ISSN 1515-7326, n.º 22, 2 | 2018, pp. 59 a 82

La aplicación del análisis económico-conductista del derecho a las políticas criminales y sus desafíos

The Application of Behavioral Law and Economics to Criminal Policies and Its Challenges

Anna Richter*

Recepción: 27/05/2018
Evaluación: 30/05/2018
Aceptación final: 16/08/2019

Resumen: Este comentario se centra en dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho, el enfoque de la toma de decisiones y el enfoque intuicionista, así como en los problemas que surgen al emplear el análisis económico-conductista del derecho para la evaluación de leyes penales existentes o el diseño de políticas criminales futuras. Mientras el artículo central resalta los problemas empíricos a los que el análisis económico-conductista del derecho se ve confrontado en la aplicación a ordenamientos jurídicos penales, voy a argumentar que también existen desafíos normativos a tener en cuenta. Éstos giran alrededor de la pregunta de si los legisladores y responsables para la política criminal están restringidos por ciertos límites al interferir en el proceso de toma de decisión de potenciales delincuentes. Respecto del enfoque intuicionista surge la pregunta de si la moral social detectada a través del enfoque intuicionista ha de ser tenida en cuenta más allá de sus efectos disuasorios.

Palabras clave: análisis económico-conductista del derecho, fundamentos del derecho penal, moral social, neutralidad normativa

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, doble titulación por la Universidad Ludwig-Maximilian Múnich, Alemania y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Magíster en Global Rule of Law (LL.M.) de la Università degli Studi di Genova, Italia. Becaria postdoctoral CONICET, Argentina. Correo electrónico: anna.e.m.richter@gmail.com.

Abstract: This comment focuses on two approaches to behavioral law and economics, the decision-making and the intuition approach, and the problems that arise when behavioral analysis is deployed to evaluate existing criminal laws or to design future criminal policies. While the main article highlights the empirical problems behavioral law and economics faces when applied to criminal law systems, I will try to argue that there are also normative challenges that have to be considered. The normative challenges regarding the decision-making approach revolve around the question if legislators and criminal policymakers are bound by certain limits when interfering in the decision-making process of potential offenders. Regarding the intuition approach, the question arises if the social morals detected by the intuition approach have to be taken into consideration beyond their deterrence effects. Those normative considerations also seem to influence the ways the decision-making approach and the intuition approach should be connected.
Keywords: behavioural law and economics, foundations of criminal law, social morals, normative neutrality

1. Introducción

En el artículo principal, Harel y Teichman ofrecen una mirada crítica y muy interesante sobre el análisis económico-conductista del derecho.

Ellos presentan las diferencias con el análisis económico del derecho tradicional y las particulares dificultades que surgen en el marco del análisis económico-conductista del derecho, es decir, cuando los resultados de las investigaciones empíricas sobre el comportamiento son aplicados al análisis de reglas e instituciones jurídicas[1].

Su investigación gira alrededor de dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho. El primero se encuentra en las secciones 2 y 3 de su artículo y se centra en el proceso de toma de decisión que lleva a la comisión de un delito o a abstenerse de realizarlo; el segundo es presentado en la sección 4 y se refiere a los puntos de vista normativos sobre el sistema de justicia criminal que las personas expresan mediante sus intuiciones. En lo siguiente, llamaré al primer enfoque "enfoque de la toma de decisiones" y el segundo "enfoque intuicionista".

Este comentario se centra en estos dos enfoques y los problemas que surgen cuando el análisis económico-conductista del derecho es empleado para evaluar leyes penales existentes o para diseñar políticas criminales futuras. Harel y Teichman centran su atención en las lagunas entre diferentes investigaciones del comportamiento y la falta de datos empíricos que dificultan una predicción precisa de decisiones futuras, lo que debilita la utilidad del análisis económico-conductista del derecho para la evaluación y el diseño de políticas criminales. Mientras su enfoque resalta los problemas empíricos con los que se enfrenta el análisis económico-conductista del derecho, en mi contribución pretendo argumentar que también hay que tener en cuenta algunos desafíos normativos.

Los desafíos normativos respecto del enfoque de la toma de decisiones se refieren a la cuestión de si los legisladores y encargados de las políticas criminales están sujetos a ciertos límites en la interferencia en el proceso de la toma de decisiones de potenciales delincuentes. Respecto del enfoque intui-

[1] Tor, A., "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", *Haifa Law Review,* 4, 2008, p. 325.

cionista, surge la pregunta de si la moral social detectada por ese enfoque intuicionista ha de ser tenida en cuenta más allá de sus efectos disuasorios.

Esas consideraciones normativas parecen influir en la manera en la que el enfoque de la toma de decisiones y el enfoque intucionista deben ser conectados.

A este fin recapitularé en la sección 2 las características de ambos enfoques, así como sus problemas tal como fueron descritos por Harel y Teichman. En la sección 3 presentaré dos conexiones diferentes entre los dos enfoques que se basan en los resultados de investigaciones empíricas. La primera conexión ha sido establecida por Harel y Teichman en el artículo principal, la segunda no ha sido mencionada por ellos, pero parece igualmente plausible. La sección 4 también se ocupa de diferentes relaciones posibles entre los dos enfoques, pero esta vez desde una perspectiva normativa, y no empírica. Aquí también se encuentra la pregunta de si, y en qué sentido, los dos enfoques son normativamente neutrales y qué consecuencias se siguen de tales enfoques normativamente neutrales o no neutrales para su aplicación en las políticas criminales. El punto 5 contiene las conclusiones.

2. Dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho

En el artículo principal, Harel y Teichman presentan dos enfoques diferentes del análisis económico-conductista del derecho. El primero es el objeto tradicional del análisis económico del derecho, el proceso de toma de decisiones de potenciales delincuentes, y se centra en las creencias racionales o irracionales que influyen en nuestras decisiones. Como ya ha sido mencionado lo denominaré "enfoque de toma de decisiones".

El segundo es un objeto de estudio menos común en el análisis económico-conductista del derecho y trata los puntos de vista normativos preponderantes sobre el sistema de justicia criminal, esto es, lo que la gente percibe como justo en el derecho penal. Estas creencias normativas se expresan en las intuiciones de las personas, por lo que lo llamaré "enfoque intuicionista".

2.1. El enfoque de toma de decisiones

Si el derecho es considerado como un mecanismo para guiar el comportamiento de la sociedad[2], entonces su eficacia para orientar y regular la vida social y la interacción de las personas en una sociedad determinada depende de su capacidad de descifrar e influir en los patrones conductuales relevantes del comportamiento humano[3].

Por ello, en el marco del derecho penal, el análisis económico-conductista del derecho generalmente se concentra en el proceso de la toma de decisiones de los potenciales delincuentes sobre la comisión o abstención de delitos[4]. Este enfoque central del análisis económico-conductista del derecho –denominado aquí *enfoque de toma de decisiones*– se basa en estudios que analizan procesos de toma de decisión e intentan convertirlos en transparentes y predecibles.

En ese intento, el análisis económico-conductista del derecho no procede basado en la asunción de un *homo oeconomicus* que opera meramente según consideraciones de costos y beneficios. Más bien, intenta describir los factores actuales del proceso de la toma de decisiones. A este fin, se complementa la teoría de las decisiones racionales con conocimientos psicológicos[5] sobre las preferencias en las decisiones, como el comportamiento afín o reacio a riesgos. Los resultados de este análisis del comportamiento demuestran que las decisiones humanas no sólo se basan en consideraciones racionales, sino también en ideas irracionales, preferencias contradictorias, sesgos y estimaciones equivocadas sobre ciertos riesgos o probabilidades. Por ello, las decisiones no se toman en base a la realidad, *i.e.* en base a cómo el mundo realmente es, sino en base a cómo el mundo parece ser a los ojos del agente.

El análisis económico-conductista del derecho afirma que pese a esta falta de racionalidad en sus preferencias el comportamiento humano y

[2] Fisher, T., "Economic Analysis of Criminal Law", en Dubber M. y Hörnle, T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 38; Miceli, T., *The Economic Approach to Law,* Redwood City, Stanford University Press, 2017, p. 1 y ss.

[3] Tor, A., *op. cit.*, p. 326.

[4] Fisher, T., *op. cit.*, p. 39.

[5] *Ibidem*, p. 43.

su toma de decisiones está sujeto a un determinado sistema, un patrón subyacente que, una vez suficientemente conocido, vuelve predecibles las decisiones futuras.

Los resultados de estos estudios sobre los procesos decisivos pueden emplearse en dos sentidos diferentes: primero, pretenden volver transparente el proceso de la toma de decisiones y posibilitan predicciones sobre decisiones futuras. Pues, si los vectores del proceso decisorio son descifrados correctamente y se ha encontrado un patrón de conducta, entonces ese patrón puede usarse para predecir el resultado de decisiones futuras.

La eficiencia de instituciones jurídicas y políticas criminales existentes puede evaluarse en base a esos descubrimientos sobre el proceso de la toma de decisiones de potenciales delincuentes. De esta manera se puede determinar si las circunstancias actuales bajo las cuales un potencial criminal ha de tomar su decisión a favor o en contra de la comisión del delito son propensas a desalentarlo de la infracción.

Por el otro lado, una vez que se han detectado los vectores y sesgos cognitivos que influyen en las decisiones, éstos pueden ser manipulados para obtener un determinado resultado. En este sentido, en el marco del derecho penal, los resultados del análisis económico-conductista del derecho pueden usarse para establecer nuevas políticas criminales que influyen en el proceso de la toma de decisiones de potenciales delincuentes para lograr un derecho penal más eficiente con un factor desalentador mayor. Para obtener tal efecto desalentador, el Estado *prima facie* podría sacar provecho de todos los sesgos cognitivos e ideas erróneas que influyen en las decisiones sobre la comisión de delitos e incluso podría manipular las preferencias y opiniones de potenciales infractores si eso conlleva una mayor disuasión.

En este sentido, el fin del análisis económico-conductista del derecho no sólo se dirige a la revelación de patrones de conductas en el proceso de la toma de decisiones y a predecir los resultados de futuras decisiones, sino también a influir en las decisiones para lograr un efecto determinado, por ejemplo, una mayor disuasión en el derecho penal. O, visto desde el punto de vista del diseño de políticas criminales, los resultados del análisis económico-conductista del derecho pueden ser provechosos tanto para la evaluación de la eficiencia de instituciones jurídicas existentes como para

el diseño y la implementación de nuevas políticas criminales con un efecto disuasorio óptimo.

2.1.1. Dificultades del enfoque de toma de decisiones

En el artículo central, Harel y Teichman resaltan los problemas planteados por el primer enfoque del análisis económico-conductista del derecho y los dividen en tres grupos.

El primer grupo contiene la cuestión de fenómenos conductistas indeterminados. Las investigaciones psicológicas han descubierto diferentes vectores que influyen en los procesos de la toma de decisiones, como por ejemplo las actitudes afines o reacias al riesgo. Sin embargo, sigue siendo poco claro si una decisión determinada se realiza en un contexto afín o reacio al riesgo. Dicho de manera muy breve, todavía no se sabe cuáles vectores aparecen en un proceso determinado de toma de decisión. Por ello, las decisiones futuras no siempre pueden ser pronosticadas o influidas de manera correcta. También parece posible que los elementos decisivos de decisiones como las preferencias de riesgos y sesgos dependan del delito en cuestión.

El segundo grupo de problemas contiene los fenómenos conductistas contradictorios u opuestos. Como demuestran Harel y Teichman, el comportamiento humano está marcado por fenómenos diferentes y opuestos y la interacción de esos elementos en el caso de sesgos contradictorios todavía no ha sido analizado suficientemente. Esos fenómenos a veces son llamados lagunas de segundo orden o preguntas de segundo orden[6], dado que esos problemas aparecen en un segundo nivel en el que los descubrimientos del primer orden –donde se analiza un fenómeno específico de decisión– están puestos en relación con otros hallazgos de primer orden, lo que revela competencias o contradicciones entre los diferentes descubrimientos de primer orden.

Según esa problemática, la mera observación de que las personas están influenciadas en su comportamiento por diferentes sesgos o vectores no es suficiente para poder predecir el resultado de un determinado proceso de

[6] Tor, A., *op. cit.*, p. 310.

toma de decisión. Más bien, queda por determinar de qué manera interactúan los diferentes fenómenos de comportamiento y, en el caso en el que aparecen vectores contradictorios, cuál de ellos prevalece sobre los demás.

Estos dos grupos de problemas parecen darse en cualquier análisis de comportamiento. Eso demuestra que los procesos humanos de toma de decisiones todavía no están lo suficientemente explorados como para que podamos predecir cómo las personas reaccionan en situaciones complejas y qué medidas deben ser tomadas para dirigir eficazmente esas reacciones.

Por esa razón, Harel y Teichman exigen investigaciones empíricas adicionales que provean los datos necesarios para aclarar las incertidumbres resaltadas.

La tercera dificultad es más específica y se refiere al campo de investigación específico del análisis económico-conductista del derecho en el Derecho penal, es decir, el comportamiento de personas respecto de la comisión de delitos y el sistema jurídico penal. Como resaltan Harel y Teichman, el análisis económico-conductista del derecho se basa en descubrimientos empíricos que no fueron obtenidos en investigaciones específicas relacionadas con la comisión de delitos, sino en estudios sobre los procesos de toma de decisiones en otras áreas. Sin embargo, el derecho penal tiene peculiaridades importantes, especialmente su conexión con intuiciones morales básicas sobre términos como "bueno" y "malo", "justo" e "injusto" o el carácter estigmatizante de la intervención estatal en la persecución y condena de delitos penales. Esas cualidades especiales del derecho penal y las políticas criminales sugieren que los resultados de análisis del comportamiento en otras áreas no pueden transferirse al ámbito del derecho penal sin una importante pérdida de valor probatorio. Por esa razón, Harel y Teichman exigen estudios específicos que analicen el comportamiento humano precisamente en cuanto decisión de cometer un delito o abstenerse. También solicitan datos empíricos sobre si los estudios no específicamente relacionados al área penal tienen algún valor en las circunstancias particulares de criminalidad y disuasión.

2.2. El enfoque intuicionista

Un tema menos explorado[7] dentro del análisis económico-conductista del derecho consiste en las opiniones de ciudadanos comunes sobre el sistema jurídico penal, o, en palabras de Harel y Teichman, "los puntos de vista normativos predominantes sobre el sistema jurídico penal". Estas opiniones normativas sobre el derecho penal, analizadas en este segundo enfoque, se expresan en las intuiciones de las personas y reflejan la moral social de las personas en una sociedad determinada. Por esa razón, llamaré este enfoque "enfoque intuicionista".

El enfoque intuicionista analiza bajo qué circunstancias las personas consideran las imposiciones de sanciones como justas, qué criterios aplican para administrarlas y en base a qué determinan el monto de la pena.

Respecto de este tema, las investigaciones empíricas han demostrado una gran coincidencia en la percepción de justicia de personas de diferentes culturas: esos estudios muestran que las personas expresan opiniones muy parecidas sobre la gravedad de los hechos así como sobre las sanciones a imponer[8].

Esas similitudes también se extienden a los criterios en los que los sujetos basan la administración de sanciones. Generalmente, recurren al injusto del delito y la culpabilidad del autor. Pero no toman en consideración objetivos consecuencialistas. En ese sentido, las personas no consideran aspectos disuasorios -como el descubrimiento o la incapacitación-como cualidades decisivas para la administración de sanciones. Así, los estudios demuestran por ejemplo que el monto de pena impuesto no es alterado por la pregunta de si el delito era fácilmente descubierto o no o con qué probabilidad el autor iba a cometer futuros delitos.

Eso lleva a la conclusión de que en el derecho penal las personas apuntan al merecimiento justo y no a la disuasión, lo que marca una diferencia importante con el primer enfoque del análisis económico-conductista del

[7] Mitchell, G., "Alternative Behavioral Law and Economics", en Zamir, E., y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 168.

[8] Robinson, P. & Darley, J., "Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy", *Southern California Law Review*, 81, 2007, pp. 1-68.

derecho que se dirige a influir en los vectores de los procesos de toma de decisiones para maximizar la disuasión.

Aun así, la disuasión también se puede encontrar en el análisis económico-conductista del derecho que asume puntos de vista normativos sobre el sistema jurídico penal. En efecto, los estudios dirigidos a las percepciones de justicia no se limitan al análisis de las circunstancias bajo las cuales las personas consideran una determinada sanción o un determinado sistema penal como justo, también demuestran que los humanos son más propensos a observar la ley penal cuando consideran sus regulaciones y sanciones como justas. Con ello, un derecho penal percibido como justo por gran parte de la sociedad tiene efectos disuasorios más grandes que uno considerado como injusto.

Sabiendo eso, las políticas de incrementación de la disuasión también pueden basarse en los resultados de ese segundo enfoque en el análisis económico-conductista del derecho. Es decir, puede incorporar puntos de vista normativos sobre el sistema jurídico penal. Sin embargo, y eso parece ser importante, tal enfoque disuasorio solo puede ser el resultado indirecto de políticas dirigidas al merecimiento justo. Según esos descubrimientos, el sistema jurídico penal y la administración de sanciones han de orientarse en las percepciones de justicia de los ciudadanos, es decir, en consideraciones sobre el merecimiento justo, si se pretende usar el efecto disuasorio de la motivación de obedecer un derecho penal percibido como justo.

De esa manera, el objetivo disuasorio puede ser perseguido también dentro del enfoque intuicionista. Como se ha visto, eso no requiere un sistema jurídico penal directamente dirigido a la disuasión; más bien, el efecto disuasorio se obtiene de manera indirecta mediante un sistema jurídico penal moldeado según las consideraciones de merecimiento justo compartidas por la mayoría de la sociedad en cuestión.

2.2.2. Algunos problemas del enfoque intuicionista

La evaluación crítica de Harel y Teichman incluye también el segundo enfoque del análisis económico-conductista del derecho que incorpora los puntos de vista predominantes sobre el sistema jurídico penal.

Según su opinión, es probable que muchas personas no tengan fuertes intuiciones morales sobre algunas de las conductas reguladas por el derecho penal y consecuentemente no se pueda usar ninguna motivación moral hacia la observación de la ley para conseguir efectos disuasorios.

También afirman que es posible que muchas personas no conozcan la postura del derecho penal respecto de un comportamiento determinado, por lo que en esas situaciones no se podrían aprovechar políticas criminales dirigidas a la disuasión, porque las personas no sabrían qué comportamiento les exige la ley.

Harel y Teichman resaltan finalmente que las intuiciones y opiniones de las personas sobre la administración de sanciones no son necesariamente estáticas; podrían cambiar y eventualmente incluso comprender consideraciones disuasorias si la sociedad estuviera informada sobre las políticas disuasorias y sus fines. De esta manera, las opiniones de las personas sobre las prácticas sancionatorias podrían desplazarse de consideraciones de merecimiento justo a razonamientos dirigidos a la disuasión.

3. Posibles relaciones entre los dos enfoques basados en descubrimientos empíricos

Los dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho mencionados arriba no necesariamente tienen que considerarse por separado, más bien, también pueden ser puestos en correlación. Esas correlaciones pueden hacerse tanto a nivel descriptivo, basado en resultados empíricos sobre las influencias mutuas que tienen en sus respectivos resultados, como a nivel normativo, basado en consideraciones sobre los fundamentos del derecho penal y los valores que éste debería perseguir y respetar.

Harel y Teichman presentan una manera en la que se pueden relacionar el enfoque de toma de decisiones y el enfoque intuicionista. En lo que sigue quiero presentar otra posible conexión entre los dos enfoques.

Como se mostrará en la sección 4, esas posibles relaciones entre los dos enfoques también están sujetas a consideraciones y desafíos normativos.

3.1. La yuxtaposición del enfoque de toma de decisiones con el enfoque intuicionista

Harel y Teichman parecen tratar los dos enfoques como iguales, posicionándolos en el mismo nivel y suponiendo que ambos enfoques pueden ser aplicados simultáneamente sin que se influyan mutuamente.

Sospechan que los ciudadanos no tendrían intuiciones fuertes en muchas áreas del derecho penal y por ende no pueden ser orientados por esas intuiciones en el cumplimiento de la ley. En esos ámbitos donde el segundo enfoque del análisis económico-conductista del derecho basado en las intuiciones de las personas sobre justicia no es de ayuda, se podría recurrir sin problema a políticas consecuencialistas de disuasión como aquellas perseguidas por el primer enfoque del análisis económico-conductista del derecho.

Por ello, Harel y Teichman parecen suponer una yuxtaposición de ambos enfoques, en la que el primero llena las lagunas que el segundo dejó sin resolver.

3.2. La influencia mutua entre el enfoque de toma de decisiones y el enfoque intuicionista

Sin embargo, aparte de la propuesta de Harel y Teichman también son pensables otras conexiones entre los dos enfoques. Así, es concebible no solo una yuxtaposición en determinadas áreas sino también una limitación de un enfoque mediante el otro o su mutua influencia. Eso podría ser así: como vimos en el primer enfoque, mediante los análisis de procesos de toma de decisiones, se pretende capacitar al legislador y a los responsables de políticas públicas para manipular los vectores descifrados de los procesos de toma de decisiones de tal manera que se obtenga un mayor efecto disuasorio. Si en esa situación no solo se toma en consideración el proceso de toma de decisión del potencial delincuente particular, sino también el efecto de esas medidas de influencia en la sociedad entera, entonces se podría temer que las manipulaciones obvias de los puntos de vista de los

ciudadanos sean percibidas como injustas. Bajo esas circunstancias, una medida estatal dirigida a la disuasión bien puede tener el efecto deseado en el potencial delincuente particular que es desalentado de cometer un delito, pero la sociedad podría considerar tales políticas criminales manipuladoras como injustas y por ello podría estar menos motivada a obedecer la ley.

Si se pretende evitar ese efecto contrario de las medidas disuasorias manipuladoras, su aplicación ha de limitarse dentro de los márgenes de un sistema jurídico penal considerado como justo por la mayoría. Eso significa que los puntos de vista normativos sobre los sistemas jurídicos criminales que se descubren mediante el enfoque intuicionista establecen límites para las medidas tomadas en base al primer enfoque del análisis económico-conductista del derecho.

Sin embargo, la existencia o no de tal interacción entre los dos enfoques, así como el modo en que deberían diseñarse las medidas estatales punitivas en cada caso para ofrecer tanto un efecto disuasorio directo en potenciales delincuentes como un efecto disuasorio indirecto en la sociedad, son cuestiones que todavía requieren de verificación y determinación mediante investigaciones empíricas específicas sobre los efectos mutuos entre ambos enfoques.

4. Posibles relaciones entre los dos enfoques basadas en observaciones normativas

El análisis económico-conductista del derecho es considerado una herramienta práctica para la política criminal porque provee un mejor entendimiento de la eficacia del derecho penal sin estar determinado por una teoría política o moral determinada. Según esa opinión, el análisis económico-conductista del derecho mismo es meramente descriptivo y provee datos empíricos que pueden usarse para perseguir cualquier valor o fin que haya sido establecido por el sistema jurídico penal en cuestión. Esa característica puede denominarse "neutralidad normativa"[9].

[9] Tor, A., *op. cit.*, p. 314.

En lo siguiente se argumentará que esa neutralidad o no neutralidad normativa no es una característica menor. Más bien conlleva consecuencias importantes para la aplicación de los dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho aquí presentados así como para las posibles relaciones entre ellos.

4.1. Preguntas normativas relacionadas con el enfoque de toma de decisiones

A primera vista, la afirmación de que existen desafíos normativos para el enfoque de toma de decisiones puede ser sorprendente, porque este enfoque generalmente es considerado como normativamente neutral[10]. No está ligado a un fin jurídico específico o valores morales determinados. El enfoque de toma de decisiones solo describe los patrones subyacentes a los procesos de toma de decisiones y, una vez que se hayan descifrado esos patrones, puede ser empleado para examinar la eficacia de instituciones jurídicas existentes o para diseñar políticas criminales futuras. Pero no determina qué es lo que ha de considerarse como eficaz o qué fines han de perseguirse con las políticas criminales. En este sentido, los mismos estudios y descubrimientos del enfoque de toma de decisiones pueden usarse para obtener cualquier fin e incluso fines opuestos como un efecto disuasorio mayor o menor o el incremento o la disminución de un determinado comportamiento.

Si bien es cierto que el enfoque de toma de decisiones generalmente es empleado para incrementar la disuasión en el derecho penal, este fin no es inherente al análisis económico-conductista del derecho. Las consideraciones sobre los objetivos de la ley se toman más bien en una esfera política o moral que no está conectada con el análisis económico-conductista del derecho. El enfoque de toma de decisiones solamente respondería la pregunta de si determinadas instituciones jurídicas son eficaces para alcanzar esos objetivos previamente determinados.

[10] *Ibidem*, p. 238.

En este sentido, el enfoque de toma de decisiones del análisis económico-conductista del derecho no determinaría los valores perseguidos por el derecho penal, sino es una herramienta útil para evaluar las políticas criminales basado en cualquiera sean los criterios normativos que se pretenden perseguir.

Pese a su neutralidad normativa, el enfoque de toma de decisiones plantea una pregunta normativa que ya ha aparecido en el punto 3.2. Es la cuestión de si el Estado está sujeto a límites en su búsqueda de disuasión y de una sociedad libre de criminalidad. El enfoque de toma de decisiones provee a los legisladores y encargados de políticas criminales con datos sobre los patrones de la toma de decisiones y los vectores involucrados en este proceso. Esos descubrimientos no sólo pueden ser empleados para predecir los resultados de futuras decisiones, y por ello para evaluar la eficacia de determinadas leyes penales o políticas criminales, sino también pueden ser aplicados para interferir en el proceso de toma de decisiones aprovechándose de ideas equivocadas y preferencias o manipulando creencias. En este sentido, el enfoque de toma de decisiones parece incitar a los legisladores y encargados de políticas públicas a tomar medidas manipuladoras para obtener un derecho penal más eficaz.

Eso nos lleva a la pregunta normativa de si el Estado debe estar sujeto a límites en su manipulación de los procesos de toma de decisiones de los ciudadanos. Como ya se ha visto, estos límites pueden resultar de consideraciones de eficiencia, por ejemplo, cuando la aplicación simultánea de descubrimientos del enfoque de toma de decisiones y del enfoque intuicionista revela manipulaciones obvias que podrían detener a un potencial delincuente, a la vez causan un efecto contrario en la mayoría de la sociedad que considera esas interferencias como injustas y por ello es menos propensa a obedecer la ley.

Incluso cuando manipulaciones descaradas no tienen tales efectos indeseados queda la pregunta de si el Estado debería estar limitado en la manipulación de sus ciudadanos o si el único límite consiste en no alcanzar los fines establecidos por la ley penal, como la disuasión eficiente, la paz social o cualesquiera que sean los fines estipulados. En este caso, el enfoque de toma de decisiones puede ser aplicado mediante cualquier fin, siempre y cuando las medidas aplicadas sean empíricamente exitosas en alcanzar los fines esta-

blecidos. Entonces es el enfoque de toma de decisiones mismo que establece los límites para las interferencias estatales: cualquier interferencia estatal está permitida siempre y cuando los descubrimientos empíricos del enfoque de toma de decisiones demuestran que puede alcanzar los efectos deseados.

Sin embargo, existe otra posibilidad de limitar la aplicación del enfoque de toma de decisiones. Si los legisladores y encargados de la política criminal consideran que los fundamentos morales del derecho penal o del Estado como tal restringen las acciones que el Estado puede realizar frente a sus ciudadanos, porque esos fundamentos requieren que el Estado proteja la dignidad humana o algún otro valor, entonces las medidas que el Estado puede tomar para obtener disuasión mediante el enfoque de toma de decisiones no sólo deben evocar el resultado deseado de manera empíricamente verificable, sino también deben cumplir con los requisitos de esos valores establecidos en los fundamentos del Estado o del sistema jurídico penal.

Una de esas limitaciones –pero obviamente no la única– podría resultar de la moral social, si se considera que el sistema jurídico criminal debe perseguir esa moral social en determinada medida. Entonces, las posibles medidas estatales que se oponen a las intuiciones de las personas sobre políticas criminales justas podrían excluirse del canon de interferencias estatales permitidas incluso si se puede probar su efecto disuasorio efectivo.

En este sentido, la aplicación del enfoque de toma de decisiones en las políticas criminales no solo depende de su capacidad de predecir decisiones futuras y manipular eficazmente el proceso de toma de decisiones para obtener determinados comportamientos. También depende de su adaptación a consideraciones morales sobre los límites de la interferencia estatal. Por ello, la utilidad del enfoque de toma de decisiones no sólo depende de su capacidad de realizar predicciones empíricamente correctas, sino también del diseño del sistema jurídico penal en el que es aplicado.

Cuantas más restricciones morales existen para la interferencia estatal, tanto menos uso se puede hacer de los descubrimientos del enfoque de toma de decisiones. Estas observaciones no pretenden excluir el enfoque de toma de decisiones de las políticas criminales ni pretenden negar su utilidad. Solo intentan enfatizar que incluso en la aplicación de considera-

ciones normativamente neutrales como las del enfoque de toma de decisiones, pueden aparecer de una manera u otra la cuestión subyacente por los fundamentos morales del derecho penal.

4.2. Preguntas normativas relacionadas con el enfoque intuicionista

En el enfoque intuicionista, la búsqueda de una respuesta a la pregunta por la neutralidad normativa es más difícil.

En un primer sentido, el enfoque intuicionista es normativamente neutral porque meramente expone las opiniones de las personas sobre comportamientos considerados incorrectos y sanciones justas. Aunque las intuiciones analizadas no son normativamente neutrales, la investigación que las describe sí lo es.

Por el otro lado, las intuiciones expresadas en el enfoque intuicionista claramente no son normativamente neutrales, porque evalúan determinados comportamientos como correctos o incorrectos y los consideran como dignos de ser sancionados (o no). En este sentido, el enfoque intuicionista se distingue del enfoque de toma de decisiones. El primer enfoque solo presenta de manera descriptiva cómo se pueden usar las preferencias de las personas para obtener un determinado comportamiento o cómo incrementar ciertos valores –disuasión, bienestar, etc.– que fueron previamente determinados como decisivos por alguna teoría política o moral. Este segundo enfoque en cambio puede emplearse para determinar los valores a perseguir.

4.2.1 Diferentes aplicaciones del enfoque intuicionista a políticas criminales

La existencia de por lo menos dos diferentes posibilidades de aplicar el enfoque intuicionista en un sistema jurídico penal nos lleva a la afirmación de que la elección entre esas dos posibilidades requiere una decisión previa: antes de que se pueda aplicar el enfoque intuicionista de una manera u otra,

los juristas han de responder la pregunta fundamental de cuáles deben ser los fundamentos del derecho penal y los fines de la pena[11].

Para ello existen por lo menos dos opciones diferentes: el sistema jurídico penal puede diseñarse en base a consideraciones de moral social o en base a otros valores no necesariamente reflejados en la moral social de la sociedad en cuestión.

4.2.1.1 La aplicación del enfoque intuicionista de una manera normativamente neutral

En la segunda opción, los valores que establecen el contenido del derecho penal no están determinados por la moral social, sino por otras consideraciones políticas o morales. Cómo ha de determinarse un derecho penal justo, sanciones adecuadas o los fines de la pena son cuestiones que han de ser discutidas en una esfera teórica de teorías de justicia o teorías de la sanción, donde las percepciones de la moral social no son consideradas parte de los fundamentos del sistema jurídico penal y por ello son –por lo menos *prima facie*– irrelevantes.

Esto significa que las bases del derecho penal no necesariamente coinciden con la moral social de una determinada sociedad. La divergencia entre el sistema jurídico penal y las percepciones de justicia de las personas y sus opiniones sobre los fines de la sanción son *prima facie* irrelevantes para el diseño institucional de las políticas sancionatorias y no necesariamente son una razón convincente para reformar el sistema penal.

En el marco de semejante sistema jurídico penal basado en consideraciones morales o políticas que no necesariamente concurren con la moral social, el enfoque intuicionista debe aplicarse de manera normativamente neutral, es decir sin imponer las morales sociales.

Esta aplicación normativamente neutral del enfoque intuicionista podría tomar la siguiente forma: como se ha visto, es probable que las divergencias entre las intuiciones morales de los ciudadanos y las regulaciones del derecho penal causen una diminución de la disuasión. En este

[11] Mitchell, G., *op. cit.*, p. 183.

sentido, saber que existen tales divergencias respecto de una determinada regulación o delito puede ser un incentivo para incrementar políticas de refuerzo dirigidas a reestablecer la disuasión respecto de la regulación discutida. Aquí, los valores a perseguir por el derecho penal y las regulaciones basadas en tales valores se establecen sin recurrir a la moral social. Pero saber dónde la moral social diverge de los valores establecidos por el derecho penal puede ayudar a concentrar las políticas de refuerzo donde más son necesitadas.

4.2.1.1.1. La relación entre el enfoque intuicionista y de toma de decisiones en un derecho penal no basado en la moral social

En un sistema penal no basado en la moral social, tanto el enfoque intuicionista como el de toma de decisiones han de aplicarse de la manera más útil a los fines establecidos por el sistema penal respectivo. En la sección 3 de este trabajo se han presentado dos posibles formas de tal conexión, la yuxtaposición de los dos enfoques y la influencia mutua entre ambos. Si tal influencia mutua realmente existe, o si ambos enfoques se pueden aplicar a diferentes áreas del derecho penal sin que se influencien mutuamente, ha de ser investigado en futuros estudios empíricos.

4.2.1.2. La aplicación del enfoque intuicionista de una manera no normativamente neutral

La segunda opción consiste en la creación de un sistema penal basado en la moral social. Eso significa que el sistema jurídico penal debe reflejar las consideraciones de los ciudadanos sobre justicia y sobre comportamientos que merecen sanciones.

Para obtener tal derecho penal basado en la moral social ha de determinarse primero el contenido de esa moral social mediante un análisis de las intuiciones de los ciudadanos sobre justicia y, segundo, en base a ello ha de establecerse el derecho penal.

Eso significa que el enfoque intuicionista tiene dos objetivos. Primero, ha de identificar la moral social en una sociedad determinada y, segundo, ha de analizar cómo han de diseñarse las políticas criminales para realizar esos valores y protegerlos mediante la creación del mejor efecto disuasorio posible. O, en otras palabras, el enfoque intuicionista del análisis económico-conductista del derecho ha de aplicarse no solo para incrementar el factor disuasorio de las políticas criminales sino también para diseñar el contenido de la ley penal.

El enfoque intuicionista es usado tanto de una manera normativamente neutral como de una manera normativamente no neutral. El empleo normativamente neutral del enfoque intuicionista consiste en el análisis de las intuiciones de las personas y, de esa manera, en la identificación de la moral social de una sociedad determinada.

La influencia normativa del enfoque intuicionista en el derecho penal consiste, en cambio, en el uso de esas intuiciones de las personas sobre justicia y sanciones justas como estándar normativo para el derecho penal. En otras palabras, en ese enfoque, el derecho penal es evaluado en base a la moral social de una sociedad determinada y la moral social misma se convierte en una línea directriz para el diseño de las políticas criminales. Aquí, el enfoque intuicionista indica los puntos de vista normativos de las personas sobre la incorrección de determinadas acciones y las sanciones que consideran adecuadas como consecuencia de la comisión de tales actos. Además, estos descubrimientos se usan para evaluar la corrección de instituciones jurídicas y políticas criminales existentes, así como para crear nuevas leyes y políticas criminales.

Esta manera de emplear el enfoque intuicionista significa que los valores que han de perseguirse mediante el derecho penal son determinados por la moral social. Por ello, el sistema jurídico penal, los comportamientos que regula, los montos de pena y los fines de la pena han de diseñarse de tal manera que se satisfagan las intuiciones de las personas sobre el comportamiento incorrecto, la justicia y el merecimiento de sanciones.

4.2.1.2.1. La relación entre el enfoque de toma de decisiones y el enfoque intuicionista en un derecho penal basado en la moral social

Este diseño de un sistema jurídico penal basado en la moral social determina también cómo han de relacionarse los dos enfoques del análisis económico-conductista del derecho. Dado que el enfoque intuicionista saca a la luz la moral social de una sociedad determinada, sus descubrimientos establecen el diseño del derecho penal y establecen un marco en cuyos límites se puede aplicar el primer enfoque pretendiendo obtener regulaciones más efectivas mediante mayores efectos disuasorios. Si las manipulaciones propuestas por el enfoque de toma de decisiones son percibidas por la sociedad como injustas y por ello no reflejan la moral social, las políticas sociales subyacentes han de modificarse y adaptarse a los estándares de la moral social.

Aquí, el enfoque intuicionista del análisis económico-conductista del derecho tiene una posición preeminente; los puntos de vista normativos sobre el sistema penal que saltan a la luz en estudios empíricos no solo son considerados medios adecuados para obtener un mayor efecto disuasorio mediante el efecto motivacional de leyes y políticas criminales que son percibidas como justas por la mayoría. También determinan el contenido y objetivo del derecho penal.

El enfoque de toma de decisiones en cambio obtiene un rol secundario. Es meramente un medio para obtener mayores efectos disuasorios y las intervenciones que se basan en él solo pueden aplicarse dentro de los límites establecidos por el enfoque intuicionista, es decir, solo si esas manipulaciones del proceso de toma de decisiones de potenciales delincuentes no son percibidas como injustas por la sociedad.

4.2.1.2.2 Aspectos problemáticos del enfoque intuicionista

Si la moral social es considerada el fundamento del sistema penal y el derecho penal es orientado en las intuiciones de las personas, se dan los siguientes problemas:

La primera preocupación se refiere al peso de opiniones minoritarias. Mientras que muchas teorías morales o políticas establecen determinados valores como importantes independientemente de su aceptación por la mayoría, la orientación del derecho penal en la intuición de los ciudadanos confiere un gran significado a la opinión mayoritaria mientras que todas las opiniones minoritarias existentes en nuestras sociedades actuales occidentales pluralistas sobre un derecho penal justo y una distribución justa de sanciones pasan desapercibidas. En este sentido, la moral social refleja el punto de vista de la mayoría, no de las minorías y, como cualquier posición basada solamente en las preferencias mayoritarias, puede dar lugar a una "tiranía de la mayoría"[12].

En este enfoque también surge el riesgo de que la moral social obtenga gran influencia sobre el derecho penal independientemente de si tales intuiciones mayoritarias efectivamente llevan a un derecho penal justo o no. Esto es así porque el enfoque intuicionista se centra en lo que es percibido como justo no en lo que efectivamente es justo.

Sin embargo, quizás esta visión desfavorable esbozada en los apartados anteriores pueda ser mitigada mediante los resultados de estudios empíricos. Así, una opresión de las minorías en una sociedad pluralista no es de temer si –como parece ser el caso[13]– los estudios empíricos pueden demostrar que las opiniones de las personas sobre la incorrección moral de los comportamientos en el derecho penal nuclear o sobre la adecuación de sanciones no divergen sino demuestran más bien evaluaciones morales parecidas a través de las culturas.

Además, solo parece haber intuiciones fuertes sobre políticas criminales justas respecto de los aspectos centrales del derecho penal, pero no respecto de las áreas más periféricas reguladas por la ley penal. Por ello, en el marco de este derecho penal accesorio sobre el que no se pueden encontrar convicciones morales fuertes también debería existir un menor riesgo para el establecimiento de una tiranía de la mayoría.

[12] Mill, J., *On Liberty*, Auckland, The Floating Press, 2009 (1909) o [1909], p. 9.

[13] Véase las numerosas investigaciones empíricas citadas por Robinson, P. & Darley, J., *op. cit.*, pp. 1-68.

No obstante, el peligro persiste de que las intuiciones mayoritariamente compartidas sobre justicia no sean justas y/o no toman en consideración las preferencias de las minorías y que por ello un sistema penal basado en la moral social que se expresa en el enfoque intuicionista lleva a políticas criminales injustas.

5. Conclusiones

Harel y Teichman concluyen sus observaciones exigiendo más estudios empíricos que analicen los efectos del proceso de toma de decisiones y se centren en las peculiaridades de las decisiones en el marco del derecho penal.

Me gustaría añadir que también se necesitan estudios empíricos sobre las influencias mutuas entre el enfoque de toma de decisiones y el enfoque intuicionista y, particularmente, sobre la cuestión de si sus efectos disuasorios pueden anularse mutuamente.

Aparte de esos aspectos empíricos, también ha de considerarse un aspecto normativo en la aplicación de los dos enfoques en el análisis económico-conductista del derecho aquí presentados. Pese a la pretensión general del análisis económico-conductista del derecho de ser normativamente neutral, el uso que debe hacerse tanto del enfoque de toma de decisiones como del enfoque intuicionista en la política criminal de una sociedad determinada no solo depende de su utilidad para predecir e influenciar en determinadas decisiones; sino también depende de consideraciones normativamente no neutrales, *i.e.*, de consideraciones morales sobre los fundamentos del derecho penal.

Bibliografía

Fisher, T., "Economic Analysis of Criminal Law", en Dubber M. y Hörnle, T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 38-58.

Miceli, T., *The Economic Approach to Law,* Redwood City, Stanford University Press, 2017.

Mill, J., *On Liberty*, Auckland, The Floating Press, 2009 (1909) o [1909].

Mitchell, G., "Alternative Behavioral Law and Economics", en Zamir, E., y Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 167-191.

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

Tor, A., "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", *Haifa Law Review,* 4, 2008, pp. 237-327.