

EL DERECHO Y LAS EMOCIONES¹⁾

ERIC A. POSNER²⁾

Profesor de Derecho de la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Las Emociones.- III. Un Marco de Trabajo para Analizar el Derecho y las Emociones: 1. Supuestos; 2. El Orden de Acciones; 3. Análisis; 4. Objeciones.- IV. La Emoción en el Derecho Penal.- V. Los Jurados.- VI. Análisis Costo-Beneficio y Regulación del Riesgo.- VII. Negociación, Derecho Contractual, Propiedad y Responsabilidad Civil: Una Crítica de la Ejecución Forzada.- VIII. Temas Normativos.- IX. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El rol de las emociones ha sido muy ignorado en la teoría legal. Esto parece desconcertante a primera vista, ya que las emociones juegan un rol importante en muchas áreas del derecho. Consideremos los siguientes problemas:

- Una persona que asesina mientras está furioso es por lo general culpable de un crimen menos grave que una persona que asesina en un estado calmado, no emotivo, no siendo así, si la furia es ocasionada por odio y no por vergüenza.
- Los jueces excluyen las fotografías en escenas de crimen sangrientas, incluso cuando las fotografías tienen valor probatorio, si las fotografías probablemente pudieran ocasionar una ofensa o asco extremos. El uso de declaraciones de impacto de la víctima en penas capitales ha sido criticado por predisponer al jurado en contra del acusado y ha sido defendido como una forma para acrecentar la empatía con la víctima por parte del jurado.
- Una justificación común para las normas sobre centro de trabajo, medio ambiente y productos para el consumidor consiste en que las personas carecen de información sobre los riesgos a los que se exponen. Es inexplorado el rol que juega el temor en las decisiones respecto a si volar en aviones o usar *airbags*, y cómo las agencias deberían regular en respuesta al pánico frente a los riesgos de salud.
- Los mediadores saben desde hace mucho tiempo que la ira y otras emociones intervienen en la negociación, pero estas emociones se han pasado por alto en la teoría contractual. La respuesta emocional ante un incumplimiento

¹⁾ El título original del artículo es, "*Law and the Emotions*". La versión traducida corresponde al *Ohio Working Paper No. 103 (September 2000), University of Chicago Law & Economics*. La presente publicación se hace con la expresa autorización del autor. Agradecemos a Domingo Rivarola por la obtención de la respectiva autorización. La traducción ha estado a cargo de Miguel Viale Leo, miembro de la Comisión de Educación de *ADVOCATUS* suscriptores y Claudio Ferrero Merino, miembro del Consejo Directivo de *ADVOCATUS* suscriptores, bajo la supervisión de Domingo Rivarola, LL.M. 2003 por la Universidad de Virginia.

²⁾ Un agradecimiento a Matthew Adler, Jack Gibbins, Cass Sunstein y Adrian Vermeule por sus valiosas comentarios, y al Fondo de la Fundación Sarah Scaife y al Fondo de la Fundación Lynde y Harry Bradley por su generoso apoyo financiero.

de contrato tiene implicancias importantes en el diseño de remedios¹ en el derecho contractual.

- El comportamiento y respuestas del mercado a las encuestas sobre costo-beneficio por lo general reflejan respuestas emocionales que las personas desconocen cuando están calmadas. ¿Esta información debería ser también descartada por las agencias encargadas del análisis costo-beneficio, o debería tratarse como datos auténticos sobre preferencias reales?

Estos temas generan preguntas sobre la relación entre la emoción y el derecho, pero la teoría legal no está preparada para responderlas. Una de las razones del descuido respecto de las emociones en la teoría legal puede ser que las corrientes dominantes de la teoría legal normativa – análisis económica, análisis moral-filosófico, análisis constitucional – se basan en metodologías que no se adecuan al análisis de la emoción, o al menos, por razones de historia intelectual, simplemente aún no se han centrado en las emociones. Otra razón puede ser el estado primitivo de la literatura sobre psicología relacionada con el tema. Los psicólogos mismos admiten que no cuentan con una buena teoría de las emociones, en parte debido a que la investigación en esta área es relativamente nueva. Una revisión de dicha literatura revela una serie de conceptos que se encuentran lo suficientemente bien desarrollados como para ser de valor para la teoría legal. Y, ciertamente, en los últimos años las emociones han empezado a concitar el interés de un grupo pequeño, pero en aumento, de teóricos legales.²

Este documento contribuye con esta reducida literatura proporcionando un marco simple pero útil para analizar la relación entre el derecho y las emociones. La teoría se basa en el modelo económico de elección del consumidor, pero no reduce el comportamiento emocional al autointerés racional, y en su lugar relaja el modelo de elección del consumidor para explicar el comportamiento emocional.³ El marco asume que las preferencias “calmadas” de las personas, es decir, las preferencias que tienen cuando no se encuentran exaltados emocionalmente, difieren de sus preferencias bajo “estado emocional”, que están sesgadas hacia el estímulo que provoca la emoción. Más aún, las habilidades y creencias de las personas sobre el

¹ N.T.: El término en inglés es “remedies”, cuyo traducción exacta sería remedios. Ya Marcial Rubio, en su trabajo *Introducción al Derecho Civil* (Biblioteca “Lo que debe ya saber”, Fondo Editorial de la PUCP), ha utilizado el término “remedios” para aludir a los distintos mecanismos legales para obtener la satisfacción de un interés ante la renuncia de la otra parte o satisfacción. Ejemplos de “remedios” son la resolución contractual, la acción de daños y perjuicios, o la ejecución forzosa.

² Ver, en particular, los ensayos en *The Passions of Law* (Susan Bandes ed, 1999); algunos de esos ensayos y otros trabajos legales sobre las emociones se citan más adelante.

³ Este enfoque difiere de los tres prominentes tratamientos económicos de las emociones – los de Becker, Frank y Hirschleifer – de las siguientes maneras. En primer lugar, los tres autores tratan a las emociones como estados puramente racionales y no como estados en los que las preferencias y otros atributos cambian temporalmente. En segundo lugar, Frank y Hirschleifer se centran en la significancia evaluativa de la elección, es decir, cómo puede hacer que las personas renegocien sus compromisos o hagan amenazas creíbles. El trabajo de Becker es *complex* y en ciertas formas su explicación se resalta con la de él (aunque no interfiere), pero su punto central ha sido cómo la envidia y el altruismo afectan el comportamiento de la familia, y cómo las personas pueden tratar de ocultar a otros ciertas predisposiciones emocionales. Sus explicaciones sobre la culpa son bastante azarosas, y tiene poco que decir sobre la emoción como categoría general. En tercer lugar, estos autores se centran en un conjunto limitado de emociones: por lo general, ira, simpatía, envidia, altruismo y vergüenza. En cuarto lugar, ninguno de los autores discute los temas legales que estudio. Ver Robert Frank, *Passions within Reason* (1988); Jack Hirschleifer, *Emotions in the Governance of Firms*, en Louis Kaplow, *The Limits of the Law* (1987); Gary Becker, *Accounting for Emotions* (1996).

mundo, por lo general difieren bajo estados emocionales y estados calmados. Finalmente, debido a que las personas pueden anticipar sus respuestas emocionales ante diversas condiciones, con frecuencia tomarán medidas previas para evitar (o buscar) estas condiciones, y cultivar determinadas predisposiciones emocionales beneficiosas.

El marco sí simplifica, pero no es simplista, y da luces sobre los debates que discutimos anteriormente. Sus predicciones son bastante directas; el principal aporte es aclarar la relación entre las emociones y la acción racional, colocándolas en el marco de la elección racional, que es actualmente el enfoque estándar para analizar el derecho privado y algunos aspectos del derecho público.⁴ Después de discutir sobre la literatura de la psicología (Parte I) y diseñar el marco (Parte II), analizo las emociones como excusa en el derecho penal y en el derecho de responsabilidad civil (Parte III), la manipulación de las emociones de los jurados (Parte IV), la regulación de los riesgos cargados de emociones (Parte V), la negociación en el derecho contractual cuando las partes son emotivas (Parte VI), y las emociones en la teoría legal normativa (Parte VII).

En el inicio, debería comentar sobre la relación entre la pregunta actual y el campo del derecho y la psicología cognitiva o "derecho y economía conductista". Hasta ahora este campo se ha centrado en la cognición antes que en la emoción. Se centra en los errores de juicio, tales como la subestimación de las probabilidades pequeñas, basarse en la afirmación de dispositivos al hacer las evaluaciones, la tendencia a valorar los ítems que se tienen a la mano más que los ítems que poseen otros. Existe, claro está, cierto traslape con la emoción. Se sostiene que algunos errores cognitivos son resultado del temor, y algunos psicólogos recientemente han afirmado que las predisposiciones cognitivas se analizan mejor como resultado de las disposiciones emocionales o sentimientos.⁵ Pero para evitar la redundancia con muchos artículos sobre derecho que utilizan la psicología cognitiva, me he limitado al entendimiento de las emociones que no se traslapan demasiado con la literatura sobre psicología cognitiva.

II. LAS EMOCIONES

A pesar de que la psicología carece de una teoría de la emoción ampliamente aceptada, y muchos problemas fundamentales sobre la naturaleza de la emoción siguen sin ser resueltos,⁶ se han logrado avances en los últimos treinta años, y se ha llegado a consenso sobre algunos temas importantes. Una emoción es parte de un grupo de fenómenos psicológicos con las siguientes características distintivas.⁷ Por lo general, las emociones son estimuladas por el mundo, ya sea por mediación de la cognición o a través de un mecanismo neurológico más primitivo similar a la respuesta a un estímulo. Tienen un determinado sentir o afecto caracterizado por centrarse en un estímulo particular, dando como resultado que el resto del entorno se desvanece

⁴ Para los problemas metodológicos de este enfoque, ver Teri M. Masam, *Should (Some) Emotions*, en Boudes, *supra* nota, en 92-93.

⁵ George F. Loewenstein, Elko U. Weber, Christopher K. Hsee, & Edward S. Welch, *Bad as Feelings* (manuscrito inédito, 1999).

⁶ Elster, *supra* nota, en 213; Paul Ekman & Richard Davidson, *Introduction: The Nature of Emotion: Fundamental Questions* 3-4 (1994) (describiendo diez preguntas sin resolver sobre la naturaleza de las emociones).

⁷ Ver Elster, *supra* nota, en 246-63; entre otras fuentes útiles se encuentran Richard S. Lazarus, *Emotion and Adaptation* (1991); Carol E. Izard, *The Psychology of Emotion* (1991).

(poco o bastante, dependiendo de la fuerza de la emoción) aunque no al mismo tiempo. Una persona enojada siente una especie de calor y agitación; por lo general dirigida a otra persona, resultado de una humillación u ofensa. Una persona que está asqueada siente una especie de náusea; está, dirigida al objeto que provocó la sensación. El resto del mundo permanece, pero ante un cambio: una persona enojada podría reprimirse porque no quiere ser arrestada por agresión; una persona asqueada podría superar la urgencia de retirarse porque desea ayudar a una persona con una herida desagradable o al entender que la sustancia desagradable es una medicina importante. A pesar de que las emociones suelen estar acompañadas de cambios psicológicos, no parece haber una correspondencia de uno-a-uno específica entre las diferentes emociones y los estados psicológicos⁸ la emoción tiene un componente irreduciblemente mental.

Un enfoque útil para el entendimiento de las emociones es pensar en ellas comparándolas con los antecedentes de la teoría de elección del consumidor. Al hacerlo, sigo la psicología cognitiva, la que se inició criticando a la teoría de utilidad esperada, y, creo, la literatura principal sobre la psicología de las emociones, que parece entender la emoción frente a una teoría implícita del comportamiento racional.⁹

Inmediatamente queda claro que las emociones son problemáticas para el punto de partida de la elección racional, por el cual las personas eligen las acciones de una manera consecuente con sus preferencias. Es común concebir a las emociones como fuerzas "externas" que compelen a uno a actuar de manera inconsecuente con sus propios intereses. Esta concepción está vinculada a las excusas diarias para una conducta ofensiva. Una persona puede disculparse por insultar a otra explicando que estaba "molesta", o "deprimida", o "irritable". La implicancia es siempre que el que habla no es totalmente responsable de sus actos, debido a que se dejó llevar por sus emociones.¹⁰ Pero esta concepción es equivocada. Nosotros tomamos a las personas como responsables por sus emociones. Si la ira estuvo justificada por algún mal cometido anteriormente contra el agente, entonces la ira puede ser una excusa; si es el resultado de un error inocente, entonces la ira no es excusa. Si el estado emocional de una persona justifica su conducta o no depende de si la persona podría haber evitado la emoción o no, evitando el estímulo que provocó la emoción, o si la emoción refleja creencias morales aceptables sobre los demás y el mundo.

Una mejor forma de pensar sobre las emociones es empezar teniendo en cuenta que las preferencias de una persona pueden tener diferentes valencias emocionales. X tiene la preferencia de que Y no esté cerca. La preferencia puede ser más o menos intensa, y determinemos la intensidad suponiendo que X está dispuesto a pagar \$100 para evitar el encuentro con Y. El análisis económico, por lo general, se detiene en este punto, y toma este número como ya dado. Pero también puede ser relevante que las preferencias de X tengan un maliz emocional. Las emociones de X hacia Y son cualitativamente distintas, y esta diferencia no puede reducirse a una suma en dólares. X puede odiar a Y, estar molesto con Y, o sentir repudio por Y – teniendo en todos los casos la misma preferencia monetizada para evitar a Y.

⁸ Según la hipótesis planteada por William James, ver William James, *The Principles of Psychology* (1890).

⁹ No obstante, la sola idea de la separación de racionalidad y la emoción se discute en esta literatura, un ejemplo siendo de lo que es Antonio R. Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain* (1994).

¹⁰ Tal como lo enfatizan Dan M. Kahn & Martha C. Nussbaum, *Two Concepts of Emotions in Classical Law*, 96 *Colum. L. Rev.* 369:355-89 (1996) (enfaticando el contenido cognitivo de la emoción).

¿Son importantes estas distinciones? En algunos casos la reducción de los deseos con un matiz emocional por determinados estados del mundo a un orden de preferencia monetizado es inobjetable. Si simplemente nos interesa desincentivar un determinado comportamiento, y si la emotividad del deseo no produce una influencia idiosincrásica en la toma de decisiones, el conocimiento de los costos y ganancias de una persona afectada es suficiente para determinar la política. Por ejemplo, la ley no necesita hacer distinciones en base al estado emocional del que ocasiona un daño si su único propósito es asegurar que la víctima sea compensada por su daño. Los conductores calmados y molestos son suficientemente disuadidos si deben pagar el costo social de su comportamiento. Pero en algunos contextos el matiz emocional de una preferencia sí tiene consecuencias instrumentales y normativas.

Desde una perspectiva instrumental, la efectividad de los diferentes tipos de sanciones usualmente depende del estado emocional de una persona. Una persona molesta incorpora dentro de su análisis las sanciones futuras pero puede ser bastante sensible a los reclamos por provocación. Si incitas a una persona, es más probable que evites un golpe en la nariz si le dices que te equivocaste que si le recuerdas que podría ir a la cárcel por agresión. La ira también es vulnerable a las tácticas de postergación y a los períodos de calma. El odio, por el contrario, es una emoción más constante, y también menos probable de extinguirse por una explicación razonable. Más aún, se espera que las personas irascibles eviten los lugares en los que su ira pueda ser provocada, así como se espera que los epilépticos eviten conducir. El miedo, el asco y demás emociones son subjetivamente distintas, y un sistema legal bien diseñado las explota de manera distinta.

Desde una perspectiva normativa, el simple hecho de que una persona haya actuado bajo la influencia de la emoción no justifica su conducta. De hecho, mientras algunas emociones mitigan la culpa, otras la aumentan. La ira provocada por la traición mitiga la culpabilidad; pero la ira provocada por creencias morales socialmente inaceptables puede aumentar la culpabilidad. El odio raras veces justifica el asesinato, pero el miedo real, aun si no se encuentra plenamente justificado, podría mitigar la culpabilidad.

Ambas perspectivas asumen que las personas siguen siendo racionales aún bajo la influencia de una emoción; las emociones son raras veces el mero reflejo de un estímulo externo.¹¹ Una persona molesta, asqueada, temerosa o triste usualmente puede deliberar sobre su comportamiento y no (con la posible excepción de ciertos tipos de temores) dejarse llevar por una acción refleja. Esto sugiere que las personas continúan actuando de manera racional aún cuando se encuentran bajo el estado emocional, a pesar de que actúan de manera distinta a como actúan cuando se encuentran en un estado de calma. Uno puede captar este punto postulando que, durante el estado emocional, las personas suelen experimentar variaciones temporales en sus preferencias, habilidades y/o creencias.

Sus preferencias cambian de modo que lo que los psicólogos llaman la "tendencia de acción" de una emoción se vuelve relativamente atractiva. La tendencia de acción de la ira es golpear; entonces podemos decir que una persona, mientras está molesta, desarrolla una preferencia temporal por golpear a la persona que la ofende. La tendencia de acción del asco es retirarse; una persona, mientras está asqueada,

¹¹ Según es ampliamente reconocido. Ver, por ejemplo, Patricia Ginzburg, *Emotional Strategies and Reasoning*, 110 *Ethics* 407 (2000).

desarrolla una preferencia temporal por retirarse del objeto que le produce asco. La aflicción produce el alejamiento de otras personas y la preocupación por la persona o cosa perdida; el miedo nos hace apartarnos de una amenaza; la lástima produce la ayuda. Pero antes, y por lo general, después del estado emocional, las preferencias de la persona son constantes (las "preferencias bajo calma"), así que puede desaprobarnos lo que espera hacer, o hizo, bajo el estado emocional. Es esta inconsistencia en el tiempo lo que hace que el comportamiento emocional parezca irracional; pero es importante ver que una persona bajo un estado emocional no actúa en forma irracional debido a sus preferencias temporales.

Las habilidades también pueden cambiar al aferrarse a una emoción. Cuando ocurre el estado emocional, el agente puede encontrarse a sí mismo más alerta y vigoroso, incluso más fuerte, o simplemente menos confiado en la deliberación lenta. Surge la persona molesta: siente menos dolor, se cansa menos rápido, responde más rápido al movimiento. La persona ansiosa o temerosa se vuelve más alerta al entorno, y huye rápidamente del peligro. Una persona golpeada por la aflicción puede experimentar una disminución de sus habilidades: todo se vuelve más difícil de hacer. La evidencia de cambios psicológicos –cambios hormonales, aumento del ritmo cardíaco, y otros– respalda la posición de que las capacidades cambian durante algunos estados emocionales.¹³

Finalmente, las creencias pueden cambiar durante los estados emocionales. Una persona molesta sobrestima la probabilidad de que el agresor lo ataque, o que la provocación no fue un accidente sino el resultado de un intento por hacer daño o humillar. Una persona temerosa sobrestima la probabilidad de daño asociado con la amenaza que causa su temor.¹⁴ Las personas contentas subestiman los riesgos de daño, personas pesimistas sobrestiman los mismos riesgos.

Mi argumento, entonces, es que durante el estado emocional una persona actúa de manera racional, esto es, internamente en forma consistente, dadas las preferencias, capacidades y creencias, nuevas y por lo general temporales, que tiene bajo dicho estado emocional. Las acciones tomadas durante el estado emocional, claro está, afectarán los atributos del agente, y ello podría tener consecuencias en su comportamiento después de que haya salido del estado emocional; pero aparte de ello, asumo que las preferencias, habilidades y emociones durante el estado de calma son las mismas antes y después del estado emocional.¹⁴

Mi argumento final es que los agentes anticipan sus estados emocionales, y toman las acciones anticipándose a los mismos. Esto nos lleva al asunto del carácter. La "predisposición emocional" se refiere a la tendencia de la persona a sentir una emoción, la que sin duda está relacionada con factores genéticos, culturales y educativos. Es más probable que una persona irascible se moleste; es más probable que una persona temerosa se asuste. Las personas por lo general conocen sus propias predisposiciones emocionales y pueden tomar medidas para modificarlas o para evitar

¹³ Ver Richard E. Nisbett & Dov Cohen, *Culture of Honor: The Psychology of Violence in the South* 47 (1996).

¹⁴ Ver O'Leary, *Fear and Action* 320, en Lewis & Hirsland, *supra* nota 1 ("el sistema del miedo algunas veces está predispuesto a cruzar la delimitación en contra de lo que en realidad no son amenazas").

¹⁵ Para mantener el análisis simple, me centro en los cambios en las preferencias y generalmente descuido los cambios en las creencias y las habilidades.

condiciones que puedan activarlas. Supongamos, por ejemplo, que una persona sabe que si va a un bar donde suelen producirse alborotos, puede ser insultado, y además sabe que es irascible. Al ser insultado, podría golpear a la persona que lo insulte. Para evitar eso, el puede (1) conociendo su predisposición emocional evitar ir al bar, o (2) previamente tratar de superar su irascibilidad a través de la meditación (o cualquier otro método).

Estas acciones son las de una persona racional que tiene autoconocimiento, incluyendo el conocimiento sobre su predisposición emocional. No todas las personas saben todo acerca de sus predisposiciones emocionales, pero suficientes personas lo hacen en el tiempo suficiente para que reconozcamos que las personas deben actuar prestando atención a sus predisposiciones emocionales y de hecho las culpamos si no lo hacen. Incluso, más adelante, sostendré que el derecho penal hace precisamente esto. De manera más general, al derecho le interesa las emociones porque (1) una persona responde a los incentivos de forma diferente cuando se encuentra bajo un estado de calma y cuando se encuentra bajo estados emocionales, (2) una persona puede tener cierto poder para cambiar su predisposición emocional o para evitar los estímulos que provocan ciertos estados emocionales que incrementan la posibilidad de dañar a otros.

III. UN MARCO DE TRABAJO PARA ANALIZAR EL DERECHO Y LAS EMOCIONES

1. Supuestos

El modelo de elección del consumidor asume que los individuos tienen preferencias en el sentido que son capaces de clasificar los diversos estados del mundo que resultarán de sus opciones. Estas preferencias son consecuentes, transitivas y completas. Una función utilitaria traza un mapa de los estados del mundo en un número, de modo que decimos que la utilidad de un individuo se eleva cuando obtiene estados del mundo cada vez más preferenciales. Los individuos tienen ciertas habilidades, que los hace capaces de realizar una acción en particular a mayor o menor costo; y tienen presupuestos que limitan la cantidad de remedios que pueden gastar para satisfacer sus preferencias.

Los economistas por lo general asumen que las preferencias permanecen estables durante el periodo de tiempo relevante para el análisis. Si los individuos cambian del trabajo al entretenimiento después de un aumento del impuesto sobre sus rentas, la explicación habitual es que el costo de oportunidad de entretenimiento declina, no que el aumento del impuesto sucedió para coincidir con un cambio en las preferencias, ocasionado de manera exógena, a pesar de que, ciertamente, lo último, es posible teóricamente. La razón de este acuerdo es que la economía no tiene nada que decir acerca de cómo cambian las preferencias;¹⁷ de modo que cualquier explicación económica del comportamiento, opuesta a una psicológica, debe buscar otros factores.

Me aparto de este modelo, a pesar de que me mantengo lo más cerca posible. Asumo que bajo determinadas condiciones un "estímulo" producirá un "estado emocional," durante el cual los atributos del agente, fijos de otra manera, cambian. Estos atributos luego retornan a lo que fueron antes de que se produjera el estado emocional. El atributo en el que me centraré es la preferencia. Durante el estado emocional, las preferencias reflejan una clasificación más alta de los estados del mundo que son relevantes para la emoción, o, como diré algunas veces, la buena voluntad relevante, respecto de la emoción, se prefiere con mayor intensidad. Adicionalmente,

las habilidades pueden cambiar durante el estado emocional: el agente puede volverse más o menos capaz de convertir los insumos, como el tiempo y la energía, en resultados como trabajo o ataque. Y las creencias pueden cambiar durante el estado emocional: la emoción puede hacer que el agente crea que una probabilidad relevante respecto de la emoción sea mayor que las probabilidades que él le atribuye durante el estado de calma (algunas veces, la probabilidad relevante respecto de la emoción puede ser más precisa).¹⁶

El "estímulo" se refiere al conjunto total de condiciones ambientales o interpersonales que, ya sea vía interpretación cognitiva o no, liberan una reacción emocional. Un insulto proveniente de un extraño podría estimular la ira, o meramente ver a alguien que ha ofendido al agente en el pasado. Observar alcantarillas o carne descompuesta podría estimular el asco. Recibir un premio podría estimular el orgullo o la felicidad. Saber del éxito de un rival podría estimular la envidia. Observar la miseria de un niño podría estimular la compasión o la lástima. En cada caso, algún aspecto del entorno actúa como estímulo de la reacción emocional. Como aclaran estos ejemplos, la reacción emocional ante un estímulo no es necesariamente, y ni siquiera usualmente, un acto reflejo, pero por lo general involucra una evaluación de las circunstancias del contexto que nos rodea, implicando dicha evaluación una serie de procesos cognitivos.¹⁷

Nuestro supuesto final es que las personas pueden cultivar sus emociones.¹⁸ Las personas son auto-conscientes y generalmente (aunque no siempre) conocen sus predisposiciones emocionales, reconocen cuando estas predisposiciones emocionales las hacen actuar de manera incorrecta, y adoptan medidas para modificarlas. La idea de cultivar las emociones (benignas) o incluso la calma sin emoción es similar al acto más simple de evitar los estímulos de las emociones destructivas. Una persona podría tratar de controlar su ira o envidia a través de la meditación, el yoga, la búsqueda religiosa y prácticas similares; o por evitación: podría dejar de frecuentar bares en los que la gente la podría ofender; podría mudarse de las ciudades o vecindarios en los que el consumo excesivo es la norma; podría evitar a las personas sin hogar. En estos casos, la persona evita los estímulos de la ira, la envidia, o la compasión que podrían atormentarla o simplemente ser desagradables de experimentar. El cultivo de las predisposiciones emocionales y la negación de las

¹⁶ Pero ver Becker, *supra* nota.

¹⁷ La noción de que las preferencias, habilidades y creencias cambian durante el estado emocional tiene como finalidad capturar en forma bastante esquemática la tesis del "programa de afecto" de las emociones primarias (sorpresa, miedo, ira, repugnancia, tristeza, alegría). Ver, por ejemplo, Paul Ekman, *Emotions in the Human Face* (1972). La idea más importante asociada a esta tesis es que las emociones primarias tienen una base biológica y una explicación evolutiva, y que actúan como cortos circuitos cognitivos, opuestos a la cognición deliberada, ordinaria, en la que las personas reaccionan en formas adaptables frente a estímulos (por lo general amenazantes) aún cuando esto signifique ignorar ciertos creencia (como avisar en la oscuridad a pesar de que uno sabe que no hay nada que temer). Una discusión muy útil puede encontrarse en Paul E. Griffiths, *What Emotions Really Are* capítulo 4 (1997).

¹⁸ Esta es la opinión estándar en psicología. Ver, por ejemplo, Lazarus, *supra* nota, en 149-52. La apreciación se refiere a procesos cognitivos mediante los cuales el agente determina la importancia personal del estímulo, cómo puede tratarse, qué significa para sus propósitos, etc. -Id.

¹⁹ Para una idea similar, ver Richard H. Thaler & H.M. Shleifer, *An Economic Theory of Self-Control*, in *Quest Rational Economics* (Richard H. Thaler 1991). Thaler y Shleifer analizan el autocontrol como un fenómeno puramente cognitivo, y no discuten las emociones.

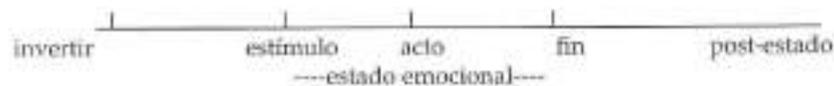
emociones son comportamientos muy diferentes, pero pueden tratarse como similares para los fines del análisis.

Los estudiosos de las emociones advertirán que el marco de trabajo encaja mejor para algunas emociones (miedo, asco, ira) que para otras, como el amor y los celos. Las “grandes emociones” son más complejas, tienen un gran contenido cognitivo, tienen manifestaciones psicológicas menos distintivas, son menos uniformes entre las culturas, tienen menos correlatos obvios en los animales, y son –para ir al grano– menos entendidas por los psicólogos.²⁷ Afortunadamente, también parecen tener un rol menor en el derecho, y en la mayor parte de este documento las obviaré.

2. El Orden de Acciones

Nuestro modelo simple de las emociones supone un orden estilizado de hechos, representados por la línea de tiempo en la Figura 1:

Figura 1



El primer evento es la inversión del agente, ya sea en cultivar una predisposición emocional o evitar las condiciones que estimulen la emoción. El segundo hecho es la aplicación del estímulo que provoca una emoción.

Luego viene el estado emocional. Esto se refiere a la ocurrencia real de la emoción. Puede durar un instante o un largo tiempo. Por ejemplo, el agente puede enfurecerse cuando alguien lo empuja por atrás, pero la cólera desaparece casi inmediatamente cuando ve que la persona que lo empujó había tropezado con sus pasadores. La envidia puede encontrarse por meses o años; el amor y la aficción también pueden durar un largo tiempo. En cualquier caso, para los fines del análisis se asume que la emoción termina en un punto definido y el estado no-emocional o de calma retorna, que aquí puede denominarse la condición “post-estado”.

Durante el estado emocional el agente elige actuar, tal como lo hace antes del estado. Se presenta el mismo conjunto de opciones para el agente que antes, excepto que, claro está, el cambio en el entorno que estimula la emoción pueda introducir nuevas opciones. Antes del estímulo, el agente no tiene el deseo de lastimar a la persona P; después de que P lo insulta, ahora tiene ese deseo, y puede actuar siguiendo el mismo. Pero puede ser que no. Como indiqué anteriormente, el estado emocional afecta al agente cambiando sus preferencias de modo que a los bienes relevantes para la emoción se les da mayor peso, y aumentando o reduciendo su costo de acción. Las sanciones y otros costos siguen influenciando en la opción del agente; la diferencia es que los costos y beneficios de la acción difieren, ligeramente o en gran medida, de lo que eran durante el estado de calma.

²⁷ Ver Gilligh, *supra* nota en 100-06.

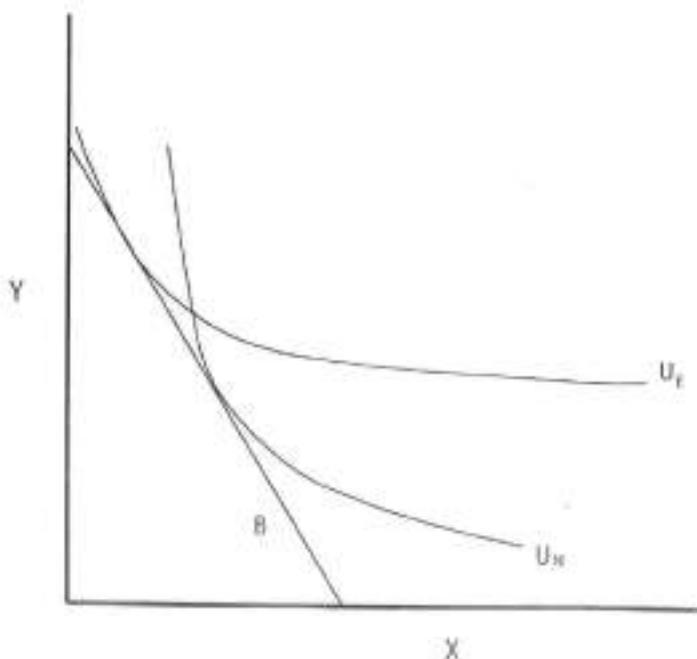
Después de que el estado emocional termina, el agente vuelve al estado de calma, lo que significa que sus preferencias y habilidades vuelven a ser lo que eran en el estado pre-emocional. Pero sus acciones durante el estado emocional habrán cambiado sus atributos, de manera que puede estar mejor o peor de lo que era antes de que se produjera el estado emocional.

La línea de tiempo simplifica altamente incluso a las emociones más simples. Uno de los problemas es que una experiencia emocional puede vivirse nuevamente, no solo volverse a imaginar, y así un estado emocional "decrecerá", o algunas veces se renovará a sí mismo con el tiempo. Observo una baba asquerosa; me aparto y pronto me olvido de ella; más tarde la apariencia y olor de la miel que estoy vertiendo sobre mis panqueques me recuerda la baba, y nuevamente estoy asqueado. Similarmente, mi ira ante un insulto se renueva asimismo cada vez que recuerdo el insulto. Esta complejidad debe tenerse en mente.

3. Análisis

La opción del agente durante el estado emocional puede representarse empleando la interpretación del gráfico estándar de la elección del consumidor, como en la Figura 2. El eje vertical representa la "cantidad" del bien emocionalmente relevante (Y). Si el agente está molesto, el eje representa el grado del daño ocasionado a la persona con quien el agente está enfadado; si el agente está asqueado, el eje representa el grado de alejamiento del objeto que ocasiona el asco; si el agente está enamorado, representa alguna medida del beneficio obtenido por el amado según lo experimente el agente. El eje horizontal representa todos los demás bienes que el agente desea consumir (X).

Figura 2



El gráfico describe la curva de indiferencia "normal" o bajo estado de calma (U_n) y la correspondiente curva de indiferencia bajo el estado emocional (U_e). La curva de indiferencia bajo el estado emocional es más plana que la curva de indiferencia bajo el estado de calma, representando el hecho de que en el estado emocional las preferencias del agente por el bien relevante para la emoción se vuelven más intensas. El resultado consiste en que el agente renunciará más a los bienes ordinarios que bajo el estado normal, a cambio de un incremento constante en su consumo de los bienes relevantes para la emoción. El resultado gráfico supone que la línea de presupuesto (B) es la misma bajo el estado de calma y el emocional, a pesar de que como se indicó anteriormente, es posible que las líneas de presupuesto sean divergentes. La línea de presupuesto bajo el estado emocional podría desplazarse hacia fuera o hacia adentro: hacia fuera, si la emoción hace a la acción menos costosa (la ira); hacia adentro, si la emoción hace a la acción más costosa (aflicción). Uno puede suponer que, digamos, la ira hace a todas las acciones menos costosas, en cuyo caso la línea de presupuesto se desplaza hacia fuera de manera uniforme. Alternativamente, uno podría suponer que la emoción hace al bien relevante para la emoción menos costoso, en cuyo caso la línea de presupuesto se inclina, así como cuando representa un cambio en el precio.

Cuando las emociones hacen a la acción menos costosa, el consumo del bien emocionalmente relevante aumentará, y el consumo de los otros bienes aumentará o disminuirá. Cuando las emociones hacen a la acción más costosa, el consumo de los dos clases de bienes puede aumentar o disminuir. E incluso, cuando las emociones no cambian el costo del comportamiento, sí cambian las preferencias, de modo que el patrón de consumo cambiará. Como resultado, el comportamiento emocional del agente con frecuencia lo colocará en una curva de indiferencia menor medida por las preferencias bajo el estado de calma (siendo la excepción cuando la emoción reduce el costo de la acción en una cantidad suficiente). Llamemos a este cambio el cambio de utilidad provocado por la emoción (EPUC por sus iniciais en inglés). Una persona que ataca a un enemigo cuando está molesto estaría mejor con un EPUC positivo, después de que el estado emocional regrese, porque el enemigo se ha retirado, o porque el agente ha desarrollado una reputación de dureza; o podría estar peor con un EPUC negativo, porque el enemigo contraatacó, o porque el agente ahora se encuentra en prisión.³¹

Una persona bajo el estado emocional de calma inicial sabe que su predisposición emocional podría perjudicarlo o beneficiarlo. Esto depende del entorno. A una persona con una predisposición irascible podría irle bien en una sociedad de vergüenza: las personas evitan abusar de ella porque le temen. Pero podría hacerlo pobremente en una sociedad bien regulada: un altercado de rutina podría ascender a una pelea, terminando el agente en prisión. La primera persona tiene un EPUC esperado positivo; la segunda persona tiene un EPUC esperado negativo. (El EPUC se define solo en lo que se refiere a la emoción bajo consideración: la misma persona podría asquearse fácilmente o no, y esto podría ser beneficioso en algunos contextos pero en otros no). La segunda persona puede esperarse que "invierta" para minimizar

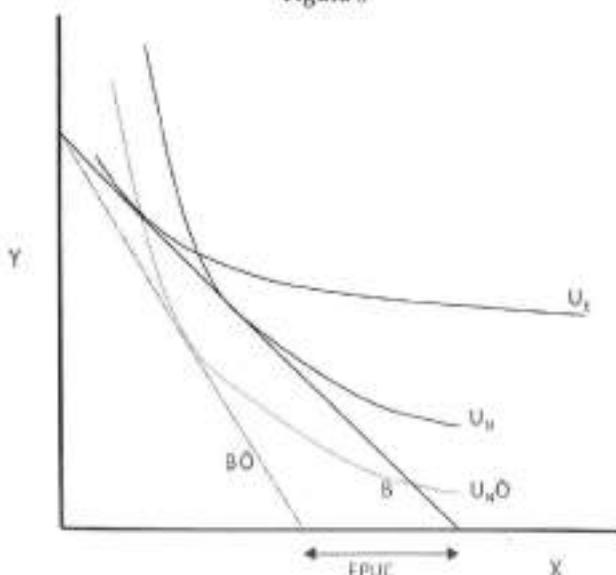
³¹ Asimismo, la persona puede arrepentirse o arrepentirse de sus acciones en el estado emocional simplemente porque no son las acciones que hubiera realizado si se encontrara en el estado de calma: en otras palabras, su patrón de consumo en el estado emocional difiere de su patrón de consumo hipotético en el estado de calma, y esto puede considerarse una pérdida utilitaria.

su EPUC real: cultivando un sentido de calma, o evitando lugares, como los bares, donde es susceptible a ser provocado.

Es importante enfatizar que el EPUC se determina por las preferencias bajo el estado de calma, no las preferencias bajo el estado emocional, a pesar de que es generado por acciones adoptadas durante el estado emocional. Esto es necesario para captar la idea de que las personas en su estado normal son diferentes de aquello en lo que se convierten bajo un estado emocional, y además que, anticipando esto, las personas tomarán determinadas acciones bajo el estado normal.

En la etapa de inversión, el agente sabe que puede experimentar el estímulo con cierta probabilidad. Para mantener la simplicidad del análisis, supongamos que durante el estado emocional, las preferencias cambian pero las habilidades y creencias no. La diferencia entre las preferencias del agente durante el estado de calma y el estado emocional dependen de la calidad e intensidad de la emoción, lo cual se refleja en la inclinación de la curva de indiferencia del estado emocional. Como se puede observar en la Figura 3, el agente por lo general consumirá una diferente variedad de bienes durante el estado emocional y durante el estado de calma, precisamente debido al cambio de preferencias. Esto significa que después de que el estado emocional haya disminuido y sus preferencias bajo "calma" hayan regresado, el agente estará peor (como en la Figura 3) o mejor de lo que hubiera estado en el estado de calma. Si estuviera peor, entonces podríamos elaborar una medida WTP de la diferencia al construir una línea de presupuesto hipotética de la manera usual. En la Figura 3, el agente estará dispuesto a pagar la cantidad descrita en orden de evitar los resultados de consumo del el estado emocional.²⁶

Figura 3



²⁶ En la Figura 3, el comportamiento del agente en el estado emocional produce un conjunto de bienes ubicados en la tangente de U_1 y B. Esto lo coloca en la curva de indiferencia más baja en el estado de calma, U_0 . Para que sea indiferente entre ese conjunto y el resultado original en el estado de calma, al agente se le debe pagar la cantidad denotada en el EPUC.

Ex ante, el agente sabe que el cambio en el consumo producido por la respuesta emocional ocurrirá con cierta probabilidad, y así la inversión inicial reflejará este cambio esperado. La inversión en este ejemplo será para (1) evitar el estímulo, o (2) cultivar una disposición menos sensible. Algunas veces un dólar de inversión será relativamente efectivo (cambiar de un bar a otro) y otras veces no (desarrollar la habilidad de poner la otra mejilla). La efectividad de la inversión en esta forma será denotada por la elasticidad de la respuesta emocional con respecto de la inversión. Una alta elasticidad indica mayor capacidad de respuesta. Esto nos permite hacer la siguiente predicción:

Las personas invertirán más en cultivar sus predisposiciones o evitar los estímulos como (1) la calidad e intensidad del estado emocional aumenta en forma relativa hacia el estado de calma (es decir, en tanto aumenta el EPUC); y (2) la elasticidad del estado emocional con respecto de la inversión aumenta.²²

Por ejemplo, analicemos la ira. La ira puede producirse en forma predecible e impredecible. Si el agente de antemano odia a una persona, entonces sabe que si se encuentra con ella existe una buena oportunidad de que se moleste. Por el contrario, un agente no puede predecir cuándo un extraño va a ofenderlo, y podría suponer que su ira será en promedio menor que un incidente al azar con un extraño que con alguien que ya conoce y odia. Así, tiene más sentido castigar a las personas que son provocadas hacia la ira durante un encuentro con alguien que odian y pueden evitar que castigar a una persona a la que le es provocada ira en un encuentro al azar con un extraño. Los primeros están en mejor posición durante su estado de calma para evitar el encuentro, y es durante el estado de calma que tienen mayor capacidad de respuesta.

Supongamos, por el contrario, que un agente conoce su predisposición irascible y ha adoptado una serie de medidas para cambiarla. Asiste a clases de control de ira. Evita frecuentar bares tumultuosos. Evita tomar alcohol. No obstante, su ira es provocada y lastima a quien lo ha ofendido. Nuevamente tiene sentido reducir la sanción para recompensar y fomentar su comportamiento durante el estado de calma. Por el contrario, las personas que cultivan las predisposiciones hacia la ira deberían ser castigadas.

4. Objeciones

El enfoque que empleo trata a las emociones de manera superficial y sin incorporarlas totalmente en el marco de trabajo de la elección racional, en lugar de reducir las emociones a asuntos de elección, o evitar la elección racional. El beneficio de esta aproximación es que permite incorporar las emociones dentro de la amplia literatura sobre elección racional, en vez de comenzar sobre un terreno inexplorado. De igual manera, la literatura sobre psicología cognitiva se ha beneficiado utilizando la teoría de la utilidad esperada como una línea base, y mostrando las formas en las que los individuos se apartan de las predicciones de esa teoría, en lugar de (en la mayoría de los casos) proponer teorías de elección alternativas. Esto ha permitido a las personas que son escépticas a los modelos de elección racional sacar ventaja de la literatura sobre derecho y economía aún criticando sus argumentos.

²² Una ampliación natural de este argumento es que los padres incluirán las predisposiciones emocionales relevantes en sus hijos, al menos en la medida en que los padres se interesen por sus hijos.

Sin embargo, uno puede criticar el marco de trabajo tanto por apartarse demasiado, como muy poco del enfoque de la elección racional. Demasiado, porque la asunción de que las preferencias y otros atributos cambian durante los estados emocionales debilita seriamente la predictibilidad. Esto me parece inevitable; donde aún permanece el elemento de elección racional es en (1) la insistencia en que las personas siguen siendo racionales durante el estado emocional, de manera que su comportamiento tendrá cierta semejanza con el comportamiento bajo el estado de calma, y aún responderá a los incentivos; y (2) la insistencia en que las personas pueden anticipar y planificar en torno a sus emociones, cultivando las predisposiciones emocionales y evitando los estímulos. Esto deja cierto campo para las predicciones, como lo demostrará la discusión sobre derecho penal más adelante; pero debe reconocerse que la principal ventaja del marco de trabajo de elección racional no es la de generar predicciones, sino deshacerse de la confusión conceptual, lo cual permite un análisis más cuidadoso de las formas en las que la emoción cambia las conclusiones de los trabajos existentes sobre elección racional. También le permite a uno examinar las complejas consecuencias normativas del hecho de que las personas cuando están calmadas suelen devaluar sus preferencias mientras están emocionalmente agitadas y algunas veces desean que su comportamiento emocional sea reprimido.²³

También se puede sostener que el marco de trabajo se aleja muy poco del enfoque de elección racional. Es claramente una simplificación. Incluso durante el estado de calma las personas son afectadas por las emociones. Solo imaginar las consecuencias de futuras acciones puede provocar una reacción emocional, lo cual, a pesar de ser probablemente menos intenso que las emociones que se sentirían durante las acciones, son aún lo suficientemente fuertes como para afectar la deliberación, de modo que las preferencias pueden mostrar una inestabilidad enmudecida incluso durante el estado de calma, siendo la elección de acción dependiente de los remedios imaginativos cambiantes del agente. Asimismo, después de que el estado emocional termina, la recolección del estímulo puede provocar una emoción renovada, y así todo estado emocional puede efectuar un cambio permanente en las preferencias de las personas. Finalmente, he reconocido que el marco de trabajo es más idóneo para analizar emociones más simples, y no emociones más complejas y duraderas como el amor.

Asimismo, he ignorado muchas interrogantes filosóficas y psicológicas difíciles acerca de las emociones. Mi justificación es mi concentración en las interrogantes legales; una extensa discusión sobre las interrogantes filosóficas y psicológicas nos distraería de las conclusiones, simples pero importantes, acerca del derecho, y en cualquier caso, estas interrogantes ya han sido manejadas por muchos otros. Debo acotar que he dejado pasar un aspecto psicológico que ignoro, solo porque ha aparecido en algún análisis legal.²⁴ Este asunto es el contenido cognitivo de la emoción.²⁵ Algunas personas sostienen que las emociones son restricciones a la cognición: ciertas opciones disponibles para alguien que se encuentra calmado se vuelven no disponibles cuando se encuentra sujeto a la emoción. Por ejemplo, parece imposible no dar un salto atrás ante una serpiente atacando. Otros argumentan que las emociones mismas son evaluaciones cognitivas de los estados de las relaciones: la aflicción por la muerte de

²³ Ver en particular las Partes V, VI y VII.

²⁴ Ver Kahn & Nussbaum, *supra* nota.

²⁵ Ver Izard, *supra* nota, en 35-40.

alguien, por ejemplo, representa el juicio sobre el valor de la persona para el agente. La mayoría de mis conclusiones asumen que las emociones tienen algún componente cognitivo –que las respuestas emocionales implican opciones basadas en las preferencias bajo el estado emocional –pero no sostengo argumentos amplios acerca de la naturaleza de las emociones.

Un cuestionamiento que no puede ignorarse es que el enfoque de la elección racional es internamente inconsistente. Este argumento es implícito en la discusión de Elster sobre el modelo de culpa de Becker, en el que la culpa se asume simplemente como una preferencia.²⁶ Elster argumenta:

Si la culpa no fuera más que un costo anticipado o experimentado, un agente cuya culpa lo disuade de robar o retener [un] libro estaría dispuesto a comprar una píldora que borre la culpa si fuera lo suficientemente barata. *Sostengo que ninguna persona que sea capaz de ser disuadida por la culpa compraría la píldora.* De hecho, se sentiría culpable por comprarla. Para esa persona, tomar una píldora para escapar de la culpa y poder robar el libro sería moralmente tan malo como robarlo.²⁷

Para ver el problema con esta hipótesis, imaginemos que el agente se encuentra en un dilema moral. Debe traicionar a su pareja o a su país, y en cualquiera de los casos se sentirá tremendamente culpable. Una vez que haya tomado la decisión, un deseo de comportarse moralmente no obliga al agente a seguir soportando la culpa (lo cual podría ser sobrecogedor, paralizante), y seguramente se le permite tomar la píldora. Ciertamente, algunas personas podrían reconocer que su sobrecogedor sentido de culpa, el cual atribuyen a factores externos tales como una crianza psicológicamente destructiva, les impide hacer buenas cosas, y tomaría la píldora sin llegar a ser, o creer ellos mismos que son, inmorales, y sin perder la capacidad de actuar moralmente. Esa vergüenza y culpa, que puede ser paralizante y destructiva, tanto a nivel individual como social, es un tema antiguo en la psicología.²⁸ La fuente de la confusión de Elster es su enredo de motivación moral y emocional. Una persona moral no quiere comportarse en forma inmoral, pero sí puede querer tener mayor control sobre sus emociones cuando, de otra forma, sus emociones pudieran llevarlo moral o prudencialmente por el mal camino.

La diferencia entre la emoción y la moralidad es más clara cuando uno pasa de la culpa a otras emociones. Consideremos a un doctor muy habil que queda paralizado por los sentimientos de asco durante ciertos tipos de cirugías; o un soldado o policía que sabe que su predisposición hacia el temor pone en peligro a otras personas. Seguramente, estas personas pueden, sin el temor de auto-contradicción conceptual, tomar píldoras que reduzcan o eliminen, temporal o permanentemente, su capacidad de experimentar asco o temor.

Elster está en lo correcto cuando afirma que las emociones son más que meras preferencias, y si su único punto fuera que una perspectiva costo-beneficio sobre las emociones necesariamente excluye muchas consideraciones relevantes, también

²⁶ Becker, *supra* nota, en 132-55.

²⁷ Elster, *supra* nota, en 205 (énfasis en el original).

²⁸ Ver, por ejemplo, David W. Harter, *Shame and Guilt Awareness, and Relationships of Shame and Guilt Proneness to Psychopathology* 568, in *Self-Conscious Emotions: The Psychology of Shame, Guilt, Embarrassment, and Pride* (Jane Price Tangney & Kent W. Fischer editores 1995) (discusión sobre la relación entre la vergüenza y la culpa, y desórdenes psicológicos como la depresión, abuso de sustancias, suicidio y delincuencia).

estaría en lo correcto. Pero el otro punto que sostiene de que su perspectiva es incoherente, y que por ello no puede echar luz sobre el comportamiento, es falso.

IV. LA EMOCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Algunas veces se dice que una persona que comete un crimen bajo la influencia de la emoción es menos culpable que una persona que actúa calmada y deliberadamente. El ejemplo estándar es el del homicidio por emoción violenta que ocurre cuando el acusado actuó en un ataque de rabia incontrolable. Pero la verdad es más compleja. Ciertos estados emocionales convierten al simple homicidio en homicidio por emoción violenta, pero otros no. Por ejemplo, bajo las leyes penales modernas de delitos de odio² una persona que asesina a un hombre homosexual porque "odia" a los homosexuales o "siente asco" por los homosexuales será encontrado más culpable que alguien que asesina al mismo hombre solo para robarle la billetera. De ahí surge la pregunta sobre si los diferentes tratamientos del derecho penal hacia los delitos influenciados por la emoción pueden explicarse en base a la disuasión.

Existen dos consideraciones relevantes en un enfoque basado en la disuasión respecto de los delitos emocionales. La primera consideración es la medida en la que un agente bajo un estado emocional es sensible a las sanciones. La segunda consideración es la medida en la que un agente puede ser disuadido de encontrarse bajo un estado emocional en situaciones en las que dicho estado pueda llevarlo a hacer daño.

Capacidad disuasoria del estado emocional. Una persona bajo un estado emocional puede ser sensible a las sanciones. La capacidad de disuasión depende tanto de (1) la clase de emoción y (2) la intensidad. En el estado emocional la persona experimenta una preferencia elevada, relativa al estado de calma, de "consumir" el bien relevante para la emoción. Pero la persona tiene otras preferencias también. Una persona enojada quiere golpear al que la ha ofendido, pero muchas personas molestas se retraen porque continúan queriendo su libertad, su trabajo, sus bienes, y las demás cosas buenas que podrían perder si se les condena por agresión o asesinato. Pero aún haciendo esto a un lado, es importante darse cuenta de que la mayoría de las emociones —la ira es una evidente excepción— no crean una preferencia poderosa por hacer daño a otra persona. El asco por lo general implica una preferencia por apartarse, no por atacar, y es por ello que el asco rara vez excusa el ataque o asesinato. El miedo típicamente implica una preferencia por huir o quedarse paralizado, no por atacar, a pesar de que el ataque puede ser una reacción en algunos casos, y el pánico puede llevar a hacer daño cuando el agente es responsable del bienestar de un bebé o de una persona incompetente. No obstante la curva de indiferencia de una persona asqueada o temerosa se "inclinará" dramáticamente, no se inclina en la dirección de herir a otra persona; en efecto, dicha preferencia se debilitará frente al deseo de escapar del estímulo.

Adicionalmente, el estado emocional de una persona puede ser más o menos extremo en relación con el estado de calma. Una provocación puede hacer que una persona esté más o menos enojada. Un mero insulto, en promedio, molestará menos

² N.T. Delitos de odio equívoco en inglés a los denominados "hate crimes". Esto no es una cosa que los delitos motivados por impulso nazional, sexistas u otros similares, por ejemplo. Sería el caso de un ciudadano del primer mundo que se dedica a asesinar inmigrantes ilegales.

a una persona atacada que una bofetada en la cara sin razón alguna. Gráficamente, la curva de indiferencia de una persona molesta puede cambiar mucho o poco; si es poco, entonces su comportamiento cambiará conforme a la misma. Una persona ligeramente molesta suprimirá el deseo de atacar si las consecuencias son más triviales, y puede, de hacerlo, darse a su preferencia quejándose del agresor con un tercero.

Estas dos observaciones explican por qué desde una perspectiva de disuasión estar bajo un estado emocional no es condición suficiente para una menor culpabilidad. Una persona sigue siendo objeto de disuasión si, en términos generales, la emoción no es ira, o la emoción es ira pero no es intensa. Tiene sentido reducir la sanción por un acto cometido durante un estado emocional si (1) la emoción es ira (o cualquier otra emoción que haga que las personas lastimen a otros, como el miedo, posiblemente) y es bastante intensa, de modo que las sanciones fuertes esperadas no pueden disuadir el comportamiento, y (2) las sanciones son costosas, cuando implican encarcelamiento.²⁹ La justificación es que las sanciones costosas no deberían desperdiciarse en personas que no pueden ser disuadidas por ellas.³⁰

Capacidad disuasoria bajo el estado pre-emocional (calma). Imaginemos que una persona bajo un estado emocional no puede ser disuadida. La sanción no puede ser suficientemente alta para evitar que actúe. No procede que esa persona deba ser justificada por un crimen consecuencia de la tendencia de la acción.

Para ver por qué, se debe observar que una persona en estado de calma con frecuencia prevé el estímulo que provocará el estado emocional y también sus acciones en el estado emocional. Las preferencias en el estado de calma pueden reflejar muy bien algunas cosas (un deseo a largo plazo de permanecer fuera de la prisión) y otras no (un deseo inmediato de atacar al agresor) que son lo contrario en el estado emocional. Así, al actuar según sus preferencias en el estado de calma la persona podría tomar precauciones para no entrar al estado emocional, incluyendo el cultivar emociones más pacíficas o evitar el estímulo, a pesar de que no lo hará si piensa que su irascibilidad produce resultados valorados en el estado de calma, incluyendo una reputación de dureza. En cualquier caso, las sanciones pueden ser descabales para influenciar en el comportamiento de "inversión" durante el estado de calma.

Reducir la sanción por comportamiento emocional, en relación con el comportamiento no emocional, se justifica incluso cuando la sanción no disuade al comportamiento bajo el estado emocional cuando (1) las preferencias bajo el estado de calma y las preferencias bajo el estado emocional solo difieren un poco (la EPUC es baja); (2) el agente no puede evitar el estímulo ni reducir la intensidad de su reacción emocional a un costo relativamente bajo (la elasticidad es baja); y (3) las sanciones son relativamente costosas (prisión, no multas). (Nótese que esto pone de lado la meta de inhabilitación del encarcelamiento, lo cual puede justificar encarcelar a gente altamente peligrosa que afea conducta de la cual no pudo ser disuadida). El primer factor se refiere esencialmente al beneficio que el agente obtiene al evitar el

²⁹ Cf. Richard A. Posner, *Evolution versus Utilitarianism in Law* 312-13, en Bandes, supra nota (argumentando que el asesinato no emocional debería recibir una sanción mayor, en comparación con el asesinato emocional, en la medida que el asesinato emocional es menos peligroso y más fácil de atajar, pero una sanción menor, en la medida que las personas atajadas por la emoción son menos capaces de ser disuadidas). Ver también Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 Colum. L. Rev. 1193, 1223 (1985).

³⁰ Dejo de lado los beneficios provenientes de la inhabilitación; y también los beneficios de evitar la privación, sobre lo cual ver Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Principle of Comparative Fault*, 82 Calif. L. Rev. 1151 (1994).

estado emocional; el segundo factor se refiere al costo que implica evitar el estado emocional. Incluso dejando de lado las sanciones, se espera que las personas a las que les desagrada mucho las preferencias que tienen bajo sus estados emocionales, tomen medidas para evitar el estado emocional, salvo que dichas medidas sean muy costosas. El derecho penal debe tomar en cuenta esta primera etapa de acción.

La Tabla 1 resume el argumento.

Tabla 1

		Capacidad de disuasión bajo el estado emocional	
		Alta	Baja
Capacidad de disuasión bajo el estado pre-emocional	alta	Castigar	
	baja		No castigar

La Tabla 1 muestra que el caso más fuerte para la reducción del castigo penal en el terreno de la disuasión ocurre cuando el agente no puede ser disuadido fácilmente en el estado emocional, y no puede evitar fácilmente el estado emocional ya sea evitando el estímulo o cambiando su temperamento.²⁸ La emoción tiene que ser del tipo correcto (ira o temor, por lo general) y debe ser intensa. Cuando estas condiciones no se encuentran, el caso para reducir el castigo es más débil.

Algunos ejemplos. El asesinato se reduce al homicidio voluntario no solo cuando el malhechor actúa bajo la influencia de la emoción. La emoción usualmente debe ser la ira, no (digamos) el asco. La ira hace que las personas ataquen a otras; el asco hace que se retiren. La ira debe ser intensa, no moderada: una provocación, que podría justificar un asesinato en el calor de la pasión, no justifica el asesinato cometido un poco después.²⁹ Las distinciones respecto de la adecuación de la provocación pueden entenderse en los términos de la elasticidad de la inversión. Las personas que asesinan a sus esposas adúlteras difícilmente podrán evitar el estímulo (¿no casarse en primer lugar?). Pero para las personas que buscan problemas en bares de homosexuales, fácilmente podrían evitar la provocación que conduce a una rabia asesina. Kahan y Nussbaum quieren poner en la misma categoría que los homofóbicos asesinos, a las mujeres que asesinan a esposos violentos y los hombres que asesinan a esposas o novias adúlteras,³⁰ de manera que puedan argumentar que el tratamiento inconsistente del derecho frente a los homofóbicos y estos otros malhechores contradice el argumento de disuasión. Pero una mujer que asesina a un esposo alcohólico, violento, es poco probable que sea una amenaza para el resto de la sociedad, o incluso para futuros esposos o novios en tanto no sean también alcohólicos y violentos. No puede esperarse que un hombre

²⁸ Naturalmente, deja de lado la inhabilitación.

²⁹ El pueblo contra Ashland, 128 P. 796 (Corte de Apelaciones de California 1912).

³⁰ Kahan & Nussbaum, *supra* nota, en 311.

cuya esposa o novia le ha engañado se niegue después de ello a iniciar una relación con otra mujer. Estas personas por lo general no son tan peligrosas como la persona cuyo odio la lleva a asesinar a homosexuales, y es menos difícil para un homofóbico evitar los bares de homosexuales que para los hombres y mujeres evitar tener relaciones entre ellos. Por supuesto, aquellos entre este último grupo que son igual de peligrosos –aquellos que cometen asesinato múltiple a esposos y esposas– son castigados más seriamente.

Similares comentarios se aplican en el caso del miedo. Louise Woodward, quien fue contratada como niñera, fue encontrada culpable de asesinar al bebé que se encontraba bajo su cuidado, pero el juez del proceso redujo un veredicto de asesinato en segundo grado a homicidio involuntario basado en que la evidencia reveló “confusión, miedo, y mal juicio, y no rabia o malicia”.³⁴ Suponiendo que Woodward en realidad hubiese estado en pánico, la explicación para reducir la sentencia es que las sanciones no disuaden a las personas que son controladas por el miedo, y a pesar de que la mayoría de personas que entran en pánico no atacan a otros, es posible que una niñera aterrorizada pueda lastimar a un niño. Uno puede argumentar que las sanciones severas disuadirían a las personas propensas al miedo de convertirse en niñeras, pero el asesinato inducido por el miedo es tan poco frecuente y extraño que la elasticidad de la inversión respecto del miedo debe considerarse bastante baja. Sin embargo, si la asesina convicta acepta un nuevo puesto como niñera, y mientras entra en pánico mata también a ese niño, uno anticipa una sanción bastante fuerte. Ella debería haber aprendido sobre su propia inestabilidad, y evitado las situaciones en las que pudiera lastimar a terceros.

No todas las emociones deberían reducir la sanción. Las leyes sobre delito xenofóbico aumentarían, en lugar de reducir, las sanciones, a pesar de que el asesino racista actuó más plausiblemente bajo la influencia de la emoción que, digamos, el asesino contratado. La razón por la que el odio obtiene un castigo mayor, mientras que la ira por lo general recibe un castigo menor, es que el odio es más susceptible a la manipulación bajo el estado pre-emocional que la ira. La persona que odia a los miembros de una raza en particular con frecuencia puede evitar interactuar con ellos; también puede tener cuidado de no portar armas. La persona provocada por la ira causada por adulterio no se encuentra en una posición similar. Las dos emociones difieren en lo que respecta a la dimensión de la elasticidad.

Pasando ahora a la defensa de la coacción, Kahan y Nussbaum nos piden que comparemos a (1) una mujer que comete robo a mano armada para evitar ser golpeada; (2) una mujer que deja de proteger a su hijo para evitar ser golpeada. La mujer 1 tiene una defensa de coacción; la mujer 2 no. Kahan y Nussbaum afirman que esto es inconsistente con el punto de vista estrictamente consecuencialista de que las personas que son susceptibles solo a amenazas extremas no representan un peligro para los demás, de modo que el castigo sería un desperdicio.³⁵ Pero la ley tiene sentido por razones situadas en el terreno de la disuasión. Sancionar a la mujer 1 probablemente no cambie el comportamiento debido a que una persona controlada por el miedo desarrolla una fuerte preferencia por la auto-conservación y los valores comunes altruistas disminuyen. Pero la experiencia común sugiere que el altruismo por el hijo de uno mismo permanece vigente incluso para una persona asustada.

³⁴ Ver Samuel H. Pillsbury, Harlan, Holmes y los Pasos de la Justicia 355, en *Bandes*, *supra* nota.

³⁵ Kahan & Nussbaum, *supra* nota, en 335.

Cuando somos amenazados, huimos si estamos solos pero tomamos a nuestros hijos si están con nosotros. Si esto no es cierto para nuestra mujer 2, entonces una fuerte sanción podría compensar su ganancia subjetiva, y no es más sorprendente que la castigüemos a que castigüemos a cualquiera que cometa abuso de menores. Kahan y Nussbaum arguyen que un argumento consecuencialista asume que quienes toman las decisiones legales "están preparados para avalar la valoración por parte de la primera mujer de su propio bienestar, pero no de la segunda mujer".³⁶ Pero esto no está bien. No queremos que ninguna de las mujeres cometa un delito; pero castigamos a la primera mujer menos porque es menos probable que una sanción la disuada.

La teoría explica los cambios históricos en el tratamiento de las personas a las que les han sido infieles y que asesinan a sus cónyuges descubiertas in fraganti homicidios interracialés, personas que asesinan a homosexuales que se les insinúan, mujeres golpeadas que asesinan a sus esposos, etc.³⁷ Al cambiar la evaluación del comportamiento por parte de la sociedad, aumenta o reduce las sanciones de acuerdo a ello, en orden a motivar a las personas a que inviertan en predisposiciones emocionales adecuadas o de lo contrario que eviten la provocación, con la esperanza de que el prospecto de sanciones influya en el agente mientras se encuentra bajo el estado emocional. La ira y la vergüenza se convierten en fuentes menos importantes y deseables del orden social en tanto se moderniza el sistema legal; de modo que con el tiempo, la ley justificará menos el comportamiento motivado por la ira y la vergüenza, con la esperanza de incentivar a las personas para que inviertan en las predisposiciones emocionales adecuadas.

Un punto final es que el derecho penal debería variar de región a región si existe una variación intercultural en la predisposición emocional promedio. Nisbett y Cohen proporcionan evidencia experimental de que en los Estados Unidos los sureños son provocados hacia la ira por un insulto más fácilmente que los nortehos.³⁸ Si, como parece probable, la elasticidad de la inversión respecto de los estados de ira es baja, entonces esperaríamos que los estados sureños castiguen los delitos cometidos mientras están molestos y como respuesta a una provocación, en menor medida que los estados nortehos, manteniendo constante el costo del encarcelamiento. Debido a que es menos probable que los sureños respondan a las sanciones mientras están molestos, tienen más cuidado en evitar la provocación, y rara vez son capaces de modificar las predisposiciones que son mayormente el resultado de la crianza, los escasos remedios penitenciarios están más dedicados a disuadir otros delitos, que en el norte.³⁹

Arrepentimiento. Una característica importante de la sentencia penal es la expresión de arrepentimiento o negativa a expresar arrepentimiento por parte del acusado. Si la expresión es sincera, entonces es altamente relevante para los fines del castigo penal, ya que revela la distancia entre las preferencias del acusado bajo el

³⁶ *Id.*, en 336.

³⁷ *Id.*, en 346-50.

³⁸ Nisbett & Cohen, *supra* nota, en 20-53.

³⁹ En efecto, los estados sureños son más tolerantes de la violencia doméstica que los estados nortehos, *id.*, en 66, lo cual es consistente con el argumento de que los estados no invertirán recursos penitenciarios en delitos que no pueden impedirse fácilmente. Nisbett & Cohen señalan que los estados sureños presentan mayores probabilidades de imponer la pena capital y otras penas extremas son menos probables de ser impuestas en el caso cuando los asesinatos son provocados por insultos.

estado de calma y las preferencias bajo el estado emocional, si el delito ocurrió bajo el estado emocional. Si la distancia es grande, entonces la meta de la disuasión requiere de una reducción de la sentencia, todo lo demás igual, porque ello sugiere que el acusado, cuando se encuentre calmado, adoptará medidas para evitar el estado emocional (el EPUC es alto), de manera que es poco probable que el comportamiento criminal sea recurrente, y no es necesaria una sanción severa para disuadirlo de un futuro comportamiento criminal. Los acusados que no expresan arrepentimiento por el comportamiento criminal son peligrosos ya que sus preferencias en el estado de calma son antisociales, y deberían ser castigados, ya sea con el propósito de disuasión (si es que son capaces de ser disuadidos), o incapacitación (si es que no pueden ser disuadidos pero son suficientemente peligrosos).⁴⁸

Una nota sobre responsabilidad civil. El análisis de la emoción en el derecho de responsabilidad civil es similar al análisis para el derecho penal. Supongamos que un individuo debe conducir al trabajo todos los días pero está sujeto, y él mismo sabe que está sujeto, a la violencia al manejar cuando otros conductores le cierran el paso. Bajo la influencia de la violencia al conducir, el individuo conduce mucho más descuidadamente que cuando está calmado; por ejemplo, podría conducir más rápido y prestar menos atención. Formalmente, su preferencia por conducir rápido bajo el estado emocional es más intensa que su preferencia por conducir rápido bajo el estado de calma (o, alternativamente, el costo de conducir cuidadosamente aumenta). Concretamente, supongamos que el costo para el individuo por conducir cuidadosamente sea \$100 cuando está enfurecido, pero el costo es solo \$10 cuando el individuo está calmado. Es más, supongamos que el costo social por conducir rápido sea \$50 en los costos por accidentes previstos impuestos a terceros. Una regla de negligencia, aplicada técnicamente, exoneraría al conductor enfurecido de responsabilidad, mientras que la responsabilidad absoluta le demandaría que pague \$50 en los términos esperados. La responsabilidad absoluta es la regla superior, ya que fomentaría a la persona en el estado de calma, quien se encuentra atrapada con la responsabilidad de \$50 impuesta sobre la misma cuando se encuentra en su estado emocional, a utilizar el transporte público o evitar las calles congestionadas en las que la violencia al volante es más probable que sea provocada. Alternativamente, el individuo podría ser considerado negligente por no utilizar el transporte público cuando se conoce sujeto a la violencia al conducir, justo como un epiléptico es considerado responsable por conducir sabiendo que sufre de epilepsia.⁴⁹ La última alternativa logra el mismo resultado que la responsabilidad absoluta, atribuyendo, de manera contraria a los hechos, habilidades y preferencias en el estado de calma al estado emocional que ocasiona el accidente.

V. LOS JURADOS

Existe una opinión bastante difundida referida a que los miembros del jurado deberían deliberar en forma calmada y desapasionadamente, en lugar de hacerlo bajo un estado emocional. Es por ello que los jueces no deberían aceptar evidencia prejuiciosa, esto es, evidencia que (entre otras cosas) despierta emociones.⁵⁰ Esta

⁴⁸ Para una explicación más racionalista, ver Eric A. Posner, *Law and Social Norms* 107 (2006).

⁴⁹ A una persona no se le considerará por lo general negligente si choca mientras está sufriendo un ataque cardíaco, una convulsión epiléptica o un ataque de demencia, a menos que comience la condición desde antes, en cuyo caso se espera que tome precauciones, como no conducir. Ver, por ejemplo, *Berling contra American Family Insurance Company*, 173 N.W. 2d 619, 625 (WI 1970).

⁵⁰ Ver Normas Federales de Evidencia, Norma 303.

opinión también se encuentra tras la resistencia contra las declaraciones impactantes de la víctima. Pero existe una opinión alternativa. Algunos críticos de la pena capital sostienen que las prácticas de sentencia actuales suprimen la reacción de empatía natural de los miembros del jurado hacia la posición del acusado. Estos críticos parecen sostener que la emoción debería tener un papel en la pena capital.⁴³ Y los defensores de los daños punibles suelen afirmar que este remedio es una forma adecuada de expresar indignación hacia la conducta del acusado.

Para entender este debate, necesitamos una visión clara sobre lo que se supone que deben hacer los jurados. Para fines simplificar, centrémonos en el problema de determinar la responsabilidad (más que en la pena o sentencia). Se supone que los jurados determinan si un demandante civil ha probado que su caso es más probable o no. Tomemos un caso de negligencia simple en el que las únicas variables relevantes son (nuevamente para simplificar): la precaución del acusado, la probabilidad del daño dada dicha precaución, y el daño real.

Supongamos que el demandante desea mostrar al jurado una fotografía de sangrientas lesiones de la víctima. La fotografía seguramente provocará un sentimiento de repugnancia entre los miembros del jurado. Mirarán pero desviarán sus rostros, sentirán náuseas, y cosas similares. Supongamos que el sentimiento de asco permanece en todas sus deliberaciones, tal vez porque las deliberaciones implican un continuo análisis de la fotografía o provocan recuerdos de la fotografía y con ellos la sensación de repugnancia. La pregunta es si estos sentimientos probablemente interfieren con la habilidad del jurado de evaluar las precauciones, probabilidades y daños.

Probablemente la respuesta sea no. La tendencia de acción en el caso del asco es retirarse del objeto y se siente con la mayor fuerza en presencia del objeto. Durante ese período limitado de tiempo, las capacidades cognitivas normales del agente pueden sufrir un corto circuito. Pero mientras más alejado se encuentre el objeto, menos intensa será la tendencia de acción, y más probable será que el agente tome en cuenta al resto del mundo. Pienso que esto es cierto aún si la imagen del objeto desagradable se renueva en la mente del agente mientras delibera sobre el resultado adecuado para el caso. De cualquier forma, debido a que el asco no hace que las personas quieran castigar, no parece probable que un jurado asqueado reaccione exagerando el daño impuesto a la víctima y adjudicando indemnizaciones incorrectas.

La fotografía también podría provocar ira y horror. Estas emociones son más problemáticas. Si los jurados se encuentran enojados con el acusado, podrán querer castigarlo, a pesar de que la repulsión por la herida no tenga nada que ver con la culpabilidad del acusado. Un acusado meramente negligente cuya irresponsabilidad desfigura severamente a la víctima no debería ser forzado a pagar más que un acusado imprudente cuyo accionar tiene, digamos, consecuencias puramente pecuniarias o consecuencias físicas menos desfigurativas, manteniendo la medida del daño constante. No obstante, no es claro que los miembros del jurado puedan cometer este error. Su ira no está basada en un insulto personal contra ellos, pero está más emparentada con la indignación que uno siente cuando sabe sobre una mala acción, y no está claro que la indignación resulte en la misma tendencia a hacer daño.⁴⁴ Por

⁴³ Ver Craig Haney, *Unlawful and the Capital Jury: Mechanisms of Moral Disengagement and the Injustice to Convicted to Death*, 49 *Stan. L. Rev.* 1447 (1997); ver también Dan M. Kahn, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, 96 *Mich. L. Rev.* 1621 (1998).

⁴⁴ Ver William Ian Miller, *The Anatomy of Disgust* 188-95 (1997); Martha C. Nussbaum, "Secret Senses of Vice": *Disgust, Indignation, and the Law*, en *Beards*, supra nota, en 26-30.

otro lado, cierta evidencia experimental sugiere que las personas en un estado de ira o indignación castigarán al acusado más severamente de lo que sería de otra manera, a pesar de no ser lastimados directamente.⁴⁵ Esta preocupación de “que la sangre generará más sangre”, parece estar subyacente a las decisiones judiciales para excluir las fotografías sangrientas cuando su valor probatorio está sobrevaluado por el impacto perjudicial.⁴⁶

¿Las emociones pueden mejorar la capacidad del jurado para emitir un juicio correcto? Es tentador pensar así, ya que las emociones suelen ser adaptables. Un argumento estándar sobre el miedo, por ejemplo, es que éste hace que un organismo sea capaz de escapar de las amenazas; y si la respuesta de escape suele ser inexacta, ocasionando miedo cuando una amenaza no está realmente presente, los falsos positivos son en este contexto mucho menos importantes que los falsos negativos.⁴⁷ El problema con este argumento es que la ley toma en cuenta los problemas de la prueba con las normas sobre evidencia o procesales, y asume que el jurado simplemente utilizará su mejor juicio. Para seguir con nuestro ejemplo, la emoción no mejorará la habilidad del jurado para determinar el costo de la precaución del acusado o la probabilidad de que la precaución produzca la lesión que se alega. La emoción no mejorará la capacidad del jurado para calcular costos médicos, pérdidas financieras y daños similarmente calculables. Y parece probable, aunque el asunto es más discutible, que la emoción no mejorará la capacidad del jurado de medir el dolor y el sufrimiento. A pesar de que una fotografía sangrienta podría hacer entender al jurado la magnitud de la lesión, y el miedo que podría haber producido, no existe razón alguna para pensar que la respuesta del jurado será precisa. El jurado no ve que la fotografía podría subestimar el dolor, y el jurado que ve la fotografía podría sobrestimar el dolor, pero no existe razón alguna para creer que un estimado estará más cerca de la verdad que el otro. Y en la medida en que la fotografía sangrienta ayude al jurado a estimar el dolor, ello debería ser entendido como una mejora cognitiva originada por una mayor información. El horror de la situación descrita, si termina en indignación, probablemente produzca resultados erráticos.⁴⁸

Estas consideraciones están relacionadas con el debate sobre el uso de las declaraciones impactantes de la víctima en la pena capital. Los proponentes del uso

⁴⁵ Esto era cierto incluso si la ira u ofensa era provocada por los hechos (como una película) que eran irrelevantes para el caso. Ver Julie H. Goldberg, Neffler S. Lerner, & Philip E. Tetlock, *Rage and Reason: The Psychology of the Intuitive Prosecutor*, 29 *Exp. J. Soc. Psychol.* 781 (1999); Jennifer S. Lerner, Julie H. Goldberg, & Philip E. Tetlock, *Siber Street Thought: The Effects of Accountability, Anger and Authoritarianism on Attributions of Responsibility*, 24 *Personality & Soc. Psychol. Bulletin* 363 (1998). Para revisar algunos trabajos sobre los jurados y la emoción, ver Cass R. Sunstein, David Schkade, & Daniel Kahneman, *Do People Want Optimal Deterrence?*, 29 *J. Legal Stud.* 237, 248 (2000) (que sostiene que los sentimientos de ofensa explican las sentencias de indemnizaciones punitivas en las configuraciones experimentales); Cass R. Sunstein, David Schkade, & Daniel Kahneman, *Assessing Positive Damages*, 107 *Yale L.J.* 2071 (1998) (lo mismo); W. Kip Viscusi, *Corporate Risk Analysis: A Reckless Act?*, 52 *Nat. L. Rev.* 547 (2000) (que concluye en que las indemnizaciones punitivas surgen cuando las compañías realizan un análisis costo-beneficio); Reid Hénise, David Schkade & John Payne, *Jury Judgments in Civil Cases: Birdsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages*, 23 *Law & Human Behavior* 445 (1999).

⁴⁶ Ver, por ejemplo, Estados Unidos contra Rezag, 134 F. 3ro. 1121, 1138 (citando a William Shakespeare, *Macbeth*, Acto 3, sc. 4, y modificándolo a las condiciones legales: “las fotografías sangrientas pueden predisponer inadecuadamente a un jurado a una retribución exacta”); Navarro contra Hospital Pavia, 922 F. 2do. 926 (1ra. Cir. 1991) (afirmación sobre la exclusión de la fotografía del cuerpo de un feto en descomposición en un caso de mala práctica médica); Campbell contra Keystone Aerial Surveys, Inc., 138 F. 3ro. 996 (5ra. Cir. 1998) (exclusión de la fotografía de un cuerpo quemado y mutilado).

⁴⁷ Ver supra nota.

⁴⁸ Ver Sunstein, Schkade & Kahneman, *Overcoming*, supra nota.

de estas declaraciones han argüido que al crear la lástima hacia la víctima y hacia la familia de la víctima, las declaraciones equilibran la simpatía natural que los miembros del jurado sienten por el acusado, cuya presencia en la sala de justicia le da una ventaja empática. Los opositores arguyen que las declaraciones distraen al jurado con información irrelevante y los enardece en contra del acusado.²⁸ Si el propósito de la pena capital es disuadir de asesinar o incapacitar a los asesinos, entonces la lástima y la indignación son seguramente irrelevantes para la pena capital. La única consideración relevante es la peligrosidad del criminal, algo que puede ser evaluado sin involucrarse emocionalmente. Los jurados atrapados por el miedo, la lástima o la indignación sobrestimarán o subestimarán el peligro que representa el acusado. Para desvanecer estas emociones, tanto las declaraciones de impacto de la víctima como otras formas de evidencia deberían contener solo hechos relevantes. Si el propósito de la pena capital es expresar la indignación o reivindicar los instintos retributivos, entonces es el caso que los miembros del jurado deberían comportarse sin emotividad al tomar la determinación adecuada. No existe razón por la que las declaraciones de impacto de la víctima deban ser tratadas de manera diferente a las demás formas de evidencia: deberían estar permitidas a menos que sus efectos perjudiciales tengan más importancia que el valor probatorio y la relevancia de la prueba.²⁹

Poco más se puede decir a este alto nivel de abstracción, pero la evaluación empírica echará luces sobre estos temas. Es común en la investigación psicológica evaluar el efecto de las emociones en quienes toman las decisiones "cebarido" a los sujetos con estímulos que provocan emociones.³⁰ Un posible experimento implicaría dar casos penales o de responsabilidad civil a los sujetos, y pedirles que determinen la responsabilidad o culpa, y las indemnizaciones o castigo. Al grupo de control se le daría una descripción verbal del agravio o crimen; el otro grupo se le daría la misma descripción más una imagen sangrienta. La predicción es que es más probable que el último grupo encuentre responsabilidad o culpa, y que adjudique indemnizaciones más elevadas o imponga sentencias más duras. Podríamos evaluar la medida en la que las emociones interfieren o promueven la precisión asegurando que existe una respuesta legal correcta (por ejemplo, adjudicar indemnizaciones por daños y perjuicios, estipular que la víctima no sintió dolor alguno y no sufrió de ninguna manera, y proporcionar una fórmula para determinar los daños). También podríamos evaluar el efecto de las fotografías sangrientas en comparación con las no sangrientas, por ejemplo, la fotografía de un cuerpo mutilado y la fotografía de un cuerpo no

²⁸ Las posiciones se detallan en *Bosth contra Maryland*, 462 U.S. 496 (1986) (sostiene que las declaraciones de impacto de la víctima en la sentencia capital violaban la octava enmienda); *Payne contra Tennessee*, 501 U.S. 808 (1990) (desestimaron a *Bosth*).

²⁹ Acerca de la intervención emocional de los miembros del jurado en las penas capitales, ver Stephen P. Garvey, *The Emotional Economy of Capital Sentencing*, 75 NYU L. Rev. 26 (2000). Concluyó en que era menos probable que los miembros del jurado votaran por la pena de muerte (en primer voto) cuando simieran ira o lástima hacia el acusado, menos probable cuando simieran lástimas o simpatía—ambos casos con importancia estadística. No existía correlación estadística importante entre el miedo y la probabilidad de votar por la pena de muerte. *Id.*, en 63. Ver también E. Posner, *supra* nota, en 325-27 (defensa de las declaraciones de impacto de la víctima para evitar la distorsión de la "consideración empática" que ocurriría ya que los acusados pueden proporcionar evidencia destinada a despertar la piedad del jurado); Susan Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 U. Chi. L. Rev. 361 (1996) (crítica de las declaraciones de impacto de la víctima por apelar a la vagancia y al odio, que interfieren con la evaluación adecuada de la conducta del acusado).

³⁰ Ver, por ejemplo, Goldberg, Lerner & Tetlock, *supra* nota (preparación haciendo que los sujetos observen una película que induce a la amistad); Lerner, Goldberg, & Tetlock, *supra* nota (lo mismo).

mutilado. Un asunto de interés es si el jurado castiga al criminal o a los acusados civiles que cometen daño en la misma magnitud, sobre la misma base moral y legalmente irrelevante de que si el daño es sangriento o repugnante u horrible. Para nuestra sorpresa, nadie, a mi entender, ha realizado un análisis empírico de este tipo.

Otro experimento evaluaría mi teoría de que el asco, a diferencia de la ira, tiene poca influencia en la deliberación del jurado. La clave aquí es utilizar una fotografía que sea repugnante pero que sea poco probable que produzca ira, ya que el acusado no es responsable del daño. Supongamos, por ejemplo, que una compañía de seguros deba pagar a una asegurada una cantidad que la compense por la pérdida de las ganancias de su esposo después de que éste cometa suicidio. El único asunto sometido a juicio es el cálculo de la pérdida. Dejemos que ese cálculo implique la valoración de un número de imponderables. A pesar de que se esperaría una variación en las adjudicaciones, mis argumentos sobre el asco implican que los miembros del jurado a los que se les ha mostrado una fotografía del cuerpo destrozado no adjudicarán sistemáticamente montos más altos que los miembros del jurado a los que se les ha dado solo una descripción superficial.

Estos experimentos y otros similares aclararían el significado del prejuicio en el derecho de evidencia, y permitirían que los jueces fuesen capaces de ser más discriminatorios cuando retienen fotografías y otra evidencia debido a asuntos que podrían llevar a evaluaciones inapropiadas por parte de los jurados.

VI. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO Y REGULACIÓN DEL RIESGO

En un artículo reciente, Timur Kuran y Cass Sunstein arguyen que las diversas predisposiciones cognitivas pueden llevar a una acción del gobierno bajo pánico que es socialmente dañina.⁵² Se centran en la heurística de disponibilidad, “un atajo mental dominante por el cual la probabilidad percibida de un determinado evento está atada a la facilidad con la que su ocurrencia puede ser traída a la mente”.⁵³ Debido a que las personas confían en la heurística de disponibilidad y otros atajos cognitivos, temen a los riesgos no solamente basados en el daño esperado, sino basados en factores estrictamente irrelevantes tales como el grado en el cual los riesgos se encuentran sujetos a discusión pública, si el daño es vívido, si la tecnología es nueva, si los resultados son irreversibles, y otros similares. Mientras tanto, las opiniones discrepantes son ignoradas, los opositores son tratados con oprobio, y así la discrepancia es suprimida. Como consecuencia, las creencias inicialmente exageradas sobre los riesgos pueden alimentarse unas a otras, resultando una “cascada de disponibilidad”, en la que un riesgo menor es convertido en una amenaza mayor. Los principales ejemplos de Kuran y Sunstein son el temor de Love Canal, el temor de Alar, y la respuesta al accidente del vuelo 800 de la TWA. En todos estos casos, un riesgo relativamente trivial o una explicación benigna son sobrepasados por los hechos, resultando un pánico en el que el peor caso es ampliamente creído.

Un aspecto notable de la explicación de Kuran y Sunstein es que es puramente cognitiva. Se asume que las personas son racionales, excepto en la medida en que las predisposiciones cognitivas interfieren con la opción racional. Su argumento predice

⁵² Ver Timur, Kuran & Cass R. Sunstein, *Availability Cascades and Risk Regulation*, 51 Stan. L. Rev. 683 (1999).

⁵³ *Id.*, en 685.

que las cascadas de disponibilidad ocurrirían incluso en un mundo hipotético en el que las personas no tuvieran emociones.

Pero existen algunas razones para mostrarse escéptico respecto de esta opinión. Empecemos por el punto semántico obvio de que el Love Canal, y hechos similares, son por lo general denominados "temores" o "pánicos". La explicación de Kuran y Sunstein sobre el asunto del Love Canal resalta en forma repetitiva el carácter emocional de los eventos: "los cuentos de miedo se propagan rápidamente";⁵⁴ "los residentes asustados...";⁵⁵ "varios peligros";⁵⁶ "molesto por las demandas en" un periódico, uno de los residentes organizó una iniciativa petitoria;⁵⁷ una mujer en una reunión "empezó a llorar histéricamente";⁵⁸ sus ansiedades y miedos fueron compartidos con la comunidad entera";⁵⁹ un activista se encontraba furioso" ... "Ahora muy emotivo, digo: ";No puedes hacer eso! ¡Eso sería homicidio!";⁶⁰ "los miedos no se disiparán";⁶¹ y afirmaciones similares. A pesar de que Kuran y Sunstein podrían argüir que las respuestas emocionales fueron epifenomenales, y que la predisposición cognitiva explica plenamente el fenómeno, una teoría basada en la emoción no puede ser descontada. La mayoría de los pánicos, como el término lo sugiere, están caracterizados por el *miedo*.

Una teoría psicológica influyente sobre el miedo sostiene que es un mecanismo de adaptación evolutiva para procesar información sobre potenciales amenazas para el organismo. Evolutivamente, es más costoso para un organismo no responder a una amenaza que responder a ella de manera incorrecta. Es decir, es menos probable que sobrevivas y te reproduzcas si algunas veces dejas de huir de un tigre que si ocasionalmente huyes de una sombra que se ve como un tigre. Ciertos estímulos genéticamente determinados o aprendidos (serpientes, y similares) son procesados toscamente por una parte del cerebro antes de ser sometidos a la cognición, un poco como el acto reflejo de retirar la mano de un objeto caliente.⁶² Así, el miedo (y también la ansiedad) presenta beneficios y costos: permite al organismo responder rápidamente a una amenaza, pero también parece causar que el organismo sobreprediga la probabilidad de la amenaza. En nuestro marco de trabajo, el miedo produce creencias distorsionadas pero también costos más bajos.

La conexión entre el miedo de un individuo y el pánico social ocurre de la siguiente manera. Primero, el miedo es contagioso. Es más probable que una persona que observa que otra persona está temerosa también se vuelva temerosa, que una persona que no ha hecho tal observación. Esto puede, por supuesto, ser racional en un sentido; pero también parece ser una respuesta puramente psicológica o incluso

⁵⁴ *Id.*, en 691-92.

⁵⁵ *Id.*, en 692.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*, en 693.

⁵⁸ *Id.*, en 692.

⁵⁹ *Id.*, en 693, citando a Lois Marie Gibbs, *Love Canal: The Sweetest Poison...* 30 (1996).

⁶⁰ *Id.*, en 694.

⁶¹ Avon Ohman, *Fear and Anxiety as Emotional Phenomena: Clinical Phenomenology, Evolutionary Perspectives, and Information-Processing Mechanisms* 311, 520 en Lewis & Haviland, *supra* nota.

fisiológica.⁴⁰ Segundo, el miedo se alimenta de sí mismo: al observar que otra persona está temerosa, el miedo propio puede exacerbarse. Tercero, el miedo, a diferencia de otras emociones como la ira, puede persistir por un largo tiempo, algunas veces en la forma de una ansiedad general. Las personas temerosas y ansiosas siguen sobrestimando la probabilidad de una amenaza, y reforzando las creencias incorrectas de cada uno.

La perspectiva de la emoción puede verse como un suplemento de la teoría cognitiva de Kuran y Sunstein, la cual en sí misma puede verse como un suplemento de una opinión de opción racional basada en imperfecciones informativas. Es racional inferir que una amenaza existe si otros creen que una amenaza existe.⁴¹ Esta inferencia puede ser fortalecida por la heurística de disponibilidad, una predisposición cognitiva. Y la inferencia puede ser fortalecida también por la emoción del miedo, la cual lleva al individuo temeroso a exagerar (en relación con las creencias en el estado de calma) no cualquier riesgo ampliamente publicitado (como lo sugiere la heurística de disponibilidad), sino, en particular, aquellos riesgos que presentan amenazas que involucran a las partes del cerebro centradas en el miedo.

Esta última observación nos lleva al tema de las implicancias normativas. El análisis de Kuran y Sunstein de las cascadas de disponibilidad los lleva a exigir un mayor aislamiento de aquellos que toman las decisiones, mayor confianza en los científicos y otros expertos, y mayor uso de herramientas analíticas como el análisis costo-beneficio.⁴² Estas son seguramente respuestas apropiadas cuando los pánicos son el resultado del miedo así como las predisposiciones cognitivas.

Pero también sería útil saber si los diferentes pánicos tienen diferentes explicaciones, y de esta manera justificar las diferentes respuestas del gobierno. Un pánico bancario, por ejemplo, es racional en el estado de calma. En el caso que los pasivos del banco excedan sus activos líquidos, soy racional para retirar mi dinero si creo que otros retirarán su dinero. Este es un clásico dilema del prisionero para jugadores. Los pánicos bancarios ocurrirían aún si las personas nunca cometieran errores cognitivos o experimentaran emociones intensas. Esto puede explicar por qué a los pánicos bancarios se les pone fin tan fácilmente: el gobierno solo necesita hacer una promesa creíble de reembolsar a todos los depositantes.

En contraste, la preferencia por conducir en vez de volar parece ser orientada por la emoción. Conjeturo que a las personas están más ansiosas por volar que sobre conducir porque cuando el peligro provoca el miedo, conducir no evita que uno huya (se puede detener el automóvil) pero volar sí (uno está atrapado dentro de un tubo).

Un criticismo frecuente acerca de la regulación agresiva sobre seguridad de las aerolíneas es que las precauciones costosas hacen que las personas opten por los automóviles para viajes cortos, lo cual en realidad es más peligroso, de modo que ciertas normas de seguridad para las aerolíneas pueden aumentar las fatalidades en

⁴⁰ Ver Elaine Hatfield, John T. Cacioppo, & Richard L. Rapson, *Emotional Contagion* (1994) (discusión de las condiciones en las que las emociones se propagan entre los individuos).

⁴¹ Ver, por ejemplo, Abhijit V. Banerjee, *A Simple Model of Herd Behavior*, 107 Q.J.Econ. 797 (1992).

⁴² Kuran & Sunstein, *supra* nota, en 746-60.

lugar de reducirlos.⁶⁵ Una respuesta común es que la incomodidad subjetiva de las personas con el viaje en una aerolínea debería contarse como un costo social. No obstante que las normas sobre seguridad de las aerolíneas pueden aumentar las fatalidades en total ya que al optar las personas por los automóviles debido al costo, aún pueden aumentar el bienestar social, ya que los viajeros experimentan menos incomodidad emocional.

El problema de esta respuesta es que el miedo, el temor y la ansiedad no son sensibles a los cambios en pocas probabilidades.⁶⁶ Una persona que tiene fuerte sentimientos de temor cuando viaje en avión sentirá la misma cantidad de temor ya sea que la probabilidad de un accidente sea 1 en 100,000 ó 1 en 1'000,000. Así, la precaución de seguridad no incrementa el bienestar subjetivo de esa persona. Si la persona racionalmente anticipa su temor, lo tratará como un costo fijo, sin importar la probabilidad del accidente (dentro de los límites, obviamente), de modo que su determinación sobre si volar o conducir dependerá plenamente de los costos pecuniarios. Esta observación rescata el criticismo estándar de la regulación de seguridad de la respuesta económica: la incomodidad subjetiva (emocional) no debería jugar un rol crítico en la regulación de seguridad.⁶⁷

Como otro ejemplo de lo que está en juego, consideremos el problema de los alimentos genéticamente alterados, lo cual es ampliamente evitado en Europa. Desde el punto de vista grupal racional, los individuos en Europa evitan racionalmente estos alimentos porque otros evitan estos alimentos, y cada persona, individualmente de forma racional, pero colectivamente de forma desastrosa, infiere que toda persona actúa en base a piezas de información estadísticamente independientes. La razón por la cual esta historia sea probablemente falsa es que en los modelos de comportamiento grupal, los equilibrios subóptimos son frágiles.⁶⁸ Si los alimentos genéticamente alterados poseen riesgos no mayores a aquellos que las personas ya afrontan, y si las personas fueran racionales, entonces el pánico no hubiera durado tanto lo ha hecho.

Probablemente existe algo de cierto desde la perspectiva cognitiva de este pánico. Las preocupaciones respecto de los alimentos genéticamente alterados probablemente provienen del problema de la enfermedad de la vaca loca en Inglaterra, el cual fue un evento altamente relevante. Pero sabemos que las reacciones emocionales suelen interferir con la cognición. El argumento a favor de la alteración genética de los alimentos, que es que no difiere mucho de la crianza que ha ocurrido por miles de años, no se queda en la mente de las personas, y puede ser que no lo haga por la misma razón por la que una persona que ve a una serpiente en una pecera saltando hacia ella "se olvida", o simplemente no procesa que la serpiente se encuentra detrás de un panel de vidrio, y que una persona no comerá una cucaracha que ha sido esterilizada. Este argumento requiere un salto de las respuestas del

⁶⁵ Robert W. Hahn, *The Economics Of Airline Safety and Security: An Analysis of the White House Commission's Recommendations*, 20 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 791, 804-07 (1997) (sostiene que la regulación propuesta que exige aviones para bebés en los aviones aumentaría el número de fatalidades al hacer que las personas opten por conducir para realizar viajes cortos).

⁶⁶ Ver Loewenstein, et al., *supra* nota, en 18.

⁶⁷ Ver Matthew Adler & Eric A. Posner, *Bayesian Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted*, *J. Legal Stud.* (para el 2000), para una discusión relacionada sobre cuándo el gobierno debería descontar las preferencias.

⁶⁸ Ver Bicchieri, *supra* nota.

miedo fundamental y el repudio, hacia una respuesta del miedo/repudio más compleja, mediada culturalmente, sobre la cual se sabe poco. Pero es una hipótesis razonable.

Las perspectivas cognitivas y emocionales dejan mucho sin explicar. Si todos los ingleses se hubieran convertido en vegetarianos en respuesta a la enfermedad de la vaca loca, las perspectivas hubieran racionalizado dicha respuesta también. Pero una objeción similar puede hacerse también al argumento de la opción racional.

Estas dificultades metodológicas no alteran el hecho importante respecto de qué punto de vista es correcto. Para ver por qué, consideremos la pregunta sobre si es apropiado para los fabricantes de automóviles instalar interruptores que permitan a los consumidores desactivar los airbags. La negativa a permitir estos interruptores surge de los miedos que la publicidad sobre los peligros que representan los airbags para los niños y adultos pequeños, puede llevar a las personas a desactivar los airbags aun cuando al hacerlo se incrementa el peligro neto para los pasajeros.⁴⁹

La acción reguladora adecuada depende de la fuente de las creencias falsas de la gente sobre los airbags. Si la creencia incorrecta se basa en resultados peligrosos netos provenientes de la ignorancia racional, la respuesta apropiada es simplemente colocar etiquetas explicando que la gente debe activar los airbags, a menos que un niño o un adulto pequeño se encuentre en el asiento delantero. Si la creencia es resultado de una predisposición cognitiva como la heurística de disponibilidad, la etiqueta sería una respuesta insuficiente. Tal vez, sería necesaria una gran cantidad de publicidad para cambiar las creencias de la gente; o, alternativamente, tal vez nada pueda cambiar las creencias de la gente y la mejor respuesta sea imposibilitar la desactivación de los airbags.

Si la creencia es el resultado del miedo o el pánico, una o más de las siguientes respuestas serían apropiadas. (1) Permitir la instalación del interruptor, ya que los estados emocionales tienden a debilitarse y luego desaparecer con el paso del tiempo. Al acostumbrarse las personas a la presencia de los airbags, es menos probable que las desactiven inapropiadamente. (2) Prohibir la instalación del interruptor, debido a que las emociones son, incluso más que las predisposiciones cognitivas, insensibles al razonamiento. Cuando las personas en pánico se atropellan unas a otras para escapar de un barco que se está hundiendo, no habrá cantidad alguna de razonamiento que las salve. (3) Permitir la instalación, y enfrentar emoción con emoción. Cuando las personas tengan miedo, hacerlas sentir avergonzadas. Cuando estén molestas, hacerlas sentir lástima. Los abogados, políticos, publicistas y muchos otros profesionales son hábiles en el arte truculento de manipular las emociones de la gente. Los comerciales realistas ya se han usado para fomentar el uso de los cinturones de seguridad enmarcando ingeniosamente el uso del cinturón de seguridad como una obligación que la gente tiene frente a sus seres queridos más que como un medio para protegerse ellos mismos. Similarmente, los comerciales realistas podrían utilizarse para mostrar que el uso del airbag es necesario para proteger a los seres queridos (a menos que sean niños o adultos pequeños). Sin expresar opinión alguna sobre si dichos comerciales, realistas o no, son efectivos, solo mencionaré que la

⁴⁹ Ver Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, *Air Bag On/Off Switches*, 21 de noviembre de 1997 62 Fed. Reg. 62, 406,624-4 (indica que el miedo diluido por los air bags llevaría a su desactivación si fuese posible, a pesar de que ofrecen mayor seguridad).

Avenida Madison, así como el gobierno, usualmente lanzan, comerciales vívidos, emocionalmente estimulantes, más que descripciones secas de hechos.

VII. NEGOCIACIÓN, DERECHO CONTRACTUAL, PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL: UNA CRÍTICA DE LA EJECUCIÓN FORZADA

Gran parte del análisis económico de los derechos de propiedad asume que cuando los costos de transacción son bajos, las partes pueden negociar sobre las asignaciones ineficientes de los derechos de propiedad. "Costo de Transacción" es un término ambiguo, pero está limitado generalmente a situaciones en las que la negociación implica grandes cantidades de personas, o personas que no conocen las identidades de los demás. Un tema de la literatura es que cuando los costos de transacción son bajos, es más importante para los tribunales asegurarse de que los derechos de propiedad sean claros y fácilmente negociables, que ceder al usuario más eficiente, ya que la habilidad de negociación garantiza que el derecho de propiedad terminará donde sea más valorado.⁷³

Ward Farnsworth de manera informal evaluó esta perspectiva entrevistando a abogados que representaban a individuos involucrados en juicios sobre daños y perjuicios.⁷⁴ Los abogados reportaron que los demandantes que obtenían sentencias en casos de daños y perjuicios nunca vendieron sus derechos a los demandados. La razón más plausible surge de las descripciones de los casos. "Ellos [las partes] se odian."⁷⁵ La reacción del cliente de un abogado ante una oferta "hubiera sido decir 'no solo 'No' sino Maldita sea, no'"⁷⁶ Había "muy mala sangre".⁷⁷ Ellos "se desagradaban intensamente".⁷⁸ Sin duda las disputas seguían el mismo patrón. El demandante estaba molesto por los daños, que se consideraban no tolerables entre vecinos. El demandado estaba molesto por las quejas del demandante y por el juicio. La irritación se convirtió en enemistad al producirse las indignaciones comunes del litigio. Al final, la ira y el odio eran tan intensos que (desde la perspectiva de Farnsworth) ni siquiera una negociación mutuamente beneficiosa hubiera sido posible.

Estos estudios de casos coinciden con la intuición del sentido común que la ira interfiere con la negociación.⁷⁹ Estas intuiciones son consistentes con el trabajo teórico y empírico sobre la ira. La ira ocurre típicamente cuando otra persona ofende o insulta al agente, lo cual usualmente significa la violación de una norma de respeto reconocida. La tendencia de acción de una persona molesta es hacer daño al

⁷³ Ver Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv.L.Rev.1089 (1972). Para un trabajo más reciente sobre el tema, ver Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv.L.Rev.713 (1996).

⁷⁴ Ver Ward Farnsworth, *Do Parties to Nonprice Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral*, en *Behavioral Law and Economics 202* (Cass R. Sunstein ed. 2000). Como indica Farnsworth, la muestra es demasiado pequeña para que los resultados sean estadísticamente importantes. Id., en 310. Existen otros enigmas también, que sugieren problemas con la metodología: es, después de todo, de conocimiento público que las partes en los juicios concilian más que litigar, y sería sorprendente que cualquier factor que interfiriera con la negociación, se incrementaría agudamente al momento de la sentencia.

⁷⁵ Id., en 305.

⁷⁶ Id., en 306.

⁷⁷ Id., en 307.

⁷⁸ Id., en 308.

⁷⁹ Este es también un supuesto común en la literatura sobre mediación. Roger Fisher, William Ury, y Bruce Patton, *Getting to Yes* 29-32 (1991).

agresor, incluso a costa de uno mismo. Cuando las dos partes de una disputa están molestas la una con la otra, les iría mejor (en términos de utilidad subjetiva) infligiendo los costos sobre ellos mismos en la forma de un litigio continuo, que conciliando. Si cada una de las partes gana más lastimando a la otra que lastimándose ellas mismas, este juego no es un dilema del prisionero: hacer daño a la otra persona es tanto la estrategia dominante para ambas partes como el equilibrio que maximiza el bienestar. Al mismo tiempo, la preferencia de calma ex ante de una persona es evitar pelear y negociar cuando existen (a pesar de estar relacionadas) ganancias al hacerlo. Las preferencias en el estado de calma y en el estado emocional están en conflicto, y si se privilegia a las primeras (acerca de las cuales hablo más adelante), entonces las preferencias del estado emocional deben descontarse.

Estas consideraciones sugieren que la asignación y protección de derechos de propiedad deberían ser sensibles a la valencia emocional de las disputas. Consideremos la ejecución forzada de los contratos y la posibilidad del incumplidor de pagar daños y perjuicios en sustitución del cumplimiento. Si el valor del cumplimiento excede el costo, el deudor debe cumplir, y la ejecución forzada del contrato (a diferencia de las indemnizaciones de expectativas) no requiere una determinación judicial propensa a error de la valoración efectuada por el afectado con el incumplimiento del contrato. Si el valor del cumplimiento es menor que el costo, el deudor puede sobornar al acreedor para que lo libere del contrato. La ventaja del remedio de daños y perjuicios es que capacita al deudor para que incumpla el contrato de manera eficiente sin negociar; pero dados los bajos costos de transacción esta ventaja tiene poco valor, y los costos de transacción probablemente sean bajos cuando se trate solo de dos partes.⁷⁷ Así, el la ejecución forzada es superior a las indemnizaciones.

El problema de este argumento es que el incumplimiento por parte del deudor puede provocar la ira del acreedor, y el acreedor - al sentirse insultado- se negará a liberar al deudor del contrato. Esto es muy similar a las entrevistas de Farnsworth. La potencial negativa puede no importar si el deudor trata de comprar al acreedor en lugar de incumplir primero, pero existen otros dos puntos de interés adicionales. Primero, es difícil decir si incluso sacar a colación al sujeto del incumplimiento no obtendría una reacción iracunda, que entonces interferiría con las negociaciones. Segundo, las negociaciones en ningún caso ocurrirían a la sombra de la reacción iracunda del deudor de incumplir.

Imaginemos, entonces, que un evento exógeno hace que el costo de un vendedor exceda la valoración del comprador. En la ejecución forzada, si el vendedor incumple, deberá cumplir o pagar la valoración entera del comprador. Pero si el comprador está furioso, el comprador incurrirá en un costo para molestar al vendedor, y esto significa que el comprador puede insistir en el cumplimiento aun cuando lo valore menos que un pago propuesto equivalente al superávit entero. Anticipándose a esto, el vendedor prefiere cumplir a incumplir. En contraste, en las indemnizaciones de expectativas el vendedor incumplirá y pagará indemnizaciones equivalentes a la valoración del comprador, evitando el intercambio ineficiente. Las indemnizaciones de expectativas son superiores a la ejecución forzada porque el demandado no puede prevenir un intercambio eficiente para molestar a la víctima.⁷⁸

⁷⁷ Ver Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J. 279 (1979).

Una premisa importante de este argumento es que las preferencias en el estado de calma importan, mientras que las preferencias en el estado de ira no importan. Si las preferencias en el estado de ira del comprador importan, solo la ejecución forzada puede protegerlas. Ahora, ex ante el comprador con mayor probabilidad preferirá que sus preferencias en el estado de ira sean descontadas. Si ese punto de vista merece respeto, entonces los tribunales deberán adjudicar indemnizaciones de expectativas; de lo contrario, el vendedor pasará los costos al comprador y el comprador será forzado, en contra de sus preferencias en el estado de calma, a adquirir el derecho cuando esté furioso para molestar al comprador. Para estar seguros, algunos compradores podrían querer este derecho, pero parece poco usual. En la medida en que se tomen en cuenta las preferencias en el estado de calma, y los compradores quieran que sus preferencias en el estado de calma se consideren, las indemnizaciones de expectativas serán superiores a la ejecución forzada cuando el incumplimiento lleve a la ira.

Nótese que la emoción introduce una asimetría en el análisis estándar de los remedios contractuales. La persona que incumple no sentirá ninguna ira, mientras que es probable que la víctima del incumplimiento se moleste. La razón es que el contrato establece una norma de cumplimiento como antecedente, y la persona que rompe la norma lastima a la persona que cumple con ella. Si no se desea que ocurra el intercambio, lo cual será con frecuencia el caso, las indemnizaciones de expectativas tienen la virtud de dar el derecho de propiedad a la persona calmada, mientras que la ejecución forzada tiene el defecto de otorgar el derecho de propiedad a la persona molesta. Si es deseable que se produzca el intercambio, la elección del remedio no importa. Tomando preferencias en el estado de calma ex ante como base normativa, la ejecución forzada reduce el valor de los contratos.

Otros factores podrían importar en la elección entre los remedios en situaciones específicas. La ira disminuye rápidamente cuando el agente se da cuenta que el acto ofensivo no fue intencional o de alguna manera fue justificado: si me empujas, podría molestarme, pero mi ira se disuelve cuando me explicas que tropezaste o te agarraste en mí para evitar caerte, o que estabas huyendo de un asaltante. Similarmente, la ira -y en consecuencia la ejecución forzada- puede representar menos problemas cuando un incumplimiento es excusable en lugar de voluntario. Es claramente difícil distinguir los incumplimientos excusables de los voluntarios en el caso de contratos, pero un aproximación posible es distinguir los incumplimientos cuando el intercambio es ineficiente ex post (el costo del deudor excede la valoración del comprador) y los incumplimientos cuando el intercambio es eficiente ex post. El primero solo puede ser un intento por mantener al acreedor mediante un pago más alto, y así parece voluntario; el último es por lo menos conjuntamente maximizador del valor, y así en cierta forma menos objetable.²⁸

²⁸ Una respuesta al argumento hasta ahora es que bajo la ejecución forzada el vendedor negociará con el comprador antes de incumplir. Si el comprador no se molesta por una propuesta para negociar, cuando la posible sea no distorsiona la negociación previa al incumplimiento. El vendedor le dará al comprador todo el beneficio para evitar molestarlo, pero el comprador, mientras está calmado, no exigirá más, ya que sus dadas sus preferencias en calma, puede hacerlo mejor reduciendo su propia ira y luego rebasándose al intercambio.

²⁹ Por ejemplo, *Graves contra John Waunder Co.*, 356 N.W. 245 (MN 1931).

Cabe reparar en las sutilezas envueltas en la imposición de sanciones legales contra un régimen de sanciones no legales como antecedente.⁸⁰ Si, como arguye Robert Frank, las emociones evolucionan para capacitar a las personas para que hagan creíble su amenaza de vengarse si otra persona rompe una promesa,⁸¹ entonces esta adaptación constriñe la capacidad de la ley de servir para el mismo propósito. Frank sostiene que las personas se restringen a sí mismas de romper promesas y adoptar otro comportamiento oportunista en parte porque temen a la venganza. La venganza no siempre es individualmente racional pero puede ser fomentada por la emoción. Así, la emoción soluciona un problema de cooperación. Pero si la emoción causa que las personas se venguen sin sopesar cuidadosamente los costos y beneficios, las personas se vengarán aun cuando el incumplimiento sea conjuntamente maximizador y ambas partes estuvieran mejor si el deudor compensara al acreedor pero no cumpliera. Al dar al furioso acreedor la herramienta de la ejecución forzada le posibilita una venganza exacta cuando, dada la disponibilidad de un remedio legal más modesto como las indemnizaciones de expectativas, ambas partes estarían mejor (según ha sido medido por las preferencias del estado de calma) si no ocurriera la venganza.

La implicancia normativa de esta discusión es inconsistente con el derecho actual. La ejecución forzada y los remedios severos como las indemnizaciones punitivas no deberían estar disponibles cuando el incumplimiento del deudor sea egregio y en consecuencia sea probable que lleve a una respuesta emocional por parte del acreedor. Las indemnizaciones de expectativas son más adecuadas. Lo mismo se aplica para los juicios de daños y perjuicios: las indemnizaciones pecuniarias son el remedio superior cuando el daño origina sentimientos duros y de ira, no asumiendo el costo de determinar los daños. Los entredichos son más adecuados cuando la emoción probablemente no interfiera con la negociación.

VIII. TEMAS NORMATIVOS

Si las emociones son, entre otras cosas, alteraciones temporales en la estructura preferencial de una persona, entonces surge la pregunta sobre si estas preferencias deberían ser consideradas en una función de un estado de bienestar social. Uno podría pensar que esta pregunta es trivial, porque los estados emocionales son temporales. Las personas molestas usualmente no están de humor para contestar cuestionarios de valoración contingente. Pero, de hecho, el comportamiento del mercado utilizado para derivar valoraciones puede estar influenciado por la ira, ansiedad, miedo y emociones similares; y muchas emociones -amor, envidia, orgullo, pesar, alegría- pueden durar un largo tiempo y afectar gran parte del comportamiento. Más aun, nada en la economía de bienestar social implica que las preferencias en un estado emocional deberían ser descontadas.

El sentido común sugiere, tal vez, que deberíamos descontar las preferencias mantenidas durante el estado emocional. Es típico en una persona molesta que ignore información relevante al hacer elecciones. Nussbaum argumenta que el asco es una forma de pensamiento mágico, y muchos juicios basados en el asco (como no querer comer una cucaracha esterilizada) no reflejan el bienestar de una persona.⁸² La forma

⁸⁰ La tema del trabajo anterior, ver, por ejemplo, Posner, *Law and Social Norms*, *supra* nota.

⁸¹ Ver Frank, *supra* nota.

⁸² Nussbaum, *Sewers*, *supra* nota, en 22-25.

correcta de pensar acerca de las preferencias emocionales, entonces, consiste simplemente en rechazar el welfarismo subjetivo (teoría del welfare subjetivo), que sostiene que las preferencias no adaptadas son fundamentales moralmente. Las preferencias, ya sean aquellas en el estado de calma o en el estado emocional, no deberían ser usadas como base para la regulación, a menos que no estén "distorsionadas" de alguna manera. Comúnmente se discute que las preferencias están distorsionadas si no están informadas, o sean adaptables en cierto sentido, o moralmente objetables; muchos welfaristas (seguidores de la teoría del welfare), por ejemplo, no consideran las preferencias sádicas en la función social del bienestar, no porque sean emocionales, sino porque son moralmente incorrectas.²³ Uno podría argumentar que ciertas preferencias que se manifiestan en estados emocionales no deberían tomarse en cuenta por razones similares. Una persona molesta, asqueada o temerosa se centra en un aspecto del mundo excluyendo los demás, de modo que tiene una perspectiva distorsionada sobre la relación entre el mundo y su propio bienestar (en el estado de calma); sus preferencias temporales pueden asemejarse entonces a las preferencias altamente desinformadas, las cuales también son comúnmente ignoradas en la regulación del mundo real.

Pero la asunción de que las preferencias en el estado emocional son defectuosas, no es autoevidente. La literatura sobre psicología insiste en que ciertas emociones llegan a existir justamente porque el entorno representa una amenaza para el bienestar del agente. Por ejemplo, uno puede sentir ansiedad o ira sin saber por qué debido a que las áreas no cognitivas del cerebro han detectado una amenaza y están preparando al individuo para reaccionar. Ese comportamiento de la persona en el estado emocional podría ser más consistente con su bienestar que el comportamiento que mostraría si estuviera calmada. El asco, a menudo revela que una sustancia representa peligros sobre los cuales la persona asqueada no tiene conocimiento consciente. En general, una persona bajo un estado emocional puede ser más, y no menos, perceptiva respecto de las realidades morales.²⁴ Así las personas por lo general se describen a sí mismas como excitadas por la acción (moral) en base a las fotografías o historias que estimulan su indignación u horror.

Comentarios similares se aplican a las predisposiciones emocionales —y aquí el problema se mantiene incluso si las personas siempre estuvieran en el estado de calma cuando estuvieran llenando cuestionarios contingentes de valoración o participando en el comportamiento de mercado. Una persona con una disposición emocional a sentir asco tendrá esto en cuenta cuando (calmadamente) participe en el comportamiento de mercado, o conteste encuestas que produzcan valoraciones con el propósito de un análisis costo-beneficio, sabiendo que en algún momento más adelante la emoción relevante se iniciará. Supongamos que esa persona se siente asqueada cada vez que ve a adultos del mismo sexo tomándose de las manos. Esta persona podría querer pagar por leyes que desalienten dicho comportamiento porque desea evitar la sensación de asco. La pregunta es si la preferencia de esta persona

²³ Ver Amartya Sen, *Choice Welfare and Measurement* 84-106 (1982); John C. Harsanyi, *Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility*, en *Handbook of Game Theory with Economic Applications* 309, 323-24 (Robert J. Aumann & Sergiu Hart eds., 1992); Ver en forma general Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 *Yale L.J.* 165 (1999).

²⁴ Ver Greenberg, *supra* nota; Ronald D. Sosis, *The Rationality of Emotions* (1987); también es un tema en Kahneman, *supra* nota; Miller, *supra* nota; y en muchos de los ensayos de Bourdieu, *supra* nota.

debería tomarse en cuenta, tal como seguramente se consideraría si estuviera objetando un olor nocivo causado por la contaminación. La pregunta metodológica interesante es si deberíamos ver a través del cristal de la emoción o de la moralidad. El cristal de la emoción podría sugerir que las preferencias no deberían ser consideradas en este caso, ya que están basadas en el pensamiento mágico más que en una evaluación correcta del impacto del comportamiento en el bienestar de la persona.⁸⁵ Un punto de vista alternativo es que la valoración no debería ser tomada en cuenta ya que refleja un juicio moralmente objetable. Este punto de vista no depende de si el agente siente asco o cualquier otra emoción, como sería el caso si insistiera en que su valoración está motivada solo por un interés por la moralidad tradicional.

El punto al que quiero llegar es que tanto las preferencias en el estado emocional como en el estado de calma que reflejan disposición emocional no pueden ser automáticamente ignoradas por considerarse defectuosas porque son "emocionales" ni consideradas como "simples preferencias". Ambas clases de preferencias deben ser evaluadas, e incluidas o excluidas de la función de bienestar social, en concordancia con el grado al cual su satisfacción contribuye al bienestar del individuo. Existe una analogía en la discusión de Parfit sobre las individualidades sucesivas. La individualidad presente podría considerar racionalmente los intereses de individualidades futuras, tratando a estas últimas casi como personas diferentes.⁸⁶ Similarmente, una individualidad en el estado de calma podría querer racionalmente considerar sus preferencias en el estado emocional. Pero así como podría ser incorrecto (frente a lo irracional) para la individualidad presente tomar una acción, como fumar, que hará daño a una individualidad futura,⁸⁷ puede ser incorrecto para la individualidad calmada considerar las preferencias de una individualidad emocional.⁸⁸ La razón es que las preferencias de la individualidad emocional están algunas veces mejor armonizadas con el bienestar del agente. Pero no siempre. Y es esto lo que hace al análisis normativo tan difícil.

IX. CONCLUSIÓN

Las emociones importan para la teoría legal ya que la mayor parte del comportamiento ocurre bajo la influencia de la emoción. El marco de trabajo que propongo es una simple alteración del enfoque de la elección racional estándar, bajo el cual se asume que las preferencias, habilidades y creencias de un individuo cambian en forma predecible durante los estados emocionales, y vuelven a cambiar luego. Esta aproximación nos permite entender cómo los individuos toman medidas para manipular su propio comportamiento emocional (y también el de otros, aunque no he puesto énfasis en este punto⁸⁹), y cómo el derecho puede influir tanto en el comportamiento emocional y en el comportamiento que puede manifestarse anticipándose a la emoción.

⁸⁵ Cf. Nussbaum, *supra* nota.

⁸⁶ Ver Derek Parfit, *Reasons and Persons* 302-06 (1984).

⁸⁷ *Id.*, en 318-20.

⁸⁸ El comienzo y el final de los estados emocionales fuertes como el amor podrían, ciertamente, ser relevantes en la conversión psicológica de las individualidades sucesivas. Cf. *Id.*, en 305-06.

⁸⁹ Pero surge en los contextos legales, por ejemplo, si una confesión está ocasionada si la policía practica una tortura emocional y no física.