ISSN 1515-7326, n.º 22, 2 | 2018, pp. 31 a 58

Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica

Behavioural Analysis of Criminal Law and its Application: a friendly critical assessment[*]

Alon Harel[**] y Doron Teichman[***]

Recepción: 06/02/2018
Evaluación: 10/04/2018
Recepción y aceptación final: 10/04/2018

Resumen: El Análisis económico-conductista del derecho examina las relaciones entre el derecho y las ciencias del comportamiento. Acepta la premisa de que el comportamiento humano puede predecirse; sin embargo, reemplaza los supuestos tradicionales de la teoría de la elección racional con predicciones alternativas, basadas en fenómenos de comportamiento bien documentados. En el contexto del derecho penal, el Análisis económico-conductista del derecho sostiene que el sistema jurídico debe utilizar los hallazgos de las ciencias del comportamiento para inducir a los individuos a actuar de manera socialmente deseable. Los autores examinan algunas objeciones a esta visión desde una perspectiva tanto pragmática como de principios. Por ejemplo, exploran la cuestión relativa a que el Análisis económico-conductista del derecho trata a las personas, no como agentes, sino como simples animales para ser domesticados; ello está en tensión con las premisas básicas del derecho penal. También plantean algunas inquietudes metodológicas. Por ejemplo, las predicciones conductistas a menudo son indeterminadas y dependen del contexto. De todos modos, los autores sostienen que a pesar de estas limitaciones, el Análisis económico-conductista

[*] Traducción del inglés de Federico José Arena.

[**] Phillip and Estelle Mizock Chair in Administrative and Criminal Law, The Hebrew University of Jerusalem, Israel. Correo electrónico: alon.harel@mail.huji.ac.il

[***] Jacob I. Berman Chair in Law, The Hebrew University of Jerusalem, Israel. Correo electrónico: doron.teichman@mail.huji.ac.il

del derecho debe utilizarse en el contexto del derecho penal y proporcionan ejemplos particulares de cómo podría contribuir a la efectividad de las normas penales.
Palabras clave: Análisis económico-conductista del derecho, Derecho Penal, castigo, disuasión

Abstract: Behavioral Law and Economics (BLE) examines the relations between the law and behavioral sciences. It accepts the premise that human behavior can be predicted; yet supplants the traditional assumptions of rational choice theory with alternative predictions that are grounded in well documented behavioral phenomena. In the context of criminal law and enforcement, BLE maintains that the legal system ought to use findings of behavioral sciences to induce individuals to act in socially desirable ways. This paper examines some objections to this view from both a principled and a pragmatic perspective. For instance, it explores the concern that behavioral law and economics treats people as mere animals to be tamed rather than as agents, and thus is in tension with the basic premises of criminal law. It also raises some methodological concerns. For example, behavioral predictions are often indeterminate and context-related. On this backdrop the paper argues that despite these limitations, BLE should be used in the context of criminal law and provides particular examples where we believe BLE could contribute greatly to the effectiveness of criminal law norms.
Keywords: Behavioral law and Economics, Criminal Law, Punishment, Deterrence

1. Introducción

Este trabajo se ocupa de tres cuestiones vinculadas a las relaciones entre el Derecho y el Análisis económico-conductista del derecho[1]. La sección 2

[1] [N. del T.: no he encontrado convenciones ya estables acerca de cómo traducir "Behavioral Law and Economics". Ello en parte puede explicarse por la reciente difusión de la etiqueta inglesa. De todos modos, considero que la traducción debería ajustarse al modo ya estable y estándar de traducir "Law and Economics" como "Análisis económico del derecho" (y no como "Derecho y economía"). Por ello usaré una traducción que parece haber encontrado cierta aceptación: "Análisis económico-conductista del derecho". La prefiero, por razones de brevedad, a la quizás más precisa "Análisis económico del derecho de orientación con-

describe las asunciones metodológicas del Análisis económico-conductista del derecho. La sección 3 explora el conflicto entre nociones tradicionales, tales como la culpa y el merecimiento, por un lado, y el Análisis económico-conductista del derecho, por el otro, mostrando que de ello resultan algunas incongruencias. Se señala que el derecho penal tradicional tiene por finalidad lograr que los individuos actúen conforme a derecho *porque esa es la conducta correcta o justa*. Es decir, a diferencia del Análisis económico-conductista del derecho, el derecho penal persigue la conformidad racional y no la mera conformidad. Esta diferencia posee implicancias prácticas importantes que serán exploradas en esa sección. La sección 4 señala las complejidades y la incerteza resultante que se producen cuando se usan herramientas conductistas para fines legales. Más específicamente, argumentamos que algunas herramientas metodológicas del Análisis económico-conductista del derecho son demasiado vagas como para ser usadas de manera efectiva en la predicción del comportamiento humano. Finalmente, la sección 5 explora la relación entre las concepciones predominantes del castigo y el diseño de los sistemas de justicia penal. Muestra que, en general, estas concepciones se apartan del análisis económico del derecho tradicional, pero sin embargo sugiere que extraer conclusiones normativas a partir de esta constatación es una tarea poco prometedora.

2. Análisis económico-conductista del derecho

El Análisis económico-conductista del derecho puede ser mejor comprendido por oposición al análisis económico del derecho tradicional. El análisis económico del derecho tradicional explica el comportamiento humano como basado en un cálculo racional de costos y beneficios. Los parámetros que influyen en la decisión de cometer un crimen consisten en los beneficios y los costos esperados como consecuencia de la comisión

ductista". La decisión ha sido compartida por los traductores de los artículos que completan el presente número de la revista.]

del crimen[2]. Los costos se encuentran parcialmente determinados por el Estado. Por ejemplo, modificando la probabilidad de detección (esfuerzos en la persecución del delito) o de condena (principalmente mediante cambios en las exigencias probatorias para condenar) y modificando el monto de las penas, el Estado puede aumentar o disminuir los costos esperados del delito y por lo tanto aumentar o disminuir la disuasión. La premisa básica del análisis económico del derecho tradicional es que los individuos realizan una evaluación racional de estos parámetros y guían su comportamiento en consecuencia.

El Análisis económico-conductista del derecho desafía este esquema básico[3]. Las sanciones esperadas no guían el comportamiento de las personas de una manera mecánica. El derecho penal influye en los individuos no sólo mediante la modificación de costos y beneficios asociados al crimen, sino también influyendo en sus creencias y preferencias[4]. Esta observación tiene dos consecuencias. Si existen sesgos sistemáticos que distorsionan *las creencias* de los individuos, esos sesgos alteran, de formas previsibles, el comportamiento individual. Los individuos pueden sobre o subvalorar la probabilidad de detección; pueden poseer creencias falsas acerca del monto de la pena y el Estado con frecuencia produce ese tipo de creencias falsas. Por ejemplo, el sesgo de la disponibilidad implica que los individuos sobre estiman aquellos eventos que, dado el tratamiento reciente o frecuente por parte de la prensa, están más presentes en sus mentes. El Estado

[2] Véase, por ejemplo, Becker, G.S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy,* 76, 2, 1968. Para una revisión posterior, véase Shavell, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Ma.- Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 473-530.

[3] Véase el ya clásico estudio de Jolls, C. et al., "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review,* 50, 1998; Korobkin, R. y Ulen, T., "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review,* 88, 4, 2000. Puede encontrare una colección muy útil de ensayos sobre el análisis económico del derecho conductista en Zamir, E. y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* Oxford University Press, Oxford, 2014. Véase también Ulen, T. y McAdams, R., "Behavioral Criminal Law and Economics", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper,* 244, 2008.

[4] Véase, por ejemplo, Harel, A., "Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey", en Zamir, E. y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

puede disuadir la comisión de crímenes influyendo en la disponibilidad de información acerca de detecciones exitosas. Otras veces, los funcionarios pueden sacar provecho de la *manipulación de preferencias,* e.g., la disposición o inclinación a asumir riesgos[5]. Mientras más reluctantes al riesgo sean los individuos, menor será la probabilidad que cometan un crimen. Incluso más, los defensores del Análisis económico-conductista del derecho suelen sostener que tales sesgos y distorsiones son sistemáticos y que su influencia es predecible; y, por último, estos sesgos y distorsiones son con frecuencia susceptibles de manipulación por parte de los funcionarios o los legisladores.

El Análisis económico-conductista del derecho usa elaboraciones de la psicología para complementar y, a veces, desafiar, el análisis económico del derecho clásico basado en la racionalidad de los individuos. Algunas veces, el Análisis económico-conductista del derecho complementa el análisis económico tradicional, por ejemplo, cuando identifica ciertas preferencias que los individuos poseen o es probable que posean. Por ejemplo, los defensores del Análisis económico-conductista del derecho predicen con frecuencia cuándo los individuos son amantes del riesgo o lo rechazan; revelan la disposición de los individuos a subestimar, de vez en cuando, el futuro; revelan la disposición de los individuos a calcular equivocadamente las probabilidades, etc. Otras veces, el Análisis económico-conductista del derecho desafía al análisis económico del derecho tradicional. Identifica contextos en los que los individuos actúan de manera irracional, deciden de maneras que no maximizan su propia utilidad, deciden no sobre la base de cómo es realmente el mundo, sino de cómo es descrito (enmarcado), etc.

Para resumir, el Análisis económico-conductista del derecho señala que la disuasión no es un producto de cómo es el mundo, sino un producto del modo en que el mundo *aparenta* ser. Los funcionarios pueden manipular los modos en que el mundo aparenta ser sin cambiar el modo en el que el mundo es. Las ciencias empíricas identifican las leyes que gobiernan las creencias y las preferencias de los individuos, y esas leyes son diferentes de las predicciones del análisis económico del derecho tradicional.

[5] Guthrie, C., "Prospect Theory, Risk Preference and the Law", *Northwestern University Law Review,* 97, 2002-2203.

A diferencia del análisis económico del derecho tradicional, el Análisis económico-conductista del derecho es un campo ecléctico. Se basa en una variedad de hipótesis y no en un conjunto único y axiomático de asunciones. Esto suele dar lugar a la acusación según la cual el Análisis económico-conductista del derecho no es "una teoría"[6]. En las bases de la economía neo-clásica, encontramos un conjunto de principios claros y bien definidos que permiten predecir el comportamiento humano. Los defensores del Análisis económico-conductista del derecho sostienen que más allá de que el análisis económico del derecho tradicional sea una teoría, de hecho fracasa en la predicción del comportamiento humano. La cuestión central no es si el Análisis económico-conductista del derecho es o no una teoría. La cuestión crucial es si su capacidad para predecir (y ofrecer herramientas para controlar) el comportamiento humano es superior.

3. La incongruencia entre el enfoque conductista y la tradición jurídica

Dado que trata a los individuos como autómatas, el análisis conductista está en conflicto con las asunciones morales de la teoría penal tradicional. Este conflicto dispara, inevitablemente, incongruencias entre las doctrinas legales y los enfoques conductistas del derecho. Examinamos a continuación la incongruencia entre, por un lado, la creencia tradicional arraigada de que el sistema de derecho penal ofrece una oportunidad para un discurso racional sobre cuestiones de importancia normativa y, por otro lado, la opinión de que el derecho penal no es más que un intento por controlar el comportamiento e inducir la conformidad de las personas.

La teoría del derecho penal tradicional se basa en la creencia de que los individuos toman decisiones voluntarias basadas en sus convicciones sobre lo que es correcto e incorrecto. La dogmática penal clásica se basa en

[6] Véase: Posner, R.A., "Rational Choice, Behavioral Economics and the Law", *Stanford Law Review,* 50, 1998. Sin embargo, dieciséis años después de la publicación de esta crítica severa al análisis económico conductista del derecho, Posner reconoció en el prefacio a la última edición de su libro que es "more hospitable to criticisms of the 'rational choice' approach to law–criticisms that have persuaded me among other things to supplement that approach with insights from psychology." Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. xxii.

una perspectiva retributiva. Las sanciones penales deben aplicarse sólo a los culpables y su gravedad debe reflejar el grado de ilicitud del hecho y la culpabilidad del actor. Algunos retribucionistas incluso se oponen al uso del derecho penal *para la mera disuasión,* dado que usarlo de ese modo contradice el principio kantiano básico según el cual no debemos usar a las personas como meros medios (ni siquiera como medios para prevenir crímenes futuros). Esta tradición se basa en ciertas tesis concernientes la racionalidad de los individuos y su capacidad para formular juicios morales informados. Argumentos referidos al "libre albedrío" de los individuos y a su capacidad para tomar decisiones autónomas se encuentran en los cimientos de la tradición retribucionista.

La teoría comunicativa desarrollada por Antony Duff es un buen ejemplo de esta tradición, y del conflicto intrínseco con las asunciones del Análisis económico-conductista del derecho. Al ir más allá de los enfoques expresivistas tradicionales, según los cuales la función principal del castigo penal consiste en la expresión de ciertos juicios o valores, Duff concibe al juicio y al castigo como esfuerzos comunicativos destinados a entablar un *diálogo* con el acusado[7]. El juicio llama al acusado a rendir cuentas de su ilícito, mientras que el castigo busca comunicar la censura que merece e inducir al arrepentimiento y la reforma moral[8]. La comunicación requiere así que se entable un compromiso recíproco y racional con quien ha cometido un delito[9]. Esto marca una importante contribución del trabajo de Duff a la filosofía del castigo: la importancia de la participación del delincuente como agente moral racional en el proceso y en la imposición del castigo. En un trabajo posterior, Duff profundiza en los roles de otros actores, incluido el papel de los testigos y el de la víctima[10].

La racionalidad que impregna el "discurso racional" o el "compromiso racional" con el criminal es radicalmente diferente de la racionalidad que caracteriza al análisis económico. La racionalidad del criminal no se per-

[7] Duff, R.A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 260.
[8] *Ibidem*, p. 97.
[9] *Ibidem*, p. 79.
[10] Véase Duff, R.A. y Marshall, S.E., "Communicative Punishment and the Role of the Victim", *Criminal Justice Ethics,* 23, 2010; Cruft, R. et al. (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff* Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 18.

cibe como una racionalidad instrumental; no es acerca de cuál es la mejor manera de promover sus intereses. El discurso es sobre lo correcto y lo incorrecto, lo moral y lo inmoral. El derecho penal busca esclarecer de manera racional si un ilícito ha tenido lugar y, en su caso, importa que el criminal reconozca que ha cometido un ilícito.

El enfoque conductista se apoya en una perspectiva más escéptica acerca de la naturaleza humana. No privilegia la conformidad racional sobre la conformidad no racional. El sistema penal no ha sido diseñado para lograr la conformidad racional, sino que su objetivo es la mera conformidad. Es decir, el objetivo para el cual ha sido diseñado el derecho penal es meramente el de lograr conformidad y no el de lograr conformidad racional. Además, el enfoque conductista del derecho penal exige a menudo explotar los errores cognitivos y el comportamiento irracional, para disuadir o prevenir el crimen. Algunas de las recomendaciones de la tradición conductista están pensadas para inducir apreciaciones erróneas acerca de la severidad de las sanciones penales y/o de la probabilidad de detección, para aumentar así la efectividad de las sanciones penales. Las recomendaciones de política pública provenientes de los teóricos conductistas se basan en métodos que los teóricos tradicionales del derecho penal describirían como manipuladores y fraudulentos. Tales enfoques tratan a las personas como bestias potencialmente peligrosas que deben ser controladas explotando sus debilidades.

Compárese, por ejemplo, el análisis conductista de los delitos tributarios con el análisis adoptado por Anthony Duff. La diferencia entre ellos ilustra la diferencia fundamental entre el análisis conductista y el análisis tradicional.

Uno de los hallazgos más interesantes del conductismo es que los individuos reaccionan de manera diferente a la incertidumbre acerca del futuro y acerca del pasado[11]. De acuerdo con investigaciones psicológicas, las personas están menos dispuestas a apostar sobre eventos pasados que sobre eventos futuros. Supongamos que usted tiene que apostar sobre el resultado de lanzar un dado. En un caso, los dados ya han sido lanzados,

[11] Véase Guttel, E. y Harel, A., "Uncertainty Revisited: Legal Prediction Legal Prediction and Legal Postdiction", *Michigan Law Review,* 107, 2008.

mientras que en un segundo caso el experimentador los lanzará una vez que usted haya apostado. Parecería que no hay ninguna diferencia entre estos casos. La probabilidad de adivinar correctamente es exactamente la misma en ambos casos. Sin embargo, la investigación experimental indica que los individuos reaccionan de manera diferente en cada uno de ellos.

Esta observación es utilizada por el análisis conductista para hacer una propuesta práctica. Normalmente, las autoridades tributarias usan muestras de individuos seleccionados al azar. La muestra se selecciona a finales de año. Los contribuyentes que están pensando en cometer fraude apuestan sobre el futuro; apuestan a que sus nombres no aparecerán en la muestra. Es fácil advertir cómo puede cambiarse el sistema para que los contribuyentes tengan que apostar por el pasado y no por el futuro. Si en lugar de realizarse el sorteo a final de año, se realizara a principios del año, el contribuyente debería optar no ya sobre si su nombre *saldrá* sorteado, sino sobre si su nombre *ha ya salido* sorteado. Esta última opción tiene mayores efectos disuasorios.

Nótese algunas características de este análisis. Primero, los individuos bajo ambos regímenes se comportan de manera egoísta. Ellos calculan las probabilidades de ser atrapados y toman decisiones sobre esta base. Segundo, actúan de una manera que probablemente sea irreflexiva. Presumiblemente, los individuos que actúan de manera diferente en los casos de incertidumbre futura y pasada ni siquiera son conscientes de la diferencia en su reacción. En cualquier caso, a los defensores del Análisis económico-conductista del derecho no les interesa si el comportamiento es o no reflexivo. Mientras produzca la conformidad, es una política deseable.

La teoría comunicativa de Duff rechazaría este enfoque. El proceso penal no tiene como objetivo garantizar la mera conformidad; sino que apunta a lograr la conformidad racional. Por lo tanto, el énfasis de Duff no está en el sistema persecutorio sino en el juicio y, en particular, en la discusión durante el juicio. Duff está interesado en un discurso racional entre quien ha cometido un delito y el Estado, en los argumentos y el razonamiento utilizados en ese proceso, etc.

Se puede reformular esta diferencia de la siguiente manera: la teoría del derecho penal tradicional considera a quien ha cometido un delito como un ser racional que necesita ser educado y transformado. El proceso penal está

diseñado al menos parcialmente para este propósito. La persuasión racional tiene prioridad en el análisis del derecho penal tradicional. En contraste, el Análisis económico-conductista del derecho trata a la persona como un autómata. La persuasión racional se puede usar cuando es efectiva, pero no tiene primacía sobre otros medios para conseguir la conformidad.

4. Las deficiencias del análisis conductista

En esta parte de nuestra contribución examinaremos algunas de las dificultades asociadas con el uso de herramientas conductistas para el análisis del derecho penal. Señalaremos el problema de la indeterminación, es decir, el hecho que la investigación conductista conduce con frecuencia a predicciones poco claras (o incluso contradictorias) sobre el impacto potencial de las políticas legales. Esta indeterminación se deriva de dos características del análisis conductista, que examinaremos sucesivamente. Primero, el análisis conductista se suele apoyar en la aplicación de fenómenos vagamente definidos. En segundo lugar, el análisis conductista implica la aplicación de una amplia gama de fenómenos psicológicos que pueden generar hipótesis en competencia.

Estas dificultades no socavan la relevancia e importancia del análisis conductista, pero superarlas exige un gran esfuerzo. Como argumentaremos, estas dificultades sugieren que el análisis conductista del derecho penal requiere contar con una base empírica seria.

4.1. Fenómenos de conducta indeterminados

El nivel de riesgo generado por el sistema de justicia penal es endógeno y puede ser modificado eligiendo diferentes políticas. Esto es cierto con respecto a las políticas de persecución del delito, ya que los riesgos que enfrenta el delincuente pueden reducirse o aumentarse introduciendo los cambios apropiados en la probabilidad de detección y en las sanciones efectivamente aplicadas. Esto también es cierto respecto de la estructura de las normas jurídicas que rigen el derecho penal. Por ejemplo, al limitar

la discreción judicial, se podría reducir la disparidad entre las decisiones de los jueces y reducir así la incertidumbre generada por el sistema legal.

Dentro de un esquema utilitarista, los legisladores pueden apoyarse en las preferencias de riesgo de los criminales para fortalecer la disuasión. Adoptando un régimen penal *opuesto a* esas preferencias, el poder disuasorio de las sanciones se ve reforzado en virtud de la desutilidad añadida. Por lo tanto, respecto de los criminales adversos al riesgo, es deseable el régimen de alta sanción y baja probabilidad defendido por muchos economistas y juristas, ya que el alto riesgo que conlleva proporciona una mayor disuasión (generalmente, sin costo). Los individuos adversos al riesgo serán disuadidos por un esquema de riesgo en el que las condenas son severas y la probabilidad de detección es baja. A la inversa, con respecto a los delincuentes que toman riesgos, la disuasión puede mejorarse aumentando la certeza del castigo y reduciendo en consecuencia el monto de la sanción.

Para predecir las preferencias de los criminales respecto del riesgo, se podría recurrir a la teoría conductista líder en la toma de decisiones bajo incertidumbre: la teoría prospectiva[12]. Según la teoría prospectiva, las decisiones dependen del contexto. Es decir, se toman con relación a un *punto de referencia*. Las decisiones que reflejen una mejora en el bienestar, comparado con el punto de referencia, son vistas como ganancias, y la gente tiende a exhibir cierta aversión al riesgo respecto de ellas. Por otro lado, las decisiones que reflejan una disminución en el bienestar, en comparado con el punto de referencia, se consideran pérdidas y las personas tienden a tomar riesgos respecto de ellas. Por lo tanto, para aplicar los hallazgos de la teoría prospectiva al comportamiento criminal, uno debe determinar si los delincuentes operan dentro del dominio de las ganancias o de las pérdidas.

Dado que estamos ocupándonos del análisis de las sanciones, parece razonable suponer que los agentes se encuentran en el dominio de las pérdidas y, por lo tanto, podemos esperar que tomen riesgos[13]. En consecuencia, es de esperar que los criminales prefieran sentencias por sorteo

[12] Véase Tversky, A. y Kahneman, D., "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", *Journal of Risk and Uncertainty,* 5, 1992.

[13] Harel, A. y Segal, U., "Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime", *American Law and Economic Review,* 1, 1999.

en lugar de un régimen de sentencias claras y uniformes. Por lo tanto, la ley debería buscar minimizar la incertidumbre asociada con las sanciones para mejorar la disuasión. El sistema legal puede hacerlo disminuyendo los poderes discrecionales de los jueces, por ejemplo, mediante el uso de pautas o guías de sentencia.

Si bien el esquema mencionado es plausible, se enfoca solo en un único aspecto de la decisión de cometer un delito, a saber, el riesgo de incurrir en sanciones. Sin embargo, en realidad, la decisión de cometer o no un delito implica una dimensión adicional, a saber, los beneficios esperados (es decir, las ganancias) que se espera obtener a partir del crimen. Si, al momento de decidir realizar o no actividades ilícitas, los criminales se enfocan en los beneficios potenciales del delito, uno podría esperar que muestren aversión al riesgo[14] y que, de hecho, la evidencia experimental sugiera que este es el caso[15].

Nos abstenemos de comprometernos con una predicción en este frente por dos razones. Primero, la cantidad de datos recopilados sobre este punto es inadecuada. Sin una masa crítica de estudios realizados en diferentes contextos, es difícil sacar conclusiones claras acerca del punto de referencia relevante para la toma de decisiones criminales. Segundo, puede resultar teóricamente imposible extrapolar este punto respecto de todos los delitos. Si bien respecto de ciertos delitos los beneficios del crimen pueden desempeñar un papel central (por ejemplo, en delitos relacionados con ganancias tangibles e inmediatas, tales como el hurto), respecto de otros delitos los beneficios pueden desempeñar un papel relativamente menor (por ejemplo, en delitos relacionados con ganancias intangibles, como la obstrucción de la justicia). De hecho, es muy posible que cada tipo de delito involucre un esquema diferente y, por lo tanto, genere preferencias de riesgo distintas, sin mencionar las posibles diferencias entre los criminales y las circunstancias particulares de cada caso.

[14] Cox, J.D., "Private Litigation and the Deterrence of Corporate Misconduct", *Law and Contemporary Problems,* 60, 1997.

[15] Véase Baker, T. et al., "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", *Iowa Law Review,* 89, 2004, p. 463.

Pero las cosas se complican aún más. La asociación de ganancias con conductas adversas al riesgo, y de pérdidas con conductas de toma de riesgos, solo se sostiene en un dominio de probabilidades de moderadas a altas. En un dominio de bajas probabilidades, estas preferencias se invierten, lo que resulta en un comportamiento adverso al riesgo respecto de las pérdidas y en un comportamiento de toma de riesgos respecto de las ganancias[16]. Los datos del sistema de justicia penal muestran que no hay manera de llegar a una conclusión general en cuanto a cuál de estos dos dominios de probabilidad pertenece al comportamiento criminal. Los datos de delitos muestran que la probabilidad de castigo varía dramáticamente de delito en delito: mientras que los autores de robo, hurto o robo de vehículos a motor enfrentan una probabilidad de aproximadamente el 1 por ciento, los involucrados en violaciones u homicidios enfrentan probabilidades de 12 y 44.7 por ciento, respectivamente[17]. Por lo tanto, para predecir cómo los cambios en la incertidumbre afectan el comportamiento, se debe distinguir entre diferentes tipos de delitos (y entre jurisdicciones, ya que los datos citados solo son verdaderos respecto de los Estados Unidos).

En particular, los problemas que hemos resaltado (puntos de referencia poco claros y dominios de probabilidad turbios) no pueden abordarse ajustando las predicciones del modelo. Más bien, una caracterización errónea del punto de referencia o del dominio de probabilidades pone a las predicciones patas para arriba. Si, por ejemplo, los criminales son realmente reacios al riesgo, esto implicaría que la incertidumbre aumenta la disuasión, y que los responsables de la política criminal deberían adoptar precisamente las políticas opuestas.

4.2. Fenómenos de conducta compensatorios

La sección anterior demostró que, en muchos casos, los componentes básicos del análisis conductista (los diferentes sesgos cognitivos) a menudo

[16] Véase Tversky, A. y Kahneman, D., *op. cit.*, p. 316.

[17] Véase Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Utility of Desert", *Northwestern University Law Review,* 91, 1997, pp. 459-60.

no están suficientemente definidos (al menos en relación con el comportamiento criminal). Esta sección asumirá, por el bien del argumento, que cada sesgo cognitivo está bien definido internamente. Sin embargo, como demostrará el análisis, esta claridad interna no es suficiente para producir recomendaciones claras de política pública, porque en muchos casos diferentes sesgos pueden operar de manera conflictiva. En tales casos, las teorías conductistas llevarán una vez más a conclusiones indeterminadas.

Tomemos, por ejemplo, el sesgo de disponibilidad y su relación con otros fenómenos de comportamiento[18]. Un importante cuerpo de estudios ha demostrado que cuando los individuos necesitan realizar estimaciones sobre eventos inciertos, tienden a basar esas estimaciones en la facilidad con que eventos similares se le vienen a la mente. Por lo tanto, las personas tienden a sobrestimar sistemáticamente la probabilidad de que ocurran eventos sobresalientes y vívidos. Por ejemplo, podrían exagerar la estimación de la posibilidad de un accidente de avión simplemente porque tales eventos son fáciles de recordar, es decir, están "disponibles".

Los expertos en derecho han incorporado el sesgo de disponibilidad en el diseño de políticas de control de delitos. En lo que respecta a la persecución del delito, Jolls, Sunstein y Thaler argumentan que las autoridades deben dar alta visibilidad a sus esfuerzos persecutorios, con el fin de reforzar en los criminales la percepción de la probabilidad de detección y, por lo tanto, aumentar la disuasión[19]. Por ejemplo, sugieren que los comprobantes de multas de estacionamiento sean de grandes dimensiones y de colores brillantes, en lugar de pequeñas papeleteas que casi no se ven[20]. Este análisis, sin embargo, desconoce ciertos fenómenos cognitivos que sugieren que los esfuerzos persecutorios suelen de todos modos permanecer desconocidos.

Un de esos "fenómenos compensatorios", que Jolls y sus colegas pasan por alto, es la aversión a la ambigüedad. Una considerable cantidad de

[18] Sobre el sesgo de la disponibilidad, véase Tversky, A. y Kahneman, D., "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", en Arkes, H. R. y Hammond, K. R. (eds.), *Judgment and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 46-49.

[19] Véase Jolls, C. et al., *op. cit.*, p. 1538.

[20] Jolls, C. et al., *op. cit.*

literatura bien documentada ha demostrado que, si bien las personas son adversas a las situaciones de riesgo, son incluso más adversas a las situaciones ambiguas, que se definen como situaciones en las que las personas no cuentan con información sobre las probabilidades subyacentes[21]. Por ejemplo, las personas sistemáticamente prefieren participar en una lotería que tenga una tasa de éxito del 50%, que en una lotería que tenga una tasa de éxito que está entre el 0% y el 100% con la misma probabilidad. Este hallazgo sugiere que las autoridades deben intentar minimizar la cantidad de información que los potenciales criminales poseen respecto de la probabilidad de detención. Dado que dar mayor visibilidad a los esfuerzos de persecución probablemente aumentará la cantidad de información que los potenciales criminales tengan respecto de la posibilidad de castigo, la adopción de tales políticas podría socavar la disuasión.

Resumiendo, incluso si mejoramos nuestra comprensión de los sesgos de comportamiento de manera tal que su contenido se vuelva nítido y claro, queda todavía el problema de los sesgos compensatorios. Ignorar tales sesgos, como a veces lo hacen los defensores del análisis conductista, podría producir recomendaciones equivocadas. La incorporación en el análisis de todos los sesgos potenciales podría llevarnos de nuevo al problema de la indeterminación.

4.3. Conclusión

El objetivo de esta Sección no es, sin duda, sugerir que el análisis conductista es inútil porque conduce a predicciones indeterminadas. El análisis económico tradicional puede ser a veces igualmente indeterminado. Por ejemplo, el modelo tradicional todavía tiene que ofrecer una respuesta clara a la vieja pregunta sobre el equilibrio óptimo entre el monto de las sanciones y la probabilidad de detección[22]. Mientras que Becker argumentó que

[21] Véase, por ejemplo, Ellsberg, D., "Risk, Ambiguity and the Savage Axioms", *The Quarterly Journal of Economics,* 75, 4, 1961.

[22] Por supuesto, tampoco la ofrece el análisis conductista. Véase Ulen, T. y McAdams, R., *op. cit.*, p. 19 (señalando la indeterminación del análisis conductista al respecto).

tasas de detección bajas junto con sanciones altas son eficientes, ya que minimizan el costo de la disuasión[23], otros académicos han señalado los problemas asociados con un régimen de tasa de detección baja y sanción alta. Stigler, por ejemplo, señaló que un régimen de este tipo socavaría la disuasión marginal y llevaría a que los delincuentes cometan más delitos[24]. Centrándose en el comportamiento de los investigadores criminales, Andreoni ha argumentado que sanciones altas y uniformes reducirán la probabilidad de condena (ya que los jurados estarán menos dispuestos a condenar cuando crean que las sanciones son demasiado duras) y, por lo tanto, disminuirá la disuasión[25].

La indeterminación tanto del análisis económico tradicional como del análisis conductista puede llevar a dos líneas de pensamiento. La primera concibe la indeterminación como una falla irreparable que justifica dejar de lado el proyecto consecuencialista. Después de todo, si los consecuencialistas no pueden ofrecer predicciones precisas sobre cómo las diferentes políticas afectarán el comportamiento, sus conclusiones normativas tienen poco peso[26]. La segunda manera, más constructiva, de lidiar con la indeterminación es reduciéndola, llevando a cabo investigaciones empíricas adicionales. Sin embargo, esta exigencia de una investigación empírica adicional exige un cambio paradigmático de parte de la literatura conductista que aborda el control del crimen.

Los estudiosos que actualmente participan en el análisis conductista de la actividad criminal, a menudo extrapolan sus conclusiones a partir de hallazgos empíricos que no se obtuvieron en estudios sobre el delito. Más bien, identifican un fenómeno estudiado por psicólogos cognitivos o economistas en el laboratorio y, a veces, en el campo. Luego aplican estos

[23] Véase Becker, G.S., *op. cit*., pp. 183-4.

[24] Véase Stigler, G.J., "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy,* 78, 1970.

[25] Véase Andreoni, J., "Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime?", *RAND Journal of Economics,* 22, 3, 1991.

[26] Véase, por ejemplo, Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *The Georgetown Law Journal,* 91, 2003, pp. 976-89 (defendiendo la idea según la cual las sanciones deben distribuirse de acuerdo con los dictados de la justicia y no de la disuasión, dados los obstáculos prácticos que se interponen en el camino de esta última teoría).

hallazgos al ámbito de la actividad criminal y *teorizan* sobre cómo afectan el comportamiento de los delincuentes. En este sentido, se trata de un género académico puramente teórico. Así como el estudioso tradicional del análisis económico del derecho observa que la demanda de tomates disminuye a medida que aumenta su precio y luego aplica este hallazgo empírico al ámbito del control de delitos, los juristas conductistas contemporáneos observan que las personas toman riesgos con respecto a ciertos tipos de apuestas y luego aplican estos hallazgos al ámbito de control de delitos.

Sin embargo, sugerimos que esta estrategia es deficiente ya que el campo del derecho penal es un campo único. El derecho penal implica a veces un estigma, y está asociado con intuiciones morales. No es implausible conjeturar que las observaciones generales sobre los riesgos se apliquen de manera diferente en este campo. Es necesario a este punto mayor investigación empírica del *comportamiento criminal real* que corrobore, refute o refine las hipótesis expuestas en la literatura conductista. Esta línea de investigación deberá utilizar cambios en las políticas criminales, decisiones diferentes en jurisdicciones diferentes (*jurisdictional arbitrages)* y oportunidades similares para demostrar si y cómo los sesgos cognitivos afectan el comportamiento criminal. Dichos estudios precisarán las teorías conductistas del comportamiento criminal y ofrecerán recomendaciones concretas a los legisladores.

5. Puntos de vista normativos predominantes sobre el castigo

Un capítulo separado del análisis conductista del derecho penal se relaciona con el estudio de las opiniones prevalecientes entre la población general con respecto al diseño adecuado de políticas penales. Examinar los puntos de vista de las personas con respecto al derecho penal no es meramente un ejercicio intelectual interesante, sino que también posee implicancias prácticas. Dejando de lado posibles exigencias morales, ajustar las políticas penales a los puntos de vista de las personas puede ser importante dentro de un concepción consecuencialista de la pena. Un importante cuerpo de investigaciones sugiere que si se rompe este vínculo y el sistema de justicia

penal es visto como desviándose demasiado de los valores fundamentales de la sociedad, la motivación de muchas personas para obedecer la ley puede verse socavada y su legitimidad social puede verse erosionada. Ello exigiría aumentar la inversión en recursos destinados a la persecución del delito, puesto que el cumplimiento voluntario (que no tiene costo directo) se vería debilitado[27].

La imagen general que emerge de ese conjunto de trabajos sobre los puntos de vista de las personas acerca del derecho penal difiere significativamente de los postulados de las teorías consecuencialistas del castigo. Más bien, a menudo están alineados con convicciones morales que reflejan los principios del *justo merecimiento*. Si bien no está claro si estas convicciones morales están arraigadas en todos los seres humanos a través de un proceso evolutivo o social[28], su amplio y uniforme alcance ha sido demostrado en numerosos estudios, utilizando una amplia variedad de recursos metodológicos[29].

Las convicciones morales que están detrás de las decisiones penales se centran en dos factores principales: la *injusticia* y la *culpabilidad*[30]. La injusticia se refiere a la acción en cuestión y al grado en que se desvía del comportamiento esperado. Así, provocar la muerte de alguien es peor que agredirlo, que a su vez es peor que robar su propiedad, y así sucesivamente. La culpabilidad, por otro lado, denota el grado de culpa que puede atribuirse al estado mental del acusado. Infligir daño deliberadamente es peor que hacerlo de manera imprudente, que a su vez es peor que hacerlo de manera negligente, y así sucesivamente. Primero vamos a repasar algunas

[27] Dentro de la literatura jurídica, esta tesis ha sido articulada con extrema claridad por Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *op. cit.*; Robinson, P.H. y Darley, J.M., "Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy", *Southern California Law Review,* 81, 1, 2007.

[28] Véase Mikhail, J., "Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future", *Trends in Congitive Science,* 11, 2007.

[29] Véase, por ejemplo, Darley, J.M., "Citizens' Assignment of Punishments for Moral Transgressions: A Case Study in the Psychology of Punishment", *Ohio State Journal of Criminal Law,* 8, 1, 2010.

[30] Véase Duff, R.A., *Intention Agency and Criminal Liability : Philosophy of Action and the Criminal Law* Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 103.

de las principales investigaciones que sugieren que las opiniones de la gente sobre las políticas penales están en consonancia con un enfoque no consecuencialista[31], y luego analizaremos las implicancias de estos trabajos para las políticas criminales.

5.1. El castigo y la probabilidad de detección

Las teorías económicas y no económicas del castigo divergen sobre si la probabilidad de detección debe incidir en las sanciones. Desde una perspectiva económica, la probabilidad de detección es un factor importante en el diseño de las sanciones (posiblemente *el* factor más importante). Cuanto mayor sea la probabilidad de detección, menores serán las sanciones y viceversa. En contraste, las teorías no económicas no consideran que la probabilidad de detección sea muy importante y, en cambio, se concentran en la injusticia del acto y la culpabilidad del delincuente. Las investigaciones empíricas parecen mostrar que las opiniones de la gente tienden a coincidir con las teorías no económicas, los individuos no creen que se deban incrementar las sanciones cuando la probabilidad de detección es baja.

Cass Sunstein, David Schkade y Daniel Kahneman examinaron si las personas creían que las sanciones por infracciones fiscales debían ajustarse para enfrentar deficiencias en la aplicación de normas en una región particular de los Estados Unidos (Utah, versus California) [32]. Su hallazgo principal fue que los participantes en el estudio (estudiantes de derecho de la Universidad de Chicago) no creían que tal ajuste fuera deseable. Sin embargo, algunos detalles particulares de la encuesta utilizada en el estudio eran algo restrictivos. Primero, la deficiencia en la aplicación de las normas provenía de "restricciones prácticas" asociadas con la contratación

[31] Para análisis ulteriores véase, Carlsmith, K.M. y Darley, J.M., "Psychological Aspects of Retributive Justice", *Advances in Experimental Social Psychology,* 40, 2008; Darley, J.M. y Alter, A.L., "Behavioral Issues of Punishment, Retribution, and Deterrence", en Shafir, E. (ed.), *The Behavioral Foundation of Public Policy*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

[32] Véase Sunstein, C. et al., "Do People Want Optimal Deterrence?", *Journal of Legal Studies,* 29, 2000, pp. 244–46.

de más agentes en Utah[33], en lugar de factores fuera del control de la agencia de aplicación (IRS), tales como la naturaleza del delito (por ejemplo, los ingresos obtenidos en el exterior), o los esfuerzos de los delincuentes para ocultar su evasión de impuestos (por ejemplo, el uso intencional de dinero en efectivo). Presumiblemente, los participantes en el estudio querían incentivar al IRS a resolver las restricciones prácticas que enfrentaba, en lugar de elegir la opción fácil de incrementar las sanciones. En segundo lugar, el resultado de la política que se pidió a los sujetos que apoyaran (es decir, modificar las sanciones a ciudadanos de los EE.UU. en función de su Estado de residencia) puede también haber desencadenado inquietudes políticas específicas relacionadas con el federalismo: permitir que el gobierno federal discrimine a los ciudadanos sobre la base de su lugar de residencia podría producir abusos.

Otros estudios han replicado este resultado en configuraciones más generalizables. Kevin Carlsmith, Paul Robinson y John Darley pidieron a los sujetos que juzgaran diferentes escenarios criminales y manipularon el aspecto disuasorio del caso simplemente describiéndolo como muy difícil de detectar o muy fácil de detectar[34]. Sus resultados mostraron que, si bien los participantes modificaron su evaluación de la injusticia de varios aspectos del acto, no se vieron afectados por la probabilidad de detección. Además, luego de que informaran su evaluación intuitiva del evento, se pidió a los participantes que lo reevaluaran desde una perspectiva de disuasión o injusticia moral[35]. Curiosamente, cuando se les pidió explícitamente que consideraran la disuasión, las evaluaciones de los participantes sobre el castigo apropiado diferían significativamente de su evaluación inicial. Por el contrario, cuando se les pidió que consideraran la injusticia moral como principio rector del castigo, sus evaluaciones no diferían significativamente de la evaluación inicial. Por lo tanto, se podría argumentar que la intuición

[33] Sunstein, C. et al., *op. cit.*, p. 245.

[34] Carlsmith, K.M. et al., "Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment", *Journal of Personality and Social Psychology,* 83, 2, 2002, pp. 288–95.

[35] Carlsmith, K.M. et al., *op. cit.*, p. 292.

inicial de las personas con respecto al castigo tiende a ser de naturaleza no económica[36].

5.2. El castigo y el riesgo de delitos futuros

Otra diferencia entre las teorías del merecimiento justo y las teorías económicas es el tratamiento que dan a la reincidencia. Mientras que encerrar a personas riesgosas por largos períodos de tiempo puede ser justificable desde una perspectiva económica[37], no es por lo general así bajo un análisis tradicional del merecimiento justo[38]. Por lo tanto, examinar cómo la referencia a un criminal riesgoso altera las percepciones del castigo puede servir para medir las fuerzas motrices subyacentes a las actitudes de las personas respecto de las sanciones.

Para examinar este punto, Darley, Carlsmith y Robinson utilizaron un enfoque experimental similar al descrito anteriormente[39]. Las condiciones en el estudio incluían varios tipos de delitos y distintos niveles de riesgo de delitos futuros (a partir de proporcionar información sobre el historial de delitos cometidos). Los resultados del estudio mostraron que la evaluación intuitiva inicial de las personas acerca del castigo estaba en línea con una perspectiva de merecimiento justo y no con uno centrado en la prevención. Como concluyen los autores, "existe un consenso general sobre que

[36] Sobre la base de una serie de nueve experimentos, Baron y Ritov también llegaron a la conclusión que "[i]n general, subjects do not seem very sensitive to the probability of detection between cases". Véase Baron, J. & Ritov, I., "The Role of Probability of Detection in Judgments of Punishment", *Journal of Legal Analysis,* 1, 2009, p. 581. Un estudio posterior que analiza esta misma cuestión en una configuración de laboratorio compatible con incentivos, puede verse en Ouss, A. y Peysakhovich, A., "When Punishment Doesn't Pay: Cold Glow and Decisions to Punish", *Journal of Law and Economics,* 58, 2015, pp. 639–45.

[37] Véase Shavell, S., "A Model of Optimal Incapacitation", *American Economic Reiew. Papers and Proceedings,* 77, 1987.

[38] Véase Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 459–69. Una perspectiva más matizada sobre la misma cuestión puede encontrarse en Hirsch, A.V., "Criminal Record Rides Again", *Criminal Justice Ethics,* 10, 2, 1991.

[39] Véase Darley, J.M. et al., "Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment", *Law and Human Behavior,* 24, 2000, pp. 660–71.

el merecimiento justo ha de ser lo que impulsa el castigo apropiado para un criminal que intencionalmente comete una acción que sabe es injusta" [40].

5.3. Determinación del castigo y diseño de políticas criminales

Como se señaló anteriormente, los juristas académicos, especialmente Paul Robinson y John Darley, han dado el paso normativo de pasar de describir las evaluaciones de las personas sobre el derecho penal al argumento de que el código penal debería reflejar esas evaluaciones[41]. En particular, dan ese paso a partir del argumento utilitarista de que diseñar un régimen penal que es percibido como justo ayuda a reforzar la conformidad voluntaria a las normas penales. Por lo tanto, alinear el derecho con las intuiciones morales de las personas produce el alto (y aparentemente gratuito) beneficio de un extendido respeto a los dictados de la ley.

Varios estudios apoyan el argumento de que si las personas perciben al sistema penal como injusto, ello erosiona su voluntad de obedecer el derecho[42]. Claramente, uno debe desconfiar de una correlación simple entre las percepciones de las personas sobre la justicia del sistema penal y sus actitudes hacia el cumplimiento de las normas, ya que esto último podría ser consecuencia de innumerables variables diferentes. Por ejemplo, las personas con tendencia al comportamiento delictivo, pueden optar por ver al sistema de justicia penal como injusto, para justificar así su decisión de delinquir. En los últimos años, sin embargo, los investigadores han superado este obstáculo metodológico usando experimentos elegantemente

[40] Darley, J.M. et al., *op. cit.*, p. 676.

[41] Véase Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *op. cit.*.

[42] Un análisis de estos estudios puede verse en Darley, J.M. y Alter, A.L., *op. cit.*, pp. 184–85. En este caso el foco del análisis está puesto en el contenido del derecho penal, sin embargo, una buena cantidad de estudios también han conectado este punto con la cuestión de la justicia de los procedimientos de aplicación del derecho penal. Véase, por ejemplo, Tyler, T.R., *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

diseñados[43]. En uno de esos estudios, Janice Nadler primero mostró a los participantes noticias que describían leyes justas o injustas, y luego les pidió que evaluaran esas leyes[44]. Luego se pidió a los participantes que completaran cuestionarios en los que se les pedía que indicaran la probabilidad con la que participarían en una variedad de actividades ilegales. Los resultados sugieren que los participantes a los que primero se les mostró noticias sobre leyes injustas se encontraban significativamente más propensos a violar la ley.

No obstante, se debe tener cuidado de no exagerar el alcance de este argumento y evitar favorecer sistemáticamente los juicios de justicia al diseñar políticas penales, por varias razones. Primero, las personas pueden no tener fuertes convicciones morales sobre muchos de los asuntos cubiertos por el derecho penal. El derecho penal incluye un vasto conjunto de prohibiciones, que van desde los delitos centrales relacionados con daños a otros individuos o sus propiedades, hasta otros más periféricos relacionados con la protección del medio ambiente, las prácticas de mercado y más. Si bien las personas pueden tener opiniones sólidas sobre el contenido del derecho penal en cuestiones centrales, es menos claro que tengan opiniones igualmente inequívocas sobre otras partes del código penal, como el lavado de dinero, el fraude postal, etc. En la medida en que hay muchas partes del código penal sobre las que las personas tienen posiciones menos claras, los responsables de la formulación de políticas criminales pueden regular tales áreas sin tener prácticamente que preocuparse por el resentimiento que expresen o no las personas.

En segundo lugar, las personas pueden incluso ni siquiera saber cuál es el contenido del derecho penal en muchos temas. Robinson y Darley enfatizan este punto al sostener que el derecho penal no disuade[45], si bien pasan por alto que ello también socavaría su propio argumento de que el derecho penal debe ser coherente con las actitudes penales de las personas. Si la gente no sabe cuál es el contenido del derecho en una determinada

[43] Véase Nadler, J., "Flouting the Law", *Texas Law Review,* 83, 2005.

[44] Nadler, J., *op. cit.*, pp. 1410–16.

[45] Véase Robinson, P.H. y Darley, J.M., "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies,* 24, 2004, pp. 175–78

materia, entonces no puede ser el derecho lo que la conduzca al incumplimiento. Incluso más, este punto es mucho más perjudicial para la teoría de Robinson y Darley, que para la teoría de la disuasión. La teoría de Robinson y Darley se centra en el comportamiento de la población general (es decir, no en delincuentes profesionales), por lo que se ve realmente socavada por los datos acerca del conocimiento jurídico que posee la población general. La teoría de la disuasión, en cambio, siempre puede retroceder y centrarse en los delincuentes profesionales, un sector que probablemente tenga más conocimientos sobre cómo funciona el sistema de justicia penal.

Finalmente, la afirmación de que las leyes injustas (pero eficientes) pueden llevar a las personas a la desobediencia parece tomar las opiniones de las personas como dadas. Si bien el concepto de disuasión general es complicado y puede que no sea intuitivo para muchos, las personas aún pueden entender los méritos de la idea si se explica adecuadamente. Una vez que se proporciona esa explicación, las opiniones de las personas sobre las sanciones centradas en la disuasión pueden cambiar. Y, de hecho, Jonathan Baron e Ilana Ritov han demostrado que si se muestra a los participantes una serie de preguntas generales que resaltan el funcionamiento la disuasión general, ello aumenta su disposición a aprobar sanciones basadas en la probabilidad de detección[46]. Dicho esto, en la medida en que consideraciones no consecuencialistas están profundamente arraigadas en la mentalidad humana, las dificultades asociadas con incorporar el influjo de tales consideraciones pueden ser significativas.

En resumen, la adopción de un régimen estalinista de control del crimen, con penas draconianas injustas y administradas a través de una sistema de persecución injusto probablemente incidirá de manera negativa sobre el acatamiento voluntario. Asumido eso, este no es un argumento particularmente valioso, ya que no tiene relación con los dilemas reales que enfrentan quienes tienen que diseñar políticas públicas en las democracias liberales modernas (aunque puede ser relevante para lectores de muchos países, que no serán mencionados aquí). Un análisis más matizado debe ser sensible a cuánto se aparta el derecho penal de las percepciones de justicia de las personas y la fuerza de sus puntos de vista. Uno puede especular que

[46] Véase Baron, J. & Ritov, I., *op. cit.*, pp. 566–69.

las personas poseen opiniones relativamente claras respecto de los delitos centrales, tales como el asesinato y la violación. Además, estos delitos son los que captan la atención del público, por lo que puede resultar problemático para el derecho penal apartarse de tales opiniones consolidadas. Sin embargo, con respecto a gran parte del derecho penal, sospechamos que muchas personas simplemente no tienen opiniones firmes sobre cuál debería ser la legislación penal adecuada. En esas áreas, quienes tienen que diseñar políticas públicas probablemente podrían enfocarse en las consecuencias de las políticas criminales.

6. Conclusión

En este trabajo señalamos algunos desafíos que enfrentan el Análisis económico-conductista del derecho. Primero, hemos sostenido que el Análisis económico-conductista del derecho está en conflicto con los puntos de vista de la dogmática penal tradicional, por ejemplo, la teoría comunicativa. También mostramos que el Análisis económico-conductista del derecho utiliza a menudo conceptos vagos y que la riqueza de esta teoría y la variedad de aspectos que aborda pueden socavar su fuerza predictiva. Por último, señalamos que con frecuencia las personas tienen intuiciones no consecuencialistas y que tales intuiciones pueden demandar políticas criminales que, en ausencia de tales intuiciones, resultarían ineficientes. El éxito futuro del Análisis económico-conductista del derecho depende del grado con el que aborde estos desafíos.

Bibliografía

Andreoni, J., "Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime?", *RAND Journal of Economics*, 22, 3, 1991, pp. 385-395.

Baker, T., et al., "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", *Iowa Law Review*, 89, 2004.

Baron, J. & Ritov, I., "The Role of Probability of Detection in Judgments of Punishment", *Journal of Legal Analysis*, 1, 2009.

Becker, G.S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968, pp. 169-217.

Carlsmith, K.M. y Darley, J.M., "Psychological Aspects of Retributive Justice", *Advances in Experimental Social Psychology*, 40, 2008.

Carlsmith, K.M., et al., "Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment", *Journal of Personality and Social Psychology*, 83, 2, 2002, pp. 284-299.

Cox, J.D., "Private Litigation and the Deterrence of Corporate Misconduct", *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997.

Cruft, R., et al. (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*; Oxford, Oxford University Press, 2011.

Darley, J.M., "Citizens' Assignment of Punishments for Moral Transgressions: A Case Study in the Psychology of Punishment", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 8, 1, 2010, pp. 101-117.

Darley, J.M. y Alter, A.L., "Behavioral Issues of Punishment, Retribution, and Deterrence", en Shafir, E. (ed.), *The Behavioral Foundation of Public Policy*, Princeton Princeton University Press, 2013.

Darley, J.M., et al., "Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment", *Law and Human Behavior*, 24, 2000.

Duff, R.A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

Duff, R.A., *Intention Agency and Criminal Liability : Philosophy of Action and the Criminal Law* Oxford, Basil Blackwell, 1990.

Duff, R.A. y Marshall, S.E., "Communicative Punishment and the Role of the Victim", *Criminal Justice Ethics*, 23, 2010, pp. 39-50.

Ellsberg, D., "Risk, Ambiguity and the Savage Axioms", *The Quarterly Journal of Economics*, 75, 4, 1961, pp. 643-669.

Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Guthrie, C., "Prospect Theory, Risk Preference and the Law", *Northwestern University Law Review*, 97, 2002-2203.

Guttel, E. y Harel, A., "Uncertainty Revisited: Legal Prediction Legal Prediction and Legal Postdiction", *Michigan Law Review*, 107, 2008.

Harel, A., "Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey", en Zamir, E. y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford Oxford University Press, 2014.

Harel, A. y Segal, U., "Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime", *American Law and Economic Review*, 1, 1999.

Hirsch, A.V., "Criminal Record Rides Again", *Criminal Justice Ethics*, 10, 2, 1991, pp. 2-56.

Jolls, C., et al., "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1547.

Korobkin, R. y Ulen, T., "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review*, 88, 4, 2000, pp. 1051-1144.

Mikhail, J., "Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future", *Trends in Congitive Science*, 11, 2007.

Nadler, J., "Flouting the Law", *Texas Law Review*, 83, 2005.

Ouss, A. y Peysakhovich, A., "When Punishment Doesn't Pay: Cold Glow and Decisions to Punish", *Journal of Law and Economics*, 58, 2015.

Posner, R.A., "Rational Choice, Behavioral Economics and the Law", *Stanford Law Review*, 50, 1998.

Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Utility of Desert", *Northwestern University Law Review*, 91, 1997.

Robinson, P.H. y Darley, J.M., "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *The Georgetown Law Journal*, 91, 2003.

Robinson, P.H. y Darley, J.M., "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004.

Robinson, P.H. y Darley, J.M., "Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy", *Southern California Law Review*, 81, 1, 2007, pp. 1-68.

Shavell, S., "A Model of Optimal Incapacitation", *American Economic Reiew. Papers and Proceedings*, 77, 1987.

Shavell, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Ma.-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

Stigler, G.J., "The Optimum Enforcement of Laws", *Journal of Political Economy*, 78, 1970.

Sunstein, C., et al., "Do People Want Optimal Deterrence?", *Journal of Legal Studies*, 29, 2000.

Tversky, A. y Kahneman, D., "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", en Arkes, H. R. y Hammond, K. R. (eds.), *Judgment and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*, Cambridge Cambridge University Press, 1986.

Tversky, A. y Kahneman, D., "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", *Journal of Risk and Uncertainty*, 5, 1992.

Tyler, T.R., *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Ulen, T. y McAdams, R., "Behavioral Criminal Law and Economics", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 244, 2008

Zamir, E. y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*; Oxford, Oxford University Press, 2014.