
DISCUSIONES 22

2 - 2018

CONDUCTISMO
Y DERECHO PENAL.

USOS DEL *NUDGE*
EN LA PREVENCIÓN
DEL DELITO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Directores

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Federico Arena (CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)
Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)
Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)
Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)
Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)
Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)
Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Paul Hathazy (CONICET)
Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)
Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)
Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Laura Manrique (CONICET)
Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)
Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)
José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)
Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)
Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)
Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)
Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)
Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)
Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)
Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)
Sección Discusiones: Cortes
Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido
Sección Discusiones: Libros
Responsable: Pau Luque Sánchez
Sección Discusiones: Balance
Responsable: Diego Dei Vecchi

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES 22

2 - 2018

CONDUCTISMO Y DERECHO PENAL. USOS DEL *NUDGE* EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO



FABRIZIO ESPOSITO

(Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: **DISCUSIÓN**

- Economía conductista y derecho penal: *nudges*, disuasión e interdisciplinariedad. *Behavioural Economics and Criminal Law: Nudges, Deterrence, and Interdisciplinarity* 7
FABRIZIO ESPOSITO (*Université Catholique de Louvain, Bélgica*)
- Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica. *Behavioural Analysis of Criminal Law and its Application: A friendly critical assessment*..... 31
ALON HAREL Y DORON TEICHMAN (*The Hebrew University of Jerusalem, Israel*)
- 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* 59
ANNA RICHTER (*Conicet-Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*).
- Comentarios sobre Harel y Teichman. *Notes on Harel and Teichman* 83
MAGDALENA MAŁECKA (*Stanford University y University of Helsinki, Finlandia*)

La política criminal del *nudge*. Algunos desafíos del Análisis Conductista a las teorías del Derecho Penal tradicionales. *Criminal-nudge-policy. Behavioral Analysis Challenges to Traditional Criminal Law Theory* 99
DIEGO MORENO CRUZ (*Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia*)

Enfrentar las críticas. *Facing Up* 137
ALON HAREL Y DORON TEICHMAN (*The Hebrew University of Jerusalem, Israel*)

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

Interpretación evolutiva y flexibilidad. Un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. *Evolutive Interpretation and Flexibility. A Critical Analysis of Spanish Constitutional Court's Decision On Same Sex Marriage* 153
LORENA RAMÍREZ LUDEÑA (*Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España*)

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Comentarios sobre la Teoría de las *contraintes* jurídicas. A propósito de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorzcyk (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005. *Remarks on the Theory of legal contraintes. A Reading of Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorzcyk (eds.), Théorie des contraintes juridiques, París, LGDJ, 2005* 191
ERIC MILLARD (*Université de Paris-Nanterre, Francia*)

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Sobre la solución coherente de casos jurídicos. *On Coherent Solutions to Legal Cases* 231
NATALIA SCAVUZZO (*Università degli Studi di Genova, Italia*)

Instrucciones para las/los autoras/autores 263

Sección I
Discusión

INTRODUCCIÓN

Economía conductista y derecho penal: *nudges*, disuasión e interdisciplinariedad

*Behavioural Economics and Criminal Law: Nudges,
Deterrence, and Interdisciplinarity**

Fabrizio Esposito**

Recepción y evaluación de propuesta: 06/02/2018

Aceptación: 10/04/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2019

Resumen. Esta introducción tiene dos objetivos. Primero, brinda una breve descripción de los principales temas tratados por las diversas contribuciones. En segundo lugar, coloca las contribuciones en un contexto más amplio. Para este fin, se formulan algunas consideraciones sobre los orígenes de la investigación conductista y su relación con la economía en general y el análisis económico del derecho. Se presta especial atención al concepto de *nudge*. Luego, se ubica la descripción que Harel y Teichman hacen del análisis económico-conductista del derecho penal en el contexto de la literatura sobre el tema y se señala que Harel y Teichman tienen una descripción muy limitada del campo. La introducción concluye con un llamado metodológico a favor del “minimalismo interdisciplinario”, una metodología que ha sido probablemente determinante para el desarrollo de la economía conductista. El minimalismo interdisciplinario puede ayudar a que el análisis económico-conductista del derecho penal prospere y convoque a académicos de diferentes campos para que unan sus fuerzas y reflexionen sobre la división del trabajo que puede mejorar nuestra comprensión del derecho penal y su política criminal.

* Traducción del inglés de Fabrizio Esposito y Federico José Arena.

** Ph.D., LL.M. (EUI), Postdoctoral Fellow, Université Catholique de Louvain, Bélgica y Extra-mural Fellow, Universidade Nova de Lisboa, Portugal.

Correo electrónico: fabrizio.esposito@eui.eu.

Palabras clave: Análisis económico-conductista, derecho penal, *nudge*, disuasión, minimalismo interdisciplinario

Abstract. This introduction to this issue of *Discusiones* discussing Harel and Teichman's paper has two goals. First, it gives a brief overview of the main themes touch upon by the various contributions. Second, it puts the contributions in a broader context. To this end, some considerations about the origins of behavioural research and its relation with mainstream economics and economic analysis of law are formulated. Special attention is given to the concept of nudge. Then, Harel and Teichman's account of what the behavioural economics analysis of criminal law is is collocated within the literature, to point out that they have a remarkably narrow account of the field. The introduction concludes with a methodological call for 'interdisciplinary minimalism', a methodology which has been arguably important to the establishment of behavioural economics. Interdisciplinary minimalism can help the behavioural economics analysis of criminal law to thrive by calling scholars from different fields to join forces by reflecting on the division of labour that can advance our understanding of criminal law and its policy.

Keywords: Behavioural economic analysis, criminal law, nudge, deterrence, interdisciplinary minimalism

1. Introducción

Este número de *Discusiones* ofrece un debate sofisticado sobre el estado del arte en el ámbito de análisis económico-conductista del derecho penal. Alon Harel y Doron Teichman han investigado sobre estos temas durante muchos años y son expertos destacados en ese campo¹. Los comentarios de Mag-

¹ Ben-Shahar, O. y Harel, A., "Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions against Crime", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 11, 1995, pp. 434-455; Harel, A. y Segal, U., "Criminal Law and Behavioural Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime", *American Law and Economics Review*, 1, 1999, pp. 276-312; Harel, A. y Klement, A., "The Economics of Stigma: Why More Detection of Crime May Result in Less Stigmatization", *Journal of Legal Studies*, 36, 2007, pp. 355-377; Harel, A., "Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions", *Legal Theory*, 14, 2008, pp. 113-133; Harel, A.

dalena Malecka, Anna Richter y Diego Moreno Cruz identifican muchos aspectos del análisis económico-conductista del derecho penal que son de gran interés para los teóricos del derecho y los filósofos interesados en el derecho penal.

En esta introducción tengo la intención de hacer principalmente dos cosas. La primera es proporcionar una breve descripción de los temas tratados por las contribuciones que siguen. La única excepción es la respuesta de Harel y Teichman a Malecka, Richter y Moreno Cruz; dejo que el lector descubra cómo Harel y Teichman han interactuado con sus comentaristas. La segunda es poner las contribuciones en perspectiva, para ayudar al lector a apreciar las complejidades y sutilezas de las cuestiones planteadas por un enfoque económico-conductista del derecho penal. Con este fin, primero realizo algunas consideraciones conceptuales e históricas sobre los orígenes de la investigación económico-conductista y su relación con la economía general y el análisis económico del derecho. Dedico especial atención al concepto de *nudge*, porque Moreno Cruz lo usa para referirse a todas las propuestas de políticas públicas discutidas por Harel y Teichman. Luego ubico dentro de un contexto más amplio la descripción que Harel y Teichman hacen del análisis económico-conductista del derecho penal y señalo que tienen una concepción muy limitada del campo. Concluiré

y Hylton, K. N. (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012; Harel, A. y Porat, A., "Criminal Responsibility for Unspecified Offences", *Minnesota L. Rev.*, 94, 2009, pp. 261-310; Alon Harel, "The Duty to Criminalize", *Law and Philosophy*, 34, 2015, pp. 1-22; Teichman, D., "The Market for Criminal Justice: Federalism, Crime Control, and Jurisdictional Competition", *Mich. L. Rev.*, 103 2005, pp. 1831-1876; Teichman, D., "Decentralizing Crime Control: The Political Economy Perspective", *Mich. L. Rev.*, 104, 2006, pp. 1749-1762; Teichman, D. y Guttel, E., "Criminal Sanctions in The Defense of the Innocent", *Mich. L. Rev.*, 110, 2012, pp. 597-645; Teichman, D., "The Economics of Crime Control", en Robinson, P. H., Ferzan, K., Garvey, S. (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 87-92; Teichman, D., "The Optimism Bias of the Behavioral Analysis of Crime Control", *Ill. L. Rev.*, 5, 2011, pp. 1697-1712; Teichman, D., Telep, C. W., Weisburd, D., Gill, C. E., Vitter, Z., "Displacement of Crime and Diffusion of Crime Control Benefits in Large-Scale Geographic Areas: A Systematic Review", *J. Experimental Criminology*, 10, 2014, pp. 515-548; Teichman, D., "Convicting with Reasonable Doubt: An Evidentiary Theory of Criminal Law", *Notre Dame L. Rev.*, 93, 2017, pp. 757-809; Teichman, D. y Zamir, E., *The Oxford Handbook of Behavioural Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Teichman, D. y Zamir, E., *Behavioural Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

con un llamado metodológico a favor de una aproximación a la interdisciplinariedad que llamo “minimalismo interdisciplinario”. Creo que el minimalismo interdisciplinario ha sido importante para el desarrollo de la economía conductista y que puede ser útil para la prosperidad del análisis económico-conductista del derecho penal. El minimalismo interdisciplinario convoca a los académicos interesados en el derecho penal, independientemente de su campo, a unir fuerzas para reflexionar sobre la división del trabajo que puede mejorar nuestra comprensión del derecho penal y de la política criminal.

Harel y Teichman colocan tres temas en el centro de la agenda para la investigación en el campo del análisis económico-conductista del derecho penal. Primero, la visión del ser humano y del propósito del derecho penal que adopta el análisis económico-conductista se centra en aumentar las conductas en conformidad con el derecho penal -en disuadir el comportamiento criminal al menor costo posible- y, en consecuencia, esa visión está en tensión con los enfoques del derecho penal que asumen la visión según la cual los delincuentes merecen el castigo sólo si no pueden justificar su conducta. Se trata de un tema ciertamente abierto a abordajes de teoría y filosofía del derecho. En segundo lugar, ese análisis centrado en los efectos del derecho penal sufre de una significativa indeterminación empírica, dado el estado actual del desarrollo de la economía conductista. En tercer lugar, casi paradójicamente, un derecho penal basado en la disuasión no puede poner el foco exclusivamente en la disuasión cuando los destinatarios tienen fuertes intuiciones a favor de la prioridad de consideraciones retribucionistas. Ignorar estas intuiciones retribucionistas puede reducir drásticamente la inclinación a comportarse en conformidad con el sistema penal, si este está basado en consideraciones de disuasión. Estos dos últimos temas exigen más investigación empírica.

En sus comentarios, Malecka, Richter y Moreno Cruz avanzan sobre estos puntos. No intentaré reconstruir todas sus observaciones, me limitaré a señalar algunas cuestiones relevantes. Malecka defiende una versión aún más fuerte del primer tema planteado por Harel y Teichman: el análisis conductista es incompatible con la concepción “del derecho como una

empresa normativa”². Sin embargo, su principal objetivo es otro, a saber, señalar que una investigación empírica sobre normas jurídicas bien diseñada presupone una discusión seria acerca de cómo han de modelarse las normas jurídicas mismas, para que sean susceptibles de manipulación en experimentos. Richter explora las relaciones entre la segunda y la tercera cuestiones planteadas por Harel y Teichman, que denomina enfoque de la toma de decisiones y enfoque intuicionista, respectivamente. Este es un análisis particularmente valioso porque, en opinión de Richter, Harel y Teichman consideran que los dos enfoques son independientes y que, en el mejor de los casos, pueden complementarse recíprocamente. En primer lugar, Richter señala que las intuiciones normativas de los destinatarios del derecho penal operan, bajo el enfoque de la toma de decisiones, como una restricción objetiva para lograr la disuasión. Es en el nivel normativo donde Richter identifica las interacciones más delicadas. Comienza por señalar que la disuasión no es “inherente” al análisis económico conductista³ y enfatiza que, intuiciones normativas ampliamente compartidas han de tomarse como indicativas de restricciones normativas aplicables al derecho penal, por ejemplo, como limitando su contenido. La coherencia con la moral social puede no ser suficiente para garantizar la justificación del derecho penal. A Richter le preocupan principalmente los puntos de vista minoritarios que no reciben suficiente consideración y también el hecho que la moral social puede ser demasiado indeterminada para proporcionar orientación en relación con aspectos no centrales del derecho penal. Si bien

² Malecka, M., “Comentarios sobre Harel y Teichman”, en este mismo número. Véase también: Lepenies, R. y Malecka, M., “The Institutional Consequences of Nudging–Nudges, Politics, and the Law”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3), 2015, pp. 427-437. Para un punto similar, ver: Cserne, P., “Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law’s Learning from Behavioural Sciences”, en Alemanno, A. y Sibony, A.-L. (eds.), *Nudge and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 279-299, en pp. 293-297. Para una crítica de este último, véase: Esposito, F., “Nudge and the Law: Book Review”, *Humana. Mente Journal of Philosophical Studies*, 28, 2015, pp. 255-274, en pp. 267-269. Véase también la versión más modesta del argumento en Cserne, P. “Les Nudges Sont-ils des Outils Extra-Juridiques?”, en Brunon-Ernst, A. y Bozzo-Rey, M. (eds.), *Nudges et Normativités: Généalogies, Concepts et Applications*, Paris, Hermann, 2018, pp. 121-145.

³ Richter, A., “La aplicación del Análisis económico-conductista del derecho a las políticas criminales y sus desafíos”, sección 4, en este mismo volumen.

la coherencia con la moral social no garantiza la justificación del derecho penal, es de todos modos relevante para identificar cuáles violaciones al derecho penal son más probables y cuál es la mejor manera de aumentar las conductas en conformidad con el derecho penal.

Los comentarios de Moreno Cruz tienen dos objetivos principales: aclarar ciertos aspectos del análisis de Harel y Teichman y presentar como un falso problema la tensión entre el análisis económico-conductista y el modo en que el derecho penal es concebido por la teoría jurídica. Según Moreno Cruz, Harel y Teichman asumen que el análisis económico del derecho tradicional ignora los estados mentales de las personas y explica por qué tal asunción es equivocada. Además, Moreno Cruz identifica una tensión entre el punto de vista según el cual la economía conductista hace foco en la percepción que de la arquitectura de elección tienen los agentes, por un lado, y la inevitabilidad de elegir dentro de esa arquitectura de elección, por otro. Para descartar la primera cuestión planteada por Harel y Teichman, Moreno Cruz defiende un punto de vista normativo pluralista, de acuerdo con el cual la disuasión y el castigo basado en el merecimiento son dos funciones o metas o valores del derecho penal en gran medida consistentes entre sí.

2. Consideraciones contextuales sobre el análisis económico-conductista del derecho

¿Qué es la economía conductista? Esta pregunta aún no tiene una respuesta convencional y precisa. Sin embargo, hay ciertas consideraciones históricas y conceptuales que determinan características centrales de la economía conductista. La investigación de Daniel Kahneman y Amos Tversky en psicología cognitiva ha sido crucial para el nacimiento de la economía conductista, ya que ha inspirado a una generación de economistas como Richard Thaler, Colin Camerer y George Loewenstein. La Universidad de Chicago ha desempeñado un papel importante apoyando al giro conducti-

sta en sus fases iniciales⁴, al igual que la *Russell Sage Foundation* y el *Journal of Economic Perspectives*. Chicago también fue sede de una de las colaboraciones interdisciplinarias más importantes para el éxito global de la economía conductista y para la formulación de políticas públicas, a saber, el encuentro entre Richard Thaler y Cass Sunstein. Junto con Christine Jolls, escribieron en 1998 un artículo famoso y controvertido⁵ titulado “A Behavioural Approach to Law and Economics”⁶ que fue de suma importancia para que se produzca el giro conductista en el análisis económico del derecho⁷. Y, por supuesto, diez años después, Thaler y Sunstein serían coautores del *best seller Nudge*.

Conceptualmente, el aspecto clave de la economía conductista es el relajamiento del modelo de elección racional utilizado en la economía. Los agentes tienen una racionalidad limitada y un autointerés limitado, alternan entre procesos mentales rápidos y lentos, y sus decisiones se ven afectadas por sesgos y dependen de la heurística para simplificar el proceso de decisión⁸. Ha habido cambios importantes también a nivel epistemológico y normativo. En particular, la investigación conductista va de la mano con la aceptación, además de la preferencia revelada, de las preferencias explícitas como indicadores de bienestar y con el uso de experimentos de laboratorio para testear el poder predictivo de las teorías económicas. A nivel normativo, en cambio, hay un animado debate sobre cómo es posible

⁴ Véase el número especial de *Journal of Business*, 4(2), 1986 y Thaler, R. H., *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics*, New York y London, W. W. Norton & Company, capítulo 17.

⁵ Posner, R. A., “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1551-1576; Kelman, M., “Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, p. 1577-1592.

⁶ Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., “A Behavioural Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1550 y Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., “Of Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1593-1608.

⁷ En este giro, véase: Esposito, F., “How The Behavioural Turn In Law And Economics Vindicates The New Haven School”, *Oeconomia*, 7(3), 2017, pp. 375-406.

⁸ Para una introducción, véase: Thaler, R., *Misbehaving*, *op. cit.*, y Klaes, M., y Wilkinson, N., *An Introduction to Behavioral Economics*, 2da ed., London, Palgrave Macmillan, 2012.

hacer juicios de bienestar, una vez que se acepta que los agentes económicos no son necesariamente los mejores jueces de sus propios intereses.⁹

Teniendo en cuenta este esbozo del contexto, es útil para los propósitos actuales observar que la incorporación de ideas conductistas representa conceptualmente, pero también retóricamente, una enmienda amistosa al análisis económico en general, pero también al derecho. Por ejemplo, Kahneman y Tversky reconocen la importancia para los economistas de la teoría de la utilidad esperada, luego “describen varias clases de problemas de elección en los que las preferencias violan sistemáticamente los axiomas de la teoría de la utilidad esperada” y finalmente “proponen un enfoque alternativo de la elección bajo riesgo”¹⁰. La investigación conductista fue presentada desde el principio como importante para la economía general de la época, debido a su capacidad para mejorar la calidad de las predicciones y las explicaciones económicas. Estas importantes características de la investigación conductista, tal como se sostendrá en la última sección de esta introducción, son ilustrativas de una actitud particular hacia la investigación interdisciplinaria que llamo “minimalismo interdisciplinario”, que será muy útil para abordar, al menos en parte, las cuestiones planteadas por Harel y Teichman.

3. Haciendo foco en el *nudge*

En su ensayo, Harel y Teichman nunca usan la palabra “*nudge*”¹¹. Sin embargo, en su comentario, Moreno Cruz se refiere al tema analizado por

⁹ Véase, por ejemplo, Bernheim, D. y Rangel, A., “Beyond Revealed Preference: Choice-Theoretic Foundations for Behavioral Welfare Economics”, *The Quarterly Journal of Economics*, 124, 2009, pp. 51-104.

¹⁰ Kahneman, D. y Tversky, A., “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, 47 (2), 1979, p. 263-291. Ver también la column ‘Anomalies’ que Thaler ha publicado a lo largo de los años en el Journal of Economic Perspectives.

¹¹ [N.T.: “Nudge” es título del libro de Richard Thaler y Cass Sustein. En español el título fue traducido como Un pequeño empujón (Taurus, 2017). Sin embargo, a lo largo de esa traducción se mantiene el término nudge, por lo que también lo usamos en esta edición. Allí, el editor aclara lo siguiente: “Se ha considerado preferible mantener la palabra inglesa ‘nudge’, que significa literalmente ‘empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas,

Harel y Teichman como “*nudge* penal”: “un tipo de acción informada comportamentalmente que está encaminada a alterar el comportamiento de las personas al apelar a los estímulos producidos en su mente, y que mantiene la libertad de la gente de obedecer o de encarar” el derecho penal¹². Es importante reflexionar sobre si la reformulación de Moreno Cruz es feliz o no, porque “*nudge*” es una palabra de moda hoy en día, y se han expresado preocupaciones sobre el riesgo de que la extensión exagerada del concepto termine por hacerle perder su utilidad. Además, el *nudge* está fuertemente conectado con el paternalismo libertario, que a su vez tiene un cierto espíritu antirregulador¹³.

Definamos “*nudge*” como “un efecto de la arquitectura de elección que altera el comportamiento de las personas haciendo uso de uno o más elementos conductistas” -es decir, en virtud de todos aquellos elementos de la toma de decisiones que no son tomados en cuenta por la teoría económica de la elección racional¹⁴. De acuerdo con esta definición, los *nudges* pueden ser involuntarios, ineficaces e incluso inexplicables. Pueden ser de interés para quien recibe el *nudge*, para quien lo produce, o para terceros o, incluso, para nadie en absoluto. Pueden tener diferentes grados de intrusión fática en la deliberación individual. Por otra parte, y de manera controvertida, los *nudges* no requieren que usted sea libre de hacer lo que el *nudge* espera que usted haga.

Sobre este último punto, considérese el ejemplo de la campaña “No te Metas con Texas” (*Don't Mess With Texas*) que mencionan Thaler y Sunstein en *Nudge*. Si bien las multas por arrojar basura se habían incrementado, la basura en las carreteras seguía siendo un problema importante. En cambio, una campaña de publicidad con testimonios de famosos

sobre todo con el codo’ a fin de ‘avisar, recordar o amonestar suavemente a otro’. De un modo más general, en este libro tiene el sentido de estimular, incentivar o encaminar en la toma de decisiones.”]

¹² Moreno Cruz, D., “La política criminal del nudge. Algunos desafíos del Análisis conductista a las teorías del Derecho Penal tradicionales”, sección 3, en este mismo volumen.

¹³ Para una discusión, véase Oliver, A., “Nudging, Shoving, and Budging: Behavioural Economic-Informed Policy”, *Public administration*, 2015, pp. 1-15.

¹⁴ Véase Esposito, F., “Conceptual Foundations of the Behavioural Analysis of Consumer Law in Europe”, en Micklitz, H-W, Sibony, A-L y Esposito, F. (eds.), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 38-76, en pp. 42-46.

“amenazando” a quien se metiera con Texas fue muy efectiva para reducir la basura. Para Thaler y Sunstein, esto es un *nudge*¹⁵. Al mismo tiempo, arrojar basura estaba y sigue estando prohibido en Texas. En consecuencia, ser libre de hacer lo que el *nudge* espera que uno haga no puede tomarse como una condición necesaria de un *nudge*. (Sin embargo, la preservación de la elección es, con bastante plausibilidad, una condición necesaria para un *nudge* coherente con el paternalismo libertario).

Moreno Cruz hace de la intencionalidad un elemento de la definición de *nudge*. Esto me parece innecesariamente restrictivo; las reglas por defecto a favor de las donaciones de órganos aumentaron el número de donantes de órganos, independientemente de si este fue el efecto deseado. Pero podemos dejar este punto de lado, porque Moreno Cruz plantea un problema crucial en relación nada menos que con el concepto de libertad. Desde su punto de vista, los individuos son libres de elegir si cumplir con el derecho penal o no – y, según Moreno Cruz, esto es clave para hablar de un *nudge* penal. Sin embargo, no parece totalmente convencido por la posición que ha tomado cuando señala que “una regla penal no es un *nudge* en un sentido estricto; controlar el comportamiento de las personas por medio de mandatos soportados en amenazas no es una instanciación del tipo de control ‘*nudging*’”¹⁶. De hecho, en el caso de las prohibiciones penales, desde el punto de vista del derecho penal, uno no es libre de realizar la acción prohibida – está prohibido, después de todo. Y, sin embargo, uno puede optar por no obedecer el derecho penal. ¿Pero es esto suficiente para considerar a la persona libre? ¿Cuándo, entonces, no somos libres?

Quizás Moreno Cruz busca aplicar el concepto de *nudge* al derecho penal sin abandonar la idea de que los *nudges* preservan la libertad de elección. Si uno no es libre de infringir el derecho penal y los *nudges* preservan la libertad de elección, entonces no existe tal cosa como un *nudge* penal. Se podría hablar de intervenciones “similares a los *nudges*” o “cuasi-*nudges*” o de intervenciones conductistas, que Oliver propone llamar “*budge*”¹⁷. Una de las

¹⁵ Thaler, R. H. y Sunstein, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven y London, Yale University Press, 2008, p. 60.

¹⁶ Moreno Cruz, D., *op. cit.*, sección 3.

¹⁷ Oliver, “Nudging, Shoving, and Budging”, *op. cit.*

ventajas de hablar de *budge* penal es que mantiene intacta la conexión entre la preservación de la libertad de elección y los *nudges* y, al mismo tiempo, se introduce un término para referirse a las intervenciones conductistas en el ámbito penal. Sin embargo, una desventaja es que en el libro que precisamente crea el término icónico “*nudge*”, hay ejemplos de *nudges* que no preservan la libertad de elección. En consecuencia, se justificaría hablar de *nudge* penal siempre y cuando el derecho penal, como parte de la arquitectura de elección, tenga el efecto de alterar el comportamiento de las personas haciendo uso de uno o más elementos conductistas.

La cuestión no cuenta actualmente con una solución. Pero al menos espero haber entregado a los lectores algunos instrumentos para navegar a través de los usos, inevitablemente inconsistentes, del término “*nudge*” que encontrarán en la literatura.

4. ¿De qué trata el análisis económico del derecho penal?

En sus artículo, Harel y Teichman sostienen que el objetivo central de análisis económico-conductista del derecho penal es cómo mejorar su capacidad disuasoria, es decir, cómo inducir a las personas a cumplir con los preceptos del derecho penal. En esta sección, pretendo ubicar ese punto de vista dentro del contexto más amplio de la literatura sobre el análisis económico del derecho penal¹⁸. Al hacerlo, mostraré que Harel y Teichman adoptan una visión muy estrecha del análisis conductista del derecho penal. Algunas de las observaciones de Malecka, Richter y Moreno Cruz ilustran la importancia de asumir una perspectiva más amplia.

¹⁸ Introducciones útiles al tema, que sugiero al lector en el orden que sigue, son: Fischer, T., “Economic Analysis of Criminal Law”, en Dubber, M. D. y (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 38-58; Enrich, I., “Economics of Criminal Law”, en Parisi, F. (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 295-318; Teichman, D. y Zamir, E., *Behavioural Law and Economics*, op. cit. 2018; Van Winden, F. y Ash, E., “On the Behavioural Economics of Crime”, *Review of Law and Economics*, 8(1), 2012, pp. 181-213; Garoupa, N., “Behavioural Economic Analysis of Crime: A Critical Review”, *European Journal of Law and Economics*, 15, 2003, pp. 5-15.

Como se señaló, Harel y Teichman describen el análisis económico-conductista del derecho penal como centrado en la obtención de la mejor disuasión, es decir, en cómo garantizar, de la manera más eficiente, el cumplimiento del derecho penal. Sin embargo, no explican lo que quieren decir con “disuasión”. Cabe destacar a este respecto que se deben distinguir dos enfoques diferentes de la disuasión dentro del análisis económico: el enfoque de la internalización y el enfoque del pleno cumplimiento. El enfoque de la internalización se remonta a la investigación pionera de Becker sobre la economía del comportamiento criminal¹⁹. Becker adopta una “visión pigouviana”²⁰ de la disuasión, según la cual el derecho penal es un medio para la internalización, por parte de los delincuentes potenciales, de los costos sociales de la delincuencia. Según este punto de vista, la delincuencia debe ser disuadida si y solo si reduce el bienestar social. Cuando los criminales internalizan los costos sociales de sus acciones y prefieren, de todas maneras, actuar, sus acciones aumentan el bienestar social. El enfoque del pleno cumplimiento apunta, en cambio, a evitar todas las violaciones del derecho penal.²¹

Para ilustrar la diferencia, imagine el caso de una computadora personal, que vale \$ 50000 para su dueño. Aprender y condenar al ladrón tiene, digamos, un costo total de \$ 40000 para el sistema legal argentino. La ganancia del ladrón es desconocida. Para el enfoque de la internalización, primero debemos establecer cuáles son los costos sociales del robo, luego establecer una sanción disuasoria si y solo si el robo reducirá el bienestar social. Los costos sociales son el daño directo a la víctima y los costos indirectos de detener y condenar al ladrón: \$ 90000 en total. En consecuencia, si el ladrón está dispuesto a pagar esta suma, significa que, después de haber internalizado los costos sociales, todavía estará mejor y nadie estará peor. En consecuencia, el robo está económicamente justificado de acuerdo

¹⁹ Becker, G. S., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968, pp. 169-217. Véase también Enrich, I., “Economics of Criminal Law”, *op. cit.*

²⁰ Para una discusión reciente, vea Masur, J. S. y Posner, E. A., “Toward a Pigouvian State”, *U. Pa. L. Rev.*, 164, 2015, pp. 93-147.

²¹ Posner, R. A., “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 85(6), 1985, pp. 1193-1231. Para una discusión crítica, véase Zerbe, R. H., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

con el enfoque de la internalización puesto que ha aumentado el bienestar social y, por lo tanto, no debería ser castigado. Bajo el enfoque del pleno cumplimiento, en cambio, la sanción debe ser lo suficientemente alta como para garantizar que el ladrón prefiera no violar el derecho penal, incluso cuando la violación implicase una asignación más eficiente de recursos.

Hylton ha analizado la relación entre estos dos enfoques de la disuasión y ha tratado de reconciliarlos teniendo en cuenta la compensación institucional (*institutional trade-off*) entre una transferencia voluntaria y una involuntaria de recursos²². Hylton distingue tres escenarios principales: conductas siempre indeseables; conductas potencialmente indeseables; conductas por fuera del mercado. Es interesante que, en el análisis de Hylton, la meta normativa es la maximización del bienestar social, y lo dejo como una pregunta abierta hasta qué punto el análisis actual es compatible con otros marcos normativos. La intuición principal es que ciertas conductas son siempre socialmente indeseables, mientras que otras solo algunas veces. Al mismo tiempo, en una economía de mercado, los recursos normalmente se transfieren por consenso. La disuasión total parece apropiada para las conductas que son siempre indeseables. Cuando no estamos seguros acerca de la deseabilidad de una conducta, el enfoque de la internalización brinda a los agentes la oportunidad de satisfacer sus preferencias, siempre que estén dispuestos a pagar sus costos sociales. La tercera categoría, la de conductas por fuera del mercado, puede verse como una instancia de la primera. La idea es que, si en relación con un recurso dado hay un mercado que funciona bien, los agentes tienen que satisfacer sus preferencias en ese mercado. Si volvemos al ejemplo de la computadora robada, podríamos ver que la razón por la que tal robo no es deseable está fuertemente relacionada con la constatación de que en Argentina existe un mercado de computadoras portátiles que funciona razonablemente bien. En consecuencia, una transacción voluntaria habría asegurado que el intercambio aumente el bienestar social.

Como se anticipó, un tema que conecta los distintos artículos publicados en este número es la relación que una adecuada comprensión del

²² Hylton K. N., "The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law", *Review of Law and Economics*, 1(2), -2005, pp. 175-201.

derecho penal debe establecer entre la disuasión y el castigo basado en el merecimiento. En este sentido, es notable que el enfoque de la internalización es mucho más contraintuitivo que el enfoque de pleno cumplimiento. El enfoque de la internalización nos da una imagen distorsionada del derecho penal y de las normas jurídicas en general. Por un lado, considérese los casos en que la violación del derecho penal podría ser socialmente deseable. El enfoque de la internalización implica que cuando se viola el derecho penal en este escenario y los delincuentes internalizan los costos sociales, no merecen ninguna estigmatización; en realidad, sus acciones son socialmente deseables. Por otro lado, y más en general, el enfoque de la internalización asume una comprensión de las normas que, de hecho, está en tensión con el papel que la argumentación racional y la justificación tienen en la práctica jurídica. Bajo el enfoque de la internalización, quien a violado la ley penal no tienen la oportunidad de explicar por qué no deberían ser castigados, argumentando, por ejemplo, a favor de una excepción a la prohibición penal de la conducta. Como ya se vio, es el acto de internalizar los costos sociales lo que prueba que la conducta era en realidad deseable. Este enfoque es, por lo tanto, incompatible con la opinión según la cual quien a violado la ley penal merece un estigma social y con la idea de que los procedimientos judiciales dan a los delincuentes la oportunidad de justificar sus conductas.

Podemos ver, en cambio, que respecto a ambos problemas, el enfoque del pleno cumplimiento completo funciona significativamente mejor que el de la internalización. El delito es una conducta socialmente indeseable bajo el enfoque del pleno cumplimiento y, por lo tanto, el delincuente recibe un estigma social. Al mismo tiempo, esta tesis no es en absoluto incompatible con dar al presunto delincuente la oportunidad de justificar su conducta. A la luz de estas consideraciones, las investigaciones que tratan de conciliar las justificaciones del derecho penal basadas en la disuasión con aquellas basadas en el merecimiento deberían tener en cuenta estas notables diferencias entre los enfoques de la internalización y del pleno cumplimiento.

El análisis de Hylton está parcialmente relacionado con una visión más amplia del análisis económico del derecho penal, que se centra en el alcance

que el derecho penal debe tener dentro de un sistema jurídico²³. No todo lo que recibe una sanción negativa es un delito. Por ejemplo, los impuestos y las indemnizaciones por violaciones al derecho privado también son sanciones negativas, pero no son sanciones penales. Desde esta perspectiva, la distinción entre los enfoques de la internalización y del pleno cumplimiento puede verse como un intento por establecer los límites entre el derecho penal y otras formas de sanción negativa. Ampliar de este modo el análisis es indispensable para abordar la cuestión de los límites del derecho penal y para apreciar la importancia de la disuasión. La cuestión acerca de los límites exige una justificación de por qué una determinada conducta debe ser sancionada por el derecho penal, además o como alternativa al derecho contractual, al derecho fiscal, al derecho administrativo, etc. Sin saber cómo los diferentes enfoques del derecho penal trazan la línea que lo separa de otras ramas del derecho, resulta difícil determinar cuán persuasiva es su concepción de la disuasión en el derecho penal.

Otra línea, menos desarrollada desde mi punto de vista, de la literatura analiza de qué otro modo, además de mediante sanciones negativas, el derecho penal motiva a cumplir con sus preceptos. El derecho en general, y el derecho penal en particular (debido a su estigma social), expresan valores sociales²⁴. Saber que el derecho penal prohíbe una acción suele llevar a sus destinatarios a compartir una evaluación negativa de ese curso de acción. Por ejemplo, una prohibición criminal del consumo de alcohol puede llevar a algunos a pensar que es incorrecto consumir alcohol. En otras palabras, el derecho penal puede motivar el cumplimiento moldeando las preferencias de sus destinatarios. Este punto es particularmente relevante en relación con un tema central de esta discusión, a saber, la tensión entre el análisis económico-conductista del derecho penal y la posibilidad de garantizar el cumplimiento, basado en el merecimiento. Harel y Teichman se refieren a esta función expresiva del derecho penal. De hecho, señalan que “[e]l derecho penal implica a veces un estigma, y está asociado con intuiciones

²³ En este punto, véase Bowles, R., Faure, M., Garoupa, N., “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications”, *Journal of Law and Society*, 35(3), 2008, pp. 389-416.

²⁴ Dau-Schmidt, K. G., “An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy”, 1, 1990, pp. 1-38.

morales”²⁵. Incluso más, les preocupa el hecho que las intuiciones normativas, basadas en el merecimiento, de los destinatarios del derecho penal puedan reducir el efecto disuasorio de un sistema de derecho penal basado en la disuasión. Una de las observaciones que hacen para contrarrestar esta preocupación es que las personas podrían de todos modos aceptar un diseño de derecho penal basado en la disuasión pues “aún pueden entender los méritos de la idea si se explica adecuadamente”²⁶. Además, podemos conjeturar que, si el derecho penal tiene un efecto expresivo, entonces saber que el derecho penal vigente considera importante la disuasión podría aumentar la aceptación, por parte de sus destinatarios, de consideraciones basadas en la disuasión. Las conexiones apenas identificadas entre la función expresiva del derecho penal y la disuasión bien podrían ser de gran importancia para abordar el conflicto entre los enfoques del derecho penal basados en la disuasión y aquellos basados en el merecimiento.

5. El minimalismo interdisciplinario y el futuro de la dogmática penal

Me gustaría concluir estos comentarios introductorios sobre el análisis económico-conductista del derecho penal sugiriendo que, el enfoque interdisciplinario de la investigación que llamo “Minimalismo interdisciplinario” ofrece un marco fructífero para fomentar un tipo de colaboración útil, a los fines de abordar los problemas identificados por Harel y Teichman. Según el minimalismo interdisciplinario, las diferentes disciplinas deberían, en la medida de lo posible, poner entre paréntesis sus profundas diferencias e intentar colaborar, incluso bajo incertidumbre, o desacordar acerca de si una pregunta de investigación es interesante²⁷.

²⁵ Harel, A. y Teichman, D., “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”, sección 4.3, en este mismo volumen.

²⁶ Harel, A. y Teichman, D., *op. cit.*, sección 5.3.

²⁷ Esposito, F., *Law and Economics United in Diversity: Minimalism, Fairness, and Consumer Welfare in EU Antitrust and Consumer Law*, Florence, European University Institute, 2018, pp. 4-12; Esposito, F., “On the Fitness Between Law and Economics—Or Sunstein Between Posner and Calabresi”, *Global Jurist*, 19 (3), 2019, <https://doi.org/10.1515/gj-2018-0054>.

El minimalismo interdisciplinario es, curiosamente, una instancia más de la estrategia minimalista que, según Sunstein, ha dado forma a su investigación sobre decisión judicial, la democracia deliberativa y el paternalismo libertario.²⁸ En relación con la decisión judicial, Sunstein señala que los jueces tienen fuertes razones *prima facie* morales y pragmáticas para tomar decisiones de alcance más limitado y menos profundas en su justificación.²⁹ Por un lado, Sunstein señala la importancia de ser respetuosos y tolerantes con las visiones del mundo de los demás. Por otro lado, un enfoque minimalista facilita la colaboración, ya que evita la necesidad de deliberar sobre asuntos controvertidos, siempre que ello sea posible. En relación con el paternalismo libertario, está claro que Sunstein y Thaler han tratado de identificar un conjunto de medidas de gobierno que, en cuanto mantienen la libertad del destinatario para decidir de manera diferente, resultan menos hostiles para los puntos de vistas libertarios.³⁰

El minimalismo interdisciplinario, como el minimalismo judicial, enfatiza que el acuerdo para actuar colectivamente, entre agentes que asumen posiciones diferentes, no requiere la eliminación de esas diferencias. Requiere únicamente identificar cursos de acción que sean aceptables para todos los participantes. La identificación de ventajas mutuas debería ser suficiente para asegurar intercambios interdisciplinarios de ideas.

Veamos ahora los problemas planteados por Harel y Teichman, para ver si el minimalismo interdisciplinario puede ser de ayuda para abordarlos. Veamos, primero, el conflicto entre la disuasión y el merecimiento en el diseño del derecho penal. Como se vio en la sección 3, dentro del análisis económico del derecho, hay concepciones muy diferentes de la disuasión

²⁸ Sunstein, C. R., "On Fallibility: A Reply", en Morigiwa, Y. y Takikawa, H. (eds.), *Judicial Minimalism—For and Against*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag Sunstein, 2012, pp. 91-96, en p. 94.

²⁹ Sunstein, C. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996; Sunstein, C. R. "From Consumer Sovereignty to Cost-Benefit Analysis: An Incompletely Theorized Agreement", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23(1), 1999, pp. 203-210; Sunstein, C. R., "Problems with Minimalism", *Stanford Law Review*, 58, 2006, pp. 1899-1918; Sunstein, C. R., "Beyond Judicial Minimalism", en Morigiwa, Y. y Takikawa, H. (eds.), *Judicial Minimalism*, *op. cit.*, pp. 13-33.

³⁰ Sunstein, C. R. y Thaler, R. H., "Libertarian Paternalism", *The American Economic Review*, 93(2), 2003, pp. 175-179.

y, además, es posible dar espacio a la capacidad motivadora de las elecciones valorativas expresadas por el derecho penal. Además, como señala Moreno Cruz, entre los teóricos y los filósofos del derecho existe una gran variedad de opiniones sobre el papel de la disuasión en el derecho penal. Una reflexión cuidadosa acerca de hasta qué punto estas diferentes perspectivas en el análisis económico y la teoría del derecho encajan entre sí, sería un paso importante para comprender hasta qué punto las opiniones son realmente incompatibles.

Nótese que el positivismo jurídico no juega un papel importante en el análisis de Harel y Teichman. Sin embargo, el positivismo jurídico contribuiría a este intercambio interdisciplinario, arrojando luz sobre la medida en que las diferentes perspectivas encajan con la práctica jurídica real. Especialmente para aquellos economistas que desean centrarse en los análisis empíricos, no parece problemático aceptar las elecciones de valor expresadas por el derecho como relevantes para determinar el diseño del derecho penal. Al mismo tiempo, un análisis jurídico positivista también sería útil para educar a los destinatarios acerca de la importancia de la disuasión. Por ejemplo, Harel y Teichman sostienen que el aumento de las sanciones para los reincidentes es incompatible con un derecho penal basado en el merecimiento. En la medida en que esto sea correcto, el hecho de que el derecho penal castigue más severamente a los reincidentes puede ser útil para desafiar la opinión popular según la cual la disuasión tiene un papel menor dentro del derecho penal.

Este punto nos lleva a la importancia que la colaboración interdisciplinaria tiene para completar nuestra comprensión de cómo *de facto* funciona el derecho penal, lo que, a su vez, es crucial para recopilar los datos que, según Harel y Teichman, se necesitan para mejorar la base empírica del análisis económico-conductista. Como ellos observan, no hay mucha información empírica sobre muchos temas relevantes, y aún más importante, parte de la información proviene de estudios que no tenían por objeto el derecho penal. Además, tal como Malecka señala en sus comentarios, el modelado de las normas jurídicas en contextos experimentales es un tema delicado y todavía poco investigado. Los juristas definitivamente pueden contribuir al diseño de la investigación empírica necesaria para ofrecer resultados confiables. En consecuencia, parece que hay amplio espacio para

la colaboración. Los juristas están interesados en conocer los efectos del derecho penal, y una mejor modelización de las normas jurídicas sería de gran utilidad para la investigación empírica.

Por supuesto, existen barreras institucionales a esta colaboración interdisciplinaria. Barreras tales como, por ejemplo, la falta de oportunidades para interactuar, las diferencias en la trayectoria profesional y las dificultades para encontrar revistas que estén interesadas en este tipo de colaboración interdisciplinaria. Sin embargo, a la luz de la discusión anterior, parece claro que tal colaboración es deseable y, por lo tanto, debería ser fomentada. Esperamos que este número especial motive a algunos lectores a explorar diferentes maneras de contribuir a un estudio interdisciplinario del derecho penal.

Bibliografía

- Becker, G. S., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, 1968, pp. 169-217.
- Ben-Shahar, O. y Harel, A., “Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions against Crime”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 11, 1995, pp. 434-455.
- Bernheim, D. y Rangel, A., “Beyond Revealed Preference: Choice-Theoretic Foundations for Behavioral Welfare Economics”, *The Quarterly Journal of Economics*, 124, 2009, pp. 51-104.
- Bowles, R., Faure, M., Garoupa, N., “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications”, *Journal of Law and Society*, 35(3), 2008, pp. 389-416.
- Cserne, P., “Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law’s Learning from Behavioural Sciences”, en Alemanno, A. y Sibony, A-L. (eds.), *Nudge and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 279-299.
- Cserne, P. “Les Nudges Sont-ils des Outils Extra-Juridiques?”, en Brunon-Ernst, A. y Bozzo-Rey, M. (eds.), *Nudges et Normativités: Généalogies, Concepts et Applications*, Paris, Hermann, 2018, pp. 121-145.

- Dau-Schmidt, K. G., “An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy”, 1, 1990, pp. 1-38.
- Enrich, I., “Economics of Criminal Law”, en Parisi, F. (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 295-318.
- Esposito, F., “Nudge and the Law: Book Review”, *Humana.Mente Journal of Philosophical Studies*, 28, 2015, pp. 255-274.
- Esposito, F., “How The Behavioural Turn In Law And Economics Vindicates The New Haven School”, *Oeconomia*, 7(3), 2017, pp. 375-406.
- Esposito, F., *Law and Economics United in Diversity: Minimalism, Fairness, and Consumer Welfare in EU Antitrust and Consumer Law*, Florence, European University Institute, 2018
- Esposito, F., “Conceptual Foundations of the Behavioural Analysis of Consumer Law in Europe”, en Micklitz, H-W, Sibony, A-L, Esposito, F. (eds.), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 38-76, a pp. 42-46.
- Esposito, F., “On the Fitness Between Law and Economics—Or Sunstein Between Posner and Calabresi”, *Global Jurist*, 19 (3), 2019, <https://doi.org/10.1515/gj-2018-0054>.
- Fischer, T., “Economic Analysis of Criminal Law”, en Dubber, M. D. y (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 38-58.
- Garoupa, N., “Behavioural Economic Analysis of Crime: A Critical Review”, *European Journal of Law and Economics*, 15, 2003, pp. 5-15.
- Harel, A., “Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions”, *Legal Theory*, 14, 2008, pp. 113-133.
- Harel, A., “The Duty to Criminalize”, *Law and Philosophy*, 34, 2015, pp. 1-22.
- Harel, A. y Klement, A., “The Economics of Stigma: Why More Detection of Crime May Result in Less Stigmatization”, *Journal of Legal Studies*, 36, 2007, pp. 355-377.
- Harel, A. y Segal, U., “Criminal Law and Behavioural Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime”, *American Law and Economics Review*, 1, 1999, pp. 276-312.

- Harel, A. y Hylton, K. N. (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.
- Harel, A. y Porat, A., “Criminal Responsibility for Unspecified Offences”, *Minnesota L. Rev.*, 94, 2009, pp. 261-310.
- Harel, A. y Teichman, D., “Análisis Conductista del Derecho Penal y su Aplicación: Una Amistosa Revisión Crítica”, *Discusiones*, 22 (2), 2018.
- Harel, A. y Teichman, D., “Enfrentar las Críticas”, *Discusiones*, 22 (2), 2018.
- Hylton K. N., “The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law”, *Review of Law and Economics*, 1(2), -2005, pp. 175-201.
- Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., “A Behavioural Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1550.
- Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., “Of Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1593-1608.
- Kahneman, D. y Tversky, A., “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, 47 (2), 1979, pp. 263-291.
- Kelman, M., “Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1577-1592.
- Klaes, M., y Wilkinson, N., *An Introduction to Behavioral Economics*, 2nd edn, London, Palgrave Macmillan, 2012.
- Lepenies, R. y Małecka, M., “The Institutional Consequences of Nudging—Nudges, Politics, and the Law”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6(3), 2015, pp. 427-437.
- Małecka, M., “Comentarios Sobre Harel y Teichman”, *Discusiones*, 22 (2), 2018.
- Masur, J. S. y Posner, E. A., “Toward a Pigouvian State”, *U. Pa. L. Rev.*, 164, 2015, pp. 93-147.
- Moreno Cruz, D., “La Política Criminal del Nudge. Algunos desafíos del Análisis Comportamentalista a las teorías del Derecho Penal tradicionales”, *Discusiones*, 22 (2), 2018.
- Oliver, A., “Nudging, Shoving, and Budgeting: Behavioural Economic-Informed Policy”, *Public administration*, 2015, pp. 1-15.
- Posner, R. A., “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, 85(6), 1985, pp. 1193-1231.

- Posner, R. A., “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1551-1576.
- Richter, A., “La Aplicación del Análisis Económico Conductista del Derecho a las Políticas Criminales y sus Desafíos”, *Discusiones*, 22 (2), 2018.
- Sunstein, C. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996.
- Sunstein, C. R. “From Consumer Sovereignty to Cost-Benefit Analysis: An Incompletely Theorized Agreement”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23(1), 1999, pp. 203-210.
- Sunstein, C. R., “Problems with Minimalism”, *Stanford Law Review*, 58, 2006, pp. 1899-1918.
- Sunstein, C. R., “Beyond Judicial Minimalism”, en Morigiwa, Y. y Takikawa, H. (eds.), *Judicial Minimalism—For and Against*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag Sunstein, 2012, pp. 13-33.
- Sunstein, C. R., “On Fallibility: A Reply”, en Morigiwa, Y. y Takikawa, H. (eds.), *Judicial Minimalism—For and Against*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag Sunstein, 2012, pp. 91-96.
- Sunstein, C. R. y Thaler, R. H., “Libertarian Paternalism”, *The American Economic Review*, 93(2), 2003, pp. 175-179.
- Teichman, D., “The Market for Criminal Justice: Federalism, Crime Control, and Jurisdictional Competition”, *Mich. L. Rev.*, 103 2005, pp. 1831-1876.
- Teichman, D., “Decentralizing Crime Control: The Political Economy Perspective”, *Mich. L. Rev.*, 104, 2006, pp. 1749-1762.
- Teichman, D. y Guttel, E., “Criminal Sanctions in The Defense of the Innocent”, *Mich. L. Rev.*, 110, 2012, pp. 597-645.
- Teichman, D., “The Economics of Crime Control”, en Robinson, P. H., Ferzan, K., Garvey, S. (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 87-92.
- Teichman, D., “The Optimism Bias of the Behavioral Analysis of Crime Control”, *Ill. L. Rev.*, 5, 2011, pp. 1697-1712.
- Teichman, D., “Convicting with Reasonable Doubt: An Evidentiary Theory of Criminal Law”, *Notre Dame L. Rev.*, 93, 2017, pp. 757–809.
- Teichman, D., Telep, C. W., Weisburd, D., Gill, C. E., Vitter, Z., “Displacement of Crime and Diffusion of Crime Control Benefits in

- Large-Scale Geographic Areas: A Systematic Review”, *J. Experimental Criminology*, 10, 2014, pp. 515–548.
- Teichman, D. y Zamir, E., *The Oxford Handbook of Behavioural Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Teichman, D. y Zamir, E., *Behavioural Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Thaler, R. H. y Sunstein, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven y London, Yale University Press, 2008.
- Thaler, R. H., *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics*, New York y London, W. W. Norton & Company.
- Van Winden, F. y Ash, E., “On the Behavioural Economics of Crime”, *Review of Law and Economics*, 8(1), 2012, pp. 181-213.
- Zerbe, R. H., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

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 derecho¹. La sección 2

¹ [N. del T.: no he encontrado convenciones ya establecidas 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 crimen². 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 básico³. 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 preferencias⁴. Esta observación tiene dos consecuencias. Si existen sesgos sistemáticos que distorsionan *las creencias* de los individuos, esos sesgos alteran, de formas previsible, 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 encontrarse 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 riesgos⁵. 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 a 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 acusado⁷. 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 moral⁸. La comunicación requiere así que se entable un compromiso recíproco y racional con quien ha cometido un delito⁹. 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 víctima¹⁰.

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 pasado¹¹. 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 autómatas. 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 prospectiva¹². 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 riesgos¹³. 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 Detering 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 riesgo¹⁴ y que, de hecho, la evidencia experimental sugiera que este es el caso¹⁵.

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 ganancias¹⁶. 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, respectivamente¹⁷. 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 comportamiento¹⁸. 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 disuasión¹⁹. 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 ven²⁰. 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 subyacentes²¹. 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 detección²². 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 disuasión²³, 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 delitos²⁴. 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 disuasión²⁵.

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 peso²⁶. 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 una 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 debilitado²⁷.

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 social²⁸, su amplio y uniforme alcance ha sido demostrado en numerosos estudios, utilizando una amplia variedad de recursos metodológicos²⁹.

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 Cognitive 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 consecuencialista³¹, 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 Utah³³, 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 detectar³⁴. 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 moral³⁵. 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 económica³⁶.

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 económica³⁷, no es por lo general así bajo un análisis tradicional del merecimiento justo³⁸. 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 anteriormente³⁹. 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 Review. 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 evaluaciones⁴¹. 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 derecho⁴². 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.

diseñados⁴³. 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 leyes⁴⁴. 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 disuade⁴⁵, 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 detección⁴⁶. 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 un 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

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 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 Cognitive 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 Review. 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.

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 jurídicas¹.

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 intuitivo

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 intuicionista deben ser conectados.

A este fin recapitaré 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 sociedad², 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 humano³.

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 delitos⁴. 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 psicológicos⁵ sobre las preferencias en las decisiones, como el comportamiento afín o reactivo 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 orden⁶, 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 explorado⁷ 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 imponer⁸.

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 delinquentes 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 neutral¹⁰. 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.

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 pena¹¹.

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 disminución de la disuasión. En este

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 influyeran mutuamente, ha de ser investigado en futuros estudios empíricos.

4.2.1.1.2. 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 caso¹³– 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", *Haiifa Law Review*, 4, 2008, pp. 237-327.

Comentarios sobre Harel y Teichman

*Notes on Harel and Teichman**

Magdalena Malecka**

Recepción: 27/05/2018

Evaluación: 23/08/2018

Aceptación final: 28/05/2019

Resumen: Este texto es un comentario sobre el llamado de Harel y Teichman para una mayor “base empírica” del análisis económico-conductista del derecho. Aquí intento demostrar que el carácter normativo del derecho plantea un desafío serio, pero no discutido en el documento, para los estudios conductista y experimental del derecho. Discuto brevemente los puntos principales planteados por los autores y luego caracterizar de manera concisa el enfoque conductista de la ley que complementa su análisis. Después, discuto, sobre la base de dos trabajos experimentales tomados de otras ramas del derecho, los obstáculos para los estudios empíricos y experimentales del análisis económico-conductista del derecho. Concluyo con el breve comentario en la última sección del documento que se refiere a la posibilidad de sacar conclusiones normativas de las encuestas sobre las opiniones morales de las personas sobre el castigo.

Palabras clave: análisis económico-conductista del derecho, filosofía y metodología de la ciencia, ciencia jurídica empírica, poder expresivo del derecho

* Traducción del inglés de Sofía Pezzano.

** PhD, Marie Skłodowska-Curie Fellow, Stanford University y University of Helsinki, Helsinki, Finlandia. Correo electrónico: magdalena.malecka@helsinki.fi. Este trabajo fue apoyado por la Academia de Finlandia [n.º de subvención 308682] y por la Marie Skłodowska-Curie Fellowship EPISTEMEBEHAVIOUR, Comisión Europea.

Abstract: This text is a commentary on Harel and Teichman's call for more "empirical grounding" of the behavioural analysis of law. I attempt to show that the normative character of law poses a serious, yet another and not discussed in the paper, challenge, for the behavioural and experimental studies of law. I briefly discuss the main points of raised by the authors and then I concisely characterize the behavioural approach to law that complements their analysis. Afterwards I discuss, on the basis of two experimental works taken from other branches of law, the obstacles to the empirical and experimental studies of the behavioural impact of law. I conclude with the brief remark on the last section of the paper that concerns the possibility of drawing normative conclusions from the surveys on people's moral views on punishment.

Keywords: behavioural law & economics, philosophy and methodology of science, empirical legal science, expressive power of law

El artículo *Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica* de Alon Harel y Doron Teichman, analiza los importantes desafíos que implica la aplicación de la economía conductista al derecho. Tomando al derecho penal como ejemplo, los autores afirman que existe una incompatibilidad entre la comprensión del derecho como una empresa normativa, elaborada desde la teoría jurídica, y los modos en que, quienes proponen traer al derecho la investigación conductista, definen derecho (normas jurídicas) en sus análisis. He hecho un comentario similar en un artículo que escribí en colaboración con Robert Lepenies¹, en el que afirmamos que la adopción generalizada de políticas públicas basadas en los resultados de investigaciones conductistas, está en contradicción y puede echar por tierra la función normativa del derecho. Los autores también discuten las fallas metodológicas del análisis conductista del derecho, que derivan de lo que ellos llaman el problema de la indeterminación. Según ellos, la indeterminación implica que las predicciones derivadas de la investigación conductista pueden ser contradictorias. Debido a los pro-

¹ Lepenies, R. & Małecka, M., "The Institutional Consequences of Nudging–Nudges, Politics, and the Law", *Review of Philosophy and Psychology*, 6 (3), 2015, p. 427-437.

blemas señalados, Harel y Teichman exigen una mayor “base empírica” al análisis conductista del derecho. En respuesta a este reclamo, mi comentario intenta mostrar que el carácter normativo del derecho plantea otro serio desafío, no discutido en el artículo de Harel y Teichman, para los estudios conductistas y experimentales del derecho.

Parto de una caracterización concisa del enfoque conductista del derecho, que complementa la primera sección del artículo. Luego, basada en dos trabajos experimentales obtenidos de otras ramas del derecho, discuto los obstáculos a los estudios empíricos y experimentales del impacto conductista del derecho. En la última parte, concluyo con una breve observación sobre de la posibilidad de sacar conclusiones normativas a partir de investigaciones sobre los juicios morales de las personas acerca del castigo.

1. Análisis económico-conductista del derecho: principales tesis e hipótesis

El enfoque conductista del análisis económico del derecho se basa en tres principios básicos. En primer lugar, los defensores de este enfoque critican al análisis económico del derecho neoclásico porque propone modelos del comportamiento humano altamente idealizados, que carecen de poder predictivo. Este tipo de críticas suele asociarse a críticas hacia la teoría de la decisión racional o la presunción de racionalidad. La principal objeción formulada por los teóricos conductistas, tiene que ver con la aceptación de asunciones poco realistas sobre el comportamiento humano y la toma de decisiones. Estas asunciones fracasan en predecir cómo actúan y deciden las personas, ya que es posible observar que en algunos contextos no se comportan “racionalmente”, es decir, de acuerdo con las predicciones derivadas de los modelos neoclásicos. En segundo lugar, los especialistas en los enfoques conductistas proponen observar, analizar y explicar los comportamientos “reales” de la gente. Hacen énfasis en que muchas desviaciones de las predicciones basadas en modelos neoclásicos son sistemáticas y pueden ser explicadas sobre la base de una teoría alternativa (de la toma de decisiones). Proponen analizar las decisiones de las personas a partir de observaciones, en vez de formular hipótesis teóricas. Su ambición es pro-

poner un modelo más realista del comportamiento en escenarios jurídicos, con mayor poder predictivo y explicativo. Finalmente, los defensores del enfoque conductista creen que sus análisis del comportamiento pueden y deberían ser utilizados por quienes crean las leyes y las políticas públicas. Ellos afirman que las intervenciones en la esfera decisoria de las personas deberían basarse en el conocimiento acerca de las posibles respuestas conductistas al derecho. En otras palabras, proponen aplicar los resultados de las ciencias conductistas para proponer mejores y más realistas recomendaciones de políticas públicas; especialmente en la medida en que el enfoque neoclásico, en su opinión, se ha vuelto menos relevante para la elaboración de políticas jurídicas².

Los defensores del enfoque conductista, proponen basar el análisis económico del derecho en presunciones diferentes acerca del comportamiento, fundadas en observaciones de cómo se comportan las personas. En este enfoque se acentúa la importancia de los “límites” (racionalidad limitada, fuerza de voluntad limitada y auto-interés limitado). Además, se afirma que las desviaciones de los modelos neoclásicos tienen un carácter sistemático y, por esa razón, son predecibles. El análisis económico-conductista del derecho se ha inspirado en gran medida en la concepción de la heurística de Kahneman y Tversky, así como en su teoría prospectiva. Esta teoría se utiliza para explicar cómo la forma en que se presenta un problema a un sujeto influye en sus decisiones, así como también para predecir conductas de aversión o de búsqueda de riesgo³. La concepción de la heurística, por otro lado, esclarece la utilización de atajos mentales durante los procesos de evaluación y toma de decisiones en entornos jurídicos⁴. Además, los autores conductistas a menudo se refieren a la investigación sobre normas sociales, argumentando que las personas no se comportan de acuerdo con las predicciones de los modelos neoclásicos porque no siempre maximizan la utilidad (entendida como auto-interés). El hecho de que la gente siga

² Korobkin, R. & Ulen, T., “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, 88 (4), 2000, p. 1056.

³ Véase Kahneman, D. & Tversky, A., “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, 47 (2), 1979, pp. 263-291.

⁴ Véase Tversky, A. & Kahneman, D., “Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, 185 (4157), 1974, pp. 1124-1131.

normas sociales (a veces en contra de sus intereses a corto plazo) se considera un factor importante que influye en el comportamiento.

2. El desafío de estudiar normas en escenarios experimentales

A continuación se analizan distintos experimentos que examinan la influencia directa del derecho, esto es, una reacción conductista a la introducción de una norma jurídica (simulada en un contexto experimental). Esos experimentos, precisamente, abordan el impacto conductual del derecho, que, según afirman, será explicado por los especialistas en el análisis conductista del derecho. Mi objetivo es analizar cómo se simulan las normas jurídicas y cómo se trata el aspecto normativo de las normas jurídicas en contextos experimentales, así como también la forma en que se interpretan los resultados. Me pregunto si, y en su caso, en qué medida se pueden extraer conclusiones sobre la influencia de las normas jurídicas a partir de los resultados obtenidos durante esos experimentos.

La afirmación de que las normas jurídicas no solo tienen un efecto disuasorio o, en términos más generales, de incentivo, sino que también pueden influir en el comportamiento a través de la expresión de valores sociales, llevó a algunos estudiosos del análisis económico del derecho a proponer un nuevo acercamiento entre ambas ramas: el análisis económico-expresivo del derecho. Este enfoque se basa en la idea de que el derecho expresa valores sociales, gracias a los cuales puede crear puntos de convergencia que ayuden a coordinar el comportamiento de las personas. Quienes proponen este enfoque distinguen entre el aspecto de obligación y el aspecto de incentivo de las normas jurídicas, y sostienen que las obligaciones “afectan el comportamiento en un modo específico”⁵. Roberto Galbiati y Pietro Vertova han diseñado experimentos en los cuales han testeado la influencia de las normas jurídicas sobre el comportamiento. Ellos definen

⁵ Cooter, R., “Expressive Law and Economics”, *Journal of Legal Studies*, 27 (2), 1998, p. 587.

a las normas jurídicas, a las que llaman “reglas formales”⁶, como “obligaciones respaldadas por incentivos”, refiriéndose a la definición de normas jurídicas que denominan positivista. De esta manera, ensanchan la definición ampliamente aceptada dentro de los estudios del análisis económico del derecho, que identifica las normas jurídicas con incentivos. Galbiati y Vertova subrayan la importancia de distinguir el aspecto de incentivo de la norma jurídica de su componente normativo. “La parte de la obligación de la regla formal consiste en el contenido normativo establecido por la regla o, en otras palabras, en el comportamiento que la regla establece que las personas deberían seguir”⁷. En sus experimentos intentan separar el componente normativo del efecto de incentivo de la norma jurídica. A continuación me refiero a un experimento descrito e interpretado en el artículo *Cómo afecta el derecho al comportamiento: obligaciones, incentivos y comportamiento cooperativo* con el fin de presentar la forma en que su objetivo es alcanzado⁸.

El experimento es diseñado para probar la influencia de las reglas jurídicas en el comportamiento cooperativo durante el juego de bienes públicos. “A fin de comprender cómo las reglas formales afectan el comportamiento, resulta crucial estudiar experimentalmente cómo funcionan las obligaciones y cómo interactúan con los incentivos, influyendo en el comportamiento humano”⁹. En el experimento, los participantes fueron dotados de una cantidad inicial de fichas y se les pidió que tomaran dos decisiones: “contribución incondicional” (se solicitó a los sujetos contribuir al bien público) y “contribución condicional” (se solicitó a los sujetos elegir en qué cantidad contribuir al bien público en comparación con las diferentes contribuciones promedio de otros miembros del grupo). Luego se les preguntó sobre sus creencias acerca de las contribuciones incondicionales de los demás. Una contribución mínima fue fijada exógenamente por los experimentadores. Las opciones condicionales e incondicionales se diseñaron para testear cuáles eran los canales a través de los cuales los

⁶ Galbiati, R. & Vertova, P., “How law affects behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior”, *International Review of Law and Economics*, 38, 2014, p. 2.

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ *Ídem*.

⁹ Galbiati, R. & Vertova, P., *op. cit.*, p. 3.

incentivos y las obligaciones afectan el comportamiento (a través de creencias o preferencias, o ambas). Además, hubo dos variantes del juego (una sin incentivos y otra con una estructura de incentivos) en seis procesos experimentales diferentes: dos sin incentivos, tres con la misma estructura de incentivos y uno con un nivel muy bajo de incentivos. Estas variantes deberían haber testeado la forma en que las variaciones de las obligaciones y las variaciones de los incentivos afectan al comportamiento cooperativo, así como la manera en que las obligaciones y los incentivos interactúan entre sí. Los investigadores simularon una serie de experimentos de decisión única con bienes públicos. Las obligaciones estaban representadas por contribuciones mínimas no vinculantes al bien público exigidas en las instrucciones, los incentivos estaban representados por castigos probabilísticos por contribuciones por debajo del mínimo y recompensas probabilísticas por contribuciones por encima del mínimo (el seguimiento de las contribuciones también era probabilístico). Los esquemas de incentivos fueron estructurados de tal modo que no contribuir al bien público es la estrategia dominante para alguien que maximiza la utilidad.

La idea de aislar los efectos de incentivo y de obligación de las normas jurídicas se llevó a cabo de la siguiente manera: las obligaciones sin incentivos se simularon como un requisito de contribución por un monto del 80 por ciento de la dotación de fichas (sin recompensas/castigos). Los incentivos sin obligaciones se simularon como un requisito de contribución (sin especificación de cantidad), pero acompañado por una estructura de monitoreo (un participante es recompensado si la contribución supera 0, de lo contrario es penalizado, con la probabilidad de monitoreo siendo 1/12). Por el otro lado, las obligaciones con incentivos se simularon en tratamientos con una estructura de monitoreo y exigencia de contribución de una cantidad específica de fichas, que variaba entre 20 y 80 por ciento de dotación. También fue fijada cerca a cero en una de las versiones. Las variaciones en la cantidad de fichas permitieron a los investigadores mantener los incentivos marginales fijados a través de los tratamientos y hacerlos independientes de la contribución mínima (obligaciones). Por lo tanto, si se observaba alguna diferencia en los tratamientos con estructura de monitoreo, podría haberse imputado al efecto de la obligación sobre el beneficio.

Galbiati y Vertova observaron, en primer lugar, que la introducción de una obligación en ausencia de incentivos llevaba a un aumento en la provisión del bien público; en segundo lugar, que la introducción de incentivos sin una obligación no afectaba significativamente las contribuciones, mientras que, en tercer lugar, cuando las obligaciones y los incentivos se combinaban, se reforzaba fuertemente la cooperación. Cuando interpretaron los resultados experimentales, llegaron a la conclusión de que las obligaciones tienen una influencia significativa en el comportamiento cooperativo, incluso si no son respaldadas por incentivos. Si los incentivos están vinculados a obligaciones, entonces las variaciones en las obligaciones afectan al comportamiento, incluso si los incentivos se mantienen constantes. Sin embargo, la introducción de incentivos a la exigencia de contribución refuerza considerablemente la cooperación. Los autores opinan que el contenido de una norma es percibido como una obligación si está respaldada por incentivos. En ese caso, el papel principal de los incentivos es más bien dar prominencia al contenido de las reglas y no tanto modificar los beneficios (como sostienen los estudiosos del análisis económico del derecho neoclásico). Galbiati y Vertova también concluyeron que el efecto de las obligaciones sobre el comportamiento depende, por un lado, de sus impactos en las creencias de las personas sobre las contribuciones de los demás y, por otro lado, de sus preferencias por la cooperación.

Cabe destacar que, en los experimentos, las tareas se comunicaban a los participantes en un lenguaje que no se parecía al lenguaje jurídico. Se solicitó a los participantes contribuciones monetarias. Puede reflexionarse acerca de si tal simulación de escenarios jurídicos en una situación experimental es adecuada y en qué medida los resultados de los experimentos pueden extrapolarse de un contexto experimental a uno jurídico. En la siguiente sección presento experimentos en los cuales los autores intentan simular normas jurídicas de manera diferente, es decir, mediante una forma lingüística. La crítica más seria se refiere al hecho de que Galbiati y Vertova identifican el aspecto normativo de las reglas jurídicas con su aspecto expresivo (también llamado “poder expresivo de las reglas jurídicas”). Esto significa que ellos identifican las normas jurídicas con normas sociales y morales, y que tratan la normatividad de esas normas como equivalentes. En otras palabras, los autores parecen asumir que no hay

nada específico los modos de, y las razones para, seguir normas jurídicas, sociales o morales.

Los experimentos conducidos por Lewis Kornhauser y Andrew Schotter tenían por objeto testear los efectos de incentivo de las reglas de responsabilidad en materia de responsabilidad civil (derecho de daños). Sin embargo, en una versión de los experimentos examinaron el impacto expresivo del derecho. Puesto que escogieron un camino que difiere del elegido por Galbiati y Vertova para simular obligaciones (y que además dio lugar a resultados desconcertantes), decidí mencionar su experimento en este trabajo.

Kornhauser y Schotter comienzan el artículo, que presenta los resultados de sus experimentos, diciendo que “durante los últimos veinticinco años, el debate jurídico sobre la cuestión empírica de la disuasión, en general, no ha girado en torno a los efectos disuasorios reales, sino en torno a modelos económicos del derecho de daños que predicen el efecto disuasorio de diversas normas jurídicas”¹⁰. Los autores, principalmente, están interesados en testear si el nivel de diligencia y el nivel de actividad que las personas eligen en entornos experimentales se corresponden con el que surge de las predicciones hechas a partir de los modelos del análisis económico del derecho neoclásico. Testean un modelo de accidente de un único actor en el cual las acciones de un individuo influyen en la frecuencia con la que se espera que ocurra una pérdida. El accidente se caracteriza como una pérdida, y las normas jurídicas se caracterizan como reglas que determinan quién debe soportar la pérdida (la víctima o el causante). Las hipótesis basadas en el modelo teórico del análisis económico del derecho son las siguientes:

- 1) El nivel de diligencia adoptado por un causante potencial bajo la regla de responsabilidad objetiva es idéntico al nivel de diligencia adoptado bajo la regla de responsabilidad subjetiva, si esta última fija el nivel de debido cuidado en un nivel socialmente óptimo.

¹⁰ Kornhauser, L. & Schotter, A., “An experimental study of single-actor accidents”, *Journal of Legal Studies*, 19, 1990, p. 203.

- 2) Un individuo potencialmente involucrado en un accidente (ya sea causante o víctima) adherirá al estándar de diligencia si este se fija ligeramente por encima del nivel socialmente óptimo, pero lo abandonará si se fija significativamente por encima de ese nivel.
- 3) El nivel de actividad bajo una regla de responsabilidad subjetiva con el estándar de debido cuidado establecido en el nivel óptimo de diligencia, supera el nivel de actividad bajo la regla de responsabilidad objetiva¹¹.

Los autores también decidieron probar “la fuerza normativa (moral) de las normas jurídicas”¹². Por lo tanto, formularon una hipótesis adicional que afirma que las personas tienen una tendencia a adherir a estándares de diligencia aun si este es fijado significativamente por encima del nivel socialmente óptimo.

Se les informó a los participantes que estaban involucrados en un experimento de toma de decisiones que duraría 35 períodos (etapas). Se les entregó un monto inicial de dinero y en cada etapa se les solicitó que eligieran un “número de decisión” (entre 1 y 100), con las siguientes consecuencias: un cierto costo por “número de decisión” y una determinada influencia del “número de decisión” en la probabilidad de acaecimiento de un “evento”. El acaecimiento de ese “evento” también tenía un costo, determinado por los experimentadores. En las condiciones del régimen de responsabilidad objetiva, los participantes debían pagar un determinado costo siempre que ocurría un “evento”. Bajo el régimen de responsabilidad subjetiva, debían pagar solamente si elegían un “número de decisión” por debajo del llamado “número crítico”. Se suponía que el “número de decisión” simulaba un nivel de diligencia, el “evento” un accidente y el “número crítico”, un estándar legal de diligencia. Se hicieron diez versiones del experimento (con 35 etapas cada una).

No describo todas las versiones del experimento en detalle, ya que son bastante técnicas, pues mi objetivo aquí es más bien comentar el intento mismo de testear el impacto expresivo y normativo del derecho. En general,

¹¹ *Ibidem*, p. 207.

¹² *Ibidem*, p. 208.

Kornhauser y Schotter han observado que bajo un sistema de responsabilidad objetiva los sujetos muestran un nivel excesivo de diligencia y, luego de varias etapas, reducen el nivel de diligencia por debajo del nivel óptimo. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad subjetiva, se comportan de acuerdo con las predicciones basadas en el modelo del análisis económico del derecho. Así, Kornhauser y Schotter concluyeron que “bajo el régimen de responsabilidad objetiva los sujetos carecen de orientación sobre cómo abordar el problema de decisión que se les presenta. Comienzan la búsqueda de soluciones en niveles excesivamente altos de diligencia y luego reducen sus niveles de diligencia por debajo del óptimo (...). Bajo una norma de responsabilidad subjetiva, el estándar de diligencia pone un límite más alto en la búsqueda de soluciones de los sujetos. Cuando el estándar es excesivamente alto, los sujetos de alguna manera aprenden que deberían abandonarlo”¹³.

Con el fin de testear el impacto normativo y expresivo del derecho, cambiaron el lenguaje de las instrucciones de tal manera que usaron terminología similar a la jurídica, y lo hicieron en dos versiones del experimento (bajo escenarios de responsabilidad objetiva y subjetiva). En otras palabras, la formulación de las instrucciones fue la misma, con excepción de los términos: “número de decisión”, “evento” y “número crítico”, que fueron reemplazados por “nivel de diligencia”, “accidente” y “estándares legales de diligencia” respectivamente. Curiosamente, si el nivel de diligencia era fijado por los experimentadores por encima de un nivel socialmente óptimo, las personas tendían a exhibir niveles significativamente más bajos de diligencia que en la versión del experimento sin el lenguaje “normativo”. Cuando fue fijado en un nivel socialmente óptimo, no se observó ningún cambio en el cumplimiento. Los autores etiquetaron aquel resultado como “paradójico” y se resignaron a seguir investigando los efectos normativos del derecho. Sin embargo, si las personas se comportan de manera diferente en estos dos escenarios, puede significar que hay un factor que es responsable de esa diferencia. Dado que las personas se comportan de una manera que no confirma la hipótesis formulada por los investigadores, tal resultado puede interpretarse como evidencia de la importancia del factor normativo para las decisiones tomadas por los sujetos. Más especí-

¹³ *Ibidem*, p. 232.

ficamente, puede significar que el factor “jurídico” tiene un impacto más fuerte que el factor “económico” o “racional”. Esto podría ser evidencia de que el aspecto normativo o “jurídico” del derecho (esto es, el hecho de que una conducta es exigida por la ley) tiene un impacto conductual único que requiere clarificación.

Los test experimentales de accidentes con un único actor, demuestran que existen dificultades para simular contextos y normas jurídicas en escenarios experimentales. Los problemas de decisión, en las versiones que testaban los efectos de incentivo de las normas de responsabilidad, se sustituyeron durante los experimentos por decisiones basadas en números. Los investigadores esperaban que los sujetos decidieran sobre la base de cálculos realizados en cada ronda del experimento. Un diseño de este tipo suscita interrogantes sobre bajo qué condiciones las decisiones sobre números pueden ser extrapoladas a las decisiones de personas bajo el derecho de daños. Lewis y Kornahuser extrapolaron sus hallazgos sin las debidas reservas.

Otro problema relacionado con la cuestión de la extrapolación, evocado por el experimento de Lewis y Kornhauser, así como también por el estudio de Galbiati y Vertova, es la simulación experimental de normas jurídicas. Galbiati y Vertova formularon las instrucciones sin utilizar terminología jurídica. Sus instrucciones simplemente tenían la forma de un pedido o una solicitud de pagar un monto determinado de dinero para financiar un bien público, pero en ningún momento sugirieron que los sujetos estuviesen obligados a hacerlo o que su decisión pudiera tener algo que ver con el derecho. Lewis y Kornhauser, por otro lado, decidieron testear el impacto expresivo de las reglas de responsabilidad a través de la modificación del lenguaje de las instrucciones, de manera tal que incluyera terminología jurídica. Como consecuencia, arribaron a un resultado, en sus palabras, paradójico: los participantes de los experimentos se comportaron de una manera que los autores interpretaron como “en contra del auto interés” y “menos diligentemente” que en las versiones con “incentivos”. Este resultado puede ser discutido de dos maneras.

En primer lugar, puede sugerir que en algunos contextos las personas se comportan en contra de su interés si se enfrentan con normas jurídicas. En el experimento, las personas cambiaron su comportamiento de uno auto-interesado a uno contrario a su auto-interés, luego de que las instruc-

ciones cambiaran de la versión de los “incentivos” a la versión “normativa”, mientras que las demás condiciones se mantuvieron constantes. Esto significa que las normas jurídicas pueden cambiar el comportamiento de una forma que no puede ser explicada basándonos en la teoría económica o de la decisión. En segundo lugar, el experimento de Lewis y Kornhauser es relevante para el problema de la expresión lingüística de las normas jurídicas en escenarios experimentales. Las normas jurídicas se formulan de distintas maneras en actos jurídicos: como proposición deóntica, como descripción de comportamientos, o como la denominada “forma paradigmática de la norma jurídica”. Todo investigador interesado en la simulación de las normas jurídicas a través de la formulación lingüística, debe decidir cuál formulación elegir. También debería considerar si esas expresiones lingüísticas pueden conducir a resultados conductuales divergentes. En caso afirmativo, debe proporcionarse una interpretación de esa observación.

Los experimentos descritos anteriormente, se ocupan de testear el aspecto normativo de las normas jurídicas. Notablemente, los autores identificaron el aspecto normativo con el expresivo (la expresión de valores). El resultado de esto es la asimilación de las normas jurídicas con los valores y normas sociales, así como también la reducción del componente normativo (jurídico) al aspecto social o ético. Sin embargo, los mencionados autores no dan ninguna justificación para esa reducción. Por otra parte, de esa manera tocan el viejo debate filosófico sobre los factores que hacen que el derecho sea normativo. A través de la identificación de los aspectos normativos con el poder expresivo del derecho, desatienden la tradición positivista y se ubican a sí mismos no solo del lado de los realistas jurídicos, sino también cerca de los defensores de las doctrinas del derecho natural. Esto, sin embargo, involucra sus análisis en complejas discusiones filosóficas.

3. Las intuiciones morales de las personas y la teoría científica

En la última parte de su artículo, Harel y Teichman critican la idea de basarse en estudios empíricos, acerca de juicios morales sobre el contenido del derecho penal, para diseñar el derecho penal. Se suele afirmar que si los

requerimientos del derecho se corresponden con las intuiciones morales de las personas, entonces sería más probable que las personas obedezcan el derecho y, por lo tanto, para que el derecho penal efectivamente impacte en el comportamiento debería expresar los juicios morales de sus destinatarios. Más arriba he discutido los problemas metodológicos relacionados con los estudios sobre el poder expresivo de las normas jurídicas. Harel y Teichman también señalan que los intentos de ajustar el contenido del derecho penal a las intuiciones morales de las personas es problemático, ya que trata esas intuiciones, así como las opiniones sobre las acciones centradas en la disuasión, como si fueran dadas (naturales). Asimismo, me gustaría agregar, coincidiendo con las críticas de los autores, que un enfoque de esa índole presupone que las opiniones de las personas sobre la sociedad, incluidas sus opiniones sobre lo que es justo, no están sujetas a la influencia del trabajo científico. Los filósofos de las ciencias sociales, sin embargo, señalan el fenómeno de cómo la comprensión que las personas tienen de diferentes ámbitos de la realidad social, cambia bajo la influencia de, y en respuesta a, las teorías científicas sociales de esas áreas. Este fenómeno fue llamado reflexividad y fue muy discutido por los estudiosos que trabajan en distintas áreas de las ciencias sociales¹⁴. Por lo tanto, la percepción del derecho como un incentivo o estímulo, y no como una norma o expresión de juicios morales, puede cambiar si los enfoques económicos o conductistas del derecho se difunden en el mundo académico y más allá. Esto invalidaría la idea de diseñar una ley ajustándola a los juicios morales de las personas.

Bibliografía

Cooter, R., “Expressive Law and Economics”, *Journal of Legal Studies*, 27 (2), 1998, pp. 55-79.

¹⁴ Véase Merton, R. K., “The self-fulfilling prophecy”, *The Antioch Review*, 8 (2), 1948, pp. 193-210; Woolgar, S. (ed.), *Knowledge and Reflexivity: New Frontiers in the Sociology of Knowledge* Sage Publications, Thousand Oaks, CA, 1988 y Soros, G., “Fallibility, reflexivity and the human uncertainty principle”, *Journal of Economic Methodology*, 20, 2013, pp. 309-329.

- Galbiati, R. & Vertova, P., “How law affects behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior”, *International Review of Law and Economics*, 38, 2014, pp. 48-57.
- Kahneman, D. & Tversky, A., “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, 47 (2), 1979, pp. 263-291.
- Kornhauser, L. & Schotter, A., “An experimental study of single-actor accidents”, *Journal of Legal Studies*, 19, 1990, pp. 203-233.
- Korobkin, R. & Ulen, T., “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, 88 (4), 2000, pp. 1051-1144.
- Lepenies, R. & Małecka, M., “The Institutional Consequences of Nudging—Nudges, Politics, and the Law”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6 (3), 2015, pp. 427-437.
- Merton, R.K., “The self-fulfilling prophecy”, *The Antioch Review*, 8 (2), 1948, pp. 193-210.
- Soros, G., “Fallibility, reflexivity and the human uncertainty principle”, *Journal of Economic Methodology*, 20, 2013, pp. 309-329.
- Tversky, A. & Kahneman, D., “Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, New Series, 185, 4157, 1974, pp. 1124-1131.
- Woolgar, S. (ed.), *Knowledge and Reflexivity: New Frontiers in the Sociology of Knowledge*; Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 1988.

La política criminal del *nudge*. Algunos desafíos del Análisis Conductista a las teorías del Derecho Penal tradicionales

*Criminal-nudge-policy. Behavioral Analysis Challenges to Traditional Criminal Law Theory**

Diego Moreno Cruz**

*“Nello scendere le scale
Ci metto più attenzione
Sarebbe imperdonabile
Giustiziarmi sul portone
Proprio nel giorno in cui
La decisione è mia
Sulla condanna a morte
O l’ammnistia”*

Il bombarolo; F. De Andrè

Recepción: 06/01/2019

Evaluación: 13/02/2019

Aceptación final: 31/07/2019

Resumen: La objeción de Harel y Teichman en contra de que los gobiernos sigan las “recomendaciones de política pública provenientes de los teóricos conductistas”, para llevar a la gente a obedecer las reglas penales y, de este modo, para prevenir la ocurrencia de crímenes, puede ser entendida como cuestiones acerca de la permisibilidad ética y la utilidad práctica de aplicar

* Traducción del inglés de Ricardo Arenas Ávila.

** Doctor en filosofía del derecho, profesor en la misma disciplina y docente-investigador del Centro de Estudios en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: diego.moreno@uexternado.edu.co. Agradezco a Ricardo Arenas Ávila por la traducción del inglés al español de este escrito.

lo que llamaré “política criminal del nudge”. Mi propósito en este escrito no es ofrecer una definición exhaustiva de este tipo de política pública ni tampoco justificar su uso desde una perspectiva ética, sino tan solo enunciar algunos retos a las teorías tradicionales del derecho penal en las que Harel y Teichman asientan su objeción.

Palabras clave: análisis económico-conductista, políticas públicas criminales, nudge, prevención.

Abstract: The objection raised by Harel and Teichman about following “policy recommendations prescribed by behavioral theorists” by governments, that are intended to lead people to obey penal rules and, hence, to prevent crimes from occurring, may perfectly well be understood as both ethical permissibility and practical usefulness concerns about applying what I will call “criminal-nudging-policies”. My purpose in this paper it is not to offer an exhaustive definition of this type of public policy neither to justify their use from an ethical point of view, but to point out some challenges to traditional theories of criminal law from which Harel and Teichman raised such theoretical issues.

Keywords: behavioral economics analysis, criminal public policies, nudge, deterrence.

1. Introducción

En su ensayo, Harel y Teichmann (HT) intentan contener el entusiasmo propagado de los gobiernos por seguir las “recomendaciones de política pública” formuladas desde la perspectiva del “Análisis económico-conductista del Derecho” (AECD), en asuntos de derecho penal y de política criminal: es decir, un tipo de acción de política pública que consiste en aplicar herramientas-tácticas-técnicas, que están diseñadas sobre la base de los hallazgos de experimentos psicológicos acerca de cómo funciona el aparato cognitivo humano, con la intención de dirigir a la gente a obedecer las normas penales y, de este modo, a prevenir la ocurrencia de delitos.

Ellos afirman que el éxito futuro del AECD en asuntos de derecho penal y política criminal depende del grado en el que los partidarios de esta perspectiva logren lidiar con la carga de justificar la aplicación de las herramientas conductistas, en relación con cada uno de los tres problemas

siguientes: (1) las tesis asumidas por el AECD sobre la racionalidad de las personas y la justificación del derecho penal y de la sanción penal son incongruentes con las tesis que al respecto son asumidas por las teorías jurídicas penales tradicionales: específicamente el AECD es incongruente con la teoría comunicativa de Duff; (2) la fuerza predictiva del AECD se ve afectada por el hecho de que, con base en una hipótesis explicativa de la ciencia psicológica y cognitiva del comportamiento humano, los partidarios del AECD ofrecen hipótesis diferentes, y a veces contradictorias, sobre los resultados (probables) de la aplicación de tales herramientas en asuntos de control criminal: en otras palabras, hay una indeterminación sobre los efectos probables de aplicar este tipo de instrumentos de política pública en contextos jurídico-penales; y (3) estas herramientas son inútiles si no se alinean con los juicios intuitivos y no-consecuencialistas, las razones no económicas y la perspectiva de la gente sobre la aplicación de penas y de la política criminal por parte del Estado (por ejemplo, juicios acerca de la rectitud del sistema de justicia penal).

En este artículo, ofreceré una serie de razones teóricas para justificar el uso de los instrumentos de control del AECD, a saber, intentaré superar los problemas planteados por HT para contener el entusiasmo que los gobiernos han manifestado por este tipo de herramientas. En primer lugar, identificaré algunas afirmaciones imprecisas en la reconstrucción que ellos hacen de la metodología del AECD, por cuanto está basada en una serie de ambigüedades. Procederé a sugerir algunas aclaraciones y, de este modo, especificaré cuál es el objeto de su objeción: *i.e.*, la “política criminal del *nudge*”¹: una clase de acción de los gobiernos que está informada comportamentalmente y que es realizada con la intención de controlar la acción criminal de las personas por medio de una elección consciente del regulador (*architect*) sobre la “arquitectura” de los problemas de decisión de la gente –“*choice architecture*”–, es decir, la enmarcación del problema de decisión o la “puesta en escena” del contexto en el que las personas eligen obedecer o desobedecer normas penales (Sección 2). En segundo

¹ A pesar de que el término “nudging” no aparece en su ensayo, los problemas teóricos planteados por ellos pueden ser entendidos perfectamente como preocupaciones de permisibilidad ética y utilidad práctica sobre la aplicación de los *nudges* en asuntos de política criminal.

lugar, mostraré que la segunda cuestión planteada por ellos, que llamaré el “problema metodológico”, no es, de hecho, un problema para el AECD, sino un problema general para el control social a través del derecho. Y, en una última parte, ofreceré razones para superar las cuestiones primera y tercera planteadas por HT, que llamaré el “problema normativo” (Sección 3). Para concluir, desde la perspectiva de las teorías cognitivas de la psicología humana y del comportamiento humano, señalaré algunos desafíos a las tradicionales teorías del derecho penal.

2. AECD y la elección de la arquitectura

HT reconstruyen la aproximación del AECD confrontándolo con el Análisis Económico del Derecho (AED). Ambos enfoques ofrecen prescripciones o recomendaciones a los gobiernos sobre cómo controlar el comportamiento humano. Sin embargo, la reconstrucción que HT hacen del AECD es imprecisa en dos puntos que requieren algunas aclaraciones para evitar malentendidos sobre cuál es el objeto de los problemas planteados por ellos.

(1) La primera afirmación imprecisa de su reconstrucción es que el AED asume que la gente decide qué acción realizar basada en el costo y los beneficios de los cursos de acción a su disposición, y que el AECD, en contraste, toma en cuenta que las decisiones y acciones de las personas son influenciadas también por sus creencias y preferencias. En otras palabras, HT afirman que el AED no toma en cuenta las creencias y las preferencias de la gente al hacer sus recomendaciones de política pública.

Sin embargo, de hecho, tanto el AED como el AECD asumen que las personas están provistas de una racionalidad instrumental –o de medio a fin– para resolver sus problemas de decisión; ambas perspectivas también asumen que las personas deciden basadas en un análisis de costo-beneficio que sería imposible de advertir sin asumir que las personas forman en su mente creencias y preferencias; y, por último, ambos enfoques analíticos se basan, cada uno de distintas maneras, en el modelo de razonamiento instrumental de creencias-preferencias que subyace a la “teoría de la decisión racional”.

Según la teoría de la decisión racional, un problema de decisión está conformado por una serie de acciones alternativas, resultados y circuns-

tancias. La evaluación de probabilidades (grados de creencia) de las circunstancias relevantes del mundo –que el agente considera podría afectar los resultados atados a cada uno de los actos opcionales– y de los valores (o preferencias) de cada uno de los resultados riesgosos son representados por números que determinan conjuntamente un estimado de utilidad para cada uno de los cursos de acción alternativos bajo consideración². La utilidad de cada acción es equivalente al valor asignado a los resultados alternativos atados a la acción opcional, sopesados por su probabilidad³. El valor del resultado y de las probabilidades asignadas a las circunstancias son subjetivas en el sentido en que reflejan respectivamente las preferencias y las creencias de la persona, sin consideración de las razones externas (morales o fácticas) para crearlas y preferirlas⁴.

El AED se basa en la teoría de la utilidad esperada como una teoría lógica “*that prescribes how decisions should be made and as a description of how Econs make choices*”⁵: escoger el acto con la utilidad máxima estimada, es decir, la acción que produce un resultado que es al menos tan bueno al de cualquier otro de los resultados posibles. Por su parte, el AECD se fundamenta en una teoría cognitiva de la toma de decisiones humanas que intenta describir “*how Humans actually make risky choices, without assuming anything about their rationality*”⁶: una teoría psicológica cognitiva sobre cómo la racionalidad instrumental de la gente funciona en realidad. Esta teoría muestra que los *Humans* se separan de manera sistemática de la teoría (económica) tradicional de la decisión racional en los dos sentidos o usos que dan los economistas a esta teoría: como una serie de proposiciones axiomáticas y lógicas para asignar correctamente valores a resultados y probabilidades a las circunstancias del mundo, y, por lo tanto, como una serie de proposiciones descriptivas del proceso de toma de decisión de los *Econs*⁷.

Al tratarse de una descripción del proceso de toma de decisión de los *Humans*, la teoría cognitiva ofrece una serie de proposiciones psicológicas

² Jeffrey, R., *The Logic of Decision*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 1.

³ Kahneman, D., *Thinking Fast and Slow*, London, Penguin Books, 2011, p. 274.

⁴ Jeffrey, R., *Op. cit.*, p. 1.

⁵ Kahnemann, D., *Op. cit.*, p. 270.

⁶ *Ibid*, p. 271.

⁷ *Ibid*, p. 270.

que explican por qué la gente se comporta sistemáticamente y, por ende, de manera predecible, de una forma tal que es, a los ojos de un *Econ*, instrumentalmente incorrecta para maximizar su propia utilidad. La identificación de acciones de las personas que son desviaciones sistemáticas de la teoría de la decisión racional —de los axiomas y proposiciones acerca de cómo toman decisiones los *Econs*— se llaman “sesgos” (*biases*). Se trata de efectos que son explicados y predichos sobre la base de la identificación de la aplicación sistemática de “heurísticas” en el razonamiento práctico de toma de decisión de las personas: es decir, la aplicación de atajos mentales que reducen la complejidad y los costos relacionados con la concentración y el tiempo requerido para recolectar y evaluar información, a saber, para fijar la serie de acciones alternativas y asignar tanto valores a los resultados como probabilidades a las circunstancias del mundo; o como simples reacciones afectivas (e incoscientes) a la enmarcación del problema de elección, o al diseño del contexto en el cual ellas toman decisiones, sin importar cualquier propósito consciente de las personas de ahorrar costos cognitivos y tiempo⁸. La mayoría de las veces, esos atajos mentales producen un resultado correcto, es decir, funcionan bien. Sin embargo, también es cierto que estas heurísticas otras veces tienen por efecto que las personas cometan sistemática y, en consecuencia, predeciblemente errores: la tendencia de formar preferencias y creencias que los llevan a elegir una acción que es inadecuada para maximizar su propia utilidad; es decir, una acción que sería descartada por la evaluación correcta de valores y probabilidades hechas por un *Econ*.

De modo que, la identificación de heurísticas y de los sesgos cognitivos es útil para explicar y predecir el comportamiento de las personas.

La teoría cognitiva es buena describiendo, explicando y prediciendo el comportamiento humano, pero no es una teoría normativa para indicar cómo evaluar de manera correcta la información disponible ni para guiar el comportamiento de las personas. Y también es cierto que la teoría de la decisión racional tradicional es buena indicando cómo evaluar correc-

⁸ Tversky, A. y Kahneman, D., “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science*, 211, 4481, 1981, p. 458.

tamente valores y probabilidades, pero no es buena ni describiendo ni guiando el comportamiento de las personas⁹. Basado en las explicaciones y predicciones de la teoría psicológica cognitiva, el AECD ofrece una serie de prescripciones encaminadas a corregir o utilizar los sesgos cognitivos de los seres humanos, para lograr los objetivos normativos del sistema jurídico: a saber, las razones que justifican por qué un tipo de acto es modulado deónticamente por prohibiciones (por ejemplo, un tipo de acto criminal), obligaciones y permisiones jurídicas. De modo que, el AECD no puede ser considerado como una teoría sino como una serie de prescripciones políticas encaminadas a hacer efectiva la obediencia de la ley y, en consecuencia, a alcanzar, con el grado más alto de efectividad, una o más de las distintas metas normativas del sistema jurídico.

En este sentido, una de las preguntas principales que el AECD ha tratado de responder es cómo lograr que los objetivos normativos del sistema jurídico puedan compaginar con lo que es, o podría ser, conocido sobre la psicología humana. Con esta cuestión en mente, el AECD prescribe políticas que son formuladas sobre la base de los descubrimientos de las ciencias conductistas, es decir, una serie de explicaciones/predicciones con base en las cuales el AECD complementa o socava las respuestas que el AED ha dado a esta pregunta teórica¹⁰. Los partidarios del AECD afirman que las recomendaciones de política pública que se sirven de los hallazgos de los experimentos de psicología cognitiva son más precisas y confiables que las prescripciones políticas del AED, que no están comportamentalmente informadas, es decir, políticas que no consideran el trasfondo de la mente de las personas –el *Background*: elementos mentales involuntarios, a saber, reacciones afectivas, capacidades, habilidades, hábitos¹¹–, que condiciona e informa tanto la intención formada deliberada o conscientemente, como aquella formada inconscientemente: las acciones de política pública de los gobiernos prescritas por el AED no toman en cuenta el trasfondo mental de las personas, que es un presupuesto necesario de la actividad mental humana

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Sunstein, C., Kahneman, D. y Schkade, D., “Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)”, *The Yale Journal*, 107, 1998, 2071-2153, pp. 2080-2081.

¹¹ Searle, J., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, OUP, 2010, pp. 31-32.

para actuar intencionalmente de una y no de otra forma posible. Una mayor precisión descriptiva de la toma de decisiones de seres humanos lleva a una mayor confiabilidad predictiva del comportamiento humano y, en consecuencia, a una mayor efectividad de las intervenciones del gobierno en el cumplimiento de las metas normativas del sistema normativo¹².

Para resumir, el AED y el AECD están basados en la “teoría de la decisión racional”, pero cada una de estas perspectivas de análisis lo hace de distintas maneras. Para formular sus recomendaciones de política pública, el AED usa esta teoría como una teoría (normativa) sobre cómo decide comportarse un *Econ* y, de este modo, sobre cómo debería comportarse un *Human* para tomar decisiones “racionalmente” correctas. Por su parte, el AECD se basa en la teoría de la decisión racional con objetivos descriptivos y explicativos: es decir, la usa con el objetivo de mostrar y explicar desviaciones sistemáticas de esta teoría por parte de los *Humans* en la toma de decisiones. Por lo tanto, el AECD basa sus recomendaciones de política pública en una “teoría cognitiva de la toma de decisión” que utiliza la teoría de la decisión racional de *Econs* como un punto de referencia de corrección, para identificar las desviaciones sistemáticas de las elecciones y acciones realizadas por los *Humans*. De este modo, una teoría que identifica sesgos cognitivos, para explicar y predecir el comportamiento de los seres humanos. En consecuencia, tanto el AED como el AECD toman en cuenta las creencias-preferencias de los decisores para prescribir acciones de política pública a los gobiernos.

(2) La segunda afirmación imprecisa de la reconstrucción de HT consiste en que, según ellos, los partidarios del AECD consideran que el regulador influencia las decisiones de las personas al cambiar “los modos en que el mundo aparenta ser sin cambiar el modo en el que el mundo es”. Sin embargo, un argumento importante de los partidarios del AECD es, precisamente, que “cómo creemos que el mundo es” es un resultado de una “*choice architecture*”¹³. Veámos.

¹² Jolls, C., Sunstein, C.R. & Thaler, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471–1550.

¹³ Thaler, R. & Sunstein, C., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London, Penguin Books, 2009, 6, 11, pp. 20-24, 56-57, 83-102; Sunstein, C., *The Ethics of*

Cada decisión presupone una “choice architecture”, es decir, “*the background conditions for people’s choices*”¹⁴: el modo en que las opciones, circunstancias y resultados de los problemas de decisión son presentados, enmarcados o estructurados; la forma, o el diseño, del contexto en el cual las personas escogen uno y no otro de los cursos de acción opcionales. Así pues, “*a choice architecture will nudge*” el comportamiento de las personas en el sentido en que las creencias y las preferencias de la gente sobre cuál acción realizar dependen de la elección de la arquitectura del problema de decisión. En consecuencia, el *nudge* es generalizado y ubicuo, ya sea porque la elección de la arquitectura es tomada conscientemente, o bien porque ella es un resultado de un proceso psicológico inconsciente o, simplemente, del azar¹⁵: “*There is no getting away from this*”¹⁶.

De acuerdo con esto, es razonable considerar que el derecho “[...] *creates some form of choice architecture*”¹⁷, una elección que está dirigida a dar forma a “[...] *individuals’ lives and the common culture*” por medio de sanciones e incentivos (positivos)¹⁸.

Sin embargo, el *nudge* es entendido como una intervención consciente de los reguladores en la actividad mental de las personas, que consiste en cambiar levemente la arquitectura del problema de decisión, y que apunta a hacerlas reaccionar de un modo que sea replicable y predecible en aras de obtener efectivamente resultados sociales que sean beneficiosos. Un grado mínimo de interferencia que no prohíbe ninguna opción —es decir, que no reduce la serie de opciones disponibles— o impone a la gente costos económicos significativos, o esfuerzos cognitivos irrazonables, para elegir “salirse” “*cheaply and easy*” del *nudge*¹⁹. En consonancia, bien se puede afirmar que el *nudge* es un típico ejercicio intencional del poder por parte

Influence. Government in the Age of Behavioral Science, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2016, cap. 2.

¹⁴ Sunstein, C., *The Ethics of Influence*, op. cit., p. 22.

¹⁵ Waldron, J., “It’s All for Your Own Good”, *The New York Review of Books*, oct. 9, 2014.

¹⁶ Waldron, J., *Op. cit.*; Sunstein, C., *The Ethics of Influence*, Op. cit., pp. 36-37, 76.

¹⁷ Sunstein, C., *The Ethics of Influence*, Op. cit., p. 20; Sunstein, C., “Misconceptions about Nudges”, *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, p. 62.

¹⁸ Green, L., “Introduction”, en Hart, H., *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2012, p. xxxii.

¹⁹ Yeung, K., “Nudge as Fudge”, *The Modern Law Review*, 75, 1, 2012, 122-148, 129; Thaler, R. y Sunstein, C., *Op. cit.*, p. 9.

de los gobiernos²⁰, que está encaminado “[...] *to steer people in particular directions but also allow them to go their own way*”²¹. Por lo tanto, los *nudges* son diferentes al tipo de acción intencional de los gobiernos, que si bien está comportamentalmente informada, y es realizada conscientemente, cambia la elección de la arquitectura de la gente prohibiéndoles alguna opción e imponiéndoles incentivos significativos: por ejemplo, “*mandates, ban and incentives*”²². Por el contrario, el *nudge* “*is a policy intervention for redirecting an agent’s choices by very slightly altering their choice conditions so that the interference is kept to a minimum*”²³.

Los gobiernos pueden utilizar intencionalmente su poder de control social para alterar el comportamiento de la gente en contextos de decisión particulares y, de este modo, lograr diferentes objetivos sociales de los sistemas jurídicos a través de una variedad de *nudges*.

Algunos *nudges* conducen a la gente en la dirección en la que ellos quieran ir, otros *nudges* dirigen a las personas en la dirección en la que los arquitectos quieren que la gente vaya. Algunos *nudges* se utilizan para prevenir que la gente se lastime con sus propias acciones. Otros se utilizan para prevenir que la gente lastime a otras personas²⁴. Algunos *nudges* están hechos para mejorar tanto el bienestar social como los intereses individuales de los decisores, otros *nudges* están hechos para obtener tan solo el primer resultado y no el segundo²⁵. Algunos *nudges* (por ejemplo, etiquetas, advertencias y recordatorios) contrarrestan sesgos comportamentales (por ejemplo, el sesgo del presente y el sesgo optimista²⁶), otros *nudges* (por

²⁰ Searle, J., *Op. cit.*, p. 155.

²¹ Sunstein, C., *The Ethics of Influence, Op. cit.*, p. 21.

²² Sunstein, C., “Misconceptions about Nudges”, *Op. cit.*, p. 65.

²³ Sin embargo, el *nudge* es un concepto equivoco que está lejos de tener un significado claro: se utiliza en sentidos distintos, e incluso contradictorios, al respecto véase Mongin, P., Cozic, M., “Rethinking Nudge: not One but Three Concepts”, *Behavioural Public Policy*, 2, 1, 2018, p. 107-124.

²⁴ Sunstein, C., *The Ethics of Influence, Op. cit.*, p. 32.

²⁵ Yeung, K., *Op. cit.*, pp. 123-124.

²⁶ Sunstein, C., “Misconceptions about Nudges”, *Op. cit.*, p. 64: el sesgo del presente se refiere a la tendencia de la gente de darle más peso a sus deseos presentes que a los resultados beneficiosos a largo plazo. El sesgo optimista se refiere a la tendencia de que nuestras acciones llevan a resultados que terminan siendo mejores para nosotros en comparación a los resultados malos obtenidos por dicha acción, mostrados por la información estadística. Si

ejemplo, las “*default rules*”) funcionan gracias a la presencia de sesgos (por ejemplo, la inercia y la procrastinación), y otros se encaminan a facilitarle a la gente llegar a dónde quieran ir, sin considerar sesgo comportamental alguno, por ejemplo, la revelación de información relevante al tomador de decisiones²⁷.

Algunos de estos *nudges* apuntan a las capacidades deliberativas de la gente para hacerlos decidir activamente, o conscientemente, un curso de acción particular, basados en el contenido de significado de la información del problema de decisión, a saber, los “*Sistem 2 nudges*”. Estos son los *nudges* encaminados a informar o educar a la gente para que aprendan a decidir mejor: por ejemplo, las etiquetas, advertencias, recordatorios, etc. Otros *nudges* se enfocan en la actividad mental cognitiva automática, irreflexiva e intuitiva de la gente para llevarlos a decidir un curso de acción particular, como una reacción inconsciente a los estímulos producidos en su mente por la forma en que se enmarca el problema de decisión, y sin considerar el contenido de significado de la información: *nudges* que no están encaminados a informar o a educar, sino a contrarrestar sesgos o a utilizar una heurística (inalterable) para producir un resultado social deseable. En estos casos, la gente se comporta de cierta manera sin saber, o sin ser consciente de que lo que han elegido hacer, o no hacer, es un resultado de la influencia que el *nudge* ejerce en sus elecciones. Las “*default rules*” son un ejemplo de este tipo de *nudges*. Son *nudges* que no aumentan la agencia humana ni la elección activa de la gente, es decir, “*Sistem 1 nudges*”²⁸.

Así que, si es cierto que las creencias y las preferencias que las personas forman en su mente son un resultado de la “elección de la arquitectura”, la afirmación de HT de que los partidarios del AECD abogan por prescripciones que manipulan las elecciones de la gente podría ser entendida como la aserción de que ellas consisten en recomendaciones a los gobiernos de mentir a la gente sobre la información de los problemas de decisión o sobre cuál es el contexto de su elección. Si este es el sentido de su afirmación,

fumo es porque creo que no me pasará nada malo. Los *nudges* contrarrestan estos sesgos al enfatizar los riesgos a largo plazo de fumar.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Sunstein, C., *The Ethics of Influence*, *Op. cit.*, p. 122, 149-153.

es algo que, en caso de ser cierto, sería una actitud mala y reprochable por parte de los reguladores, como también lo sería todas las acciones de política pública de los gobiernos que sean o estén basadas en una mentira, para hacer que la gente obedezca el derecho. En este sentido, esta es una objeción ética incuestionable²⁹.

Sin embargo, utilizar la elección de la arquitectura de la gente no significa necesariamente que la acción de política pública consista en una mentira: ni cuando los *nudges* son físicos -*nudges* que funcionan gracias al sesgo de la ilusión en la percepción de la gente: por ejemplo, pintar líneas en las carreteras para crear la ilusión (creencia falsa) de que el vehículo está aumentando su velocidad, con el propósito de que los conductores reduzcan la velocidad en zonas (por ejemplo, zonas escolares) donde existe el riesgo de causar algún daño a los otros usuarios de la vía— ni tampoco cuando los *nudges* son psico-físicos -*nudges* que funcionan según la forma en que se enmarque el problema de decisión—³⁰.

2.1 Política criminal del *Nudge*

El derecho penal es un sistema coercitivo que moldea el contexto de elección de la gente, al prohibirles escoger ciertos cursos de acción disponibles. Las reglas penales son “órdenes respaldadas por amenazas” que son “la expresión de un deseo de que otros hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas”. A las personas que tienen razones de mayor peso para desobedecer las normas “la sanción adosada a la regla les proporciona un motivo para dicha adecuación”³¹. De modo que, las reglas penales son resultado de la elección de la arquitectura del problema de decisión de la gente: es decir, una acción que es realizada por los gobiernos con la intención de que las reglas penales sean obedecidas, apelando a la capacidad-de-elección-activa de las personas para que actúen del modo deseado por el arquitecto, es

²⁹ *Ibid*, pp. 3, 60.

³⁰ Yeung, K., *Op. cit.*, pp. 132-133.

³¹ Hart, H., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 53 y 49.

decir, a la capacidad de las personas de considerar las reglas como razones (morales o prudenciales) para actuar.

Las reglas penales son instrumentos coercitivos de control social que “[...] *express and channel social power*”³² a través de su contenido de significado, esto es, como razones para actuar, y también a través de otras formas que son independientes del contenido de significado de las reglas, pero que de igual manera son utilizadas para conducir a la gente a obedecerlas.

Para obtener un resultado social beneficioso, el legislador puede expedir una norma penal basándose en las ciencias conductistas: es decir, utilizar la forma en que se formulan las reglas como un tipo de herramienta informada comportamentalmente para lograr objetivos jurídicos. Sin embargo, las reglas penales son instrumentos que alteran el comportamiento de las personas al prohibir un tipo de acto y al imponer (des)incentivos significativos para (des)obedecer lo que el derecho requiere que ellas hagan, o se abstengan de hacer, a saber, cometer una acción típica (*token-act*) de un tipo de acción objeto de criminalización (*type-act*). Por lo tanto, una regla penal no es un *nudge* en un sentido estricto; controlar el comportamiento de las personas por medio de mandatos soportados en amenazas no es una instanciación del tipo de control “*nudging*”.

A pesar de esto, es posible aplicar un *nudge* a la gente para llevarlos a obedecer las normas penales, por medio del *nudging* penal, esto es, un tipo de acción informada comportamentalmente que está encaminada a alterar el comportamiento de las personas al apelar a los estímulos producidos en su mente, y que mantiene la libertad de la gente de obedecer o de encarar, con cierto grado de probabilidad, una pena que la norma misma conecta a un suceso de desobediencia. Estas intervenciones en la mente de las personas son elecciones conscientes hechas, ya sea por los legisladores a través de la enmarcación de la norma penal de cierta manera particular, o por los creadores de políticas a través de la configuración del contexto en el cual las personas eligen obedecer o desobedecer la norma penal. Ambos tipos de intervención son *nudges* penales utilizados para evitar la ocurrencia de delitos, a saber, intervenciones que utilizan la elección de la arquitectura de la elección de la gente para prevenir que lastimen a otros, y no el tipo de

³² Green, L., *Op. cit.*, xxxii.

nudges encaminados a prevenir que las personas se lastimen a sí mismas con sus propias acciones.

Por una parte, se puede aplicar un tipo de *nudge* para que la gente obedezca el derecho al apelar a su actividad cognitiva intuitiva, esto es, a las reacciones inconscientes de la gente a los estímulos producidos por el diseño de la norma jurídica misma, sin considerar su contenido de significado como una razón para actuar. Por ejemplo, se ha demostrado que la gente reacciona diferente a enunciados normativos que expresan la misma norma jurídica, es decir, que tienen el mismo contenido de significado, pero que son formuladas o enmarcadas en términos modales deónticos diferentes: “*You are prohibited from carrying out more than one of the following actions*”; “*You are permitted to carry out only one of the following actions*”. El primer enunciado “*You are prohibited*” le facilita más a la gente saber qué acción es impermissible que el segundo enunciado “*You are permitted*”³³.

Por otra parte, existen *nudges* penales que ejercen su influencia por medio de técnicas de control social que no consisten en la forma en que se enmarcan o formulan las reglas: pequeños cambios en algún aspecto de la elección de la arquitectura del contexto de decisión de la gente (de obedecer

³³ “You are permitted to carry out only one of the following actions:

Take the apple or the orange, or both.

Take the pear or the orange, or both.

Are you permitted to take the orange?”

“You are prohibited from carrying out more than one of the following actions:

Take the apple or the orange, or both.

Take the pear or the orange, or both.

Are you permitted to take the orange?”

La respuesta lógica a ambos problemas es “no”. Si usted toma la naranja, está llevando a cabo dos acciones. La gente reacciona diferente si el problema se enmarca en términos de permisión o prohibición, y las personas reaccionan correctamente más fácilmente a la segunda enmarcación que a la primera, basada en modelos mentales que la gente construye como representaciones mentales del contenido de significado de los enunciados normativos. Estas reacciones distintas muestran que las personas cometen errores de inferencia en el razonamiento deóntico, es decir, “ilusiones deónticas”, Bucciarelli, M. & Johnson-Laird, P.N. “Naïve Deontics: A Theory of Meaning, Representation, and Reasoning”, *Cognitive Psychology*, 50, 2, 2005, pp. 159-193, 183-188.

o desobedecer una regla penal) para llevarlos a actuar de conformidad con lo que el derecho requiere que hagan o se abstengan de hacer.

Hay *nudges* que apuntan a la capacidad deliberativa o activa de elección de la gente. Por ejemplo, las campañas de educación pública, la propaganda, que son utilizadas para transmitir un mensaje que hace explícitas las razones que subyacen a la criminalización de una acción-tipo, es decir, las razones de por qué desobedecer una norma penal es considerado como moralmente incorrecto por la sociedad; para informar sobre datos estadísticos cuidadosamente recolectados sobre las detecciones y condenas de cierta clase de acciones delictivas, para contrarrestar los sesgos optimistas de la gente o para protegerlos del engaño o la manipulación producidos por la elección consciente de la arquitectura por parte de arquitectos privados; es decir, *nudges* que son usados para contrarrestar los *nudges* realizados por personas (no reguladores) para conducir a la gente a cometer delitos.

Existen *nudges* que funcionan al apelar a la actividad cognitiva automática de la gente, es decir, hacen que la gente se comporte de cierta manera como una reacción a los estímulos producidos en su mente por el modo en que el problema de decisión es presentado a las personas e independientemente de cualquier razón para actuar. Algunos de estos *nudges* utilizan la heurística que la gente ya sigue para guiarlos hacia la obediencia del derecho, por ejemplo, al reportar algún evento de detección y/o condena de un crimen con la intención de desencadenar la “availability heuristic” que lleva a la gente a sesgos predecibles en sus juicios, a saber, un *nudge* que funciona porque la gente sobreestima la frecuencia y la relevancia de eventos basándose en la disponibilidad de la memoria de recuperar fácilmente instancias de una clase de sucesos. Una cobertura extensa de los medios de estos sucesos provoca en la mente de las personas la creencia de que casos de ese tipo han ocurrido más veces que las indicadas por datos, o consideraciones, de estadística relevantes. No es casualidad que los regímenes autoritarios se preocupen tanto por cuáles sucesos deben ser cubiertos por los medios y cuáles eventos no deben ser reportados³⁴.

Dicho lo anterior, los *nudges* prescritos por los partidarios del AECD pueden ser entendidos como un conjunto de enunciados deónticos uti-

³⁴ Kahnemann, D., *Op. cit.*, pp. 59-70.

lizados como directivas o reglas técnicas a ser seguidas por parte de los gobiernos en el proceso de creación de políticas públicas, esto es, reglas que indican “*the means to be used for the sake of attaining a certain end*” —por ejemplo, cómo utilizar la elección de la arquitectura para prevenir la ocurrencia de un delito—, y que presuponen una “proposición anankástica”³⁵, es decir, la verificación de una explicación y predicción del comportamiento de las personas en contextos de elección particulares, que están basadas en hallazgos conductistas de experimentos de laboratorio de la psicología cognitiva. La confiabilidad y precisión de la regla técnica, por ejemplo, “si usted, gobierno, quiere incrementar el porcentaje de pago de impuestos, esto es, evitar que la gente evada sus obligaciones tributarias, entonces seleccione la lista de contribuyentes al azar al principio del año”, lo que presupone la proposición anankástica “si (no) selecciona la lista de los contribuyentes al azar al principio del año, en efecto, el porcentaje de evasión de impuestos (no) disminuirá”.

3. Problemas teóricos de los *nudges* penales

HT argumentan que el éxito futuro del AECD en asuntos de derecho penal y de política criminal depende del grado en el que sus partidarios lidien con la carga de justificación creada por tres problemas que pueden ser reformulados como cuestiones normativas y metodológicas concernientes a la aplicación de la “política criminal del *nudge*” para prevenir la ocurrencia de delitos: 1) la incongruencia entre el AECD y las teorías penales tradicionales sobre la racionalidad de la gente y las justificaciones de la pena; 2) la indeterminación de los efectos probables de aplicar un “*nudge*” en contextos de elección jurídico-penales; 3) utilizar *nudges* penales para prevenir delitos que no esten en consonancia con los juicios intuitivos no-consecuencialistas, las razones no económicas y la perspectiva de la gente sobre la pena y la política criminal relacionadas con ciertos delitos.

³⁵ Von Wright, G., *Norm and Action. A logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 9-11, 101.

Primero, analizaré la cuestión (2), es decir, el problema metodológico. Segundo, analizaré los problemas (1) y (3), es decir, el problema normativo: (1) tiene que ver con la presunción sobre la racionalidad de la gente al (des)obedecer las normas penales, y (3) con las razones que la gente tiene, en general, para creer que las acciones de política pública de los gobiernos para controlar el comportamiento de los criminales son (im)permisibles

3.1. El problema metodológico

No es posible estar en desacuerdo con la afirmación de HT de que “es necesario a este punto mayor investigación empírica del *comportamiento criminal real* que corrobore, refute o refine las hipótesis expuestas en la literatura conductista”³⁶. Pero lo cuestionable de su argumento es la sugerencia de que esto es una necesidad práctica exclusiva de las recomendaciones de política criminal al ser el derecho penal un área peculiar. El problema de indeterminación metodológica que TH señalan está relacionado en realidad con toda clase de políticas públicas. Por tanto, este problema no puede ser un desafío a la aplicación del AECD para analizar asuntos de política criminal. Más bien, el problema de la indeterminación que TH señala implica el deber técnico de prestar atención a las predicciones/explicaciones empíricas en la toma de decisiones y en la realización de acciones de política pública, así como en analizar la acción de las personas como si ellas fueran irracionales.

Por otra parte, si la afirmación de HT de que la gente tiene razones no-económicas para justificar el control criminal –a saber, la tercera cuestión planteada por ellos– está basada en hipótesis empíricas de experimentos de psicología cognitiva, entonces tal afirmación adolece del mismo problema metodológico de indeterminación planteado por ellos sobre la aplicación de *nudges* penales.

Por lo tanto, el problema metodológico no es desafío a la justificación de las prescripciones del AECD, sino un desafío de la justificación del control social y de la administración gubernamental del derecho en general.

³⁶ Harel, A. y Teichman, D., *Op. cit.*, sección 4.3.

3.2. El problema normativo

Los *nudges* son herramientas de política pública encaminadas a (re)dirigir a la gente a seguir el derecho, ya sea apelando a sus capacidades deliberativas para escoger activamente, o bien, apelando a su proceso de elección psicológico irreflexivo e inconsciente. En el último caso, la gente no es consciente de que su elección es el resultado de dicha intervención: una reacción a los estímulos que la intervención produce en su mente. El *nudge* es un ejemplo del tipo de prescripción política del AECD.

Así, el entusiasmo del AECD por el *nudging* penal asume una racionalidad de medio-a-fin de las personas y presupone una justificación instrumental del derecho penal y de la imposición de penas.

Por una parte, cuando la gente enfrenta el problema de elegir entre obedecer o desobedecer lo que el derecho requiere que se haga, o se abstenga de hacer, las personas escogen la opción que a su juicio sea, en comparación con las opciones alternativas, un medio adecuado para lograr lo que ellos ya quieren, prefieren o valoran. Escoger desobedecer el derecho expresa la disposición de una persona de asumir el riesgo de sufrir un castigo, previa y cuidadosamente advertido a ella por la norma penal, basándose en su evaluación subjetiva de los valores de los resultados alternativos y de las probabilidades asignadas a las circunstancias que condicionan la ocurrencia de cada uno de los resultados riesgosos.

Por otra parte, el *nudging* penal se justifica para promover la obediencia del derecho. Un creador de políticas públicas informado por las ciencias conductistas sabe que la gente utiliza heurísticas que producen sesgos predecibles en sus juicios, a saber, errores sistemáticos al evaluar los valores de los resultados y las probabilidades de las circunstancias del mundo; también sabe que la elección de la arquitectura del problema de decisión de las personas es útil para contrarrestar, o utilizar, sesgos cognitivos para dirigir a la gente a obedecer el derecho; también sabe que puede aplicar *nudges* que persuaden a las personas –por ejemplo, campañas de educación pública– al hacer explícita la justificación moral de por qué un tipo o clase de acción es objeto de criminalización por parte del legislador y por qué se justifica castigar a aquellos que eligen cometer típicos actos de ese tipo de acción, es decir, *nudges* que apelan al sistema 2, esto es, a razones para actuar y a

la capacidad deliberativa de las personas de escoger activamente; también sabe que puede aplicar *nudges* que conduzcan a las personas a actuar de conformidad con lo que exigen las normas penales apelando al sistema 1, es decir, a las reacciones cognitivas inconscientes a los estímulos producidos por la forma en que es presentado el problema de decisión, y sin ofrecer a las personas razones para actuar conforme al derecho: de modo que, las personas son inconscientes de que ellas eligen obedecer el derecho por la influencia que el *nudge* ejerce en sus elecciones.

Ambos son *nudges* encaminados a prevenir la ocurrencia de delitos. A pesar de lo anterior, para obtener este propósito el *nudging* criminal tiene limitaciones de carácter ético-normativo. Estas intervenciones en la mente de las personas deben ser ejercidas sin limitar o cambiar las opciones de elección disponibles (es decir, obedecer o desobedecer), y sin imponer costos significativos (económicos o cognitivos) en los decisores, es decir, que ellos puedan fácilmente, y con costos insignificantes, optar por escoger un curso de acción diferente (desobedecer) a aquella acción preferida por el arquitecto (obedecer).

TH argumentan que la política criminal del *nudging*, que es defendida por los partidarios del AECD, está en conflicto tanto con la presunción de la racionalidad de las personas como con la justificación de la pena de las “teorías de derecho penal tradicionales”, más precisamente, con las teorías deontológicas tradicionales retribucionistas, y entre estas últimas, en especial, la teoría de la comunicación racional del proceso penal de Duff (1), y también que las presunciones instrumentales del AECD son incongruentes con los juicios intuitivos no-consecuencialistas, las razones no económicas y la perspectiva de la gente sobre la la pena y la política criminal (2).

(1) La finalidad del derecho penal no es controlar el comportamiento humano e inducir a la gente a actuar de conformidad con las normas penales, con el propósito de prevenir (o evitar) la ocurrencia de delitos, sino, más bien, persuadir a la gente de actuar racionalmente de conformidad con tales normas (HT). Es decir, las personas merecen ser tratadas como seres humanos racionales.

El AECD percibe a la gente como seres humanos malos: las personas (des)obedecen el derecho basados en la probabilidad de ser castigados, es decir, motivados por las reglas que están soportadas por amenazas, y no

por la razón de que cometer un típico acto del tipo de acción criminalizado por una norma penal es moralmente incorrecto. Las normas penales son razones morales para actuar, y el derecho penal se justifica para hacer que las personas las *sigan* como guía de su conducta, a saber, normas que no son proferidas para ser meramente *observadas* por razones prudenciales. Por lo tanto, desde esta aproximación, la racionalidad de la gente no es instrumental –“no es acerca de cuál es la mejor manera de promover sus intereses”–, sino una racionalidad informada moralmente: la gente es percibida como seres humanos con la capacidad de hacer elecciones autónomas basadas en lo que es “lo correcto y lo incorrecto, lo moral y lo inmoral”³⁷.

Este problema de incongruencia normativa es ilustrado por HT confrontando el AECD con la “Teoría de la comunicación de Duff” (la “*curial perspective*”³⁸).

El propósito central del derecho penal es llamar al sospechoso de la comisión de un delito a rendir cuentas ante los jueces penales. Los juicios son una oportunidad para entablar “discurso racional entre quien ha cometido un delito y el Estado”³⁹. El proceso ocupa el lugar central no solo del derecho procesal penal, sino también del derecho penal sustancial⁴⁰. El proceso da la oportunidad a los defendidos de ofrecer razones tanto para negar la acusación en contra de ellos como para argumentar una defensa⁴¹. Los procedimientos por los cuales esta comunicación racional es posible tienen un valor intrínseco: pasar de la atribución de responsabilidad a la imposición merecida y justa de una pena como un resultado de una discusión racional moral entre el sospechoso y el estado⁴². El propósito principal del derecho penal no es imponer una pena justificada, sino determinar si el presunto delincuente es responsable por su comportamiento y castigarlo

³⁷ Harel, A. & Teichman, D., *Op. cit.*, sección 3.

³⁸ Edwards, J., “Theories of Criminal Law”, en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Stanford University, 2018, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/criminal-law/>

³⁹ Harel, A. & Teichman, D., *Op. cit.*, sección 3.

⁴⁰ Edwards, J., *Op. cit.*

⁴¹ *Ídem*.

⁴² Duff, R., “Responsabilidad y punibilidad en el derecho penal” en Kramer M., Grant C., Colburn, B. & Hatzistavrou, A. (eds.), *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 145-168.

si no ofrece razones exculpantes “adecuadas” por lo que hizo. Y, lo más importante, el juicio tiene la función de provocar en el delincuente el reconocimiento de que ha realizado una acción reprochable y que merece sufrir un castigo por ello. Asimismo, si es el caso de que se prueben condiciones exculpantes, el proceso tiene la función de desencadenar el reconocimiento del resto de la sociedad de que el defendido no merece ser castigado por su comportamiento⁴³. En consecuencia, el propósito principal del derecho penal se cumple incluso si la pena no se impone en el defendido como resultado del juicio⁴⁴.

La principal razón de HT para afirmar este problema teórico de incongruencia normativa es que desde la perspectiva de las teorías tradicionales del derecho penal, “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 criminal es percibido “como un ser racional que necesita ser educado y transformado”, y no como una máquina de estímulos que es susceptible de ser engañada, y que es fácilmente embaucable y manipulable. Por lo tanto, “explotar los errores cognitivos y el comportamiento irracional” para prevenir el crimen es una acción de política pública fraudulenta y manipuladora, que trata a la gente como “autómatas”, a saber, “como bestias potencialmente peligrosas que deben ser controladas explotando sus debilidades”⁴⁵.

(2) Basados en hipótesis empíricas, HT afirman que lo que es asumido acerca de la naturaleza de la racionalidad de las personas y las justificaciones instrumentales acerca del derecho penal presupuestas por AECD son incongruentes con los juicios intuitivos no-consecuencialistas, las razones no-económicas y las opiniones de la gente sobre las penas y las políticas criminales; hipótesis que funcionan para reforzar de contera las creencias teóricas de las teorías retribucionistas de la pena.

Si se comete un acto típico del tipo de acción que está prohibida por una regla general, entonces el delincuente merece sufrir la consecuencia jurídica que tal regla conecta, imputa, a la comisión de actos de dicho tipo;

⁴³ *Ibid.*, pp. 155 y ss.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁴⁵ Las citas en este párrafo son de Harel, A. & Teichman, D., *Op. cit.*, sección 3.

en otras palabras, si sucesos de violación de la norma han ocurrido, se justifica castigar al culpable del injusto. La pena se justifica porque el delincuente merece sufrir por el injusto-culpable que cometió —y “*the suffering must be proportionate to the wrongdoer’s guilt*”⁴⁶—, pero no se justifica hacer sufrir al que cometió el injusto ni para disuadir a la gente de cometer actos típicos ni para inocular al delincuente para que no pueda cometer delitos futuros por el tiempo en el que estará privado de su libertad, por ejemplo, en prisión. La única razón para imponer el sufrimiento punitivo en un criminal es que ella lo merece. En otras palabras, el castigo justificado debe ser impuesto por razones de merecimiento (la “*punitive view*”⁴⁷).

Asimismo, para otras teorías de la retribución, la amenaza de una pena advertida por las normas penales expresa un significado moral —por ejemplo, la desaprobación de las acciones criminales por parte de la comunidad; aquellos que cometen un crimen merecen ser castigados— y, por tal razón, las normas penales no son reducibles a meros incentivos negativos, o motivaciones, para obedecer el derecho.

Este enfoque teórico es consistente con los hallazgos empíricos sobre las opiniones no-económicas, las intuiciones no-consecuencialistas de la gente acerca de la justificación de la pena. El *quantum* de las sanciones no depende de la probabilidad de detección. La aplicación de la pena no es para prevenir la ocurrencia del delito, sino para infligir un sufrimiento justamente merecido en quien ha cometido un injusto, si y solo si, esa pena es acorde con las intuiciones morales de la gente sobre la rectitud del sistema de justicia penal. Si este se desvía de lo que son las intuiciones morales (no-consecuencialistas) de las personas sobre qué es lo justo, entonces la gente tiene razones para desobedecer lo que el derecho penal requiere de ellos, y, por lo tanto, la eficacia de la obediencia del derecho disminuye.

De este modo, es posible concluir que si las normas penales y las políticas de control criminal no están en consonancia con las intuiciones no-consecuencialistas y las opiniones de la gente sobre la pena y la política criminal (al menos, en relación con algunos delitos), aplicar un *nudge* penal no haría ninguna diferencia práctica en la actividad mental de las personas.

⁴⁶ Gardner, J., *Op. cit.*, p. xvi, nota 7.

⁴⁷ Edwards J., *Op. cit.*

Por estas razones, desde las teorías de derecho penal deontológicas, entre estas, la teoría de la comunicación racional en el proceso de Duff, el *nudging* penal podría ser considerado un tipo de acción política reprochable e impermisible: es impermisible utilizar la imposición de sufrimiento a un delincuente como una elección de la arquitectura consciente del juez, o de cualquier otra autoridad decisora, con la intención de contener a otros, y a quien está siendo castigado, de cometer delitos futuros.

3.2.1. Un falso problema

El problema de la incongruencia normativa planteado por HT se basa en una ambigüedad: ellos no diferencian la influencia del derecho ejercida a través de las normas penales como razones para actuar y las herramientas, tácticas, utilizadas por el gobierno para hacer que la gente obedezca las normas penales (1). Además, su argumento falla en dos sentidos: el AECD y las teorías del derecho penal tradicionales de la retribución (en especial, la teoría de la comunicación racional en el proceso) son incomparables porque cada una de estas aproximaciones tienen una naturaleza distinta, y se refieren a distintos problemas y funciones del derecho penal (2), y, además, estas funciones no son inconsistentes la una con la otra; a saber, la justificación instrumental de la aplicación de una pena es consistente con las justificaciones no-instrumentales de la imposición al delincuente de una pena justamente merecida como resultado del proceso, como lo aceptaría una teoría mixta del derecho penal, por ejemplo, bajo cierta interpretación, la teoría deontológica de la prevención de Hart (3).

(1) El problema normativo planteado por HT es ambiguo sobre el control de la acción humana a través de reglas y de la aplicación de políticas públicas: esto es, este desafío a las recomendaciones del AECD se refiere a distintas formas en el que el derecho influencia en la mente humana. Dirigir las personas a que obedezcan el derecho a través de normas penales es diferente a conducirlos a obedecer estas normas por medio de estrategias o tácticas de administración gubernamental, es decir, instrumentos de política pública que ejercen influencia en las personas por medios distintos a las normas penales en cuanto razones para actuar.

Para obtener resultados sociales “beneficiosos” a la luz de uno, o más, objetivos normativos del sistema jurídico, el derecho se encamina a alterar el comportamiento de las personas de forma predecible: un “*medium*” para influenciar con las normas jurídicas sus mentes⁴⁸. Esta afirmación presupone aceptar que para que el derecho sea una herramienta efectiva, su obediencia debería obtenerse a través de normas penales que puedan ser seguidas por personas como razones morales o prudenciales para actuar. Sin embargo, las normas jurídicas no tienen la capacidad de hacer que sean obedecidas por medio de ellas mismas. Entonces, en contextos de elección particulares de personas particulares (por ejemplo, *il bombarolo*), el derecho es muchas veces objeto de la administración gubernamental. En otras palabras, a veces son utilizadas tácticas-técnicas-instrumentos de política pública diferentes al contenido de significado de las normas jurídicas –i.e. como razones prudenciales o morales para actuar– para llevar a la gente a hacer o abstenerse de hacer lo que el derecho requiere de ellas.

El *nudging* penal consiste precisamente en aplicar herramientas de administración del derecho, es decir, una clase de acción de política pública que hace referencia al ejercicio intencional de los gobiernos de su poder de control social sobre la actividad psicológica de las personas, para obtener una obediencia efectiva del derecho, a saber, para prevenir que la gente desobedezca normas penales por medio de instrumentos diferentes a las normas jurídicas como razones para actuar.

Por lo tanto, el problema normativo planteado por HT concierne a la obediencia de las normas penales como razones para actuar –en el derecho penal se trata de hacer que la gente actúe racionalmente de conformidad con lo que las normas penales requieren que ellos hagan, o se abstengan de hacer; la gente obedece el derecho si las razones para obedecerlo son acordes con juicios intuitivos acerca de la rectitud del sistema de justicia penal– y no se trata de la administración del derecho que consiste en hacer que la gente obedezca normas penales a través de medios diferentes a las reglas en sí mismas, es decir, en cuanto razones (morales o prudenciales) para obedecerlas.

⁴⁸ Hart, H., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 39, 44.

(2) Basado en las explicaciones y predicciones de la teoría psicológica cognitiva, el AECD ofrece una serie de prescripciones de política pública encaminadas a corregir o utilizar los sesgos cognitivos de los seres humanos. El AECD utiliza una teoría cognitiva psicológica y descriptiva para llevar a cabo los objetivos normativos dentro de un marco económico. Entonces, el AECD no puede ser considerado una teoría, sino un conjunto de prescripciones sobre cómo hacer efectiva la obediencia (jurídica) del derecho y, en consecuencia, para cumplir distintas metas normativas del sistema jurídico: a saber, las razones que justifican por qué un tipo de acto es objeto de prohibiciones (por ejemplo, criminalización), obligaciones y permisiones jurídicas. De esta manera, es difícil hablar del AECD como una teoría. No se trata de una serie de axiomas para evaluar correctamente los valores de los resultados y las probabilidades de las circunstancias del mundo, ni tampoco es un sistema de valores morales de los cuales sea posible saber cómo actuar en una situación y un contexto de elección particulares. Entonces, el AECD es diferente en su naturaleza del carácter teórico de las teorías tradicionales del derecho penal invocadas por HT en su argumento.

Por otra parte, la función del derecho penal en la teoría de Duff es llamar (incluso a través de la coerción) al sospechoso de un delito a rendir cuentas ante los jueces penales. Esta función tiene que ver con la respuesta del derecho a la detección de la comisión de un delito –“*a fait accompli*”–, y con el problema de si se justifica, o no se justifica, la atribución de responsabilidad y, además, la imposición de una pena al presunto delincuente. La política criminal del *nudge* defendida por el AECD, de su parte, tiene que ver con una función diferente del derecho penal y de la pena, a saber, la de prevenir la ocurrencia del comportamiento delictivo de la gente.

La función principal del derecho penal no puede ser la de llamar a los presuntos delincuentes a rendir cuentas en el proceso penal y castigarlos si no tienen una respuesta satisfactoria para considerar que están exculpados por la acción que se ha probado que son responsables. Las funciones de imponer una pena justa y merecida, y la oportunidad de entablar un discurso racional con el delincuente en el proceso, presuponen que la función de prevenir delitos ha fallado en una primera instancia. Las primeras son

funciones que se espera que el derecho penal cumpla –esto es incuestionable– pero solo si el derecho penal no logra cumplir la última función: “Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales”⁴⁹.

La función del proceso penal de entablar una comunicación racional entre el defendido y el estado, no tiene la capacidad de prevenir que la gente cometa delitos. Así como la función de prevenir delitos es incapaz de resolver la cuestión de si está justificado castigar al defendido que ofrece razones en el proceso para excusarse por lo que hizo. Además, las razones instrumentales o prudenciales que pudo tener quien ha cometido el injusto, para creer y valorar con la utilidad más alta la acción que eligió realizar, no lo justifican o lo exculpan de ser responsable de cometer un injusto: por ejemplo, “yo lo hice porque creí que la probabilidad de ser detectado era baja y la satisfacción de hacerlo era más alta que el valor que yo asigné al hecho de ser castigado”.

Si se acepta el argumento retributivo de que la principal función del derecho penal y de la pena no es prevenir la ocurrencia de delitos, también es cierto que prevenir delitos es una consecuencia no-intencional de la creación de normas penales. Cuando un legislador crea una norma penal que criminaliza un tipo de acción, es irrazonable negar que el ejercicio de este poder normativo de criminalización se encamina a alterar el comportamiento de las personas para que ellas no cometan delitos, a saber, la pena tiene una función prospectiva de evitar el comportamiento criminal de la gente. Es difícil imaginar que la criminalización de un legislador de un tipo de acción no tiene, normalmente, el objetivo de evitar que la gente produzca daños a otras personas al realizar actos típicos del tipo de acción criminalizada. Es un hecho que no puede ser negado por las teorías de la pena del justo-merecimiento. Imponer una pena no solo está justificado para infligir un sufrimiento merecido al que ha cometido un injusto. La imposición del sufrimiento está justificada para evitar el sufrimiento

futuro, y no en el sufrimiento en sí mismo, sea o no con base en razones instrumentales⁵⁰.

Asimismo, si se acepta la afirmación retributiva de que prevenir delitos no debe ser una razón para los jueces de imponer un castigo –a saber, imponer sufrimiento punitivo en un delincuente para prevenir a otros de cometer delitos– prevenir es un efecto inevitable de imponer una pena como parte de un proceso penal, aunque sea un resultado no-intencional. Lo mismo podría decirse de la inocuización producida con la pena (por ejemplo, con la prisión): no es el resultado intencional que quería obtener el que castiga, pero un efecto de la inocuización, así sea no intencional, consiste en evitar que el que ha sido castigado cometa futuros delitos, y es posible que también funcione para evitar que otros se mal comporten del mismo modo.

(3) También existen teorías de derecho penal tradicionales que afirman que la función del derecho penal es evitar que la gente cometa delitos y que también asumen una racionalidad de medio-a-fin de la gente, por ejemplo, la teoría de Hart. Las medidas punitivas imponen un costo que se justifica solo por el beneficio compensatorio de reducir conductas criminales futuras. El éxito del sistema de derecho penal es medido por el número de delitos no cometidos. Y la imposición de una pena se justifica porque es útil para desincentivar a la gente a desobedecer el derecho⁵¹.

La razón que la regla en sí misma ofrece para ser obedecida normalmente coincide con las razones morales o prudenciales subyacentes que tiene la gente para obedecerla: por ejemplo, porque aceptan lo que las normas jurídicas requieren o para evitar el riesgo de ser castigado o para seguir lo que los otros hacen, etc.⁵².

La obediencia al derecho es una práctica de seguir reglas y no es un patrón de comportamiento meramente habitual o accidental⁵³. Entonces, se requiere una obediencia general del derecho en cuanto este es aceptado por la gente, a saber, porque lo que una norma penal requiere hacer o abste-

⁵⁰ Hart, H., *Punishment and Responsibility*, *op. cit.*, p. 160.

⁵¹ *Ibid.*, p. 47.

⁵² Gardner, J., *Op. cit.*, p. xliii.

⁵³ Hart, H., *The Concept of Law*, *Op. cit.*

nerse de hacer es valioso en sí mismo, sin importar la sanción consecuente conectada por la misma norma a su desobediencia: *i.e.* la eficacia jurídica⁵⁴. En este escenario, las amenazas son irrelevantes en el razonamiento práctico de la gente: no hay coacción para hacer que una persona haga lo que ella ya de por sí quiere hacer⁵⁵. La amenaza es un motivo de obediencia de las normas penales, es decir, solo constriñe a los que, en ausencia de dicha motivación, estarían motivados a hacer lo que la norma requiere que se abstengan de hacer, o a no hacer lo que la norma requiere que hagan.

La amenaza de un castigo es un incentivo negativo para desmotivar el comportamiento criminal: si usted escoge desobedecer, usted enfrenta el riesgo de ser castigado, es decir, usted debe “pagar un costo”. Pero el castigo es más que un simple incentivo negativo. Las normas penales tienen un significado normativo, a saber, que el comportamiento que es criminalizado por medio de ellas es moralmente incorrecto⁵⁶; las normas están “*to be taken seriously as a standard of behavior [...] Punishment is different from a mere tax on a course of conduct [...] the first involves, as the second does not, an offence or breach of duty in the form of a violation of a rule set up to guide the conduct of ordinary citizens*”⁵⁷.

Que la gente desobedezca normas penales no implica que las reglas sean irrelevantes en el razonamiento práctico de las personas, sino que ellas tienen razones internas para actuar racionalmente que pesan más que las razones externas (internalizadas personalmente) para actuar conforme con lo que la regla prescribe. En otras palabras, es posible considerar que la gente obedece una norma penal porque asignan un valor moral al resultado que se obtiene por hacer, o abstenerse de hacer, lo que la norma requiere de ellos, a saber, un valor que les preocupa personalmente maximizar más que la maximización del valor de obedecer: por ejemplo, hacer lo que el derecho requiere por el hecho de ser requerido por el derecho maximiza el valor de guiar la acción por el derecho; no cometer hurto maximiza el

⁵⁴ Gardner, J., *Op. cit.*, p. xliii.

⁵⁵ Searle, J., *Op. cit.*, p. 160.

⁵⁶ Sunstein, C., *The Ethics of Influence, Op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ Hart, H., *Punishment and Responsibility, Op. cit.*, p. 44; Hart, H., *The Concept of Law, Op. cit.*, p. 39.

valor moral de respetar la propiedad de otros. Sin embargo, es posible considerar que las razones por las que se maximiza este valor son *pro tanto*, a saber, razones que son derrotables: cometer hurto para maximizar un valor diferente por el cual la persona se preocupe más, por ejemplo, cometer un hurto para comprar un medicamento costoso para salvar la vida de un pariente amado. De modo que, las reglas penales son “[...] *reasons for exercising choice in the direction of obedience, leaving to individuals to choose*”⁵⁸. El delincuente puede sopesar el costo que asigna a la obediencia del derecho en contra de la satisfacción que podría obtener por desobedecerlo, ponderado por la probabilidad de no ser detectado y castigado: “*if the sanctions of the criminal law are applied, the pains of punishment will for each individual represent the price of some satisfaction obtained from the breach of the law*”⁵⁹.

En este orden de ideas, es razonable afirmar que el valor de la dignidad humana implica el reconocimiento de que cada persona es un “*choosing being*”⁶⁰, es decir, un individuo que cuida de sus preocupaciones personales con sus decisiones, y que está provisto de la capacidad de razonar instrumentalmente para alcanzar el propósito, representado en su intención, con la acción que elija realizar. Los individuos necesitan saber lo que los tribunales harán en el futuro, es decir, quieren saber *ex ante* las consecuencias materiales de sus acciones. La gente tiene la capacidad de predecir “*the incidence of the public force through the instrumentality of the courts*” y, basados en esta predicción, escoger prudentemente uno de los cursos de acción alternativos⁶¹. Esta descripción instrumental de la racionalidad de la gente al obedecer el derecho, reconoce Hart, “[...] *can sound like very cold, if not immoral attitude toward the criminal law, general obedience to which we regard as an essential part of a decent social order. But this attitude seems repellent only if we assume that all criminal laws are ones whose operation we approve. To be realistic we must also think of bad and repressive criminal laws; in South Africa, Nazi Germany, Soviet Russia, and no doubt*

⁵⁸ Hart, H., *Punishment and Responsibility*, *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁶¹ Holmes, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 8, 10, 1897, pp. 459- 460.

*elsewhere, we might be thankful to have their badness mitigated by the fact that they fall only on those who have obtained a satisfaction from knowingly doing what they forbid*⁶².

Por otra parte, la función comunicativa del proceso penal y la función preventiva del *nudging* penal no se excluyen mutuamente. Las funciones del derecho penal de prevención, imposición de penas justificadas, y la provisión de la oportunidad de comunicación racional en el juicio penal son complementarias y congruentes al maximizar la libre elección y la libertad individual al interior de un sistema penal coercitivo. La imposición justificada de una pena presupone una relación de culpa entre un injusto y quién lo comete, por esto, existe una distinción entre personas inocentes y culpables: castigar a alguien inocente es inmoral⁶³. Aunque el castigo injustificado es un resultado riesgoso no deseado, y pese a que su ocurrencia sea un resultado inevitable –a saber, debe ser aceptado con cierto grado tolerable de probabilidad–, el proceso es una oportunidad para verificar que no haya condiciones exculpantes, e imponer así una pena justificada al delincuente: “*we look on excusing conditions as something that protects the individual against the claims of rest of society*”⁶⁴.

Así, las funciones de imponer un castigo justificado y la comunicación racional en el proceso son congruentes con asumir que la gente está provista de racionalidad instrumental. Estas funciones acrecientan la capacidad de las personas de hacer predicciones más confiables sobre las consecuencias de sus propias elecciones, a saber, comportarse intencionalmente de una forma y no de otra manera posible. Por ejemplo, al defendido no se le puede imponer una pena si existen defensas –“*excusing conditions*”– para considerar que, desde su punto de vista interno, su acción fue involuntaria: es decir, que en razón de su condición mental ella debe ser exculpada, porque sería injusto castigarla por algo que hizo sin intención⁶⁵.

Tanto la función de prevención como la (no) imposición justificada de una pena como resultado de un proceso son complementarios para maximizar

⁶² Hart, H., *Punishment and Responsibility*, *Op. cit.*, p. 47.

⁶³ Gardner, J., *Op. cit.*, p. xviii.

⁶⁴ Hart, H., *Punishment and Responsibility*, *Op. cit.*, p. 44.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 47.

zar la libre elección y la libertad individual al interior de un marco coercitivo de un sistema penal⁶⁶. Asumir que la gente (des)obedece lo que las reglas penales requieren, basados en el razonamiento instrumental, es congruente con la idea del estado de derecho liberal de guiar la acción humana a través de normas jurídicas, es decir, razones. Las reglas penales proveen una guía jurídica al ofrecer advertencias por adelantado sobre la imposición de un sufrimiento punitivo a aquellos que eligen cometer un delito. Así, las normas penales anuncian ciertos estándares de comportamiento y también las sanciones que están conectadas a su desviación, dejando que los individuos escojan entre obedecer o pagar⁶⁷. Los individuos tienen la capacidad de planear sus propias vidas si saben cómo comportarse para no tener la interferencia de un castigo penal en sus vidas: a saber, la capacidad de evitar transgredir el derecho y, en consecuencia, la imposición de un castigo penal⁶⁸.

Esto no significa que el derecho altera el comportamiento de la gente solo a través de estímulos. Más bien, el derecho penal es un “*choosing system*” que guía a las personas para que se comporten de un modo preciso y no de otra manera posible: “*We must cease to regard the law simply as a system of stimuli goading the individual*”⁶⁹. El derecho es eficaz de una forma muy especial que es irreducible a una provocación o estimulación efectiva, a saber, el derecho es “eficaz jurídicamente”: las reglas jurídicas guían a la gente: el derecho ofrece el servicio de dar reglas como razones autoritativas para actuar, es decir, si son *seguidas*, y no simplemente *observadas*, por la gente. Esto no significa que se rechace el aspecto de la efectividad del derecho entendida como la estimulación efectiva en la actividad mental de las personas, sino que el derecho debe ser obedecido generalmente en términos de eficacia jurídica, y de modo excepcional simplemente observado por la gente.

El estado de derecho, entendido instrumentalmente, es un medio para obtener distintos valores que no pueden ser maximizados en conjunto: la elección libre de las personas y la eficacia jurídica del derecho⁷⁰. Por un lado, cumplir con el objetivo de acrecentar la libertad de elegir de la

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 44.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 23.

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 40-44.

⁷⁰ Gardner, J., *Op. cit.*, pp. xii-xiii.

gente entre obedecer y desobedecer el derecho puede disminuir la eficacia jurídica del derecho: las reglas pueden volverse incrementalmente desobedecidas, o meramente observadas por razones prudenciales, y no seguidas como razones no-prudenciales o morales para actuar. Por otro lado, cumplir con el objetivo de acrecentar la eficacia jurídica del derecho puede llevar a que se considere el valor de la elección libre de las personas como irrelevante: si la gente obedece el derecho siguiendo una norma como una guía, o como una razón no-prudencial para actuar, desobedecer el derecho dejaría de ser una opción. Y acrecentar la eficacia del derecho a través de un sistema de estímulos que haga a la gente reaccionar conforme a lo que las reglas penales exigen podría producir el peor resultado posible, esto es, disminuir tanto la capacidad de elegir libremente de la gente, como la eficacia jurídica del derecho: a saber, convertir la libertad de elección y el seguimiento de una norma en algo que no es una opción. Por una parte, dirigir a la gente a creer que escogieron obedecer una norma penal, ya sea por razones prudenciales (es decir, que están escogiendo observar el derecho), o bien, porque la están aceptando como una guía, es decir, como una razón autoritativa para actuar. Por otra parte, dirigir a la gente a no ser consciente de que están siendo condicionados causalmente para comportarse de cierta manera particular y no de otra forma opcional, es decir, siendo inconscientes de que están, de hecho, reaccionando a los estímulos producidos en sus mentes por una elección consciente del regulador de la “arquitectura”, sin importar el contenido de significado de las reglas, es decir, independientemente de alguna razón (prudencial o de otro tipo) para actuar del modo en el que la regla lo requiere.

Sin embargo, la eficacia de la obediencia del derecho no es el único propósito del derecho penal. Hay más en juego que incrementar el grado de eficacia (jurídica) del derecho. Entonces, se debe aceptar que un objetivo debe ser sacrificado para cumplir con otro objetivo jurídico. El reconocimiento de condiciones exculpantes se justifica incluso si la eficacia de las amenazas disminuye⁷¹.

Para concluir, el problema normativo planteado por HT se relaciona con un desacuerdo teórico tradicional acerca de las razones que justifican la imposición de un castigo penal, a saber, por razones de merecimiento o bien por razones de prevención.

Así, el futuro del AECD no es el único que depende de cómo lidiar con este problema, sino que el futuro de cada una de las teorías del derecho penal estaría desafiada por esta cuestión normativa. Sin embargo, me parece que es injustificado este problema de incongruencia entre al AECD y las teorías retribucionistas, como también sería injustificado afirmar que el futuro de las teorías tradicionales de retribución (y la teoría de la comunicación racional de Duff) depende de cómo se lidie con la incongruencia normativa que se tiene con las teorías preventivas. Más bien, el futuro del AECD en el derecho penal depende de cómo encaje con las teorías tradicionales de prevención que no consideran que cualquier medio para lograr la mayor prevención es justificado, es decir, que prevenir delitos tiene limitaciones en términos preventivos: *i.e.* maximizar la libertad de la gente al interior de un sistema coercitivo. En consecuencia, es posible justificar la prevención en términos no-consecuencialistas.

4. Conclusiones

Las ciencias conductistas ponen en evidencia el hecho de que cada norma penal presupone una elección de la arquitectura del problema de decisión. Así pues, esta evidencia conductista deja al creador de políticas públicas en una posición difícil; saber o ser consciente de que la elección de la arquitectura es una herramienta gubernamental que afecta el comportamiento de las personas, crea una carga de justificación para los creadores de políticas; ellos deben justificar por qué enmarcan el problema de decisión de una forma y no de otra posible; deben prestar atención a lo que ellos eligen y a cómo enmarcar el problema de decisión, adicionalmente, deben justificar, en términos de ventajas sociales y costos, por qué se prefiere una enmarcación de la información a otra alternativa. No hay manera de escapar de

ello. De esta manera, la pregunta no es si se justifica el *nudging* penal, sino cómo aplicar el *nudging* penal de una forma permisible y útil.

La aplicación de los instrumentos de política del AECD se justifica si, y solo si, se utiliza para “bien”, a saber, acciones de control social de los gobiernos que produzcan la maximización, o que no la disminuyan, de la libertad y de la protección de la libre elección de las personas en un sistema coercitivo. De este modo, el reto está en concebir una teoría del derecho penal que esté basada en las explicaciones y predicciones que dejan en claro que el comportamiento de las personas está moldeado por ideales normativos que ellos apoyan conscientemente (por ejemplo, el ideal político del estado de derecho liberal), combinado con tendencias psicológicas o procesos inconscientes que se llevan a cabo en la mente de las personas sin intención deliberativa alguna⁷². Este reto implica superar, en la medida de lo posible, algunos desafíos para las teorías del derecho penal tradicionales. De ello depende algún grado de éxito futuro de estas teorías: a saber, su capacidad de adaptarse a lo que se conoce, o podría conocerse, sobre la psicología humana, es decir, a las “[...] *new beliefs about the human mind*”⁷³.

Las políticas del *nudging* podrían servir a la maximización de la libertad individual, al enmarcar el problema de decisión a la gente de tal forma que ellos decidan con el mayor grado de libertad posible. Asimismo, incluso si se asume que la función principal del derecho penal es llamar a los presuntos delincuentes a rendir cuentas ante los jueces penales, el *nudge* es útil para lograr este objetivo. La elección de la arquitectura o de enmarcación de los problemas de decisión de los fiscales, jueces y jurados, con la intención de maximizar lo que la teoría de Duff valora más –es decir, establecer una comunicación racional entre el delincuente y el estado y pasar de la responsabilidad al castigo justificado– parece ser permisible. Los *nudges* podrían ser útiles para alcanzar el propósito de la función de rendir cuentas en juicio por parte de los delincuentes: enmarcar el contexto de elección de los jurados, los jueces, los abogados y la gente en general, para hacerlos cumplir con las normas procesales, apelando a su proceso mental cognitivo

⁷² Shafir, E., “Introduction and Biography”, en Tversky, A., *Preference, Belief, and Similarity*, Shafir, Eldar. (Ed.), Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2004, p. ix.

⁷³ Hart, H., *Punishment and Responsibility*, *Op. cit.*, p. 3.

y automático y, por lo tanto, con el propósito de establecer una comunicación racional entre el delincuente y el estado. Ahora bien, pregunto: ¿son objetables estos *nudges* procedimentales por el hecho de que los creadores de políticas traten a la gente como autómatas?

Adicionalmente, si el *nudging* es ubicuo, existen razones para creer que es razonable considerar permisible que los gobiernos utilicen esta herramienta para contrarrestar las elecciones arquitecturales hechas por personas con la intención de utilizar a otras personas como un medio para lograr el objetivo personal de un arquitecto privado, es decir, una influencia manipuladora y engañosa sobre las elecciones de la gente: por ejemplo, información falsa o imprecisa sobre la probabilidad de ser capturado en el aeropuerto de Bogotá al intentar salir con alguna cantidad de cocaína, que no sea consistente con las estadísticas de los injustos que en realidad han sido detectados.

Bibliografía

- Bucciarelli, M. & Johnson-Laird, P.N. “Naïve Deontics: A Theory of Meaning, Representation, and Reasoning”, *Cognitive Psychology*, 50, 2, 2005, pp. 159-193.
- Duff, R. A., “Responsabilidad y punibilidad en el derecho penal” en Kramer M., Grant C., Colburn, B. y Hatzistavrou, A. (eds.), *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 145-168.
- Edwards, J., “Theories of Criminal Law”, en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Stanford University, 2018, disponible en: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/criminal-law/>>.
- Gardner, J., “Introduction” en Hart, H., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2 ed. (2008) Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. xiii-liii.
- Green, L., “Introduction”, en Hart, H., *The Concept of Law*, 3 ed. (2012), Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. xv-lv.

- Hart, H., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2 ed. (2008) Oxford, Oxford University Press, 1968.
- Hart, H., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- Holmes, O. W. [1897]: “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 8, 10, pp. 457-478.
- Jeffrey, R., *The Logic of Decision*, Chicago, University of Chicago Press, 1985.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein, C. y Thaler, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1550.
- Kahneman, D., *Thinking Fast and Slow*, London, Penguin Books, 2011.
- Mongin, P. & Cozic, M., “Rethinking nudge: not one but three concepts”, *Behavioral Public Policy*, 2, 1, 2018, pp. 107-124.
- Moreno Cruz, D., “Un punto de vista normativo acerca del “Nudge financiero” en Daniel Castaño (ed.), *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 411-445
- Moreno Cruz, D., “Three Realistic Strategies for Explaining and Predicting Judicial Decisions” en Mathis K. (ed.), *Law and Economics in Europe. Foundations and Applications*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 93-124.
- Searle, J., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, OUP, 2010.
- Shafir, E., “Introduction and Biography”, en Tversky, A., *Preference, Belief, and Similarity*, Shafir, Eldar. (Ed.), Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2004, pp. ix-xv.
- Sunstein, C., Kahneman, D. & Schkade, D., “Assessing punitive damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)”, *The Yale Journal*, 107, 1998, pp. 2071-2153.
- Sunstein, C., *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2016.
- Sunstein, C., “Misconceptions about Nudges”, *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, pp. 61-67.
- Thaler, R. & Sunstein, C., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London, Penguin Books, 2009.

- Tversky, A. & Kahneman, D., “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science*, 211, 4481, 1981, pp. 453-458.
- Von Wright, G., *Norm and Action. A logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963.
- Waldron, J., “It’s All for Your Own Good”, *The New York Review of Books*, oct. 9, 2014.
- Yeung, K., “Nudge as Fudge”, *The Modern Law Review*, 75, 1, 2012, pp. 122-148

Enfrentar las críticas

*Facing Up**

Alon Harel** y Doron Teichman***

Recepción: 30/04/2019

Evaluación: 01/05/2019

Recepción y aceptación final: 29/07/2019

Resumen: Esta respuesta a Moreno Cruz, Richter y Malecka aclara y aborda algunas objeciones a nuestro artículo “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”. En primer lugar, no estamos de acuerdo con el hábil intento de Moreno Cruz de demostrar que la tensión entre la teoría del derecho penal tradicional y el análisis económico-conductista del derecho es un problema falso. Los dos descansan en dos visiones de la naturaleza humana que están en tensión entre sí. Richter plantea la posibilidad de que usar los sesgos para aumentar la disuasión puede ser irónicamente contraproducente, ya que puede erosionar la convicción de que el derecho penal es moral. Proporcionamos razones por las cuales esta hipótesis, aunque es posible, es poco probable que sea cierta. Finalmente, damos la bienvenida a las observaciones de Malecka para examinar los efectos de la legalidad en los incentivos. Es posible que los incentivos puedan ser diferentes cuando se trata de una norma jurídica que cuando se trata de una norma social o moral. Esta preocupación debe ser examinada empíricamente.

Palabras clave: Análisis económico-conductista del derecho, Derecho penal, problema falso, influencia mutua, modelado de normas jurídicas

* Traducción del inglés de Bruno Rusca.

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

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

Abstract: This response to Moreno Cruz, Richter, and Malecka clarifies and addresses some objections to our article "Análisis conductual del derecho penal y su aplicación: Una amistosa revisión crítica". First, we do not agree with Moreno Cruz's skillful attempt to show that the tension between traditional criminal law theory and behavioral law and economics is a false problem. The two rest on two visions of human nature which are in tension with each other. Richter raises the possibility that using biases to increase deterrence may ironically be counter-productive as it may erode the conviction that criminal law is moral. We provide reasons why this hypothesis although possible is unlikely to be true. Finally, we welcome Malecka's observations to examine the effects of legality as such on incentives. It is possible that incentives may differ between the case in which a norm is a legal and a case in which it is a social or moral norm. This concern should be examined empirically.

Keywords: Behavioural Law and Economics, Criminal Law, False Problem, Mutual Influence, Modelling Legal Norms

Estamos agradecidos a los tres comentaristas (Diego Moreno Cruz, Anna Richter y Magdalena Malecka) por sus observaciones incisivas. El principal problema que plantean los comentaristas alude tangencialmente a la dicotomía entre dos perspectivas sobre el derecho penal: el punto de vista que lo entiende como una forma de inducir y manipular a los individuos para cumplir con el derecho, y el enfoque del derecho penal basado en la racionalidad y el discurso moral. Nos ocuparemos especialmente, aunque no exclusivamente, de este problema central, y no abordaremos, en cambio, todas las objeciones formuladas por los comentaristas. Tampoco pretendemos que nuestras respuestas sean concluyentes; más bien, esperamos que den lugar a nuevas reflexiones sobre la naturaleza del derecho penal y su rol en la sociedad.

Diego Moreno Cruz

En un comentario admirable, meticuloso y muy reflexivo, Moreno Cruz plantea algunas objeciones importantes a nuestro análisis. Nos interesa

examinar dos puntos claves que él ha señalado. En primer lugar, nos proponemos analizar la afirmación de que no hay un conflicto serio, o al menos, una tensión entre la perspectiva que conceptualiza al derecho penal como un discurso racional entre el delincuente y la sociedad, o como una herramienta para lograr justicia retributiva, y el enfoque que considera al derecho penal como un instrumento para manipular la conducta de los individuos y promover el bienestar social. La segunda cuestión que exploremos es la afirmación de que “la imposición de sufrimiento debe estar basada, independientemente de que existan o no razones instrumentales, en evitar el sufrimiento futuro, y no en el sufrimiento mismo.” Por lo tanto, según este punto de vista, para ser legítimo, el derecho penal debe tener algún efecto disuasorio. Es inconcebible pensar en el derecho penal sin considerar la disuasión.

En una sección desafiante de su comentario, titulada “el falso problema”, Moreno Cruz argumenta que la tensión que es central en nuestro artículo entre las dos visiones del derecho penal plantea un falso dilema.

Moreno Cruz piensa que:

“El problema de la inconsistencia normativa teórica planteado por Harel y Teichman se aprovecha de una ambigüedad: no diferencian entre la influencia que ejerce el derecho a través de las reglas penales como razones para la acción, y las herramientas y tácticas que utiliza el Estado para que la gente obedezca las leyes penales. Este problema es deficiente en dos sentidos: el análisis económico conductista del derecho y las teorías deontologistas del derecho penal basadas en la retribución (y en la comunicación racional por medio del juicio) son incomparables porque cada uno de estos enfoques analíticos son de distinta naturaleza, y refieren a diferentes problemas y funciones del derecho penal 2) Y estas funciones no son inconsistentes entre sí, es decir, la justificación instrumental del castigo es coherente con la justificación no instrumental de la imposición del castigo fundada en el solo merecimiento del acusado como un resultado del juicio...”

Y más adelante:

“Por otro lado, la función comunicativa del proceso penal y la función preventiva del *nudging*¹ penal no son mutuamente excluyentes. Las funciones del derecho penal de prevención, imposición justificada de penas y ofrecimiento de la oportunidad de una comunicación racional en el juicio penal son complementarias y coherentes para maximizar el libre albedrío y la libertad individual en el marco de un sistema penal coercitivo.”

Este es un intento admirable de abordar la tensión entre los tradicionales enfoques moralistas del derecho penal y el punto de vista instrumentalista orientado hacia el futuro del análisis económico conductista del derecho. Sin embargo, creemos que, finalmente, fracasa por dos razones.

A este respecto, es necesaria una aclaración inicial. En nuestra contribución original no argumentamos que existe una contradicción en un sentido fuerte entre la visión moral y la instrumentalista del derecho penal. Naturalmente, un sistema penal puede intentar combinar e integrar los enfoques moralistas y retribucionistas del derecho penal con los puntos de vista instrumentalistas. No obstante, argumentamos que este no es un matrimonio feliz y, de hecho, por varias razones, hay tensiones persistentes entre estas dos visiones del derecho penal.

En primer lugar, al menos tradicionalmente, algunas de las perspectivas retribucionistas pretenden exclusividad en la etapa del juicio penal y la imposición de la pena. Además, esta pretensión de exclusividad no es accidental; es parte de la prominente tradición kantiana, que niega enfáticamente que las consideraciones instrumentales tengan alguna relevancia para el derecho penal.

Pero aún si rechazamos el rígido punto de vista kantiano, todavía persiste una tensión entre las dos visiones del derecho penal, ya que no se trata simplemente de dos enfoques del derecho penal, sino también de dos concepciones de la naturaleza humana. Cuanto más son los seres humanos seres racionales que deliberan y actúan sobre la base de juicios morales, menos pueden ser manipulados y tratados como autómatas y viceversa.

¹ [N. del T.: en líneas generales, en el marco del análisis económico conductista, el término *nudge* hace referencia a modos sutiles e indirectos de influenciar la conducta de los individuos, en contraposición a formas más severas de intervención, como prohibiciones o mandatos. Dado que su traducción literal (“dar un empujoncito”) no permite captar dicho significado, se ha preferido mantener el término original en inglés.]

De ahí que la disposición para apoyar una u otra visión del derecho penal dependa de la disposición para adoptar una determinada concepción de la naturaleza humana. Y, si bien las personas podrían ser tanto seres racionales que comparten el reino de los fines y también seres materiales sujetos a manipulación psicológica, cuánto más son lo primero, menos son los segundo y viceversa.

Quizás Moreno Cruz cree que las dos visiones diferentes del derecho penal son aplicables a distintas etapas o dimensiones del proceso penal. En el juicio penal y en la etapa del castigo, los individuos son tratados como agentes racionales mientras que, por ejemplo, en las etapas de imposición del derecho [*law enforcement*] ellos son tratados como autómatas manipulables. En cierta medida, esta división es verdadera, pero permitámonos plantear dos problemas. El primero es que el análisis económico conductista del derecho no se circunscribe a la etapa de imposición del derecho [*law enforcement*]; a menudo tiene como objetivo influir en el comportamiento también en la etapa de diseño de las normas legales. Por ejemplo, en un artículo escrito por uno de nosotros, se argumentó que la decisión de usar reglas o estándares en el derecho penal debía regirse por consideraciones conductistas.²

En segundo lugar, como ya se ha sostenido, las dos visiones del derecho penal se apoyan en dos concepciones de la naturaleza humana y es irrazonable creer que las personas pueden cambiar radicalmente su naturaleza a medida que pasan de una etapa del proceso penal a otra. De ahí que no pueda defenderse la división tajante entre las dos etapas del proceso penal.

Concentremos nuestra atención en una cuestión diferente planteada por Moreno Cruz Cruz. En su comentario, Moreno Cruz Cruz argumenta:

“Ya sea que se acepte la afirmación retribucionista (que se conforma con los juicios institucionales de las personas) de que la principal función del derecho penal y de la pena no es prevenir que ocurran delitos, también es cierto que la prevención del delito es una consecuencia involuntaria de la criminalización. Cuando un legislador crea una norma penal que tipifica como un delito cierto tipo de acción, es irrazonable negar que el ejercicio de este poder normativo de criminalización tiene por objeto modificar la

² Ehud Guttel & Alon Harel, “Uncertainty Reconsidered: Legal Prediction and Legal Post-diction”, *Michigan Law Review*, 107, 2008, pp. 467, 479-487.

conducta de las personas para que no se cometan delitos, es decir, que el castigo tiene una función prospectiva de prevenir la conducta delictiva de las personas. Es difícil imaginar que la criminalización por parte de los legisladores de cierto tipo de acción no tenga, normalmente, el objetivo de evitar que las personas produzcan daño a otras personas...”

No estamos de acuerdo. Para apoyar nuestra afirmación, permítannos utilizar un argumento y un ejemplo discutido por uno de nosotros en un artículo anterior.³ En *The Duty to Criminalize*, se argumentó que el Estado tiene el deber de criminalizar ciertas clases de comportamiento, incluso si existen formas alternativas de prevenir los delitos. Además, incluso si la criminalización aumenta en lugar de disminuir el índice de criminalidad, a veces hay razones para criminalizarla.

Con arreglo al argumento que se desarrolla allí, el deber de tipificar como delito las violaciones de derechos no se fundamenta en consideraciones instrumentales, a saber, en la mayor probabilidad de que la criminalización contribuya a una mayor protección de la vida y la libertad. En cambio, en ausencia de prohibiciones penales de violaciones al derecho a la vida y a la libertad, los individuos viven “a merced” de los demás. El deber criminalizar se basa, por lo tanto, en la idea de que la vida y la libertad no deberían dejarse a merced de otros individuos, incluso si es probable que estos otros individuos respeten tales derechos.

Para ilustrar el argumento, comparemos dos Estados diferentes: A, B. En el Estado A, la legislatura protege efectivamente la vida y las libertades de sus ciudadanos. Lo hace sin criminalizar las violaciones de estos derechos. Los individuos no son penalmente responsables por tales violaciones, aunque el Estado hace todo lo posible para prevenirlas (utilizando medios no penales). En el Estado B, la legislatura protege efectivamente los derechos mediante el derecho penal. ¿Cuál Estado es moralmente superior?

Los ciudadanos del Estado A están, por supuesto, moralmente obligados a respetar estos derechos y, además, por regla general, puede que efectivamente respeten tales derechos. Sin embargo, dada la ausencia de prohibiciones penales, los derechos de los ciudadanos están “a merced de

³ Alon Harel, “The Duty to Criminalize”, *Law and Philosophy*, 1, 2015. Ver también la discusión en: Alon Harel, *Why Law Matters*, cap. 5, 2014.

los demás”. La protección de sus derechos está sujeta al riesgo de que los individuos puedan cambiar sus opiniones o preferencias. Por lo tanto, bajo este argumento, el Estado B es superior aunque el grado de protección de los derechos sea idéntico en ambos Estados.

¿No basta con garantizar que los individuos estén adecuadamente protegidos de las violaciones de sus derechos? ¿Por qué debería importar si el Estado me protege de las violaciones del derecho a la vida y a la libertad por medio de la criminalización de tales violaciones, o mediante otros (quizás más eficaces o menos costosos) medios no penales? Para defender la afirmación de que es importante, se argumentó que el deber de criminalizar puede justificarse desde el punto de vista de la libertad, entendida como no dominación. La libertad no solo requiere que mis derechos no sean violados; también requiere que mis derechos sean reconocidos públicamente, es decir, que el respeto de estos derechos no esté sujeto a las inclinaciones o juicios de otros. Aunque es posible que (dados los juicios e inclinaciones existentes de las personas) los individuos en el Estado A estén adecuadamente protegidos, todavía están sujetos a dominación, esto es, al riesgo de un cambio potencial en los juicios o inclinaciones de otros individuos. Este riesgo puede ser poco realista; puede incluso ser menos probable que el riesgo de que en el Estado B las prohibiciones legales cambiaran. Pero el hecho mismo de que una persona en el Estado A pueda violar un derecho impunemente es en sí mismo moralmente pernicioso.

Un ejemplo de la vida real, tomado del debate sobre el aborto en Alemania, podría ayudar a subrayar la relevancia del deber de criminalizar, y el valor de la consolidación constitucional de ese deber. Más específicamente, algunos de los debates en torno a los casos de aborto en Alemania deben ser entendidos como debates sobre el deber de criminalizar independientemente de los efectos disuasorios de la criminalización.⁴

En 1975, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la ley que permitía el aborto a petición durante el primer trimestre de embarazo, por

⁴ Para la historia de la controversia sobre el aborto en Alemania, véase Donald P. Kommers, “The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?”, 10 *J. Contemp. Health L. & Pol’y* 1, 1994; Gerald L. Neuman, “Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany”, 43 *Am. J. Compa. L.* 273, 1995.

violar el artículo 2, apartado 2, de la Ley Fundamental alemana que protege el derecho a la vida.⁵ El Tribunal Constitucional enfatizó que el aborto es un acto de homicidio, el cual la ley está obligada a condenar. Como consecuencia de la reunificación, el Tribunal Constitucional tuvo que volver a tratar el asunto, y en su decisión posterior de 1993, reiteró su compromiso con la opinión de que el aborto es, en efecto, una violación al derecho a la vida, y que el Estado tiene la obligación de proteger la vida, incluida la vida del feto.

Con todo, hay diferencias significativas entre los dos casos. Aunque en su sentencia de 1993 el Tribunal reiteró su posición de que el aborto debía seguir siendo un delito, también declaró que el Estado podría sustituir el castigo penal por “asesoramiento normativo” como forma de cumplir con sus obligaciones de proteger a los fetos. El Tribunal declaró que la asesoría obligatoria debía estar diseñada para proteger la vida, y que las disposiciones de cualquier ley futura tendrían que ser específicamente diseñadas con el propósito de preservar la vida del feto, y convencer a la mujer embarazada de que no se practique un aborto.

Si, como creía el Tribunal, en realidad el aborto es una violación del derecho a la vida: ¿por qué alguien estaría dispuesto a despenalizarlo? ¿Cómo podría el Tribunal Constitucional sustituir el castigo penal por el “asesoramiento normativo” como forma de cumplir con sus obligaciones de proteger a los fetos?

Una posible respuesta es que, aunque el poder legislativo tiene el deber de proteger la vida, no tiene el deber de protegerla *mediante la criminalización del homicidio*; tal vez podría proteger la vida más eficazmente si recurriera a otros medios, tales como la educación, el asesoramiento, etc. Por lo tanto, la disposición a proteger la vida del feto por medios no penales es precisamente lo que diferencia el caso de 1993 del de 1975. En su decisión anterior, el Tribunal resolvió que existe el deber no solo de prevenir el aborto y salvar vidas, sino también de criminalizar el aborto. En cambio, en su decisión posterior, el Tribunal pareció dispuesto a permitir que el

⁵ Véase 39 BVerFG 1, 1975. Para una explicación del caso y de su importancia, véase Donald P. Kommers, “Liberty and Community in Constitutional law: The Abortion Cases in Comparative Perspective” 1985 *BYU. L. Rev.* 371; Felix Lange, “American liberalism and Germany’s Rejection of the National Socialist Past—the 1973 Roe v. Wade Decision and the 1973 German Abortion / Case in Historical Perspective” 12 *German Law Journal* 2033, 2011.

poder legislativo utilizara los medios más efectivos para reducir el número de abortos y, en consecuencia, permitió que los abortos practicados en el primer trimestre del embarazo permanecieran impunes (*straffrei*).

La diferencia entre la decisión inicial del Tribunal (en la que insistió en mantener un régimen penal) y la decisión posterior, en la que el Tribunal estuvo dispuesto a renunciar a la amenaza de castigo es central para esta discusión. Es indicativo de una diferencia fundamental entre los que se interesan únicamente por proteger la vida de los fetos del modo más efectivo posible, y los que creen que uno también debería mantener una prohibición penal de matar, incluso cuando existen alternativas no penales efectivas. Según este punto de vista, la decisión del *Bundestag* de despenalizar el aborto simplemente sobre la base de que tal decisión reduce el número de abortos es injustificable, ya que deja a los fetos “a merced” de sus madres. De acuerdo con el acto legislativo que abolió el delito, la decisión de una mujer embarazada de no abortar se habría fundamentado en sus inclinaciones, y no en un derecho públicamente reconocido del feto.

El debate sobre el aborto en Alemania tiene un significado mucho más profundo del que se suele reconocer. Más específicamente, este debate pone de relieve la marcada diferencia entre la protección de la vida y la protección del derecho a la vida. La vida puede ser protegida en un Estado sin que se proteja el derecho a la vida. Además, la protección del derecho a la vida puede incluso ser perjudicial para la protección de la vida, cuando la criminalización del aborto da lugar a un mayor número de abortos. Según la interpretación que aquí se propone, el caso del aborto puede justificarse por el hecho de que la vida y las libertades fundamentales no solo deben protegerse, sino que las violaciones del derecho a la vida y de otras libertades fundamentales deben criminalizarse. De manera más general, este debate demuestra que la suposición de Moreno Cruz de que la disuasión debe ser parte de lo que constituye el derecho penal no es tan obvia como él tiende a creer.

Anna Ritcher

En su valioso comentario, Anna Ritcher analiza la misma dicotomía entre las dos visiones del derecho penal. Más específicamente, examina un con-

flicto potencial entre dos dimensiones del análisis conductista del derecho penal. Por un lado, identifica lo que ella denomina “enfoque de la toma de decisiones”, que depende fuertemente de las disposiciones psicológicas de los individuos. El enfoque de la toma de decisiones se basa en un conjunto de sesgos identificados por los psicólogos que pueden predecir el comportamiento humano y ser utilizados para manipularlo con el fin de promover la eficiencia. Por otro lado, Richter identifica el “enfoque intuitivo”, que se apoya en las concepciones morales predominantes de los ciudadanos. Según esta perspectiva, “el sistema de justicia penal y la administración del castigo” debe orientarse a las percepciones de los ciudadanos sobre la justicia.

Richter sostiene, con razón, que el análisis económico conductista del derecho necesita integrar ambos enfoques. Después de todo, uno de los hallazgos más importantes de los científicos conductistas es que las personas están más dispuestas a cumplir con normas que consideran valiosas y, en la medida en que exista una discrepancia entre sus concepciones morales y el derecho, dicha discordancia socava su disposición a cumplir con las normas. El desafío planteado por Richter es que el uso de sesgos generales para manipular el comportamiento puede ir en contra de los valores morales de la sociedad y, por lo tanto, puede socavar la eficacia del derecho penal. Irónicamente, pues, son precisamente las consideraciones conductistas las que nos obligan a considerar seriamente las concepciones morales sobre derecho penal, ya que ignorar estas concepciones tienen un efecto perjudicial sobre el acatamiento del derecho.

Estamos de acuerdo con esta información y queremos dar un ejemplo. Como mencionamos en nuestro artículo, una de las observaciones importantes del análisis económico conductista del derecho es que nuestras percepciones están influenciadas por un sesgo de accesibilidad. La gente tiende a sobreestimar las probabilidades de que ocurran eventos destacados e intensos. Por lo tanto, parece que una forma de incrementar la disuasión es manipular las percepciones de los individuos sobre la probabilidad de detección. Sin embargo, tal manipulación puede ser percibida como inmoral. Después de todo, la teoría política liberal se basa en el ideal de la transparencia. Los ideales de justificación pública y rendición de cuentas presuponen que los individuos tienen concepciones precisas sobre el funcionamiento de las instituciones públicas. Podría decirse que manipular las

creencias sobre la probabilidad de detección es incompatible con el ideal liberal de transparencia. Por lo tanto, contrariamente al comentario final de Moreno Cruz en su contribución, no está claro si es una política prudente mentirle a la gente con respecto a la probabilidad de ser atrapado en el aeropuerto de Bogotá mientras se intenta contrabandear drogas.

Esta es una afirmación radical. En la medida en que los individuos crean que el derecho penal trata sobre la moral, un intento de “manipular” las percepciones para aumentar la disuasión podría considerarse en sí mismo como inmoral. Por lo tanto, para mantener la legitimidad del derecho penal, se debería evitar contaminarlo utilizando consideraciones de eficiencia de cualquier tipo. De ello se infiere que el supuesto de que los individuos crean en general que el derecho penal debe regirse exclusivamente por consideraciones morales nos obliga a excluir la relevancia del enfoque de la toma de decisiones, ya que cualquier aplicación de este enfoque entra en conflicto con la centralidad atribuida a las consideraciones morales en el contexto del derecho penal.

Si bien se trata de una posibilidad interesante, se basa en el supuesto de que la gente cree que el derecho penal debe fundamentarse en consideraciones morales. Nosotros creemos que la mayoría de las personas estarían dispuestas a tolerar la relevancia de las consideraciones no morales, en particular, en el ámbito de la imposición del derecho [*law enforcement*] y del derecho probatorio. Pero, por supuesto, esto es un asunto de investigación empírica. Para establecer la solidez del enfoque de la toma de decisiones no es necesario negar el efecto señalado por Ritcher, a saber, el hecho de que a la gente le importa la moralidad del derecho penal. En cambio, podemos reconocer que el sistema jurídico debería tener en cuenta esta consideración y, por lo tanto, cuando las personas se oponen a un determinado dispositivo de toma de decisiones por razones morales, puede ser recomendable no utilizar este dispositivo. Pero la relevancia de esta consideración puede depender del contexto y no puede implicar un rechazo completo de todos los dispositivos recomendados por el análisis económico conductista del derecho. Solo implica que debemos equilibrar los efectos antagónicos de cada dispositivo.

En conclusión, creemos que Ritcher identificó una observación importante que, dados ciertos supuestos empíricos, puede debilitar el uso del

tradicional análisis económico conductista del derecho en el contexto del derecho penal. Su desafío debe ser tomado en serio como una limitación en la aplicación de este enfoque en el contexto del derecho penal. Pero tenemos dudas sobre las bases empíricas de su afirmación. Esto refuerza la conclusión de Richter de que: “también se necesitan estudios empíricos acerca de las influencias mutuas entre el enfoque de la toma de decisiones y el de la intuición, y especialmente sobre la cuestión de si sus efectos disuasorios podrían neutralizarse entre sí.”

Magdalena Malecka

Magdalena Malecka plantea una idea interesante. Aunque no está directamente relacionada con nuestro artículo original, merece un análisis cuidadoso. Malecka se propone separar dos aspectos de las normas jurídicas. Por un lado, las normas jurídicas podrían evaluarse exclusivamente en función de su conformidad con normas morales aceptadas. Una norma jurídica puede influir en el comportamiento en la medida en que su contenido sea idéntico a una norma moral. Sin embargo, cuando se analizan algunos experimentos, es evidente que la legalidad de la norma puede influir en la disposición a cumplir con ella. Con otras palabras, el hecho de que la norma sea entendida o conceptualizada en un lenguaje jurídico puede influir en su cumplimiento independientemente de las convicciones morales preexistentes de cada uno. Por ello, al describir el experimento de Kornhauser y Schotter, Malecka señala que:

“Más específicamente, esto puede significar que el ‘factor jurídico’ tiene un mayor impacto que el ‘factor económico’ o que el ‘factor racional’. Esto sería una prueba de que el aspecto normativo ‘jurídico’ del derecho (es decir, el hecho de que el comportamiento sea exigido por el derecho) tiene un impacto único en el comportamiento que requiere aclaración.”

Esta observación, no obstante, puede explicarse de dos maneras. Por un lado, la caracterización misma de una norma como “jurídica” puede influir en las percepciones morales de los individuos. En la medida en que las personas crean en la sabiduría de los legisladores y/o crean que el sistema

es justo, el mero hecho de que una norma sea jurídica puede influir en sus percepciones sobre la moralidad de la norma. Por otro lado, es posible que los individuos creen que existe una obligación general (*prima facie*) de obedecer el derecho. De ahí que el hecho de que una norma sea una norma jurídica proporcione razones para cumplirla independientemente de la pregunta de si la norma es moral o no. La singular fuerza motivadora de las normas jurídicas puede explicarse de ambas maneras y sería muy interesante examinar cuál de las dos explicaciones permite comprender mejor este fenómeno.

Queremos dar las gracias a los comentaristas por comprometerse con nuestro trabajo y esperamos con entusiasmo el involucramiento en estos temas en el futuro.

Bibliografía

- Guttel, E. y Harel, A., “Uncertainty Reconsidered: Legal Prediction and Legal Postdiction”, *Michigan Law Review*, 107, 2008.
- Harel, A., “The Duty to Criminalize”, *Law and Philosophy*, 34 (1), 2015.
- Harel, A., *Why Law Matters*, 2014.
- Kommers, D. P., “Liberty and Community in Constitutional law: The Abortion Cases in Comparative Perspective”, *BYU. L. Rev.*, 1985.
- Kommers, D. P., “The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?”, *J. Contemp. Health L. & Pol’y*, 10 (1), 1994.
- Lange, F., “American liberalism and Germany’s Rejection of the National Socialist Past—the 1973 Roe v. Wade Decision and the 1973 German Abortion / Case in Historical Perspective”, *German Law Journal*, 12, 2011.
- Neuman, G.L., “Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany”, *Am. J. Compa. L.*, 43, 1995.

Sección II

Discusiones: Cortes

Interpretación evolutiva y flexibilidad. Un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo

Evolutionary Interpretation and Flexibility. A Critical Analysis of Spanish Constitutional Court's Decision On Same Sex Marriage

Lorena Ramírez Ludeña*

Recepción: 07/08/2018

Evaluación: 14/09/2018

Aceptación final: 08/10/2018

Resumen: En este trabajo presento los principales argumentos que aparecen en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 198/2012, sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, tanto por lo que respecta a la posición del Grupo Popular como a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional y a los votos particulares. Ello me servirá para analizar dos cuestiones interesantes en términos filosóficos. Por un lado, reflexionaré sobre el uso de la interpretación evolutiva como técnica interpretativa. Por otro lado, analizaré si el término “matrimonio” es flexible, sirviéndome de una distinción importante para el análisis del modo en que empleamos los términos generales, como es la distinción entre flexibilidad y tolerancia. Poner en conexión interpretación evolutiva y flexibilidad me servirá para mostrar que la argumentación del Tribunal Constitucional es menos criticable de lo que, en principio, podría pensarse.

* Profesora, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: lorena.ramirez@upf.edu Agradezco a J.M. Vilajosana, J.J. Moreso, Alberto Carrio y Diego M. Papayannis sus comentarios a una versión previa de este trabajo. Agradezco también al referee anónimo de la revista todos sus comentarios, que me han ayudado a mejorar y precisar los argumentos del trabajo.

Palabras clave: Interpretación evolutiva, flexibilidad, matrimonio.

Abstract: In this paper I present the main arguments displayed in the Judgment 198/2012, on same-sex marriages, of Spanish Constitutional Court, regarding both the position of the Grupo Popular and the decision adopted by the Court and individual opinions. This will help me to analyze two interesting questions from a philosophical perspective. On the one hand, I will reflect on the use of evolutionary interpretation as an interpretive technique. On the other hand, I will analyze whether the term “marriage” is flexible, on the basis of an important distinction about how we use general terms, to wit, the distinction between flexibility and tolerance. Bringing evolutionary interpretation and flexibility into connection will help me to show that the Constitutional Court’s argument is less criticizable than, in principle, one might think.

Keywords: Evolutionary interpretation, flexibility, marriage.

1. Introducción

En el año 2005 se impulsó, mediante un proyecto de ley del gobierno socialista, la reforma del Código Civil Español (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio. La reforma, que conllevaba entre otras cuestiones modificar el artículo 44 CC para reconocer los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo, suponía la plasmación de una promesa electoral del Partido Socialista Obrero Español antes de entrar en el gobierno. Ese mismo año, el Grupo Popular del Congreso interpuso un recurso de inconstitucionalidad por considerar que la mencionada reforma comportaba una modificación implícita de la Constitución Española de 1978 (CE) mediante legislación ordinaria, habiendo otras opciones disponibles para institucionalizar y proteger las uniones entre personas del mismo sexo sin desnaturalizar una institución básica de nuestro sistema como es el matrimonio¹. Conforme al parecer del Grupo Popular, la reforma del CC atentaba contra el artículo 32.1 CE, que

¹ En realidad, fue don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, comisionado al efecto por otros setenta y un Diputados del Grupo Popular en el Congreso.

reconoce que “[e]l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”². Finalmente, en el año 2012 el Tribunal Constitucional (TC) resolvió el recurso reconociendo la constitucionalidad de la reforma llevada a cabo por el gobierno, haciendo fundamentalmente uso de una interpretación evolutiva de la CE. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 198/2012) incorporó tres votos particulares discordantes y uno concordante³.

En este trabajo presentaré los principales argumentos que aparecen en la STC 198/2012, tanto por lo que respecta a la posición del Grupo Popular como a la decisión adoptada por el TC y a los votos particulares. Ello me servirá para analizar dos cuestiones interesantes en términos filosóficos. Por un lado, reflexionaré sobre el uso de la interpretación evolutiva como técnica interpretativa. Por otro lado, analizaré si el término “matrimonio” es flexible, sirviéndome de una distinción importante para el análisis del modo en que empleamos los términos generales, como es la distinción entre flexibilidad y tolerancia.

2. Los argumentos relativos al término “matrimonio” y a la institución del matrimonio en la STC 198/2012⁴

Como he señalado, el Grupo Popular esgrimió un conjunto de argumentos destinados a sostener la inconstitucionalidad de la modificación del CC. Entre ellos, destaca la apelación a la literalidad o, lo que consideran lo

² El segundo apartado de ese artículo establece que “[l]a ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

³ El Tribunal Constitucional Español está integrado por doce miembros, de los cuales cuatro son nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno de la Nación y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Puede accederse a la decisión y los votos particulares en el siguiente link: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>. En adelante, y aunque no se explicita, se indicarán entre paréntesis las páginas relevantes de la referida sentencia.

⁴ Aunque en la STC 198/2012 encontramos otros argumentos, como los relativos a la posibilidad de adoptar, en este trabajo me centraré solo en las discusiones relacionadas con el término “matrimonio” y con la *naturaleza* de la institución del matrimonio.

mismo, al sentido propio de las palabras empleadas en el artículo 32.1 CE. De acuerdo con su posición, la utilización del término “matrimonio” es en sí misma significativa, ya que, según consideran, su significado etimológico es revelador de su verdadera naturaleza, ligada a la idea de “madre” y que presupone la de engendramiento y unión sexual entre un hombre y una mujer. Para ellos, no es casual que el diccionario de la Real Academia Española lo defina como la “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. De este modo, según el Grupo Popular el constituyente no creó *ex novo* la institución matrimonial, sino que partió de y se remitió a la concepción del matrimonio imperante en el mundo occidental y la tradición jurídica española, conforme a la cual concierne a personas de distinto sexo (pp. 170 y 171).

Por su parte, el Tribunal Constitucional entiende que el matrimonio, en la Constitución Española, es a la vez una garantía *institucional* y un *derecho constitucional*. Ese reconocimiento persigue la protección de determinadas instituciones que están constitucionalmente reconocidas frente a actuaciones legislativas que puedan intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. En tanto garantía institucional, se exige una protección objetiva por parte del Tribunal que garantice que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución. En tanto derecho constitucional, se exige una protección subjetiva, de modo que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada o desnaturalizada por el legislador (p. 190).

En relación con la cuestión de la garantía institucional, señala el TC que la Constitución es un árbol vivo “que, a través de una *interpretación evolutiva*, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la

norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta” (p. 192, la negrita es mía)⁵. En particular, con respecto al matrimonio, tras la reforma la institución “se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las

⁵ La ideología subyacente a esta decisión con respecto al rol de la CE y a las decisiones del TC es en este sentido clara, aunque como veremos no es compartida por los votos particulares. El TC cita la sentencia *Edwards v. Attorney General for Canada* de 1930, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero también resulta fundamental en este ámbito la Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, *Roe v. Wade*, de 1973, sobre aborto. La extrapolación de un instrumento inicialmente empleado en el contexto anglosajón al ámbito español es criticado por los votos particulares y por autores como Matia Portilla: “En efecto, cuando uno examina el Derecho constitucional norteamericano (en general, el modelo anglosajón) debe partir de algunas premisas que permiten comprender su configuración. Una de ellas es que el texto constitucional norteamericano es el más antiguo en vigor y que se caracteriza por su brevedad y carácter principialista. Otra de ellas, no menos importante, es que las revoluciones inglesa y norteamericana presentan al juez como el garante de la libertad. No solamente no existe una desconfianza hacia el poder judicial ordinario, sino que se le confía la delicada misión de controlar la actuación del legislador. Este modelo termina confiriendo un lugar central al poder judicial, por lo que la jurisprudencia cobra especial importancia, dado que, allí dónde hay Constitución, se concibe como algo vivo que va más allá de la breve referencia escrita. El modelo continental, que hunde sus raíces en la Revolución francesa, se fundamenta sobre la desconfianza: desconfianza hacia el Rey, hacia los gobiernos y también, como no, hacia los jueces (por eso, precisamente, su actuación se somete, entre nosotros, a la Ley). Consecuentemente, en estos Estados se apuesta siempre por la primacía de textos escritos y solemnes. De ahí que nuestras Constituciones sean mucho más detalladas y modernas que las, en su caso, vinculadas con el modelo anglosajón descrito en líneas anteriores. En este caso, el margen de actuación de los poderes constituidos es limitado, dado que cualquier alteración de la Constitución deberá o bien seguir los cauces en ella previstos para su modificación o responder, en todo caso, a un proceso democrático, en el que se anude la última palabra al poder constituyente” (Matia Portilla, F.J., “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, pp. 535-554, p. 545). Sobre la idea del *living tree*, véase Waluchow, W., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

formalidades establecidas en el ordenamiento” (p. 193). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo no choca contra nuestra cultura jurídica, que depende de la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, y el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo; y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, destaca la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición (p. 192). En todos estos ámbitos aprecia el Tribunal una tendencia creciente, aunque no unánime, al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, citas estadísticas sobre su aceptación en España, o el desarrollo de normativas similares a la española en los últimos años.

Conforme a lo señalado por el TC, “[e]l legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra” (p.196)⁶. De este modo, el TC reconoce también la constitucionalidad del uso de la categoría de las uniones civiles.

En tanto derecho constitucional, de acuerdo con el Tribunal Constitucional no estamos ante una ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las formas de su ejercicio. Ello no afecta el contenido esencial del derecho, porque que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse (p.199).

Como apunté anteriormente, la decisión fue acompañada de cuatro votos particulares. Todos los posicionamientos disidentes coincidieron en

⁶ Aunque lo que se recoge en el texto refleja el punto central del TC, como señalaré en el próximo apartado la argumentación es en realidad un tanto inestable.

criticar el uso de la interpretación evolutiva y en destacar la necesidad de una reforma constitucional puesto que se estaba alterando de manera sustancial la institución matrimonial. Por ejemplo, Ramón Rodríguez Arribas señala que el matrimonio es “una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto lógico imposible de admitir. Y no se diga –que se dice– que entonces las parejas estériles o voluntariamente abstenidas de cumplir el fin reproductivo, quedarían excluidas del matrimonio, porque es la posibilidad genérica, la potencia en sentido ontológico, de servir al fin respecto de la especie humana y no el acto concreto o el efecto cierto, lo que caracteriza a cualquier institución colectiva” (p. 203). Contra el uso de la interpretación evolutiva, apunta que la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación sino la de la indiferencia, lo que no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad, ni favorece la no discriminación de las personas de orientación homosexual, cuya dignidad “exigía que sus pretensiones en el acceso al matrimonio no fueran satisfechas por la puerta de atrás de la Constitución, sino postulando su reforma” (p. 204).

Por su parte, Manuel Aragón Reyes, que está de acuerdo con el fallo pero no con el razonamiento, destaca que mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución sino que se cambia, eludiéndose el procedimiento de reforma de la Constitución previsto para ello (p. 207).

Andrés Ollero Tassara apunta que “[l]a ausencia de una adecuada percepción de la dimensión social del derecho lleva a olvidar por qué el matrimonio, a diferencia de la mera amistad, tiene relevancia jurídico-institucional. El matrimonio pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual. El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba” (p. 211). Y añade que “[l]a conciencia de la ‘historicidad’ de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de

un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ9) que la Constitución ‘a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad’. Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas” (p. 212).

Finalmente, Juan José González Rivas señala que el matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española. “Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario” (p. 215). Y añade que “[s]e sostiene como argumento básico de la Sentencia la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución y en mi opinión, tal evolución ha de respetar la esencia de las instituciones comprendiendo su espíritu y finalidad pues, en este caso, el matrimonio tiene un carácter fundamental y una finalidad esencial basada en la unión entre personas de distinto sexo, requisito que no puede quedar eliminado por una interpretación evolutiva que no preserve su garantía constitucional” (p. 217).

3. El uso de la interpretación evolutiva

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional se sirve de la interpretación evolutiva para fundamentar que la modificación del Código Civil no es inconstitucional⁷. Pero, como ya ponen de manifiesto los votos particulares,

⁷ También el Tribunal Supremo ha dictado sentencias en las que adopta un criterio interpretativo sociológico, adaptado, por ejemplo, a la situación actual del mercado. Véase en este sentido la STS de 15 de enero de 2009 (1226/2009).

el uso de esta interpretación no está exenta de problemas. A algunos de ellos me referiré en este apartado⁸.

3.1. El carácter oscilante de la interpretación del Tribunal Constitucional

Lo primero que llama la atención del uso que el TC realiza de la interpretación evolutiva es el carácter oscilante de su argumentación, con afirmaciones que parecen estar en tensión. En el apartado anterior he señalado que el Tribunal entiende, a partir de la interpretación evolutiva, que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no atenta contra la garantía institucional del matrimonio, ya que no lo hace irreconocible si tomamos en consideración la percepción actual del matrimonio. El legislador podía optar por el reconocimiento del matrimonio o por una regulación similar, y ninguna de esas posibilidades atenta contra la Constitución. El modo más adecuado de entender lo anterior asume que la Constitución protege especialmente el matrimonio heterosexual, pero deja abierta la posibilidad de que el legislador ordinario desarrolle una regulación para extender el matrimonio también a personas del mismo sexo.

No obstante, en ocasiones parece señalar que el matrimonio entre personas del mismo sexo está protegido constitucionalmente. Esto convierte su argumentación en inestable. Por un lado, cuando apunta que el artículo 32 el artículo no se refiere exclusivamente al matrimonio heterosexual: “desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse” (p. 192)⁹. Por otra parte, cuando hace referencia a otros preceptos

⁸ Como podrá advertirse, en ocasiones se señalarán problemas de justificación *externa*, ya que parece haber otros instrumentos interpretativos más adecuados para sostener la decisión del TC, y en ocasiones de justificación *interna*, ya que el uso de la interpretación evolutiva no parece llevarnos a las conclusiones que el TC extrae.

⁹ Dicho en otras palabras, puede reconocerse en el precepto una ambigüedad sintáctica: ¿establece la CE que deben contraer matrimonio *entre sí* cuando hace referencia al hombre y la mujer? En la primera lectura apuntada en el texto, parecería que sí. Pero no en la segunda lectura, a la que me estoy refiriendo ahora. De hecho, el TC destaca que quienes

de la CE que llevarían a considerar, o bien el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo como la única opción constitucional – y, de hecho, preexistente a la propia reforma – o, cuanto menos, la más compatible con la Constitución: “[d]e este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (...), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (...)” (p. 199). “La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (...), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (...)” (p. 200)¹⁰.

3.2. El reconocimiento del derecho como algo contingente a partir de una argumentación superflua

Asumiendo el argumento central de la sentencia (elección por el legislador de una de las opciones disponibles, con base en la interpretación evolutiva), resulta cuestionable que ese sea el modo de fundamentar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, parece mucho más garantista de los derechos en juego reconocer,

elaboraron la CE se preocuparon por la igualdad entre hombre y mujer, de ahí esa redacción, pero que eso no significa que excluyeran el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, puede entenderse que el artículo 32.1 prevé el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio con carácter genérico, a la espera de un desarrollo legislativo con base en el segundo apartado del artículo 32. Precisamente por todo lo anterior señala Ollero en su voto particular (pp. 208 y ss.) que faltaría entonces en la Constitución un concepto de matrimonio, lo que, desde su punto de vista, es contradictorio.

¹⁰ En un sentido similar, Aragón Reyes critica el razonamiento oscilante del TC en su voto particular (p. 206). Sobre la posibilidad de que el legislador amplíe un derecho constitucional sin desfigurar ese derecho, véase Moreso, J.J., “Legal Positivism and Legal Disagreements”, *Ratio Juris*, 22, 2008, pp. 62-73.

con base en el principio de igualdad plasmado constitucionalmente, que lo que realmente preserva esos derechos es entender que hay que reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo¹¹. En caso contrario, dejamos en manos de la opinión mayoritaria la lectura de la Constitución, cuando se suponía precisamente que la Constitución operaba como protección frente a las mayorías.

De hecho, el modo de ver las cosas del TC supone que, si se considerara oportuno, podría volverse a modificar la regulación del CC, reconociendo las uniones civiles entre personas del mismo sexo, pero rechazando que puedan contraer matrimonio, lo que sería perfectamente constitucional. Aunque precisamente por la incidencia que la reforma tuvo en la percepción social –algo sobre lo que volveré más adelante- resulta difícil imaginar semejante modificación, lo cierto es que no existe impedimento jurídico para ello, puesto que, según lo expresado por el propio TC, sería plenamente acorde a la CE.

A lo anterior hay que añadir que, si el propósito del TC era meramente reconocer esa opción del legislador como constitucional, bastaba con sostener que hay una extensión de derechos que no afecta a los heterosexuales ni el contenido esencial del matrimonio como unión afectivo-sexual, resultando superfluo el uso de la interpretación evolutiva¹².

Podría, no obstante, señalarse la necesidad de recurrir a la interpretación evolutiva si tomamos en cuenta el artículo 10.2 de la Constitución Española, que prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Pero, frente a este argumento, conviene tener presentes dos consideraciones: 1. Las interpretaciones que se llevan a cabo a nivel internacional –como vere-

¹¹ López y López sostiene también la relevancia de consideraciones sobre igualdad para resolver el caso, en lugar de la interpretación evolutiva. Véase López y López, A.M., “En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)”, *Derecho Privado y Constitución*, 27, 2013, pp. 173-208.

¹² En este sentido, Matia Portilla, F.J., *op. cit.*

mos más adelante- oscilan entre el uso de una interpretación conforme a la situación existente en el momento en que se llevó a cabo un determinado acuerdo o tratado, el uso del margen de apreciación por los estados en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la interpretación evolutiva. Por ello, difícilmente puede sostenerse que tener en cuenta la tendencia interpretativa a nivel internacional nos compromete con adoptar la interpretación evolutiva; 2. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha considerado la interpretación evolutiva a efectos de dar respuesta al caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando en manos de los Estados la decisión de reconocer o no el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tampoco puede fundamentarse la necesidad de recurrir a la interpretación evolutiva en el artículo 3.1 de Código Civil Español, que establece “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. No es solo que resulte discutible que esa norma de rango inferior imponga un modo de ver la CE, sino también que la atención a la realidad social es solo un elemento a tener en cuenta entre otros, según esa disposición y el modo en que la ha entendido la jurisprudencia.

3.3. Interpretación evolutiva y tenor literal

Otro aspecto destacable en el uso de la interpretación evolutiva es que el TC parece asumir que establecer el resultado de dicha interpretación no es algo en general problemático, cuando sí lo es.

Pensemos en lo que ocurre en el caso de la interpretación literal¹³. Las referencias al significado literal son frecuentes en el ámbito jurídico, no solo entre abogados, sino también entre juristas y filósofos del derecho. Se considera relevante para preservar los diferentes valores que conforman

¹³ Véase Ramírez Ludeña, L., “The Meaning of ‘Literal Meaning’”, *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101.

el Estado de derecho, como la previsibilidad. En derecho penal, el significado literal se usa comúnmente como una herramienta importante para distinguir entre la interpretación (aceptada) y la analogía (prohibida). Sin embargo, no es fácil determinar qué significa “significado literal”. Otras expresiones como “significado ordinario” o “interpretación gramatical” se usan normalmente para explicar qué es el significado literal, pero estas expresiones no son muy útiles ya que pueden entenderse de múltiples maneras¹⁴. Sin embargo, en general se puede decir que el significado literal se considera no problemático¹⁵. Esta posición se produce porque con frecuencia suponemos que las palabras están relacionadas por los hablantes competentes con las descripciones que determinan la referencia. Pero este enfoque descriptivista se muestra problemático en la reconstrucción de nuestras prácticas lingüísticas.

Así, muchas veces se acepta una concepción intuitiva del lenguaje: asociamos palabras con descripciones y luego estas palabras se refieren a los objetos que tienen las propiedades que figuran en nuestras descripciones. Por ejemplo, decidimos, como comunidad, que el término general “fruta” tiene un significado que apunta hacia la descripción (según la Real Academia Española) “fruto comestible de ciertas plantas cultivadas”. Como consecuencia, el mundo se divide en dos: los objetos que son frutas y los objetos que no lo son, según tengan o no las características incluidas en la descripción. Y cuando, en el ámbito jurídico, se establece que los frutos están sujetos a un impuesto particular, esto significa que los objetos que tienen ciertas características están sujetos a ese impuesto. De esta forma, tanto en general como en el contexto jurídico, decidimos agrupar objetos que son

¹⁴ Con respecto al uso de otras expresiones que no son lo suficientemente claras (tales como “formal”, “gramatical”, “directo”, “lingüístico”, “obvio” o “simple”), véase Mazzarese, T., “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, *Doxa*, 23, 2000, pp. 597-631.

¹⁵ Esto es solo una generalización. Entre los filósofos del derecho, véase, por ejemplo, Poggi (Poggi, F., “Significado literal: Una noción problemática”, *Doxa*, 30, 2005, pp. 617-634), quien enfatiza los problemas del significado literal por la incidencia de elementos contextuales. Este punto de vista es ampliamente aceptado entre los filósofos fuera del dominio jurídico, que están de acuerdo con la incidencia del contexto, pero desacuerdan sobre cuándo importa y qué elementos contextuales son relevantes. Ver por ejemplo Searle, J., “Literal Meaning”, *Erkenntnis*, 13, 1970, pp. 207-224 y Recanati, F., *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

similares en algunos aspectos, pero a la vez diferentes en otros. Tomamos en cuenta algunas características, dejando de lado otras. Las palabras refieren a aquellos objetos que tienen las propiedades que hemos considerado relevantes, y los hablantes son competentes en la medida en que conocen las descripciones que constituyen el significado de esas palabras¹⁶.

Esta es una concepción intuitiva del lenguaje porque explica fácilmente la forma en que aprendemos y mostramos cómo usar palabras: mediante el uso de descripciones. También es intuitiva porque proporciona una explicación clara de la relación de referencia: los objetos a los que nos referimos tienen ciertas propiedades que hemos considerado relevantes. Sin embargo, no está exenta de problemas. Entre otras consideraciones, es importante señalar que es difícil determinar qué propiedades son relevantes en el lenguaje común, incluso en el caso de las palabras que usamos todos los días y respecto de las cuales parecemos ser competentes. Por lo tanto, parece discutible suponer que todos nuestros usos se basan en propiedades compartidas que debemos conocer para ser hablantes competentes. Aunque es difícil cuestionar que tenemos un conocimiento práctico de nuestro lenguaje, es decir, que lo usamos de una manera no problemática, es excesivamente exigente suponer que tenemos un conocimiento teórico, en el sentido de que conocemos las descripciones que determinan la referencia y en virtud del cual somos competentes.

El problema anterior se pone de manifiesto en el caso del matrimonio, ya que las diversas posiciones discrepan acerca de qué descripciones son

¹⁶ En filosofía del lenguaje, Frege (Frege, G., “El pensamiento”, en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de “Der Gedanke. Eine logische Untersuchung”, en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, n. I, 1918, pp. 58-77 y Frege, G., “Sobre el sentido y la referencia”, en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de “Über Sinn und Bedeutung”, en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, C, pp. 25-50) y Russell (Russell, B., “On Denoting”, *Mind* 14, 1905, pp. 479-493 y Russell, B., “Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 11, 1910-11, pp. 108-128) son considerados los dos autores más representativos de esta concepción, que podríamos llamar “tradicional”. Sin embargo, esto puede ser discutible si se tienen en cuenta sus escritos. En cualquier caso, aquí no me interesa describir la posición de autores particulares, sino solo presentar una visión intuitiva que sirva para explicar por qué el significado literal es visto como no problemático.

importantes de la institución del matrimonio que determinan la aplicación correcta del término “matrimonio”. Esto es así pese a que unos invoquen una interpretación literal y otros evolutiva, ya que esta última no es más que el significado literal u ordinario actualizado, por lo que plantea los mismos problemas señalados en el párrafo anterior. En otras palabras, si la interpretación literal es problemática, entonces la interpretación evolutiva también lo es, por razones conceptuales, dado que su constatación supone advertir un cambio en una literalidad que nunca puede tenerse por acreditada en primer lugar. Como hemos visto, si para unos la heterosexualidad es un elemento determinante para aplicar correctamente el término “matrimonio”, el Tribunal Constitucional no considera relevante ese rasgo¹⁷.

3.4. Los límites de la interpretación evolutiva

En conexión con el punto anterior, se plantea el siguiente problema: si no está claro cómo determinar el significado pasado o actual, ¿cómo diferenciamos las interpretación -evolutiva- de la creación de nuevo derecho? ¿Y cuándo está entonces justificado su uso?

Como hemos visto, algunos de los votos particulares señalan que con la interpretación evolutiva se está en realidad cambiando la Constitución prescindiendo del mecanismo de reforma¹⁸. Aunque en nuestra experiencia

¹⁷ De un modo similar, Rodríguez Arribas (pp. 202 y ss.) señala en su voto particular los problemas que afrontamos en la definición de “matrimonio”. Además, destaca la dificultad para delimitarlo de la familia, que la sentencia considera que recoge bienes constitucionales distintos en su configuración y protección. Y añade que la visión del matrimonio presentada en la sentencia contrasta con decisiones previas del propio TC (ATC 222/1994), en que se admitía la constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial.

¹⁸ De un modo similar, señala Goig Martínez que, si no se tienen en cuenta ciertos límites en la interpretación evolutiva, se produce en realidad una destrucción de la Constitución, como de hecho cree que ocurrió en el caso del matrimonio. Véase Goig Martínez, J.M., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, 12, 2013. Por su parte, Canosa Usera hace referencia a diferentes modos en que se manifiesta la interpretación evolutiva de los derechos, y reconoce como límite el tenor literal a la vez que advierte de que en ocasiones no es claro cuándo se ha rebasado. Véase Canosa Usera,

constitucional no se ha empleado de manera recurrente esta interpretación, por lo que difícilmente puede teorizarse sobre los límites adoptados por la jurisprudencia en su uso de la interpretación evolutiva, analizaré a continuación si la experiencia en el contexto internacional sí nos permite esa reflexión. En principio, en el plano internacional el uso de esa interpretación no solo está extendido sino que también parece justificado que así sea, dada la existencia de múltiples intervinientes con intereses diversos, en un ámbito donde no hay un poder legislativo que pueda llevar a cabo modificaciones de un modo relativamente sencillo.

A efectos de analizar la interpretación evolutiva en general y, en particular, en el ámbito internacional, es importante distinguir dos cuestiones. Por un lado, cuándo está justificado hacer uso de esa interpretación. Por otro lado y, una vez que se considera justificado su uso, qué elementos hay que tener en cuenta a efectos de llevarla a cabo. Mi análisis será fundamentalmente descriptivo de los criterios adoptados por los tribunales, en particular la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹.

Si nos centramos en la primera de las cuestiones, conviene diferenciar si la interpretación evolutiva se considera relevante porque así lo querían las partes que llevaron a cabo el acuerdo, porque así se satisface el objetivo o propósito del tratado, o porque es un instrumento vivo.

Aunque no me detendré demasiado en esta cuestión, si analizamos casos decididos por la Corte Internacional de Justicia, esta considera fundamental constatar que la intención de los firmantes del tratado en cuestión era que los términos se interpretaran evolutivamente. A tales efectos, dos elementos son considerados determinantes para dar cabida a la interpretación evolutiva, al entender que entonces puede *presumirse* que esa era

R., "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, "Interpretación constitucional y jurisdicción electoral", México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 57-98.

¹⁹ Sobre estos dos estadios y las cuestiones que abordaré a continuación, véase Inagaki, O., "Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: The Two-Stage Reasoning", *Journal of International Cooperation Studies*, 22 (2), 2015.

la intención de quienes firmaron el tratado: que las partes usen términos genéricos y que el tratado se haya llevado a cabo para pervivir en el tiempo. No obstante, estas no son para la Corte condiciones necesarias ni suficientes. En todo caso, cuando se trata de términos valorativos, los tribunales parecen aceptar más fácilmente que las partes admitían el carácter evolutivo²⁰. En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más proclive a señalar simplemente que la Convención Europea de Derechos Humanos es un instrumento vivo, sin ofrecer grandes argumentaciones a favor de tal consideración.

Con respecto a la segunda de las cuestiones, diferentes elementos pueden ser tenidos en cuenta para considerar si se ha producido o no una evolución. Por un lado, se puede tomar en consideración otra normativa más actual, ya sea nacional, extranjera o internacional. Por otro lado, se puede tener en cuenta el cambio en la percepción social, y por tanto la modificación de la práctica. Finalmente, se puede enfatizar el cambio en el significado de los términos con el transcurso del tiempo. En este punto, mientras que la Corte Internacional de Justicia ha hecho hincapié en la relevancia de los tratados internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha servido de los tres elementos en sus decisiones.

Es importante tener en cuenta dos elementos más. En primer lugar, llama la atención que el uso de la interpretación evolutiva se haya llevado a cabo en casos que parecen sustancialmente diversos. En ocasiones se trata de problemas de interpretación de términos valorativos, pero en otras de aplicación de un término o expresión a nuevas situaciones, en lugar de una variación –una evolución– en la interpretación. Así, por ejemplo, sorprende su uso en un caso como el del conflicto relativo a un tratado sobre navegación de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua, en que se argumentó sobre la aplicación en la actualidad de la palabra “comercio”. Se discutían los derechos de navegación en el Río San Juan por parte de Costa Rica, dada la expresión “con objetos de comercio” que aparecía en el tratado, lo que

²⁰ Sobre cuándo la Corte Internacional presume la voluntad de los estados de dar cabida a la interpretación evolutiva, véase Helmersen, S.T. “Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions”, *European Journal of Legal Studies*, 6 (1), 2013, pp. 127-148.

parece conducirnos a un cambio en la aplicación del término dada la nueva realidad, y no a un genuino cambio en su interpretación²¹.

En segundo lugar, resulta central tomar en consideración qué peso se confiere en la argumentación del tribunal en cuestión. En este sentido, si bien la Corte Internacional de Justicia la emplea como factor determinante, esto no es así en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si atendemos al uso que de la interpretación evolutiva hace este último, es fácil advertir que es un tanto superfluo, en el sentido de que lo que el Tribunal considera fundamental es que se avance en la dirección correcta por lo que respecta a la protección de los derechos, y no tanto la evolución en sí. Son consideraciones sustantivas las que lo llevan a ir en una u otra dirección, en lugar de datos sobre el modo en que actualmente se percibe la situación, o se entiende el término en cuestión, o los cambios generalizados en la normativa. De este modo, como ha señalado Letsas, en aquellos casos en que opera la interpretación evolutiva, tomar en cuenta la evolución es importante en la medida en que nos aproxime a la mejor lectura del derecho, sin que sea preciso mostrar la existencia de un consenso preciso sobre el punto entre los estados contratantes. La idea se aproxima a la de un consenso hipotético, ya que entiende que, dados los principios que ahora creemos que subyacen a la convención, hay que tener en cuenta cómo personas razonables acordarían aplicar esos principios a casos concretos²².

Pues bien, si tenemos en cuenta lo anterior en nuestro análisis de la decisión del TC, podemos ver cómo éste enfatiza que la Constitución es un árbol vivo para fundamentar su uso de la interpretación evolutiva, aunque también hemos visto que menciona brevemente las intenciones de que-

²¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (n 38) párrafo 56. Dicho en otros términos, puede considerarse que se trata de un cambio en la extensión y no en la intensidad si se entiende que “con objetos de comercio” significa *con fines de comercio* y que, con el transcurso del tiempo, dentro de esos fines han pasado a estar incluidos fines, por ejemplo, ligados al turismo.

²² Esta conclusión se alcanza tras el análisis de diferentes casos, por ejemplo, del primero en que se hizo referencia a la interpretación evolutiva, el caso *Tyrer*, acerca de cuándo se considera que un trato es degradante (*Tyrer v. United Kingdom*, Judgment of 25 April 1978, Series A no. 26). Sobre estas cuestiones, véase Letsas, G., “Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation”, en Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

nes elaboraron la Constitución y los propósitos que subyacen al precepto constitucional que regula el matrimonio. Es normal el énfasis del TC en cada uno de los elementos: la relevancia de las intenciones y de los propósitos detrás de la norma no parecen ser iguales en el nivel internacional y constitucional. En cuanto a los elementos a tener en cuenta para llevar a cabo la interpretación evolutiva, el TC recurre a todos los anteriormente señalados (normativa de distinto tipo, práctica y significado) y, de un modo similar a lo que ocurre a nivel internacional, puede cuestionarse –como haré en el próximo apartado- ese uso de los datos, que en ningún caso parecen concluyentes. Finalmente, en el supuesto que analizamos se emplea la interpretación evolutiva de modo central en la argumentación del TC, a efectos de resolver casos que plantean dudas sobre si quedan abarcados por el significado de la norma, lo que parece distinto de descubrir el verdadero significado del término o mejorar nuestra comprensión de la institución en cuestión en el caso de términos con un componente valorativo, y de un mero cambio en la aplicación del término, sin una modificación interpretativa. Profundizaré sobre este último punto en el apartado 4.

3.5. Un uso cuestionable en este caso

Si tenemos en cuenta el uso de la interpretación evolutiva para resolver el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, muchos han cuestionado la actuación del TC. Esto es así en la medida en que el TC hace referencia a una tendencia creciente a la aceptación de las parejas del mismo sexo, enfatizando que esa tendencia concurre en doctrina, normativa, jurisprudencia y percepción social, pero deja de lado el hecho de que esa supuesta tendencia no es uniforme, sino que precisamente se divide entre quienes abogan por emplear la institución del matrimonio y quienes defienden el reconocimiento de los mismos derechos a partir de la figura de las uniones estables. Se puede decir que la tendencia es hacia la no discriminación, hacia equiparación de regímenes, pero solo de un modo muy cuestionable puede advertirse una tendencia hacia el reconocimiento del matrimonio.

Es más, la argumentación del TC en este punto puede calificarse incluso de tendenciosa, ya que se sirve de encuestas que no eran anteriores a la modificación legislativa que fue impugnada. Es decir, si en 2005 la sociedad española estaba bastante dividida con respecto al uso del término “matrimonio”, y especialmente a la posibilidad de adopción, en el año 2012, cuando resuelve el Tribunal, la cuestión es mucho más pacífica. Y lo es en buena medida por el impacto que el cambio en la regulación y el acontecer de matrimonios durante esos años tuvo en la sociedad española. De este modo, podría considerarse cuanto menos cuestionable servirse de encuestas generadas por la reforma a efectos de evaluar si la propia reforma es constitucional.

4. Flexibilidad de “matrimonio”²³

Un principio fundamental, asumido de modo generalizado por las teorías semánticas, se relaciona con la afirmación de que el significado de un término determina su dominio de aplicación. Se trata de un principio extremadamente plausible, ya que parece poco discutible que lo que un término significa determina a qué debe o no aplicarse. Pero este principio ha sido interpretado durante mucho tiempo de una manera muy robusta, entendiéndose que conlleva que, cada vez que se introduce un término en el vocabulario de una lengua y se le otorga o adquiere un significado, su dominio de aplicación se determina de una vez y para siempre. Es decir, que está determinado, para cualquier objeto o cualquier muestra pasada, presente o futura, si es o no miembro de la extensión del término²⁴.

²³ En este apartado, seguiré fundamentalmente lo señalado en Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L., “Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms”, *Synthese*, 2018, pp. 1-14.

²⁴ Hilary Putnam, por ejemplo, parece suscribir una interpretación robusta del principio en su trabajo “El significado del ‘significado’”, al menos cuando se trata de “agua” y términos similares. Supongamos que en t1 el término “agua” se introduce en el lenguaje. Según Putnam, el significado de ese término fija en ese momento si una muestra de líquido que los hablantes encontrarán en el momento t2 es o no es agua. Aplicar el término a una muestra *x* que no es parte de la extensión predeterminada *es y fue* un error, afirma Putnam, incluso antes de que conociéramos la microestructura del agua. Por supuesto, siempre es

La adhesión a la interpretación robusta -*de una vez y para siempre*- del principio fue durante mucho tiempo la posición asumida por muchos filósofos del lenguaje. De hecho, Mark Wilson entendió que esa era la interpretación imperante cuando la criticó en su artículo de 1982 “Predicate Meets Property”²⁵. Wilson nos propone un experimento mental: supongamos que x es miembro de una comunidad que vive aislada (los Druidas), habitando una isla en la que la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras son coextensivas. En esa comunidad usan el término “ave” para referirse a cosas de esas clases coextensivas, y todos tienen creencias tales como “solo las aves pueden volar” y “las aves son seres vivos”, que son ciertas en las aves de la isla. Cuando x ve por primera vez aviones en el cielo, los clasifica sin problemas como aves, y cuando más tarde ve un avión aterrizando, se forma la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Asumamos que entonces la práctica de aplicar “ave” a los aviones se instaure en esa comunidad. Pese a la falta de claridad inicial derivada del hecho de que los Druidas tenían diferentes creencias asociadas al término, todos consideran que con “ave” siempre se han referido a cosas que vuelan, y reconocen que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (por ejemplo, que todas eran seres vivos) eran falsas.

Pero supongamos que inicialmente x hubiese visto aviones en tierra, sin advertir que podían volar. Podría haberlos clasificado, también sin problemas, como no-aves. Y, si después los hubiese visto despegar, habría llegado a la conclusión de que no todas las cosas que vuelan son aves. Asumiendo que esa práctica se extendiera entre los Druidas, probablemente también habrían pensado que con “ave” siempre se habían referido a las aves, reconociendo que algunas de sus creencias previas (como que solo las aves podían volar) eran falsas.

En ninguno de los dos escenarios los miembros de la comunidad se ven a sí mismos como habiendo cambiado el significado de “ave”. Los Druidas entienden que su uso actual se deriva *naturalmente* de su uso anterior.

posible que se dé un cambio en el significado. Por ejemplo, el error puede generalizarse y la comunidad puede terminar aplicando “agua” a x y muestras similares.

²⁵ Wilson, M., “Predicate Meets Property”, *The Philosophical Review*, 91 (4), 1982, pp. 549-589.

El ejemplo nos lleva a pensar que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no bajo la extensión de “ave”: hay hechos accidentales sobre el modo en que se encontraron con los aviones por primera vez que tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias de los Druidas. En un caso, abandonan la creencia de que todas las aves son seres vivos, aferrándose a la creencia de que las aves vuelan, alcanzando así un conjunto coherente de creencias (un *equilibrio*²⁶) en el que “ave” se aplica a todos los objetos voladores, vivos o no. Si hubieran visto por primera vez los aviones en tierra, resulta plausible pensar que el equilibrio incluiría la creencia de que todas las aves son seres vivos, pero excluiría la creencia de que solo vuelan las aves. Esto parece desafiar la versión robusta del principio según el cual el significado determina la extensión. De acuerdo con Wilson, la respuesta tradicional al problema es buscar el significado que los Druidas asociaban con el término y estudiar la extensión. Una consecuencia de este modo de ver las cosas es que los Druidas, en uno o en ambos escenarios habrían cambiado el significado del término²⁷. No obstante, señala Wilson, no está claro por qué tendríamos que hablar de un cambio en el significado, ya que ambas opciones (incluir o excluir los aviones) parecen consistentes con el modo en que se usaba el término por la comunidad de Druidas²⁸.

²⁶ Jackman, H. “We Live Forwards but Understand Backwards: Linguistic Practices and Future Behavior”, *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, 1999, pp. 157–177.

²⁷ Wilson, M., *op.cit.*, p. 551.

²⁸ Resulta llamativo que tanto descriptivistas como antidescriptivistas acerca del significado y la referencia se sintieran tan comprometidos con la versión robusta del principio según el cual el significado determina la referencia de una vez y para siempre. Desde el punto de vista descriptivista, un término tiene un significado en virtud de estar asociado con una descripción definida. Parece excesivamente optimista esperar que la descripción sea lo suficientemente clara y exhaustiva como para delimitar todas las propiedades relevantes que poseen las muestras o los ejemplos que tienen que ser clasificados. Por ejemplo, supongamos que la descripción asociada con un término “M” es “las entidades o muestras que tienen las propiedades F, G y H”; cuando aparece un ejemplo o una muestra que tiene propiedades F, G y H, pero también la propiedad P, parece demasiado esperar que la descripción determine claramente si P es o no relevante para la clasificación bajo “M” y, si lo es, si la muestra o ejemplar es, o no, P. Parece aún más sorprendente que los antidescriptivistas que siguieron el enfoque de Kripke y Putnam adoptaran el mismo compromiso con la versión robusta. El modelo de Kripke-Putnam postula que la clasificación de las cosas o muestras en clases depende de similitudes con los paradigmas originales. Dado que las

El caso del término “ave” es ficticio. Pero hay gran cantidad de casos de la vida real que han arrojado dudas sobre la posición robusta a la que me estoy refiriendo. David Plunkett y Timothy Sundell (2014) han planteado recientemente un caso que involucra al predicado “atleta”²⁹. En 1999 el caballo Secretariat apareció en la lista de ESPN de los mejores atletas del siglo XX. Se produjo entonces un debate sobre si el significado del término “atleta” permitía su aplicación a no-humanos. Este es un caso interesante porque, sin importar qué teoría del significado asumían quienes debatían, el debate dependía de si el significado de “atleta” excluía o incluía definitivamente los no-humanos desde su introducción como un término significativo en el idioma.

La aplicación de “atleta” a los no-humanos no se ha consolidado, y el caso de Secretariat puede considerarse anecdótico. Sin embargo, imaginemos que, a raíz del debate sobre el Secretariat, se hubiera extendido la inclusión de caballos en las listas de atletas. No está claro que tal inclusión constituya un cambio en el significado de “atleta”. Pero contemplar tal posi-

cosas son similares y diferentes en muchos aspectos, parece excesivo confiar en que las similitudes que son responsables de la clasificación se fijen, para cualquier término, de una vez por todas, en el mismo momento de la introducción. Podría no obstante señalarse que no resulta plausible atribuir a autores como Putnam la lectura robusta del principio según el cual el significado determina el dominio de aplicación del término, precisamente porque, según su concepción, es la extensión o referencia la que determina (al menos parcialmente) el significado, y no a la inversa. Considero en cambio que Putnam tiene en cuenta dos tesis (i) el significado determina la referencia y (ii) el significado está en la cabeza de los hablantes, y que cuestiona la segunda, pero no la primera. La conclusión de Putnam no es que la referencia determina el significado, sino que el significado, que determina la extensión o dominio de aplicación de un término general, está en parte constituido por elementos que no son accesibles cognitivamente al hablante (es decir, no están en su cabeza). Por ejemplo, parte de lo que determina la extensión de ‘agua’ es la composición molecular del líquido. Sobre su posición con respecto a si el significado determina la referencia, véase Putnam, H. “The Meaning of ‘Meaning’”, en *Language, Mind and Knowledge*, Gunderson, K. (ed.), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, pp. 131-193, especialmente pp. 164 y 165. En todo caso, incluso si se aceptara la caracterización según la cual es la referencia la que determina el significado, puede igualmente admitirse que ese significado, dependiente de la referencia, determina el dominio de aplicación del término de una vez y para siempre, que es el elemento central que defiende en el texto.

²⁹ Véase Plunkett, D. y Sundell, T., “Antipositivist Arguments from Legal thought and Talk. The Metalinguistic Response”, en Hubb, G. y Lind, D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Londres, Routledge, 2014, pp. 56-75.

bilidad es contrario a la presunción de que el dominio de aplicación está fijado de una vez y para siempre. De este modo, la reflexión sobre casos como “ave” y “atleta” sugiere que la semántica de algunos términos es *flexible* en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto, una muestra, o un fenómeno bajo la extensión del término, puede haber más de un curso de acción abierto que parece compatible con el significado del término, más de un curso de acción que es una continuación del uso anterior³⁰.

La flexibilidad semántica ha sido reconocida de diferentes maneras y con diferentes consecuencias por distintos autores. Por ejemplo, Joseph LaPorte ha argumentado, en contra de Putnam, que los usos pre-científicos de los términos tienen textura abierta y, a medida que avanza la ciencia, puede apreciarse que no está determinado en todos los casos si un término debe aplicarse a una muestra o ejemplo dado. En esta medida, no está claro si una nueva sustancia con los mismos rasgos superficiales pero una microestructura diferente, o una nueva sustancia con rasgos superficiales diferentes pero la misma microestructura, pertenecerían a la extensión del término³¹. Por lo tanto, los expertos toman decisiones, y sus elecciones refinan el significado de un término, sin que haya una ruptura en su uso. Rechaza por tanto la interpretación robusta del principio.

La flexibilidad también es advertida por Henry Jackman³², quien argumenta que en cualquier punto dado en la historia del uso de un término hay posibilidades alternativas con respecto a la extensión del dominio de aplicación, *equilibrios alternativos*, que son consistentes con la práctica pasada. La práctica evoluciona en la medida que el significado del término se va determinando, pero no tiene que verse como un cambio ni en la práctica ni en el significado a no ser que se llegue a un equilibrio que no era accesible (Jackman, 1999, 160-1). Jackman, a diferencia de LaPorte, no ve las posibles historias alternativas del uso de un término como refina-

³⁰ En sentido estricto, es nuestro uso de los términos el que es o no flexible, y ello tiene un impacto directo en el modo en que opera el término y en su significado.

³¹ LaPorte, J., *Natural Kinds and Conceptual Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 103.

³² Jackman, H., *op. cit.*

mientos de un significado que estaba indeterminado, sino como situaciones en que se preserva el significado.

Es importante tener en cuenta que diferentes términos pueden tener equilibrios más o menos accesibles. Algunos términos pueden tener muy pocos, o quizá ningún equilibrio alternativo, y para esos términos el dominio de aplicación está fijado de una vez por todas: cuando el término adquiere un significado, solo hay una posible historia de aplicación correcta.

La visión de Jackman puede considerarse radical ya que, en su opinión, tenemos que aceptar que los desarrollos futuros afectan la práctica presente y pasada. Propone así una forma de “externalismo temporal” según el cual la conducta futura de un individuo o su comunidad pueden afectar el contenido de sus pensamientos y usos³³, una visión que él ve en plena consonancia con el tipo de externalismo respaldado por Kripke, Putnam y Tyler Burge. Desde el punto de vista de Jackman, las aplicaciones pasadas de un término flexible t a a son incorrectas si la historia posterior del uso del término no incluye a a bajo la extensión de t . No es solo una cuestión de que nosotros, los hablantes actuales, las juzguemos como incorrectas: están equivocados porque la corrección de la aplicación, así como el contenido de las expresiones y los pensamientos, es relativa a las historias alternativas del uso del término. No obstante, este paso adicional de Jackman no está intrínsecamente conectado con la idea de que la semántica de algunos términos es flexible. Se puede adoptar una posición más cercana a LaPorte y aceptar que hay un cierto nivel de indeterminación en cuanto a si un término t se aplica a a de un modo consistente con el significado de t , indeterminación que la práctica futura resuelve. En todo caso, la imagen de Jackman es útil para explicar nuestra tendencia a juzgar como incorrecta una aplicación de t a a por nuestros predecesores, sobre la base del desarrollo futuro del término. Así, aunque el uso de algunos términos puede ser flexible, una vez que se consolida una posible historia de uso, esa forma de uso se vuelve *expansiva* hacia el pasado: tendemos a mirar atrás como si esa forma de aplicación del término siempre hubiera sido la única correcta³⁴.

³³ Jackman, H., *op. cit.*, p. 160.

³⁴ Como señalamos en Martí G. y Ramírez Ludeña, L., *op. cit.*, el carácter más o menos flexible de un término puede variar con el tiempo. Además, la flexibilidad es gradual ya que hay

Puede parecer que de lo anterior se desprende que todos los términos son flexibles, pero no es así. Cualquier término podría haber sido asociado con una extensión diferente. La palabra “mesa” podría haberse aplicado a mesas y sillas, pero eso no hace que el término sea flexible. La cuestión de la flexibilidad surge cuando hay una práctica consistente y continua de aplicación de un término a un cierto dominio, y entonces surge la pregunta de si el término se aplica a un objeto o muestra que, de alguna manera, es similar a, y de alguna otra forma, diferente de, los miembros de la extensión. Si la semántica del término es flexible, la opción de incluir o excluir los nuevos objetos en la extensión es igualmente consistente con el uso anterior. Para un término inflexible, los criterios son estrictos y no surgen dudas sobre la extensión. Que la semántica de un término sea o no flexible depende de muchos factores, incluyendo las intenciones e intereses de los hablantes, y lo que pueda estar en juego a efectos de mantener fija la extensión.

Admitir flexibilidad semántica nos lleva a preguntarnos qué hace que la historia del uso de un término flexible vaya de una forma u otra. LaPorte, centrándose en los usos pre-científicos de los términos, sugiere que es tarea de los expertos impulsar un determinado uso. Pero es importante advertir que gran variedad de factores pueden tener incidencia: consideraciones económicas, políticas, la presión social, cuestiones morales, la capacidad de influencia de algunos individuos, entre otros³⁵.

términos extremadamente flexibles, pero otros que no lo son tanto. Y algunos son inflexibles. Por ejemplo, el significado de “tungsteno” viene dado por la descripción “el elemento con número atómico 74”; los usos pasados, presentes y futuros de “tungsteno” se aplican correctamente solo a esa sustancia. Para los términos semánticamente inflexibles, la interpretación tradicional robusta del principio de que el significado determina la referencia sí se cumple.

³⁵ Otro ejemplo de flexibilidad lo encontramos en los e-sports. Las competiciones de videojuegos son hoy en día un fenómeno social que reúne a millones de jugadores y se ha convertido en un negocio de grandes proporciones. El interés que suscitan estas competiciones ha dado como resultado la participación de patrocinadores y la creación de una federación internacional. Y existe una discusión en curso sobre el reconocimiento de los deportes electrónicos en la categoría de deportes olímpicos para los Juegos de Tokio de 2020. De hecho, desde finales de 2017, el COI ya ha reconocido que podría considerarse una actividad deportiva, destacando características tales como la intensidad del entrenamiento, que es comparable con los deportes tradicionales. Pero la decisión del COI podría ir en otra dirección. Las decisiones con respecto a la aplicación o no de términos a las cosas

Otra distinción semántica relevante que es diferente de la anterior tiene que ver con la aceptabilidad de la coexistencia de diferentes usos de un término, que dividen aproximadamente el mismo dominio de aplicación de diferentes maneras. En aquellos casos en que dos (o más) usos coexisten, esos usos se corresponden intuitivamente con diferentes significados. Pero hay casos en que la coexistencia de varios usos no es aceptada como legítima por la comunidad de hablantes y no es vista como permisible desde el punto de vista semántico. Si se acepta la coexistencia de diversos usos, el término (nuestro uso de él) es *tolerante*. Cuando no se admite la coexistencia de diferentes prácticas de uso, la semántica del término es *estricta*.

Como podrá apreciarse con los siguientes ejemplos, la distinción anterior difiere de la distinción entre semántica flexible e inflexible. Pensemos en las disputas acerca de si los tomates deben ser considerados fruta a efectos del pago de impuestos. Más allá de las dudas que puedan surgir en un determinado contexto con respecto a qué uso es relevante, y aunque es difícil controvertir que botánicamente hablando los tomates son frutas, existe un uso culinario consolidado que es visto como legítimo. Esto indica que nuestro uso de “fruta” es tolerante. Así, nuestra aceptación del uso culinario muestra que la aplicación de los términos no siempre está guiada por la intención de captar la naturaleza de los objetos o clases, y que no siempre estamos comprometidos con la exclusiva legitimidad de los usos científicos o expertos. Pero esto es totalmente independiente de la flexibilidad de cada uno de los usos. Si Kripke y Putnam tienen razón y los términos científicos pretenden reflejar la esencia subyacente de las clases, el uso botánico de “fruta” es inflexible. Esta es, no obstante, una cuestión controvertida. Pero, en lo que aquí interesa, lo relevante es que puede verse fácilmente cómo términos cuyo uso es tolerante pueden ser (en algunos de sus usos) inflexibles.

En contraste con lo anterior, la forma en que se usan algunos términos impide la aceptabilidad de la coexistencia de diferentes usos e impone un

dependen de qué características similares terminan siendo destacadas como relevantes. Y esta no es una cuestión puramente semántica. En este caso, como en muchos otros, existen pocas dudas de que el impacto comercial, las diferencias generacionales y las actitudes sociales cambiantes son determinantes. Sobre los e-sports, véase Pérez Triviño, J.L., “Los retos jurídicos de los e-Sports”, *Revista Jurídica LaLiga*, 6, 2017, pp. 1-8.

modo semántico de operación estricto. En el pasado, los pacientes con paro cardíaco temporal o personas con casos graves de catalepsia que se habrían recuperado espontáneamente fueron en ocasiones declarados muertos. Muchos de ellos fueron enterrados o cremados. Fue un error declararlos muertos, y los que así lo hicieron estaban cometiendo un error. Su aplicación del término estaba guiada por la concepción de la muerte imperante en ese momento. Pero “muerto” significaba, entonces y ahora, muerto.

Como Michael Moore ha señalado³⁶, tanto nosotros como nuestros antepasados queremos referirnos al fenómeno de la muerte. Si ellos hubieran sabido lo que nosotros sabemos sobre la posibilidad de reanimar a las personas, también habrían dicho que esas personas no estaban muertas. Y ellos, del mismo modo que nosotros, cambiarían los indicadores convencionales acerca de cuándo alguien está muerto si así lo estableciera una teoría científica que se considerase mejor³⁷.

La intención fundamental de los hablantes que usan “muerto” y “muerte” siempre ha sido referirse al fenómeno de la muerte, el cese irreversible de funciones vitales, incluso si las concepciones sobre la muerte han cambiado a lo largo de la historia y han variado de comunidad en comunidad. Innegablemente, la intención de referirse al fenómeno natural, un fenómeno que seguimos conociendo, está guiada por nuestro interés: no queremos ser declarados muertos a menos que realmente estemos muertos. Y ello explica la estabilidad del significado a través de nuevos descubrimientos y cambios de creencias y estereotipos sobre el fenómeno. El significado o uso de “muerto” y “muerte” es estricto, ya que no se considera aceptable ningún otro uso o significado de “muerte”, un uso que corte el mismo dominio de aplicación de una manera diferente³⁸. Al mismo tiempo, su uso es inflexible: en cualquier momento, usar “muerto” para incluir a personas en estados reversibles no parece constituir una posible alternativa continuadora del significado de “muerto”.

³⁶ Moore, M. “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398.

³⁷ Moore, M., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398, en especial pp. 297-298.

³⁸ Evidentemente, dejo aquí de lado usos laxos y figurados como “se me ha muerto la batería”.

Un caso en que las distinciones anteriores parecen relevantes es precisamente la disputa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, la discusión se ha movido a lo largo de dos líneas diferentes. Por un lado, encontramos a aquellos que, aceptando que el matrimonio tradicional involucra la unión de la mujer y el hombre, declaran la institución tradicional del matrimonio difunta y ven la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo como el comienzo de una nueva institución para la cual queremos continuar usando una vieja palabra con un nuevo significado³⁹. Por otro lado, Adèle Mercier, que actuó como experta ante los tribunales canadienses, defendiendo a parejas homosexuales que luchaban por su derecho a contraer matrimonio, considera un argumento semántico según el cual los rasgos característicos que definen un matrimonio (compromiso con una vida en común, respeto, confianza, etc.) están presentes en las uniones heterosexuales y del mismo sexo, por lo que el matrimonio entre personas del mismo sexo siempre habría estado bajo la extensión del “matrimonio”⁴⁰. Como puede fácilmente advertirse, aunque de distintos modos, ambas posiciones asumen una versión robusta del principio según el cual el significado determina la referencia o, en otras palabras, asumen que el término “matrimonio” es inflexible.

En el caso de la STC que aquí se está analizando, esta parece ser también la asunción de muchos de los intervinientes, ya que tanto quienes impugnaron la reforma como la mayor parte de los votos particulares hacen referencia a la existencia de una esencia o naturaleza detrás del término “matrimonio”, que excluye las parejas del mismo sexo, y que está fijada de una vez y para siempre. Precisamente por ello, perciben la inclusión de las parejas del mismo sexo como una ruptura con el uso preexistente, como un cambio en el significado del término “matrimonio”. De ahí que consideren que se está modificando implícitamente la CE.

³⁹ Por ejemplo, Epstein, B., 2015: <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/02/16/what-alabamas-roy-moore-gets-right/>

⁴⁰ Mercier, A., “Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?”, *Essays in Philosophy*, 8 (1), 2007. El argumento de Mercier es obviamente más complejo que el expuesto brevemente en el texto.

Otra forma de ver la cuestión es considerar en cambio que “matrimonio” es un término con una semántica flexible, en cuyo caso, adoptando la terminología de Jackman, en el momento en se planteó la situación de las uniones entre personas del mismo sexo, había dos equilibrios accesibles diferentes que eran consistentes con el significado del término. Uno de ellos acepta la aplicación del “matrimonio” a las uniones del mismo sexo, y el otro la restringe a las uniones entre hombre y mujer. La presión social y, en muchos países, las decisiones legislativas y de los jueces, han avanzado hacia la inclusión de las uniones del mismo sexo como matrimonios⁴¹. Al mismo tiempo, parece claro que diferentes usos, uno que clasifica a una unión como matrimonio y otro que lo clasifica como no-matrimonio, no pueden coexistir oficialmente en una comunidad. Es por ello que el uso de “matrimonio” es además estricto. En todo caso, tener en cuenta la distinción entre flexibilidad y tolerancia, ya presente en la literatura pero no enfatizada suficientemente, nos ayuda a entender el modo en que opera el término “matrimonio” y a darnos cuenta que su carácter estricto no debe llevarnos a pensar que su uso es inflexible⁴².

5. Consideraciones finales

Aunque en el apartado 3 hemos visto diferentes críticas al uso de la interpretación evolutiva, tanto con carácter general como en su aplicación al caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, considero que dichas críticas se ven matizadas si tomamos en consideración que el término “matrimonio”, tal y como se usaba en España al llevarse a cabo la reforma,

⁴¹ Ya hemos visto que, si unos entienden que el significado del término estaba indeterminado y está siendo refinado, para Jackman el significado se mantiene constante y los usos anteriores diferentes del que se ha consolidado están y estuvieron *siempre* equivocados. En ambos casos, se puede reconocer que, psicológicamente, nuestro uso del término es expansivo, y tendemos a ver los usos anteriores distintos al nuestro como equivocados.

⁴² Todo lo anterior nos permite advertir que flexibilidad y tolerancia son conceptos independientes entre sí: nuestro uso de algunos términos es tolerante (“fruta”), lo que no excluye que en algunos casos haya a la vez inflexibilidad (uso científico de “fruta”) o flexibilidad (uso culinario de “fruta”). También hay términos inflexibles como “muerte” que son estrictos, y términos estrictos como “matrimonio” que parecen ser flexibles.

era flexible. El caso de las uniones entre personas del mismo sexo plantea dudas sobre su inclusión bajo el dominio de aplicación del término “matrimonio”, existiendo dos equilibrios alternativos, ambos compatibles con el significado del término. Este modo de ver las cosas no solo da sentido a las discrepancias existentes en su momento, sino también al propio razonamiento del Tribunal Constitucional, que entiende que el legislador podía haber optado o no por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta medida, asociábamos un complejo entramado de creencias con los matrimonios, entre las que se encontraba la idea de ser una comunidad de afecto, y también que tenía lugar entre hombres y mujeres. Un determinado cambio en la percepción social, sumado a la victoria de un determinado partido político y a la decisión del TC, han terminado consolidando una historia de uso del término en que hemos desechado que el hecho de que se produzca entre hombres y mujeres sea determinante. Pero no hay que obviar que las cosas podrían haber ido de otro modo, y una historia alternativa podría haberse consolidado si las circunstancias hubieran sido otras, por ejemplo si los matrimonios hubieran tenido desprestigio social o si hubiera sido otro el partido en el gobierno. Reconocer ambas posibilidades, como hace el TC, no debe llevarnos a obviar que, psicológicamente, y una vez se consolida una de las posibilidades, esta tiene un carácter expansivo hacia el pasado, en el sentido en que tendemos a ver usos distintos del que se ha consolidado como equivocados.

Ver las cosas de este modo nos permite además conferir un espacio característico a la interpretación evolutiva, bien delimitada de otros fenómenos diferentes. Así, ya vimos que en ocasiones se usa esa interpretación cuando en realidad no estamos en un cambio de interpretación, sino solo en la extensión del término (ejemplo del comercio). Y en ocasiones se la usa cuando en realidad lo que ocurre es que hay una mejor aproximación al fenómeno, simplemente reforzando una tesis sustantiva que termina siendo crucial (por ejemplo, cuando se discute sobre qué exige la dignidad). Pero en esos casos tampoco hay una genuina interpretación en atención a los nuevos tiempos, sino un descubrimiento sustantivo que se ve respaldado por un cambio en la percepción social, en que la interpretación evolutiva resulta en realidad superflua. Pues bien, desde mi punto de vista en ninguno de esos dos grupos de casos puede hablarse en sentido estricto de

interpretación evolutiva. En cambio, la interpretación evolutiva sí adquiere pleno sentido en aquellos casos en que estamos frente a términos flexibles, en que hay dos equilibrios alternativos compatibles con el uso del término, y en que el modo en que se desarrollan las circunstancias determina que se consolide uno de ellos.

Reconocer que la interpretación evolutiva tiene cabida en el caso de términos flexibles nos conduce en buena medida a evitar los problemas a los que me referí en el tercer apartado. En primer lugar, porque nos permite evitar argumentaciones oscilantes. Además, el rol de la interpretación evolutiva no sería en esos casos superfluo, y el carácter contingente en la estructura del razonamiento vendría dada precisamente por reconocer que, como en muchos otros casos, estamos frente a un término flexible. Por otro lado, se reconocerían las dificultades a la hora de determinar qué creencias son determinantes para los hablantes a efectos de aplicar los términos. Estas se van ajustando de un modo u otro en atención a complejas circunstancias contingentes, lo que no impide que los términos se apliquen de manera no problemática a numerosos supuestos hasta que surge el caso o grupo de casos que plantean dudas. Ser conscientes del vínculo entre interpretación evolutiva y flexibilidad conduce a que la interpretación evolutiva ocupe un rol central en la argumentación y que se vea restringida a supuestos de términos flexibles, como ya he apuntado con anterioridad. Finalmente, dados los diferentes elementos que conducen a que un uso u otro terminen consolidándose, puede reconocerse, como ocurrió en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en España, que la propia modificación legislativa, entre otras muchas circunstancias, desempeñó un rol central para que una de las opciones se impusiera.

Podría sin embargo objetarse que, para que la argumentación del TC resulte concluyente, no basta con reconocer que el término “matrimonio” es flexible, sino que debe además constatarse que hay una tendencia clara hacia la opción escogida por el propio TC, algo que constituye una deficiencia en esta sentencia. En caso de que no haya esa tendencia previa, y aunque la decisión del TC haya contribuido a que las cosas vayan en una dirección, el TC no puede ampararse en la evolución que él mismo promueve para justificar su decisión. Pese a todo, creo que esta crítica puede

ser superada. Por una parte, la evolución explica por qué el matrimonio entre personas del mismo sexo es una opción para el legislador, es decir, pone de relieve la propia flexibilidad del término “matrimonio”, y no tanto la elección de una de las opciones. Su carácter flexible sí queda constatado en la propia sentencia, pues queda claro que la posibilidad de entender que hay matrimonios entre personas del mismo sexo no es vista como completamente descabellada y, en esta medida, que el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo no supone una *ruptura* con el uso preexistente. Por otra parte, podría criticarse que el TC haya optado por el reconocimiento del matrimonio sin que se haya constado una tendencia consolidada en esa dirección. Pero si se lee con detenimiento la decisión puede verse que el TC hace precisamente lo que tiene que hacer: apreciar que el término es flexible y dejar en manos del legislador la elección. Así, en sentido estricto el TC no se decanta por una de las opciones, sino que reconoce la constitucionalidad de la opción escogida por el legislador, en tanto es una de las opciones disponibles dada la flexibilidad del término, derivada de cómo ha evolucionado en su uso.

Dos consideraciones finales son importantes a efectos de destacar positivamente no solo de la decisión del TC, sino también el modo en que la fundamenta, pese a las reticencias que se habían puesto de manifiesto en el tercer apartado. Por un lado, hay que tener en cuenta el modo en que está redactada la normativa, y si ésta impone un límite a efectos de adoptar una determinada interpretación. Así, si la redacción de la CE hubiera sido diferente, por ejemplo señalándose que “Solo el hombre y la mujer tienen derecho a casarse entre ellos”, la reforma constitucional hubiera sido necesaria, más allá de los diferentes modos en que se podría haber entendido el término “matrimonio”⁴³. Por otro lado, hay que considerar que la apelación a cómo se desarrollan contingentemente los acontecimientos no plantea un problema de imposición de la voluntad de la mayoría a una minoría en un caso como este. Esto es así precisamente porque es la minoría la que se

⁴³ Esto es lo que ocurría en el caso de la Constitución de California, que establecía “Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California”, cláusula que la Corte Suprema consideró contraria a la Constitución de los Estados Unidos.

ve protegida por la decisión del TC⁴⁴. Tomando en consideración todo lo anterior, creo que muchas de las críticas que la decisión, y particularmente la argumentación, del TC han recibido, deben ser, al menos, matizadas.

Bibliografía

- Canosa Usera, R., “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, “Interpretación constitucional y jurisdicción electoral”, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 57-98.
- Epstein, B., 2015: <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/02/16/what-alabamas-roy-moore-gets-right/>
- Frege G., “El pensamiento”, en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de “Der Gedanke. Eine logische Untersuchung”, en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, n. I, 1918, pp. 58-77 .
- Frege G., “Sobre el sentido y la referencia”, en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998. Trad. Valdés Villanueva de “Über Sinn und Bedeutung”, en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, C, pp. 25-50).
- Goig Martínez, J.M., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, 12, 2013.

⁴⁴ En este mismo sentido, señala Mastromartino: “La interpretación a la que llegó el Tribunal recurriendo a la conciencia social, es decir apelando a la imagen que la mayoría absoluta de la sociedad española contemporánea tiene del matrimonio, arrojó el resultado exactamente opuesto, ya que permite, decretando la no inconstitucionalidad de la ley controvertida, tutelar una minoría discriminada en razón de su orientación sexual, reconociéndole derechos hasta ahora negados”. Véase Mastromartino, F., “Sobre la interpretación de la Constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 153-175, en p. 173.

- Helmersen, S.T., “Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions”, *European Journal of Legal Studies*, 6 (1), 2013, pp. 127-148.
- Inagaki, O., “Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: The Two-Stage Reasoning”, *Journal of International Cooperation Studies*, 22 (2), 2015.
- Jackman, H., “We Live Forwards but Understand Backwards: Linguistic Practices and Future Behavior”, *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, 1999, pp. 157-177.
- LaPorte, J., *Natural Kinds and Conceptual Change*, Cambridge University Press, 2004.
- Letsas, G., “Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation”, en Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.
- López y López, A.M., “En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)”, *Derecho Privado y Constitución*, 27, 2013, pp. 173-208.
- Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L., “Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms”, *Synthese*, 2018, pp. 1-14.
- Mastromartino, F., “Sobre la interpretación de la Constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 153-175.
- Matia Portilla, F.J., “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, pp. 535-554.
- Mazzarese, T., “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, *Doxa*, 23, 2000, pp. 597-631.
- Mercier, A., “Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?”, *Essays in Philosophy*, 8 (1), 2007.
- Moore, M., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 277-398.

- Pérez Triviño, J.L., “Los retos jurídicos de los e-Sports”, *Revista Jurídica LaLiga*, 6, 2017, pp. 1-8.
- Moreso, J.J., “Legal Positivism and Legal Disagreements”, *Ratio Juris*, 22, 2008, pp. 62-73.
- Poggi, F., “Significado literal: Una noción problemática”, *Doxa*, 30, 2005, pp. 617-634.
- Plunkett, D. y Sundell, T., “Antipositivist Arguments from Legal thought and Talk. The Metalinguistic Response”, en Hubb, G. y Lind, D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Londres, Routledge, 2014, pp. 56-75.
- Putnam, H., “The Meaning of ‘Meaning’”, en *Language, Mind and Knowledge*, Gunderson, K. (ed.), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, pp. 131-193.
- Ramírez Ludeña, L., “The Meaning of ‘Literal Meaning’”, *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101.
- Recanati, F., *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Russell, B., “On Denoting”, *Mind*, 14, 1905, pp. 479-493.
- Russell B., “Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 11, 1910-11, pp. 108-128)
- Searle, J., “Literal Meaning”, *Erkenntnis*, 13, 1970, pp. 207-224.
- Waluchow, W., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Wilson, M., “Predicate Meets Property”, *The Philosophical Review*, 91 (4), 1982, pp. 549-589.

Sección III

Discusiones: Libros

Comentarios sobre la Teoría de las *contraintes* jurídicas. A propósito de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorzcyk (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005*

Remarks on the Theory of legal constraints. A Reading of Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorzcyk (eds.), Théorie des contraintes juridiques, París, LGDJ, 2005

Eric Millard**

Recepción: 16/10/2019

Evaluación: 19/10/2019

Recepción y aceptación final: 23/10/2019

Resumen: El conjunto de tesis que ha sido denominado *Théorie des contraintes juridiques*, se ha desarrollado, desde hace unos veinte años, en el marco del *Centre de Théorie et Analyse du Droit* de la Universidad de París-Nanterre, Francia, a partir de la obra de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorzcyk. El libro aquí comentado es una expresión de ese trabajo colectivo. En la primera parte de este texto realizaré una presentación de las tesis defendidas por los promotores de la Teoría. Así, me referiré al marco epistemológico en el cual se inserta, luego propondré una definición más precisa y una tipología posible de las *contraintes*. En la segunda parte, realizaré observaciones críticas e introduciré algunas consideraciones propias. Por un lado, me detendré en la dificultad de la Teoría para dar cuenta de la regularidad en las decisiones judiciales y, por otro lado, me referiré a la necesidad de abordar la cuestión

* Traducción del francés de Eric Millard, Véronique Champeil-Desplats y Federico José Arena.

** Profesor de derecho público en la Université Paris Nanterre, Francia y Miembro honorario del Institut Universitaire de France. Correo electrónico: eric.millard@parisnanterre.fr

de la argumentación jurídica usando una noción de *contrainte* diferente a la que propone la Teoría.

Palabras claves: *Contrainte*, realismo jurídico, argumentación, explicación/justificación, decisión judicial.

Abstract: The set of thesis called *Théorie des contraintes juridiques*, has been developed, for about twenty years, within the *Centre de Théorie et Analyse du Droit* of the University of Paris-Nanterre, France, from the work of Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats and Christophe Grzegorzczuk. The book discussed here is an expression of that collective work. In the first part of this paper I will introduce the theses defended by the Theory. Thus, I will make reference to the epistemological framework in which it is inserted, then I will propose a more precise definition and a possible typology of *contraintes*. In the second part, I will make some critical observations and introduce some considerations of my own. On the one hand, I will focus on the difficulty of the Theory to account for the regularity in judicial decisions and, on the other hand, I will insist on the need to address the issue of legal argumentation using a notion of *contrainte* though different from the one advanced by the Theory.

Keywords: *Contrainte*, legal realism, argumentation, explanation/justification, judicial decision.

1. Introducción

Aquello que denominamos *Théorie des contraintes juridiques* es en realidad un subconjunto de tesis limitadas, que no constituye en sí misma una teoría completa del derecho, alternativa al normativismo o al realismo jurídico, por mencionar algunas de las más conocidas. En cambio, este subconjunto de tesis aspira a integrarse dentro de una teoría del derecho de mayor alcance, de tipo realista, con la finalidad de completarla respecto de una de sus zonas menos claras, a saber, cómo conjugar la discrecionalidad de los jueces, señalada por una teoría realista, con la constatación empírica de que existen sólidas y constantes líneas jurisprudenciales.

Este conjunto de tesis, al que seguiré, de todos modos, denominando “teoría” (teniendo en cuenta las limitaciones que acabo de señalar), se ha desarrollado, desde hace unos veinte años, en el marco del *Centre de Théo-*

rie et Analyse du Droit de Nanterre, Francia, a partir de la obra colectiva o individual de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats y Christophe Grzegorzczak. Sin embargo, lo que suele entenderse como “Teoría de las *contraintes* jurídicas” no es una teoría uniforme: este desarrollo colectivo dentro del *Centre de Théorie et Analyse du Droit* se ha hecho desde posiciones filosóficas, epistemológicas y teóricas muy diferentes, en un intento por elaborar propuestas teóricas en torno a la consideración del papel de la causalidad en el derecho; estos intentos fueron sometidos a una discusión más allá del *Centre de Théorie et Analyse du Droit*¹ y han luego sido recuperados, adaptados, modificados o incluso abandonados de acuerdo con los recorridos individuales².

Por diferentes razones, esta teoría tuvo una difusión limitada. Por un lado, porque fue presentada esencialmente dentro del contexto francófono, como un trabajo en progreso, y no ha obtenido mucha publicidad en otros idiomas³. Sin embargo, Mauro Barberis, en el capítulo 6 del primer volumen de la *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*⁴, dedicado al “Realismo jurídico europeo-continental” reserva algunos párrafos a lo que denomina “El realismo jurídico francés” y ubica dentro de las tesis que lo caracterizan a las que son propias de la teoría de las *contraintes* jurídicas:

Esta idea [la discrecionalidad interpretativa es potencialmente ilimitada] genera un problema sobre por qué un poder potencialmente

¹ Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorzczak, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

² Ver, por ejemplo, Brunet, P. y Champeil-Desplats, V., “La théorie des *contraintes* face à la théorie des sources du droit, en Cartuyvels, Y. et al (eds.), *Les sources du droit revisitées*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2013; Troper, M., “Argumentation et explication”, *Droits*, 54, 2, 2011.

³ Junto a Véronique Champeil-Desplats hicimos una presentación de la teoría en el marzo del Seminario franco-italo-hispano-portugués de Teoría del derecho en Tossa del Mar, España, en 2005. Esa presentación fue luego publicada en la *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 18, 1, 2017, pp. 221-234. Esa presentación es la base de la primera parte de este texto. También dediqué algunas palabras a este conjunto de tesis en el último capítulo de mi *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 167-180.

⁴ Fabra Zamora, J.L. y Núñez Vaquero, Á. (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, 2015. (<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>)

ilimitado actualmente no sea ejercido: ¿qué impide a los tribunales superiores adquirir el monopolio de la producción del derecho? A esta pregunta Troper y sus discípulos responden con una teoría de las *contraintes** jurídicas. Dicha teoría desarrolla la idea del siglo XVIII de la constitución como máquina: los primeros constitucionalistas concibieron la constitución (no como norma, sino) como una máquina ideada de modo tal que constriñera a los gobernantes a respetar sus propias competencias. Del mismo modo, también el derecho constriñe a los órganos judiciales –incluidos los tribunales superiores– a respetar sus propias competencias, absteniéndose de usar sus propios poderes interpretativos hasta sus últimas consecuencias. La idea es similar a aquella de Lundstedt de la máquina del derecho, pero presenta la misma dificultad. A saber: o bien las normas funcionan solo como razones (como sostienen los filósofos), o bien también como causas. El problema es que no es del todo claro si los realistas defienden o no esta última tesis.

Mauro Barberis, en la nota correspondiente al asterisco ubicado luego del término *contraintes*, señala una cuestión importante:

No hay un término que funcione bien en todos los lugares en que aparece *contrainte* en los textos troperianos. Además, hasta donde entendí, *contrainte* tiene en francés una ambigüedad inquietante entre normativo (significa algo así como obligación) y lo empírico (significa también algo así como fuerza que acciona sobre algo).

Por otro lado, en Francia misma (como en otros países en parte francófonos), la teoría de las *contraintes* ha fracasado en la medida en que la versión vulgarmente difundida en el ámbito de la dogmática jurídica ha hecho de esa teoría una mera propuesta *per se*, en el mejor de los casos, o un simple eslogan, en el peor. Así, si bien es frecuentemente citada en la literatura, ha sido despojada de sus implicaciones epistemológicas y analíticas. En este contexto, la teoría no ha logrado extender el campo de la teoría

del derecho (muy limitado en Francia)⁵, ni ha impedido que se divulgara una versión caricaturesca de las tesis realistas⁶.

Por último, tampoco podemos ignorar que los promotores mismos de la teoría de las *contraintes* no han desarrollado ni defendido ulteriormente, más allá de aquella obra colectiva, la importancia de sus tesis.

A pesar de todo, quizás la obra aquí recordada merezca algo más que el olvido, incluso si, como en mi caso, se puede ser crítico sobre sus conclusiones y su enfoque. Sin dudas, uno de sus méritos es el de identificar una pregunta que debería ser respondida por las teorías realistas, más allá de cuál sea la estrategia que debería adoptarse para hacerlo o no hacerlo. Es por eso que agradezco a mis amigos de la revista *Discusiones* el interés por volver a esta teoría, como consecuencia de la conversación que tuvimos durante un seminario en la primavera de 2019, en la Universidad Nacional de Córdoba.

Realizaré en primer lugar una presentación de las tesis defendidas por los promotores de la Teoría de las *contraintes* jurídicas y, en segundo lugar, formularé algunas observaciones críticas e introduciré algunas consideraciones propias sobre las cuestiones abordadas por la teoría.

⁵ En este sentido, vale la pena notar que Otto Pfersmann, en el debate que lo vio oponerse a Michel Troper poco después de que este último formalizara la Teoría de las *contraintes* jurídicas, se limita a mencionar muy rápidamente esa teoría, concentrándose más bien en los matices realistas de la teoría de Troper y en sostener implícitamente que la teoría de las *contraintes* se limita a ofrecer tesis complementarias, por lo que su pertinencia depende de aceptar también la posición realista. Véase principalmente Pfersmann, O., “Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

⁶ En 2012, dos números de la revista *Droits*, resultado de un seminario organizado por Stéphane Rials, han reinstalado el debate teórico: los números 54 y 55 de 2013, “L’argumentation des juristes et ses contraintes”. Sin embargo, surge con claridad de esos textos que los participantes no comparten un mismo concepto de *contraintes*, y mucho menos comparten, seguramente por esa misma razón, cuál es su función en una teoría. La segunda parte de este texto se apoya en el análisis que realicé para esa publicación (Millard, E., “Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité”, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 55, 2013, pp. 23-40).

2. Las tesis

Como dije más arriba, la teoría proviene de una reflexión colectiva en el seno del *Centre de Théorie et Analyse du Droit*. Al momento de llevar a cabo la primera formulación explícita de la teoría, se invitó también a algunos investigadores externos al *Centre* y otros actores jurídicos (jueces constitucionales, jueces del Consejo del Estado, abogados, etc.) para que la comentaran. La teoría y los comentarios se publicaron en el libro que origina estas notas⁷.

El libro comienza con dos extensos textos de presentación de la teoría por parte de sus defensores (uno autoría de Véronique Champeil-Desplats y Michel Troper, y el otro autoría de Christophe Grzegorzcyk) que ya desde el inicio proponen una construcción diferente de la misma tesis⁸. A continuación, el libro incluye numerosos textos destinados a ilustrar la teoría propuesta (por ejemplo, el de Troper sobre los cambios en el concepto de ciudadano durante la Revolución francesa, el de Champeil-Desplats sobre la producción de principios constitucionales por parte del *Conseil d'Etat* francés, el de Le Pillouer sobre la Asamblea Nacional constituyente de 1789 o el de Brunet sobre las *contraintes* de la representación en 1793). La tercera parte del libro está consagrada a la discusión de la teoría defendida desde diferentes puntos de vista (Otto Pfersmann, Alec Stone Sweet, Pasquale Pasquino, Bastien François y, desde una lectura más cercana al realismo jurídico de la misma teoría, Jacques Meunier y yo mismo).

Preliminarmente, queda claro que desde el punto de vista de los autores, la *contrainte* no es ni semánticamente, ni conceptualmente una obligación. Así, no es una obligación en el sentido común de los juristas, según el cual

⁷ Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorzcyk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, París, LGDJ, 2005. En esta primera parte me referiré tanto a los defensores de la teoría como a quienes la han discutido en el libro pero comparten un enfoque, en general, realista acerca del derecho.

⁸ Mientras que el primero se presenta como Propuesta y es considerado como la ortodoxia de la teoría de las *contraintes* (pp. 11-24), el segundo es una *Reconstrucción conceptual* (pp. 25-44) y debe ser leído como una lectura que pretende alejarse del positivismo jurídico sin, no obstante, constituir una lectura *a posteriori* del primer texto. Los dos textos son el resultado del trabajo colectivo que originó el libro y es por ello que la contribución de Christophe Grzegorzcyk al surgimiento de la teoría no debe ser subestimado.

una obligación jurídica como es un deber impuesto por normas jurídicas. El concepto de *contrainte* no se concibe como perteneciente al orden del *sollen* (deber ser), sino al orden del *sein* (los hechos). Las *contraintes* son un conjunto de factores que influyen o intervienen en el proceso de decisión y determinan una solución. Las *contraintes* reducen el campo de las posibilidades de los actores que formulan un enunciado, toman una decisión o llevan a cabo un razonamiento jurídico.

Para comprender la teoría de las *contraintes* jurídicas, me referiré al marco epistemológico en el cual se inserta (2.1). Luego propondré una definición más precisa del concepto (2.2). Y, por último, formularé una tipología posible de las *contraintes* (2.3).

2.1. El marco epistemológico de la teoría

El proyecto de construir una teoría de las *contraintes* jurídicas proviene de una observación. Las teorías realistas de la interpretación, desarrolladas en los EEUU al principio del siglo XX, en Europa y América Latina después de la segunda guerra mundial, e introducidas en Francia por Michel Troper, a mediados de los años setenta del siglo pasado, sostienen que los actores jurídicos son libres para interpretar los textos jurídicos y, por lo tanto, son libres también para decidir. Con la expresión “actores jurídicos” se hace referencia a cualquier persona o conjunto de personas que, o bien estén autorizadas por el sistema jurídico para producir normas jurídicas (jueces, legisladores, funcionarios de la administración, etc.), o bien pretenden influir sobre esa producción de normas jurídicas (abogados, fiscales, profesores de derecho, etc.). Sin embargo, si se observa el derecho en acción se advierte que esos actores no se comportan de cualquiera manera. La libertad no crea desorden.

A los fines de explicar esta coherencia y la constancia de las decisiones jurídicas, el recurso al concepto clásico y dogmático de obligación no está disponible para la concepción realista de la interpretación. En efecto, el concepto de obligación implica que los actores jurídicos adoptan un comportamiento determinado porque las normas jurídicas así lo ordenan. En

ese caso, los actores jurídicos estarían vinculados por una norma jurídica preexistente, que guía su comportamiento. Ahora bien, la concepción realista de la interpretación afirma, por el contrario, que cuando un actor jurídico dice actuar según una norma, en realidad, actúa siempre en función de su propia interpretación y de su propia concepción de un enunciado jurídico. Si la norma se entiende como significado, este significado no preexiste en el texto, sino que es el resultado de la interpretación del texto. A su vez, la interpretación es una actividad inevitable en el proceso de aplicación o concretización del derecho.

Así, la teoría realista de la interpretación no puede utilizar el concepto de obligación para explicar las razones que conducen a un actor jurídico a decidir en el sentido que ha elegido, incluso cuando tenía varias opciones. Una posibilidad es decir que no hay explicación y que, en efecto, el actor jurídico es totalmente libre. La coherencia y la constancia de las decisiones, identificadas por los meta-discursos jurídicos, serían meramente casuales o quiméricas. Si esta (no)explicación no nos satisface, tenemos que mostrar que hay razones en virtud de la cual se produce tal coherencia y constancia. Las *constraints* son, según sus defensores, parte de esas razones.

La hipótesis central de la teoría propuesta es que cuando un actor jurídico decide está sometido a un conjunto de *constraints*, más o menos numeroso y homogéneo. Se trata de hechos que, en el proceso de decisión, reducen el campo de opciones disponibles. Por supuesto, la teoría no se agota en esta propuesta genérica y trivial. Su principal ambición científica es mostrar que existen *constraints* específicamente jurídicas⁹. En otras pala-

⁹ Es necesario introducir aquí una aclaración, para evitar un error de lectura que ha sido frecuente respecto de la Teoría de las *constraints*. Las *constraints* son fácticas según la teoría. Hablar de *constraints* jurídicas puede parecer, por ello mismo, curioso. Es decir, ¿cómo es posible que una *constraint* sea al mismo tiempo fáctica y jurídica? Es necesario recordar aquí lo primero que dije al comienzo de este trabajo: la Teoría de las *constraints* no es una teoría en sí misma, alternativa a los realismos, tampoco se trata de una fusión entre realismo y normativismo, o, si se quiere, entre realismo y post-positivismo. La Teoría de las *constraints* ofrece solamente tesis que pretenden completar al realismo jurídico, cualquiera sea su versión, y que, por lo tanto, deben ser consideradas según su coherencia con el resto de las tesis realistas. Entre esas tesis realistas figura el reduccionismo empirista que entiende al derecho como hecho (véase Olivecrona, K., *Law as Fact*, London, Sweet & Maxwell, 1971. Hay traducción al español de Cortés Funes, G., *El derecho como hecho*,

bras, la teoría sostiene que, dentro de las varias *contraintes* que enfrenta un actor jurídico durante el proceso de decisión, es posible aislar *contraintes* que resultan de la configuración del sistema jurídico en sí mismo.

Las *contraintes* se conciben entonces como causas - de índole factual - verosímiles del comportamiento y de la decisión de un actor jurídico. Cuál sea el estatuto científico de un enunciado que afirma que determinado hecho es causa de cierta decisión es objeto de debate entre quienes defienden la teoría de las *contraintes*.

Para la mayoría, el estatuto epistemológico de la teoría de las *contraintes* es similar al de las demás ciencias sociales. En este sentido, la teoría no pretende formular proposiciones *a priori* y predictivas, sino ofrecer un modelo explicativo *a posteriori*, es decir, después de la decisión de los actores jurídicos. El único tipo de enunciados predictivos que la teoría de las *contraintes* jurídicas puede formular es el siguiente: si un actor jurídico se comporta según cierto tipo de racionalidad y dentro de determinada configuración del sistema jurídico, entonces, es verosímil que actuará de una manera dada. Pero, no es posible prever el modo de racionalidad que un actor adoptará cuando tome su decisión.

Para otros, no es posible evitar preguntarse sobre el problema de la falsación y de la verificación empíricas. ¿Qué quiere decir afirmar que hay *contraintes* si no es posible mostrar lo que son y cómo intervienen empíricamente? Se evidencia aquí, en el seno de la teoría de las *contraintes* jurídicas, el debate clásico entre normativistas y realistas moderados, por un lado, y realistas radicales, por el otro, acerca del estatuto de las proposiciones de hecho y la necesidad, o no, de que una ciencia empírica se refiera a hechos empíricamente verificables.

Buenos Aires, Depalma, 1959). Para el realismo, el derecho es un conjunto de hechos (por ejemplo, un conjunto de entidades lingüísticas) y hablar aquí de *contraintes* jurídicas significa simplemente postular que, dentro del conjunto de esos hechos, algunos son entendidos por la teoría como jurídicos y otros no. La teoría de las *contraintes* jurídicas sostiene por lo tanto que algunos hechos (jurídicos) pueden ser analizados como las causas específicas de otros hechos (jurídicos). De este modo, no existe contradicción ontológica, sino más bien una coherencia metodológica, al calificar las *contraintes* como fácticas y como jurídicas al mismo tiempo.

2.2. Definición de *contrainte* jurídica

La *contrainte* jurídica es una situación de hecho en virtud de la cual un actor jurídico adopta determinada decisión o conducta, y no otra decisión o conducta, en razón de la configuración del sistema jurídico del cual participa el actor. En otras palabras, la *contrainte* jurídica es producida por el sistema jurídico y, al revés de la concepción tradicional del derecho como conjunto de normas, es concebida como una *contrainte* de hecho. En efecto, partiendo de una teoría realista de la interpretación, según la cual el actor jurídico puede interpretar las disposiciones normativas de manera discrecional, la interpretación finalmente adoptada no será el producto inmediato de una norma preexistente, haya sido la norma clara o resulte precisada por la interpretación. Por ello, la simple producción de un enunciado imperativo que expresaría una norma no vincula directamente al actor jurídico, sino que puede vincularlo indirectamente. Es decir, la decisión o el comportamiento del actor no dependen de la norma, sino de la interpretación de las disposiciones normativas. La interpretación misma depende de las concepciones que los actores jurídicos tienen de los textos y de varias *contraintes* que incitan a decidir o comportarse de tal manera y no de otra.

Dentro de estas varias *contraintes*, algunas resultan del sistema jurídico. Esta afirmación exige tres precisiones: (1) definir lo que entendemos por sistema jurídico; (2) distinguir *contraintes* jurídicas de *contraintes* que no lo son y (3) explicar cómo surgen las *contraintes*.

(1) El concepto de sistema jurídico se funda en dos elementos. (a) El sistema jurídico está constituido, al menos, por un conjunto de enunciados que tienen una función prescriptiva y que son producidos por los actores jurídicos. (b) Los actores jurídicos son los que están designados como tales por los enunciados del sistema jurídico.

La circularidad de esta presentación¹⁰ es solo aparente, y puede resolverse fácilmente si se distingue entre disposiciones y normas, una distinción clásica de la teoría kelseniana que los realistas aceptan y desarrollan; y si se

¹⁰ Señalada por Otto Pfersmann en Pfersmann, O., "Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.

distinguen las diferentes funciones de las disposiciones, una distinción típica de la filosofía del lenguaje, que la escuela genovesa de análisis crítico del lenguaje aplica al derecho. El punto de partida lo constituye el momento en que un grupo de personas habilitadas *ex nihilo* y/o *post facto* producen un acto constituyente. En ese acto constituyente se formulan disposiciones normativas que autorizan a algunos actores a formular textos y a otros actores, o a esos mismos, interpretar, aplicar o concretizar el contenido de los textos. Los actos realizados por los actores así autorizados son actos de voluntad, en otras palabras, son decisiones. Estas decisiones incluyen también decisiones acerca de quiénes son actores jurídicos y cuáles son sus competencias. Este es el caso, por ejemplo, cuando una Corte Constitucional, mencionada en el texto de una Constitución, determina el alcance de su propio competencia.

(2) La caracterización de las *constraints* específicamente jurídicas permite distinguirlas de otros tipos de *constraints* que pueden influir sobre las decisiones de los actores jurídicos pero que no tienen vínculos con normas del sistema jurídico. Las *constraints* que no son resultado de la configuración del sistema jurídico quedan fuera del análisis de la teoría, aunque puedan, ciertamente, ser objeto de análisis por otras ciencias u otras teorías jurídicas que tengan una concepción diferente del “derecho”. En otras palabras, no se niega que los actores jurídicos enfrenten varios tipos de *constraints*. No obstante, solamente las *constraints* que resultan del sistema jurídico constituyen el objeto de la teoría de las *constraints* jurídicas.

Así, las *constraints* jurídicas se distinguen de las *constraints* materiales que describen, por ejemplo, los análisis históricos: tal persona tomó tal decisión porque le amenazaron con una arma o porque temía ataques terroristas.

Las *constraints* jurídicas son también diferentes de las *constraints* económicas. Los análisis económicos (ignorando aquí la pluralidad de teorías) resaltan las *constraints* vinculadas al costo financiero, a la eficacia o a la rentabilidad de las decisiones.

Las *constraints* jurídicas se distinguen igualmente de las *constraints* de tipo moral o psicológico puestas de relieve por la “teoría del desayuno”, como la personalidad del juez, sus opiniones políticas, religiosas, o el menú de su desayuno antes de la decisión.

Las *contraintes* jurídicas no son, tampoco, *contraintes* sociales. Estas últimas nacen de un conjunto complejo de relaciones entre la estructura de la sociedad y la actividad jurídica. Bajo este enfoque, la decisión jurídica es considerada como el resultado de la transferencia de información entre las diversas actividades sociales. Se trata de un hecho social interdependiente de otros hechos sociales. Este tipo de análisis conduce, por ejemplo, a analizar la permisión del aborto o del matrimonio entre personas del mismo sexo como el resultado de la evolución de las representaciones sociales, pero también, eventualmente, a criticar tal decisión por considerarla conservadora.

Es claro que estos de tipos de factores que pueden influir sobre la decisión de los actores jurídicos no interesan a la teoría de las *contraintes* jurídicas. Ello en cuanto no están vinculados a o justificados en el funcionamiento del sistema jurídico. Pero hay otros tipos de factores cuya caracterización como *contraintes* jurídicas son objeto de controversia. Este es en particular el caso de los argumentos producidos por la dogmática jurídica.

Para algunos, que defienden una concepción estricta de la teoría de las *contraintes* jurídicas, los argumentos de la dogmática no son más que otra *contrainte* social o moral. La única excepción la constituirían los argumentos dogmáticos a los que un actor jurídico le haya dado un significado de norma jurídica, al usarlo para fundar la validez o la invalidez de una norma jurídica general o individual. En Francia, los argumentos de la dogmática no tienen ese estatuto, por lo que, incluso si concedemos que representan una *contrainte*, esta última no es jurídica, sino moral (consagración de un análisis particularmente iluminado), o socio-política (voluntad de legitimación de una decisión).

Para los que conciben la teoría de las *contraintes* jurídicas en un sentido más amplio, los argumentos de la dogmática pueden ser considerados como *contraintes* jurídicas, al menos cuando se trata de propuestas de interpretación de disposiciones normativas. El carácter público de estos argumentos y su pretensión de verdad influyen sobre la decisión de los actores jurídicos, tanto cuando directamente las adoptan, como cuando simplemente las tienen en cuenta para decidir, produciendo un nuevo argumento. En esos casos, el campo de las opciones jurídicas queda reducido en razón de consideraciones vinculadas a cómo se configura el sistema jurídico.

(3) El surgimiento de las *contraintes* jurídicas se produce en virtud de la coexistencia de una pluralidad de actores jurídicos que, por un lado, pueden actuar unos contra otros, en función de las competencias conferidas por los textos jurídicos y por su interpretación y, por el otro lado, pueden procurar convencer a los demás de actuar en un sentido determinado. Las *contraintes* jurídicas resultan de interdependencia de los actores jurídicos. Según sus competencias, los actores jurídicos están sometidos a grados y modalidades variables de *contraintes*. Por ejemplo, el primer ministro, el Tribunal constitucional y el Tribunal de Tossa del Mar (si existe) están claramente insertos en redes de *contraintes* jurídicas diferentes.

La situación de interdependencia de los actores jurídicos excluye concebir a las *contraintes* como el mero resultado de la combinación de los textos normativos. Esa situación exige, por el contrario, considerar las interpretaciones y concepciones, conocidas o presupuestas, que de esos textos tienen cada uno de los actores del sistema jurídico. Si bien no es necesario que un actor jurídico sea consciente de que su decisión particular es el resultado de una *contrainte* jurídica, para que esa decisión sea *a posteriori* analizada como el resultado de una *contrainte*, al revés, sí es necesario que el actor jurídico asuma cierto tipo de racionalidad, al interpretar los textos jurídicos y sus competencias, para que pueda afirmarse que está sometido a las *contraintes* jurídicas.

Para algunos esta racionalidad puede definirse a partir de los tres puntos siguientes: (a) Se supone que el actor jurídico tiene conocimiento completo del sistema jurídico y de las interpretaciones posibles o verosímiles que harían los demás actores del sistema. Posee así capacidad para predecir. Por ejemplo, en Francia, el Presidente de la República no puede actuar sin tomar en consideración la posibilidad que los parlamentarios pueden iniciar un procedimiento por alta traición. (b) El actor jurídico tiene voluntad de auto-conservación. Es decir, quiere preservar sus competencias, su existencia institucional y evitar que sus decisiones sean invalidadas o contradichas. Por ello, al decidir, tiene en cuenta las reacciones posibles de los otros actores. Por ejemplo, las Cortes constitucionales y, sobre todo, el Consejo constitucional francés, toman sus decisiones anticipando la reacción posible del poder constituyente, que puede reformar la Constitución para contradecir una de sus decisiones, o reducir sus competencias o supri-

mirlas, lo que no es una hipótesis irrealista en Francia. (c) El actor jurídico busca optimizar su poder. Desea influir sobre las decisiones de los otros actores e intenta convencerlos de decidir en cierto sentido. Para esto, tiene que someterse a exigencias de justificación o de coherencia.

A partir de este tipo de racionalidad es posible identificar *contraintes* en los procesos de decisión. El vínculo de causalidad es así concebido *a posteriori*, como una hipótesis verosímil de explicación del comportamiento y de la decisión del actor jurídico.

No obstante, hay algunos comentaristas del libro e, incluso, algunos defensores de la teoría, que estiman que esta definición de la racionalidad de los actores jurídicos no es suficiente. Proponen avanzar, en cambio, a partir de los diferentes tipos de racionalidad en que los actores jurídicos reales apoyan sus decisiones y, sobre esa base, establecer cuáles son los rasgos del sistema jurídico que han conducido a tal o cual decisión. No importa si esos elementos fueron o no considerados por el actor jurídico como *contraintes* que limitan su decisión. Es únicamente relevante que el actor advierta que tales elementos son parte del sistema jurídico. Ahora bien, esos elementos pueden ser considerados *contraintes* jurídicas porque el hecho que el actor jurídico ha advertido su existencia ha influido en su decisión. El vínculo de causalidad no es concebido aquí como una mera hipótesis verosímil, sino como una realidad verificable. Aun cuando ciertamente no siempre fácil verificar la causa real y el papel que ha desempeñado.

2.3. Tipos de *contraintes* jurídicas

Para analizar las *contraintes* y sus efectos, se han propuesto varias tipologías. Sucintamente, se puede clasificar las *contraintes* en función de (1) el resultado que producen, (2) sus grados y (3) sus orígenes.

(1) Las *contraintes* en función del resultado producido: las *contraintes* pueden producir efectos (a) sobre el discurso jurídico del actor, (b) sobre su posición institucional y (c) sobre su comportamiento.

(a) Los efectos sobre el discurso jurídico del actor que pueden producir las *contraintes* jurídicas son:

Una norma jurídica. La *contrainte* puede producir una nueva interpretación de un texto y así producir una norma. Por ejemplo, en 1962, el Presidente de la República francesa debía proponer una nueva interpretación al artículo 11 de la Constitución, si es que quería reformar la Constitución sin el acuerdo del Parlamento. En efecto, el artículo 89, relativo a la reforma constitucional impone la participación del Parlamento. Ahora bien, en 1962, la gran mayoría de los parlamentarios eran hostiles a una reforma constitucional que cambiara el modo de elección del Presidente de la República. En consecuencia, para introducir ese cambio, el Presidente, que tiene la iniciativa para la reforma constitucional, contaba - considerando sus competencias y los poderes de los otros actores - con una única solución: interpretar de manera inédita, en un sentido amplio, el artículo 11 de la Constitución que permite al Presidente convocar un referéndum. Más precisamente, ese artículo prevé la sanción de leyes mediante referéndum, pero no prevé explícitamente la sanción leyes de reforma constitucional mediante ese mecanismo. Dándole este significado, el Presidente de la República creó una nueva norma según la cual es posible reformar la Constitución por vía del referéndum previsto en artículo 11.

Una meta-norma. Se trata aquí de un enunciado relativo a la producción o a la articulación de las normas. Se puede considerar, por ejemplo, resultado de una *contrainte* del razonamiento jurídico, el uso por los jueces de una meta-norma para ordenar normas jurídicas de igual jerarquía que se encuentran en conflicto (normas constitucionales que consagran derechos humanos, por ejemplo). Para resolver estos conflictos, los jueces tienen que recurrir a una meta-norma para construir una jerarquía axiológica o llevar adelante una ponderación.

Un concepto o una teoría. Sirve aquí de ejemplo el estudio de Troper sobre el surgimiento del concepto de nacional durante los debates constituyentes de 1795¹¹. Brevemente, Troper muestra que, si se quiere que todos los ciudadanos voten, pero se quiere también que no todos los individuos

¹¹ Véase Troper, M., «La notion de citoyen sous la Révolution Française», en *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, 1997, p. 45 y siguientes.

voten (los extranjeros por ejemplo), se necesita definir al ciudadano como aquél que tiene el derecho de voto. Para designar a los otros (quienes no votan), se necesita crear un nuevo concepto, el de “nacional” que se refiera a las personas que tienen derechos civiles pero no derechos cívicos¹².

(b) Los efectos de la *contrainte* sobre la posición institucional del actor. La *contrainte* jurídica puede modificar la posición institucional de los actores, aumentando o disminuyendo sus poderes o competencias. Por ejemplo, la *contrainte* sobre el Presidente de la República para producir una nueva interpretación del artículo 11 de la Constitución, como se vio más arriba, aumentó las competencias del Presidente, o al menos, ofreció de forma explícita una norma, resultado de una interpretación amplia de la Constitución, que nadie antes había propuesto.

(c) La *contrainte* sobre el comportamiento del actor jurídico. Las *contraintes* pueden conducir los actores a adoptar un comportamiento determinado sin que este comportamiento modifique su posición institucional, en el sentido que hemos dado a estos términos. Este es el caso cuando la *contrainte* provoca una dimisión. Un cambio de mayoría parlamentaria exige que el Primer ministro de la antigua mayoría presente su dimisión. Si no lo hace, no podrá gobernar y estará sometido a un procedimiento de responsabilidad que provocará, de todos modos, su caída. Esa dimisión no produce una pérdida de competencia por parte del órgano Primer ministro, sino solo la pérdida del poder por parte de un individuo.

¹² Vale la pena precisar que, al inicio de la Revolución Francesa, los extranjeros podían ser considerados como ciudadanos (activos) y participar de las votaciones y las asambleas, mientras que las mujeres, al igual que los menores, eran consideradas ciudadanos pasivos (titulares de un derecho que ellas mismas no podían ejercer). Dado que se quería privar a los extranjeros del derecho de voto, se los privó de toda ciudadanía, pero conservaron derechos civiles (derecho de propiedad, de contratar, etc.). Para eso era necesario crear una nueva categoría que lo justifique y la *contrainte* analizada por Troper permite comprender cómo emerge esa categoría (la de “nacional”, de la que forman parte los extranjeros), y cómo permite también el surgimiento de otra distinción, entre nacional y extranjero, establecida luego por el Código civil napoleónico.

(2) Clasificación en función de los grados de *contraintes*:

(a) La *contrainte stricto sensu*: se refiere a los casos en los cuales el actor no tiene la elección del fin ni de los medios. Por ejemplo, este es el caso de la dimisión del Primer ministro frente a una mayoría parlamentaria opositora, o frente a una mayoría parlamentaria propia pero que prefiere sostener al Presidente de la República en caso de conflicto entre el Presidente y el Primer ministro.

b) *Lato sensu*: Aquí, el actor jurídico tiene la elección del fin pero no de los medios. Es la hipótesis más común. Se formula así: si el actor persigue determinado fin, entonces tiene que adoptar tales medios (tal norma, meta-norma, interpretación, concepto) para alcanzarlo. Por ejemplo, si persigue invalidar una ley, debe recurrir a una norma superior. Esta es, en efecto, una condición necesaria para construir una jerarquía normativa, por ejemplo, entre la ley y la constitución¹³.

(3) Clasificación de las *contraintes* en función de sus orígenes:

Las *contraintes* pueden provenir de *normas producidas por el mismo actor considerado*. Es el caso de las Cortes constitucionales que no están vinculadas por sus precedentes pero tienen que desarrollar una jurisprudencia coherente y justificadas para lograr que sus decisiones sean respetadas por los demás actores jurídicos.

Las *contraintes* pueden provenir de *normas producidas por otros actores jurídicos*. Ese es el caso cuando el actor jurídico tiene que tomar en consideración la norma producida por otro actor para no ser sancionado. Este es el caso, por ejemplo, del juez de primera instancia frente a las normas producidas por los tribunales superiores.

Por fin, las *contraintes* pueden estar *producidas por otros elementos que no son normas*, como razonamientos o concepciones del funcionamiento del sistema jurídico. Por ejemplo, concebir el orden jurídico como un sis-

¹³ Ver Troper, M., "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste", en Zoller, E., *Marbury vs. Madison, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, pp. 227.

tema jerárquico de normas impone justificaciones muy precisas y determinadas de los juicios de validez de normas.

Me parece entonces claro que, por un lado, en palabras de sus propios defensores, la teoría propuesta no explica la totalidad del fenómeno normativo, sino sólo algunos de sus aspectos, y esa es su única pretensión. Es por ello que se trata más bien de una tesis que de una teoría. Y, por otro lado, que la teoría es de interés para quienes defienden una concepción realista de la interpretación y, por lo tanto, no pueden recurrir al concepto de obligación para explicar los comportamientos y las decisiones de los actores jurídicos.

La teoría de las *contraintes* intenta, en cambio, explicar los comportamientos de los actores jurídicos a partir de elementos complejos de índole factual, que resultan de sus interacciones con otros, en el contexto de un sistema jurídico dado. Esto es lo que, creo, vuelve a la teoría útil o interesante y en base a lo cual debería ser evaluada.

3. Entre recursos estratégicos y teoría de la regularidad

Si la teoría de las *contraintes* procura, tal como afirman sus defensores, enriquecer las tesis realistas, entonces ha de ser una tesis empírica ligada a la argumentación. Es decir, una tesis que busque encontrar las causas que dieron lugar a cierta argumentación, producida, en sentido amplio, mediante entidades lingüísticas.

Argumentar es la actividad de proporcionar razones para justificar algo; cualquiera que sea esa cosa, y cualesquiera sean las razones dadas. Está claro que la argumentación está en el centro de la actividad de los juristas, se trate de un abogado que defiende a un cliente, un juez o funcionario que motiva su decisión, un profesor que sistematiza las decisiones o que propone modificar las disposiciones normativas. Todos argumentan en un sentido.

Sin embargo, no consideramos a todos los argumentos equivalentes. Algunos nos parecen mejores que otros, quizás más precisos, o incluso más efectivos. Pero, por otro lado, los criterios de los que dependen la clasificación

y la evaluación de los argumentos, no son unánimes. Entre ellos encontramos: la eficiencia, una norma moral, la capacidad de persuasión, etc.

A veces se dice que los juristas se enfrentan a *constraints* en su actividad argumentativa. En general, con ello se quiere decir que, incluso si los juristas pueden recurrir a las razones que quieran para justificar una decisión, una postura o una institución, los fines buscados (la justificación) solo se alcanzarán si utilizan argumentos de un cierto tipo y no utilizan argumentos de tipos diferentes. Las teorías asociadas a las *constraints* surgen, ellas mismas, de dos enfoques, en gran parte irreconciliables: unos se inscriben, mayoritariamente, en la lógica de la solución correcta, los otros, muy minoritarios, en la lógica de la causalidad.

Las teorías del primer tipo consideran que solo ciertas clases de argumentos (y, a veces, incluso solo un argumento) pueden justificar aquello que en un discurso se enuncia como conclusión de un razonamiento: la operación argumentativa se realizará con éxito (correctamente) solo si se incluye como premisa el argumento adecuado, que debe utilizar el jurista. Estas teorías son extremadamente diversas: algunas consideran que el argumento es el mismo para todos los juristas, otros que depende del rol del jurista (profesional, dogmático, etc.); algunos consideran que la corrección del argumento depende del sistema legal, otros de un sistema moral *a priori*, otros de un razonamiento moral constructivista, etc. Pero todas estas teorías consideran, en primer lugar, que es posible conocer el argumento que es correcto en una situación dada (o al menos los argumentos que no son correctos) y, en segundo lugar, que los juristas deben usar como justificación de su razonamiento el argumento correcto, o al menos no deben utilizar argumentos erróneos. Estas teorías son, por lo tanto, prescriptivas, teorías apriorísticas, que consideran la estructura de la argumentación jurídica como una estructura de razonamiento lógico, en la cual las premisas (las razones) deben justificar la conclusión desde un punto de vista lógico, y deben proporcionar el estatuto lógico necesario de los enunciados involucrados: verdad, etc. Se trata, ciertamente, de condiciones altamente exigentes y que, sin embargo, estas teorías consideran obvias, aunque están muy discutidas en lógica formal, teoría del derecho y filosofía moral. A menudo, estas teorías son solo una reformulación aparentemente analítica,

bajo el nombre de *contraintes* argumentativas, de viejos conceptos legales y morales de obligación, deber o derecho¹⁴.

Las teorías del segundo tipo, por otro lado, adoptan un enfoque que no es prescriptivo sino descriptivo-explicativo: buscan razones, en el sentido de causas. Consideran que las *contraintes* son una (posible) explicación de una elección jurídica (decisión, motivación, etc.). Utilizo el plural aquí porque este tipo de teorías está frecuentemente vinculado a enfoques tanto de teoría del derecho (realismo) como de sociología.

Un enfoque descriptivo-explicativo me parece necesario cuando abordamos el derecho desde un punto de vista científico, que ciertamente no excluye un punto de vista práctico: la teoría del derecho debe, en mi opinión, preocuparse por el derecho tal como es practicado, es decir, debe preocuparse por la forma en que los actores reales argumentan en situaciones y lugares reales. En este sentido, me parecen preferibles las propuestas teóricas que consideran a las *contraintes* jurídicas como causas explicativas de las elecciones normativas. ¿Pero qué propuestas, y con qué fines?

Para intentar dar algunas pistas al respecto, me concentraré primero en presentar lo que entiendo por “Teoría de las *contraintes* jurídicas” (una reconstrucción que no necesariamente hace justicia a lo que uno u otro de sus defensores sostiene) (3.1). En segundo lugar, señalaré algunos de sus límites ontológicos (3.2). Por último, me referiré a cuál puede ser el interés estratégico en una teoría de este tipo (3.3).

3.1. Entendiendo la teoría de las *contraintes* jurídicas

La teoría de las *contraintes* jurídicas asume que hay una diferencia entre la noción kelseniana de imputación, que indica la relación creativa entre la voluntad de una autoridad y la norma resultante (desde un punto de vista idealista), y la noción de causalidad, que busca la posible causa de

¹⁴ Véase, como ejemplo, Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon, 1989. Hay traducción al español de Atienza, M. y Espejo, I., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

una práctica, por ejemplo, la existencia de una norma expresada por una autoridad (desde un punto de vista empírico). Se posiciona firmemente del lado de los hechos que la observación puede describir y tiene la intención de proporcionar una explicación para estos hechos: por lo tanto, se propone como una herramienta para una empresa descriptivo-explicativa.

Dejando a un lado cualquier explicación externalista (que existe, pero que no capta la especificidad legal), la teoría de las *contraintes* afirma, como lo he dicho más arriba, que la configuración del sistema es la causa de las elecciones normativas. Es decir, que existen *contraintes* jurídicas, relacionadas con la configuración del sistema, que explican que estas decisiones sean tomadas en la práctica y que no se tomen otras decisiones igualmente posibles en teoría.

Las *contraintes* pueden superarse, y debemos tener cuidado cuando nos acercamos a esta teoría de no hundirnos en una concepción restrictiva de una causalidad mecánica. La concepción de causalidad defendida por la teoría de las *contraintes* está, además, bastante alejada de la concepción de causalidad que prevalece en las ciencias naturales (una concepción nomológica), incluso si es este modelo de ciencia el que las teorías realistas de la interpretación toman como referencia: no es una cuestión de relaciones necesarias identificables *a priori* (y, por lo tanto, subsumibles bajo una ley general) entre una causa (la configuración del sistema) y un efecto (una decisión), sino de una causalidad que hace posible comprender, *a posteriori*, por qué han ocurrido ciertos eventos; una causalidad cercana a la *retrodicción* y a la causalidad de las ciencias históricas¹⁵. La teoría de las *contraintes* jurídicas presupone, por lo tanto, atribuir una racionalidad mínima y una comprensión mínima del sistema: acepta como requisito metodológico previo que es posible buscar hechos, relacionados con el sistema jurídico, y que pueden haber causado la decisión o la atribución de significado. La teoría asume también que la autoridad que ha decidido o atribuido el significado tiene esa racionalidad y esa comprensión: suposición que la teoría misma acepta como no verificable, y que incluso acepta que puede no ser verdadera, del mismo modo que el

¹⁵ Veyne, P., *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Paris, Éditions du Seuil, 1971; reimpr. Umbral, "Puntos de historia", 1996. Hay traducción al español de Muñoz Alonso, M., *Cómo se escribe la historia. Ensayo de epistemología*, Madrid, Fragua, 1972.

historiador no puede verificar que la causalidad que señala como una explicación del comportamiento de los sujetos históricos haya sido percibida del mismo modo por tales sujetos.

Debo indicar inmediatamente que, en mi propio análisis teórico, comparto el enfoque que adopta la “Teoría de las *contraintes* jurídicas”: un realismo, una concepción escéptica, si no nihilista, de los objetos ideales del derecho. Comparto la idea de que es necesario formular una teoría que cumpla tales funciones y, si bien soy ajeno a los trabajos en los que la teoría ha sido formulada, soy desde sus comienzos un usuario crítico de ella.

En el simposio mencionado más arriba, organizado por el *Centre de Théorie et Analyse du droit* para someter la teoría al debate científico, y en el libro que publicó los trabajos, indiqué lo que me pareció el límite de la teoría propuesta y las dificultades para que pueda ser aceptada por las grandes teorías positivistas. Rechazando cualquier posibilidad sincrética, abogué por una acentuación de sus tonos empiristas:

Tal como está, la teoría de las *contraintes* enfrenta, me parece, dos formas fuertes de oposición teórica, puesto que permanece, de cierta manera, marcada por la búsqueda de un cierto compromiso entre las dos formas actualmente dominantes de positivismo jurídico científico: el normativismo y el realismo.

Los defensores de la norma, es decir, aquellos que proponen una teoría basada en la asimilación del derecho a un sistema normativo concebido como *Sollen* y no como *Sein*, se desinteresan de la noción misma de *contrainte* porque escapa al campo jurídico así definido. Debido a que es una consecuencia y no un elemento del sistema jurídico, la *contrainte* no es jurídica y está en el terreno del *Sein*. Por lo tanto, su estudio no compete a una ciencia normativa, sino a una ciencia social. Así, se la considera perteneciente al conjunto de objetos de estudio de la ciencia política, la sociología o incluso la psicología.

Los realistas, a la inversa, ven a la noción de *contrainte* todavía poco realista. En particular, lamentan que la teoría no se proporciona a sí misma los medios necesarios para un análisis realmente empí-

rico, y empíricamente verificable, puesto que no ha construido las herramientas para dar cuenta de las *contraintes* jurídicas reales. No obstante, desde mi punto de vista, es posible construir tales herramientas, a condición de aceptar los fundamentos realistas (y son los defensores de la teoría quienes han de decidir en qué medida están dispuestos a hacer esto) y aclarar sus presuposiciones en este sentido, renunciando así a otras interpretaciones posibles de la teoría.¹⁶

Sin duda, debo señalar que en ese texto consideré únicamente “realistas” a los defensores de un empirismo radical, y que ciertamente existen otras concepciones del realismo. Además, mi tesis, sobre la posibilidad de construir una teoría de *contraintes* jurídicas que analice las *contraintes* reales, me parece ahora demasiado optimista, si no ingenua. Pero es a partir de este empirismo radical, al que no he renunciado, que me gustaría continuar, ya no desde el punto de vista de la mera ortodoxia teórica (un ejercicio en última instancia muy limitado y que es más clasificatorio que polémico), sino desde un punto de vista más dinámico, que es, creo, más útil, de las funciones de la teoría tal como ha sido propuesta.

Anticipo que no creo que la teoría sea capaz de proporcionar el marco de análisis necesario para un proyecto científico de descripción del derecho, con todo lo que un proyecto de este tipo implica: una teoría de la regularidad. Pero aún así, y quizás debido a esto, la teoría de las *contraintes* jurídicas tiene otras virtudes, a saber, ofrecer recursos para llevar adelante diferentes estrategias.

¹⁶ Millard, E., “Réalisme scandinave et théorie des *contraintes*”, en Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorzcyk, C. (eds.), *Théorie des *contraintes* juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

3.2. Insuficiencia de las *contraintes* como teoría de la regularidad

La Teoría de las *contraintes* jurídicas parece ser capaz de proporcionar herramientas para explicar las decisiones iniciales: por cuáles razones se ha asignado un significado, se ha tomado una decisión, se ha hecho una interpretación. La teoría identifica las posibles causas de estas decisiones iniciales, pero se ha señalado no sin razón que si bien el tema de la decisión inicial es importante, resulta cuantitativamente marginal dentro de la masa de decisiones que forman parte de un sistema jurídico. Esencialmente, las decisiones dentro de un sistema jurídico son decisiones que o bien reproducen las decisiones iniciales o bien se desvían de ellas criticándolas (y, por lo tanto, probablemente sean nuevas decisiones iniciales, aunque para entender la cadena, sería necesario entender la ruptura en la regularidad). No hay duda de por qué la Teoría de las *contraintes* jurídicas se percibe a menudo como una teoría de la ciencia del derecho de los constitucionalistas, y casi no ha tenido repercusión en el campo de la ciencia del derecho administrativo o privado, por ejemplo¹⁷.

La regularidad de las decisiones o de las atribuciones de significado (su repetición), que en sí misma permite la identificación de normas del sistema, debe también ser explicable causalmente, si se defiende una concepción empírica de la ciencia del derecho. Esta idea de regularidad está implícita en la Teoría de las *contraintes* jurídicas, pero nunca resulta explicitada, porque las *contraintes* de esta teoría no se conciben como *contraintes* empíricas.

Los hechos, especialmente si uno se aleja de la región del derecho constitucional reducido a la jurisprudencia de los Tribunales Supremos, muestran al menos dos elementos de regularidad cuando se aborda esa masa jurídica: una regularidad en los comportamientos y una regularidad en las razones normativas. Sin embargo, esta regularidad es presentada por los realistas, al tiempo que defienden un escepticismo acerca de las reglas, a través de la idea de predicción: afirmar que determinada prescripción constituye derecho válido (vigente, existente) equivale a predecir que esa

¹⁷ Así es como interpreto la posición de Antoine Jeammaud. Véase, por ejemplo, el artículo “*Contrainte*”, en D. Alland y S. Rials (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

prescripción será usada como razón de una decisión que se tomará en un futuro acto de concretización. Se forma así una cadena de reproducción, que refuerza la idea de que esa prescripción es al mismo tiempo derecho válido y hecho que verifica que nuestra proposición descriptiva es verdadera. He aquí entonces lo que se considera derecho desde esta óptica: el derecho existente (y he aquí por qué creemos que existe). Y he aquí lo que consideramos proposiciones de la ciencia del derecho: proposiciones que no se refieren (únicamente) a aquello que ha sucedido en el pasado.

Desde el punto de vista de la teoría empirista general, el *derecho existente* se refiere al conjunto abstracto de ideas normativas que sirven de guía para la interpretación del fenómeno del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente observadas y que son observadas porque percibimos y experimentamos que son socialmente obligatorias¹⁸.

Las razones en virtud de las cuales las normas son efectivamente observadas por el cuerpo social en su conjunto (es decir, con una marginalidad aceptable -tanto socialmente como especialmente desde el punto de vista del enfoque científico a los fines de elaborar un modo de verificación) provienen esencialmente de una teoría socio-psicológica de cómo se produce la recepción de un discurso prescriptivo. Sin embargo, esto interesa solo de manera indirecta a la ciencia del derecho. Es otra la concepción de regularidad a la que debe sujetarse la teoría del derecho empirista: la de la regularidad de las bases normativas en que se apoyan los actos de concretización. Lo que debemos comprender es la construcción de la ideología normativa por parte de un cuerpo profesionalizado que permite esa regularidad.

Solo esto (sobre las bases de coherencia de una teoría realista) permite comprender cómo pasar de la subjetividad de la norma propuesta en la hipótesis teórica empirista (*una autoridad que decide según ciertos estímulos psicológicos que consideramos fuentes de derecho*) a una regularidad constatada en los actos de concretización (sin los cuales, además, la formulación

¹⁸ Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1959. Hay traducción al español de Carrió, G., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

de la proposición descriptiva según la cual esa norma *existe*, y la verificación de esa proposición, serían imposibles),

La pregunta, por supuesto, puede entenderse sociológicamente y una buena parte de la ciencia política no descuida este objeto, incluso si tiene sus propios métodos¹⁹. Pero ella debería ser más bien entendida desde el punto de vista de la relación causal entre un hecho (una disposición normativa) y otro hecho (un enunciado decisional que considera una norma válida/existente/aplicable). Esta es la relación que busca la Teoría de las *constraints* jurídicas y es en este sentido que debe desarrollarse para formular una teoría de la regularidad jurídica.

Con este objetivo, propuse una hipótesis de trabajo, al tiempo que afirmaba que esta hipótesis teórica me parecía imposible de realizar en el campo de la descripción del derecho en el estado actual de nuestros métodos y conocimientos²⁰. Si la determinación libre de la norma es posible pues resulta de un acto de voluntad (una decisión que resulta de la reacción subjetiva de la persona que decide frente al contexto que le dirige ciertos estímulos), las causas, que dan cuenta del hecho que el campo de posibilidades está restringido, explican la regularidad en la constitución de la ideología normativa (intersubjetividad). Estas causas son muy numerosas. Para una teoría específica de la ciencia del derecho, se tratará siempre de identificar las causas vinculadas al sistema legal.

Las *constraints* que conducen a la norma N podrían así formularse como interviniendo en el proceso de reproducción: analíticamente, asumiendo cierta racionalidad del juez (la percepción del contexto y de las consecuencias de sus decisiones), que sabemos que no resulta empíricamente verificada/verificable (y estas son las *constraints* de la Teoría de las *constraints* jurídicas); empíricamente, si se ponen en evidencia ciertas *constraints* efectivas.

Dos *constraints*, que pueden ser jurídicas en una teoría de la regularidad, incluso si no lo son necesariamente para la Teoría de las *constraints*

¹⁹ Ver, por ejemplo, Cohen, A. y Vauchez, A., "Sociologie politique de l'Europe du droit", *Revue française de Sciences Politiques*, 2, 2010.

²⁰ Millard, E., *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 167-180.

jurídicas estrictamente entendida, me parecieron interesantes a este respecto, incluso si, obviamente, son solo ejemplos. La primera se relaciona con el hecho de que las autoridades de concretización se encuentran bajo la autoridad jerárquica de otras autoridades (entonces sería necesario tener en cuenta los mecanismos detrás de la carrera de los jueces, los poderes jerárquicos dentro de la administración, los poderes de revisión en apelación o casación: cosas todas que son jurídicas, pero no solo jurídicas porque aquí también hay una dimensión de prácticas, juegos políticos, representaciones sociales, etc.). La segunda está relacionada con el hecho de que las autoridades, en función de sus interpretaciones, sus argumentos o sus decisiones, tendrán que lidiar con un flujo mayor o menor de decisiones a tomar (vinculadas a la imprecisión o la precisión de la percepción normativa de parte de los destinatarios de la norma, y especialmente a partir de su formulación), y que pueden desarrollar una estrategia para controlar este flujo (que podemos advertir, por ejemplo, cuando una autoridad última, pudiendo poner en tela de juicio una interpretación normativa que respalda un acto de concretización realizado por otra autoridad, no lo hace puesto que de ese modo recurrir a esa autoridad última será visto como un medio eficaz para cuestionar un gran número de actos de concretización; recursos que la autoridad última no podría gestionar)²¹.

No creo ahora, como dije, que la Teoría de las *contraintes* jurídicas pueda cambiarse o modificarse para incluir la cuestión de la regularidad en este sentido. Por un lado, porque este no es siquiera el enfoque de sus promotores, para quienes este tipo de *contraintes* no son una *contrainte* jurídica o, al menos, no juega específicamente con relación a *contraintes* no jurídicas. Por otro lado porque no es posible que lo sea, porque no veo cómo se podría demostrar la efectividad de las *contraintes* así concebidas.

Por lo tanto, no existe una “Teoría de las *contraintes* empíricas” alternativa a la Teoría de las *contraintes* jurídicas. Se trata de una limitación de la teoría de las *contraintes*, pero son también limitaciones para cualquier

²¹ He analizado un mecanismo de este tipo en “La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Les Petites Affiches*, 95, 1996. Si los datos del derecho positivo no se modificaron, el mecanismo, aunque teorizado de manera muy imperfecta, sigue siendo relevante.

intento por reivindicar una teoría de la ciencia del derecho empirista / realista / positivista, es decir, una teoría a la vez descriptiva de hechos (por lo tanto no prescriptiva de normas) y explicativa. Creo que la ciencia del derecho puede describir los hechos (los actos por los cuales se atribuyen significados); dudo que pueda explicarlos específicamente, es decir, por causas internas al sistema.

Es quizás en este último punto que se juega una cosa importante. Uno de los presupuestos de la Teoría de las *constraints* jurídicas tal vez no sea realista o empírico: quiero decir que no es necesario para una teoría realista o empírica y que, por el contrario, limita las posibilidades de estas teorías, reorientándolas hacia un enfoque del derecho que pretendían abandonar. Buscar *constraints* provenientes de un sistema jurídico (incluso a partir de su configuración empírica) y proponer a partir de estas *constraints* una explicación del sistema que se describe, es suponer que existe tal sistema jurídico. Las teorías realistas, al menos las teorías europeas realistas, se presentaban a sí mismas, si no desde el principio, al menos muy rápidamente, como reformulaciones empíricas del enfoque normativista. Pero tales teorías nunca han abandonado los dos elementos que caracterizaron la construcción de Kelsen: el ideal de la ciencia y la sistematización del derecho. Pero la sistematización del derecho en Kelsen es la condición para la construcción de una ciencia específica del derecho: el normativismo. Cuestionar el normativismo desde el punto de vista epistemológico y responder con una reformulación empírica presupone quizás admitir que el sistema jurídico no es un hecho empírico; que el derecho no es un sistema aunque sea un conjunto; o, para decirlo de otra manera, que el sistema jurídico no es una propiedad del objeto derecho que describe la ciencia. Lo que estudiamos son discursos que proponen un cierto tipo de organización de normas²², pero de la misma manera que podemos conocer estas normas solo porque han sido expresadas, y no podemos verificar la verdad de esta expresión (expresión no científica puesto que es una decisión), no podemos verificar la verdad de lo que ellas expresan (y, por ejemplo, que hay un sis-

²² Ver Troper, M., "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste [Marshall, Kelsen, Barak y sofistería constitucional]", en Zoller, E. (ed.), *Marbury c. Madison 1803-2003*, París, Dalloz, 2003, p. 215 y ss.

tema, es decir, una estructura de organización de los elementos). En cuanto a las expresiones en sí, las reunimos en un conjunto que llamamos derecho, pero querer reconstruir este conjunto en una forma organizada es quizás solo un remanente del pensamiento kelseniano, en este punto heterogéneo, inútil y engañoso. Pero, por supuesto, si aceptamos esto, la idea misma de una teoría de *contraintes* jurídicas, como una teoría específica de la ciencia del derecho, colapsa.

Paradójicamente, hay otra forma de responder a este problema, y de cierta manera es esto lo que propone actualmente Michel Troper al explicar una idea que, si bien puede sorprender, ha estructurado su enfoque durante mucho tiempo. Me refiero a la idea de una ciencia (del derecho) empírica pero no empíricamente verificable.

La teoría de las *contraintes* jurídicas siempre ha reconocido lo que le debe a Paul Veyne, a su reflexión metodológica sobre la historia, un saber y un enfoque que Michel Troper siempre valoró. La historia explica más de lo que describe. En la contribución de Troper al volumen de la revista *Droits* sobre las *contraintes*, y que presentó en las jornadas organizadas por Dogma, el *Institut Cujas* de la Université Panthéon-Assas y el *Centre de philosophie juridique et politique* de la Université de Cergy-Pontoise, vuelve sobre esta cuestión, bajo un título que quizás denota simbólicamente la explicación, pero no la descripción²³.

Esto es lo que escribe Michel Troper:

Los problemas planteados por el tipo de explicación sugerida por el análisis de las *contraintes* de la argumentación se parecen mucho a los de la explicación en historia. En una obra famosa, Paul Veyne distingue dos conceptos de explicación: en sentido estricto, explicar es “asignar un hecho a su principio o una teoría a una teoría más general” como lo hacen las ciencias. En el sentido débil, es “como cuando decimos ‘déjame explicarte lo que pasó y entenderás’”²⁴. La tesis de Paul Veyne es que no hay leyes generales en la historia que seas análogas a “la caída de una manzana ese día puede ser sub-

²³ Troper, M., “Argumentation et explication”, *op. cit.*

²⁴ Veyne, P., *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1978, p. 124.

sumida bajo la ley de la caída de los cuerpos”, que a su vez puede ser subsumida bajo una ley aún más general, y esto a pesar de los intentos de doctrinas historicistas como “la historia se explica por la lucha de clases”. [E incluso más:] Paul Veyne concluye que solo puede existir una explicación en el sentido débil, que se basa en “una idea falsa de causas”, porque es solo una narración. [...] La historia no sería una ciencia, sino solo una narración, una construcción de una trama, un relato verídico

Es cierto que el modelo nomológico de explicación (la subsunción bajo una ley causal general) no es el modelo de causalidad de los historiadores, y quizás es cierto que tampoco es hoy el modelo de las ciencias de la naturaleza. Es cierto que se puede explicar de otra manera, sin recurrir a hechos verificables ni proporcionando una causa verificable, incluso si esta explicación no tiene exactamente el mismo significado que la explicación del modelo nomológico (es en este sentido que se trata de una explicación “débil”). Podemos hacerlo dando razones, poniendo en cuestión, y podemos estar de acuerdo en que este enfoque es adecuado para la Teoría de las *contraintes* jurídicas y “el análisis de las *contraintes* de la argumentación [procediendo] a un doble reconstrucción, por una parte, de la propia argumentación, por otra parte, de las razones por las cuales los agentes han elegido ese tipo de justificación, es decir, esos medios para alcanzar la meta (justificar) en lugar de otros.”²⁵

La pregunta que surge es saber hasta qué punto el enfoque de lo plausible, la explicación en un sentido débil como construcción de una trama, produce ciencia con iguales credenciales que el enfoque de la verdad, de la explicación en el sentido fuerte del modelo nomológico. No responderé aquí a esta pregunta, solo quisiera enfatizar dos ideas simples. En primer lugar, aun cuando una ciencia explicativa de este tipo sea posible, está sin embargo muy alejada del modelo de ciencia de la naturaleza que reivindica una perspectiva realista. Luego, el proceso explicativo es un enfoque analítico, que no puede reemplazar un enfoque descriptivo (empírico): si esto es ciencia, lo será en un sentido débil y significativamente más débil que

aquel utilizado por Kelsen, quien tenía poca simpatía por la causalidad en la ciencia del derecho (estoy hablando aquí solamente de la reivindicación de un concepto de ciencia, no de su posibilidad). Estas dos ideas reflejan un sentimiento que el mismo Paul Veyne expresa, y que Michel Troper retoma: “La historia no sería una ciencia, sino solo una narración, la construcción de una trama, un relato verídico”.

La crítica no debe ser mal entendida. Describir los hechos y verificar la descripción es útil en sí mismo, y la propuesta es loable por eso, y me parece superior desde el punto de vista de la ética del discurso respecto de otras propuestas que ni siquiera ofrecen eso. Establecer el estado (la configuración) de un sistema jurídico, si existe un sistema, mediante la descripción de *contraintes* es, por lo tanto, un enfoque descriptivo-explicativo. Por otro lado, ninguna ciencia puede explicarlo todo, y entender los límites epistemológicos de un enfoque científico no es condenar el fracaso todo enfoque científico o cierto enfoque científico. La relativización de la posibilidad de descripción no debilita la posibilidad de una ciencia del derecho como un análisis crítico de un lenguaje jurídico dado; pero este análisis crítico (la ciencia del derecho analítico-empírica) no necesita una explicación causal de la producción de ese lenguaje. Me parece imposible, como alternativa al análisis crítico del lenguaje, un proyecto de ciencia empírica estrictamente jurídica y que tenga al derecho como objeto. Cualquier alternativa descriptivo-explicativa debe surgir de un enfoque sociopolítico en sentido amplio (incluido un historia de las causas). La Teoría de las *contraintes* jurídicas, en cuanto teoría de la explicación de causas estrictamente jurídicas, no agrega nada al enfoque analítico-empírico de la ciencia del derecho: no mejora este enfoque el reforzar sus posibilidades empíricas (no mejora sus credenciales como ciencia), como tampoco aumenta su especificidad como ciencia del derecho. La Teoría de las *contraintes* jurídicas condena el enfoque analítico-empírico o bien a ser una ciencia histórica de hechos jurídicos, entendidos como expresiones empíricas de normas, o bien a ser una reconstrucción plausible (pero no verificable) de ese conjunto de expresiones como un sistema. El primer punto niega la posibilidad de una ciencia del derecho autónoma respecto de los juristas, tal como parece ser la lógica de cualquier enfoque que vaya más allá del análisis crítico del lenguaje, incluso si generalmente es la sociología la que asoma detrás del

realismo, y no la historia. El segundo punto relativiza el elemento de la descripción (verdadera) a favor de la explicación (plausible): una inversión de la concepción misma de la ciencia del derecho, o quizás, más bien, un renunciamiento.

Creo que este es el precio que se debe pagar si queremos mantener la idea de un sistema jurídico dentro de un enfoque empírico: el sistema es una explicación plausible del comportamiento de los juristas en la toma de decisiones porque argumentan, justifican y finalmente conciben al derecho como un sistema; pero este sistema no puede describirse de otro modo que no sea como un objeto del discurso, y la descripción, si bien puede (y debe) describir discursos que se refieren al sistema y que pueden ser comprendidos en virtud de la creencia de que este sistema existe (o existiría), si bien puede intentar resaltar las *contraintes* argumentativas inherentes a la estructura de esos discursos (analíticamente), no puede reificar esas *contraintes* otorgándoles otro estatuto: el de *contraintes* externas al discurso, resultado de un sistema jurídico externo a cada uno de los discursos que constituyen el conjunto jurídico, y al que resultaría asimilado. La Teoría de las *contraintes* jurídicas resulta así redundante respecto del análisis crítico del lenguaje, si es descriptiva; pero entonces no puede ser una explicación externa (científica) de las elecciones que anteceden a la enunciación de esos discursos.

3.3. *Contraintes* como recursos estratégicos

Lo que voy a tratar aquí se diferencia considerablemente del proyecto de la Teoría de las *contraintes* jurídicas, así como del concepto de *contraintes* que defiende esta teoría. Pero creo que es esencial conservar para el estudio del derecho y para su práctica, la posibilidad de abordar la cuestión de la argumentación desde una idea de *contrainte* distinta de los ideales de reglas, derechos y obligaciones.

Cualquier enfoque realista es, ante todo, un enfoque que apunta a lograr una deconstrucción del discurso jurídico clásico, a veces por razones políticas (el realismo y sobre todo el postrealismo de inspiración estadounidense, como los *Critical Legal Studies*) otras veces por razones epistemo-

lógicas (la falta de estatus científico de las proposiciones jurídicas, y las representaciones de juristas dogmáticos y prácticos).

La Teoría de las *contraintes* jurídicas y cualquier teoría de las *contraintes* desde un punto de vista empírico comparten obviamente un desencanto frente al derecho: el desencanto frente a los conceptos ideales de normas, derechos y obligaciones. Pero las *contraintes* en sí mismas, que la Teoría de las *contraintes* jurídicas plantea, o más bien de las que la Teoría proporciona un concepto extensible, hacen posible devolverle, en cierto sentido, a la práctica del derecho su encanto. La práctica del derecho es algo susceptible de ser descripto; la pregunta es qué ciencia la describe, y si esta ciencia del derecho es una ciencia autónoma respecto de los juristas: no lo creo y para ser sincero, aunque más no sea por la alta estima que los juristas tienen de sí mismos y de sus conocimientos, o si se prefiere por el evidente desdén con el que otros académicos miran a los juristas y a su conocimiento, no creo que ello tenga la más mínima importancia teórica (pero estoy de acuerdo en que tiene una gran importancia simbólica, estratégica y práctica en el conflicto tradicional de facultades). La ironía reside sin dudas en el hecho de que los juristas en acción, los que practican el derecho día a día, incluso sin referirse al análisis teórico, generan ellos mismo esas *contraintes*.

La Teoría de las *contraintes* jurídicas tiene un significado político triple y paradójico. Es ante todo una teoría jurídica, por lo tanto una propuesta de lectura del mundo del derecho, que se formula, adopta y trabaja de acuerdo con una cierta representación del mundo: ontología del mundo, ontología del conocimiento. Es una teoría positivista, que presupone que es posible una distinción entre la actividad política y la actividad cognitiva, y que rechaza políticamente la confusión entre lo verdadero y lo legítimo: una metaética. Es también una teoría realista que está interesada en los hechos, y tiene una lectura política de las relaciones jurídicas, revelando la existencia de relaciones de poder en lugares donde tanto la doctrina política clásica (la doctrina de la separación de Poderes, por ejemplo) como la teoría jurídica clásica niegan (u ocultan) que haya poder, o que deba encontrárselo. La paradoja es que la investigación explicativo-descriptiva (el programa científico y la idea misma de una ciencia separada de la política) cumple objetivamente una función política y, a menudo, genera adhesiones subjetivas que no carecen de dimensiones políticas: una función política en

la revelación de hechos y en la deconstrucción de la ideología jurídica; una adhesión en la consecuencia (frecuente) de que los argumentos científicos sobre lo que *es* no tiene otro efecto más que informativo para los argumentos políticos sobre lo que *debe ser* (la lógica de la ley de Hume), y en la consecuencia (frecuente) de que la metaética no cognitivista que apoya la idea misma de la ciencia positivista del derecho tiene como contrapartida en la esfera política: la necesidad de una decisión legítima acerca de aquello que no podemos conocer y que solo la democracia procedimental autoriza.

La teoría de la interpretación realista y su declinación en forma de Teoría de las *contraintes* jurídicas plantean la cuestión del poder de los actores jurídicos, de la identificación y ubicación de ese poder, y plantea esta cuestión en la práctica, empíricamente, dinámicamente, incluso si es para admitir que no puede responderla. En esto, la teoría es en última instancia un recurso teórico para una doctrina política del derecho, como teoría de los recursos para una práctica política del derecho. La superación de aquello de nihilista o insatisfactorio que pueda tener cualquier empresa de deconstrucción radica en el hecho de que precisamente la Teoría de las *contraintes* jurídicas tiene esta importancia política.

Sus presupuestos son útiles para una representación intelectual de la política: la complejidad y el entrecruzamiento de poderes en los modernos sistemas políticos jurídicamente organizados, desde el poder de la constitución hasta el de concretización, pasando por el de enunciación o ejecución, además del poder oficial establecido por el discurso político-jurídico. Lo que permite describir también es útil en ese sentido: el funcionamiento de esos poderes y las *contraintes* inherentes a esos poderes en un contexto dado. La teoría no revela aquello que es correcto o bueno, como el velo de la ignorancia que tranquiliza a un Rawls. Sino que muestra la dinámica del juego político del que forma parte el derecho. Lo que ayuda a entender es aún más útil: son los límites del derecho como justicia y el uso alternativo del derecho como recurso.

La deconstrucción del derecho como ideología y de la norma como creencia, constituyen recursos prácticos para el derecho en acción: para aquellos que quieren hacer algo con el derecho. Lo que sea que quieran hacer.

Los legisladores, administradores, abogados, jueces, asociaciones o profesores que defienden causas, los empleadores, todos ellos, y muchos

otros, enfrentan *contraintes* cuando se sirven del derecho, pero también al hacerlo producen *contraintes*. Y es probable que esta dinámica “responder a una *contrainte* / imponer una *contrainte*” esté en el corazón del derecho en acción: los saberes que suelen ser considerados no jurídicos, como la sociología (del derecho) o la ciencia política, lo demuestran. Un análisis económico del derecho debería tomar en serio, si renuncia a ser una propuesta normativa en la línea de la *Law and Economics*, la idea del costo de las posiciones y los argumentos jurídicos formulados, y podría desarrollar modelos para hacerlo a partir, por ejemplo, de la teoría de los juegos²⁶. La formación de juristas debe tomar especialmente en serio la idea de *contraintes*, en un enfoque pedagógico y práctico. Ahora estamos hablando, como la gran revolución de las universidades del siglo XXI, de las escuelas de derecho, sobre un título que no es muy innovador: ¿Escuelas de derecho para hacer qué? Si se trata simplemente de un eslogan publicitario, o de una forma de reservar para una pequeña élite, que puede permitírselo, lo que una vez fue un honroso servicio público pero que ahora empieza a perder sus recursos, en virtud de la conjunción de una sociedad a la que ya no le interesa y de poder político que lo desprecia, la cosa sería solo anecdótica en sus efectos y detestable en sus valores. La revuelta realista en los Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX fue, ante todo, una apuesta a la reforma, no del sistema universitario, sino del contenido de la educación. Una apuesta hecha por algunas universidades porque existía una demanda social, proveniente de la corporación de abogados profesionales, de una formación menos dogmática, menos formalista, que permitiera la aparición de abogados capaces de actuar, y no simplemente destinados a reproducir y repetir el dogma. La formación de los sacerdotes: jueces, legisladores, no se hace ya, y desde hace mucho tiempo, en las facultades de derecho; las escuelas profesionales (Escuela Nacional de la Judicatura, Escuela Nacional de la Administración, y otras escuelas que no tienen nada de profesional y en ocasiones nada de escuela más que el nombre) las han

²⁶ Para una ilustración, que se refiere directamente a la teoría de las *contraintes* jurídicas, consulte a Arthur Dyevre, “Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?”, inédito pero disponible en: https://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/ (Agradezco a Michel Troper por informarme acerca de este artículo).

reemplazado desde hace ya mucho tiempo. Pero quedan, quizás todavía por poco tiempo, aquellos que serán abogados, asesores, aquellos a quienes formamos como juristas y cuyas cualidades nosotros certificamos en cuanto universidades; y laicos, todos los que pasarán por programas de las facultades de derecho pero que no serán abogados, sino ciudadanos. Estos son algunos temas por los que considero que podemos devolver al derecho su encanto: devolverle al individuo la idea de que el derecho no es un simple dogma que se escapa de él y cuyo discurso está más allá de lo comprensible; pero ofrecerle también la idea de que, a pesar de la deconstrucción realista, quedan juegos donde la misa no ha sido pronunciada, donde se pueden exigir cosas a la autoridad, donde no han sido aún tomadas, ni son totalmente externas a su intervención, las decisiones que lo atañen directamente. Para eso, para ello, entender cuáles son realmente las *contraintes* argumentativas, conocer los métodos para captarlas, para anticiparlas y para usarlas es fundamental. Si la formación inicial universitaria no lo hace, tendrán que aprenderlo en otro lugar.

Las limitaciones de la argumentación están, sin lugar a dudas, en el corazón de la dinámica del derecho. El enfoque analítico, dentro del análisis crítico del lenguaje, puede resaltarlas, y una teoría explicativa de las *contraintes* jurídicas, incluso si no fuera necesaria para este enfoque, puede ofrecer una explicación plausible de la forma en que han jugado, como causas posibles de hechos observados, los discursos que describe el análisis crítico del lenguaje. Incluso si estas *contraintes* no pueden describirse desde un enfoque empírico, la comprensión de sus efectos bajo este mismo enfoque debería llevar a privilegiar su estudio, incluso si este no pudiera ser científicamente posible (y ser asumido como tal) para usos estratégicos específicos, por los profesionales del derecho.

Bibliografía

- Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon, 1989.
- Barberis, M., *El realismo jurídico europeo-continental*, en Fabra Zamora, J.L. y Núñez Vaquero, Á. (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del*

- Derecho*, UNAM, 2015. (<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>)
- Brunet, P. y Champeil-Desplats, V., “La théorie des *contraintes* face à la théorie des sources du droit”, en Cartuyvels, Y. et al. (eds.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2013.
- Brunet, P., Millard, E. y Mercier, J. (ed.), “Les juristes et la hiérarchie des normes”, *Revus*, 21, 2013.
- Brunet, P., Millard, E. y Mercier, J. (ed.), “Le réalisme scandinave dans tous ses états”, *Revus*, 24, 2014.
- Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorzczuk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.
- Champeil-Desplats, V. y Millard, E., “La Teoría de las ‘contraintes’ jurídicas”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 18 (1), 2017 pp. 221-234.
- Cohen, A. y Vauchez, A., “Sociologie politique de l’Europe du droit”, *Revue française de Sciences Politiques*, 2, 2010.
- Dyevre, A., “Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?”, manuscrito disponible en: https://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/
- Le Coustumer, J.-C., “Réalisme, scepticisme et *contraintes* juridiques”, *Droits*, 36, 2002.
- Jeammaud, A., “*Contrainte*”, en Alland, D. y Rials, S. (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- Millard, E., “La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Les Petites Affiches*, 95, 1996.
- Millard, E., “Réalisme scandinave et théorie des contraintes”, en Troper, M., Champeil-Desplats, V. y Grzegorzczuk, C. (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 143-154.
- Millard, E., “Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité”, *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 55, 2013, pp. 23-40
- Millard, E., *Teoría general del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Olivecrona, K., *Law as Fact*, London, Sweet & Maxwell, 1971.

- Pfersmann, O., “Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (Réponse à Michel Troper)”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 52, 2002/4, pp. 759-788.
- Rials, St (ed.), “L’argumentation des juristes et ses contraintes (1)”, *Droits*, 54, 2013.
- Rials, St (ed.), “L’argumentation des juristes et ses contraintes (2)”, *Droits*, 55, 2013.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1959.
- Troper, M., *Pour une théorie juridique de l’Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- Troper, M., “La notion de citoyen sous la Révolution Française”, in *Études en l’honneur de Georges Dupuis*, Paris, 1997.
- Troper, M., “Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste”, en Zoller, E., *Marbury vs. Madison, un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, pp. 227.
- Troper, M., “Argumentation et explication”, *Droits*, 54, 2011.
- Veyne, P., *Comment on écrit l’histoire. Essai d’épistémologie*, Paris, Éditions du Seuil, 1971.

Sección IV

Balance de una Discusión

Sobre la solución coherente de casos jurídicos

On Coherent Solutions to Legal Cases

Natalia Scavuzzo*

“The aim of philosophy is the clarification of the forms of sense that, in one way or another, are conceptually puzzling –for they are legion”.

Hacker, P.M.S., *Analytic Philosophy: Beyond the Linguistic Turn and Back Again*

Recepción: 06/08/2019

Evaluación: 14/11/2019

Recepción y aceptación final: 25/11/2019

Resumen: Este trabajo consiste en un balance de la discusión presentada en *Discusiones X* acerca de “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho” de Amalia Amaya. En primer lugar, se expone brevemente la teoría de la coherencia propuesta por Amaya y se indaga en forma crítica respecto del concepto de coherencia que la autora propone. Seguidamente se analiza cómo se relaciona el modelo de la coherencia con la discrecionalidad en la solución de casos jurídicos, cómo se conjuga un concepto de coherencia formal con el razonamiento no instrumental y qué perplejidades derivan del enfoque filosófico naturalista adoptado por Amaya. Por último, se argumenta que el modelo de la explicación y de la justificación coherentista debe explicitar el punto de vista relevante desde el cual se coherentiza.

Palabras claves: coherencia, razonamiento jurídico, identificación del derecho, justificación de decisiones judiciales

* Investigadora becada por la Università degli studi di Genova, Italia. Magíster en Derecho y Argumentación Jurídica, UNC, Argentina. Doctora en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica por la Università degli studi di Genova, Italia. Correo electrónico: nataliascavuzzo@hotmail.com. Agradezco a Alejandro Calzetta, Diego Dei Vecchi y al revisor anónimo por los valiosos comentarios a la primera versión de este trabajo.

Abstract: This text the author offers an assessment of the debate carried out in *Discusiones X* about Amalia Amaya's "Diez tesis sobre la coherencia en el derecho". First, the author briefly explains Amaya's theory of coherence and critically analyzes Amaya's concept of coherence. Next, the author analyzes how the model of coherence is related to discretion in the solution of legal cases, how a concept of formal coherence is combined with non-instrumental reasoning and what perplexities derive from the naturalistic philosophical approach adopted by Amaya. Finally, it is argued that the model of coherent explanation and justification must make explicit which is the relevant point of view from which the argument from coherence is developed.

Keywords: coherence, legal reasoning, identification of law, justification of judicial decisions.

1. Introducción

En este trabajo se busca retomar el debate en torno a las tesis que Amalia Amaya presenta en *Diez tesis sobre la coherencia en el derecho*¹. El momento para retomar la discusión resulta más que oportuno, ya que la "coherencia" ha adquirido una atención creciente por parte de la cultura jurídica en los últimos años. En ese artículo Amaya introduce diez tesis fundamentales sobre la coherencia, que constituyen una síntesis de su propia teoría de la coherencia en el derecho².

La autora propone una teoría general de la coherencia, cuya construcción se basa en el análisis de la coherencia en distintos ámbitos (ética, epistemología, filosofía del lenguaje, psicología) para construir un concepto unitario de coherencia aplicable al dominio del derecho. Entiende que su teoría es superadora de las teorías de la coherencia que precedentemente

¹ El artículo fue publicado en la revista *Discusiones X*, en el año 2010. Participaron con comentaristas a este trabajo: Manuel Atienza, María Cristina Redondo, Guillermo Lariguet, Claudio Michelin, Aldo Schiavello y Juliano Maranhao.

² Una presentación detallada de la teoría puede encontrarse en Amaya, A., *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

se encontraban en el ámbito del derecho, atento a que su propuesta puede ser aplicada tanto al razonamiento sobre los hechos como al razonamiento sobre el derecho.

En este contexto, desarrolla un modelo de razonamiento jurídico, basado en la idea de coherencia, que consta de cuatro elementos:

1. Un concepto de coherencia jurídica en términos de satisfacción de restricciones.
2. Una explicación de las inferencias jurídicas basadas en la coherencia como una inferencia a la mejor explicación.
3. Una visión de la justificación jurídica como coherencia óptima.
4. Un enfoque contextualista a los estándares coherentistas de justificación³.

En el análisis de estas tesis sobre la coherencia en el derecho, emergen muchos de los temas tradicionales de la teoría del derecho (y algunos que podríamos discutir si son o no parte de la teoría del derecho, o en qué medida lo son), a saber: racionalidad, interpretación, teorías de la verdad, distinción entre explicación y justificación, distinción entre reglas y principios, razonamiento jurídico, conflictos entre derechos, discrecionalidad judicial, justificación de las decisiones jurídicas, el uso de instrumentos lógicos-semióticos para la resolución de problemas jurídicos, la relación entre el derecho y la moral, entre el derecho y el razonamiento práctico, entre otros. Es por esto que la propuesta de Amaya constituye una compleja elaboración que nos abre distintos ámbitos de análisis y nos sitúa ante un panorama más que complejo.

En la discusión que este trabajo revisita se han señalado ambigüedades en el uso que la autora hace del término coherencia, probablemente derivadas de su intento de realizar una macro-teoría, y también algunas tensiones en relación a diversos de los temas mencionados. Aunque, como resultado del balance, no es claro que la teoría de Amaya pueda superar estos escollos, creo que la misma constituye una rica elaboración, útil para retomar algunos problemas persistentes en la teoría del derecho. En esta

³ *Ibidem*, p. 6.

sede me propongo exponer algunos puntos que considero controvertibles de la propuesta de Amaya.

En la sección 2 presento los aspectos generales de la teoría de la coherencia en el derecho de Amaya. En la sección 3 analizo cuál es el concepto de coherencia de la teoría propuesta. En la sección 4 indago respecto de qué se predica la coherencia y cuál es la relación entre esta teoría de la coherencia y la discrecionalidad judicial. En la sección 5 cuestiono la teoría por cuanto asume un concepto formal de coherencia que le permite justificar razonamientos respecto de los fines últimos. En la sección 6 cuestiono particularmente el enfoque filosófico naturalista adoptado. Por último, en la sección 7 sugiero, a modo de complemento, que una explicación/justificación coherentista debería explicitar el punto de vista desde el cual se construye la coherencia.

2. Presentación de la teoría coherentista del razonamiento jurídico

Amaya nos presenta una forma de coherentismo como una teoría de la justificación en el derecho⁴. La autora sostiene que su teoría es superadora de otros estudios sobre la coherencia por dos razones. En primer lugar, porque su teoría, a diferencia de las otras, ofrece un concepto de coherencia. En segundo lugar, porque propone una noción unitaria de coherencia que considera “útil para definir el concepto de coherencia que es relevante para la justificación tanto de enunciados fácticos como normativos en el derecho”⁵.

Para ofrecer una definición de coherencia ella se basa en la teoría de Paul Thagard. La coherencia es la propiedad de los elementos de un conjunto que satisfacen la mayor cantidad de restricciones positivas y negativas. A partir de un conjunto de elementos podemos distinguir en subconjuntos que satisfacen o que no satisfacen estas restricciones. Las restricciones indican relaciones de coherencia (explicación, deducción, facilitación, asociación) e incoherencia (inconsistencia, incompatibilidad, asociación negativa) entre

⁴ Véase Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *Discusiones*, X, 2010, p. 34.

⁵ *Ibidem*, p. 23.

los elementos del conjunto. Las restricciones que los elementos deben satisfacer varían según el dominio en cuestión, por lo cual esta noción de coherencia puede aplicarse a diversos dominios. Como cada dominio determina cuáles son las restricciones que deben satisfacerse, puede decirse, en primer lugar, que el contexto pasa a ocupar un lugar importante en la justificación coherentista. Y, en segundo lugar, que esto hace que la definición de coherencia se nos presente como formal, ya que prescinde de parte de su contenido, el cual se determina en cada dominio específico.

Puede verse cómo, entonces, con el término coherencia se indica las relaciones de coherencia y de incoherencia. Podemos decir que la coherencia es la propiedad de los elementos del dominio consistente en tener cierto tipo de relación con los otros elementos del dominio (i.e., una propiedad relacional).

Simultáneamente, Amaya presenta la coherencia como un tipo de razonamiento, o el resultado de un tipo de razonamiento. Explica que el razonamiento coherentista es un tipo de razonamiento explicativo y justificativo. Determinar la coherencia es ver cómo distinguir en un conjunto de elementos entre un subconjunto de elementos aceptados y un subconjunto de elementos rechazados. En el caso del derecho, el órgano decisor se plantea un posible número de soluciones a un caso jurídico y selecciona entre ellas la más coherente.

Señala que el razonamiento coherentista es un tipo de inferencia, es una inferencia a la mejor explicación. El razonamiento que se basa en la coherencia es un tipo de razonamiento explicativo, donde quienes toman las decisiones alcanzan creencias óptimamente coherentes sobre los hechos y el derecho mediante una inferencia a la mejor explicación.

Además, Amaya sostiene la tesis de que “el coherentismo (...) sí que cuenta con una clara descripción de los procesos de inferencia que resultan en creencias justificadas”⁶. Por esto, como dijimos, se trata de un razonamiento explicativo y justificativo. Se presenta como un tipo de razonamiento que puede justificar las decisiones en el derecho. Para lograr esto, explica que a la teoría de la coherencia debe unirse una teoría de la responsabilidad epistémica. La responsabilidad epistémica juega un rol relevante, en virtud de que Amaya reconoce que existe el riesgo de que la hipótesis

⁶ *Ibidem*, p. 27.

más coherente sea aquella fruto de la manipulación de los elementos que ha hecho el decisor o producto de su formación de creencias irracionales.

El objetivo que Amaya se propone es construir una teoría de la coherencia psicológicamente plausible, pero también normativamente adecuada. Por esto, además, se complementa la teoría de la coherencia con una teoría de la responsabilidad epistémica. De esta forma, la responsabilidad epistémica está implícitamente contenida en la coherencia⁷.

La autora explica que la teoría de la coherencia como satisfacción de restricciones no aborda el problema esencial de cómo se genera el conjunto inicial de elementos que se consideran relevantes para comparar y evaluar la coherencia (problema del *input*). Ella acepta un tipo de coherencia “*discriminating*”⁸ que favorece un conjunto de elementos para la aceptación, aun si al final la aceptación de estos elementos depende de su coherencia con todos los elementos, y que esta se diferencia de una teoría de la coherencia “pura” como la de Dworkin.

Es importante resaltar que este tipo de razonamiento coherentista se presenta como un razonamiento de tipo no-instrumental. Explica Amaya que es un razonamiento acerca de los fines, que es útil para resolver conflictos entre valores y fines que están presentes en el derecho y para realizar inferencias prácticas.

Creo finalmente que en la presentación de Amaya puede entenderse que la coherencia, además de ser una propiedad y una forma de razonamiento, es también un valor⁹. Encontramos que la autora ofrece diversas razones para adoptar un estándar coherentista de la justificación, estas son:

⁷ Amaya explica que la responsabilidad epistémica puede basarse en dos concepciones, una deontica y otra de las virtudes. En “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho” ella defiende como mejor alternativa para el contexto jurídico una posición intermedia que tiende a la concepción de las virtudes. *Ibidem*, p. 36-37. Sin embargo, luego en *The Tapestry of Reason. An inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, se inclina por aplicar al contexto jurídico una concepción de la responsabilidad epistémica basada en las virtudes, pero en la cual los deberes juegan un rol central. Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, pp. 522-523.

⁸ Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, p. 546.

⁹ Para una defensa de la coherencia como valor supremo en el derecho véase Pérez Bermejo J.M., “Alcune osservazioni sul valore della coerenza nei sistemi giuridici” en *Diritto & questioni pubbliche*, 2007, pp. 56-58.

- (a) Epistémicas, ya que la coherencia y la verdad están conectadas de manera apropiada por la inferencia a la mejor explicación.
- (b) Prácticas, ya que facilita la coordinación y la efectividad de acciones conjuntas, y la eficacia de ciertos valores o fines.
- (c) Tiene valor constitutivo de la identidad individual y colectiva.
- (d) Otra que podríamos llamar ideológica, ya que para Amaya el coherentismo es una vía intermedia entre el formalismo y el escepticismo.
- (e) La última razón que presenta a favor del coherentismo es que “este goza de un alto grado de plausibilidad desde el punto de vista psicológico”¹⁰. Llamaré a esta, una razón naturalista.

3. Sobre el concepto de coherencia, ¿una propiedad o un tipo de razonamiento?

Como se explicó precedentemente, Amaya propone un concepto unitario de coherencia útil para ser aplicado tanto al razonamiento sobre los hechos como al razonamiento sobre el derecho, sin embargo la coherencia es a la vez una propiedad (relacional), un tipo de razonamiento (o el resultado de un tipo de razonamiento) y un valor. Esta ambigüedad también está presente en las razones ofrecidas en favor del modelo coherentista. Algunas de ellas son razones a favor de adoptar un razonamiento de tipo choerentista, otras justifican adoptar una decisión óptimamente coherente, y otras son razones que justifican porqué es valiosa la coherencia.

La razón epistémica, según la cual la coherencia y la verdad están conectadas mediante la inferencia a la mejor explicación, considera a la coherencia como un tipo de razonamiento explicativo¹¹. Por otro lado, la razón práctica, según la cual la coherencia facilita la coordinación y la eficacia de ciertos valores, considera a la coherencia como una propiedad. Mientras que la razón ideológica, según la cual la coherencia permite supe-

¹⁰ Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 58.

¹¹ De una forma u otra, todos los comentarios presentes en el número de discusiones han puesto en discusión la relación entre la coherencia y la verdad. Amaya reconoce que esta relación es más que problemática, pero no da argumentos para sostenerla.

rar al formalismo y al escepticismo, parece suponer ambos conceptos de coherencia a la vez, a la coherencia como una propiedad y a la coherencia como un tipo de razonamiento.

Amaya defiende que su teoría de la coherencia es una vía intermedia entre el formalismo y escepticismo. No obstante, no es claro en este contexto cómo se entienden el formalismo y el escepticismo¹². De esta forma, la ambigüedad señalada en concepto de coherencia se traslada a este debate.

El formalismo puede entenderse como una tesis según la cual la aplicación de reglas es una cuestión de inferencias lógicas que se expresan en verdades analíticas. En este contexto el formalismo se ve como una posición que defiende la posibilidad de una justificación formal de las decisiones judiciales (justificada por la lógica formal) en virtud de ciertas premisas que se tienen por válidas y ciertas reglas de inferencia¹³. En esta concepción el formalismo es una teoría sobre el razonamiento.

En lo que respecta al escepticismo, si bien puede interpretarse como una teoría anti-formalista que niega la posibilidad de que la lógica formal pueda aplicarse a directivas o proposiciones y, en este sentido, también concebirse como una teoría sobre el razonamiento jurídico, por lo general son llamados “escépticos” quienes niegan que las fuentes del derecho expresen normas que pueden conocerse (escépticos en materia de interpretación). Otra forma de anti-formalismo (que en algún sentido también sería una suerte de escepticismo) está dada por quienes niegan que los sistemas jurídicos posean la propiedad de ser coherentes o que pueda haber siempre una respuesta correcta que derive de estos sistemas (entendida como la respuesta coherente).

¹² Explica Tarello cómo la locución “Formalismo Jurídico” se ha presentado en la cultura jurídica de forma ambigua. Entre los diversos sentidos que se han atribuido pueden nombrarse: formalismo como característica de ciertos ordenamientos jurídicos; como característica o vicio profesional de los juristas; como concepción del derecho que lo entiende como una “forma” de la experiencia que distingue lo jurídico de lo no jurídico; a la ciencia del derecho como una ciencia formal; como una concepción de la interpretación. En este sentido las corrientes que se oponen al formalismo también son de diverso tipo, y como bien señala Tarello, es posible ser formalista en un sentido y no en otro. Véase, Tarello, G., “Formalismo”, *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, vol. VII, pp. 571-580.

¹³ Al respecto véase, Wróblewski, J., “Justificación de las decisiones jurídicas” en *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001, pp. 45- 65.

Es por esto que, por una parte, el coherentismo de Amaya en cuanto entiende la coherencia como una forma de razonamiento se opone a las teorías que tratan de aplicar la lógica formal al razonamiento jurídico. De esta forma podemos decir que estamos ante dos modelos diversos de razonamiento en el derecho.

Pero, por otra parte, esta propuesta coherentista parece rechazar al escepticismo no ya como teoría sobre el razonamiento jurídico, sino como teoría sobre las propiedades de los sistemas jurídicos. En este sentido, Amaya remarca el fracaso del positivismo formal de construir una teoría pura del derecho,

El fracaso del proyecto del positivismo formal de ofrecer una teoría pura del derecho no nos aboca a aceptar las conclusiones escépticas que caracterizan a los realistas jurídicos y (en distinto grado, sin duda) a los movimientos críticos, sino a repensar el modelo de racionalidad que es apropiado para el derecho, en un esfuerzo por desarrollar una concepción amplia de la razón en el Derecho, más allá de los límites impuestos por los modelos formalistas¹⁴.

Nuevamente, diversas tesis pueden entenderse como una forma de formalismo, pero es llamativa la identificación de “positivismo formal” con su referencia a una *teoría pura del derecho*¹⁵. Esto resulta extraño y creo que sería oportuno revistar cuál es el objeto de la teoría de Kelsen (al menos en *La teoría pura del derecho*) que es asimilada a alguna forma de formalismo¹⁶.

Para Kelsen el objeto de *La teoría pura del derecho* es el conocimiento del derecho. Respecto al método sostiene que es necesario eliminar todo lo que no corresponda exactamente a su objeto de estudio. De esta forma, Kelsen

¹⁴ Véase Amaya A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵ Al respecto, por ejemplo, Marmor explica que ningún positivista diría que la aplicación de reglas es una cuestión de inferencia lógica. Véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2da ed., Hart Publishing, 2005, p. 98.

¹⁶ Al respecto explica Tarello que la teoría de Kelsen puede entenderse formal en diversos sentidos: porque funda la posibilidad del discurso jurídico en una “forma” categorial; porque prescinde del contenido y se refiere a la naturaleza de cualquier posible ordenamiento

busca delimitar el conocimiento del derecho del conocimiento de otras cuestiones, es decir, quiere precisar cuál es el objeto de estudio. Kelsen no quiere negar que otras cuestiones como, por ejemplo, las cuestiones políticas sean importantes, o que estén íntimamente relacionadas con el derecho, sino que busca evitar el sincretismo metodológico que para él oscurece la esencia de la ciencia jurídica¹⁷. Kelsen no presenta una teoría formalista del razonamiento jurídico, porque la teoría pura no es una teoría del razonamiento jurídico o una teoría sobre la justificación de decisiones jurídicas¹⁸.

Por otro lado, en relación a “las conclusiones escépticas”, corresponde precisar que el escepticismo, si se entiende como una forma de escepticismo interpretativo (lo que caracteriza a algunos de los múltiples realismos jurídicos), no sostiene una tesis escéptica en relación al razonamiento jurídico, sino respecto de la posibilidad de determinación del ordenamiento jurídico¹⁹. Esta forma de escepticismo no negaría que existen instrumentos interpretativos que tienden a la coherencia²⁰ y que los intérpretes usan la coherencia como razón para elegir entre distintas interpretaciones. Lo que sí negaría es que sea posible predicar la coherencia de los sistemas jurídicos.

Amaya construye una teoría del razonamiento coherentista donde las decisiones están justificadas porque satisfacen óptimamente las restricciones negativas y positivas del contexto específico. Sin embargo, señala que el

jurídico; o porque establece criterios formales para la determinación de que una norma existe. Tarello, G., *op. cit.*, p. 572.

¹⁷ Véase Kelsen H., *Teoría Pura del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011.

¹⁸ En este sentido señala Wróblewski: “Hoy nadie sigue creyendo en una aplicación del derecho puramente mecánica al estilo de los positivistas del siglo XIX, de la *Begriffsjurisprudenz*. Ese rechazo de una idea falsa no implica, sin embargo, que se denuncie también la ideología de la legalidad; pero, el que la mantenga estará obligado a justificarla de otra forma.” Wróblewski, J., “La interpretación en el derecho: teoría e ideología” en *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001 [1979], pp. 149- 171, p. 150.

¹⁹ Al respecto véase Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

²⁰ Por ejemplo, Guastini señala que la “interpretación sistemática” incluye una familia de argumentos interpretativos que tienen en común: referencia al contexto en que se encuentra la disposición a interpretar y al presunto carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Explica que esta forma de argumentar esconde distintas operaciones interpretativas: combinar fragmentos de normas, interpretación según el sector del ordenamiento donde se encuentra, permanencia terminológica, o del cambio terminológico, interpretación adecuada. Véase Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, *op. cit.*, pp. 289-299.

razonamiento coherentista no puede garantizar que la decisión en un caso particular esté justificada. Esto es así, porque el razonamiento coherentista consiste en una inferencia a la mejor explicación y la mejor explicación podría ser el fruto de una formación de creencias irracionales. La solución que propone a este problema es que la decisión más coherente sería aquella que un decisor racional *hubiera* alcanzado. Es por esto que Amaya sostiene que los estándares de responsabilidad epistémica, que caracterizan qué es un decisor racional, son un componente esencial de una teoría coherentista de la justificación.

En relación a este punto, se argumenta que las personas tendemos a buscar coherencia, por lo que es necesario considerar cómo diferenciar entonces la coherencia que produce justificación y la coherencia que es el resultado de prejuicios o creencias mal formadas. La autora responde a este punto que “una hipótesis acerca de los hechos o del derecho está justificada si podría ser el resultado de un proceso epistémicamente responsable de maximización de la coherencia”²¹. La decisión justificada (la respuesta correcta), no necesariamente es el resultado de una inferencia a la mejor explicación. La hipótesis óptimamente coherente es la solución que un decisor jurídico epistémicamente responsable *podría* haber aceptado en virtud de la coherencia. De allí que “...la justificación de una decisión jurídica depende de una condición contrafáctica, no causal...”²². La solución siguiendo el razonamiento coherentista es siempre derrotable.

Nuevamente, aquí puede verse como no distinguir entre coherencia como propiedad y coherencia como razonamiento oscurece el argumento y cómo la confusión entre ambas cosas puede traernos algún problema²³.

La coherencia puede entenderse como un tipo de razonamiento o como el producto o resultado de este tipo de razonamiento. Sin embargo, en la propuesta de Amaya, la decisión más coherente no es necesariamente el producto o resultado de un razonamiento coherentista. La coherencia se predica de la solución a la que un agente, que satisface los requisitos de

²¹ Véase Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 35.

²² *Ibidem*, p. 35. En el mismo sentido, Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, p. 520.

²³ Redondo ha señalado esta tensión, véase Redondo, M.C., “Decidir en modo justificado: una explicación coherentista”, *Discusiones*, X, 2010.

responsabilidad epistémica, *hubiera podido* acceder. Pero, Amaya reconoce, podría darse el caso de un agente epistémicamente responsable que sin seguir un procedimiento responsable de maximización de la coherencia llegue a la decisión más coherente²⁴.

En particular, conforme esta propuesta no podemos saber si una decisión es coherente en virtud de que posee tal propiedad (cumple con la satisfacción de restricciones negativas y positivas óptimamente) o bien porque es adoptada mediante un razonamiento de tipo coherentista (es una inferencia a la mejor explicación). Por esto me pregunto, si la teoría de la coherencia analizada es una teoría explicativa y justificativa sobre el razonamiento jurídico o bien una teoría sustancial sobre cuál es la decisión justificada, independientemente de cómo esta sea alcanzada, i.e. la solución correcta a un caso particular que un decisor racional alcanzaría.

4. Un viejo problema recurrente: discrecionalidad de los órganos decisores

En la actualidad si bien es raro que se sostenga que los sistemas jurídicos son coherentes, sí es actual la idea de que los principios constitucionales imponen la coherentización de los sistemas jurídicos²⁵. Estas propuestas sobre el rol de la coherencia, se apoyan en diversas versiones de coherentismo, según el cual los ordenamientos jurídicos tendrían naturaleza sistemática a partir de sus principios últimos expresos o no en los textos

²⁴ Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, p. 524, donde expresa: “the counterfactual version allows for the possibility that a legal decision be justified, provided that an epistemically responsible legal decision-maker could have accepted it as justified, even if it results from an irresponsible process of coherence maximization. This is important if we want to preserve, as we most certainly should, the crucial distinction between ‘normative’ reasons and ‘explanatory’ reasons, that is to say, the distinction between the reasons that support a decision and the reasons that explain why a particular decision was taken. That a right legal decision was taken for the wrong reasons does not in the least reduce its correctness”. Podría considerarse que, bajo estas consideraciones, la responsabilidad epistémica pierde, al menos en parte, parte importante de la relevancia atribuida por la teoría.

²⁵ Ratti, G.B., “La coerentizzazione dei sistemi giuridici”, *Diritto & questioni pubbliche*, 7, 2007, pp. 61-70.

constitucionales²⁶. En estas posiciones juega un rol central la distinción entre reglas y principios, siendo estos últimos los que permiten entender al derecho como un sistema ordenado (no así las reglas, que no tendrían un rol importante en el ordenamiento jurídico).

Sin embargo, la ambición de coherentizar el ordenamiento jurídico a través de sus principios últimos es más que problemática. Por un lado, como reconoce Amaya, en los ordenamientos jurídicos confligen diversos fines y valores, podemos agregar diversas ideologías, lo que se traduce en que es posible constatar en éstos inconsistencias axiológicas. Por otro lado, la distinción misma entre reglas y principios es más que dudosa²⁷ (y en todo caso, dependiente de la interpretación²⁸).

Como ya se dijo, Amaya en *Diez tesis sobre la coherencia en el derecho* reconoce que los sistemas jurídicos pueden ser incoherentes (que generalmente hay conflictos entre los valores y fines que protege el derecho), lo que debe ser coherente en su propuesta son los enunciados producto de la

²⁶ En este sentido es común hablar de consistencia axiológica. La coherencia se entiende como cohesión axiológica (*coherence*), es decir que las normas de un ordenamiento jurídico pueden ser reconducibles a un principio o conjunto de principios o valores (y de esto se seguiría que cada cuestión admite solo una respuesta correcta). Este sentido se distingue de la coherencia lógica entre las normas (*consistency*), es decir ausencia de antinomias. Véase Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, *op. cit.*, p. 286-287. Al respecto de la armonía entre los principios Guastini sostiene que “La armonía axiológica entre principios, en la medida en que existe, es fruto de construcción jurídica, es decir de la (ocasional) armonización de los mismos por obra de los juristas y los jueces” (*Ibidem*, p. 287).

²⁷ Explica Hart en su *Postscriptum a El concepto de derecho*, que la distinción (al menos como presentada por Dworkin, entre reglas que son de aplicación todo o nada y principios no concluyentes) parece ser solamente una cuestión de grados. Véase, Hart, H.L.A., “Postscriptum” en Bonilla, D., et al. *La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 122.

²⁸ Esta sería una consecuencia del escepticismo interpretativo, en este sentido, por ejemplo Riccardo Guastini sostiene que “hay que aclarar, por si acaso no fuese obvio, que el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o inderrottable, y (en muchos casos) el carácter abierto o cerrado de un supuesto de hecho no son, digámoslo así, datos objetivos, anteriores a la interpretación: al contrario, dependen de la interpretación, son fruto de la interpretación (...) En consecuencia, la identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de las reglas o a la clase de los principios) depende de la interpretación”, en *Interpretar y argumentar*, *op. cit.*, pp. 190-191.

identificación de los hechos relevantes y del derecho aplicable y, a su vez, las decisiones de los jueces.

Pero, ¿cómo funciona exactamente la coherencia en el razonamiento jurídico? Frente a un sistema jurídico (generalmente incoherente), el juez elabora una hipótesis de decisión jurídica coherente mediante el razonamiento a la mejor explicación. Esto sirve tanto para los hechos, el derecho y la decisión en sí misma consideradas. Pensemos, por ejemplo, en los enunciados sobre el derecho aplicable. Mediante los mecanismos sugeridos por Amaya (contracción, adición y reinterpretación) se presenta como más coherente un enunciado respecto del derecho aplicable (i.e. identificación de los estándares normativos) mediante una inferencia que parece basarse en consideraciones sustantivas tomadas por el órgano decisor.

Generalmente, en los ordenamientos jurídicos modernos se exige que las decisiones sean motivadas (en el sentido de que deben darse razones que las justifiquen) en base al derecho²⁹. Cuando la decisión no se basa en el derecho (caso de lagunas o antinomias) tradicionalmente se entiende que las decisiones son el producto de la discrecionalidad del órgano decisor.

La teoría de la coherencia propuesta justifica decisiones conforme a derecho, pero también decisiones en los casos en que el derecho no establece una solución o establece una solución contradictoria³⁰. En este caso la justificación coherentista permitiría justificar decisiones que exceden la justificación conforme a derecho, en este sentido parece ocultarse que algunas decisiones, producto de una elección discrecional conforme a consideraciones sustantivas extra-jurídicas, no se encuentran efectivamente justificadas conforme a derecho. Aquí el peligro: en estos casos el recurso a la coherencia parece esconder una forma de retórica que disfraza de justificación jurídica a la elección discrecional de una decisión.

La sospecha de discrecionalidad latente en las teorías coherentistas también ha sido presentada por otros autores, por ejemplo, Schiavello argumenta que la construcción de la coherencia es altamente discrecional,

²⁹ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, op. cit. p. 231.

³⁰ Podría ser también cuando se dan los conflictos de instanciación (o antinomias en concreto). Que se caracterizan por una imposibilidad fáctica, no normativa, con es el caso de conflictos normativos (antinomias en abstracto). Al respecto véase Navarro, P y Rodríguez J.L., *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge Univertisy Press, Cambridge, 2014, p. 183.

y que la noción de responsabilidad epistémica es tan vaga que, cualquiera sea la concepción por la que se opte (deóntica o de la virtud), solo juega un papel retórico para apoyar la decisión preferida por el decisor en cada caso³¹. Expresamente afirma:

Che le teorie coerentiste spaccino sotto le (mentite) spoglie di una attraente teoria del sistema giuridico una politica del diritto discutibile è un sospetto che merita di essere preso sul serio. Come sostiene in particolare il realismo giuridico, potrebbe darsi che le teorie coerentiste amplino surrettiziamente la discrezionalità dell'interprete e del giudice in particolare affermando di voler fare esattamente il contrario. Questo è l'aspetto più marcatamente ideologico e retorico delle teorie coerentiste che è compito della scienza giuridica tentare di svelare³².

En el mismo sentido Ratti sostiene:

Sostenere che vi sia sempre una risposta corretta basata su ragioni morali ultime, quando è più che dubbio che tali ragioni esistano, equivale a difendere l'oggettività di un punto di vista che è, nel migliore dei casi, politicamente accettabile, ma che certamente non è privo di punti discutibili. Sembra che il proposito del coerentismo, in effetti, sia quello di marginalizzare molte delle fonti giuridiche rilevanti, per lasciare che i giudici sistematizzino il diritto in conformità a regole morali (assertivamente) oggettive, la cui origine, tuttavia, rimane misteriosa³³.

Amaya considera que estas críticas son infundadas³⁴. Explica que su concepción de la coherencia no sostiene que existe una decisión correcta y, además, en respuesta a Schiavello sostiene que los “estándares [de res-

³¹ Véase Schiavello, A., “Tre osservazioni su Diez Tesis acerca de la coherencia en el derecho”, *Discusiones*, X, 2010.

³² *Ibidem*, pp. 161-162.

³³ Ratti G.B., *op. cit.*, p.70

³⁴ Debe aclararse que la crítica de Schiavello se dirige directamente a la propuesta de Amaya, mientras que la de Ratti es una crítica general a las teorías de la coherencia.

ponsabilidad epistémica] limitan el modo en el que se puede construir la coherencia en el curso de los procesos de decisión jurídica y no cumplen, por lo tanto, una función meramente retórica³⁵. Para Amaya estos criterios de responsabilidad epistémica no pueden legitimar cualquier decisión. Lo que esta noción de responsabilidad epistémica permite es excluir ciertas hipótesis como injustificadas.

El proceso orientado a la maximización de la coherencia, no es un proceso que depende de la intuición y las elecciones valorativas del decisor. En este sentido sostiene Amaya:

según la concepción coherentista de la justificación jurídica defendida en “Diez Tesis”, no es que haya una hipótesis coherente tal que el agente epistémicamente responsable tiene que individuuarla, sino que una hipótesis está justificada en virtud de su coherencia si es una hipótesis que un agente epistémicamente responsable podría haber aceptado como tal³⁶.

Dada esta importancia que en la teoría juegan los criterios de responsabilidad epistémica, sería entonces más que necesario un análisis detallado de los mismos, que la autora reconoce como vagos³⁷. Y, por sobre todo, la inquietud que surge es ¿cuáles son y cómo se seleccionan los elementos respecto de los que se establecerá la relación de coherencia? Amaya reconoce que un problema que se mantiene sin solución es el modo en que se crea el conjunto de los elementos iniciales que se creen relevantes para comparar la coherencia de las decisiones alternativas. En el contexto del derecho esto nos reenvía directamente al problema tradicional de la teoría del derecho de la identificación de los estándares normativos jurídicos y su independencia o no de otros estándares de conducta (a saber, por ejemplo, normas morales).

Nuevamente, en la teoría de Amaya la decisión que el órgano decisor debe tomar es aquella más coherente entre las otras posibles hipótesis de

³⁵ Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 247.

³⁶ *Ibidem*, p. 248.

³⁷ *Ibidem*, p. 247,

decisión. Específicamente Thagard explica que en un problema jurídico los elementos del dominio son los principios del derecho y las decisiones de la corte³⁸. Afirma que: “To show that a given problem is a coherence problem in this sense, it is necessary to specify the elements and constraints, provide an interpretation of acceptance and rejection, and show that solutions to the given problem do in fact involve satisfaction of the specified constraints”³⁹.

Por lo tanto, la coherencia es una propiedad de una decisión que un sujeto epistémicamente responsable podría tomar, que satisface más que otras decisiones los requerimientos de los principios del derecho. Al respecto, y a los fines de preservar la idea de juzgar conforme a derecho, es interesante la propuesta coherentista que presenta Juan Pablo Alonso respecto de la posibilidad de usar la coherencia dentro de una teoría positivista del derecho. Alonso sostiene que solamente los principios reconocidos por un ordenamiento jurídico específico pueden servir de guía para resolver de la forma más coherente algunos casos de lagunas normativas⁴⁰.

Amaya parece reconocer que el derecho tiene una posibilidad limitada de justificar decisiones. Sin embargo, también parecen presentarse como decisiones justificadas conforme a derecho, decisiones en base a sistemas de normas inconsistentes al introducir (de forma velada) la discrecionalidad dentro de la inferencia que justifica la decisión. Aun cuando recurrimos a los principios del derecho, que pueden presentarse en contradicción entre ellos y, por lo tanto, en estos casos la solución más coherente deriva también de una elección del decisor⁴¹.

³⁸ Thagard, P. y Verbeurgt, K., “Coherence as Constraint Satisfaction”, *Cognitive Science*, 22 (1), 1998, pp. 1-24.

³⁹ *Ibid.* p. 4

⁴⁰ Alonso, J. P., *Principios Jurídicos Implícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2018 y Alonso, J.P., “Principios jurídicos implícitos y coherencia”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 375-385.

⁴¹ Otras teorías de inspiración coherentistas, no es el caso de Amaya, recurren a la idea de la ponderación o balance para determinar cuál es el principio que en un caso concreto debe prevalecer para resolver un caso particular. Véase, por ejemplo, Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1986]. En la vereda de en frente, el realismo genovés explica que los decisores en tales circunstancias crean una jerarquía axiológica móvil para resolver los conflictos entre derechos. Véase Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, *op. cit.* pp. 216-218.

Que los órganos decisores otorgan a las fuentes del derecho significados que permiten prevenir antinomias o inconsistencias entre las normas y los principios fundamentales del ordenamiento o atribuyen a las fuentes significados que quepan mejor a sus intuiciones morales, no es una característica sorprendente para la teoría del derecho. Como ya mencioné, algunos realistas jurídicos enfatizan esta realidad respecto a la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho. La diferencia con la teoría propuesta es clara, el realismo jurídico no ofrece una teoría normativa sobre la justificación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, creo que un riesgo del modelo coherentista del razonamiento jurídico propuesto es que oscurece en parte la diferencia entre la justificación de una decisión en virtud de ciertas premisas que se tienen por válidas según ciertas reglas de inferencia aceptadas y la justificación, a su vez, de estas premisas (su bondad). Así una forma de preservar esta distinción es distinguir entre la justificación interna (relación de deducibilidad entre premisas según ciertas reglas aceptadas) y la justificación externa de una decisión judicial (justificación de las premisas de hecho y derecho)⁴².

El apoyo al razonamiento de tipo coherentista parece apoyarse en un rechazo (al menos parcial) de los instrumentos propios de la lógica formal. Sin embargo, cuando se aplican los principios de la lógica formal a un argumento, estos no garantizan de por sí la verdad de la conclusión. Lo único que la aplicación de las reglas de inferencias aceptadas garantizan es que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión lo será. En relación al derecho la lógica forma suele usarse en el denominado “silogismo judicial”, en donde en base a las premisas de hecho y derecho se deduce una conclusión que constituye la decisión judicial. En la justificación de las premisas (de hecho y derecho) los argumentos aceptados son más amplios. En definitiva, es la justificación externa la encargada de justificar las premisas. Una decisión podría estar internamente justificada (en base a una relación de inferencia entre las premisas adoptadas), pero no estarlo externamente⁴³ (porque dichas premisas no estaban adecuadamente

⁴² Wróblewski, J., *The judicial application of the law*, ed. por Bankowski, Z. y MacCormick, N., Kluwer, Dordrecht, 1992 [1972].

⁴³ Wróblewski J., “Justificación de las decisiones jurídicas”, *op. cit.*.

justificadas). Contrariamente, el modelo coherentista parece justificar una decisión sin distinguir entre la aceptabilidad de las premisas y la decisión tomada conforme a estas premisas.

Conforme estas consideraciones, podemos ver que el modelo de la coherencia, por un lado, sostiene no tratar el problema de la justificación externa o de aplicabilidad o bondad de las premisas de hecho y derecho, pero, por otro lado, justifica la decisión no solo en cuanto a su racionalidad interna sino también como la solución más coherente en base a decisiones sustanciales. En definitiva, como sostiene Wróblewski, en referencia a Perelman, no es descabellado sostener que la bondad de algunas premisas sea, después de todo, objeto de persuasión mediante *L'empire rhétorique*.

5. Un concepto formal de coherencia y una teoría de la racionalidad sustancial

El concepto de coherencia, como satisfacción de restricciones que dependen del dominio específico del que quiera predicarse que un elemento es coherente, se presenta como un concepto abstracto o, podríamos decir, formal⁴⁴. En este sentido, cuáles sean las restricciones que deben satisfacerse depende contextualmente de cada dominio.

Según la teoría Amaya, las restricciones que deben satisfacerse en el derecho son las de coherencia deductiva, explicativa, analógica y deliberativa. En la premisa normativa agrega la coherencia interpretativa; y en la premisa fáctica a las coherencias conceptual y perceptual. Por otro lado, los elementos entre los que debe maximizarse la coherencia son los principios del derecho⁴⁵ y las decisiones de los jueces. La decisión coherente será aquella que satisfaga en mayor medida las restricciones del derecho.

⁴⁴ En el sentido de falta de contenido. Este es uno de los sentidos de “forma”: es lo que prescinde del contenido, “cuestión de forma pero no cuestión de sustancia”. Tarello, G., *op. cit.*, pp. 573.

⁴⁵ Sin embargo, como vimos, cuáles sean estos principios y cómo deban resolverse los conflictos entre ellos de un modo que satisfaga la coherencia son cuestiones que debe aún ser clarificadas.

Dejando de lado la ambigüedad mencionada en apartado anterior entre coherencia como proceso y producto de una forma de razonamiento y como propiedad que un sujeto epistémicamente responsable puede percibir, y la evasiva justificación de las premisas de hecho y derecho, la teoría de la coherencia bajo análisis se presenta como un modelo de justificación de decisiones jurídicas. En este sentido, parece tratarse de una teoría sobre las decisiones correctas o justificadas, pero sin contenido sustantivo, que parte de un concepto de coherencia formal.

Para Amaya el razonamiento coherentista es incompatible con una concepción instrumental de la razón práctica. Ella sostiene que el razonamiento coherentista no es de medio a fin, sino que es un tipo de razonamiento sobre los fines o valores últimos. Sin embargo, bajo este concepto de coherencia (como propiedad) no parece justificarse por qué la coherencia (como razonamiento) consista en un tipo de razonamiento sobre fines y no sobre medios, más siendo un modelo que está desprovisto de contenido sustancial, donde expresamente se evade el problema del input (de cómo identificar las premisas) donde la justificación de la decisión parece estar dada solo en virtud de la forma del razonamiento coherentista.

Considero que, tal como la crítica de Schiavello respecto a este punto, esta concepción aparentemente formal de la coherencia no es incompatible con una racionalidad instrumental⁴⁶. Dado un sistema jurídico que establezca un principio jurídico supremo (y suponiendo que somos epistémicamente responsables), podríamos utilizar esta noción de coherencia para resolver todos los casos que se presentaran (porque justifican la finalidad del sistema y eso hace que incida en los medios para alcanzar esa finalidad).

Sin embargo, si lo que interesa es razonar sobre los fines y valores últimos, en contextos pluralistas y de conflicto reconocido la coherencia no basta. Además, hay que elegir, decidir. Sea en forma genérica, sea en el caso individual, pero en todo caso parece que hay que dar contenido (no

⁴⁶ Para Schiavello esto es erróneo. Sostiene que puede reconocerse la importancia de la coherencia en el ámbito jurídico y a la vez, que haya genuinos desacuerdos prácticos. El presupuesto de la teoría de Susan Hurley que sigue Amaya es que puede en un caso individualizarse la teoría de la justicia o la teoría ética más coherente y que hay una respuesta correcta a la pregunta: ¿cómo debemos actuar en esta situación?

solo determinando las restricciones propias dentro de cada domino, sino también determinando el input en base al cual se justificará una decisión).

En relación a la coherencia y la inferencia a la mejor explicación, explica Schiavello que “la coerenza può contribuire a distinguere decisioni accettabili da decisioni inaccettabili; però non consente di dimostrare che una decisione sia la migliore”⁴⁷ y que, “la domanda da porsi è se postulare l’esistenza di una risposta corretta senza esplicitare i criteri conclusivi per la sua individuazione abbia una qualche rilevanza pratica (di tipo esplicativo e non retorico) all’interno di una teoria del ragionamento giuridico o di una teoria della prova”⁴⁸, a lo que él responde en forma negativa.

6. Naturalismo y filosofía

Un punto que creo interesante y no ha sido considerado en el debate, pero que cada vez adquiere más importancia es el recurso al naturalismo como metodología. Es creciente en la teoría del derecho la importancia que diversos autores otorgan en este sentido, no solo a las metodologías naturalistas, sino también a la neurociencia y otras ciencias cognitivas.

Particularmente, la teoría de la coherencia aquí visitada se apoya en una metodología naturalista. Sostiene Amaya:

This model advocates a *naturalistic* approach to legal justification, that is, it relies on a view about the relationship between normative and descriptive issues according to which facts about how legal decision-makers reason are relevant for answering questions about how they should reason⁴⁹.

⁴⁷ Véase Schiavello, A., *op. cit.*, p. 170.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 172. Nuevamente, es necesario aclarar que la teoría de la coherencia en esta sede analizada no se compromete con la idea de una respuesta correcta, aunque en cierta forma, no explícita, parece sugerir que hay una respuesta que goza de mayor grado de justificación que las otras (aquella que el decisor epistémicamente responsable hubiera alcanzado).

⁴⁹ Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, p. 545.

La autora nos presenta un argumento basado en una forma de naturalismo a favor del razonamiento coherentista, sostiene que como así razonamos, entonces que es bueno que así justifiquemos nuestras decisiones. Afirma que el uso de criterios de coherencia es un caso natural de nuestro aparato cognitivo y que para sostener esto hay evidencia empírica. Esto le permite defender que “una razón principal a favor del coherentismo es que este goza de un alto grado de plausibilidad desde el punto de vista psicológico”⁵⁰.

Amaya explica que es común asociar las cuestiones explicativas con las investigaciones científicas y las cuestiones de justificación con la filosofía. Pero que, sin embargo, la distinción en ciencia y filosofía es reciente en la historia del pensamiento y sería oportuno volver a acercarlas, como de hecho sucede en la filosofía, epistemología, ética y la filosofía de la ciencia, donde la metodología naturalista cobra cada vez más relevancia⁵¹. Defiende que:

...[A] trend towards naturalizing philosophy has been a main development in different branches of philosophy such as epistemology, philosophy of science and ethics. The main tenet of naturalism, to recall, is that philosophy is continuous with science so that empirical work has an important bearing on how the normative problems which are the main concern of philosophy should be addressed. In law, however, the naturalist trend has not taken off. With few exceptions, it continues to be assumed, among legal scholars, that issues about the psychology of legal decision-making are not relevant for answering questions about the justification of legal decisions. Thus, a strict is/ought distinction still characterizes most work in legal reasoning⁵².

En este paradigma naturalista se rechaza una distinción tajante entre lo normativo y lo descriptivo⁵³, y se propugna una continuidad entre la

⁵⁰ Véase Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 58.

⁵¹ Véase Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, *op. cit.*, p. 550.

⁵² *Ibidem*, p. 550.

⁵³ *Ibidem*, p. 550.

ciencia y la filosofía. De esta forma, expresamente se rechaza el argumento de la falacia naturalista:

la objeción no resulta pertinente si uno acepta una concepción naturalista del quehacer filosófico, según la cual hay una continuidad entre la filosofía y la ciencia y, en concreto, en el contexto que nos interesa, entre la filosofía y la psicología. La separación entre la filosofía y la psicología, el ámbito normativo y el descriptivo, es relativamente reciente⁵⁴.

Sin embargo considero que corresponde realizar algunas consideraciones al respecto. Por un lado, no resulta del todo claro, entonces, cómo se entiende la relación entre lo normativo y lo descriptivo, el ser y el deber ser⁵⁵. Si bien expresamente, en el paso antes citado, la autora niega que haya una distinción tajante entre ambos planos, es llamativo que en otras secciones de su propia construcción teórica vuelve a introducir y a hacer uso de la distinción.

Me refiero, por ejemplo, cuando Amaya enfatiza en que las razones explicativas y justificativas deben distinguirse y no pueden ser colapsadas. Ella reconoce que sobre una decisión pueden distinguirse entre razones normativas y explicativas, siendo las primeras las que determinan la corrección de la decisión y no las segundas. Al respecto afirma que una decisión sobre el derecho correcta, no dejará de serlo aunque haya sido tomada por las razones incorrectas⁵⁶.

Entiendo que esto hace ver que sea necesaria una explicación de este punto y argumentar en consecuencia, ya que parece que en su propio dis-

⁵⁴ Véase *Ibidem*, p. 59.

⁵⁵ Dentro de la filosofía analítica tradicionalmente y en la teoría del derecho de corte analítica, se ha llamado la “Grand División” a la distinción entre el uso del lenguaje en función normativa o prescriptiva y el uso del lenguaje en función descriptiva o cognoscitiva, puede verse así que una de las formas de presentar la distinción se basa en la distinta función del lenguaje. Véase Guastini, R, “Cognitivismo Ludico e Regole Constitutive”, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Diritto e cultura moderna 26, Comunità, Milan, 1983; Hare R.M., *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952; Ross, A., *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968.

⁵⁶ Amaya, A., *The Tapestry of Reason*, op. cit., p. 525.

curso la autora hace uso de una distinción categorial entre el plano explicativo y el justificativo. En caso contrario, puede reprocharse al naturalismo el confundir dos cuestiones que merecen ser consideradas en forma diferenciada respecto de la toma de decisiones en el derecho. La primera es que las decisiones son actos que están condicionados por numerosos factores y pueden ser objeto de explicación causal, psicológica, sociológica, antropológica (eventos mentales o psicológicos). Y, la segunda, es el análisis lógico-semiótico del discurso que busca describir la forma en que se presentan las razones a favor de una decisión (premisas de un razonamiento, razones que justifican una tesis)⁵⁷.

Por otro lado, respecto de la alegada la continuidad entre filosofía y ciencia, podemos precisar que la distancia o continuidad entre la ciencia y la filosofía no depende del objeto de estudio como parece sugerirse. En este sentido, no es que la filosofía dejara de ocuparse de cuestiones como la acción o la mente, sino que las preguntas que se hacen desde cada perspectiva son categorialmente diferentes.

Es en este sentido que, por ejemplo, Hacker critica al Naturalismo⁵⁸. El Naturalismo, con base en Quine y su crítica a la distinción analítico/sintético, sostiene que no hay lugar para el análisis conceptual y que, por lo tanto, la actividad filosófica sería una continuación de la actividad científica. Hacker, específicamente en relación a la epistemología naturalista, señala que esta no puede distinguir entre distintos tipos de conocimientos (por ejemplo, entre el conocimiento social y natural, entre el conocimiento en matemáticas y el conocimiento de un amigo, etc.).

Lo que el filósofo busca comprender es cuándo el conocimiento requiere o no justificación; qué entendemos cuando decimos que alguien tiene conocimiento; si se trata de un estado mental, de un logro, un acto, una disposición, una habilidad; si el conocimiento es igual a un estado de nuestro cerebro; por qué podemos decir que 'alguien cree que p , pero no es el caso que p ', pero no podemos decir que 'yo creo que p pero no es

⁵⁷ Respecto a la distinción entre razonamiento como proceso mental y como discurso véase Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, op. cit., p. 225.

⁵⁸ Hacker específicamente critica los naturalismos epistemológicos, ontológico y filosófico. Véase Hacker, P.M.S., "Passing by the Naturalistic Turn: On Quine's Cul-de-Sac", *Philosophy*, 81 (316), 2006.

el caso que *p*'; por qué hay métodos para adquirir conocimiento pero no creencias; etc. Todas estas cuestiones no pueden responderse desde una epistemología naturalizada.

Explica que:

“What needs to be clarified if these questions are to be answered is *the web of our epistemic concepts*, the ways in which the various concepts hang together, the various forms of their compatibilities and incompatibilities, their point and purpose, their presuppositions and different forms of context dependency. To this venerable exercise in connective analysis, scientific knowledge, psychology, neuroscience and self-styled cognitive science can contribute nothing whatsoever.⁵⁹

Este argumento, aplicado al tema específico que nos compete, requeriría que una teoría general de la coherencia explique el marco o esquema conceptual en el que la coherencia se ubica. Es decir cómo se relaciona la coherencia con la interpretación, cómo funcionan los argumentos que tienen a la coherencia como base, la coherencia entre normas de igual jerarquía, de diversa jerarquía, de sistemas de normas diversos, cómo se relaciona la coherencia con la verdad, con la justificación, con el concepto de racionalidad⁶⁰, con los conceptos de consistencia y la idea de que los sistemas jurídicos son completos⁶¹, con el concepto de consistencia y unidad del sistema⁶², con el concepto de agencia, de comunidad, y, sobre todo, ¿de qué se predica la coherencia? Estas cuestiones, relevantes para clarificar los sentidos en que usamos “coherencia”, parecen ser los temas ineludibles para futuras investigaciones en la materia⁶³.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁰ Sobre el que han indagado Atienza, Michelon y Lariguet en sus respectivos comentarios.

⁶¹ Al respecto han trabajado Ratti, G.B. y Rodríguez, J.L., “On Coherence as a Formal Property of Normative Systems”, *Revus*, 27, 2015, pp. 131-146.

⁶² C. Michelon C., “Las Razones de la Coherencia”, *Discusiones*, X, 2010.

⁶³ Este tipo de investigaciones conceptuales contribuyen principalmente a comprender lo que se sabe y dar mayor claridad respecto de las preguntas sobre lo que no se conoce. Al

Es importante resaltar que esto no implica negar la importancia y utilidad de los estudios empíricos. Sino puntualizar que las preguntas o cuestiones filosóficas en relación a nuestros esquemas conceptuales son categorialmente diversas. El filósofo trabaja con conceptos que busca clarificar, intenta explicitar las presuposiciones del uso de los conceptos e indagar sobre el propósito de tener esa expresión en el lenguaje. En este sentido, Hacker explica que la filosofía no busca decirle a los científicos que estudiar y qué no, o cómo diseñar experimentos. Lo que el filósofo puede hacer es un examen de la forma en que usamos los conceptos al establecer un determinado problema, al diseñar un experimento o al interpretar los resultados de estos experimentos o de las observaciones.

La importancia y utilidad de los estudios empíricos debe ser contextualizada y, por sobre todo, el enfoque o metodología “naturalista” debe aun fundamentarse. La fundamentación es más que relevante si, como sostiene Amaya, estos estudios empíricos sirven para ver cómo resolver problemas normativos. Especialmente, en este caso particular, dada la relevancia práctica que para el estado de derecho tiene la justificación de decisiones jurídicas.

7. Una super-teoría de la coherencia

Se ha señalado cómo el término coherencia es usado para hacer referencia a varias cosas⁶⁴, y que esto es un obstáculo que no ayudada a la comprensión de la teoría, y obstruye la capacidad de explicar y justificar la toma de decisiones en el derecho.

Me parece oportuno llamar la atención sobre un ejemplo que MacCormick plantea en el apéndice de su *Legal Reasoning and Legal Theory*⁶⁵, respecto a cómo comprender el punto de vista interno de las reglas planteado por Hart en *El concepto de Derecho*. MacCormick nos recuerda *Los Viajes*

respecto véase, Bennett, M. y Hacker, P., *Neuroscience and Philosophy: Brain, Mind, and Language*, New York, Columbia University Press, 2007, p. 46.

⁶⁴ Véase Atienza, M., “¿Coherencia o racionalidad?”, *Discusiones*, X, 2010.

⁶⁵ Véase MacCormick, N., “Appendix: On the ‘Internal Aspect’ of Norms” en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 275.

de Gulliver cuando Gulliver es encontrado en las costas de Lilliput y el rey ordena que sea registrado:

De la faltriquera de la derecha colgaba una gran cadena de plata, con una extraordinaria suerte de máquina al extremo. Le instamos a que sacara lo que hubiese sujeto a esa cadena, que resultó ser una esfera la mitad de plata y la otra mitad de un metal transparente, porque en el lado transparente vimos ciertas extrañas cifras, dibujadas en círculo, y que creímos poder tocar, hasta que nos dimos cuenta de que nos detenía los dedos aquella sustancia translúcida. Nos acercó a los oídos este artilugio, que producía un ruido incesante, como el de un molino de agua. Supusimos que es, o algún animal desconocido, o el dios al que venera; aunque nos inclinamos por lo último, porque nos aseguró (si es que lo entendimos bien, pues se expresaba muy imperfectamente) que rara vez hacía nada sin consultarlo. Lo llamaba su oráculo, y dijo que señalaba cuándo era el momento de cada una de las acciones de su vida⁶⁶.

La mejor explicación que los liliputienses pudieron hacer respecto a qué era aquello que Gulliver guardaba en su bolsillo consistía en que ese objeto era el dios al que él adoraba. Esta era una explicación coherente, daba un sentido a los liliputienses para atribuir a ese objeto. Sin embargo, aun esta explicación coherente requiere explicitar el punto de vista, es decir el “input” aceptado. Nosotros rechazaríamos esta explicación de los liliputienses porque, aunque sea coherente, usamos y somos parte de la práctica de usar relojes para calcular el paso del tiempo. En este sentido, si bien la explicación en cuestión podría ser de utilidad para los liliputienses, no es la mejor explicación desde nuestro punto de vista.

En el ejemplo propuesto por MacCormick, en donde los liliputienses encuentran a Gulliver en posesión de un objeto que desconocen e interpretan que este es “el dios que él adora”, los liliputienses no contaban con el punto de vista interno respecto de las reglas que hacen posible comprender

⁶⁶ Swift, J., *Los viajes d Gulliver*, p. 37.

qué es y en qué consiste usar un reloj⁶⁷. En el mismo sentido, las explicaciones antropológicas pueden ser variadas y coherentes en relación a los sentidos previamente aceptados por el investigador. Hay un importante punto en que los sentidos deben ser aquellos importantes para los participantes, para lo cual es necesario aprender las prácticas en cuestión, su *point*, su finalidad, y la idea de coherencia no podría estar exenta de esto⁶⁸.

Amaya reconoce en parte este punto. Por un lado, dando importancia al contexto y, por otro lado, al reconocer que pueden presentarse diversos modelos coherentes para explicar la misma cosa. Es nuevamente la responsabilidad epistémica la que permitiría optar entre diversas explicaciones coherentes⁶⁹. Pienso que, otra forma de resolver esta elección, que no implica esconderla, es simplemente hacerla explícita. Lo que debe

⁶⁷ MacCormick, N., *op. cit.*, p. 288.

⁶⁸ Los problemas al respecto se han presentado específicamente en el ámbito de la antropología social. Al respecto explica por ejemplo Jori, como esto se relaciona con la idea de que corresponde descubrir la racionalidad interna de determinados comportamientos que, a simple vista, para el observador externo parecen irracionales, para la descripción y explicación antropológica de comportamientos en una sociedad distinta a la propia (en su texto él habla de una sociedad "primitiva"). Esta idea encuentra su base en el positivismo lógico o neopositivismo que entiende que los sistemas lingüísticos y conceptuales tienen fundamento convencional y, por eso, admiten que tengan un grado de racionalidad interna. Véase Jori, M., "Il giurista selvaggio in Un contributo alla metodologia della descrizione sociale", *Sociología del Diritto*, 1, 1974, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 85-108. Debe notarse que, más allá del positivismo lógico y la idea de convenciones, la misma idea puede entenderse, siguiendo la obra de Wittgenstein en sus investigaciones filosóficas (en relación a la comprensión del lenguaje) y la interpretación que de él hace Peter Winch (y aplica a la comprensión de prácticas sociales), como sentidos que dependen de una específica forma de vida, de una práctica o juego del lenguaje particular. Véase Wittgenstein, L., *Investigaciones Filosóficas*, Altaya, España, 1999 [1953] y Winch, P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Routledge, Londres, 2008 [1958].

⁶⁹ Sobre este punto, respecto a los límites de la coherencia, Michelon distingue entre dos problemas, relacionados, pero diversos. El primero, sobre cómo evitar el abuso subjetivo de las estrategias de coherencia y, el segundo, relacionado a los criterios de racionalidad que nos permiten juzgar cuál de dos posibles explicaciones es racionalmente superior. Y, con razón, considera que a estos fines no es suficiente la noción de sujeto virtuoso. Véase Michelon, C., "Las razones de la coherencia", *Discusiones*, X, 2010.

realizarse es la explicitación del punto de vista desde el que se coherentiza, del contexto y, como también aceptaría Amaya, del sujeto coherentizador⁷⁰.

Como vimos, la toma de decisiones en el derecho requiere justificar estas decisiones conforme a derecho, determinando que el punto de vista relevante para determinar la coherencia es aquel del ordenamiento jurídico en cuestión, por lo tanto coherentizar el derecho desde un punto de vista no jurídico podría llevarnos a un problema. Respecto de la coherencia (y no solo) es importante explicitar los puntos de vista, los presupuestos, los valores o principios desde donde se identifican normas, se interpretan los hechos y se toman decisiones jurídicas. Lo relevante es explicitar el dominio, es decir con cuáles elementos estamos haciendo coherente nuestra decisión. Podemos concluir que aun aceptando la relevancia de la coherencia, esta no justifica de por sí una decisión⁷¹. Desde ya, sería tal vez una tarea insensata buscar la justificación última del *input* de cada dominio, por esto podríamos acordar que lo importante es al menos explicitarlo.

En estas páginas he tratado más que nada de problematizar uno de los aportes más exhaustivos respecto de la coherencia en el derecho. Ha sido un intento de retomar una rica discusión y proponer por dónde esta podría avivarse, como quien dice: he intentado echar más leña al fuego.

Bibliografía

Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1986]

⁷⁰ La sugerencia de explicitar al punto de vista del agente podría entenderse, dentro de la propuesta de Amaya, como otro criterio de responsabilidad epistémica, junto con los que ella menciona: la diligencia, la valentía para enfrentar la crítica, la perseverancia, o la apertura de mente. Véase Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 6.

⁷¹ Entiendo que es en esta dirección que Schiavello discutía: “la maggiore coerenza di una storia rispetto ad un'altra viene necessariamente valutata (anche) a partire da una serie di preferenze personali di vario genere che sfuggono ad una valutazione di tipo razionale. Ancora una volta, questo significa che non esiste la spiegazione migliore, ma molteplici spiegazioni accettabili, e che il prevalere dell'una rispetto alle altre dipende anche dai presupposti di partenza” Schiavello, A., “Tre osservazioni su Diez Tesis acerca de la coherencia en el derecho”, *op. cit.*, p. 172.

- Alonso, J.P., *Principios Jurídicos Implícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Alonso, J.P., “Principios jurídicos implícitos y coherencia”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 375-385.
- Amaya, A., “Diez tesis sobre la coherencia en el derecho”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 21-64.
- Amaya, A., “Coherencia, justificación y derecho. Respuestas a los participantes”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 216-264.
- Amaya, A., *The Tapestry of Reason. An inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- Atienza, M., “¿Coherencia o racionalidad?”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 11-20.
- Bennett, M. y Hacker, P., *Neuroscience and Philosophy: Brain, Mind, and Language*, Nueva York, Columbia University Press, 2007.
- Guastini, R., “Cognitivismo Ludico e Regole Costitutive” en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Diritto e cultura moderna 26, Milan, Comunità, 1983.
- Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Hacker, P.M.S., “Passing by the Naturalistic Turn: On Quine’s Cul-de-Sac”, *Philosophy*, 81 (316), 2006, pp. 231-253.
- Hare, R.M., *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- Hart, H.L.A., “Postscriptum” en Bonilla, D., et al. *La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 89-141.
- Jori, M., “Il giurista selvaggio en Un contributo alla metodologia della descrizione sociale”, *Sociología del Diritto*, 1, 1974, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 85-108.
- Kelsen, H., *Teoría Pura del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2011.
- MacCormick, N., “Appendix: On the ‘Internal Aspect’ of Norms” en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2da ed., Hart Publishing, 2005.
- Michelon, C., “Las razones de la coherencia”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 139-153.

- Navarro, P. y Rodríguez J.L., *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge Univertisy Press, 2014.
- Pérez Bermejo J.M., “Alcune osservazioni sul valore della coerenza nei sistemi giuridici”, *Diritto & questioni pubbliche*, 7, 2007, pp. 43-59.
- Ratti, G.B., “La coerentizzazione dei sitemi giuridici”, *Diritto & questioni pubbliche*, 7, 2007, pp. 61-70.
- Ratti, G.B. y Rodríguez J.L., “On Coherence as a Formal Property of Normative Systems”, *Revus*, 27, 2015, pp. 131-146.
- Redondo, M.C., “Decidir en modo justificado: una explicación coherentista”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 65-86.
- Ross, A, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- Schiavello, A., “Tre osservazioni su Diez Tesis acerca de la coherencia en el derecho”, *Discusiones*, X, 2010, pp. 155-178.
- Tarello, G., “Formalismo”, *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, vol. VII, pp. 571-580.
- Thagard, P. y Verbeurgt, K., “Coherence as Constraint Satisfaction”, *Cognitive Science*, 22 (1), 1998, pp. 1-24.
- Wróblewski, J., “Justificación de las decisiones jurídicas” en *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001 [1979], pp. 45- 65.
- Wróblewski, J., “La interpretación en el derecho: teoría e ideología” en *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001 [1979], pp. 149- 171.
- Wróblewski, J., *The judicial aplication of the law*, ed. por Bankowski, Z. y MacCormick, N., Kluwer, Dordrecht, 1992 [1972].
- Winch, P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge, 2008 [1958].
- Wittgenstein, L., *Investigaciones Filosóficas*, Barcelona, Altaya, 1999 [1953].

Instrucciones
para los/las autores/as

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
 - Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
 - Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
 - Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
 - Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del/la mismo/a autor/a y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibidem* o *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor/a, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.*. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor/a, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*.
- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor o autora y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.

- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en 2020
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

