

Facultad de Leyes de Yale

Escuela de leyes de Yale. Centro para Estudios en Leyes, Economía y Políticas
Públicas John M. Olin. Serie de Estudios de Trabajo.

Año 2002

Estudio 280

**La Teoría del Dilema del Valor: Una Crítica del Análisis Económico del
Derecho Penal.**

Dan M. Kahan*

Traducido por Wilson Alejandro Martínez Sánchez*

1. **SUMARIO:** I. Introducción; 2. La Teoría Económica de la Decisión Necesita una Teoría del Valor; 3. La Teoría del Valor es Esencialmente Política; 4. La Teoría del Valor Domina la Prevención; 5. Qué suma todo esto.

RESUMEN: El presente artículo plasma cómo se realiza la ejecución de la pena de prisión en Chile y México, desde una perspectiva comparativa, analizándose los principios, fines, establecimientos, tratamiento, régimen y personal penitenciario.

ABSTRACT: The present article analyzes how is, from a comparative view, principles, objectives, stablishmens, traitment, regime, and penitenciarri personal.

1. Introducción.

La ciencia del derecho penal puede afirmar, justificadamente, que hace parte del domino natural del derecho y la economía. Desde Bentham a Becker, ninguna otra área del derecho ha sido mejor iluminada por el esplendor de la lógica económica.

No es coincidencia el que en ninguna otra área del derecho el conflicto entre la economía y la sensibilidad moral ordinaria, se ha percibido de un modo tan agudo.

* Profesor de la Facultad de Leyes de Yale.

* Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y candidato a Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra). Becario, profesor de carrera académica y coordinador del área penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá-Colombia). Con la colaboración de Raúl Eduardo Sánchez Sánchez, a quien el traductor le extiende un significativo agradecimiento por la revisión que hizo a esta traducción. Esta traducción ha sido revisada y autorizada por el autor.

Cuando estamos decidiendo cómo graduar la pena, nuestro instinto es mirar hacia atrás: quienes actúan mal, deberían ser condenados en proporción a la reprochabilidad de sus actos. Yo llamaré a la posición de que el castigo debería fluir directamente desde esas instituciones: *teoría del valor intrínseco del retribucionismo*. La economía, en contraste, usa el adelantado lenguaje de la prevención*: la pena esta justificada si, con su alcance, ésta produce un estado de cosas deseado; si el optimo grado de castigo, así derivado, no armoniza con las intuiciones acerca de la reprochabilidad de un crimen particular, entonces, tanto peor para aquellas intuiciones.

Mi objetivo en este ensayo, es demostrar que el análisis económico carece de los recursos conceptuales necesarios para criticar, de esta manera, el valor intrínseco del retribucionismo. La teoría económica necesariamente presupone alguna teoría del valor que nos indique el estado de cosas que estamos tratando de maximizar a través de la pena. Para construir esa teoría, los miembros de una comunidad deben consultar sus intuiciones comunes. Una vez que una teoría del valor, así derivada, es introducida en la teoría de la prevención, los resultados no diferirán de ninguna manera respecto de aquellos que la ley produciría, si fuera explícitamente informada por el valor intrínseco del retribucionismo.

Esta afirmación, a la que yo llamaré *teoría del dilema del valor*, puede ser reducida a tres sub-afirmaciones. La primera, es que el análisis económico del derecho penal, depende de una teoría del valor especificada externamente; sin alguna descripción de qué estado de cosas la ley esta tratando de maximizar, la lógica consecuencialista de la prevención no puede producir argumentos. Segundo, esta teoría del valor es esencialmente política; esto es, al interior de la economía no hay una perspectiva que justifique discutir las valoraciones implícitas en las instituciones legales de una comunidad políticamente democrática, y, por ello, nada al interior de la economía impide que políticamente se abogue por alguna teoría del valor en particular. Y la tercera y final sub-afirmación, es que esa evaluación políticamente derivada siempre dominará, como materia práctica y conceptual, los componentes normativos distintivos de la teoría económica de la decisión. Discutiré cada uno de esos puntos en su momento.

* N.T. El autor utiliza el término <<deterrence>> que, en rigor, tiene un sentido más amplio, al referirse no sólo a la prevención, sino a la prevención del delito mediante la disuasión. La amenaza de pena cumple una función disuasoria en el delincuente, la cual contribuye a la prevención del delito, y es a esta forma de prevención a la que, en mi opinión, se refiere el autor cuando utiliza el termino <<deterrence>>.

2. La Teoría Económica de la Decisión Necesita una Teoría del Valor

Imagínense dos asesinos intencionales: una mujer que, en estado de ira, mata al abusador sexual de su pequeña hija; y un hombre blanco quien, debido al odio racista, mata a un hombre afro-americano por salir con una mujer blanca. ¿Cómo determinaríamos la pena apropiada desde una perspectiva económica? Una cosa que la economía nos dice, es que para disuadir a una persona de la comisión de un tipo particular de delito, la amenaza de pena – esto es, la severidad de la pena descontada de la probabilidad de que ella sea impuesta – debe exceder el beneficio del delincuente¹. Asumiendo que la madre furiosa (y otras en su situación) y el hombre racista (y otros en su situación) tuvieran aproximadamente la misma satisfacción psíquica por sus homicidios, y que la probabilidad de detección en los dos casos sea aproximadamente la misma (cerca de uno), ¿ello implicaría que, económicamente, y bajo esas dos circunstancias, los dos homicidios deberían recibir el mismo castigo?

No necesariamente. Nosotros debemos determinar, adicionalmente, qué beneficio social se obtiene al prevenir esos tipos de homicidios². La sociedad puede asignar relativamente poco valor a la vida de los acosadores de menores: actos privados de retaliación contra ellos podrían agrandar a los miembros de la sociedad, y ayudar a prevenir futuros acosos de menores. Si es así, entonces el beneficio social de prevenir la violencia mortal contra los acosadores de menores puede ser bajo o, incluso, negativo. El beneficio social de prevenir los ataques mortales contra los afro-americanos, en contraste, puede ser alto: los miembros de la sociedad pueden asignar un valor relativamente alto a las víctimas de tales homicidios, y experimentar una intensa indignación y temor en respuesta a las motivaciones racistas que les subyacen. Si esto es así, entonces, económicamente, ello puede determinar a la sociedad a dedicar menos (efectivamente, tal vez ninguno) de estos (inherentemente limitados) recursos penales a castigar a la madre furiosa, por cuanto el beneficio social de prevenir aquella clase de homicidios, es menor que el beneficio de prevenir el del hombre racista.

Por supuesto, el asunto puede ser visto de otra manera. Tal vez los miembros de la sociedad se sienten menos afectados por los homicidios racistas, que por los actos de venganza que conducen al homicidio de los acosadores de menores, en cuyo caso puede justificarse económicamente castigar mas severamente a la madre furiosa. O, tal vez, ellos desvaloran por igual esos homicidios, en cuyo caso la pena debería ser de hecho la misma. El punto, sin embargo, es que desde una perspectiva económica, el nivel de castigo correcto en esos casos particulares, depende críticamente de cómo perciben los miembros fuertes de la sociedad cada delito.

¹ Ver Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. of Pol. Econ. 169. 183-84 (1968); Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 179, 184 (Hafner Library of Classics 1948)

² Ver generalmente Bentham, *supra*, 171 (el castigo es injustificado “donde este no es rentable, o demasiado costoso: donde la fechoría que se prevendría sería mayor que aquella prevención”).

Y lo mismo puede decirse en todos los otros tipos de casos. A menos que sepamos si, y que tanto, desvaloramos una especie particular de conducta, no podemos determinar si el costo de prevenir cualquier cantidad de ella vale la pena. No podemos hacer un juicio racional acerca de qué tantos recursos penales asignar, entre los crímenes que causan diferentes niveles de daños. El enfoque económico de la prevención, en resumen, presupone una teoría del valor consecuencialista.

3. La Teoría del Valor es Esencialmente Política

Esta teoría del valor, más aún, es esencialmente política. Y digo esto en dos sentidos.

Primero, la teoría del valor es una derivación política. Es posible, por supuesto, derivar tal teoría de la filosofía o de la teología o de algún otro recurso que sea independiente de la política. Lo que la distingue de la economía, sin embargo, es el compromiso de tomar valoraciones individuales como dadas, y agregarlas para propósitos de determinar lo que es socialmente valioso. El mercado es considerado como el mejor mecanismo para la agregación de preferencias, cuando el intercambio voluntario es posible; las leyes democráticamente producidas, cuando tales intercambios no son factibles o fallan, hacen que los actores internalicen todos los costos relevantes. Esto no quiere decir que la política democrática sea un mecanismo perfecto para producir leyes eficientes, ni que el mercado sea el mecanismo perfecto para medir los intercambios eficientes. Esto sólo quiere decir, debido a que la economía es bien consciente de ello, que es improbable que podamos encontrar mecanismos institucionales que funcionen mejor para maximizar el bienestar social.

Segundo, la teoría del valor es de naturaleza política. Es decir, las valoraciones que una teoría económica de la prevención presupone, están abiertas a un constante debate a través de todas las instituciones que integran el derecho penal.

Esto es así, en parte debido a las imperfecciones de cada una de las instituciones legales respecto de las otras. Podemos esperar que los juicios que el legislador haría acerca del daño asociado a los actos de venganza que culminan con el homicidio de los acosadores de menores, y a los homicidios racistas de afro-americanos, sea un reflejo preciso de las valoraciones generales de los miembros de la sociedad; pero una aceptación de la dinámica política, a causa de la inercia de los intereses de grupo por la búsqueda de beneficio, nos previene de sostener categóricamente esta conclusión. Los jurados individuales son relativamente inmunes a la inercia de la búsqueda de beneficio, pero son menos representativos de la comunidad como un todo, y menos sensibles a la intensidad de las preferencias que el legislador. Los jueces, incluso cuando son elegidos, son propensos a ser menos responsivos al electorado que los legisladores, y menos representativos de la comunidad que los

jurados. Este aislamiento de la política, hace de los jueces unos representantes más apropiados de las preferencias de “segundo orden” de los ciudadanos para la realización de los principios fundamentales (p.e. compasión e igualdad racial), que hacer prevalecer los deseos inmediatos del electorado, por lo menos, algunas veces. Por consiguiente, la decisión de alguna de esas instituciones por si sola no puede ser declarada como la personificación de la verdadera agregación de valoraciones de la comunidad. Lo cual, de hecho, es más probable que surja como producto de la jurisdicción común y de la competencia entre estas instituciones.

Adicionalmente, la teoría del valor utilizada para entender la teoría de la prevención, no necesita permanecer estática. Incluso, si pudiéramos confiar en que las instituciones democráticas tienen hoy la apropiada medida de la agregación de las valoraciones de la comunidad para un delito particular, es posible que esas mismas instituciones produzcan (o podrían producir) un nuevo resultado mañana, como consecuencia del cambio de las valoraciones individuales. Por esta razón, también, la teoría del valor reflejada en las decisiones de las instituciones democráticas, permanece sujeta a un debate continuo.

Otra forma de explicar este punto, consiste en decir que, desde una perspectiva económica, nada obliga a aceptar la actual teoría del valor reflejada en el derecho, o prohíbe defender alguna otra teoría del valor en particular. La discriminación de las víctimas del racismo* en los veredictos de pena capital emitidos por jurados, puede revelar (como algunos han argumentado) que la sociedad confiere menos valor a la vida de los afro-americanos, o a la de las personas pobres. Pero eso no muestra (contrario a lo que otros han sugerido) que la maximización del bienestar, justifique aceptar tales discriminaciones: si las personas que sirven como jurado pudieran ser persuadidas de alterar la sentencia impuesta por ellos, o si los legisladores, o incluso las cortes, pudieran ser persuadidas de adoptar reglas de derecho que forzaran a los jurados a cambiar sus veredictos para eliminar las discriminaciones, nosotros también podríamos decir que la nueva sentencia resultante refleja otra valoración que concede una importancia más alta a la vida de las víctimas, y que hace que esa valoración sea una maximización del bienestar. Debido a que las teorías del valor son políticas, tanto por derivación como por naturaleza, alguien puede argumentar que cualquiera teoría del valor que se escoja, es coherente con la teoría económica de la prevención.

4. La Teoría del Valor Domina la Prevención

Mis primeras dos afirmaciones, son suficientes para mostrar que la concepción económica de la prevención, nunca puede ser completamente autónoma de las

* N.T. La expresión utilizada por el autor es <<Race-of-the-victim disparities>>, la cual hace referencia a aquellas personas que han sido víctimas de un trato punitivo más severo a causa de su raza.

intuiciones morales. Para optimizar los juicios preventivos, la sociedad necesita una teoría del valor. Esta teoría del valor, necesariamente, es la agregación de las intuiciones de los ciudadanos, acerca de la reprochabilidad de los diferentes crímenes. Mas aun, desde que la teoría social esta políticamente determinada, nada impide a un individuo defender, desde una perspectiva económica, que los juicios preventivos estén basados en una teoría del valor derivado de sus intuiciones particulares.

No he demostrado aun, sin embargo, que la concepción económica de la prevención se disuelve en el valor intrínseco del retribucionismo. La teoría del valor intrínseco del retribucionismo, sostiene que la pena debería estar basada, únicamente, en las intuiciones acerca de la reprochabilidad de los crímenes del delincuente. Incluso si es informado por una teoría del valor construida desde tales intuiciones, la concepción económica de la prevención podría, en principio, generar penas diferentes de aquellas a las que esas sociedades llegarían, si aplicaran directamente sus intuiciones comunes. Imagínese que los asesinos racistas se enfrentan a una probabilidad substancialmente alta de ser atrapados, y que obtienen una utilidad psíquica substancialmente menor al matar, que la que tendría la madre que mata al acosador de menores. Bajo tales circunstancias, la concepción económica de la prevención podría justificar el castigo de la venganza de la madre con más severidad que el homicidio del asesino racista, incluso si la sociedad fija menos valor a prevenir los homicidios de los acosadores de menores, que a prevenir los homicidios de personas inocentes que son afro-americanos.

Lo que quiero mostrar ahora, es que la teoría de la prevención carece de suficiente solidez, conceptual o práctica, para alterar la trayectoria de las intuiciones comunes en alguna forma. Mi afirmación final, es que la teoría externa del valor, de la que dependen los juicios acerca de la prevención optima, dominará siempre los criterios internos de toma de decisiones en la teoría de la prevención. Esto será así, primero, porque los individuos tendrán siempre mejor información acerca de su teoría del valor, que acerca de los aspectos fácticos característicos de los juicios preventivos; y segundo, porque la inutilidad asociada primordialmente a sus intuiciones morales, neutralizarán siempre cualquier beneficio social marginal obtenido, asociado a las creencias contraintuitivas de los juicios preventivos.

a. Decisiones preventivas bajo incertidumbre. La concepción económica de la prevención, requiere dos tipos de determinaciones: una es, de qué manera las diferentes clases de pena, afectan la intensidad con que se comete de un determinado delito; esta determinación de la respuesta penal, se articula (entre otras cosas) con la identificación de las diferentes clases de delincuentes que pueden incurrir en una particular clase de delito, y con la probabilidad de que personas que han cometido tal delito sean aprehendidas y condenadas. La segunda determinación, es qué tan negativos son los diferentes delitos. Como he argumentado, esta teoría de la

determinación del valor, es necesaria para evaluar si la prevención obtenida, asociada a una pena particular, es peor que el costo de imponerla, y qué tan limitados deberían ser los recursos penales asignados contra el delito.

El encargado de tomar la decisión – sea un ciudadano, un legislador, un jurado o un juez –, tendrá siempre mejor información acerca de la valoración de un crimen, que de los componentes de la respuesta penal. La reprochabilidad de varios tipos de delitos, gira enteramente entorno a las evaluaciones intuitivas que uno hace de ellos. Imagínese, por ejemplo, que el peor de los crímenes – el homicidio por venganza al acosador de menores o el homicidio racista de afro-americanos – tiene que ser interiorizado. La interiorización no proporcionará respuestas fiables, sin embargo, a la cuestión acerca de en qué clase de pena debe consistir la respuesta penal. ¿Quién realmente gana más (y exactamente mucho más) con su crimen – el asesino racista o la madre vengativa? ¿Quién tiene más probabilidades (y exactamente muchas más) de ser atrapado y condenado? Estas son cuestiones empíricas complejas, y responderlas requiere que se satisfaga la condición de contar con la posibilidad de superar inmensas dificultades probatorias y metodológicas.

Debido a que quien toma la decisión, está más determinado a confiar en sus valoraciones del crimen que en sus evaluaciones de la respuesta penal, sus juicios preventivos serán invariablemente dominados por los primeros. Esta conclusión, es consecuente con nuestra descripción psicológica de cómo hacen las personas para tomar decisiones sobre un supuesto de hecho bajo condiciones de incertidumbre, y es perfectamente compatible con cómo deberían los individuos tomar decisiones sobre temas normativos de acuerdo con la teoría económica convencional.

La psicología cognitiva, nos dice que los individuos tienden a ajustar sus creencias fácticas a sus valores. Los individuos que confieren un gran valor a la autonomía de los mercados y a otros ordenes privados, por ejemplo, desconfían de la evidencia de que un comercio no regulado representa un peligro para el medio ambiente. Es poco probable que aquellos que piensan que fumar es glamoroso, crean en la evidencia empírica de que ello causa cáncer. Los individuos que se conforman con lo tradicional, que jerarquizan los roles sociales en función del derecho de las personas a un estatus y a un mayor respeto, probablemente darán menos crédito a las afirmaciones de la desviación social que promueven el desorden social.

Varios mecanismos explican este fenómeno. Debido a que es más probable que los valores sean mejor sustentados que las creencias de hecho, resolver la incertidumbre acerca de lo último, consistentemente con lo primero, ayuda a superar la disonancia cognitiva. Las afinidades sociales y culturales, refuerzan este prejuicio. Enfrentados a la necesidad de decidir entre afirmaciones empíricas que ellos no están en posición de verificar, los individuos prefieren confiar en aquellos a quienes encargan la dirección. Las personas en quienes ellos confían, naturalmente, son aquellos

quienes mantienen los mismos valores que ellos, y quienes igualmente resisten instintivamente la trágica conclusión de que aquello que es inmoral puede ser benéfico, o aquello que es moral, dañino.

Estudios de actitudes hacia la pena capital, confirman que esta misma dinámica influencia las creencias respecto de la prevención. Si bien el tema ha sido investigado extensamente, no hay evidencia en un sentido o en el otro, acerca de si la pena de muerte previene más que la cadena perpetua. No obstante, los ciudadanos generalmente mantienen la confianza sobre esta cuestión*, lo cual es consecuente con su creencia acerca de que la pena de muerte es la pena moralmente apropiada para el homicidio, independientemente de sus efectos preventivos. En efecto, datos experimentales muestran que los individuos enfrentados al conflicto de la evidencia empírica relativa a los efectos preventivos de la pena de muerte, dan crédito a la evidencia que confirma sus creencias previas, y desechan la evidencia que las cuestiona.

Los valores también muestran influencia sobre las creencias acerca de los efectos del control de armas. Los defensores del control, citan como evidencia que el control de armas reduce la violencia debido al desarme de los criminales; los críticos sostienen que ésta la incrementa, debido al desarme de los ciudadanos respetuosos de la ley, quienes podrían utilizar las armas en su propia defensa. Cuál de los datos le parece a uno más convincente, depende de si la perspectiva de la proliferación de armas de propiedad privada, denigra o afirma la visión que uno mismo tiene acerca de una sociedad bien ordenada.

No hay razón para esperar que quienes toman la decisión (electores, jurados, legisladores o jueces) se comporten de manera diferente, en otro escenario en el que se requiere que ellos hagan juicios preventivos. Si ellos están decidiendo cómo asignar recursos penales entre la madre vengativa y el asesino racista, predeciblemente ellos acomodarán sus especulaciones, acerca de los beneficios que esos respectivos tipos de delincuentes reciben por sus delitos y de la probabilidad de que ellos evadan la aprehensión, a sus creencias acerca de la reprochabilidad de los crímenes de los respectivos delincuentes.

Y no estarían ellos equivocados, por hacerlo de acuerdo al mejor cálculo económico de cómo los individuos racionales, deberían tomar decisiones bajo condiciones de incertidumbre. La teoría bayesiana, dice a los individuos cómo ajustar sus juicios probabilísticos (relacionados, v.g., a los diferentes componentes de la responsabilidad penal) mientras encuentran nueva información. La teoría de la utilidad esperada, dice que los individuos deberían, entonces, usar estos juicios para determinar el curso de acciones que proporcione el beneficio esperado más alto.

* N.T. Se refiere al efecto preventivo de la pena capital.

Pero mientras esta estrategia para la toma de decisiones, dice a los individuos *qué hacer* con información relevante y fiable, ella no les dice *cuando* deberían considerar que la información de la que disponen es relevante y fiable. Para evitar una regresión infinita, los individuos tienen que determinar sobre algunas bases independientes de la teoría de la decisión racional, qué información merece la inclusión en el algoritmo de la toma racional de decisiones. Por consiguiente, una persona encargada de tomar decisiones, que este dispuesta a dar crédito a los datos de responsabilidad penal cuando ellos son coherentes con sus convicciones acerca de la reprochabilidad intrínseca, y a rechazarlos cuando no lo son, no esta haciendo algo que se pueda objetar desde la perspectiva de una elección económica racional. Ciertamente, si esa es la forma en que la información filtrada los hace sentir mejor – porque, se dice, ella minimiza la disonancia cognitiva, o la hace más comfortable con otras con las que se identifica –, entonces, presumiblemente, ella esta haciendo exactamente los que debería hacer para maximizar la utilidad.

b. La inutilidad de los juicios contraintuitivos. Imagínese, sin embargo, que miembros de la sociedad idean un mecanismo de “valor neutral” – tal vez una agencia experta, atendida por economistas desapasionados y con una visión universal –, para reunir información acerca de la determinación de la responsabilidad penal desde la teoría de la prevención. Imagínese, aun más, que la información sugerida hace sentir que la prevención óptima, conduce a castigar algunos delitos más severamente que otros que los ciudadanos, por el contrario, han estimado intrínsecamente más reprochables. Con base en la nueva información, los ciudadanos pueden revisar sus intuiciones acerca de qué nivel de castigo es justo en los dos casos. Pero si ellos no lo hacen, y si permanecen convencidos de que el delito intrínsecamente más reprochable debería ser castigado con mayor severidad, ¿lograría que sus intuiciones fueran contrarias a la prescripción normativa de la economía?

No, porque ignorar las preferencias colectivas de los ciudadanos acerca del nivel de castigo intuitivamente justo en los dos casos, reducirá el bienestar social. Si la sociedad entera decide que preferiría castigar al asesino racista, más que a la madre vengativa, aun en contra de los dictados de la teoría de la prevención, entonces nada les impide aceptar, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el intercambio entre la prevención óptima y la satisfacción de esa intuición. Lo mismo ocurre si ellos escogen sancionar a la madre más severamente que al racista, de cara a la teoría de la prevención. En efecto, en ambos casos, sus decisiones pueden ser entendidas como manifestación de una evaluación nueva, revisada y mejorada, del valor concedido a evitar los tipos de homicidios cometidos por delincuente a quienes se ha escogido castigar más severamente. Por esta razón, también, la teoría externa del valor domina los criterios normativos internos de la prevención.

5. Qué suma todo esto

En conjunto, mis afirmaciones demuestran que el análisis económico del derecho penal, carece del poder para criticar el valor intrínseco del retribucionismo. No podemos hacer juicios preventivos óptimos, sin una teoría del valor. Las teorías del valor son siempre controvertibles políticamente; ningún argumento acerca de qué es peor que otra cosa, puede en justicia ser aseverado y defendido categóricamente. Debido a que quienes toman las decisiones, tendrán siempre más información acerca de su teoría del valor que cerca de otras consideraciones relevantes para la prevención óptima, su teoría del valor dominará siempre el análisis. Y aunque, a partir de entonces, es posible para ellos reconstruir sus conclusiones en términos de prevención, sus conclusiones serán de hecho extarídas de las intuiciones de quienes toman la decisión acerca de qué crímenes son más reprochables que otros. Así que nosotros también podríamos hablar fundadamente acerca de qué es lo más reprochable, es decir, también podemos hablar del valor intrínseco del retribucionismo.