
EMOCIONES,

responsabilidad penal
y política criminal

Daniel Felipe Garavito Rincón





UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



EMOCIONES,

responsabilidad penal
y política criminal

Daniel Felipe Garavito Rincón

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
2022



EMOCIONES, RESPONSABILIDAD PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.

ISBN: 978-628-7504-43-1

Autor: Daniel Felipe Garavito Rincón

110 páginas. Tamaño 17x 24 cm

Comité editorial

Fr. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector

Fr. Omar Orlando SÁNCHEZ SUÁREZ, O.P.

Vicerrector Académico

Fr. Héctor Mauricio VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.

Vicerrector Administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA

Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO

Directora Investigación e Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ

Director Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación - CRAI

Primera edición, 2022

ISBN: 978-628-7504-43-1

Corrección de Estilo:

María Ximena Ariza García

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente.

El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad del autor y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.

Diagramación e impresión: Búhos editores Ltda.



Ediciones Usta

Universidad Santo Tomás

2022

UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS

Departamento Ediciones Usta Tunja

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

 | *En agradecimiento a mi padre y madre*

AUTOR

Daniel Felipe Garavito Rincón realizó estudios de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Tunja, donde obtuvo el título de abogado en el año 2016. Allí mismo accedió al título de especialista en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2017 y de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2019. Desde el año 2017 se desempeña como docente en la Universidad Santo Tomás, y desde el año 2018 ha sido director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas. A su vez, es miembro de la Fundación Cultural Entrelíneas, organización dedicada a la transmisión de las grandes conquistas de la cultura.

PROEMIO

Estimado lector:

Ha pocos días, encontrándome dedicado a mis recreos culturales -lectura del Decamerón- recibí una llamada telefónica que notablemente me agradó; al otro lado de la línea se encontraba Daniel Garavito, quien años atrás había sido estudiante diligente en algunas de mis cátedras, y que hoy funge -a pesar de su juventud- como destacado profesor de su (nuestra) alma mater, para solicitarme unas palabras que sirvan de preámbulo a este libro que tienes en las manos, tal petición me llenó de orgullo, porque no solo me lo pedía un alumno que se había destacado durante sus estudios universitarios, sino porque actualmente en su labor docente esta tomando alto vuelo que lo llevará a grandes alturas.

Amén de lo anterior, debo resaltar sus inquietudes culturales, tanto con la literatura, como con la música y con el séptimo arte, de lo cual ha dejado honda huella tanto en sus escritos como en la cátedra. Este hollar el amplio mundo de la cultura le ha enriquecido espiritualmente imprimiéndole “una huella indiscutible de experiencia vital que le permite mirar la vida con nuevos ojos y comprenderla mejor”.

En el tema que nos atañe, el hoy Dr. Garavito ha escrito este libro titulado “*Emociones, responsabilidad penal y política criminal*” ahondando en el tema, plasmando su pensamiento, utilizando un lenguaje científico, pero a la vez claro, lejos de la pedantería de algunos, que permite entender fácilmente su planteamiento.

Partiendo del preguntarse sobre: ¿Cuál es la concepción de las emociones, que encuentra lugar en los procesos de criminalización primaria, en materia de atribución de responsabilidad penal en conductas mediadas por la emoción?; inicia su exposición, trayendo como abre bocas algunos aportes de su acervo cultural-personal, citando a Camus en lo literario y a Hitchcock en lo cinematográfico, para después, abrevando en autores clásicos, que se remontan a la Hélade con Aristóteles y a otros más cercanos como Kant, Hume, hasta contemporáneos como Kaufmann, Hart y Kelsen; expone inicialmente lo relativo a la naturaleza de las emociones -fenómeno exclusivamente humano- y de las cuales no podemos escapar, por ser connaturales a nuestro ser.

Continúa, aproximándose a una concepción compleja de las emociones, indicando sus características: sensación, contenido cognitivo, intencionalidad, excitación fisiológica, valoración, tendencia; explicando en forma clara y didáctica cuál es el contenido de cada una de ellas.

Aterrizando ya en el mundo jurídico, trata del Derecho, la razonabilidad y la Política criminal. Es decir, pasa de lo abstracto a lo concreto, de la idea a la praxis, tratando previamente y con profusas citas de autoridad lo relacionado con el Derecho, la Justicia y la razonabilidad, continuando con la exposición de las relaciones que se presentan entre las emociones -vida humana en movimiento, en ebullición- y el Derecho (deber ser) -vida humana idealizada, estática-, para concluir con el raciocinio y la racionalidad, entronques y diferencias.

Trae a colación la problemática surgida en la Gran Bretaña con la homosexualidad, erigida como conducta punible a mediados del siglo XVI y descriminalizada tan solo después de terminada la Segunda Guerra Mundial, que llevó a purgar pena a figuras ilustres como Oscar Wilde, quien amén de ser homosexual, era irlandés, dos pecados capitales imperdonables para la hipocresía aristocrática inglesa. Contrastándolo, a fin de darle más fuerza y soporta a su argumento, con la filosofía del profesor de Königsberg y sus planteamientos sobre: libertad, razón, justicia, moral y derechos humanos.

Ya sobre Política Criminal, derivada de la Política Pública, inicia con la definición que de esta dieran Juárez y Medina, señalando ser: aquella actividad que define y diseña la intervención estatal en problemas sociales, orientada por los principios de justicia, equidad, seguridad y bien común en procura de la pacífica convivencia social. Y concluye con Zafaronni en lo atinente a la Política Criminal, la cual se limita a seleccionar bienes jurídicos que deben tutelarse penalmente, así como los métodos y herramientas para hacer efectiva dicha tutela.

Enfatizando que dicha política criminal tiene sus límites constitucionales para su creación, cuáles son los principios de acto y de culpabilidad, que se traducen en que solo se puede responder penalmente por la conducta que se realice -los pensamientos no delinquen- contra derecho, encontrándose la persona en la posibilidad real de haber obrado conforme a derecho.

Finalmente, y afirmando que el Derecho Penal es la *ultima ratio*, plantea el problema de la educación y de la educación emocional, preguntándose: ¿Cómo llevar a cabo un juicio de reproche contra una persona que ha delinquido, si las políticas públicas: “educativa, social y económica no atiende a la formación de los ciudadanos en el control de sus propias emociones? La figura del hombre razonable, que permita al juzgador determinar en un caso dado que la persona obró libre o determinadamente, debe forjarse a través de la educación; recordemos a Goethe, Rousseau, Sócrates.

Este primo opus del autor es el peldaño inicial de una larga escala, en la cual le auguro muchos logros y éxitos, dado que tiene materia y talla para ello.

Afectuosamente:

Carlos Gabriel Salazar Cáceres

CONTENIDO

AUTOR.....	7
PROEMIO	9
INTRODUCCIÓN: UN MAPA DE LA CUESTIÓN.....	15
1. LOS PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA NATURALEZA DE LAS EMOCIONES	27
1.1 La concepción mecanicista.....	29
1.1.1 La teoría psicológica.	30
1.1.2 La teoría fisiológica.	31
1.2 La concepción cognitiva.	38
1.2.1 Las emociones en Aristóteles.	39
1.2.2 Las emociones en el pensamiento de Jean-Paul Sartre.	41
1.2.3 Las emociones en el pensamiento de Martha Nussbaum.	45
2. APROXIMACIÓN A UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DE LAS EMOCIONES	49
2.1 Los componentes de las emociones desde una perspectiva mixta o compleja.	51
2.2 Factores relevantes en el proceso emocional: mapa de interacción.	55

3. DERECHO, RAZONABILIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.....	59
3.1 Derecho, emociones y razonabilidad.	60
3.1.1 El derecho, la justicia y la razonabilidad.	60
3.1.2 La relación entre las emociones y el derecho.....	63
3.1.3 Cuatro formas de aproximarse a la relación emoción-Derecho: intento de clasificación.....	77
3.2 Derecho penal y razonabilidad: una cuestión de política criminal.....	82
3.2.1 Dogmática jurídico-penal, criminología y política criminal.	82
3.2.2 Precisiones en torno al concepto de política criminal.....	85
3.2.3 Lo razonable y lo no razonable en el derecho penal: los juicios de desvalor.	87
3.2.4 Límites constitucionales para la creación de política criminal.	89
3.2.5 Una concepción dual de la libertad como presupuesto de la responsabilidad.....	91
3.2.6 Presupuestos razonables para la atribución de responsabilidad por las emociones.	94
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN: UN MAPA DE LA CUESTIÓN

(EPÍGRAFE RESUMEN) En el capítulo introductorio se abordarán dos componentes estructurales en el desarrollo de la investigación. En primer término, se hace una aproximación a los principales problemas que plantea la relación Derecho-Emoción. En segundo término, se presentará la pregunta que dio origen a este libro.

Las emociones y el Derecho: acercamiento a los principales núcleos problemáticos de esta relación.

¿De qué manera se vincula el fenómeno jurídico con el amplio conjunto de fenómenos a los que se denominan como emociones? ¿Cuál o cuáles son las concepciones de emoción que subyacen a las diferentes configuraciones legislativas? ¿Son algunas emociones razonables? ¿Qué nos dicen las prácticas jurídicas de las emociones? El Derecho y las emociones tienen múltiples puntos de conexión. El análisis de estos ejes de confluencia permite una mirada más amplia de los fenómenos jurídicos y una extensión en la comprensión del fenómeno emocional. Resalta la

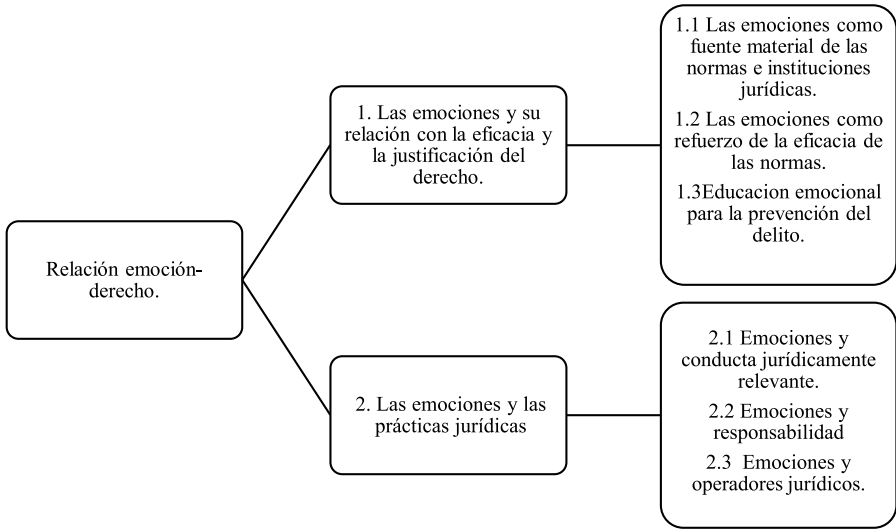
existencia de dos puntos principales de encuentro: el papel de las emociones en la fundamentación de las instituciones jurídicas y en general del sistema normativo (Las emociones como fuente material de derecho); y el papel de las emociones en el proceso y las prácticas jurídicas¹.

Esta clasificación dual puede ser matizada a través del esquema propuesto por González Lagier (Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009), que estudia las vicisitudes que plantea la relación emoción-Derecho a partir de cinco ejes temáticos: (i) El análisis de la acción y de sus elementos psicológicos; (ii) el rol de las emociones en la determinación de la responsabilidad; (iii) el papel que desempeñan las emociones en las diferentes actividades de los operadores jurídicos, en especial de los jueces; (iv) la relación de las emociones con la justificación y la eficacia de las normas sociales y las normas jurídicas; y, (v) la educación emocional como mecanismo para la reducción y control de la comisión de conductas punibles.²

Con ello, se indica un amplio margen de núcleos problemáticos que ofrece un nicho ideal para la investigación, y, que, a su vez, adquieren sentido a partir del dialogo constante entre el rol asignado a las emociones como fuente material de derecho y su papel específico en las diversas practicas jurídicas. A continuación, se realiza una breve referencia a cada uno de estos núcleos problemáticos con el fin de delimitar los problemas y campos de estudio que ofrecen.

1 Las emociones, y en general la afectividad, han sido objeto de un interés creciente por la cultura popular, y en específico, por la academia. En el ámbito de las ciencias sociales se ha denominado a este fenómeno “Giro afectivo” (Lara & Enciso Domínguez, 2013). En este marco, cobra especial interés la comprensión del papel que juegan las emociones en el mundo del derecho. Allí, encontramos lo que podría ha denominado “retorno a las emociones” (Karsted, 2002).

2 Son múltiples las formas en las que es posible esquematizar las relaciones problemáticas entre emoción y Derecho. Eric Posner (Derecho y Emociones, 2008) ofrece un análisis, en el marco del modelo económico de elección del consumidor, aproximándose a ramas como el derecho civil, el derecho público, y a debates propios de la teoría jurídico-normativa.



Cuadro 1. Relación entre emoción y derecho.

En primer término (1.1), es posible el análisis de las emociones como fuente material de las normas e instituciones jurídicas. En este nivel de comprensión de la relación emoción-Derecho, la concepción que se tiene de las emociones y el rol que se les asigna en el mundo de la razón práctica juega un papel fundamental. El problema puede ser planteado en los siguientes términos ¿De qué manera se vinculan las emociones con la génesis del Derecho?

La relación de las emociones con la fundamentación de las normas jurídicas es un problema que ha sido analizado por Martha Nussbaum. La estadounidense, considera que los ordenamientos jurídicos y las emociones tienen su origen en la vulnerabilidad de la condición humana. Por un lado, las emociones son definidas como “respuestas a estas áreas de vulnerabilidad, en las que se registran los perjuicios que sufrimos, que se podrían sufrir, o que por suerte no padecemos” (Nussbaum, 2006, pág. 19). Por el otro, “(l)os humanos necesitamos leyes precisamente porque somos vulnerables a daños y perjuicios de muchas maneras” (Nussbaum, 2006, pág. 19). Al encontrarse la idea de vulnerabilidad en profunda relación con la idea de emoción, concluye Nussbaum, toda

explicación sobre la sanción de determinadas conductas deberá apelar al análisis de las emociones y sus consecuencias.

En segundo término (1.2), las emociones también pueden ser vistas como un refuerzo de la eficacia de las normas sociales. Las emociones, en tanto, que formas de relacionarse con el mundo social, están vinculadas de manera directa con el cumplimiento de las normas. Por ejemplo, en “El extraño” de Albert Camus se percibe como carencia, o ausencia de expresión de emociones, la falta de interiorización de las normas sociales³. En este sentido, dice Elster “(e)l poder de las normas deriva de la tonalidad emocional que les dé poder sobre la mente” (Elster, Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales, 1990). Así, la eficacia de las normas sociales (Elster, Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales, 1990) y de las normas jurídicas (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009) se encuentra determinada, en buena parte, por el fenómeno emocional. En este ámbito el problema se plantea así: ¿Qué papel tienen las emociones en la eficacia del Derecho?

En tercer término (1.3), si las emociones son entendidas como refuerzo de la eficacia de las normas, es posible comprender la importancia de la educación emocional en el mundo del Derecho. Frente a la interiorización de los imperativos como formas de la razón es posible la interiorización del mandato mediante la fibra emocional. La pregunta se formula aquí en los siguientes términos: ¿Qué papel juega la educación emocional en la prevención de la infracción a la norma?

González Lagier señala la necesidad de atender a la educación emocional como un mecanismo idóneo para la disminución de la incidencia en la realización de conductas de carácter punible. Al considerar “la inteligencia emocional como el subconjunto de la inteligencia social que implica la capacidad para controlar las emociones propias o de otras personas, para distinguir las emociones y usar esa

3 Véase (Garavito Rincón, Presupuestos filosóficos para una concepción del Derecho en la obra de Albert Camus: etapa de la negación, 2016) para una explicación más detenida en torno a la obra de Camus.

información para guiar el propio pensamiento y las propias acciones” (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009, pág. 19) considera que una correcta educación emocional está en la capacidad de disminuir los índices de conflictividad y violencia.

A su vez, Nussbaum, a partir de una concepción cognitiva de la emoción, verifica la importancia de la educación moral para la disminución de las conductas punibles. Emociones como el temor y el odio racial no son tan solo “impulsos irracionales únicamente manejables por medio de la represión”, por el contrario, “las personas cambiaran emocionalmente una vez que se deshagan de -o, mucho mejor, nunca adquieran- las creencias equivocadas respecto de cuestiones de hecho y valoración que forman la base de estos odios” (Nussbaum, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley, 2006, pág. 240).

En lo relacionado con la segunda bifurcación, es posible encontrar la referencia a un sinnúmero de prácticas jurídicas⁴. A continuación, se atiende a dos de ellas. En primer término (2.1), Se puede cuestionar ¿Cómo las emociones se vinculan con la acción? Esta pregunta debe ser contestada con el fin de encontrar atisbos de comprensión de los elementos internos de la acción, en tanto quehacer intencional. El interés jurídico por la acción se justifica, en la afirmación de que, por un lado, la intención de la acción humana puede ser conocida a través del análisis de su elemento emocional; y por el otro, de que es posible inferir intenciones a partir de la comprensión de las emociones. Ambos de gran utilidad en la práctica jurídica: desde la realización de un contrato, hasta la comisión de una conducta punible es posible encontrar acciones motivadas por procesos emocionales.

4 Véase (Nussbaum, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley, 2006) en donde encontramos una gran cantidad de prácticas jurídicas del derecho estadounidense en el que se percibe la influencia de las emociones (la disminución de la culpabilidad, la relación entre vergüenza y pena, el tratamiento de los discapacitados, etc.), o (Posner, 2008) en la que se señalan diversas prácticas atendiendo a las ramas del Derecho.

En segundo término (2.3), es necesario acercarnos al eje problemático que ha sido objeto de mayor exploración por parte de la cultura popular. ¿Cuál es el rol de las emociones en el desarrollo de un proceso jurídico? En especial ¿Cuál es su papel en el proceso? Esta pregunta se ha respondido siempre de manera positiva: las emociones son uno de los elementos fundamentales en el desarrollo del proceso. “El proceso Paradine”, película dirigida por Hitchcock permite acercarse al problema. En esta, el protagonista, Keane, ve nublado su juicio como abogado defensor tras enamorarse de su defendida: la señora Paradine acusada de haber asesinado a su esposo le hace creer en su inocencia. Al margen de una consideración rigurosa de la obra cinematográfica es posible percatar la profunda influencia de la emoción en el desarrollo del proceso. El defensor va adecuando su teoría del caso a la idea de inocencia engendrada, en parte, por su amor a la defendida; a su vez, durante el desarrollo de las audiencias de práctica de pruebas es posible notar la existencia de emociones en el juez, las partes y los asistentes. Esta situación adquiere una mayor magnitud durante la recepción del testimonio de la señora Paradine y las escenas siguientes en las que es posible entender los lazos emocionales entre los personajes y el móvil del asesinato.

Las emociones tienen un papel activo en la práctica jurídica (Garavito Rincón, Méndez Jiménez, & Ibáñez Zambrano, 2014). Los jueces, y en general los operadores jurídicos, no pueden ser entendidos como entes de raciocinio puro⁵. Su proceder, en tanto que ligados a la condición humana, se halla sometido a los deseos, las emociones, las creencias, las preferencias, etc. La idea de que los actores jurídicos son

5 Los representantes del <<uso alternativo del Derecho>> han atendido al denominado “Mito tecnocrático de la jurídica neutralidad” dirigiendo “una acerada y acertada crítica de las supuestas virtudes tradicionalmente atribuidas al Derecho y a los jueces y demás juristas en el ejercicio de sus cuasi sagradas funciones, su pretendida objetividad, científicidad, neutralismo y apoliticismo, consideradas siempre por estos como dogmas y verdades intocables” A lo que han contestado que “ni las normas reúnen tales sublimes cualidades ni, por tanto, los profesionales del Derecho pueden ya presentar sus actuaciones como guiadas de modo prevalente, mucho menos exclusivo, por la objetividad científica y la neutralidad apolítica” (Díaz, La sociedad entre el derecho y la justicia, 1982, pág. 31). Sobre la corriente del uso alternativo del Derecho véase (De Lourdes Souza, 2001). En el contexto del Derecho anglosajón se produjo el movimiento de los <<Estudios Críticos Legales (Critical Legal Studies-CLS)>> dentro del que destacamos el trabajo de Duncan Kennedy dirigido a analizar el “comportamiento estratégico” de los actores jurídicos (Kennedy, 2010).

autómatas eminentemente racionales adolece de ingenuidad y parte de un presupuesto erróneo: intenta hacer de una valoración (Los actores jurídicos deberían ser actores neutrales guiados por una razón práctica pura) un hecho (Los actores jurídicos son actores neutrales guiados por una razón práctica pura).

Sin considerar esta exposición exhaustiva se ha ofrecido un horizonte problemático de la relación emoción-Derecho. A continuación, se señala de manera específica el núcleo problemático en el que se desenvuelve nuestra investigación: la relación entre emoción y responsabilidad (2.2). No sin antes indicar que la relación emoción-Derecho, como fenómeno complejo, impide su fragmentación⁶ mediante la delimitación de territorios, y exige continua atención al fenómeno global.

Las emociones y la responsabilidad: emociones razonables y responsabilidad penal.

La noción de responsabilidad se encuentra ligada a la de obligación. Se refiere a la responsabilidad civil, en los casos en los que un sujeto se encuentra en la obligación de reparar el daño causado⁷; y de responsabilidad penal en aquellos casos en los que surge la obligación de soportar la pena (Ricoeur, 1997). El significado de la noción de responsabilidad se encuentra vinculado con las nociones de retribución y obligación, y se funda sobre la posibilidad de atribuir a un sujeto, que se denomina como imputable, la causación de un efecto. Causación que se da, no en el terreno de la causa natural, sino en el de la libertad (Ricoeur, 1997). La responsabilidad supone la libertad⁸.

6 Para un análisis más detallado de la crítica a los modelos de la fragmentación véase (Bótero Bernal, 2010). Esta reflexión se extenderá en el desarrollo del marco metodológico.

7 La responsabilidad del Estado supone otra serie de desarrollos conceptuales fundados también en buena parte en la noción de imputación (Títulos de imputación), y en la obligación de reparar (Retribuir) el daño causado. Al respecto se dice “Existe un principio de derecho que implica: el que cause un daño a otro debe repararlo, lo que determina que haya una obligación indemnizatoria de perjuicios por quienes los generan a favor de los afectados; principio que no solamente se aplica en el Derecho Privado frente a los particulares, sino en igual forma, en el Derecho Público frente al Estado” (Güechá Medina, 2012)

8 La libertad aparece como fundamental en el mundo del Derecho (Kaufmann, Filosofía del derecho,

Ahora bien, las emociones tienen por lo menos tres puntos de conexión con el fenómeno de la responsabilidad (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009). En primer término, las emociones pueden ser consideradas como fundamento de la práctica de atribución de responsabilidad. La ira y la indignación, el deseo de venganza y la vergüenza, entre otras emociones se vinculan con esta práctica de carácter social. En segundo término, es posible interrogar “si somos responsables por tener una emoción que se considera inapropiada, o no tener una emoción apropiada” (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009, pág. 125) . Finalmente, es necesario pensar en torno a los fundamentos de esa práctica común a los ordenamientos jurídicos, y a algunos sistemas morales, de utilizar las emociones como estados capaces de modular la responsabilidad.

El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a esta práctica. Al centrar la atención en el Derecho Penal Colombiano, y estudiar, a guisa de ejemplo, el Código Penal –Ley 599 del 2000- en el artículo 55 numeral 3° y el artículo 58 numeral 3°. El primero consagra cómo una circunstancia de menor punibilidad, es decir como un atenuante punitivo, “(e)l obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”. El segundo señala cómo una circunstancia de mayor punibilidad, es decir cómo un agravante, “que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”. Aclarando que el agravante del artículo 58 numeral 3° es, en la mayoría de los casos, producido por la repugnancia, es posible inferir que los estados emocionales de una persona que ha actuado u omitido violando la norma penal, son considerados como factores idóneos para modular la responsabilidad penal.

1999), en específico, en el mundo del Derecho Penal (Hiero, 1992). La afirmación de la libertad es un supuesto en la mayoría de ordenamientos constitucionales modernos. En el caso colombiano el proceso de constitucionalización del Derecho (Carbonell & Sánchez Gil, 2011) ha permitido que este supuesto se extienda a todas las ramas del Derecho. La libertad, sea comprobable o no, constituye un supuesto fundamental para el Derecho Penal. (Roxin, 1997)

¿Cuál es la concepción de las emociones que subyace a esta práctica jurídica? ¿Cuáles emociones permiten agravar o atenuar el reproche penal? Tal diferenciación solo se hace entendible a partir de un doble procedimiento. El primero, se orienta a la problematización de la teoría tradicional de las emociones que niega toda intervención de elementos cognitivos, y las reduce a la sensación de cambios corporales ante determinados entornos. En este caso carecería de sentido atribuir responsabilidad al sujeto que actúa u omite bajo el influjo de un estado emocional ¿Si me es imposible controlar la reacción desencadenada por una emoción como podría reprocharse mi conducta? Suponer que la emoción y sus consecuencias son hechos de la naturaleza determinados por una relación causa-efecto (Estímulo del contexto-reacción física) imposibilita la valoración moral y jurídica. El segundo, se orienta a la comprensión de las emociones como fenómenos complejos que vinculan elementos racionales y viscerales (Elster, 2001) Enfatizar en el contenido cognitivo de las emociones permite comprender sus funciones en el ámbito de la responsabilidad penal.

Esto es posible a partir del juicio que distingue entre las emociones razonables o no razonables: las primeras, al basarse en creencias razonables y al desencadenar reacciones razonables, están en la capacidad de atenuar o excluir la responsabilidad penal; las segundas, aparentemente, agravarían la responsabilidad. El contenido concreto de lo que se entiende por razonable en un ordenamiento jurídico adquiere dimensiones específicas que vinculan el estudio con discusiones propias de la teoría jurídica y la filosofía del derecho, y que adquieren dimensiones concretas en el ámbito de la discrecionalidad del juez.

¿Qué es lo razonable? La investigación requiere hacer explícitos los supuestos sobre los que opera el ordenamiento jurídico para valorar las emociones como razonables o no razonables. Esto supone analizar el concepto de razonabilidad en el derecho y delimitar las entidades de que se predica lo razonable (Atienza, Sobre lo razonable en el derecho, 1989). Esta discusión nos permitirá entender la relación que existe entre los sistemas jurídicos y los fenómenos emocionales, y a su vez, permitirá observar críticamente las principales teorías en torno al mismo problema: estas pueden ser esquematizadas a partir de cuatro

grandes tesis (Nussbaum, 2006, págs. 18-25)⁹: la postura “sin-emoción”; que considera que las emociones son irracionales al carecer de cualquier vínculo con la razón; la teoría que las considera irracionales en tanto que producto de pensamientos defectuosos, y por ende, incapaces de ser tomadas como fundamento para el mundo moral y jurídico; la teoría cognitiva, que enfatiza en sus aspectos racionales y aboga por un correcto entendimiento de cada emoción para evaluar cuáles de ellas son o no razonables; y lo que se denomina teoría dogmática, que ve en todas las emociones guías morales absolutas e imprescindibles.

Este esquema permite, a su vez, la comprensión de la manera en la que la política criminal, mediante un ejercicio valorativo, limitado por las exigencias del Estado Social de Derecho, establece el lugar que ocupan las emociones en la atribución de responsabilidad penal. Así, en el proceso de criminalización primaria¹⁰ se establece el rol que juegan las emociones. De lo que será posible colegir la posición frente a la discusión teórica.

De esta manera la investigación se desarrollará en tres fases. En primer término, requiere que concentremos nuestro pensamiento en dilucidar los principales debates en torno a la naturaleza de las emociones. La aproximación a dicho debate se realizará desde el ámbito de la filosofía psicológica, que ofrece un nicho de discusiones capaz de orientar en la comprensión de las principales problemáticas del fenómeno. En segundo término, se procederá a delimitar las principales características de las emociones y del proceso emocional, con el fin de observar su relación con el ámbito de la acción y de los juicios de valor. En tercer término, se sostendrá una concepción del derecho vinculada

9 El esquema sugerido a continuación encuentra su fundamento en Martha Nussbaum. Sin embargo, agrega algunos criterios de distinción ofreciendo cuatro posturas ideales. Con ideales se hace referencia a que no en todos los casos es posible clasificar a los autores y a las instituciones jurídicas en una sola de las posturas.

10 En torno a este concepto es posible indicar que el Derecho penal “forma parte de un sistema dinámico de funciones en el cual hay que distinguir diversos mecanismos: por una parte el mecanismo de producción de las normas o de criminalización primaria y, por otra, el mecanismo de aplicación de las normas y el de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad que conforman la criminalización secundaria” (Ramírez Bustos & Hormozábal Malarée, 1997). Es necesario aclarar que en el marco de esta investigación se limita el problema al de la criminalización primaria, dejando el rol que juegan en la criminalización secundaria para un posterior análisis.

a la aspiración de justicia y lo razonable, como marco a partir del cual se analizará el papel otorgado a las emociones en la atribución de responsabilidad penal, durante el proceso de criminalización primario, para lo que se partirá del análisis de los límites constitucionales en la construcción de la política criminal, se analizará el concepto de desvalor y se establecerán sus vínculos con lo razonable. Con ello se pretende dar respuesta a una pregunta fundamental: ¿Cuál es la concepción de las emociones, que encuentra lugar en los procesos de criminalización primaria, en materia de atribución de responsabilidad penal en conductas mediadas por la emoción?

A mi padre por enseñarme el valor de la disciplina,
A mi madre por enseñarme el lugar del amor en el saber.

Daniel Felipe Garavito Rincón realizó estudios de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Tunja, donde obtuvo el título de abogado en el año 2016. Allí mismo accedió al título de especialista en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2017 y de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2019. Desde el año 2017 se desempeña como docente en la Universidad Santo Tomás, y desde el año 2018 ha sido director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas. A su vez, es miembro de la Fundación Cultural Entrelineas, organización dedicada al fomento de la educación popular y el pensamiento crítico en la ciudad de Tunja.

¿De qué manera se vincula el fenómeno jurídico con el amplio conjunto de fenómenos a los que se denominan como emociones? ¿Cuáles son las concepciones de emoción que subyacen a las diferentes configuraciones legislativas? ¿Son algunas emociones razonables? ¿Qué nos dicen las prácticas jurídicas de las emociones? El Derecho y las emociones tienen múltiples puntos de conexión. A lo largo de este texto se abordan los supuestos que hacen posible la atribución de responsabilidad en conductas mediadas por la emoción y sus principales limitaciones.

1. LOS PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA NATURALEZA DE LAS EMOCIONES

(EPÍGRAFE RESUMEN) La comprensión de las emociones constituye un requerimiento esencial para la correcta apreciación de su rol en el ámbito del Derecho. ¿Qué son las emociones? ¿Cuáles son sus elementos característicos? ¿En qué consiste un proceso emocional? La respuesta sistemática a estas preguntas constituye una concepción¹¹. A lo largo de este capítulo se pretende realizar una aproximación a las principales concepciones de las emociones que permita emprender un diálogo con su significación para el mundo del derecho penal.

Como se ha precisado en el capítulo introductorio (1.1.2) esta aproximación se realiza de manera preferente desde el ámbito de la filosofía psicológica. De esta manera el capítulo se encuentra dividido en

¹¹ Manuel Atienza (Curso de argumentación jurídica, 2013, pág. 21) indica la significación de concepción, en relación con el Derecho, como un “conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales”. En este caso se asume el concepto con el mismo significado en relación con los problemas esenciales en torno a las emociones.

dos secciones. En primer término, recoge las principales concepciones de las emociones desde la postura mecanicista. En segundo lugar, recoge las principales concepciones de las emociones desde la posición cognitiva.

Existen múltiples formas de clasificar las concepciones de las emociones¹². Una de estas clasificaciones distingue entre posiciones mecanicistas y cognitivas o evaluativas (Kahan & Martha, 1996; González Lagier, 2009; de Sousa, 2013). En primer lugar, el mecanicismo considera las emociones exclusiva o parcialmente como sensaciones; en segundo lugar, la postura evaluativa entiende las emociones como fenómenos vinculados, de manera lógica y causal, a procesos cognitivos (de Sousa, 2013) (González Lagier, 2009). Cada concepción acentúa uno de sus elementos. Sin embargo, una teoría compleja de la emoción, parte de la existencia de vínculos entre sensaciones fisiológicas y creencias.

El debate adquiere mayor complejidad si se consideran las emociones como estados mentales, es decir, como vivencias que tienen una ontología subjetiva de primera persona, por lo que se experimentan de manera directa y consciente¹³. La teoría mecanicista ha sostenido que las emociones son estados mentales fenomenológicos, es decir, estados caracterizados por la sensación o experiencia de una cualidad. Por el contrario, la concepción evaluativa afirma que las emociones son estados mentales en los que intervienen, además de estados mentales fenomenológicos, estados de carácter intencional. Así, las emociones se caracterizan por referir a un contenido frente al cual se adoptan

12 Destaca la división entre teorías: de la sensación, fisiológicas, conductuales, evaluativas, y explicativas (Calhoun & Solomon, 1999). Esta clasificación es similar a la realizada por González Lagier (2009), que atiende junto a un aparte dedicado a la teoría aristotélica, a: teorías de la sensación (versión psicológica, y versión fisiológica), teorías de la conducta (conductismo psicológico y filosófico), teoría de las emociones como rituales mágicos (Sartre), teorías de las emociones como creencias (Incluyendo la teoría evaluativa, cognitiva, y la teoría que las considera como juicios). Estos modelos pueden ser entendidos como herramientas analíticas que permiten, mediante la generalización e identificación de ideas comunes, la comprensión del estado del arte con respecto a las emociones. Esto no excluye la posibilidad de que en cada modelo puedan encontrarse diferencias, matices, aclaraciones, etc. A lo largo de este apartado se sigue en gran medida la clasificación y explicación de González Lagier (2009).

13 El problema de los estados mentales inconscientes ha sido abordado en diferentes perspectivas. Puede tenerse en consideración la crítica a la teoría del inconsciente realizada por Sartre (Sartre, 2005) (Zuleta, El pensamiento psicoanalítico, 2004) y una descripción del problema en John Searle (2004). En torno al problema de la existencia de emociones inconscientes puede atenderse a Scherer (2005).

determinadas actitudes, y en su expresión pura carecen de componentes fenomenológicos (Sensación) (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009; Nussbaum, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley, 2006)¹⁴.

1.1 La concepción mecanicista

La posición mecanicista funda su explicación en la comprensión intuitiva de las emociones, por lo cual, tiene mayor facilidad para ser aceptada (Nussbaum, 2008). La experiencia nos indica que las emociones poseen algunas características que la concepción mecanicista toma como esenciales¹⁵: se presentan como algo que invade al ser humano y frente a lo que se carece de control; se enfatiza en la percepción de las emociones como una fuerza de carácter externo, es decir, que no se concibe como parte de nosotros; y, tienen la capacidad para trastocar nuestro ser en un momento determinado (Kahan & Martha, 1996).

El antecedente de esta postura se encuentra en el pensamiento de Platón¹⁶ (Kahan & Martha, 1996). Siguiendo la división realizada por González Lagier es posible analizar dos posturas en este ámbito: las que señalan que las emociones son sensaciones; y las que consideran las emociones como conductas. En la primera se muestra la versión de carácter psicológico y la versión fisiológica. En la segunda se refiere a la postura psicológica y la postura filosófica (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009)¹⁷

14 Al respecto señala Nussbaum “(L)as sensaciones no nos ayudan demasiado a definir a las emociones, porque las sensaciones asociadas con determinado tipo de emoción varían mucho a lo largo del tiempo, tanto entre diferentes personas como en el caso de la misma persona. (...) A veces, por cierto, una emoción puede estar presente sin estar asociada a ninguna sensación (2006, pág. 42).

15 “The simplest theory of emotions, and perhaps the theory most representative of common sense, is that emotions are simply a class of feelings, differentiated from sensation and proprioceptions by their experience quality” (de Sousa, 2013).

16 “el alma platónica es razón unitaria cuando es vista bajo el aspecto de su inmortalidad, a la vez que en otros lugares se insiste en su fundamental dualismo (Razón y apetito irracional)” (Vargas, 2016). La división tripartita se encuentra en (Platón, 1986) (580 e). Encontramos: una parte racional responsable del amor al saber, la justicia, y el bien; una parte, fogosa, en donde se encuentra la voluntad; y una tercera parte apetitiva, donde se encuentra el hambre, la sed y el deseo sexual. Es necesario resaltar que el alma apetitiva parece como anclada al cuerpo y la parte racional como más cercana al cuerpo.

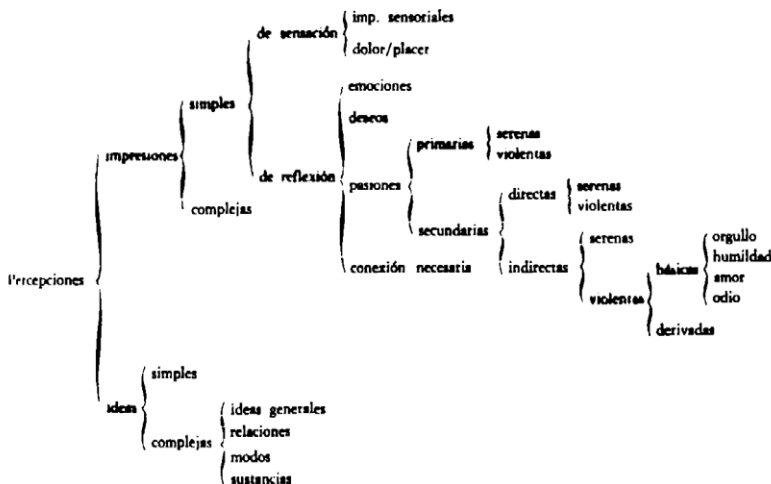
17 A lo largo de este apartado se excluirá el análisis del conductismo filosófico. En esta corriente encontramos como principales representantes a Wittgenstein y Ryle (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009).

1.1.1 La teoría psicológica

El principal representante de la teoría psicológica es David Hume. Su pensamiento en torno a las emociones se encuentra en su “Tratado de la naturaleza humana”, en la “Investigación sobre los principios de la moral” y en “Sobre las pasiones”, obras en las que recogiendo algunas de las formulaciones de su predecesor, Francis Hutcheson, aborda el problema del fundamento de los juicios morales (Calhoun & Solomon, 1999).

Así, Hume, interroga por el asunto de “en qué grado entran la razón o el sentimiento en todas las decisiones de alabanza o de censura” (Hume, Investigación sobre los principios de la moral, 2014, pág. 193), es decir, pregunta por el fundamento de los juicios morales encontrando dos posibilidades: una fundamentación basada en la razón, o una fundamentación basada en los sentimientos.

Dicha reflexión le permitió generar un análisis en torno a los conceptos de emoción y pasión. En el “Tratado de la naturaleza humana” Hume parte de una definición “formal” de las pasiones y emociones ubicándolas en el esquema de las percepciones.



Cuadro 2. Esquema de las percepciones en el pensamiento de Hume. (Hume, Tratado de la naturaleza humana, 1984, pág. 445)

Así, las emociones y las pasiones son comprendidas como una impresión simple y de reflexión. Las impresiones simples de reflexión se caracterizan porque “proceden de alguna impresión original, sea directamente o por la interposición de su idea” (Hume, Tratado de la naturaleza humana, 1984, pág. 443). Por un lado, proceden de impresiones originales en la medida de que algunos placeres y dolores suelen ubicarse como origen de las pasiones; por el otro, pueden originarse en una idea en torno a la impresión de placer o displacer¹⁸.

La posición de Hume aparece como cercana al pensamiento cartesiano: la emoción se explica con una referencia a “diversos grados de agitación física y posiblemente mental” (Calhoun & Solomon, 1999, pág. 108). A pesar de ello, el autor inglés, da un lugar fundamental, en su teoría, a las causas y el objeto de la emoción¹⁹. Las causas son entendidas como la relación entre diversas ideas que originan una emoción²⁰; el objeto como aquello sobre lo que recae la emoción²¹.

1.1.2 La teoría fisiológica

La teoría fisiológica encuentra lugar en dos posturas fundamentales. En primer término, en el pensamiento del francés René Descartes, y, en segundo lugar, en las proposiciones del estadounidense Williams James. A continuación, se hace una aproximación a ambas posturas.

18 Esta característica parece acercar el pensamiento de David Hume a la concepción evaluativa. Al respecto señala Donald Davidson “Hume will not allow that pride or any other passion is based on reason alone; but this is not to deny that some passions...are based on reasons. Hume’s point is rather that if a passion is based on reasons...at least one of the reasons must itself be, or be based on, a passion” (Kahan & Martha, 1996, pág. 281). En el mismo sentido Calhoun y Solomon nos dicen “Fue el primer filósofo que dio seria atención al papel que juegan las ideas y las creencias en generar las emociones, así como el primero en insinuar la idea de que las emociones siempre se sienten respecto a un objeto” (Calhoun & Solomon, 1999, pág. 108).

19 “deberemos distinguir entre la causa y el objeto de estas pasiones, esto es, entre la idea que las excita, y aquello a que dirigen su atención una vez excitadas” (Hume, Tratado de la naturaleza humana, 1984, pág. 448).

20 Por ejemplo, en el orgullo se atiende a una cualidad positiva, que se atribuye a un sujeto, ya sea uno mismo o un sujeto relacionado con la propia persona (Hume, Tratado de la naturaleza humana, 1984).

21 Por ejemplo, en el caso del orgullo la propia persona.

1.1.2.1 Las emociones en René Descartes

La comprensión de las emociones en el pensamiento de Descartes está vinculada, en buena medida, a su dualismo. Este se encuentra desarrollado en sus “Meditaciones acerca de la filosofía primera” (Descartes, *Meditaciones acerca de la Filosofía Primera. Seguidas de las objeciones y respuestas*, 2009). En ellas, tras el ejercicio de la duda metódica, y la intuición intelectual del “Cogito ergo sum” sostiene que el sujeto se constituye como fundamento indubitable.

Así²², Descartes (2009) sostiene la existencia de dos sustancias fundamentales: la sustancia mental (*Res cogitans*) y la sustancia corporal (*Res extensa*). Las características y propiedades de ambas sustancias son resumidas por John Searle (*La mente. Una breve introducción*, 2004) en el siguiente cuadro:

	Sustancias	
	Mente	Cuerpo
Esencia	Pensamiento (Conciencia)	Extensión (posee dimensiones espaciales)
Propiedades	Conocida directamente Libre Indivisible Indestructible	Conocido indirectamente Determinado Infinitamente divisible Destructible

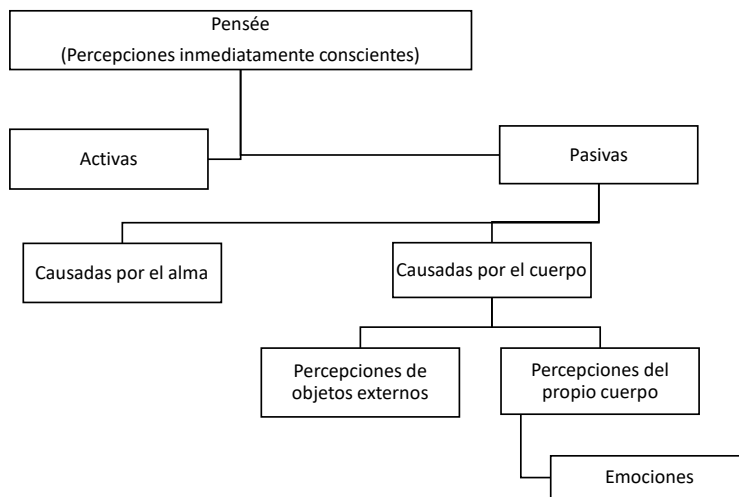
Cuadro 3. Descartes y el dualismo (Searle, 2004, pág. 30).

Es necesario señalar que en Descartes la *Res cogitans* es “una cosa que duda, que concibe, que afirma, que niega, que quiere, que no quiere,

22 No nos detenemos en la explicación de cada uno de los pasos del razonamiento de Descartes que le permiten la aseveración de la existencia de dos sustancias.

que también imagina, y **que siente**” (Descartes, *Meditaciones acerca de la Filosofía Primera. Seguidas de las objeciones y respuestas*, 2009, pág. 255) (Negrita fuera del texto). Sin embargo, la explicitación del lugar que ocupan las emociones en su sistema filosófico solo puede tener lugar a partir de la lectura de “Las pasiones del alma” (Descartes, *Las pasiones del alma y cartas sobre psicología afectiva*, 2000).

En dicha obra, el autor francés, parte del análisis de las pasiones y del lugar que ocupan en la relación entre alma²³ y cuerpo²⁴. Para ello, como nos indica González Lagier (2009, pág. 32), Descartes sostiene que las emociones son algo que se siente, de lo que se es consciente, que no se encuentran causadas por el alma sino por el cuerpo, y que no consiste en una percepción de un objeto externo sino en la percepción del propio cuerpo.



Cuadro 4. Lugar de las emociones en Descartes. (González Lagier, 2009, pág. 33).

23 La palabra alma, en el vocabulario secular de la psicología que puede ubicarse en buena medida desde Descartes, refiere en la actualidad a la mente.

24 “(N)o habiendo, por tanto, mejor camino para llegar al conocimiento de nuestras pasiones que el examen de la diferencia que hay entre el alma y el cuerpo, a fin de saber a cuál de los dos debe atribuirse cada una de las funciones que en nosotros existen” (Descartes, 2000, pág. 26)

La indicación del lugar que ocupan las emociones en dicha clasificación ofrece una definición formal de las mismas en el pensamiento de Descartes, y a su vez, indica la característica fundamental de su concepción de las emociones: la comprensión de las mismas como la percepción de un cambio fisiológico (Descartes, 2000; González Lagier, 2009).

Dichos cambios fisiológicos o corporales se explican a partir de la noción de “espíritus animales” (Descartes, 2000; González Lagier, 2009). Estos, que podrían ser entendidos como fluidos nerviosos o corrientes nerviosas²⁵, se encargan de transmitir, a la “glándula” en la que se encuentra el alma, la percepción de los cambios corporales²⁶. Con ello Descartes (Las pasiones del alma y cartas sobre psicología afectiva, 2000, pág. 44) termina por definir las emociones en los siguientes términos: “pareceme que en general pueden definirse como percepciones, sentimientos o emociones del alma, que se refieren particularmente a ella y que son causadas, mantenidas y fortificadas por algún movimiento de los espíritus”.

1.1.2.2 Las emociones en William James

William James, que desarrolla su teoría psicológica a partir de la crítica a las teorías espiritualistas y asociacionistas, considera que todo estado mental está acompañado de un cambio corporal²⁷. Esta

25 De esta manera son explicados en pie de página por parte del traductor (Descartes, Las pasiones del alma y cartas sobre psicología afectiva, 2000, pág. 30). Dicha lectura permite poner en diálogo la postura de Descartes con la de James. Sin embargo, es más rigurosa la definición de Calhoun y Salomon (¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, 1999), que es recogida por González Lagier (Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009, pág. 32) en los siguientes términos “entes semimateriales que se mueven por el cuerpo llevando diversos mensajes”.

26 “(E)xaminando cuidadosamente el asunto, me parece haber reconocido de una manera evidente que la parte del cuerpo en que el alma ejerce inmediatamente sus funciones, de ningún modo es el corazón, ni tampoco el cerebro, sino únicamente la parte más interior de este, que es cierta glándula muy pequeña, situada en medio de la substancia cerebral, y de tal manera suspendida sobre el conducto por donde tienen comunicación los espíritus de las cavidades anteriores del cerebro con los de la posterior, que los menores movimientos que en ella se verifican bastan para cambiar el curso de estos espíritus y recíprocamente los menores cambios que se producen en dicho curso pueden alterar mucho los movimientos de dicha glándula” (Descartes, Las pasiones del alma y cartas sobre psicología afectiva, 2000, pág. 46)

27 “Mental phenomena are not only conditioned *a parte ante* by bodily processes; but they lead to them

afirmación, que tiene por ley general, abre paso a la creación de una psicología fisiológica²⁸ (Ferrater Mora J. , 2009). En ella los procesos corporales, en especial los procesos cerebrales, son entendidos como condiciones de los fenómenos mentales²⁹. Las emociones, en tanto que estados mentales, se vinculan con una experiencia corporal y en específico cerebral: tienen su origen en los procesos cerebrales sensoriales ordinarios³⁰.

Surge así la teoría *fisiológica*³¹ En el marco de esta concepción es errado afirmar que la percepción mental de un hecho genera emociones³², y que estas, a su vez, dan origen a cambios corporales. Por el contrario, son los cambios corporales la reacción inmediata al hecho originador. ¿Qué es entonces la emoción? La sensación de los cambios corporales³³: no se tiembla por tener miedo, se tiene miedo por temblar³⁴.

Esta concepción de las emociones encuentra fundamento en diversos argumentos. En primer término, se señala que todo sistema nervioso es un conjunto de predisposiciones para reaccionar de una manera particular frente al contacto con hechos específicos del ambiente³⁵. Es por ello, que los mecanismos neuronales se caracterizan

a parte post (...) no mental modification ever occurs which is not accompanied or followed by a bodily change" (James, *The principles of Psychology*, 1890, pág. 5)

28 "A certain amount of brain-physiology must be presupposed or included in Psychology" (James, *The principles of Psychology*, 1890, pág. 5)

29 "Psychology is the Science of Mental Life, both of its phenomena and of their conditions" (James, *The principles of Psychology*, 1890, pág. 1)

30 "(T)he emotional brain-processes not only resemble the ordinary sensorial brain-processes, but in very truth are nothing but such processes variously combined" (James, 1884, pág. 188)

31 También denominada teoría James-Lange en honor a las conclusiones a las que ambos pensadores arribaron de forma independiente. (González Lagier, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009).

32 James no analiza las emociones estéticas. Se limita al análisis de aquellos casos en los que la emoción, es acompañada de un cambio corporal, y que denomina emociones estándar. Las emociones son consideradas a lo largo de su análisis como estados mentales. "Surprise, curiosity, rapture, fear, anger, lust, greed, and the like, become then the names of the mental states with which the person is possessed. The bodily disturbances are said to be the "manifestation" of these several emotions, their "expression" or "natural language"; and these emotions themselves, being so strongly characterised both from within and without, may be called the *standard emotions*" (James, 1884, pág. 189)

33 "(T)he bodily changes follow directly the PERCEPTION of the exciting fact, and that our feeling of the same changes as the occur IS the emotion" (James, *What is an Emotion?*, 1884, págs. 189-190)

34 "the more rational statement is that we feel sorry because we cry, angry because we strike, afraid because we tremble, and not that we cry, strike, or tremble, because we are sorry, angry, or fearful" (James, 1884, pág. 190)

35 "the nervous system of every living entity thing is a but a bundle of predispositions to react in particular

por ser un guion entre determinadas formas de lo externo y lo interno (Conjunto de cambios operados en los órganos del cuerpo)³⁶. Siguiendo a Darwin, afirma que en el sistema nervioso de un organismo se encuentran estampadas sus relaciones con el ambiente. De igual manera, las emociones constituyen una serie de respuestas del sistema nervioso ante la percepción de hechos específicos (James, 1884).³⁷

En segundo término, James pregunta ¿Qué sería de la percepción no seguida de cambios corporales? A ello responde señalando que se trataría de un fenómeno fríamente cognitivo, carente del color que tiñe las emociones³⁸. Un proceso simple de abstracción, considera James³⁹, nos permite entender que una emoción fuerte sin cambios corporales no es nada⁴⁰: la emoción queda reducida a un estado de percepción intelectual neutro, pues se carece de los elementos necesarios para su constitución⁴¹.

En tercer término, se menciona la respuesta a una posible réplica. Si el primer argumento es cierto sería absurdo suponer que el sistema nervioso del hombre moderno se encuentra adaptado para dar respuesta al sinnúmero de situaciones (Objetos) que causan emociones. Estos son, en la mayoría de casos, objetos puramente convencionales. Lo que nos permitiría inferir que, en algunos casos, los cambios corporales se

ways upon the contact of particular features of the environment" (James, 1884, pág. 190)

36 "The neural machinery is but a hyphen between determinate arrangements of matter outside the body and determinate impulses to inhibition or discharge within its organs" (James, 1884, pág. 190)

37 Los cambios corporales son múltiples y se operan en la totalidad del cuerpo lo que dificulta el señalar de la totalidad de los cambios posibles en cada emoción específica. Este constituye uno de los principales problemas de la descripción fisiológica de las emociones. A pear de ell James no's dice: "the various permutations and combinations of which these organic activities are susceptible, make it abstractly possible that no shade emotion, however slight, should be without a bodily reverberation as unique, when taken in its totality as is the mental mood itself" (James, 1884, pág. 192)

38 "Without the bodily states following on the perception, the latter would be purely cognitive in form, pale, colourless, destitute of emotional warmth" (James, 1884, pág. 190)

39 James apela tanto a la introspección como a la comprobación externa. En lo relacionado con la introspección nos solicita de manera constante analizar nuestros propios estados emocionales, o como en este caso, realizar procesos de abstracción. (James, 1884)

40 "A purely disembodied human emotion is a nonentity" (James, 1884, pág. 195)

41 "If we Fancy some strong emotion, and then, try to abstract from our consciousness of it all the feelings of its characteristic bodily symptoms, we find we have nothing left behind, no "mind-stuff" out of which the emotion can be constituted, and that a cold and neutral state of intellectual perception is all that remains" (James, What is an Emotion?, 1884, pág. 193)

darían tras la idea del objeto, y no tras la percepción directa del mismo⁴². A esta objeción responde James en dos sentidos. Por un lado, uno de los principios evolutivos permite afirmar que cuando una reacción frente a determinadas condiciones del ambiente, la misma puede adquirir utilidad en relación con otras condiciones diversas a las iniciales⁴³. Por el otro, el prójimo, en tanto que parte esencial del ambiente humano, se manifiesta como una fuente fundamental de emociones⁴⁴.

En cuarto término, James pregunta si existe evidencia suficiente para probar su tesis. A ello responde afirmativamente. Por consiguiente, recurre a razonamientos similares a los del segundo argumento⁴⁵. Añade James que en todos los casos en los que se cree que la reacción corporal está mediada por una idea una verificación nos permite que esta idea supone una representación de los síntomas⁴⁶. Por ello la emoción se vincula, ya sea en su inicio o en su terminación, con cambios de carácter corporal⁴⁷.

Hasta aquí se ha expuesto sobre el argumento de James entorno a las emociones estándar⁴⁸. Se suma a esto una breve referencia a las

42 “In these cases, at least, it would seem that the ideas of shame, desire, regret, &c., must first have been attached by education and association to these conventional objects before the bodily changes could be possibly awakened. And if in these cases the bodily changes follow the ideas, instead of giving rise to them, why not them in all cases?” (James, 1884, pág. 195)

43 “(W)hen a certain power has once been fixed in an animal by virtue of its utility in presence of certain features of the environment, it may turn out to be useful in presence of other features of the environment that had originally nothing to do with either producing or preserving it” (James, 1884, pág. 195)

44 “The most important part of my environment is my fellow-man. The consciousness of his attitude towards me is the perception that normally unlocks most of my shames and indignations and fears” (James, 1884, pág. 195)

45 James recurre aquí a su experiencia personal narrándonos su experiencia emocional infantil generada por sangre, que supo después, era de caballo. Con este argumento pretende reforzar la tesis de que los cambios corporales siguen de manera inmediata a la percepción del ambiente. (James, 1884)

46 Recurre aquí al ejemplo de las cuchillas: solo imaginar dos cuchillas de acero afiladas, que se cruzan en ángulo recto, nos causará nerviosismo por lo que estas podrían generar. Por ello afirma: “where an ideal emotion seems to precede the bodily symptoms, it is often nothing but a representation of the symptoms themselves” (James, 1884, pág. 197)

47 “(T)he emotion both begins and ends with what we call its effects or manifestations” (James, 1884, pág. 197)

48 James agrega dos consideraciones más en torno a su teoría. La primera gira en torno a la práctica de clasificación patológica que suele clasificar problemas relacionados con la sensibilidad y la emoción con los cambios corporales y cerebrales. Este constituye más bien un argumento conclusivo. A su vez, con este se vincula la posibilidad de alterar nuestras emociones mediante la realización de cambios corporales voluntarios. Este tema será abordado posteriormente sin modificaciones sustanciales (James, *The principles of Psychology*, 1890)

emociones morales, intelectuales y estéticas. Muchas de ellas, en efecto, carecen de formas cerebrales y no se vinculan con las emociones estándar⁴⁹. Sin embargo, objeta James, que en la mayoría de los casos estos se vinculan con un juicio de valor, es decir con un acto cognitivo, más allá de su recepción emocional. Acudiendo a la imagen frívola del crítico de arte, señala la distancia existente entre el fenómeno cognitivo y el fenómeno emocional. Así, se dice que las emociones se distinguen de las percepciones puramente intelectuales y son fenómenos secundarios que se adhieren a la percepción intelectual, moral y estética⁵⁰.

1.2 La concepción cognitiva

La concepción cognitiva o evaluativa de las emociones⁵¹ tiene su fundamento, a diferencia de la concepción mecánica, en un análisis que difiere del sentido común y de la intuición en que este se funda. Las emociones se estructuran a partir de una relación con el objeto o situación que las causa. El anterior elemento, que se entiende como la *intencionalidad* de las emociones, lleva a colegir que los fenómenos emocionales requieren de una *evaluación* del objeto o la situación a la que se enfrenta un sujeto (Kahan & Martha, 1996).⁵²

49 “We have then, or some of us seem to have, genuinely *cerebral* forms of pleasure and displeasure, apparently not agreeing in their mode of production with the so called “standard” emotions we have been analysing” (James, 1884, pág. 201)

50 “These secondary emotions themselves are assuredly for the most part constituted of other incoming sensations aroused by the diffusive wave of reflex effects which the beautiful object sets up. A glow, a pang in the breast, a shudder, a fulness of the breathing, a flutter of the heart, a shiver down the back, a moistening of the eyes, a stirring in the hypogastrium, and a thousand unnamable symptoms besides, may be felt the moment the beauty excites us. And these symptoms also result when we are excited by moral perceptions, as of pathos, magnanimity, or courage. The voice breaks and the sob rises in the struggling chest, or the nostril dilates and the fingers tighten, whilst the heart beats, etc., etc.”

51 “The most parsimonious type of cognitivist theory follows the Stoics in identifying emotions with judgments. Robert Solomon (1980), Jerome Neu (2000) and Martha Nussbaum (2001) take this approach. My anger at someone simply is the judgment that I have been wronged by that person. Other cognitivist theories introduce further elements into their analyses. Emotions have been described as sets of beliefs and desires (Marks 1982), affect-laden judgments (Broad 1971; Lyons 1980), and as complexes of beliefs, desires, and feelings (Oakley 1992)” (de Sousa, 2013)

52 “(T)here are several different ways of understanding the cognitions involved. While appraisal theorists generally allow that the cognitive processes underlying emotion can be either conscious or unconscious, and can involve either propositional or non-propositional content, cognitivists typically claim that emotions involve propositional attitudes” (de Sousa, 2013).

Ahora bien, la percepción de las emociones como fuerzas que nos someten (Pasiones) es explicada, desde el paradigma evaluativo, mediante dos razones: por un lado, las emociones son percibidas de manera pasiva, y con cierta urgencia, porque en ellas se reconoce que existen eventos de la vida que no es posible gobernar aunque estén en relación con nuestros proyectos; por otro lado, las emociones registran transacciones con el mundo, es decir, con aquello que se encuentra, parcialmente, fuera de control para el sujeto.

Aunque algunos encuentran antecedentes de la concepción cognitiva de las emociones en el pensamiento platónico⁵³ es Aristóteles quien desarrolla de manera más clara dicha posición. A continuación, se realiza un análisis del pensamiento aristotélico en torno a las emociones que, a partir de la lectura realizada por Jon Elster (Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones, 2002), permite anticipar sus elementos. Luego de ello, se atiende a la concepción de Jean-Paul Sartre, que ofrece elementos de interés para la comprensión del lugar de la conciencia en la aparición de los estados emocionales. Finalmente, se realiza una aproximación a la teoría evaluativa de Martha Nussbaum.

1.2.1 Las emociones en Aristóteles

No es posible encontrar una formulación sistemática en torno a las emociones en Aristóteles (Elster, Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones, 2002). Su postura se encuentra en diversos textos⁵⁴, dentro de los que destaca la “Retórica”. (Aristóteles, 1990). Allí, en el marco del análisis de los discursos y los medios de persuasión, desarrolla una exposición que ha sido objeto constante de estudio por parte de las teorías cognitivistas.

53 “Like mechanistic theorists, evaluative theorists can trace their view to Plato’s *Republic* (...) to his position that the emotional part of the soul is an “ally of belief” and responds to the socially shapedformation of belief. Plato goes so far as to argue that certain emotions he finds pernicious, such as fear and pity, can be pretty well eliminated from life by the social management of evaluative beliefs” (Kahan & Martha, 1996, pág. 289)

54 Importantes reflexiones se encuentran en “Ética nicomaquea” y la “Política”.

Para Aristóteles existen, por un lado, tres clases de discurso: el político, en el que se delibera en torno a asuntos propios del “bien común”; el forense, relacionado con la “administración de justicia”; y el epidíctico, dirigido a censurar o elogiar a una persona. Por otro lado, son tres los principales medios de persuasión: el *ethos*, que atiende al carácter del hablante; el *pathos*, que busca situar el auditorio en un marco emocional determinado; y el *logos*, que se basa en la prueba proporcionada por el orador (Elster, Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana, 2001, pág. 77; Aristóteles, 1990).

Ahora bien, cada clase de discurso se vincula con un mecanismo de persuasión. Así, el discurso político debe atender fundamentalmente al medio *logos*; el discurso forense, a los medios propiciados por el *pathos*; y el discurso epidíctico, a lo proporcionado por *ethos* (Elster, Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana, 2001). Así, Aristóteles (Retórica, 1990) atiende a las emociones al analizar el discurso forense y los elementos subjetivos de la persuasión.

La definición que se expone es la siguiente “las pasiones son, ciertamente, las causantes de que los hombres se hagan volubles y cambien en lo relativo a sus juicios, en cuanto que de ellas se siguen pesar y placer” (1378^a, 20) Sin embargo, “(s)ituada en el contexto de los otros escritos de Aristóteles, esta definición es demasiado amplia, incompleta y engañosa” (Elster, Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones, 2002, pág. 79). Lo que hace necesario detenerse en la comprensión que dé cada una de las emociones realiza Aristóteles.

De ello, puede deducirse, siguiendo a González Lagier y a Jon Elster, las siguientes características. En primer término, las emociones en el pensamiento aristotélico se encuentran vinculadas con creencias o antecedentes cognitivos. Con ello se quiere decir, que para Aristóteles las emociones suponen una manera particular de observar el mundo que está basada en su evaluación (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009), y con ello, que las creencias pueden ser objeto de tratamiento racional, a la par que permiten la clasificación de las diversas emociones, superando las dificultades que impone

una visión basada, exclusivamente, en los cambios fisiológicos (Elster, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, 2002). En segundo lugar, es posible afirmar que las emociones, en el pensamiento del estagirita, causan sensaciones de placer y dolor, esto es, que la emoción genera sensaciones que explican la comprensión mecanicista de las emociones como algo que nos sucede (González Lagier, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009; Elster, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, 2002).

En tercer lugar, es posible señalar que las emociones contienen una referencia a un objeto (*Objetos intencionales*), pues Aristóteles suele referir a “la persona con la que nos enfadamos, o a la que tenemos miedo o de la gente que tenemos envidia” (Elster, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, 2002, pág. 81). En cuarto lugar, se encuentra la *excitación* que puede tener su origen en una afección corporal. Finalmente, se señala la existencia de expresiones fisiológicas, que hace referencia a los cambios corporales que se experimentan, por parte de aquel que se encuentra en un estado emocional, y se observan por parte de terceros como expresiones (Elster, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, 2002).

De esta manera, el pensamiento aristotélico, plantea algunas de las principales características o elementos de la emoción, y a su vez, da lugar a una teoría cognitiva en la que los antecedentes cognitivos, o juicios, tienen un lugar fundamental. Ahora bien, es necesario señalar que es Aristóteles el primero en discutir en torno a las emociones morales, esto es “aquellas que <<requieren de un conjunto complejo de conceptos, creencias y deseos relacionados con la moralidad>>” (González Lagier, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009, pág. 28)

1.2.2 Las emociones en el pensamiento de Jean-Paul Sartre

La concepción de las emociones de Jean-Paul Sartre se encuentra expuesta en su obra “Bosquejo de una teoría de las emociones” (2005).

Esta obra antecede a “El ser y la nada” y constituye un esfuerzo por construir un análisis de las emociones en el marco de la fenomenología⁵⁵. Así, considera que las emociones deben ser entendidas como “estructuras esenciales de la conciencia” (Sartre, 2005, pág. 26) que distan de ser simples datos fácticos, y poseen un significado en el marco de la realidad humana⁵⁶.

Para entender el significado de las emociones Sartre parte de la crítica a dos modelos: el clásico y el psicoanalítico. Con respecto al enfoque clásico, donde incluye algunas variantes de la propuesta mecanicista fisiológica y del conductismo, parte de la dificultad que tienen estos enfoques para entender la estructura de la emoción. Al referirse a James sostiene que:

En efecto, incluso si, objetivamente percibida, la emoción se presenta como un trastorno fisiológico, como un hecho de conciencia, no es un trastorno ni un caos totalmente puro. Y con ello no solo queremos decir que se presenta como una cualidad pura: se afirma también como una determinada relación de nuestro ser psíquico con el mundo (Sartre, 2005, págs. 39,40).

Así, la postura fisiológica, al definir la emoción como la conciencia de un estado fisiológico, no explica de manera suficiente por qué se genera una serie de estados de conciencia diversos para estados fisiológicos iguales o similares. Por ello, se coligen, las posturas conductistas, como la de Janet, deben recurrir a la noción de fracaso para explicar la emoción. Esta sería entonces “una conducta peor adaptada, o, si se prefiere, una conducta de desadaptación, una conducta de fracaso” (Sartre, 2005) ante una labor demasiado difícil, ante la cual, no es posible sostener

55 Al igual que “La trascendencia del ego”, “La imaginación” y “Lo imaginario. Psicología fenomenológica de la imaginación”, el “Bosquejo de una teoría de las emociones” constituye una introducción de la fenomenología y el pensamiento de Martin Heidegger en Francia, y anticipa la construcción de su *ontología fenomenológica* que encuentra su mejor exposición en la obra “El ser y la nada” (Ferrater Mora J., Diccionario de filosofía. Tomo IV. Q-Z, 2009).

56 “(L)a emoción es la realidad-humana que se asume a sí misma y se <<dirige-emocionada>> hacia el mundo” (Sartre, 2005, pág. 26)

un estado de conciencia común. Ello, indicaría una labor activa de la conciencia, pues

(p)ara que la emoción tenga la significación psíquica de fracaso, la conciencia ha de intervenir y conferirle esta significación, ha de contemplar la posibilidad de una conducta superior y aprehender la emoción precisamente como un *fracaso con respecto* a esta conducta superior. (Sartre, 2005, págs. 45,46)

La crítica de la escuela clásica de la emoción, permite a Sartre afirmar la importancia que juega la conciencia en la aparición de las emociones y comprender el papel que ocupa la relación del hombre con el mundo en su aparición⁵⁷.

Tras ello, se dirige al análisis de la teoría psicoanalítica de las emociones. Dicha teoría, señala Sartre “supone una organización sintética de las conductas, que no es sino el inconsciente de los psicoanalistas” así, las emociones, son entendidas como “medios utilizados por unas tendencias inconscientes para satisfacerse simbólicamente, para romper un estado de tensión insoportable” (Bosquejo de una teoría de las emociones, 2005, págs. 64,65).

Entonces, la postura fenomenológica de Sartre comparte con la versión psicoanalítica de las emociones la comprensión de las mismas como hechos que *significan*. Sin embargo, Sartre se separa de la misma por no conceder lugar alguno al inconsciente. A diferencia de la postura psicoanalítica, que sostiene que “lo *significado* está completamente cortado de lo *significante*”, Sartre señala que “es la conciencia la que *se hace a sí misma* conciencia, emocionada con vistas a las necesidades de una significación interna” (Sartre, 2005, pág. 73)⁵⁸.

57 “Así, pues, la teoría fisiológica de James nos ha llevado, por su misma insuficiencia, a la teoría de las conductas de Janet; y esta última a la teoría de la emoción-forma funcional, la cual nos remite finalmente a la conciencia” (Sartre, 2005)

58 Sartre explica su rechazo de la concepción psicoanalítica en los siguientes términos “¿Podemos admitir que un hecho de conciencia puede ser como una cosa con respecto a su significación, es decir, que puede recibir esta desde fuera como una cualidad exterior (así como es una cualidad exterior para la

Hasta aquí Sartre sostiene que la emoción está estructurada como un estado de conciencia con significación. Esta definición formal, es completada con una explicación más detenida. Así, ante una situación de tensión que implica una gran dificultad o un conflicto irresoluble, la emoción implica “una degradación espontánea y vivida de la conciencia frente al mundo. Lo que esta (la conciencia) no puede soportar de un determinado modo, trata de aprehenderlo de otro, adormeciéndose, acercándose a las conciencias del sueño, del ensueño y de la histeria” (Bosquejo de una teoría de las emociones, 2005, pág. 108).

Ante la incapacidad para sostenerse con una conciencia reflexiva ante el mundo, que se entiende allí como un complejo de utensilios que exige determinadas acciones para actuar sobre él, la conciencia se convierte en emocionada, convirtiéndolo en un mundo mágico, es decir, que carece de esas complejas e intrincadas relaciones del mundo y sus utensilios. (Sartre, 2005). Concluye Sartre:

Denominaremos emoción una brusca caída de la conciencia en lo *mágico*. O, con otras palabras, hay emoción cuando el mundo de los utensilios se desvanece de repente y es sustituido por el mundo mágico, (...) la vuelta de la conciencia a la actitud mágica (...). La emoción no es un accidente sino un modo de existencia de la conciencia, una de las formas en que *comprende* (en el sentido heideggeriano de <<Verstehen>>) su <<Ser-en-el-Mundo>>” (Bosquejo de una teoría de las emociones, 2005, págs. 124,125).

leña el haber sido quemada por unos hombres que querían calentarse)? Parece en principio que el primer resultado de semejante interpretación es convertir la conciencia en una cosa con respecto a lo significado, admitir que la conciencia se constituye en significación sin ser consciente de la significación que constituye. Existe aquí una contradicción flagrante, a menos que consideremos la conciencia como un ente del mismo tipo que una piedra o una lona. Pero en tal caso debería renunciarse totalmente al cogito cartesiano y considerar la conciencia como un fenómeno secundario y pasivo. En la medida en que la conciencia se hace, no es sino lo que se aparece a sí misma. Si posee, pues una significación debe de contenerla en sí como una estructura de conciencia” (Bosquejo de una teoría de las emociones, 2005, págs. 69, 70). Para un análisis de la crítica de Sartre a la noción de inconsciente véase (Zuleta, El pensamiento psicoanalítico, 2004).

1.2.3 Las emociones en el pensamiento de Martha Nussbaum

El pensamiento de Martha Nussbaum en torno a las emociones⁵⁹ ofrece especial interés para el estudio de su relación con el Derecho. Para la filósofa estadounidense es necesario partir de dos precisiones. En primer lugar, las emociones tienen un vínculo fundamental con las normas sociales, y por ello, todo análisis político que se desarrolle en una sociedad pluralista, debe atender a ellas. En segundo lugar, es necesario distinguir entre las emociones⁶⁰, los apetitos corporales, y los estados de ánimo sin razón aparente (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006).

Dicha distinción solo es posible mediante un acercamiento a las principales características de la emoción. A partir del análisis del temor de Judy Norman⁶¹, Martha Nussbaum entiende que las emociones poseen un objeto no intencional, pueden evaluarse como razonables o no razonables, involucran creencias en torno a un objeto, no involucran de manera necesaria una sensación, y se vinculan con juicios de valor (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006).

En relación con el objeto no intencional se afirma que las emociones están referidas a un objeto (Situación, persona, posibilidad futura, etc.) que se caracteriza por ser no intencional en la medida de que “su rol en la emoción depende de la manera en que lo ve y lo interpreta la

59 El análisis de las emociones en el pensamiento de Martha Nussbaum encuentra lugar en su obra “Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones”. (Nussbaum, 2008). En este análisis se atiende fundamentalmente al texto (*El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006) y (*Two conceptions of emotion in Criminal Law*, 1996).

60 “(E)s significativo que haya un acuerdo tan generalizado respecto de lo que incluye esa categoría(emoción)” “Entre las principales emociones (...) suelen incluirse la alegría, el pesar, el temor, la ira, el odio, la pena o la compasión, la envidia, los celos, la esperanza, la culpa, la gratitud, la vergüenza, la repugnancia y el amor” (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 37)

61 Para un análisis del caso de Judy Norman desde el Derecho Penal anglosajón, en específico desde la legítima defensa, véase (Chiesa, 2007).

persona que experimenta la emoción” (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 39).

De dicha observación e interpretación se puede predicar que es razonable o no razonable, con independencia de que sea verdadera o falsa. Al respecto señala la autora estadounidense:

Al suponer que ella cree que su niño ha muerto porque recibe la noticia de boca de una persona en la que confía y que cree que realmente puede saber cuál es la situación de su hijo. En ese caso, su creencia de que el niño está muerto puede ser falsa, pero parece razonable. En cambio, si cree la noticia porque escucha un rumor casual de una persona muy poco confiable, su creencia no es razonable, sea cierta o no. (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 40).⁶²

Lo anterior permite afirmar que las emociones se vinculan con creencias evaluativas⁶³ en torno al objeto. Dichas creencias evaluativas poseen un carácter complejo, pues implican la convergencia de múltiples ideas; permiten distinguir los diversos tipos de emociones; y constituyen un elemento esencial de la emoción que las distingue de los estados de ánimo sin razón aparente, y los apetitos corporales (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006).

La forma que adquiere este complejo de creencias y pensamientos es determinada por la evaluación que realiza el sujeto en torno “al

62 Continúa Nussbaum (*El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 40) “Ahora, volvamos a Judy Norman. Su temor se basaba en la manera en que veía su situación, en el sentido de que su vida y su seguridad se veían amenazadas por su esposo. Las dos partes involucradas en el caso discrepaban respecto de si su creencia de que era probable que su marido le causara un daño corporal grave era razonable. Ambas no plantearon la cuestión de la verdad, presumiblemente porque su creencia era respecto del futuro y en esa medida no podía determinarse su verdad. Lo que se preguntaban era si era razonable que, basada en su experiencia pasada y en las evidencias con las que contaba, creyera amenazadas su vida y su seguridad física”.

63 El lugar fundamental que juegan las creencias evaluativas en el Derecho Penal será analizado en el tercer capítulo, siguiendo en buena medida lo planteado por Martha Nussbaum.

bienestar de la persona o de algún grupo al que ésta se siente unida” (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 43). De esta manera para Nussbaum “sólo tenemos emociones respecto de aquello a lo que ya hemos logrado investir de cierta importancia en nuestro propio esquema de metas y fines” (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, págs. 41,42).

Así, para la autora estadounidense, las sensaciones son contingentes en el proceso emocional; las emociones pueden operar sin que apenas se sea consciente de ellas. Sin embargo, son las creencias las que aparecen siempre, y sin las cuales, las emociones carecen de explicación. Ahora bien, el lugar de las creencias en los apetitos es diverso. En ellos el pensamiento en torno al objeto aparece como fijo y difícilmente se logra su modificación mediante el cambio de las creencias:

Los argumentos y el cambio de creencias apenas influyen en ellos. Como dijo Sexto Empírico: “No se puede producir por argumento en el hombre hambriento la convicción de que no está hambriento”. Y Adam Smith señaló que, por este motivo, no sentimos hambre simplemente porque imaginemos el hambre de otra persona, de la misma manera en que uno puede ponerse triste o enojarse colocándose en el lugar de otro. Es insuficiente asimilar las creencias de la otra persona porque el hambre requiere de una condición corporal que simplemente no tenemos. La visión de Smith implica lo que Aristóteles aceptaría sin más: que no puede existir oratoria política destinada a provocar el hambre, del modo en que hay oratoria política destinada a provocar la ira y el temor. (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 44)

A pesar de lo anterior, Nussbaum insiste en que la distinción no puede hacerse *grosso modo* pues las normas y las creencias pueden ser modificadas por la educación social. Sin embargo, insiste en que la distinción trazada permite indicar un margen de diferencia útil para

el análisis. Por otro lado, al referir a los estados de ánimo, sostiene que estos se caracterizan por la inexistencia de una referencia clara al objeto (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006).

2. APROXIMACIÓN A UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DE LAS EMOCIONES

(EPÍGRAFE RESUMEN) A lo largo de este apartado se pretende sostener una teoría compleja de las emociones y del proceso emocional. Para ello, se ofrece, en primer término, una concepción de las emociones, en la que se identifican sus principales características, y se les distingue de otros fenómenos (Apetitos corporales y estados de ánimo sin objeto). En segundo término, se desarrolla un análisis del proceso emocional desde una perspectiva de orden estructural, que permitirá verificar la importancia de factores biológicos y sociales en la formación de las emociones.

Previo al análisis de cada una de estas temáticas es menester realizar dos acotaciones. En primer término, se hace referencia a una concepción *de las emociones* y no *de la emoción*. Con ello, se indica la dificultad para agrupar bajo una única serie de características los diferentes fenómenos a los que se denomina *emoción*. Autores como Jon Elster (2001; 2002) han señalado que existe una amplia posibilidad de que el concepto

“emoción” no sea “coherente y teóricamente útil”⁶⁴ (2002, pág. 293). Por ello, a pesar de que se realice una aproximación general a este concepto, es necesario precisar que cada emoción particular (Ira, temor, tristeza, culpa, etc.) posee una estructura ontológica autónoma que requiere ser explicada (Nussbaum, Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones, 2008).

En segundo lugar, es necesario realizar una aclaración en torno a dos términos colindantes al de emoción: el de pasión y el sentimiento. Cualquier intento de distinción en torno a los conceptos en mención es arriesgado por la carencia de consenso en torno a sus significados (Ferrater Mora J., Diccionario de filosofía. Tomo II. E-J, 2009)⁶⁵. Sin embargo, en la actualidad se han incluido bajo el concepto de emoción a un conjunto de fenómenos que contienen rasgos similares (“alegría, el pesar, el temor, la ira, el odio, la pena o la compasión, la envidia, los celos, la esperanza, la culpa, la gratitud, la vergüenza, la repugnancia y el amor” (Nussbaum, 2006, pág. 37)). Antes de James (1884) y Darwin (1897), estos se denominan de manera indistinta como sentimientos y/o pasiones⁶⁶, y su significado adquiere sentido según el autor al que se refiera⁶⁷.

64 Las dificultades con las que se encuentra este concepto y su caracterización son descritas por Elster a partir de la referencia a la analogía y la homología. “Los rasgos que subyacen a la homología deben su existencia a una historia causal común. Los rasgos que subyacen a la analogía pueden tener historias causales completamente diferentes, pero, a pesar de todo, producir efectos causales similares” (2001, pág. 19). El señalamiento de las dificultades no implica un escepticismo absoluto frente a las utilidades de la caracterización fenomenológica. En un sentido similar ha señalado Nussbaum (2008, pág. 28) “No obstante, cuando procedemos a analizar las emociones particulares, advertimos estrechas relaciones entre ellas, tanto conceptuales como causales, que debemos analizar si queremos llegar a una comprensión correcta de las variedades específicas”.

65 Ferrater (Ferrater Mora J., Diccionario de filosofía. Tomo II. E-J, 2009) señala “Algunas veces se ha intentado distinguir entre sentimiento, emoción y pasión por el grado de intensidad. Así, sea dicho que las emociones son más <<fuertes>> que los sentimientos, y que las pasiones son más <<fuertes>> que las emociones”.

66 Las emociones como son comprendidas en la actualidad “por los filósofos y psicólogos”, refieren a “cualquiera de una serie de tipos de estados mentales, aproximadamente aquellos que fueron denominados «pasiones» por filósofos anteriores como Descartes y Hume” (Gordon, 2004, pág. 280)

67 Dixon (2003) explica la consolidación del concepto de emoción como parte del proceso de secularización de la psicología. En términos genéricos la pasión suele referir a una afección del alma, es decir, a la afectación del alma por algo externo; el sentimiento puede ser comprendido como “la acción y el efecto de experimentar sensaciones” (Ferrater Mora J., Diccionario de filosofía. Tomo III. K-P, 2009), por lo que para nosotros será un elemento característico de la emoción.

2.1 Los componentes de las emociones desde una perspectiva mixta o compleja

La descripción de algunas de las principales teorías de las emociones nos ha permitido aproximarnos a la forma en las que estas han sido comprendidas a partir de una esquematización en dos polos: las teorías mecanicistas y las teorías cognitivas. Aunque cada una de estas posturas puede ser objeto de una crítica particular⁶⁸ ambas posturas adolecen de una falla fundamental: una hipertrofia de uno de los elementos de la emoción. Por ello, se sostiene la necesidad de atender a una mirada compleja de las emociones.

Una postura mixta o compleja de las emociones, es decir, que las comprende como un estado mental compuesto por elementos fenomenológicos e intencionales, en la capacidad de generar conductas, señala que estas: (i) tienen un vínculo con nuestras creencias, pues modifican nuestros procesos de entendimiento y evaluación; (ii) son causadas por creencias; (iii) se sienten de manera placentera o dolorosa (González Lagier, 2009). Como se ha señalado de manera reiterativa, solo una concepción compleja puede brindarnos una perspectiva global capaz de entender el contenido cognitivo de las emociones. Para lograr tal acercamiento es posible atender a la ubicación de los diversos factores motivacionales (Elster, *Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana*, 2001). En un extremo se encuentran los estados no cognitivos (puramente viscerales) y en el otro los estados motivacionales (no viscerales). Ubicando de esta manera los siguientes estados: los que tienen un objeto intencional pero ningún otro aspecto cognitivo (hambre, sed, deseo sexual); los que involucran un objeto intencional y pueden referir a algún otro elemento cognitivo (Ansias); aquellos que refieren a tres formas de aspectos cognitivos (Las emociones); y, finalmente, aquellos estados ausentes de visceralidad (Elster, *Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana*, 2001).

68 Véase (González Lagier, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009) (Kahan & Martha, 1996) (Calhoun & Solomon, 1999) (Kahan & Martha, 1996)

De esta manera, las emociones refieren a tres formas de lo cognitivo: en primer término, una creencia puede generar una emoción; en segundo término, una emoción puede ser modelada por una creencia; y, en tercer término, una emoción puede ser acerca de algo (Intencionalidad) (Elster, Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana, 2001). La manera en que las emociones, a pesar de referir a sensaciones, se vinculan con las creencias es fundamental para entender su rol en el derecho. Antes de pensar en torno a esta relación (Creencias- emociones), es posible realizar una aproximación fenoménica⁶⁹ a las emociones. Tal observación arrojaría los siguientes elementos característicos⁷⁰: sensación cualitativa, contenido cognitivo, intencionalidad, excitación fisiológica, expresión fisiológica, valencia, tendencia a la acción.

La **sensación cualitativa** (*qualia*) es una característica intrínseca de las emociones que se erige como su rasgo fundamental. Con esto se quiere decir que las emociones tienen como rasgo característico la vivencia en primera persona de una cualidad única (Elster, 2002). La existencia de una sensación cualitativa ha implicado un sinnúmero de problemas en la filosofía de la mente, que no se abordarán aquí. Sin embargo, en su mayoría, estos pueden ser explicados como residuos del dualismo cartesiano que es incapaz de entender la ontología de primera persona.

El **contenido cognitivo** de las emociones refiere a que cada una de ellas se vincula con un complejo e intrincado conjunto de **creencias** en torno a un objeto. En este sentido ha entendido Jon Elster que:

69 El análisis de las emociones impone múltiples dificultades para su explicación causal: desde la dificultad para una explicación común a partir de los elementos evolutivos comunes (Causas remotas); hasta la dificultad para describir los intrincados procesos neuronales que las producen (Causas próximas). Es por ello que debemos contentarnos con una descripción fenoménica, esto es, con el señalamiento de algunas notas características, no universales, que suelen hallarse en la mayoría de las emociones (Elster, Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana, 2001).

70 Elster en su trabajo sobre las pasiones incluye críticamente la aparición súbita, la imprevisibilidad, y la corta duración. Sin embargo, estas son problematizadas y no aparecen en trabajos posteriores. Al respecto señala de manera conclusiva: son “características menos centrales en las emociones humanas” (Elster, Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana, 2001, pág. 48).

las emociones pueden ser generadas- además de por las típicas creencias acerca de hechos externos inmediatos- por creencias acerca de las emociones propias (por ejemplo, la percepción de que se siente miedo puede provocar vergüenza), creencias acerca de las emociones de otras personas (la creencia de que otra persona me odia puede generar miedo en mí), creencias acerca de las motivaciones de otras personas (mi enfado puede deberse a creer que Alfredo pisa mi césped sólo para fastidiarme), creencias acerca de las creencias de otras personas (me entristece lo que creo que los demás piensan de mí), creencias sobre hechos imaginarios (como en algunos casos de celos), creencias de las que no estamos seguro o a las que asignamos sólo cierto grado de probabilidad, que incluso podría ser bajo (como en ciertos miedos irracionales), creencias contrafactuales (acerca de lo que hubiera podido suceder), creencias «como si» (como sucede con las emociones provocadas por las novelas o las películas). (González Lagier, 2009, págs. 444-445).

Nussbaum (2006) pregunta por el tipo de pensamientos que constituyen estas creencias. A ello responde, que se trata de creencias valorativas del objeto: este se aprecia como significativo, en tanto que adquiere “cierta importancia en nuestro propio esquema de metas y fines” (Nussbaum 44). Así, el valor que se atribuye al objeto “parece referirse al bienestar de la persona o al de algún grupo al que esta se siente unida” (Nussbaum, 2006, pág. 43).

En este mismo sentido señala González (2009, pág. 445) que las emociones “incluyen una evaluación de las propiedades de un objeto o de un fenómeno como factores que inciden en la satisfacción o frustración de un deseo”: llamaríamos facilitador a los factores que inciden en la satisfacción, y obstaculizador a los que están en la capacidad de frustrar el deseo.

La **intencionalidad** es, junto a la anterior nota, un elemento cognitivo de las emociones. Las emociones “son sobre algo” (Elster, 2001, pág. 43) “surgen <<a propósito de>> algo” (Elster, 2002, pág.

328). Esto quiere decir que están referidas a un “objeto” hacia el cual se siente la emoción⁷¹. Este “objeto” puede adquirir diversos caracteres: se siente indignación frente al conjunto de condiciones del país (Pobreza, corrupción, violencia, etc.); se siente temor por la aparición súbita de un perro; en el amor el objeto es siempre una persona (Elster, 2001, pág. 43), etc.

Las últimas cuatro características tienen un carácter visceral (Elster, 2002). La **excitación fisiológica** refiere al conjunto de cambios fisiológicos que presenta el organismo cuando se encuentra bajo la influencia de una emoción. Junto a ella se encuentra la expresión fisiológica y fisonómica. La distinción entre ambos caracteres es compleja. En torno a ello señala Elster:

aunque muchas expresiones están estrechamente vinculadas a respuestas fisiológicas (...), algunas no lo están. Las expresiones, por definición, son observables por los demás, mientras que la excitación normalmente no lo es. Algunas expresiones puede que deban su existencia a su capacidad para comunicar la emoción a los demás, mientras que en otros casos este efecto puede ser un subproducto accidental que puede resultar adaptativo o que puede no serlo. En una riña, una persona puede querer que su adversario piense que está enfadada, pero no que esta temerosa. Por tanto, su interés consiste en simular o suprimir las expresiones emocionales pertinentes, es decir, destacar los signos de ira y ocultar los de temor. (Elster, 2001, págs. 44-45)

La **valencia** encuentra su origen en la vivencia en primera persona de la emoción. Aunque se vinculan con las creencias evaluativas, por el momento, se simplifica, señalando junto a Elster (2002, pág. 47), que refieren “al hecho de que las emociones se experimentan como

71 Como se precisó en el análisis de Martha Nussbaum, esta referencia al objeto puede considerarse como no intencional. Ello en la medida de que el rol del objeto en la emoción depende del sujeto que lo ve e interpreta (Nussbaum, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley, 2006) (Ver 2.1.2.3).

placenteras o dolorosas, deseables o indeseables, que nos hacen felices o infelices”.

Finalmente, se presentan las **tendencias a la acción**. Con ello, se refiere a que las emociones nos compelen a la realización de determinadas conductas. Esta tendencia puede ser comprendida en diversos niveles. En este sentido entiende González Lagier (2009, págs. 101-102):

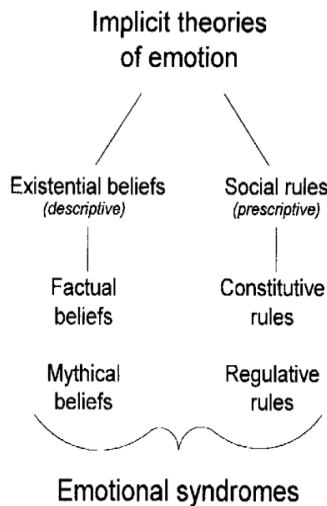
La conducta puede explicarse desde un punto de vista causal-mecanicista y desde un punto de vista intencional o teleológico. El primer tipo de explicación está interesado en hallar regularidades nómicas o legaliformes entre fenómenos; el segundo tipo de explicación pretende ofrecer una comprensión de la acción a la luz del propósito u objetivo perseguido por el agente, dotándola de esta manera de sentido. Suele decirse que las explicaciones causal-mecanicistas se refieren a los movimientos corporales y las explicaciones intencionales a la acción propiamente dicha (dado que se define <<acción>> como un fenómeno al que se le asigna un sentido o significado).

2.2 Factores relevantes en el proceso emocional: mapa de interacción

La discusión en torno a los elementos característicos de las emociones nos ha permitido optar por una visión compleja en la que interactúan tanto elementos fisiológicos como factores cognitivos (Véase 2.1 y 2.2). El análisis de los factores cognitivos se encuentra vinculado, a su vez, con creencias modeladas por la historia del individuo y su relación con el mundo social. La manera en que estas características interactúan adquiere un lugar fundamental para la explicación del proceso emocional. Dicha interacción es explicada aquí a partir del marco de referencia ofrecido por (Averill, Chon, & Hahn, 2001), en el que se distinguen y señalan las formas en la que interactúan los elementos implícitos en la aparición de un estado y una reacción emocional.

En primer lugar, se refiere a los sistemas biológicos (Genotipos) y a los sistemas sociales (Sociotipo). El sistema biológico, hace referencia al conjunto de emociones, principalmente primarias, heredadas biológicamente por las especies y que le permiten la supervivencia⁷². El sistema social, refiere a los patrones de respuesta que permiten la supervivencia de la sociedad, y que se encuentran en símbolos, artefactos y costumbres de la sociedad. En segundo lugar, la interacción entre ambos sistemas, en la experiencia de un individuo, da lugar a los rasgos emocionales (Averill, Chon, & Hahn, 2001).

En tercer lugar, refiere a los “síndromes” emocionales. Con ello se hace referencia al conjunto constructos teóricos, populares e implícitos, que permiten comprender el significado de una serie de “síntomas” emocionales. Estos dependen de: (i) las creencias existenciales del individuo en torno a lo que sus síntomas o emociones son, ya se trate de creencias fácticas o creencias míticas; y, (ii) de reglas sociales, que señalan, no lo que las emociones son, sino lo que deberían ser (Averill, Chon, & Hahn, 2001).



Cuadro 5. La relación de los síndromes emocionales (V.g: enfado, amor) con teorías implícitas de la emoción (Averill, Chon, & Hahn, 2001, pág. 169).

72 Darwin (Darwin, 1897) es el primero en señalar la importancia de la conducta emocional, y a su vez, de la herencia de las emociones como mecanismos para la supervivencia (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009).

En cuarto lugar, se analiza el concepto de esquema emocional. Con dicho concepto se refiere a las creencias existenciales y reglas sociales, en torno a las emociones, que son internalizadas por parte de cada sujeto. Es necesario acotar que: el proceso de internalización nunca termina; y, se da de manera particular en cada sujeto atendiendo a su personalidad, sus prácticas de socialización, y su posición en la sociedad, entre otros factores (Averill, Chon, & Hahn, 2001).

En quinto lugar, se encuentran los estados emocionales que se caracterizan por la puesta en marcha de un esquema emocional previamente internalizado o construido “en línea, es decir, en el momento en el que se presenta una situación inusual”⁷³. A su vez, a diferencia de los rasgos emocionales que se estructuran como predisposiciones duraderas, los estados emocionales tienden a caracterizarse por ser variables y temporales. (Averill, Chon, & Hahn, 2001)

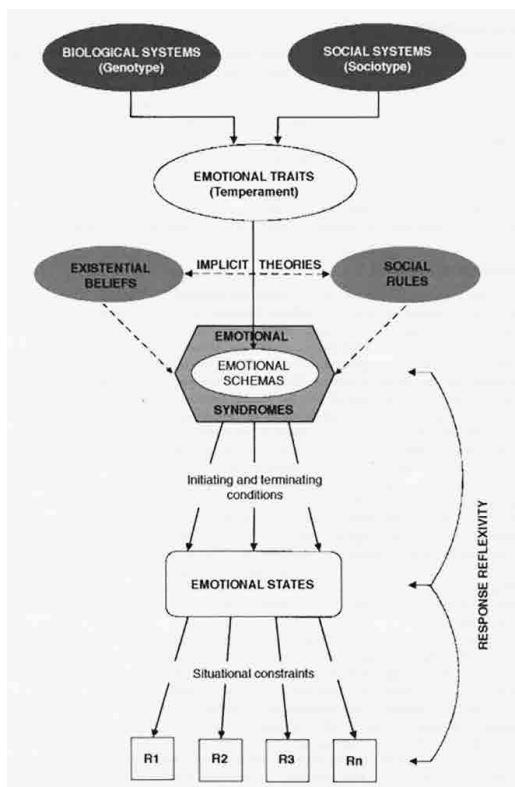
Finalmente, se presentan las respuestas emocionales, esto es, aquello que las personas hacen cuando se encuentran bajo un estado emocional. Dichas respuestas son, principalmente, de cuatro clases: actos instrumentales (Verdaderas acciones); cambios fisiológicos; reacciones expresivas, y sensaciones. Es necesario aclarar que para los autores el estado emocional no va necesariamente acompañado de una respuesta emocional (Averill, Chon, & Hahn, 2001).

Cómo se puede observar, la mayoría de características de la emoción, descritas anteriormente, adquieren un lugar dentro de este esquema general. Así, las tendencias a la acción se vinculan con los actos instrumentales, los cambios fisiológicos con la excitación fisiológica, las sensaciones con lo que se denominaba anteriormente *qualia*

73 “Emotional states involve the activation of relevant emotional schemas. This does not mean that emotional schemas fully formed in the mind (or brain) of the individual, just waiting to be activated by appropriate initiating conditions. Like other mental structures, some emotional schemas may be stored and recalled as such. When the situation is unusual and the episode complex, however, emotional schemas may be constructed “on line”, as an episode develops. In constructing a schema on line, the person has recourse to a large database of experience previously stored in memory, as well as general beliefs about the emotion and its consequences” (Averill, Chon, & Hahn, 2001, págs. 169-170)

(sensaciones cualitativas), y los esquemas emocionales encuentran una profunda relación con la valencia.

De esta manera, la descripción de los elementos nos ha permitido entender que existe una relación bidireccional entre los síndromes, los esquemas, los estados y las respuestas emocionales, que permiten colegir la necesaria particularidad de cada estado y respuesta emocional, y con ello, la necesidad de un ejercicio analítico y valorativo para cada situación en concreto. La forma en la que interactúan dichas variables es expresada en el siguiente cuadro:



Cuadro 6. Aspectos de la emoción. Las áreas sombreadas representan influencias externas (Biológicas y sociales); las áreas claras representan las variables personales (“Intrapsíquicas” y conductuales) (Averill, Chon, & Hahn, 2001, pág. 167).

3. DERECHO, RAZONABILIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

(EPÍGRAFE RESUMEN) La comprensión de la relación entre emociones y Derecho ha sido objeto de indagación reciente por parte de los teóricos⁷⁴. Por ello, a lo largo de este capítulo se pretende realizar una reconstrucción teórica destinada a la elucidación de la relación, a partir de la atención a algunos de los principales debates de la teórica jurídica contemporánea, en los que la relación emoción-Derecho aparece apenas insinuada, o vinculada de manera indirecta. En primer término, se hará mención a la concepción del Derecho como aspiración a lo razonable y del lugar que ocupan las emociones en dicha concepción. En segundo lugar, se realiza un análisis de los presupuestos político-criminales fundamentales para la atribución de responsabilidad penal en conductas mediadas por la emoción.

74 Véase 1.1.1.

3.1 Derecho, emociones y razonabilidad

3.1.1 El derecho, la justicia y la razonabilidad

Tanto lo racional como lo razonable refieren a dos formas del razonamiento sobre la realidad expuestos por primera vez por Aristóteles (Pérez Gil, 2012) (Haba, 1978). El primero, denominado raciocinio o analítica, “devela la realidad causal de inexorable ocurrencia de los fenómenos inmutables, en demostraciones universalmente válidas que se denomina ciencia o *episteme*” (Pérez Gil, 2012, pág. 106). El segundo, la razonabilidad “es un tipo de conocimiento relativo o cambiante según las circunstancias o los seres humanos. Los juicios o proposiciones que hace la *razonabilidad* no tienen el carácter inexorable de su ocurrencia, son *hipotéticos* (Pérez Gil, 2012, pág. 107).

Así, ambos modelos de razonamiento parten de proposiciones denominadas premisas, que al entrar en relación pueden dar origen a una conclusión. La premisa es apodíctica si se funda en premisas propias del raciocinio, y es, hipotética cuando se funda en premisas propias de la razonabilidad. Al respecto se señala:

Si el *silogismo*, admite en sus *premisas* un principio de realidad universal-demostrable, la conclusión es necesaria o *apodíctica*. Este tipo de *silogismo* será llamado *demostrativo* y es propio de las ciencias Físico-matemáticas y de la Lógica. Pero, si el *silogismo* se origina en un principio particular probable –acto de voluntad– dado en las premisas, la conclusión es de probable ocurrencia o *hipotética*. Este último tipo de *silogismo* será llamado *dialéctico* y es propio de las ciencias prácticas. No serán silogismos, aquellos razonamientos cuyas premisas son probables en apariencia, como será *paralogismo* cuando aun tomando principios de la materia que se discute, no sabe escoger estos principios, y en el género sobre que se cuestiona toma principios falsos” (Pérez Gil, 2012, pág. 108)

Desde esta perspectiva lo propio del mundo jurídico no es el razonamiento del raciocinio, sino el de la razonabilidad. En tanto que ciencia práctica “el razonamiento silogístico jurídico es una suposición de la voluntad, es normativo hipotético, y su conclusión depende de la aceptación o no de las premisas” (Pérez Gil, 2012, pág. 109)⁷⁵. Ahora bien, como señala Manuel Atienza, en la proposición “x es razonable” se puede referir con x a:

1) un enunciado jurídico, como una norma, un principio, una definición... o alguna combinación de enunciados de estos tipos; 2) un agente jurídico individual o colectivo (legislador, juez, funcionario, etcétera) o incluso un agente cualquiera en la medida en que el Derecho se refiera a él (por ejemplo, cuando se utiliza como *standard* de conducta la de <<un hombre razonable>>); 3) un acto consistente en establecer, interpretar o aplicar enunciados jurídicos, o bien sencillamente en seguir la conducta indicada en dichos enunciados (comportarse como lo haría <<un hombre razonable>>)” (Atienza, Sobre lo razonable en el derecho, 1989, pág. 93).

A partir de esta distinción, surgieron diversas posiciones que desde el ámbito de la filosofía del Derecho y de la teoría jurídica, se opusieron a las posiciones del iusnaturalismo y del iuspositivismo. En relación con el iusnaturalismo sostienen la inexistencia o imposibilidad de acceder al contenido de “lo justo” en términos de raciocinio. Sin embargo, ello a diferencia de lo sucedido en el desarrollo del positivismo, no implicó una reducción del derecho a las normas jurídicas.

Al respecto nos señalan (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2008, pág. 160):

⁷⁵ Enrique Haba desarrolla una crítica de los modelos basados en esta posición. Termina por concluir que el ámbito de las ciencias del espíritu puede desarrollarse en el marco del pensamiento racional y con posibilidad de método, pues se funda en una serie de razonamientos solo plausibles, pero intersubjetivamente controlables (Haba, 1978, pág. 23).

Desde mediados de los años cincuenta, en especial a partir de las obras de C. Perelman sobre la argumentación y la retórica, de T. Viehweg sobre la tónica, de L. Recaséns Siches sobre la lógica de lo razonable, y de todo el movimiento hermenéutico (derivado de los trabajos de E. Betti y H. G. Gadamer), se han desarrollado tentativas por construir una actividad judicial razonable y responsable en una sociedad democrática, tentativas que desembocan en lo que en general se conoce como la teoría de la argumentación jurídica que es desarrollada, entre otros, por N. MacCormick y R. Alexy.

Así, en la medida de que la lógica tradicional es meramente enunciativa, y no se compromete con el contenido material de las premisas (Feteris, 2007), es necesario atender a una lógica que analice las perspectivas, los matices, y las posiciones valorativas que subyacen al ordenamiento jurídico. Acota Recaséns Siches:

los contenidos de las normas jurídicas no pueden ser tratados como verdades mediante el instrumento de la lógica de lo racional. Por eso hay copiosísima experiencia de cómo, en una enorme multitud de casos, el empleo de la lógica tradicional en la interpretación del Derecho conduce a tremendos desaguisados e incluso a injusticias monstruosas. (Atienza, Curso de argumentación jurídica, 2013, pág. 264).

Con ello se extraen tres consecuencias fundamentales. En primer término, se comparte con Jacques Derrida (Fuerza de ley: el “Fundamento místico de la autoridad”, 1992, pág. 136) que “no se puede hablar *directamente* de la justicia, tematizar u objetivar las justicia, decir <<esto es justo>> y mucho menos <<yo soy justo>> sin traicionar inmediatamente la justicia, si no el derecho”, y sin embargo, no se puede renunciar al ideal de fundamentación del Derecho en términos de Justicia (Aporía fundamental en el mundo del fenómeno jurídico).

En segundo lugar, que, ante la dificultad para tematizar la justicia, pero ante la imposibilidad de hacerlo de manera definitiva, el derecho debe dar sus mejores razones, en términos de razonabilidad, para

sostener que determinada decisión es justa. En tercer lugar, se sostiene el papel fundamental que adquieren los principios en el mundo del derecho al permitir una mayor argumentación en términos de razonabilidad (Kaufmann, Filosofía del derecho, 1999).

3.1.2 La relación entre las emociones y el derecho

3.1.2.1 El debate Devlin-Dworkin: las emociones en el derecho anglosajón

El debate Devlin-Dworkin nos permite aproximarnos a la comprensión del lugar que ocupan las emociones en el ámbito del Derecho⁷⁶. El debate puede ser ubicado, siguiendo a Carla Faralli (2002, pág. 158), en el ámbito de la discusión contemporánea en torno a la “apertura de la Filosofía del Derecho a los valores ético-políticos”⁷⁷. Este inicia con la aparición del “Informe del comité encargado en infracciones homosexuales y prostitución” (Informe Wolfenden) (1957).

El informe, liderado por John Wolfenden tenía por objeto, analizar el tratamiento jurídico de la homosexualidad en Reino Unido. Desde 1533 con el “Buggery Act” la homosexualidad había sido castigada con sanción penal. Sin embargo, el incremento, tras la segunda guerra mundial, de las sanciones penales impuestas, y su aplicación a algunas personalidades de la vida pública, llevaron al gobierno a solicitar al comité la emisión de un informe en torno a dicha normatividad (Wolfenden, 1957).

En el informe se argumentó que el Derecho no se dirigía a comportamientos morales privados o sanciones éticas, y que, en general, solo debía ser aplicado cuando se encontrara ante una conducta

76 (Nussbaum, 2006)

77 Faralli refiere al debate Hart-Devlin. Sin embargo, por el interés de esta reconstrucción se atiende de manera pormenorizada a los razonamientos de Devlin, y a la crítica desarrollada por Dworkin en el ámbito de las emociones.

que afectara los derechos de otros ciudadanos⁷⁸ (Summers, 1957). Por ello consideró que los comportamientos homosexuales privados entre adultos no debían ser tratados como un delito⁷⁹ (Wolfenden, 1957).

Dicho escrito generó una amplia reacción en los debates públicos y teóricos, que fue desencadenado con la publicación de un artículo del reconocido juez inglés Patrick Devlin. En su artículo (La moral y el derecho penal, 2014) el juez Devlin sostiene una interesante postura en torno a la relación entre la moral y el derecho que se esboza a partir de tres preguntas fundamentales:

1. ¿Tiene derecho la sociedad a pronunciarse en materias de moral? En otras palabras, ¿debe haber una moralidad pública o es siempre la moral una materia reservada al juicio de los particulares?
2. Si la sociedad tiene derecho a pronunciarse en esto, ¿está autorizada a utilizar el arma de la ley para imponer su criterio?
3. Si tiene derecho a ello, ¿debe usar esa arma en todos los casos o solo en algunos? Y, si únicamente ha de utilizarla en algunos, ¿en qué principios ha de basar tal distinción? (Devlin, 2014, pág. 171)

La respuesta para las dos primeras preguntas es afirmativa. En primer término, sostiene que toda sociedad está estructurada a partir de una serie de “ideas compartidas”. Dichas ideas permiten generar un “lazo invisible de opinión común” que permite su conservación. Así, es necesario el sometimiento a la moral común para que la humanidad

78 “As a general proposition it will be universally accepted that the law is not concerned with private morals or with ethical sanctions. On the other hand, the law is plainly concerned with the outward conduct of citizens in so far as the conduct injuriously affects the rights of other citizens. Certain forms of conduct it has always been thought right to bring within the scope of the criminal law on account of the injury which they occasion to the public in general”. (Summers, 1957)

79 ‘Homosexual behaviour between consenting adults in private should no longer be considered a criminal offence’ (Wolfenden, 1957).

se preserve. Con lo cual quedaría, aparentemente, descartada cualquier consideración que pretenda hacer de la moral un asunto eminentemente privado.

En segundo lugar, Devlin afirma que la sociedad “está autorizada a defenderse, por medio de las leyes de los peligros que la amenazan desde dentro y desde fuera” (Devlin, 2014, pág. 179) y que, en ese sentido, no es posible la interposición de límites teóricos a la potestad del Estado. Ello en la medida de que la consecución del bien común requiere del mantenimiento de una moralidad preestablecida que evite la disolución de la sociedad (Devlin, 2014). Al respecto nos señala el juez inglés:

Las sociedades se desintegran desde dentro con mayor frecuencia que son destruidas por presiones externas. Esa disolución se produce cuando no se observa una moral colectiva, y la historia demuestra que la pérdida de los frenos morales constituye a menudo la primera etapa de la desintegración moral; esta, pues, justificado que la sociedad tome las mismas medidas para mantener su código moral que para preservar sus gobiernos y sus demás instituciones esenciales (Devlin, 2014, pág. 179)

En tercer lugar, se encarga de fijar los límites a la actividad anteriormente legitimada. Para ello recurre a tres argumentos. En primer término, sostiene la figura del hombre razonable como figura a partir de la cual es posible determinar los “principios que toda persona de mente recta admitiría como válidos” y que consiste en “el cúmulo de experiencia constante, acumulada de modo semiconsciente o inconsciente e incorporada a la moral del sentido común” (Devlin, 2014, pág. 183).

En segundo término, extrae de lo anterior, como principio fundamental, la necesidad del respeto del máximo de libertad compatible con la integridad de la sociedad. Entre estos dos principios primará el de la integridad de la sociedad, que podrá ser determinado por las mayorías. Es allí donde expresa el lugar que ocupan algunas emociones como guías de los procesos de criminalización primaria:

No debe estar penado por la ley nada que no rebase los límites de la tolerancia. No basta con expresar que una práctica **repugna** a una mayoría; es menester que haya un verdadero **sentimiento** de reprobación (...) **no creo que quepa desestimar la repugnancia si es un sentimiento profundo** y no ficticio. Su existencia es un buen indicio de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo ha de tolerarse. **Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia**; son estas las fuerzas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirían lo bastante como para privar al individuo de su libertad de elección (Devlin, 2014, pág. 185 y 186) (Negrita fuera del texto)

La argumentación de Devlin, como se ha indicado anteriormente, ocupa un lugar fundamental en la discusión sobre la relación entre derecho y moral en el derecho anglosajón. Hart (Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962), 2006), desarrolla un análisis detallado de cada uno de los argumentos a partir de la distinción entre moral positiva y moral crítica que tanto impacto tendría en la teoría jurídica contemporánea (Atienza, Curso de argumentación jurídica, 2013; Atienza, El sentido del Derecho, 2012).

Sin embargo, en uno de los puntos la posición del Juez Devlin parece superar la concepción mecanicista de las emociones indicando el papel central que juegan en el ámbito de los procesos de criminalización primaria. Situación que es obviada por Hart que dentro de la posición positivista relega el mundo de las emociones al de la simple opinión (Hart, 2006).

Sera Dworkin (Los derechos en serio, 1989, pág. 360) quien en el marco de la pregunta “¿Qué debo hacer para convencer al lector de que mi posición es una posición moral?” desarrolla una serie de criterios en los que las emociones ocupan una posición particular. El autor estadounidense indica que para que una posición moral puede

tomarse “en serio” se requiere presentar las razones que la sustentan: “Es claro que cualquier razón tal presupondría que acepto algún principio o teoría general, pero no es necesario que yo sea capaz de enunciarla, ni siquiera que me dé cuenta de que me estoy basando en ella” (Dworkin, 1989, pág. 360).

En este ámbito Dworkin indica que no se podrá sostener como razones: los juicios basados en prejuicios, las reacciones emocionales personales, las posiciones basadas en una proposición de hecho falsa, y la referencia a creencias ajenas. En lo relacionado con las reacciones emocionales personales nos dice:

Distinguimos las posiciones morales de las reacciones emocionales, no porque supongamos que las posiciones morales son desapasionadas o no están teñidas de emoción – más bien, lo contrario es la verdad-, sino porque se supone que la posición moral justifica la reacción emocional, pero no a la inversa. Si un hombre es incapaz de presentar tales razones, no negamos el hecho de su compromiso emocional, que puede tener importantes consecuencias sociales o políticas, pero no tomamos tal compromiso como demostración de su convicción moral (Dworkin, 1989, pág. 361)

La posición de Dworkin aparece como ambivalente. Por un lado, reconoce la existencia de emociones morales; por el otro, parece querer escindir las creencias de la reacción emocional. Lo segundo, tiene sentido en el terreno de la filosofía moral. Sin embargo, puede inducir a la consideración de que es posible distinguir entre las creencias y las reacciones emocionales, acercándolo a una posición mecanicista y no compleja de las emociones. Al respecto, señala Martha Nussbaum (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006, pág. 18), que:

Dworkin sostiene que el concepto de Devlin de “posición moral” debe ser analizado en detalle: aceptamos, dice, como buen fundamento para el derecho solo los juicios para los que se puedan

dar razones y en ese camino hacemos una fuerte distinción entre razón y emoción (...) Ahora, Dworkin reconoce que, si uno puede dar razones para sus propias reacciones emocionales, estas pueden ser admitidas; pero considera las razones, una y otra vez, como algo separado de la reacción emocional misma. Lo que llama “mera reacción emocional” no provee por sí misma razón alguna (...) Admiro una gran parte del argumento de Dworkin, pero abarca demasiado al considerar toda emoción como “mera reacción” y negar que las emociones, en y por sí mismas, puedan contener buenas razones, incluidas razones morales.

3.1.2.2 Kant y las emociones: Una aproximación al lugar de las emociones en el derecho continental

A lo largo de este apartado se propone una reflexión en torno a la idea de los derechos humanos, o derechos del hombre, implícita en el pensamiento de Kant. Esta tarea de gran amplitud encuentra concreción de la siguiente manera: en primer término, se analiza la justificación de la necesidad de fundamentar los derechos humanos; en segundo término, se expone de manera breve el pensamiento de Kant en torno al fundamento de los Derechos Humanos; en tercer término, se realiza una referencia a las dos objeciones principales que se han alzado contra el racionalismo Kantiano y su ceguera frente a las emociones. Se considera, que una de las mejores maneras de atender al lugar que ocupan las emociones en el derecho continental es comprender el papel que les ha otorgado la teoría dentro del ámbito de fundamentación de los derechos humanos: pilar fundamental del Estado moderno y de los modernos sistemas constitucionales.

La pregunta por el fundamento de los derechos humanos encuentra su justificación en por lo menos tres dificultades: una de contenido y una de estilo (Bourgeois, 2003). En primer término, en relación con el contenido, se hace necesario precisar que para la determinación de los derechos que debe ser reconocido se debe partir de una concepción antropológica particular. En este sentido señala Bourgeois (Filosofía y derechos del hombre, 2003, pág. 11): “¿Acaso se lo puede hacer consistir

(el contenido de los derechos fundamentales) en una multiplicidad de derechos, sin remontarse a su principio –una idea de hombre–, y haciendo abstracción así de lo que podría comprometer un acuerdo sobre objetivos determinados?”

Se precisa así de una fundamento antropológico lo suficientemente sólido para la determinación de los derechos, que logre superar las barreras de la determinación de dicho contenido en la variedad de grupos sobre los que se pretenderán hacer efectivos (Bourgeois, 2003). Sin ellos nos encontraríamos con las dificultades que supone la no existencia de una idea general de hombre y de la vigencia de diferentes órdenes jurídicos fundados en diversas concepciones valorativas. En este caso los derechos humanos no serían universales, sino simples construcciones occidentales.

En segundo término, aparece el problema del estilo, es necesario aclarar si se profesa un voluntarismo de los derechos humanos, esto es una concepción de necesidad de que los hechos sociales se adecuen al derecho; o un historicismo de los derechos humanos, que reconoce que estos se harán vigentes a partir de su desarrollo paulatino e interiorización mediante procesos histórico sociales (Bourgeois, 2003).

¿Qué quiere decir entonces fundamentar los derechos humanos? A ello da respuesta Mauricio Beuchot en los siguientes términos: “dar razón de ellos, y ver cuál es la justificación teórica que les da vida, pues de cualquier cosa que pretendemos que exista tenemos que ver cuál es la razón suficiente de su existencia. De otra manera, al defender los derechos humanos estaremos defendiendo cosas inexistentes, que no pasan de ser altos ideales o meros buenos deseos” (Derechos Humanos. Historia y filosofía, 1999, pág. 43).

En tal ejercicio de fundamentación, y frente a la discusión teóricamente ya superada de la tensión entre los derechos-libertades y los derechos- créditos, se ha vuelto de manera reiterativa sobre el pensamiento de Emmanuel Kant (Bourgeois, 2003). Ello no es arbitrario. Por el contrario, encuentra eco en el hecho de que la Declaración de

los Derechos del Hombre y el Ciudadano encuentra su fundamento “en el principio rousseauiano de la absolutización de la libertad, cuya elaboración conceptual fue cada una de las filosofías de Kant, Fichte y Hegel” (Bourgeois, 2003, pág. 16).

¿Cuál es el fundamento de los Derechos del Hombre en la filosofía Kantiana? En Kant, la respuesta a esta pregunta puede ser encontrada en la Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres (Kant, 2012). Allí, Kant se propone “la búsqueda y el establecimiento del principio supremo de la moralidad” (Kant, 2012, pág. 76). El lugar al que llegara esta búsqueda encontrara asidero en el respeto de la libertad humana como eje de la justicia. Fundamento que se distanciara de los enfoques utilitaristas, que buscan la maximización de la libertad, y la ética de la virtud, que comprende la justicia como potenciación del hombre virtuoso (Sandel, 2011).

La forma en la que la libertad, la razón, la justicia, la moral y los derechos humanos, se encuentran vinculados en el pensamiento Kantiano será expuesta de manera breve. En la Crítica de la Razón Pura Teórica, el pensador de Konisberg, se encuentra con la imposibilidad de desarrollar la metafísica como ciencia (García Morente, 2005) (Kant, Prólogo a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia, 1971). Sin embargo, su imposibilidad en el dominio de la razón pura, no implica su posibilidad en el ámbito de la filosofía práctica (García Morente, 2005).

En este dominio no opera la razón teórica. Por el contrario, opera la razón práctica. Esto es, aquella que guía el hacer cotidiano del hombre: que se alimenta, transporta, estudia, trabaja, gobierna, entre otros. ¿A qué se obedece en la vida cotidiana? Entonces, a partir de la conciencia moral, Kant procura establecer el principio supremo de toda moralidad. Este análisis que se da en un doble sentido (Utilizando el método analítico y el método sintético), lleva a una serie de afirmaciones necesarias para la comprensión de su postura en torno a los Derechos Humanos.

En primer término, Kant empieza por precisar “No es posible pensar nada dentro del mundo, ni después de todo tampoco fuera del mismo, que pueda ser tenido por bueno sin restricción alguna, salvo una buena voluntad” (Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2012, pág. 79). Una buena voluntad, prosigue Kant no puede basarse en los talentos, las cualidades del temperamento, los dones de la fortuna, la felicidad, o similares (Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2012, pág. 79). Todas ellas son consideraciones de carácter empírico. Al respecto precisa Sandel (*Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 2011, pág. 125):

Kant sostiene que la moral no puede basarse en consideraciones meramente empíricas, como lo son los intereses, necesidades, deseos y preferencias que las personas puedan tener en un momento dado. Estos factores son variables y contingentes, señala, así que difícilmente podrían basarse en ellos unos principios morales universales.

Por ello, tanto la felicidad de la ética de las virtudes, como la felicidad buscada por el utilitarismo no son un fundamento lo suficientemente sólido para el actuar moral (Sandel, 2011). ¿En dónde se ha de encontrar tal fundamento? Kant prosigue en el análisis y señala que si el fin del hombre fuera la felicidad mal se habría hecho en otorgarle razón al hombre, pues para ello habría bastado con el instinto. La razón práctica es “una capacidad que debe tener influjo sobre la voluntad” y que nos ha sido dada para “generar una voluntad buena en sí misma y no como medio con respecto a uno u otro propósito” (Kant, 2012, pág. 84).

Así, la razón práctica no puede tener el papel de esclava de las pasiones, los intereses o los sentimientos, sino que debe ser buena por sí misma. ¿Cómo es posible esto? Es posible en la medida de que todo acto bueno se presenta a la conciencia bajo la forma de deber, es decir en la forma de un imperativo (Kant, 2012) (García Morente, 2005). Así, la razón manda a la voluntad bajo la forma de dos imperativos: los categóricos y los hipotéticos. Nos dice Kant (*Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2012, págs. 114, 115): “Si la acción fuese

simplemente buena como medio para otra cosa, entonces el imperativo es hipotético; si se representa como buena en sí, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es categórico”.

Así, la libertad en Kant adquiere unas dimensiones mucho más precisas, sino exigentes. La acción libre responde a la razón y está fuera de toda inclinación. Sin embargo, cuando se actúa de conformidad a mandatos de carácter hipotético, no se procede como seres libres sino como determinados, se es heterónimo, dice Kant. Somos libres, entonces, cuando se actúa autónomamente, y “actuar autónomamente es actuar conforme a una ley que me doy a mí mismo, no conforme a los dictados de la naturaleza o de la convención social” (Sandel, 2011, pág. 127). Por ello, al suponer que la responsabilidad solo puede encontrar su fundamento en el actuar con independencia del mundo fenoménico.

Queda por determinar el contenido del imperativo categórico. Esta fórmula no tiene un contenido material: “Cuando pienso un imperativo hipotético, no sé de antemano lo que contendrá, hasta que se me da la condición. Sin embargo, al pensar un imperativo categórico, sé al instante lo que contiene” (Kant, 2012, pág. 126). Por ello, con Kant se presenta una ética de carácter sustancial y procesal. Al respecto es posible señalar (Kaufmann, 1999, pág. 467):

“Kant no ha dado simplemente la vuelta al esquema sujeto-objeto. Su pensamiento no es objetivista ni tampoco subjetivista sino procesal. Esto lo había ya observado muy claramente Arthur Schopenhauer. En los Dos problemas fundamentales de la Ética dice éste:

<<La fundamentación kantiana de su ley moral [...] de ninguna manera es la demostración empírica de la misma como un hecho de conciencia ni una apelación al sentimiento moral ni un petito principio bajo el elegante nombre moderno de un ‘postulado absoluto’, sino es un proceso de pensamiento muy sutil>>. El notable imperativo categórico no significa, pues nada distinto de la deducción de atrevidos enunciados de contenido moral por un

procedimiento intelectual. En Kant no se encuentra al inicio un principio de contenido moral sino un procedimiento”.

Aclarando ambas cualidades atendiendo a su formulación. En primer término, se formula en los siguientes términos “obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal” (Kant, 2012, pág. 126). Aquí el hombre se somete al puro mandato del deber, es decir de la razón, y actúa libremente. ¿Por qué? Porque la motivación de la acción moral no encuentra su fundamento en las inclinaciones, es decir en los mandatos hipotéticos, sino la idea de deber en sí. Se actúa conforme a la razón misma. Supongamos que decido no pasar un semáforo en rojo. Si lo hago por miedo a la muerte o la infracción no soy libre, sigo sometido al mundo fenoménico. Solo en el momento en el que realizo esta acción en razón del deber mismo, esto es, del hecho, de que esta actividad podría tener un carácter universal, pues no se contradeciría a sí misma, entonces actuó moralmente.

En segundo término, se encuentra la formulación del imperativo categórico que se vincula de manera directa con la fundamentación de los derechos humanos. Nos dice Kant: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca como medio” (Kant, 2012, pág. 139). Al precisar que el actuar moral, se da solo con base en la razón, de conformidad con el imperativo categórico, se dice que toda acción del hombre debe ser tomada como un fin en sí mismo, y nunca como un medio para la consecución de un fin, pues de esa manera quien ejecuta la acción no actúa autónomamente.

Sandel nos permite entender mejor esta formulación “Kant presenta la segunda versión del imperativo categórico como sigue: no se puede basar la ley moral en ningún interés, propósito o fin particular, porque entonces sería relativa a la persona cuyos fines refiriere” Entonces se precisa algo que tenga carácter absoluto, “¿Qué puede haber que tenga un valor absoluto, como un fin en sí mismo? La respuesta de Kant es: la humanidad” (Justicia ¿Hacemos lo que debemos?, 2011, págs. 140, 141).

Todo hombre dice Kant, y en general cualquier ser racional, existe como un fin en sí mismo. La razón les da dignidad. Los seres racionales merecen un trato especial por el hecho de ser racionales, y, por ende, capaces de determinarse a sí mismos (Causalidad por libertad). Cuando se utiliza a un sujeto para recaudar pruebas de una peligrosa banda criminal o cuando torturo a un peligroso criminal para que señale donde se encuentra una bomba hiero la dignidad humana, el imperativo categórico, y no actuó moralmente. Se encuentra así uno de los más sólidos fundamentos a favor de los derechos del hombre (Bourgeois, 2003). Para finalizar se expone la apreciación de Sandel:

Pero el respeto kantiano es un respeto a la humanidad en cuanto tal, por la capacidad racional que reside, indiferenciada, en todos. Esto explica por qué violarlo en mi propio caso es tan rechazable como violarlo en otros. Explica además por qué el principio kantiano del respeto se acomoda a las doctrinas de los derechos humanos universales. Para Kant, la justicia requiere que se respeten los derechos humanos de cualquier persona, viva donde viva o se conozca poco o mucho, simplemente porque es un ser humano, capaz de servirse de la razón y, por lo tanto, digna de respeto (Sandel, 2011, pág. 142)

Hasta aquí se tiene una serie de afirmaciones no problemáticas. A continuación, se pretende realizar una reflexión en torno a algunos de los problemas que plantea tal teoría de fundamentación de los derechos humanos. En primer término, se debe pensar en algunas de las objeciones dirigidas por Rorty a la pretensión Kantiana. Rorty nos dice que cualquier intento de fundamentación de los derechos humanos sobre una idea determinada del hombre está condenada al fracaso (Derechos Humanos, racionalidad y sentimentalismo, 1995). No existe algo así como la esencia humana, y la mayoría de distinciones que permiten su consolidación, como la distinción hombre-animal, son en su mayoría hechos culturales, es decir “hechos del mundo históricamente contingente” (Rorty, 1995). Así, siguiendo a Rabossi, Rorty entiende que todo intento de fundamentación de los derechos humanos es caduco.

En segundo término, y en relación con Kant, sostiene que poco importa manifestar la universalidad de los derechos humanos, pues las “personas se sienten moralmente ofendidas ante la sugerencia de que deberían tratar a alguien que no está emparentado con ellas como si fuese su hermano, o a un negro como si fuese blanco, o aun marica como si fuese normal, o a una pagana como si fuese una creyente” (Rorty, 1995). Esta réplica, que parece un argumento simplemente retórico encuentra fundamento en una concepción clara: no es la fundamentación de los derechos humanos, sino la educación sentimental, la que garantiza su cumplimiento. Poco importa hablar de la racionalidad, la libertad, la dignidad, y la autonomía a quien actúa de conformidad con su sentir inmediato.

Curiosamente, al no compartir la postura de Rorty que no deja en claro el carácter de dicha **educación sentimental**, se abre otro punto desde el cual, es posible la crítica de la postura kantiana. En primer término, es necesario preguntar si es la razón aquello que hace a los hombres dignos, ¿Cómo se ha de tratar a aquellos seres que no son racionales?

La respuesta parece haber sido dada en “Sobre la paz perpetua” (Kant, 1991). Con quien se comporta de manera irracional es posible el ejercicio de la violencia en búsqueda de la paz. Argumento que constituye una de las bases del derecho penal del enemigo. Nos dice al respecto Jakobs:

KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa de la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿Qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito <<Sobre la paz eterna>> dedica una larga nota de pie de página al problema de cuando se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano

exponiendo lo siguiente: <<Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, sí bien no de manera activa (facto), si por la ausencia de legalidad de su estado (statu injusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad” (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pág. 31).

Con la sola lectura de este fragmento se intuye el peligro. ¿Están las naciones civilizadas justificadas para intervenir los países “incivilizados”? ¿Es el concepto de civilización un universal? ¿Justifica esto la entrada de los españoles en Latinoamérica? Pareciera entonces más seguro volver sobre el fundamento propuesto por Bentham: el de la sensibilidad (Kaufmann, 1999)

En este sentido, señala Midgley que aquello que convierte a las criaturas en nuestros prójimos, lo que las hace merecedoras del respeto básico, no es la capacidad intelectual, sino la cofraternidad emocional (¿Es un delfín una persona?, 1996) (Garavito Rincón, Méndez Jiménez, & Ibáñez Zambrano, 2014). Tal postura, no solo permitiría la solución de una mayor cantidad de problemas, como el de los derechos de los animales, sino que permitiría una concepción más adecuada del hombre, como conglomerado de razón, voluntad y afectividad⁸⁰.

Esta fundamentación de los derechos humanos, como corolario de la ilustración alemana parece despojar a las emociones de uno de sus componentes: el de la creencia. Que las emociones son simples reacciones carentes de sentido se encuentra también en el positivismo kelseniano. Al respecto sostiene Kelsen:

80 Para una lectura que reivindica el papel de las emociones en la toma de decisiones morales en el pensamiento Kantiano véase (Arango Rivadeneira, Emociones morales y decisiones prácticas, 2009)

El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, **está determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un carácter eminentemente subjetivo**. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en ese sentido es relativo (Kelsen, 1991, pág. 17) (Negrita fuera del texto)

3.1.3 Cuatro formas de aproximarse a la relación emoción-Derecho: intento de clasificación

Tras haber realizado un análisis en torno a las principales posiciones teóricas en torno a la relación entre derecho y emociones, en el ámbito del derecho continental y el derecho anglosajón, es posible establecer una clasificación de dichas posturas entre las posturas que entienden las emociones como: fenómenos no-rationales, fenómenos siempre irracionales, fenómenos siempre racionales, y fenómenos en ocasiones razonables.

En primer término, se mencionan las posturas que entienden las emociones como fenómenos no-rationales⁸¹. Estas al negar cualquier intervención de los elementos de carácter cognitivo (Intencionalidad o creencias evaluativas) consideran imposible realizar un juicio de racionalidad sobre los fenómenos emocionales. Esta postura se encuentra en diversas variantes de la teoría tradicional de las emociones (González Lagier, 2009).⁸²

81 Precisemos que “Podemos decir que las emociones son <<no-rationales>> o decir que son <<irracionales>>. Si afirmamos lo primero, hablamos de lo que Ronald De Sousa ha llamado <<racionalidad categorial>> (como cuando decimos que <<el hombre es un ser racional>>); si decimos lo segundo, hablamos de <<racionalidad evaluativa>> (Como cuando evaluamos una creencia como racional o no)” (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009, pág. 106).

82 Tanto en la perspectiva de James (1884) como en la postura de Descartes (2000) las emociones están por fuera de la categoría racional. “las concepciones que identifican las emociones con las sensaciones (como la de Descartes) no pueden aceptar a las emociones como un estado mental susceptible de ser calificado de racional o irracional (o apropiado o inapropiado), porque las meras sensaciones no lo son. Obviamente tampoco puede predicarse la racionalidad de las emociones si se conciben como cambios

En segundo término, se exponen las posturas que conciben las emociones como fenómenos siempre irracionales. En esta se encuentran elementos propios de las teorías evaluativas al considerar que a las emociones subyacen juicios evaluativos. Sin embargo, consideran que estas son valoraciones “equivocadas, porque prestan excesivo valor a lo que no lo tiene” (González Lagier, 2009, pág. 108)⁸³.

Para ambas teorías el mundo de las decisiones prácticas, es decir tanto la moral como el derecho, deben fundarse en la razón⁸⁴ y excluir cualquier referencia a las emociones por carecer de pensamiento o ser pensamientos falsos (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006). Esta posición ha sido avalada por diferentes teóricos liberales del derecho⁸⁵, y ha procurado, aunque no logrado, desterrar las emociones del mundo jurídico.

Tal comprensión de las emociones y de la relación derecho-emoción presenta múltiples dificultades. En primer término, comporta una elección de contenido deontológico, al afirmar que ninguna elección debería intervenir en la construcción del derecho, aun cuando en el mundo de las decisiones prácticas, y en especial en la construcción del derecho, las emociones juegan un papel activo⁸⁶. Emociones como

fisiológicos (como hace William James): una alteración en el nivel de adrenalina puede calificarse de útil o no, pero llamarlo racional (o irracional) sería hablar en sentido metafórico” (González Lagier, 2009, pág. 107).

- 83 Esta postura es mantenida, en especial, por los estoicos. En este sentido señala Nussbaum, que, para ellos, “la falta de juicio no es problema. El problema es que los juicios son falsos, y lo son porque atribuyen gran valor a personas y acontecimientos externos que no están bajo el control de la virtud ni la voluntad racional de la persona” (González Lagier, 2009, pág. 108)
- 84 La dogmática jurídico-penal alemana, y por ende la colombiana, han recibido una influencia activa del pensamiento Kantiano. Se ha discutido en torno a la posición de las emociones en su pensamiento. En el mundo de las decisiones prácticas, guiadas por el imperativo categórico, las emociones carecerían de lugar.
- 85 Esta aseveración permite ubicar una importante discusión de la teoría jurídica y la filosofía política en torno a los “sentimientos” o emociones (Utilizo, por el momento, ambos conceptos como equivalentes). Así, Nussbaum (2006) afirma que la posición de Dworkin (Dworkin, 1989) termina por asumir la postura propia de la teoría tradicional que niega cualquier papel a las emociones en la toma de decisiones prácticas, o las reduce al ejercicio de un papel negativo. Esta discusión, que surge a partir de la propuesta del juez inglés Devlin en torno al homosexualismo, es también asumida por Hart que parece no dar un papel importante a las emociones como fuente material del derecho como se señaló anteriormente.
- 86 Recordemos la apelación a la repugnancia del senador colombiano Roberto Gerlein, en el marco de la discusión en torno al matrimonio entre parejas homosexuales, “Miro con repulsión el catre compartido por dos varones (...) es un sexo sucio, asqueroso, merece repudio, es un sexo excremental”.

la compasión o la indignación serían negadas en el debate público, en donde se acudiría a un juego frío de razonamientos.

En segundo término, impediría explicar las prácticas jurídicas que apelan a las emociones. Por ejemplo, el análisis de la función moduladora de las emociones en materia de responsabilidad penal sería una práctica arbitraria que debería ser tratada de dos formas: o bien se reconocen las emociones como cosas que “nos suceden”, y que, por lo tanto, no constituyen una conducta humana⁸⁷; o bien se reconocen como fundadas en juicios irracionales que, al poder ser contenidos mediante una atenta educación moral, carecen de fuerza para atenuar la responsabilidad.

Una tercera dificultad se encuentra en el germen de las anteriores. La concepción de las emociones que subyace a estas posturas no concuerda con una teoría compleja de las mismas. La negación de todo elemento cognitivo, y la generalización de irracionalidad, impide captar la relevancia de las emociones en el mundo de las decisiones prácticas y en el mundo jurídico. Por tanto, solo una concepción compleja que atienda a los elementos ya delineados, está en la capacidad de explicar la relación emoción-derecho. Sin embargo, antes de analizar esta postura es necesario señalar los peligros de una mirada que ve en las emociones un guía suficiente para la toma de decisiones prácticas.

(Valencia, 2012). La apelación a la emoción de lo repugnante, como hemos señalado anteriormente, es un fundamento de conductas discriminatorias. Autores como Devlin han intentado darle a esta emoción un papel fundamental en la construcción de argumentos a favor de la penalización de las conductas homosexuales (Nussbaum, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley, 2006). En torno al papel de las emociones en la construcción del derecho es posible atender al realismo escandinavo. Allí Hägerström ha hecho hincapié en que con “naciones como las de “derecho”, “deber”, “propiedad”, “voluntad del Estado”, etc. Se trata de “ideas” que no tienen como base una realidad de tipo empírico, sino la creencia en poderes sobrenaturales. Pero pueden ser explicadas en términos psicológicos, esto es, a partir de emociones psicológicas que tales expresiones suscitan en la gente y que determinan su comportamiento” (Atienza, El sentido del Derecho, 2012).

87 Per se las emociones no son conductas de trascendencia penal. Por ello, requieren un vínculo directo con la conducta. Sin embargo, una teoría que no da lugar ni a la voluntad ni a los elementos cognitivos como factores motivacionales tendría las emociones como una especie de movimiento o acto reflejo en los que la voluntad no interviene de ninguna manera en la reacción. Situación no contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano (Velásquez Velásquez, 2013, págs. 313-337)

Con ello se hace referencia a una tercera postura⁸⁸. Ella considera que las emociones, más allá de contener creencias y referir a objetos (Intencionalidad), nos orientan en la comprensión adecuada de la moralidad. De alguna manera, las emociones serían, en todo caso, manifestaciones racionales que nos orientan en una comprensión adecuada de las decisiones prácticas, o, en el peor de los casos, guías útiles para la supervivencia del organismo social e individual, que no admiten discusiones en torno a su racionalidad⁸⁹. Siguiendo a Nussbaum en torno a la consideración de algunos teóricos alrededor de la repugnancia:

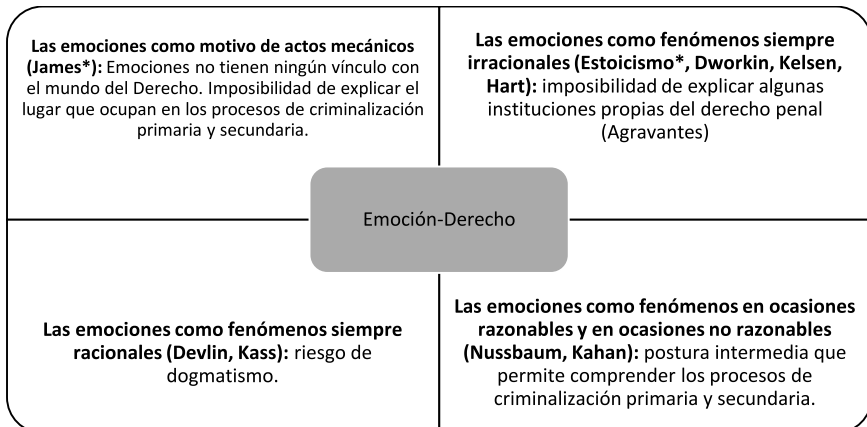
Para Devlin y Kass, la repugnancia tiene mucho más alcance. Aunque la mayoría de los ejemplos de Kass respecto de lo repugnante involucran, de hecho, el daño a terceros, está claro que no acepta el principio limitante de Mill y que está dispuesto, junto con Devlin, a regular la conducta inofensiva. No obstante, el argumento que usa para defender la regulación es muy diferente al de Devlin, pues emplea un cuadro muy diverso de por qué la repugnancia debe considerarse un criterio confiable. Para Devlin, la repugnancia es engendrada socialmente y es valiosa porque nos informa acerca de normas sociales profundamente enraizadas. Para Kass, la repugnancia es presocial o extrasocial, y su valor reside en alertarnos de peligros para nuestra humanidad que una sociedad corrupta puede haber ocultado a la vista. Ambos, sin embargo, concluyen que la repugnancia nos da información que no tendríamos sin ella. También concuerdan en que es pertinente para la regulación legal, más allá de que sus posiciones puedan ser sostenidas o no por un análisis racional. (2006, pág. 106)

88 Esta postura es un tipo ideal. En el mundo teórico quienes asumen que las emociones pueden ser racionales o irracionales suelen observar cada una de las emociones en concreto para el ejercicio valorativo.

89 Autores como Devlin o Kass hacen de la repugnancia una guía moral, caso en el que el sentimiento del senador Gerlein no sería irracional o no-razonable, por el contrario, sería una guía adecuada para la toma de decisiones.

Desde esta posición las emociones tendrían una especie de racionalidad práctica indiscutible, lo que hace estéril cualquier discusión en torno a los razonamientos que se esconden tras de ellas. Su evidencia intuitiva las aleja de cualquier análisis discursivo, y permite, que una emoción irracional y variable, como la repugnancia, sea una fuente suficiente para la prohibición de un hecho: la persecución de los judíos fue posible, entre otras cosas, por resultar repugnantes para el pueblo alemán; la prohibición de la homosexualidad se fundó, durante mucho tiempo, en la repugnancia que generaba a los convencidos heterosexuales; la misoginia se vincula en muchas ocasiones con la consideración de la mujer como repugnante (Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 2006).

La cuarta postura está en la capacidad de evitar los vicios de las anteriores. Cada emoción requiere de un análisis particular que analice su estructura, la manera en la que surge, los elementos que la componen, las tendencias a la acción que genera, las creencias que supone, etc. Solo una comprensión íntegra de la emoción permitiría concluir si se llegan a encontrar con una emoción razonable o no-razonable.



Cuadro 7. Autores y posturas en torno a la relación derecho-emociones.

3.2 Derecho penal y razonabilidad: una cuestión de política criminal

3.2.1 Dogmática jurídico-penal, criminología y política criminal

La comprensión de la política criminal requiere de una distinción previa que permite ubicar su lugar en el ámbito de estudio del fenómeno penal. Dicha distinción atiende al hecho de que “existe un número plural de disciplinas que lo hacen (Estudian el derecho penal) de manera integral y con cometidos uniformes” (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 7) (Paréntesis fuera del texto).

Dichas disciplinas han sido fundamentalmente tres (Mir Puig, 2016; Velásquez Velásquez, 2013; Hassemer & Muñoz Conde, 1989). En primer lugar, se muestra la Dogmática jurídico-penal que tiene por objeto el estudio del derecho penal positivo en perspectiva normativa (Mir Puig, 2016). En este sentido se señala (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 11):

La dogmática jurídico penal –o dogmática del derecho penal– es el saber que estudia el derecho penal positivo, que averigua el contenido, los presupuestos, y las consecuencias de las normas punitivas, las que desarrolla y explica en su conexión interna; que ordena el material jurídico en un sistema, en el cual tienen cabida las elaboraciones de los tribunales y de la doctrina, e intenta, en fin, hallar nuevos caminos de desarrollo conceptual y sistemático. Además, luego de retomar las diversas perspectivas jurídicas –pues se remite a todo el ordenamiento jurídico– y extrajurídicas –**acude a la criminología y a la política criminal**–, emprende la crítica del derecho penal vigente y logra que las aportaciones criminológicas se traduzcan en **exigencias político criminales**, las que, a su vez, se tornen en normas jurídicas, para completar así una **ciencia penal totalizadora**.

En segundo lugar, se presenta la Criminología. Esta, a pesar de las diversas corrientes teóricas en las que se ha desenvuelto⁹⁰, puede ser entendida como (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 19):

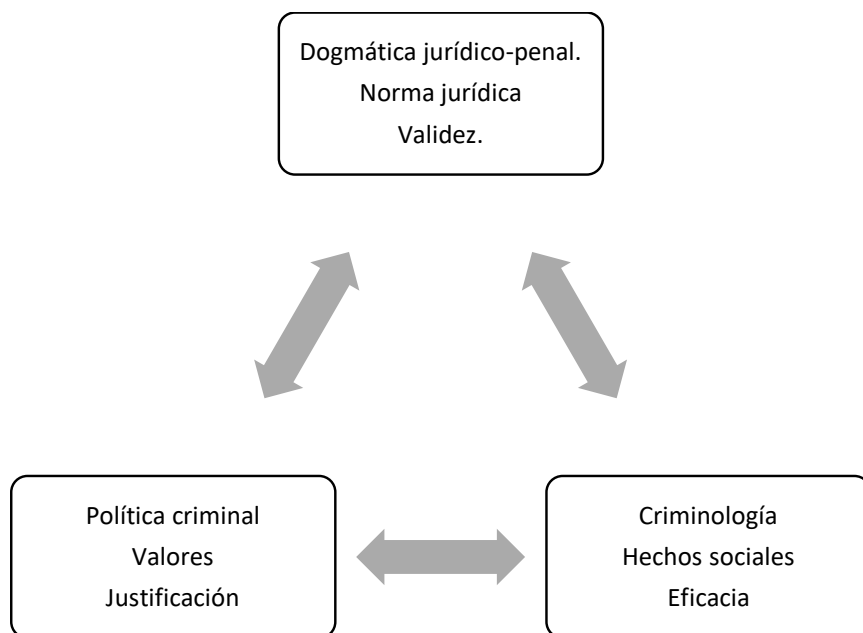
Ciencia empírica de carácter interdisciplinario que estudia el delito como un hecho individual y social, la personalidad del delincuente, la de la víctima y el control social del comportamiento desviado. Esto es, el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esa conducta; se alude, pues, a una parcela del saber que se ocupa del delito, el delincuente, el control del delito, el estudio de la víctima y la prevención del fenómeno criminal.

En tercer lugar, se encuentra la política criminal. Esta puede ser comprendida en una doble vía: por un lado, como “*sector de la política*” dirigida a tratar la delincuencia o como “*política jurídica*” aplicada en el ámbito de la justicia penal (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 23; Mir Puig, 2016, pág. 53); por el otro lado, como una “*rama del saber*” (Mir Puig, 2016, pág. 53). En este sentido se entiende (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 23):

En sentido estricto, la ciencia que estudia cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde pueda extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además, discute cómo deben redactarse las normas penales de manera correcta y comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado el proceso penal.

90 Véase (Hassemer & Muñoz Conde, 1989).

Mir Puig (Derecho penal. Parte General, 2016, pág. 53) Utiliza la estructura tridimensional del Derecho⁹¹ con el fin de señalar el centro de interés de cada una de estas áreas. A continuación, se desarrolla un esquema en el que se vincula dicha relación⁹².



Cuadro 8. Relación entre las ciencias que componen el modelo integral del derecho penal.

Así, con el fin de atender a una correcta valoración del fenómeno del Derecho, y con ello del derecho penal, se constituye como imprescindible atender al “modelo integrado de ciencia penal”. Esta debe ser entendida en el segundo de los sentidos expuestos por Velázquez, esto es, como

91 Al respecto es posible atender a (Díaz, Curso de filosofía del derecho, 1998) que distingue entre el ámbito de validez, eficacia y justificación del Derecho, que refieren a su vez a la norma jurídica, los hechos sociales, y los valores.

92 Al respecto es necesario sostener que “se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho Penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo, norma, hecho y valor: pero puede resultar pedagógico sí, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal” (Mir Puig, 2016, pág. 53).

ciencia penal totalizadora “que comprenda, de manera global, el fenómeno delictivo y cuya misión sea transformar los conocimientos para o metajurídicos en exigencias político criminales y estas -a su vez- en reglas jurídicas, en un enfoque que destaque las relaciones internas entre norma, contenido y valor” (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 10).

3.2.2 Precisiones en torno al concepto de política criminal

No es claro el origen del término política criminal⁹³. Sin embargo, desde Liszt, ha tenido un amplio uso en el ámbito del derecho penal y ha adquirido un lugar fundamental (Von Liszt, 1994). Esta, como se ha indicado, estudia la manera en la que debe ser configurado el Derecho penal, en el marco normativo ofrecido por la Constitución, mediante una valoración de las conductas y circunstancias que deben ser atendidas como un fenómeno criminal, y la creación de mecanismos destinados a la defensa de los bienes fundamentales de la sociedad.

Así, la política criminal puede ser entendida como una especie de la política pública (Juárez Bribiesca & Medina Ramírez, 2017). Esto es, como un mecanismo del poder político dirigido a la consecución del bien común. Ello en la medida de que la política pública constituye “la actividad, enfocada en definir y diseñar la intervención del Estado frente a cuestiones socialmente problematizadas, orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, para procurar la convivencia social pacífica” (Juárez Bribiesca & Medina Ramírez, 2017, pág. 169).

Por ello, es posible afirmar que toda política criminal, al igual que toda política pública, consta de un enfoque y un método. El enfoque, se encuentra constituido por la perspectiva desde la cual es abordada la problemática social, por ejemplo, en perspectiva filosófica, económica,

93 “El origen de la expresión “política criminal” no es pacífico. Parece que fue Kleinschrod quien lo usó por primera vez, y que luego lo hicieron Feuerbach y Henke, pese a que Liszt lo atribuye a Henke. Lo cierto es que fue usado por muchos autores antes que Liszt y los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal le diesen ese particular sentido a que nos hemos referido” (Zaffaroni, 1998, pág. 150)

sociológica, psicológica, u otras. El método se refiere al conjunto de herramientas mediante las cuales, desde un enfoque determinado, se aborda la problemática social, es decir, el fenómeno criminal (Juárez Bribiesca & Medina Ramírez, 2017).

Es por ello que el proceso de formulación de políticas públicas puede ser comprendido de diversas maneras. Una de ellas⁹⁴ lo divide en cuatro fases fundamentales; en primer lugar, una **fase de gestación**, en la que se detecta un problema de orden público que reviste un especial interés para la sociedad; en segundo lugar, una **fase de formulación**, en la que se discute sobre las principales herramientas a implementar con el fin de hacer frente al fenómeno problemático; en tercer lugar una fase de implementación, en la que se ejecuta la política formulada; y en cuarto lugar, una **fase de evaluación**, en la que se evalúan los resultados de la política pública implementada (Aguilar Astorga & Lima Facio, 2009)

De esta manera, se afirma junto a Zaffaroni que la política criminal busca “seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela”, y con ello, debe implicar una tarea de carácter crítico, en la medida de que se dirigirá al análisis valorativo de la política criminal previa (Zaffaroni, 1998, pág. 153)⁹⁵. Dicho proceso puede ser entendido como el proceso de criminalización primaria en tanto que “mecanismo de producción de normas” (Ramírez Bustos & Hormozábal Malarée, 1997, pág. 19).

94 Se puede hacer referencia a modelos como el del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el de Bardach, entre otros (Juárez Bribiesca & Medina Ramírez, 2017). A su vez, es posible diferenciar entre estos a partir de los diversos modelos de toma de decisiones: de racionalidad absoluta, de racionalidad limitada, incremental, de anarquía organizada, del *Public choise* (Gutiérrez Ossa, Restrepo Avendaño, & Zapata Hoyos, 2017)

95 Es necesario precisar que Zaffaroni prefiere el concepto de política penal en la medida de que el concepto de política criminal posee una acepción más limitada. (Tratado de derecho penal. Parte general. I, 1998)

3.2.3 Lo razonable y lo no razonable en el derecho penal: los juicios de desvalor

Tras el abandono de las posiciones del racionismo y objetivistas en torno a la comprensión de la justicia, se ha optado por una visión del Derecho en la que prima la aspiración a la Justicia en términos de razonabilidad⁹⁶. Ello trae como corolario dos afirmaciones: en primer lugar, se comprende que en el Derecho es necesario realizar valoraciones que dan sustento a la totalidad del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, dichas valoraciones no tienen como sustento un conjunto de valores objetivos; en tercer lugar, la valoración tiene su origen en la aceptación común y argumentada de aquello que es tenido como un bien fundamental para la sociedad.

De esta manera, es necesario afirmar que la denominada fase de gestación y fase de formulación de la política pública, en el ámbito de la política criminal, requiere del ejercicio de una actividad valorativa en una doble vía: por un lado, una valoración de aquellos problemas que deben ser tratados por el Derecho penal; por el otro, una valoración de los medios para alcanzar la solución de las problemáticas.

Es por ello, que las normas penales, originadas en el ejercicio de la política criminal, pueden ser entendidas, a la par, como normas de valoración y normas de determinación (Mir Puig, 2016). En tanto que normas de valoración⁹⁷ expresan, de manera implícita o explícita, un juicio de valor sobre la conducta humana en relación con la protección de los bienes jurídicamente tutelados; en tanto que normas de determinación, expresan un mandato o una prohibición que busca determinar la conducta del destinatario.

⁹⁶ Ver capítulo segundo.

⁹⁷ Con excepción de las normas de carácter no práctico (Definiciones) es posible afirmar que todas las normas de un ordenamiento jurídico implican la aparición de una legitimidad legalizada pues, así sea de manera indirecta, las normas jurídicas responden a una valoración de la conducta humana en relación con las exigencias del contexto cultural, económico, político y social. (Díaz, Curso de filosofía del derecho, 1998) (Atienza, El sentido del Derecho, 2012).

Así, dicha valoración se expresa en el ámbito de la política criminal mediante tres clases fundamentales de juicio: el juicio de desvalor de la acción, el juicio de desvalor de resultado, y el juicio de exigibilidad (Posada Maya, 2015)⁹⁸. Cada uno de ellos da lugar respectivamente a las figuras de la tipicidad, la antijurídica y la culpabilidad en el ámbito de la teoría del delito.

El juicio de desvalor de acción equivale a señalar que una determinada conducta, en su dimensión objetiva y subjetiva, es desaprobada por el legislador. La expresión del juicio de desvalor de acción, tanto subjetivo como objetivo, se expresa en el tipo penal. El juicio de desvalor de resultado implica una valoración negativa de la conducta típica, en la medida de que se verifica si la misma pone en peligro o vulnera de manera efectiva un bien jurídicamente tutelado sin que exista normas jurídicas permisivas para la conducta⁹⁹. El juicio de reproche o exigibilidad se dirige a la valoración de la capacidad del sujeto para determinar su conducta de conformidad con la norma¹⁰⁰.

Dichas valoraciones son realizadas en el proceso de criminalización primaria, ya sea de manera explícita o implícita, por parte del legislador. Dicho proceso, para que sea aceptable, debe encontrar fundamento en una argumentación adecuada de los juicios en términos de razonabilidad, es decir, en términos de juicios hipotéticos sobre la mayor o menor conveniencia de la selección de los fines y los medios.¹⁰¹

98 Posada (2015) agrega a los anteriores el juicio de desvalor basado en razones política criminal estricta.

99 “(L)a **antijuridicidad penal** será un juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un hecho para un bien jurídico-penal no justificado por otros intereses valorados como superiores por el Derecho” (Mir Puig, 2016, pág. 77)

100 “La valoración del ser humano consciente como el único destinatario legítimo de normas penales y la consideración de que no es lícito imponer penas a enfermos mentales, menores u otras personas que no puedan ser motivadas normalmente constituyen el fundamento del **principio de culpabilidad o de imputación personal**” (Mir Puig, 2016, pág. 77). “(E)l principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre (...) para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias” (Schünemann, 2000)

101 “Creemos que la racionalidad de la política estatal o general en cuanto al fenómeno criminal no permite la escisión entre “fines” y “medios” en forma de desconectarlos: es siempre necesario un vínculo de razonabilidad que preside unitariamente toda esa política” (Zaffaroni, 1998, pág. 151) (Negrita fuera del texto).

Las emociones, en tanto que, vinculadas con la conducta humana, son objeto de valoración en el proceso de criminalización primaria: “el Derecho se encarga de regular, premiar y castigar determinadas emociones expresadas individual o colectivamente” (Bernuz Beneitez, 2013, pág. 210). En tanto que la política criminal tiene siempre “en mira una concepción antropológica, como criterio sobre el que elaborar su crítica permanente, con incidencia en la legislación y en la dogmática”, cualquier modificación en torno a la comprensión de lo humano debería tener implicaciones en dicho proceso (Zaffaroni, 1998, pág. 160). Así, un cambio en la comprensión del papel de las emociones como fenómenos complejos, debe orientarse a la generación de un especial diagnóstico político-criminal que permita generar estrategias para su tratamiento penal en relación con las conductas criminales.

3.2.4 Límites constitucionales para la creación de política criminal

En los modernos estados constitucionales el *ius puniendi* encuentra una serie de principios que deben ser considerados como límites del poder punitivo del Estado¹⁰². En este sentido se ha señalado que el “sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder” (Ramírez Bustos & Hormozábal Malarée, 1997, pág. 33).

Así, el castigo solo puede originarse en un modelo que evite la arbitrariedad en los procesos de criminalización primaria y secundaria (Ramírez Bustos & Hormozábal Malarée, 1997). Por ello, a lo largo de la historia, se han consolidado principios dirigidos a la creación de un sistema de derecho penal garantista y respetuoso, en la mayor medida, de la libertad humana. A lo largo de este apartado se analizan dos

102 “La teoría del Estado se relaciona estrechamente con las teorías de la pena y del delito. Ello ocurre porque el análisis axiológico respecto del Estado recae necesariamente sobre el alcance y las manifestaciones concretas de su poder. La pena es la expresión más enérgica de ese poder, fronteras adentro, y como tal depende del análisis de legitimidad de la filosofía política” (Silvestroni, 2004, pág. 11).

principios que tienen especial relación con el ámbito de valoración de las emociones: el principio del acto y el principio de culpabilidad.

El **principio del acto** se encuentra especialmente vinculado con los principios de legalidad y dignidad humana. Su fundamento se encuentra, en primer lugar, en la concepción del derecho penal del acto (Velásquez Velásquez, 2013). Este se caracteriza porque:

La punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de este tipo) y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un **derecho penal de autor** cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. (Roxin, 1997, págs. 176,177)¹⁰³

Por ello, en segundo lugar, el principio del acto tiene su fundamento en el aforismo “no hay delito sin conducta humana”. De este se extraen dos características fundamentales: (i) lo desvalorado debe ser un acto del hombre manifestado en una exterioridad; (ii) no se debe atender a los actos internos o psíquicos como fundamento de la punibilidad. Así, “el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, **temperamento**, o **afectividad**; esto es, se castiga *por lo que se hace y no por lo que se es*” (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 61) (Negrita fuera del texto).

Dos consecuencias de este principio son de especial interés para la comprensión de la concepción de las emociones que subyace al ordenamiento jurídico colombiano. La primera consiste en que solo es posible atribuir pena a aquel sujeto que ha realizado culpablemente

103 “En otras palabras: el derecho penal es de acto, y las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre; no es un derecho penal de autor- así se conciba en su más extrema formulación, el llamado *derecho penal del sentimiento*-, para el que lo fundamental es la peligrosidad del agente o la manifestación de una determinada personalidad criminal” (Velásquez Velásquez, 2013, pág. 61).

una conducta típica y antijurídica. La segunda estriba en la necesidad de adecuar la pena al “grado de culpabilidad” a partir del juicio de exigibilidad. (Velásquez Velásquez, 2013).

El **principio de culpabilidad** se expresa en el axioma “no hay pena sin culpabilidad” y se encuentra vinculado con el principio de dignidad humana (Velásquez Velásquez, 2013). Este contiene, como señalan Ramírez y Hormozábal (Lecciones de Derecho Penal. Volumen I, 1997, pág. 70), tres exigencias fundamentales: (i) el vínculo entre el hecho y el autor; (ii) la proporcionalidad de la pena con el grado de culpabilidad; y (iii) la estricta culpabilidad por el hecho que implica que no se podrá atender a la “manera de ser o comportarse socialmente” del autor.

Para el caso colombiano, ambos principios tienen fundamento constitucional. El **principio del acto** lo encuentra en el artículo 29, inciso 2° de la Constitución Política de 1991; el **principio de culpabilidad** encuentra su fundamento en el artículo 6° y 29, inciso 2° y 4° (Velásquez Velásquez, 2013)¹⁰⁴. Estos, al constituir principios del derecho penal constitucional, funcionan como “la primera manifestación legal de la política penal (criminal)” (Zaffaroni, 1998, pág. 183), y por ello, deben ser tenidos como la primera aproximación al proceso de criminalización primaria en el ámbito de las emociones en el derecho penal colombiano.

3.2.5 Una concepción dual de la libertad como presupuesto de la responsabilidad

Como se ha señalado anteriormente, la noción de responsabilidad se encuentra vinculada a la noción de retribución y de obligación (Ricoeur, 1997). A su vez, se precisa que la responsabilidad solo se

104 Ello junto a numerosos tratados, pertenecientes al bloque de constitucionalidad, que informan estos principios. En torno a la constitución señala el artículo 6°: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. A su vez, señala el artículo 29 “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.

atribuye a aquellos sujetos a los que es posible atribuir la causación de un resultado. Sin embargo, atribución de un resultado por un acto a un sujeto solo es posible a partir de una determinada comprensión de la libertad.

Esta discusión ha recorrido buena parte de la teoría del delito¹⁰⁵. La dificultad para precisar la existencia o no de la libertad fue objeto del estudio crítico de Kant. (Kant, Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia, 1971). En su *dialéctica trascendental* Kant señala:

(H)ay (...) solo cuatro clases de afirmaciones dialécticas de la razón pura que, puesto que son dialécticas, prueban, por esto mismo, que, frente a cada una de ellas, según principios tan aparentes de la razón pura, está dada otra contradictoria, cuya contradicción no puede impedir arte alguno metafísico de la distinción más sutil” (Kant, Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia, 1971)

La tercera¹⁰⁶ de dicha antinomias es la oposición entre la proposición “Hay en el mundo causas libres” y la proposición contradictoria “No hay libertad, sino que todo es Naturaleza” (Kant, Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia, 1971, pág. 163). Con ello se ha querido indicar que ambas proposiciones son igualmente razonables: “Existen, sin duda, motivos razonables a favor de la tesis de la existencia de la libertad, así como en pro de la tesis

105 Aunque en el debate se haya optado por la presunción constitucional de la libertad, indicando que esta, sea comprobable o no, constituye un supuesto fundamental para el Derecho Penal. (Roxin, 1997), es necesario indicar que esta es solo una forma de eludir el debate. Por ello, si queremos atender a las dificultades que nos ofrecen las emociones en el ámbito de la libertad, es necesario fijar las consecuencias que tiene el debate sobre la misma.

106 Las otras oposiciones son las siguientes: (i) “El mundo posee, según el tiempo y el espacio, un principio (límite)”/ “El mundo, según el tiempo y el espacio es infinito”; (ii) “Todo el mundo se compone de lo simple”/ “No hay nada simple, sino que todo es compuesto”; (iii) “En la serie de las causas del mundo hay algún ser necesario”/ “Nada hay necesario, sino que, en esa serie, todo es contingente”. (Kant, Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia, 1971, pág. 163)

de la no existencia de la libertad” (Kaufmann, Filosofía del derecho, 1999, pág. 424).

Sin embargo, se considera que el problema debe ser resuelto en la perspectiva en la que Arthur Kaufmann lo ha propuesto. Para ello, se parte de la afirmación de la existencia de una disyunción que no excluye. Dicha posición, que se anticipa en el pensamiento Kantiano, parte de la comprobación de la posibilidad de contemplar al hombre como ser fenoménico, y en dicho caso como determinado, y como ser del ámbito del noúmeno, y por tanto libre (Kant, 1971; Kant, 2012; Kaufmann, 1999)¹⁰⁷.

Para Kaufmann no se puede presuponer, como en algunas concepciones, que la libertad sería una ausencia total de determinaciones. Por el contrario, la misma tendría su fundamento en la capacidad del ser humano para agregar, mediante su razón, un plus de determinación, en el ámbito de las leyes causales (Kant, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, 2012).

Por ello, el problema de la libertad no debe plantearse en términos dicotómicos, sino en términos de decisión razonada frente al caso sobre si existe o no libertad. Al respecto sostiene:

El problema-**particularmente en el derecho penal**- es, no obstante, si *ante el caso concreto* el hombre decidió libre y responsablemente, y como se puede constatar esto” (...) “*El problema consiste en saber cuándo y dónde se debe postular razonablemente libertad, cuándo y dónde se debe postular razonablemente libertad*” (Kaufmann, Filosofía del derecho, 1999, pág. 435 y 439) (Negrita fuera del texto).

107 “En las ciencias de la naturaleza se sabe, desde los tiempos más remotos, que las cosas se pueden contemplar algunas veces así, otras, de manera diferente, dependiendo del aspecto o del método de observación (Conocimiento) (“relación de indeterminación”). Si esto es así en las ciencias de la naturaleza, en las que se trata de objetos materiales, con mayor razón en las ciencias del espíritu y en la filosofía, que tienen que ver, principalmente, con fenómenos inmateriales” (Kaufmann, Filosofía del derecho, 1999, pág. 425)

Para la confirmación de la libertad, que requiere de una justificación razonada, aparece como una herramienta fundamental la actuación por analogía. En esta se atiende a la figura del hombre razonable susceptible de una motivación normal que permite tejer un puente entre el ser humano perteneciente al mundo fenoménico, y el ser humano perteneciente al mundo del noúmeno. Al respecto nos señala Kaufmann: “se trata, más bien, de un *tipo*, y se encuentra como tal con un pie en el mundo de lo sensible y con el otro en el mundo de lo inteligible” (Kaufmann, Filosofía del derecho, 1999, pág. 438)

Esta figura adquiere especial relevancia en el ámbito de la comprensión de las emociones y la atribución de responsabilidad por las mismas. Ello en la medida de que la herramienta del *tipo*, también llamado hombre razonable en el derecho anglosajón y buen padre de familia en el continental, permite la evaluación de dos aspectos fundamentales: la razonabilidad del juicio de valor que subyace a la emoción, la razonabilidad de la conducta desplegada por la emoción, y la medida del “juicio de reproche”.

3.2.6 Presupuestos razonables para la atribución de responsabilidad por las emociones

El subtítulo de este apartado tiene su fundamento en el texto de González Lagier (Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones, 2009). En este¹⁰⁸, el autor español señala dos condiciones fundamentales para evaluar en qué casos se encuentran frente a una emoción razonable y en qué casos ante una emoción no razonable: condición de control y condición de motivación.

La **condición de control** refiere a la posibilidad de “evitar o provocar una emoción” (González Lagier, Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones, 2009). En la medida de que las emociones se

¹⁰⁸ Sus reflexiones en torno a este ámbito se amplían en (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009).

comprenden como un “estado de cosas parcialmente dentro del control del agente” (González Lagier, *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, 2009, pág. 129)¹⁰⁹, estas pueden ser objeto de control indirecto.

Este control indirecto se ejerce mediante tres herramientas: (i) la revisión de las creencias; (ii) la manipulación del contexto; y, (iii) la revisión de los deseos y los fines. Con respecto a la revisión de las creencias es necesario atender a la educación emocional. Con ello, se quiere indicar que el proceso de consolidación de las creencias por parte de un sujeto, es también, un “estado de cosas parcialmente dentro del control del sujeto”: estas en ocasiones pueden ser modificadas voluntariamente y en otras ocasiones no¹¹⁰.

En lo relacionado con la manipulación del contexto es posible “tratar de evitar que surja una emoción (o atajarla si ya nos embarga) rehuendo las situaciones que se sabe que suelen provocar tal emoción” (González Lagier, *Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones*, 2009, pág. 450). Esto requiere de: (i) conocimiento (*Saber hacer*) para reproducir o evitar las circunstancias de un contexto; (ii) poder (*Poder hacer*) para reproducir o evitar las circunstancias de un contexto; (iii) conocimiento de las condiciones que despiertan en el sujeto determinadas emociones (*Saber de sí*). (González Lagier, *Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones*, 2009).

Finalmente, se entiende como revisión de nuestros deseos y fines a la posibilidad de “reprimir nuestros deseos o negarnos a tratar de satisfacerlos” (González Lagier, *Los presupuestos de la responsabilidad*

109 “Un estado de cosas está dentro del control de un agente cuando este puede realizar una acción que, en condiciones normales, es condición suficiente para producir ese estado de cosas (cerrar una puerta); un estado de cosas está fuera del control del agente cuando el agente no puede realizar una acción que sea condición suficiente, o necesaria, o preparatoria 18 para producir el estado de cosas (hacer que llueva); y un estado de cosas está parcialmente dentro del control del agente cuando este solo puede realizar condiciones necesarias, pero no suficientes, o condiciones preparatorias para producir ese estado de cosas (adelgazar diez kilos)” (González Lagier, *Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones*, 2009, pág. 448).

110 Insistamos para estos casos en la necesidad de evaluación concreta del objeto de estudio bajo la pregunta ¿Puedo haber creído de otra manera? Resalta aquí la necesidad de realizar un sólido juicio de reproche en el ámbito de la criminalización secundaria.

por nuestras emociones, 2009, pág. 451). Con ello, no se sostiene la posición estoica de renuncia a todos los deseos como causantes de las emociones, tan solo se indica a renunciar, desde el ámbito de lo razonable, a aquellos que constituyen de carácter perjudicial en el ámbito individual y social (González Lagier, Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones, 2009).

La **condición de motivación** se vincula con la tendencia a la acción y el juicio de exigibilidad. Al respecto no señala González Lagier (González Lagier, Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones, 2009, pág. 454) que es necesario reconocer que las emociones “están en tensión con nuestra autonomía, en el sentido de que sustraen, al menos en parte, nuestras decisiones y acciones del control de nuestra voluntad”. En esta medida, a pesar de las acciones realizadas para modificar o evitar nuestras emociones, éstas pueden aparecer como verdaderos determinantes de nuestra acción.

CONCLUSIONES

Para abordar las conclusiones de esta investigación es menester recordar la pregunta de investigación. Esta se formuló en los siguientes términos ¿Cuál es la concepción de las emociones, que encuentra lugar en los procesos de criminalización primaria, en materia de atribución de responsabilidad penal en conductas mediadas por la emoción?

Los procesos de criminalización primaria, que se dan en el ámbito de la política criminal, nos permiten indicar la existencia de una concepción compleja de las emociones. Con esto se indica la importancia que tiene tanto el ámbito de las creencias como el ámbito de la tendencia a la acción consustanciales a la emoción. Razón por la cual, en el derecho se reconoce su capacidad relativa para aumentar o disminuir el juicio de reproche.

Sin embargo, la concepción mecanicista de las emociones como idea-fuerza ha traído consigo la incapacidad para el desarrollo de una política criminal que atienda a su verdadera naturaleza. El “desvelar” los *supuestos* que anidan en este ámbito, trae como corolario fundamental tres conclusiones fundamentales.

En primer lugar, si atendemos se atiende a una perspectiva compleja de la política criminal, el factor de la *educación emocional* resulta prioritario. ¿Cómo atender a un juicio de reproche exigente, en el ámbito del derecho penal, si la política educativa, social y económica no atiende a la formación de los ciudadanos en el control de sus propias emociones? De allí, que toda aplicación de las indicaciones a desarrollar creencias que superen los prejuicios generadores de determinadas emociones.

Los celos, por ejemplo, se fundan en la creencia errónea del derecho de propiedad sobre un sujeto. Sin embargo, es necesario atender en el proceso de criminalización secundaria a la posibilidad de exigir una reacción diversa a un sujeto, que ha cometido una acción típica, antijurídica y culpable, en el contexto de sus posibilidades reales: contexto educativo, cultural y social¹¹¹.

Lo anterior, encuentra lugar en la segunda de las conclusiones. Esta consiste en afirmar que todo proceso de política criminal, en materia de atribución de responsabilidad penal en conductas mediadas por la emoción, debe respetar el principio del acto, el principio de culpabilidad y el principio de *ultima ratio*¹¹². Por ello, un derecho penal garantista debe abstenerse de un examen de las creencias de los sujetos como medio para generar un mayor juicio de reproche.

En tercer lugar, se podrá atender al esquema propuesto por (González Lagier, Emociones, Responsabilidad y Derecho, 2009) para la futura elaboración e implementación de una política criminal en este ámbito. En este esquema se señala que:

111 Para una revisión de este tema en el caso colombiano véase (Molina Rodríguez, Martínez Ortega, & Guancha, 2013)

112 El principio de *ultima ratio* tiene un doble fundamento. Por un lado, reconoce que el Derecho penal en tanto que máxima imposición de la fuerza del Estado solo puede ser empleado para la garantía de los bienes fundamentales (Bienes jurídicamente tutelados) de toda sociedad democrática. En segundo lugar, reconoce que la política criminal es tan solo un ámbito del complejo marco de la política dirigida a la consecución del bien común. (Cárdenas Patiño & Cárdenas Sierra, 2002).

1. En el supuesto de emociones “frías” con fundamento en un juicio de valor justificado, la emoción no ha implicado una tensión entre su motivación y la autonomía del sujeto. Por ello, el sujeto será plenamente responsable de su acción.

- II. En el supuesto de emociones “frías” con fundamento en juicios de valor no razonables, el sujeto deberá responder por su acción. Sin embargo, en el marco de una política criminal garantista, a diferencia de lo considerado por el autor español, no podrá ser agravada la pena por tener un mayor contenido de rechazo. Ello con el fin de evitar los peligros de un “derecho penal del sentimiento”, y por la existencia de otros mecanismos dentro de la dogmática penal para agravar en estos casos, por ejemplo, mediante una especial atención a los bienes jurídicamente tutelados en juego¹¹³.

- III. En el supuesto de emociones intensas basadas en juicios de valor razonables, es posible que se presenten dos casos. En el primero de ellos, es posible la atenuación de la pena. En el segundo de ellos deberá realizarse la evaluación psicológica que permita determinar si existió una “emoción violenta” que podría ser tenida en cuenta como una causal de inimputabilidad (Agudelo Betancur, 1990).

- IV. En el supuesto de una emoción intensa basada en un juicio no razonable, deberá sostenerse el atenuante punitivo en contra de lo señalado por el autor español, si se atiende a los principios constitucionales antes mencionados.

En todos estos casos se deberá atender a la figura del hombre razonable como criterio analógico que permite: (i) determinar si el sujeto actúa de manera libre o determinada; (ii) observar en

113 Por ejemplo, el caso de feminicidio por celos es posible la agravación de la pena no en razón de las creencias del sujeto, sino en razón de una conducta que atenta de manera grave contra el derecho a la igualdad.

concreto, durante el proceso de criminalización secundaria, si las creencias no razonables son efectivas. Sin embargo, la figura del hombre razonable no podrá aplicarse como en el ámbito del derecho anglosajón, bajo la figura del hombre medio, sino que requiere especial atención de las circunstancias concretas del autor de la conducta punible.

Las conclusiones aquí mencionadas podrían ser puestas en crítica por determinados sectores. Con ellas, aunque se reconoce el papel que juegan las creencias en las emociones, al haber partido de una concepción compleja de las emociones, se evita su excesiva evaluación por parte del legislador y de los jueces, con el fin de alejar los peligros de un derecho penal totalitario.

BIBLIOGRAFÍA

Agudelo Betancur, N. (1990). *Emoción Violenta e Inimputabilidad Penal: Alegato en un caso de Homicidio*. Medellín: Manuel Arroyave.

Aguilar Astorga, C. R., & Lima Facio, M. A. (2009). ¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas? *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 1-15. Obtenido de: http://secretariageneral.univalle.edu.co/consejo-academico/temasdediscusion/2014/Documentos_de_interes_general/Lecturas_politica_publica/Que%20son%20y%20para%20que%20sirven%20las%20politicasy%20publicas_Aguilar.pdf

Arango Rivadeneira, R. (2009). Emociones morales y decisiones prácticas. *Amistad y alteridad. Homenaje a Carlos B. Gutiérrez*, 371-386.

Arango Rivadeneira, R. (2011). Emociones y transformación social. *Logos*, 199-212.

Aristóteles. (1990). *Retórica*. Madrid: Gredos.

Atienza, M. (1989). Sobre lo razonable en el derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93-110.

- Atienza, M. (2012). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Averill, J., Chon, K. K., & Hahn, D. W. (2001). Emotions and creativity, East and West. *Asian Journal of Social Psychology*, 165-183.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2013). El sentido de las emociones en el Derecho Penal. *Nuevo foro penal*. Vol. 9. N° 81, 210-231.
- Beuchot , M. (1999). *Derechos Humanos. Historia y filosofía*. México, D.F.: Fontamara.
- Botero Bernal, A. (2010). Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 21, 163-199.
- Bourgeois, B. (2003). *Filosofía y derechos del hombre*. Bogotá, D.C.: Siglo del hombre editores, Universidad Nacional de Colombia.
- Calhoun, C., & Solomon, R. (1999). *¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Carbonell, M., & Sánchez Gil, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*, 15, 33-55.
- Cárdenas Patiño, A., & Cárdenas Sierra, C. A. (2002). *Núcleos problemáticos*. Bogotá, D.C.: Universidad Santo Tomás.
- Chiesa, L. E. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona. *Revista Penal*. N°20, 50-57.
- Darwin, C. (1897). *The Expression of the Emotions in Man and Animals*. New York: D. Appleton and Company.

De Lourdes Souza, M. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

De Sousa, R. (21 de January de 2013). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (E. Zalta, Ed.) Recuperado el 23 de Enero de 2016, de <http://plato.stanford.edu/http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/emotion/>

Derrida, J. (1992). Fuerza de ley: el “Fundamento místico de la autoridad”. *Doxa*. N°11, 129-191.

Descartes, R. (2000). *Las pasiones del alma y cartas sobre psicología afectiva*. México, D.F.: Coyoacán.

Descartes, R. (2009). *Meditaciones acerca de la Filosofía Primera. Seguidas de las objeciones y respuestas*. (J. Aurelio Díaz, Trad.) Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas.

Devlin, P. (2014). La moral y el derecho penal. En R. Dworkin, *La filosofía del derecho* (págs. 160-190). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Díaz, E. (1982). *La sociedad entre el derecho y la justicia*. Barcelona: Salvat Editores.

Díaz, E. (1998). *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Dixon, T. (2003). *From Passions to Emotions. The Creation of a Secular Psychological Category*. Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, S.A.

Elster, J. (1990). *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa.

Elster, J. (2001). *Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana*. Barcelona: Paidós.

Elster, J. (2002). *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*. Barcelona: Paidós Básica y El roure Editorial.

Faralli, C. (2002). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. *Anuario de derechos humanos*. N°3, 133-215.

Ferrater Mora, J. (2009). *Diccionario de filosofía. Tomo I. A-D*. Barcelona: Ariel.

Ferrater Mora, J. (2009). *Diccionario de filosofía. Tomo II. E-J*. Barcelona: Ariel.

Ferrater Mora, J. (2009). *Diccionario de filosofía. Tomo III. K-P*. Barcelona: Ariel.

Ferrater Mora, J. (2009). *Diccionario de filosofía. Tomo IV. Q-Z*. Barcelona: Ariel.

Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Garavito Rincón, D. F. (2016). Presupuestos filosóficos para una concepción del Derecho en la obra de Albert Camus: etapa de la negación. *Principia Iuris*, 173-202.

Garavito Rincón, D. F., Méndez Jiménez, M. G., & Ibáñez Zambrano, L. D. (2014). El papel de las intuiciones emotivas en la toma de decisiones judiciales: desmontando el mito de la racionalidad discursiva del juez. *Iter Ad Veritatem* 12, 75-89.

García Morente, M. (2005). *Lecciones preliminares de filosofía*. Bogotá, D.C.: Ediciones Universales, Gráficas Modernas.

González Lagier, D. (2009). *Emociones, Responsabilidad y Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

González Lagier, D. (2009). Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 439-458.

Gordon, R. (2004). Emoción. En *Diccionario Akal de Filosofía* (págs. 280-281). Madrid: Akal.

Güechá Medina, C.N. (2012). *Responsabilidad del Estado por el terrorismo*. Bogotá, D.C.: Ibáñez.

Gutiérrez Ossa, J. A., Restrepo Avendaño, R. D., & Zapata Hoyos, J. S. (2017). Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado. *CES Derecho*, 333-351.

Haba, E. (1978). Lo racional y lo razonable. *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, 1-32.

Hart, H. (2006). *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid: Dykinson.

Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

Heidegger, M. (2005). *¿Qué significa pensar?* Madrid: Trotta.

Hierro, L. (1992). *Libertad y responsabilidad penal*. Alcalá de Henares: Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares.

Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Orbis.

Hume, D. (2014). *Investigación sobre los principios de la moral*. Madrid: Alianza Editorial.

Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

James, W. (1884). What is an Emotion? *Mind*, 9(34), 188-205.

James, W. (1890). *The principles of Psychology* (Vol. I). New York: Henry Holt and Company.

James, W. (1890). *The principles of Psychology* (Vol. II). New York: Henry Holt and Company.

Juárez Bribiesca, A., & Medina Ramírez, M. A. (2017). Política criminal (México y Chile). *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*. Número 18, 163-214.

Kahan, D., & Martha, N. (1996). Two conceptions of emotion in Criminal Law. *Columbia Law Review*, 96(2), 269-374.

Kant, I. (1971). *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de poder presentarse como una ciencia*. Buenos Aires: Aguilar.

Kant, I. (1991). *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos.

Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.

Karsted, S. (2002). Emotions and criminal justice. *Theoretical Criminology*, 299-317.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la justicia?* México, D.F.: Fontamara.

Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Lara, A., & Enciso Domínguez, G. (2013). El giro afectivo. *Athenea digital*, 101-109.

Marx, K. (1968). Introducción para la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel. En F. Hegel, *Filosofía del Derecho* (págs. 7-66). Buenos Aires: Claridad.

Midgley, M. (1996). ¿Es un delfín una persona? En M. Midgley, *Delfines, sexo y utopías. Doce ensayos para sacar la filosofía a la calle* (págs. 139-151). México, D.F.: Fondo de cultura económica.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppetor.

Molina Rodríguez, D. I., Martínez Ortega, Á., & Guancha, A. J. (2013). El control de la conducta emocional: una visión de responsabilidad penal en contra de la violencia de género. *Opinión jurídica*, 67-80.

Nussbaum, M. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*. Buenos Aires: Katz.

Nussbaum, M. (2008). *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós.

Pérez Gil, C. A. (2012). *Filosofías para Juristas Principiantes*. Tunja: Salamandra.

Platón. (1986). *República*. Madrid: Gredos.

Posada Maya, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo I*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Posner, E. (2008). Derecho y Emociones. *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*(21), 1-41. Recuperado el 29 de septiembre de 2015, de: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub111.pdf

Ramírez Bustos, J., & Hormozábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Madrid: Trotta.

Ricoeur, P. (1997). El concepto de responsabilidad. Ensayo de análisis semántico. En P. Ricoeur, *Lo justo* (págs. 39-68). Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Rorty, R. (1995). *Derechos Humanos, racionalidad y sentimentalismo*. Cali: Praxis filosófica, Ética y Política.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas.

Sandel, M. (2011). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.

Sartre, J.-P. (2005). *Bosquejo de una teoría de las emociones*. Madrid: Alianza Editorial.

Scherer, K. (2005). Unconscious Processes in Emotion. The bulk of the Iceberg. *Emotion and Consciousness. Guilford Press*, 312-334.

Schünemann, B. (2000). La culpabilidad: Estado de la Cuestión. En C. Roxin, G. Jakobs, B. Schünemann, W. Frisch, & M. Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito* (págs. 91-128). Madrid: Civitas.

Searle, J. (2004). *La mente. Una breve introducción*. Bogotá, D.C.: Norma.

Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del Delito*. Buenos Aires: Editores del puerto.

Summers, C. (1957). *Glbq Encyclopedia Project*. Obtenido de: <http://sti.bmj.com>: <http://sti.bmj.com/content/sextrans/33/4/205.full.pdf>

Uprimny Yepes, R., & Rodríguez Villabona, A. A. (2008). *Intepretación judicial*. Bogotá, D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.

Valencia, L. (22 de diciembre de 2012). Todo el sexo es excremental. *Semana*.

Vargas, A. (2016). Tres partes del alma en La República. *Diánonia. Revista de filosofía*, 37 (37), 37-47.

Velásquez Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal*. México, D.F.: UNAM.

Wolfenden, J. (Septiembre de 1957). *The British Library*. Obtenido de: <https://www.bl.uk/>: <https://www.bl.uk/collection-items/wolfenden-report-conclusion>

Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general. I*. Buenos Aires: EDIAR.

Zuleta, E. (1995). *Educación y democracia. Un campo de combate*. Bogotá, D.C.: Fundación Estanislao Zuleta.

Zuleta, E. (2004). *El pensamiento psicoanalítico*. Medellín: Fundación Estanislao Zuleta. Hombre Nuevo Editores.

¿De qué manera se vincula el fenómeno jurídico con el amplio conjunto de fenómenos a los que denominamos emociones? ¿Cuáles son las concepciones de emoción que subyacen a las diferentes configuraciones legislativas? ¿Son algunas emociones razonables? ¿Qué nos dicen las prácticas jurídicas de las emociones? El Derecho y las emociones tienen múltiples puntos de conexión. A lo largo de este texto se abordan los supuestos que hacen posible la atribución de responsabilidad en conductas mediadas por la emoción y sus principales limitaciones.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

