, 2006; Deigh, 2008).

Martha Nussbaum sostiene que la compasión, a diferencia de la repugnancia y de la vergüenza, cumple un rol fundamental en los considerandos de las sentencias penales ya que requiere, por parte de quienes juzgan, la capacidad de asumir mentalmente la situación de sufrimiento de otra persona a fin de evaluar y argumentar en forma razonable sobre agravantes o atenuantes para la aplicación de la pena o sobre una absolución (Nussbaum, 2006, pp. 38, 65-73).

Por su parte, Markus Dubber afirma que el sentido de la justicia consiste en brindar una respuesta empática, dado que la imaginación de quien juzga el caso sobre el sufrimiento o sentimiento de injusticia que invoca la persona juzgada le permite identificarla como un ser humano con autonomía moral (Dubber, 2006).

David De Cremer y Kees van den Bos arguyen que identificando el rol de las emociones en la justicia y específicamente del sentimiento de injusticia esgrimido por las personas, podemos iluminar los enunciados empíricos que contienen dichas emociones como parte de un proceso de deliberación para llegar a una decisión judicial (De Cremer, 2007).

Asimismo, John Deigh postula que el juicio empático es esencial para una interpretación del derecho funcional a los intereses de la justicia ya que refleja el valor moral de las personas y que una interpretación judicial del derecho estrecha, es decir, basada únicamente en las reglas jurídicas no puede resultar más que autoritaria (Deigh, 2011)¹⁶.

Ahora bien, *¿la ausencia de empatía afectaría la razonabilidad de las resoluciones judiciales?* Mi respuesta es que no necesariamente toda resolución judicial requiere de una perspectiva empática en los considerandos. Sin embargo, hay conflictos judiciales complejos, por su contenido emocional e impacto social, cuya gravedad exige, por parte de quien tiene el deber de resolverlos, que se reflexione sobre el sufrimiento de las personas implicadas, puesto que la ausencia de empatía podría comprometer la razonabilidad de las decisiones. Dicho en otros términos, una fundamentación estrictamente jurídica y carente de empatía en relación al padecimiento de los justiciables podría convertirse en un mero cálculo económico y, en consecuencia, podría afectar el sentido de la justicia.

6. Conclusiones

Comencé por brindar tres enfoques sobre la construcción conceptual del término empatía para exponer que existen diferentes concepciones que podrían cuestionarse a fin de incluir una perspectiva empática dentro de los enunciados empíricos que componen la estructura de las sentencias judiciales.

Teniendo en cuenta que la empatía incluye una dimensión representacional, dada por la imaginación sobre la situación de sufrimiento de otra persona y que las emociones contienen percepciones, creencias y valoraciones que las tornan explicativas, considero junto con Smith, Nussbaum, De Cremer, Dikker y Deigh, que un juicio empático, neutral e imparcial, podría iluminar los considerandos de las decisiones judiciales a la vez que podría ayudar a demostrar que las emociones con las que empatizamos podrían dar un sentido de justicia fuerte respecto de las razones que justifican la toma de decisiones judiciales.

Dado que las sentencias judiciales carentes de razones que justifiquen la decisión adoptada podrían tacharse de caprichosas, injustas, arbitrarias o corruptas, investigué sobre el alcance del deber de resolver incorporado en el Artículo 3° del CCCN y sostuve, coincidiendo con Nino, que argumentar sobre las razones que justifican la toma de decisiones judiciales es un deber ineludible inherente al rol de la autoridad judicial.

Asimismo, analicé la incorporación del deber ético de resolver al CCCN y afirmé que tratándose ahora de un deber legal, debería estar acompañado de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento; lo que se ha omitido.

Analicé el aporte a las ciencias jurídicas de Hägerström, desde el realismo jurídico escandinavo, para demostrar que la actividad de los jueces y las juezas no es estrecha ni determinada y que puede incluir enunciados empíricos que reflejen las emociones de quienes litigan así como sus múltiples puntos de vista como razones para resolver.

¹⁶ Para una crítica a la noción de empatía de Deigh, puede verse el trabajo de Patricia Brunsteins (2015), "El rol de la empatía en la jurisprudencia desde la óptica de J. Deigh. Un análisis crítico para el caso Lilly Ledbetter".

Cuestioné si la falta de empatía en torno al sufrimiento de las personas que litigan podría afectar al criterio de razonabilidad y sostuve que siempre que se deban resolver conflictos judiciales complejos, por la carga emocional y por el impacto del caso en la sociedad, la ausencia de empatía dentro de los considerandos de la sentencia judicial podría afectar a las partes y a la sociedad en su conjunto, en función del carácter público que reviste el acto de justicia.

Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (1998). *Retórica*. Madrid: Alianza.
- (2006). *Poética*. Buenos Aires: Colihue clásica.
- (2007). *Ética Nicomaquea*. Buenos Aires: Colihue.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Bandes, S. A. (1999). *The Passions of Law*. New York: New York University Press.
- Barberis, M. (2015). El realismo jurídico europeo-continental. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 228-240). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baum, E. (2011). Justicia, Emociones y Derechos Humanos. *Revista Derecho y Ciencias Sociales* 5, 74-97. doi:<https://doi.org/10.35537/10915153761>
- (2012). El rol de las emociones en la esfera pública. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 23 (1), 47-58.
- (2017). Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho* 39, 5-21.
- Bix, B. H. (2009). Ross and Olivecrona on Rights. *Australian Journal of Legal Philosophy* 34, 103-119. Obtenido de https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/211 <https://doi.org/10.4324/9781315244129-11>
- Bjarup, J. (1982). *Reason, emotion and the law: studies in the philosophy of Axel Hägerström*. Denmark: The University of Edinburgh.
- Brunsteins, P. (2015). El rol de la empatía en la jurisprudencia desde la óptica de J. Deigh. Un análisis crítico para el caso Lilly Ledbetter. *Nuevas formas de filosofía práctica* 4, 15-29.
- Bulygin, E. (1991). Sentencia judicial y creación del derecho. En A. C. Eugenio, *Análisis Lógico del Derecho* (pp. 355-369). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. <https://doi.org/10.1515/9783110802450.237>
- (2003). ¿Los jueces crean derecho? *Isonomía* 18, 7-25.
- Códigos, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación* (5ta. Reimpresión - Junio 2015 ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- De Cremer, D. (2007). Justice and feelings: toward a new era in justice research. *Social justice woerk*, 20(1), 1-9. <https://doi.org/10.1007/s11211-007-0031-2>
- Deigh, J. (2008). *Emotions, values and the law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011). Empathy, justice and jurisprudence. *The Southern Journal of philosophy*, 73-90.
- Dubber, M. D. (2006). *The Sense of Justice. Empaty in law and punishment*. New York: NYPress.
- Ehrlich, E. (1903). Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia. *Libre Investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre* (pp. 53-88). Madrid: Marcial Pons.
- Endicott, T. (2011). The Value of Vagueness. *Philosophical Foundations of Language in Law* 5, 14-30.

- Fiss, O. (1979). The Forms of Justice. *Harvard Law Review* 93 (1), 1-56.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10 (8), 457-478.
doi:<https://doi.org/10.4135/9781071800942.n15>
- Ihering, R. (1877). *La Lucha por el Derecho*. Buenos Aires: Araujo. doi:<https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gppn.11>
- Leiter, B. (2015). Realismo jurídico Estadounidense. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 241-275). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Malminen, T. (2019). Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos. *Isonomía* 50, 150-73. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i50.161>
- Nino, C. S. (1973). *Introducción al Análisis del Derecho* 2da. 12a. reimpresión (2003). Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, M. (1994). *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helénica* (2003 ed.). (Buenos Aires: Paidós. <https://doi.org/10.1353/dss.2007.0110>
- (1995). *Justicia Poética. La literatura y la imaginación en la vida pública*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- (2001). *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions* (8va. 2008 ed.). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1007/978-3-531-93439-6_35
- (2005). *El Conocimiento del Amor. Ensayos sobre Filosofía y Literatura*. Madrid: Machado Libros.
- (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Samamé, L. (2016). Virtudes Judiciales y Empatía. *Revista de Filosofía y Ciencia Prometeica* 12, 63-79. <https://doi.org/10.24316/prometeica.v0i12.149>
- Savigny, F. K. (1951). *Metodología Jurídica* 1979 ed. Buenos Aires: Depalma.
- Singer, T. (2006). Empathy and Fairness. En N. F. 278, *The neuronal basis of empathy and fairness* (pp. 20-40). Chichester: Jhon Wiley & sons, Ltd.
- Smith, A. (1759). *The theory of moral sentiments*. 3ra. 2013 ed. C. Rodriguez Braun, Trad. Madrid: Alianza. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511800153>
- Snow, N. (2000). Empathy. *American Philosophical Quarterly*, pp. 65-78.
- Vignemont, F. (2006). When do we empathize? En N. F. 278, *Empathy and fairness* (pp. 181-196). Chichester: Jhon Wiley & sons, Ltd. <https://doi.org/10.1002/9780470030585.ch13>