



# Ciencias del comportamiento y derecho: del realismo jurídico al *behavioral law and economics*

## Behavioral Sciences and Law: From Legal Realism to Behavioral Law and Economics

DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY\*  
Universidad Externado de Colombia (Colombia)

**Resumen:** El presente artículo examina las tensiones y la evolución en la definición y las características del campo de estudio en el que se integran el derecho y las ciencias del comportamiento. Aunque en la literatura suele asumirse que se trata de un campo nuevo, vinculado al reciente auge del *behavioral law and economics*, sus orígenes se remontan al realismo jurídico y a la propia tradición doctrinal del derecho. A partir de estos antecedentes, el artículo rastrea el desarrollo del debate en las últimas seis décadas y sostiene que dicho campo ha evolucionado en torno a tres rasgos característicos: el uso de métodos científicos para estudiar el derecho en la práctica, el reconocimiento de una pluralidad de ciencias del comportamiento que se articulan con el derecho, y la necesidad de diálogo entre juristas y científicos del comportamiento. Sobre esta base, se propone una definición contemporánea del campo, se destaca su diferenciación frente a otras aproximaciones—como el análisis económico del derecho y el *behavioral law and economics*— y se reflexiona sobre algunas de sus proyecciones futuras.

**Palabras clave:** Ciencias del comportamiento y derecho, realismo jurídico, métodos científicos en el derecho, economía del comportamiento, análisis económico del derecho.

**Abstract:** This paper examines the tensions and the evolving definition of the field in which law and behavioral sciences converge. While current literature often presents this field as relatively recent—closely linked to the rise of behavioral law and economics—, its origins can be traced back to legal realism and the doctrinal tradition of law itself. Building on these early foundations, the article traces the development of the debate over the past six decades and argues that this field has evolved around three defining features: the application of scientific methods to understand how law operates in practice, the recognition of a plurality of behavioral sciences that intersect with law, and the need for dialogue between legal scholars and behavioral scientists. Based on these features, the article proposes a contemporary definition of the field, highlights its distinction from other approaches—such as economic analysis of law and behavioral law and economics—and reflects on its future directions.

\* Abogado por la Universidad de Los Andes (Colombia). Especialista en Derecho Contractual por la Universidad Externado de Colombia, magister en Derecho Económico por la Universidad de Chile (Chile) y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente en Análisis Económico del Derecho, Regulación Económica y Behavioral Law and Economics del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

Código ORCID: 0000-0003-0519-7992. Correo electrónico: daniel.monroy@uexternado.edu.co

**Keywords:** Behavioral sciences and law legal realism, scientific methods in law, behavioral economics, economic analysis of law.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FIJACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: ¿POR QUÉ CUESTIONARSE SOBRE LA EXISTENCIA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO?.- II.1. EL DEBATE SOBRE INTEGRAR LAS CIENCIAS Y EL DERECHO.- III. LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE SOBRE LA INTEGRACIÓN ENTRE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y EL DERECHO.- IV. *LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES* (1969): EL HITO FUNDACIONAL DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO.- V. UNA PRIMERA PROPUESTA SOBRE LA DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO.- VI. LA DEFINICIÓN MÁS CONTEMPORÁNEA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO: LA TENSIÓN ENTRE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *BEHAVIORAL, LAW AND ECONOMICS*.- VII. CONCLUSIONES.

*«la ley» sin efecto se aproxima a cero en su significado. Ignorar su efecto es ignorar su significado. Conocer su efecto sin estudiar a las personas a las que afecta es imposible*  
Llewellyn (1931, p. 1249)

*Nadie tendrá jamás un dominio verdaderamente filosófico del derecho si es que no considera habitualmente sus fuerzas exteriores y que han hecho de él lo que es*  
Oliver Wendell Holmes, citado en Friedman y Macaulay (1977 [1969], p. 2)

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, cuando se habla del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, es común que este se asocie con el mismo *behavioral, law and economics* («análisis económico comportamental del derecho») o con el campo más amplio del *behavioral insights and law*, esto último a propósito de la integración de algunos aportes de la psicología cognitiva en la teoría económica (*behavioral economics*), y la proliferación en las últimas dos décadas de las iniciativas y agencias gubernamentales regulatorias denominadas «unidades nudge» (*nudge units*) (Zeina et al., 2019). No obstante, esta visión es solo una faceta contemporánea de la discusión, pues el reconocimiento del campo de estudio en que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho es una discusión bastante anterior y encuentra sus orígenes no en la economía ni en la psicología cognitiva contemporánea, sino en la epistemología del

derecho y la propia doctrina jurídica. En efecto, las citas que encabezan este artículo, de dos de los principales representantes clásicos del movimiento del realismo jurídico, ya evidencian elementos de esta discusión. Por un lado, la cita de Karl Llewellyn destaca que hallar el significado del derecho solo tiene sentido si es que este tiene efectos en la realidad, y para conocer estos efectos la única opción es estudiar el comportamiento humano. Por su parte, la cita del célebre Oliver Holmes infiere que no basta con saber de derecho para comprender el derecho. De este modo, la solución de problemas jurídicos no solo depende de la dogmática o la lógica interna del derecho, sino que además depende de la incidencia de fuerzas externas a este que, a su vez, han ido moldeando lo que es el derecho en sí mismo. Dentro de estas fuerzas externas se encuentra el conjunto de lo que hoy denominaríamos las «ciencias sociales».

Consistente con estas tempranas opiniones de Llewellyn y Holmes, y respecto de la manera como el derecho se relaciona con la conducta humana y con dichas fuerzas o ciencias externas, el profesor Arthur Allen (1978) señalaba que la existencia y evolución del derecho ocurre a partir de su *lógica* interna. Esto es, el derecho contiene un sistema ordenado y coherente de términos que, a su vez, se deriva parcialmente, pero que en paralelo se aplica a la conducta e interacción entre las personas. A esto último el autor lo llama la «experiencia». De acuerdo con Allen, la evolución del derecho ha estado determinada por un intento de crear y de mantener una especie de *lógica* interna coherente que satisfaga suficientemente las exigencias individuales y sociales; es decir, que la lógica interna del derecho no falle demasiado a la hora de reflejar o modificar la experiencia de la cual, a su vez, se alimenta. Y para poder capturar esta experiencia resulta necesario que el derecho acuda a las fuerzas externas que ya mencionaba Oliver Holmes.

Así las cosas, estas primeras ideas confirman que no es novedoso discutir sobre la existencia de un campo de estudio en el que se integran el derecho y las ciencias sociales; de hecho, esta integración es uno de los elementos que define la corriente clásica del realismo jurídico (Hovenkamp, 2000, pp. 854-862). Sin perjuicio de ello, la primera pregunta que surge es si este campo coincide o es independiente del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Este interrogante ya sugiere varias dificultades iniciales pues, si lo que se afirma es que este campo se define como aproximarse al conocimiento del derecho o a responder cuestiones jurídicas a partir de un enfoque científico que incluye o se alimenta del grupo de disciplinas de las ciencias sociales, entonces la *sociología del derecho* estaría incorporada dentro del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. ¿Acaso también estaría incluido el *análisis económico del derecho* (AED)? ¿Estarían incluidos otros tipos de aproximaciones al derecho, desde otras disciplinas que

157

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSBEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

incorporen métodos científicos como la psicología, la ciencia política, la economía política o la antropología? Y, más aún, ¿acaso estas disciplinas cuentan como ciencias del comportamiento?

Sobre el particular, la hipótesis central de este artículo es que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho puede definirse y delimitarse, y que este campo ha estado en una constante y creciente evolución en los últimos sesenta años para reconocerse hoy como independiente de otras aproximaciones científicas al derecho. Al respecto, argumentaremos que hay tres características que permiten definir la evolución de este campo: a) el uso de conocimientos y métodos científicos aplicados al conocimiento y a cómo funciona el derecho en la realidad, b) el reconocimiento de una pluralidad de ciencias del comportamiento que se integran con el derecho, y c) la necesidad de colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento con el fin de conocer el derecho.

Con esta hipótesis en mente, el presente artículo está dirigido a responder las siguientes preguntas: ¿cuál es la relevancia de reconocer un campo de estudio en el que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho? Si se reconoce la existencia y relevancia de este campo, ¿este coincide o es independiente de otros campos en los que se integran las ciencias (en general) y el derecho? ¿De qué manera ha ido evolucionando en la propia literatura jurídica y epistemológica la discusión sobre la definición y caracterización del campo de estudio? Y, finalmente, a partir de esta evolución en la literatura, ¿cuál es la definición más contemporánea del campo?

Con el fin de sustentar la hipótesis central de este artículo y responder las anteriores preguntas, este trabajo se divide en cinco partes. En la primera parte, delimitamos el problema de investigación y nos referimos, en concreto, a las implicaciones de preguntarse sobre la existencia de un campo de estudio denominado «ciencias del comportamiento y derecho». Las siguientes tres partes se refieren a la evolución de la discusión sobre la definición y caracterización del campo, de manera que en la segunda parte rastreamos los primeros antecedentes de la discusión, los cuales se ubican en los comienzos de la década de los años sesenta del siglo XX. En la tercera parte nos referimos al que consideramos el hito fundacional del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, que corresponde a la publicación de la obra de los profesores Lawrence Friedman y Stewart Macaulay, titulada precisamente *Law and the Behavioral Sciences*. A partir de este hito fundacional, en la cuarta parte presentamos una versión o primera propuesta sobre la definición del campo de estudio a partir de tres características. En la quinta parte, nos ocupamos de la evolución de la discusión posterior al hito fundacional *en comento*, la cual ha girado en torno al AED y su tensión con el *behavioral, law and economics*. A partir

de ello, proponemos y contrastamos una definición y caracterización actualizada sobre el campo de ciencias del comportamiento y derecho. El escrito finaliza con unas breves conclusiones.

159

## II. FIJACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: ¿POR QUÉ CUESTIONARSE SOBRE LA EXISTENCIA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO?

Una tesis anticipada podrá sugerir la trivialidad de preguntarse sobre la necesidad de reconocer una relación o unión entre el derecho y las ciencias del comportamiento. Si, como señalaba Hans Kelsen (1941), el derecho puede entenderse como un orden complejo de reglas que determina el comportamiento, que incentiva conductas mutuas de las personas y que las induce a ciertos comportamientos positivos o negativos (p. 75), ¿acaso no es trivial preguntarse sobre una integración entre derecho y ciencias del comportamiento? En realidad, esto no es trivial. Si lo fuera, entonces no habría controversia en considerar el derecho como una ciencia en sí misma, lo cual no solo es objeto de un agitado debate —como veremos en breve—; sino que, además, dicha científicidad es la pretensión central de enfoques como el AED y de los métodos de los cuales este se vale. Así, en los inicios del AED, Richard Posner (1972) sugería que así como la biología se vale de observaciones objetivas y de datos científicos para conocer los seres vivos, y la astronomía se vale también de métodos científicos para conocer las estrellas; análogamente, los métodos matemáticos y estadísticos de los que se vale la economía para comprender la conducta humana constituyen el mejor mecanismo para conocer el derecho (pp. 437-438). Por supuesto, esta opinión de Posner no solo es controversial, sino difícilmente aceptable para abogados y jueces, así como para profesores y estudiantes de las escuelas de derecho.

Descartada la trivialidad de preguntarse sobre la existencia de un campo que integra las ciencias del comportamiento y el derecho, es importante destacar que el reconocimiento de este campo supone dos niveles de aproximación: a) en el nivel inferior o más profundo, la pregunta se refiere a la integración entre el conocimiento científico en general y el derecho; es decir, se cuestiona la pertinencia, pero también los problemas de reconocer que exista un campo en el que se integran las *ciencias* (en general) y el *derecho*. b) El nivel superior de la misma pregunta depende del nivel inferior en el sentido de que se da por demostrada la necesidad de integración entre ciencia y derecho, y pasa entonces a preguntarse qué ciencias podrían proveer conocimientos —científicos— al derecho y si entre ellas se encuentra un grupo de disciplinas al que se le denomina «ciencias del comportamiento». En la subsección II.1 abordaremos el

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

primer nivel, más profundo, de aproximación; mientras que el resto del artículo se ocupará del nivel superior.

### II.1. El debate sobre integrar las ciencias y el derecho

Respecto del primer nivel, más profundo, de la pregunta del párrafo anterior, es cierto que este debate posee innumerables aristas. No obstante, para nuestros efectos, consideramos suficiente con destacar algunas ideas muy generales sobre las posiciones de esta discusión para, a partir de ello, sintetizar las dos hipótesis opuestas sobre la pertinencia, pero también los problemas de integrar ciencias y derecho.

Sobre el contenido de este debate, conviene volver a la temprana opinión de un artículo de Oliver Holmes (1899) en donde se discute, precisamente, sobre la pertinencia y los problemas de que la ciencia se integre con el derecho. En su momento, Holmes destacaba que los abogados suelen justificar la existencia de cualquier norma y la manera como se resuelve un problema jurídico a partir de argumentos que no son científicos; esto es, suelen acudir a la tradición jurídica (incluso muy antigua) o encuentran una justificación en la política o en el cumplimiento de algún objetivo social que el gobernante de turno ha considerado importante, o incluso a veces son propensos a inventarse dicha justificación.

En atención a ello, Holmes sugería que la ciencia puede integrarse con el derecho con el fin de mejorar la argumentación, la justificación de las normas y así resolver problemas jurídicos. En lugar de justificaciones basadas en la tradición jurídica o en la política, la ciencia puede permitir a los juristas identificar diferentes objetivos sociales, y luego medir y ponderar el valor relativo de estos objetivos con el fin de proveer una justificación científica de una norma. Al tiempo, en una frase bastante célebre del mismo Holmes (1987), él intuía que «el jurista del futuro será el hombre de la estadística y maestro en economía» (p. 469), lo cual vaticinaba la manera como, con el correr del siglo XX, la ciencia se integraría con el derecho. Sobre este particular, y como lo señalan Ramello y Voigt (2020), el AED hizo realidad la segunda parte de la intuición de Holmes, mientras que los *estudios empíricos del derecho* (*Empirical legal studies*), con Ted Eisenberg a la cabeza, hicieron realidad la intuición de convertir a los juristas en «hombres de estadística».

Sin embargo, Holmes también advierte que por más confianza que pueda depositarse en la ciencia, es muy improbable que esta pueda suplementar o superar todas las justificaciones dadas desde la propia lógica del derecho. Por ejemplo, algunos objetivos sociales que justifican las normas jurídicas son anticipadamente inalcanzables; luego, serían objetivos imponderables o imposibles de medir desde una perspectiva científica. Sin embargo, el mérito de estos objetivos es precisamente

que sean inalcanzables, pues esto es lo que mantiene vigente el compromiso social —y el de los jueces— con esos objetivos, y de esta manera se mantiene viva la idea de que el derecho debe evolucionar constantemente y que siempre tendrá algo más por hacer y mejorar.

Una perspectiva más contemporánea sobre este debate es la presentada por la profesora Susan Haack (2009), quien evidencia las ventajas, el valor agregado que puede aportar el integrar la ciencia y el derecho, pero también las diferencias irreconciliables de esta unión. Sobre lo primero, la autora destaca que en el último siglo los avances científicos han supuesto evidentes mejoras en la calidad y certeza de las decisiones judiciales, esto especialmente en casos que involucran problemas técnicos complejos. Un ejemplo son las evidencias forenses basadas en pruebas de ADN, que han permitido pasar de simples conjeturas a resultados judiciales con un muy reducido margen de error. Adicionalmente, en el caso del diseño de las normas jurídicas, y dentro de estas la legislación o la regulación, la ciencia ha provisto los criterios para que el derecho se ocupe de regular el propio avance científico. Entre otros, la ciencia ha permitido revelar el por qué y cuáles investigaciones científicas pueden ser potencialmente peligrosas, y de esa forma ha provisto al derecho de la justificación sobre los límites éticos de la investigación. Esto último ha sido una cuestión especialmente relevante en áreas como el desarrollo de medicamentos, la investigación en materia de salud y la protección del medio ambiente.

Pero, pese a estas ventajas de integrar la ciencia y el derecho, la profesora Haack (2009) también considera que esta unión posee ciertas diferencias irreconciliables (pp. 7-24). Así, con un argumento similar al propuesto por Holmes un siglo atrás, la autora considera que existen problemas insalvables al justificar soluciones jurídicas a partir de la ciencia en lugar de restringirse a justificaciones basadas en la lógica interna del propio derecho. Al respecto, aunque no lo hace explícito, Haack parece asumir una posición filosófica realista sobre el progreso científico (Weston, 1992) e indica que, si el objetivo central de la ciencia es la búsqueda de una verdad científica, el problema es que esta idea de progreso y objetivo suele ser incompatible con el derecho. Es cierto que, en el caso de las decisiones judiciales, uno de los valores que persigue cualquier proceso judicial es también la búsqueda de la verdad, pero hay profundas diferencias entre la búsqueda de la verdad en la deliberación de un tribunal y la búsqueda de la verdad en la deliberación de la comunidad científica. Por ejemplo, los jueces o jurados de un tribunal colegiado pueden decidir sobre cuál es la verdad judicial por un proceso de votación, pero sería auténtica anticiencia que los científicos decidieran una verdad científica mediante un proceso de votación similar. Sobre este mismo punto, y como también lo destaca Goldberg (1994), el énfasis que abogados y jueces ponen en las formalidades y en el cumplimiento de las reglas procesales preclusivas para resolver problemas o conflictos no es algo conciliable con el énfasis

161

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSBEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

que hacen los científicos en el progreso —científico— como forma de resolver problemas y encontrar la verdad (p. 13).

Insistiendo en las diferencias irreconciliables entre ciencia y derecho, Haack (2009) señala que, en el caso de la decisión judicial, el argumento basado en la tradición y el dogmatismo jurídico virtualmente anula cualquier argumento basado en la ciencia. Por ejemplo, desde la antigüedad un valor u objetivo relevante del derecho es la celeridad y la certidumbre en el proceso —judicial— para la resolución de conflictos. Para ello, las normas que regulan el procedimiento judicial están caracterizadas por establecer múltiples estándares y reglas de conducta de las partes cuyo incumplimiento puede implicar, entre otras acciones, excluir pruebas útiles para la búsqueda de la verdad por parte del tribunal, y esto está justificado en una razón estrictamente procedimental que no está relacionada con la verdad científica y objetiva que contiene dicha prueba. Además, en el proceso de avance científico no existe ningún límite para volver atrás y discutir de nuevo cuestiones que ya se creían resueltas; en cambio, esta idea es incompatible con el proceso judicial, en donde existen buenas razones —que tampoco tienen nada que ver con la ciencia— para que, una vez agotado un proceso y resuelto un conflicto judicial, no sea posible devolverse para discutir otra vez cuestiones que ya se creen resueltas.

Mas allá de la decisión judicial, en el caso del diseño de las normas jurídicas (*vgr.*, la legislación y la regulación) y la propia evolución de cualquier sistema jurídico también existen profundas incompatibilidades para integrar la ciencia y el derecho. Al respecto, entre abogados y académicos del derecho es común afirmar que «el progreso científico va más rápido que los avances en el derecho». Sin embargo, esta afirmación resulta cuestionable y, de hecho, pareciera más fácil encontrar casos en los que es más plausible la afirmación contraria; es decir, que las soluciones y los avances que requiere el derecho para resolver problemas no pueden simplemente esperar a que ocurra el progreso científico. En ocasiones, el avance científico —esto es, la reunión de evidencias o pruebas científicas para llegar a una verdad o consenso científico— puede tardar incluso décadas, pero el avance del derecho simplemente no puede quedar sujeto a la lógica del avance científico. Como lo ha destacado Goldberg (1994), el derecho suele tener mucha más prisa que la ciencia por decidir y solucionar problemas; de este modo, la espera para resolver y decidir sobre algo incierto es *un lujo* de la ciencia que no puede darse el derecho, pues en su caso la ausencia o el retraso en tomar alguna acción es ya tomar una decisión que puede implicar efectos permanentes sobre la sociedad (p. 15).

Sobre este particular, el derecho posee su propia lógica sobre cómo enfrenta y resuelve situaciones de incertidumbre, y esta no puede

quedar sujeta a la lógica de cómo la ciencia resuelve una incertidumbre. Es por ello que los jueces suelen recurrir a presunciones para resolver la incertidumbre en el derecho, precisamente porque no pueden esperar que la ciencia la resuelva para tomar una decisión (Milon & Bouvet, 2019). A manera de ejemplo sobre esta tensión entre derecho y ciencia, el enfoque jurídico basado en el principio de precaución ha sido utilizado en múltiples jurisdicciones para justificar acciones de protección ambiental (*vgr.*, normas para prevenir el calentamiento global) o respecto de la salud de las personas (*vgr.*, regulación de medicamentos y de alimentos genéticamente modificados), aun con incertidumbre o ausencia de evidencias científicas que justifiquen dicha acción (Tallacchini, 2005).

A manera de síntesis preliminar, y a partir de estas ideas generales acerca del debate sobre la integración entre las ciencias y el derecho, podemos delinear las dos hipótesis opuestas sobre esta relación. a) La primera hipótesis señala que no existe —ni debe existir— una relación entre ciencias y derecho. De acuerdo con esta posición, sea por el conflicto con la lógica interna del derecho, sea por tradición o por su cercanía con la discusión política, el derecho y la práctica de abogados y jueces tienen la capacidad de generar el conocimiento suficiente para justificar sus normas y resolver problemas jurídicos, por lo que sería innecesario —cuando no indeseable— que el avance del derecho dependa de fuentes externas a él; es decir, que necesite de la ciencia para generar el conocimiento que aquel requiere. b) La segunda hipótesis defiende justo lo contrario: que no solo es deseable, sino que es necesario que el derecho se desprenda —al menos parcialmente— de su tradición, de su propia lógica interna, e incorpore innovaciones en la manera en que genera conocimiento para sí mismo; esto es, que se alimente o utilice fuentes externas, como el conocimiento científico, para avanzar y resolver adecuadamente problemas jurídicos.

Ahora bien, como ya indicamos, lo mencionado en párrafos anteriores corresponde al nivel más profundo de la discusión sobre la existencia de un campo de estudio al que pueda llamarse «ciencias del comportamiento y derecho». En el nivel superior de aproximación a la misma pregunta se da por demostrada la segunda hipótesis del párrafo anterior; luego, ya no se cuestiona la pertinencia de una unión entre ciencias y derecho, sino que dada que esta relación debe existir, ahora se pregunta sobre qué ciencias pueden proveer conocimientos al derecho y cómo deberían hacerlo. Por ejemplo, es cierto que, en ocasiones, el método científico utiliza herramientas matemáticas, modelos y pruebas empíricas para la generación de conocimiento, pero eso no significa que ciencias como la física o la química sean las mejores candidatas para proveer conocimientos al derecho. En contraste, parecería que los métodos y las ciencias sociales sí *podrían* proveer estos conocimientos. Ponemos énfasis en ese *podrían* porque, como también lo anticipamos,

163

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSBEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

es necesario cuestionarse si dentro del grupo de las ciencias sociales están incorporadas las ciencias del comportamiento o si esto último es un campo de estudio independiente. Como pasamos a evidenciar en las siguientes secciones del artículo, este será un punto que ha atravesado la evolución de la discusión de los últimos sesenta años.

### III. LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE SOBRE LA INTEGRACIÓN ENTRE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y EL DERECHO

Con el fin de debatir, definir y delimitar el campo de estudio en donde se unen las ciencias del comportamiento y el derecho, lo primero a destacar es que, sin perjuicio de las mencionadas primeras aproximaciones de finales del siglo XIX, lo cierto es que este es un debate que empieza a darse de manera explícita a inicios de la década de los sesenta del siglo XX. Es en este momento en el que la literatura —aunque tímidamente y sin mayor coordinación entre académicos— empieza a sugerir explícitamente que existe un campo al que puede denominarse las «ciencias del comportamiento y derecho». Al tiempo, en estos antecedentes empieza a discutirse que esta es un área relacionada, pero diferenciable y separable del campo de las ciencias sociales y el derecho.

En efecto, a partir de la búsqueda e identificación de literatura como base para la elaboración de este artículo<sup>1</sup>, se encontró que la primera mención *explícita* del campo de estudio aparece en un artículo —de impacto moderado— de principios de los sesenta, titulado precisamente «The Use of Social and Behavioral Science Knowledge in Law» (Fahr & Ojemann, 1962) o, en castellano, «El uso del conocimiento de la ciencia social y comportamental en el derecho». El punto de partida del artículo es la idea básica —que ya mencionamos— de que el derecho y lo que hacen los abogados y los jueces se refiere a cuestiones relacionadas con la conducta y el comportamiento humano, así como con la interacción entre las personas y la sociedad; y, por tanto, que los científicos sociales y del comportamiento investigan sobre cuestiones a las que se refiere el derecho y que, a su vez, este incide sobre lo que investigan aquellos. No obstante, dicen los autores que, pese a reconocerse esta idea, suele ser omitida por los abogados principalmente porque el enfoque de los científicos sociales y del comportamiento suele ser menospreciado en la formación jurídica.

<sup>1</sup> La identificación de la literatura se realizó mediante una búsqueda sistemática de trabajos que emplearan conjuntamente los términos «behavioral science(s)» y «law». La exploración se efectuó principalmente en el buscador especializado Google Scholar, dada su amplia cobertura interdisciplinaria, y fue complementada con consultas en bases de datos especializadas como JSTOR y HeinOnline. Asimismo, se utilizaron funciones de rastreo de citas y de «artículos relacionados» del mismo Google Scholar para identificar trabajos afines. Este procedimiento permitió ordenar la literatura de forma cronológica y reconstruir un conjunto representativo de fuentes sobre el campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

Luego de hacer algunos apuntes sobre la científicidad y el conocimiento en las ciencias sociales, Fahr y Ojemann (1962) exponen varios casos concretos en los que las opiniones y dictámenes de científicos sociales y del comportamiento han colaborado e incidido explícitamente en el sentido de fallos judiciales, especialmente en materia penal. A partir de ello, los autores proponen nuevas áreas del derecho en las que podría darse similar colaboración de parte de científicos sociales y del comportamiento. En atención a ello, el artículo defiende la necesidad de actualizar la formación jurídica en el sentido de entrenar y preparar a los estudiantes de derecho en los métodos de las ciencias sociales y del comportamiento.

Poco tiempo después, Berns (1963) vuelve a aludir explícitamente al derecho y a la ciencia del comportamiento, y plantea nuevamente la cuestión de que pese a reconocerse desde siempre una relación entre *conducta y derecho*, los avances —en su momento— de los métodos de las ciencias del comportamiento, especialmente la sociología y la psicología social, seguían menospreciándose en el estudio del derecho. Según el autor, una de las razones de ello es que el ejercicio y la enseñanza del derecho es heredera de una serie de tradiciones provenientes incluso de la antigüedad (*vgr.*, la tradición del derecho romano) y que, por ello, el derecho se ha querido mantener como una disciplina independiente y bastante reticente a la innovación de sus métodos de estudio, lo que incluye entonces un rechazo a que enfoques innovadores como los de las ciencias del comportamiento se consideren pertinentes para el ejercicio y enseñanza del derecho.

Con el fin de corroborar esa tensión entre la tradición del derecho y la innovación que propone introducir las ciencias del comportamiento, Berns (1963) destaca que la lógica propia del derecho supone indagar sobre la *naturaleza* de las cosas para, a partir de ello, explicar la conducta de los agentes; mientras que las ciencias del comportamiento tratan casi exclusivamente de explicar las *motivaciones* y las *relaciones* entre agentes (p. 188). Así, en el enfoque tradicional, el estudio del derecho se pregunta, por ejemplo, qué decisiones ha tomado la Corte Suprema; y, a partir de ello, trata de predecir qué decisiones debería tomar. Es decir, el derecho se cuestiona sobre el contenido y la naturaleza del precedente judicial, y en torno a cómo este explica el comportamiento futuro de los jueces. En cambio, las ciencias del comportamiento se preguntan, por ejemplo, por qué y cómo los jueces de la Corte Suprema toman las decisiones que toman; es decir, se cuestiona sobre las motivaciones y las relaciones de los jueces al decidir para luego predecir cómo se comportarán en el futuro.

Según el propio Berns, una posibilidad de responder a esta pregunta sobre las relaciones y motivaciones de los jueces es haciendo uso

165

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSBEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

de la *teoría de juegos* (pp. 187-212). Esta teoría propone un modelo matemático para describir y predecir el comportamiento de los agentes que se *relacionan* con otros en ciertos tipos de situaciones sociales —por ejemplo, el comportamiento de los jueces dentro de un tribunal colegiado—, y a partir de este modelo es posible aislar las *motivaciones* del comportamiento individual de los jueces, lo que en conjunto permite formular una teoría *científica* sobre el comportamiento judicial. Vale anticipar: el uso de la teoría de juegos en el derecho como junto con otros modelos matemáticos dirigidos a explicar la conducta de las personas en el contexto de esta disciplina, fue posterior objeto de refinación en el contexto del AED, tal y como veremos más adelante.

Analizada en perspectiva, incluso hoy luce bastante disruptiva la propuesta de Berns —de hace más de sesenta años— sobre la incorporación de las ciencias del comportamiento, y concretamente la teoría de juegos, en el estudio del derecho. Sin embargo, el propio autor concluye con una visión bastante pesimista del futuro avance de este campo de estudio. Adicionalmente, más allá de la alusión explícita a las teorías científicas de la decisión individual, a la teoría de juegos, a la psicología social o a la filosofía política como dimensiones incorporadas en las ciencias del comportamiento, el autor no alcanza a proponer una delimitación del campo de integración entre estas ciencias del comportamiento y el derecho.

Un par de años después, otro par de artículos publicados simultáneamente —aunque también con un impacto modesto— volvieron a cuestionarse sobre la existencia del campo en el que se unen las ciencias del comportamiento y el derecho. Por un lado, en «Behavioral Science and the Law» (Kaplan, 1967) se reitera la falta de interés de los abogados por incorporar en sus estudios ideas de las ciencias del comportamiento, pero a su vez se trata la falta de interés de los científicos del comportamiento por investigar asuntos relevantes para el avance del derecho. En atención a ello, el autor destaca —a manera de propuesta— algunas cuestiones de la práctica del derecho en las que la introducción de las ciencias del comportamiento marcaría un importante avance. Por ejemplo, Kaplan destaca que en algunas jurisdicciones existen normas jurídicas que regulan o suprimen la exposición pública de materiales que se consideran obscenos (considérese el caso de las películas pornográficas) (pp. 66 y ss.). En este caso, los tribunales y abogados suelen defender estas restricciones a partir de las consecuencias que se producen en quienes son expuestos a estos materiales. A su vez, estas consecuencias suelen referirse a cambios en el estado mental de los sujetos expuestos al material sin que sea necesaria una acción manifiesta de su parte. De acuerdo con el autor, puede que este argumento sea consistente con la lógica jurídica tradicional, pero ¿dónde están las evidencias? ¿Puede refutarse el argumento? Al respecto, se sugiere que las ciencias del

comportamiento podrían aportar las pruebas para demostrar o refutar, según sea el caso, el argumento a partir de la síntesis de innumerables casos clínicos y de teorías sobre la conducta y la motivación humanas que demuestren la manera como la exposición a material obsceno estimula o no la conducta humana.

En la misma revista donde apareció el artículo anterior, Grundstein (1967) reitera la irrelevancia que han tenido para el derecho las ideas de las ciencias del comportamiento y luego se pregunta sobre cuál sería la ventaja de que estas se utilizasen en el derecho. Al respecto, el autor destaca que el derecho posee hoy una «autointeligencia inadecuada», pues ha sido incapaz de desarrollar por sí mismo un cuerpo propio de conocimientos que se acerque al que genera cualquier campo de conocimientos basado en la ciencia. Es decir, Grundstein pone el acento en el problema de la ausencia de científicidad del derecho para generar sus propios conocimientos y, por tanto, sugiere que las ciencias del comportamiento podrían resolver este problema. Por ejemplo, en el área normativa del derecho, entre otras, la discusión sobre la «justicia» está dominada por la filosofía y el conocimiento generado a partir de la acción de filosofar. En este contexto, el autor se pregunta si la ciencia del comportamiento podría proporcionar una base de conocimiento más consistente para fundamentar esta área normativa del derecho. La respuesta a esta pregunta es afirmativa. Otro ejemplo: dos disciplinas incorporadas en las ciencias del comportamiento, la economía y la psicología, han desarrollado conocimiento científico sobre lo que se considera normativamente adecuado a partir de pruebas empíricas o basadas en la propia experiencia. Concretamente, la teoría económica de la utilidad individual y la teoría del valor en la psicología y la economía, así como la explicación sobre la formación de las preferencias, pueden proveer el conocimiento científico sobre lo que se considera normativamente adecuado cuando se trata de una elección social. De esta manera, este conocimiento científico puede servir de base para lo que el derecho debería considerar *justo*.

Con todo, a manera de síntesis de esta sección, y sin perjuicio de que los anteriores son los primeros antecedentes en la literatura que aluden explícitamente y reconocen un campo de estudio en el que se unen las ciencias del comportamiento y el derecho, no sobra reiterar que estos fueron esfuerzos descoordinados y, en su momento —y hoy día—, son trabajos que han tenido un impacto relativamente modesto en la propia academia. Además, más allá de señalarse en estos antecedentes algunos caminos y ejemplos en los que el derecho se beneficiaría de una integración con las ciencias del comportamiento, no se logra avanzar en la definición de este campo de estudio. No obstante, este desinterés de la academia por reconocer la existencia del campo de estudio y de

167

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

definirlo fue una situación que cambió a finales de la misma década de los sesenta, tal y como pasaremos a demostrar.

#### IV. LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (1969): EL HITO FUNDACIONAL DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO

A finales de la década de los sesenta ocurre el que consideramos el hito fundacional del campo de estudio determinado por la unión entre las ciencias del comportamiento y el derecho. Esto se da a partir de la publicación de la primera edición del libro de los profesores de derecho Lawrence Friedman y Stewart Macaulay titulado, precisamente, *Law and the Behavioral Sciences* (1977 [1969]). Se considera un hito fundacional, pues esta publicación tiene dos características relevantes que marcan una diferencia con los antecedentes de la discusión señalados en la sección anterior: a) primero, que es un texto que compila en un solo volumen la revisión de poco menos de cien lecturas y artículos académicos, los cuales se ordenan y se agrupan en seis capítulos temáticos<sup>2</sup> que, en conjunto, conforman una especie de *estado del arte* —hasta ese momento— sobre la literatura relativa al campo de las ciencias del comportamiento y derecho. b) Segundo, que esta publicación es la que instala las bases de la discusión posterior sobre la definición y caracterización de este campo de estudio, bases que mantienen su influencia y se proyectarán incluso hasta los debates más actuales, tal y como veremos en la última sección de este artículo.

Sobre la definición del campo, es necesario advertir que en este hito fundacional se destaca una aparente contradicción en la que se reconoce que efectivamente existe un *nuevo* campo de estudio en el que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho, pero al tiempo se reconoce que existen muchas dificultades y problemas para definirlo. Sin perjuicio de ello, nuestra hipótesis sobre este punto es que una lectura detenida del texto de Friedman y Macaulay, y de textos posteriores, sí permite —como lo argumentaremos en la siguiente sección— proponer una primera definición y caracterización del campo de estudio.

Como punto de partida y guía del resto del libro, Friedman y Macaulay (p. 1) intentan definir y delimitar el campo de las ciencias del comportamiento y derecho a través de dos caminos: a) primero, los autores sostienen que este campo puede definirse a partir de describir lo que hacen los científicos sociales interesados en el estudio del derecho;

2 El primer capítulo se refiere a las definiciones y perspectivas del campo; el segundo capítulo ofrece una descripción de cómo funciona el derecho, el sistema legal en la sociedad (*Law-in-Society*); el tercer y cuarto capítulo se refieren a los intercambios que se dan del derecho hacia la sociedad (capítulo tres) y de la sociedad hacia el derecho (capítulo cuatro); el quinto capítulo se refiere al sistema legal entendido como un sistema social; y el sexto capítulo se refiere a algunas cuestiones generales de cultura jurídica comparada.

y, b) segundo, que este campo también puede definirse a partir de los esfuerzos explícitos de académicos por encontrar esta definición, que sin embargo —insisten los autores— son esfuerzos que han provocado bastantes controversias en la propia academia.

Respecto del primer camino para definir el campo, Friedman y Macaulay describen el trabajo previo de varios científicos que desde comienzos del siglo XX ya habían abordado aproximaciones al derecho bastante heterogéneas, entre otras se menciona el análisis empírico y cuantitativo del derecho (especialmente de las decisiones judiciales), el realismo jurídico, el análisis de los problemas legales a partir de la psicología, el realismo conductual, los análisis antropológicos de las costumbres de las sociedades preindustriales sin sistemas jurídicos, la etnografía del derecho, el análisis institucional del derecho y el AED. No obstante, sin dejar de lado estas múltiples aproximaciones, parece que luego de la Segunda Guerra Mundial el campo de estudio de mayor crecimiento y en el que hubo más científicos sociales interesados fue el de la denominada «sociología del derecho». Es decir, pareciera que al momento de la publicación del libro *Law and the Behavioral Sciences* el campo de las ciencias del comportamiento y derecho correspondía y se fundía con la misma sociología jurídica.

Respecto del segundo camino para definir el campo, este es incluso más problemático y con mayores controversias. Al respecto, Friedman y Macaulay (pp. 8 y ss.) hacen un importante esfuerzo de revisión de la literatura con el fin de distinguir cuatro aproximaciones en las que el campo del *Law and the Behavioral Sciences* y la sociología del derecho incluso se tratan como sinónimos. Estas cuatro aproximaciones se denominan: la instrumental, la del derecho natural, la del positivismo jurídico y la aproximación paradigmática. Ahora, más allá del contenido de cada una de estas cuatro aproximaciones y la tendencia señalada de fundir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho con la sociología del derecho, para nuestros efectos lo más importante es destacar la conclusión que los autores derivan de la dificultad para definir el campo de estudio que, como dijimos, será el punto partida y guía del resto del libro:

Al seleccionar y organizar los materiales para este libro, no hemos seguido ninguna de estas definiciones del campo [de las ciencias del comportamiento y derecho] con exclusión de las demás. Uno de nuestros objetivos fue introducir a quienes son nuevos en el estudio social del derecho en los principales tipos de trabajos que podrían encajar dentro de una definición plausible del área y reconocer que la propia definición del campo de estudio es objeto de debate. Cada una de las propuestas [de definición] tienen valor, pero la mayoría de las críticas también tienen cierto sentido. Es posible que el campo termine

169

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

dividiéndose en varias subdisciplinas distintas, correspondientes a diferentes enfoques (pp. 27-28).

A partir de las ideas anteriores y la conclusión recién citada, podrían formularse dos hipótesis que, en cualquier caso, sepultarían o harían inútil definir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. La primera hipótesis es que, si el campo de las ciencias del comportamiento y derecho puede fundirse con la sociología del derecho, entonces eso supondría que uno de los dos campos sería redundante; ergo, no sería necesario definirlo, y lo más probable es que el campo redundante sea el de las ciencias del comportamiento y derecho. La razón de ello es que, a diferencia del agitado debate sobre la definición y caracterización del área de las ciencias del comportamiento y derecho, el mismo debate es mucho más pacífico y decantado cuando se trata de discutir sobre qué es y cuáles son los límites del campo de la sociología del derecho. Si ello es así, ¿qué necesidad hay de desgastarse en un debate sobre la definición de un campo de estudio para luego afirmar que es redundante?

La segunda hipótesis se deriva de la afirmación de Friedman y Macaulay de que ellos no siguen en su libro ninguna definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, con exclusión de otras. De ello se infiere que cualquiera de estas definiciones, aun cuando tenga un contenido que contradiga a otras, seguiría siendo —para efectos del libro— una definición admisible. Esta afirmación no solo pareciera revelar una posición que no dice nada o acomodada para no entrar en el debate, sino que es evidentemente contradictoria, pues si, por ejemplo, la manera como el derecho natural define el campo controvierte la definición del positivismo jurídico, sería un sinsentido afirmar que las dos definiciones son simultáneamente admisibles, tanto para el derecho natural como para el positivismo jurídico. En el mejor de los casos, podría decirse que cuando los *iusnaturalistas* se refieren al campo de las ciencias del comportamiento y derecho están hablando de algo distinto a cuando los *iuspositivistas* se refieren a este mismo término; pero esto es lo contrario a afirmar que cuando cualquier académico se refiere a las ciencias del comportamiento y derecho está hablando de algo sobre lo que el resto de la comunidad académica comprende más o menos lo mismo.

Sin perjuicio de estas dos hipótesis, que —como se dijo— conducirían a sepultar o harían inútil o redundante definir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho, existe una tercera hipótesis que, por el contrario, conduciría a argumentar que este no es solo un campo delimitable, sino independiente y separable de otros campos de estudio —no solo de la sociología del derecho—. Esto es, un campo con una importante literatura y, a la vez, un área de estudio que, aunque en su momento parecería no reconocerse en la academia, en realidad ya

había sido foco de creciente atención por parte de múltiples académicos. Como pasaremos a argumentar, esta hipótesis nos conducirá a sugerir una primera definición y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

## V. UNA PRIMERA PROPUESTA SOBRE LA DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO

Reafirmando el hito fundacional que marca el libro *Law and the Behavioral Sciences*, dijimos que este texto constituye un estado del arte —hasta ese momento— sobre los aportes de autores anteriores a este campo. Sobre el particular, vale destacar que quince años después de su primera edición, el mismo profesor Stewart Macaulay publicó un artículo que retomaba las ideas centrales de su libro para ocuparse nuevamente del debate sobre la definición del campo. Este artículo se titula precisamente «Law and the behavioral sciences: Is there any there there?» (Macaulay, 2020 [1984]) o «Derecho y las ciencias del comportamiento: ¿hay algo ahí?», en castellano. De ese trabajo se infieren varias ideas que, en conjunto, permiten argumentar que el de las ciencias del comportamiento y derecho es un campo de estudio definible, delimitable y separable de otros campos de estudio, incluyendo la sociología del derecho. Consideramos cinco argumentos que respaldan esta hipótesis.

En primer lugar, Macaulay sostiene que, cuando estaba diseñando el libro (junto con el profesor Friedman), el campo de las ciencias del comportamiento y derecho estaba casi inexplorado, con —hasta ese momento— unos pocos artículos clásicos conocidos y citados por la academia (p. 462). Al respecto, creemos que esta afirmación es bastante modesta y no da cuenta del verdadero avance del campo, incluso hasta hace sesenta años. En efecto, no podemos más que hacer conjeturas sobre cuáles son los artículos que Macaulay llama «unos pocos clásicos conocidos»; sin embargo, al revisar el libro *Law and the Behavioral Sciences* (1977 [1969]), este no solo se trata de la revisión, compilación y ordenación temática de los casi cien artículos antes mencionados, sino que en la bibliografía seleccionada por los autores se referencian más de setecientos artículos y lecturas *adicionales* referentes al campo de estudio. En este orden, resulta risible afirmar que un campo que ya contaba con ese volumen de literatura hace sesenta años podría considerarse como un campo «casi que inexplorado» y «con pocos artículos conocidos». Por el contrario, se corrobora que incluso para finales de la década de los sesenta, el campo de las ciencias del comportamiento y derecho ya estaba bastante activo y contaba con un centenar de autores haciendo aportes a la literatura y participando en los debates del campo.

171

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

En segundo lugar, Macaulay (2020 [1984]) también señala que, concomitante o tras la publicación de *Law and the Behavioral Sciences*, ocurrió una especie de explosión o diluvio de hechos, ideas y trabajos académicos relacionados con las ciencias sociales y del comportamiento, y el derecho que corroboran la existencia e importancia del campo (pp. 461-462). Entre los hechos más destacables se cuenta que aparecen en la misma época varias revistas científicas que abordan explícitamente temas sobre este campo, entre ellas *Law & Society Review*, en la cual se reclama desde sus inicios la necesidad de más investigaciones que impliquen una conexión más estrecha entre el derecho y las ciencias del comportamiento (Yegge, 1968); *Law & Policy*, que inició en 1979; el *Journal of Legal Studies*, fundado por Richard Posner en 1972 con el objetivo inicial de aplicar métodos científicos al estudio del derecho, especialmente métodos matemáticos y estadísticos ya incorporados en las ciencias sociales (Posner, 1972); y la revista *Law and Human Behavior* de la Sociedad Americana de Psicología y Derecho (AP-LS), concentrada en artículos empíricos y metanálisis sobre la intersección entre el comportamiento humano y el derecho, especialmente aquellos relacionados con la justicia penal.

En tercer lugar, Macaulay destaca algunas ideas no exhaustivas que implícitamente reivindicar los reclamos de Llewellyn y del célebre Oliver Holmes —mencionados en la introducción de este artículo— sobre el enfoque del realismo jurídico y que, al tiempo, reiteran la despreocupación del derecho y de la educación jurídica por conectar el propio derecho con la *realidad social* en la cual se inserta. Esto porque aun cuando en las facultades de derecho se *enseña derecho*, no se aprende cómo funciona y cómo se ejerce el derecho en la realidad. Esto último es conocimiento que suelen construir los abogados y jueces intuitivamente y a través de su propia experiencia; es decir, sin un método científico. Como lo ha señalado el realismo jurídico, *una cosa es el derecho en los libros y otra cosa es el derecho en la realidad* (Stephenson, 2009, p. 198). En lugar de la intuición y la experiencia individual, esta brecha puede ser resuelta integrando el derecho con las ciencias del comportamiento, lo cual también exige que los científicos del comportamiento salgan de su nicho y aprendan de derecho y de cómo funciona.

Sobre esta desconexión del derecho con la realidad social en la cual se inserta, vemos, por ejemplo, que las escuelas de derecho y de juristas suelen despreocuparse del hecho de que el *derecho no es gratis*. Esto es, en la realidad pocas personas pueden permitirse invertir recursos en contratar abogados y pagar los costos para defender sus derechos; y, al tiempo, algunos de los que sí cuentan con esos recursos suelen invertirlos en sacar de la competencia a sus oponentes más pobres, lo cual es a su vez una amenaza que disuade a muchos de ingresar en el juego (Galanter, 1974). Por otro lado, también suele omitirse que la aplicación

y el funcionamiento del derecho en el día a día no depende tanto de la labor de los jueces, sino de la discrecionalidad de lo que Lipsky (2010 [1980]) llamó «los burócratas de la calle» (*street-level bureaucracy*), como los agentes de policía, los guardias de las prisiones, los secretarios de los juzgados o los que administran la atención del público en agencias gubernamentales. Estos burócratas son difíciles de supervisar porque en su día a día son los que controlan y reportan en informes la *versión oficial de los hechos*. Además, por las restricciones de recursos (económicos), es imposible que estos burócratas cumplan con todo lo que las normas o el derecho les obliga; y, por tanto, tienen la discrecionalidad de elegir qué funciones llevarán a cabo, a qué personas les aplican las normas y de qué forma. Como resultado, estos burócratas pueden elegir qué objetivos perseguir o justificar sus decisiones según lo que consideren que mejor sirve al interés público o a su propio beneficio.

En cuarto lugar, los abogados y los estudiantes de derecho suelen sobrestimar el rol del propio derecho como sistema para dar orden a la conducta, a las interacciones interpersonales y para resolver conflictos sociales. Sostener que vivimos en un mundo de *pluralismo legal*, dice Macaulay (2020 [1984], p. 463), significa aceptar que, en la realidad, la jurisdicción en que se resuelven muchos conflictos sociales suele ser una especie de *gobiernos privados* que desplazan al derecho formal; por ejemplo, la mafia, los grupos religiosos, las organizaciones de vecinos, las familias, etc. Estos *gobiernos privados* compiten entre sí y con el derecho en el sentido de que poseen sus propios estatutos, constituciones y sistemas de interpretación de reglas, y a veces utilizan sanciones informales para reglar la conducta y dar orden a las interacciones, que en ocasiones suelen ser más disuasivas que las sanciones *legales*. Entre las sanciones de estos *gobiernos privados* están los ajustes de cuentas —en las organizaciones criminales— o también el boicot, la estigmatización y el ostracismo social. En el contexto de este *pluralismo legal*, las ciencias del comportamiento bien podrían tender un puente entre el derecho y estos *gobiernos privados*.

En quinto lugar, y como consecuencia de los puntos anteriores, no es que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho sea redundante respecto de cualquier aproximación científica al derecho, incluyendo la sociología del derecho, pues ello implica una visión muy estrecha del estudio científico del derecho. Tampoco es que haya un argumento acomodado o una contradicción cuando se dice que, dependiendo de la aproximación científica que se haga, entonces cambia la definición de este campo. Por el contrario, el campo posee tanto contenido que es imposible que un solo grupo de académicos o científicos lo dominen completamente. Dice Macaulay (pp. 488-489) que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho consiste en comprender el derecho con *un lente de gran angular*. Esto significa que el contenido

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

de este campo supone saber de derecho, entender sus formalismos y su lógica interna, y conocer las normas; pero también es saber de sociología, entender a Habermas, saber de AED y de herramientas de análisis empírico y cuantitativo, tener conocimientos en psicología, en filosofía y economía política, en etnografía, etc. Pero, además de ello —y quizá lo más importante—, es que este campo supone insistir en el diálogo y en aprender de y con los demás. Esto es, que juristas, abogados y estudiantes de las escuelas de derecho aprendan de quienes se dedican a cada una de las disciplinas científicas mencionadas, pero también que estos últimos aprendan de lo que hacen los abogados y de lo que ocurre en las escuelas de derecho.

Vale decir, que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho requiera un diálogo y colaboración entre juristas y otras disciplinas (*vgl.*, economistas, psicólogos, sociólogos, etc.) no es solo para definirlo, sino también para llamar la atención y refrendar las mencionadas dificultades destacadas por Fahr y Ojemann (1962) sobre el menosprecio de las ciencias y los científicos sociales en la formación jurídica. De hecho, no es menos cierto que entre quienes se dedican a diferentes ciencias del comportamiento persisten similares dificultades de diálogo y colaboración. A manera de referencia, el célebre economista del comportamiento y nobel de economía Richard Thaler menciona en su libro *Misbehaving* (2016) no solo el recelo de juristas como Richard Posner ante aceptar el uso de la economía del comportamiento en el estudio del derecho, sino también la resistencia al diálogo entre economistas ortodoxos y economistas del comportamiento

Con todo, y a manera de síntesis, una primera propuesta para la definición de las ciencias del comportamiento y derecho parte de afirmar que este campo es bastante más que reconocer que existe una interacción entre el comportamiento humano y el sistema jurídico. En suma, este campo puede definirse a partir de estas tres características:

- 1 *Conocimiento y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad*: la amplia literatura ya existente en este campo refrenda y sugiere la necesidad de utilizar conocimientos y métodos científicos con el fin de mejorar la comprensión y la solución de los problemas a los que se dirige el derecho, y de cómo este se relaciona con la realidad social y la conducta humana. En ese sentido, se trata de insistir en la idea de que en las escuelas de derecho no solo se «aprenda de derecho», abstrayéndose de la realidad social y comportamental en que este se inserta.
- 2 *Pluralidad de ciencias del comportamiento*: las ciencias del comportamiento (en plural) que se integran a esta mejor comprensión del derecho y de las soluciones que este provee a los problemas de la realidad social y comportamental en la que

se inserta superan y, por tanto, se distinguen de ciencias como la sociología del derecho, pues además incluyen la psicología, la economía, la ciencia política, la etnografía, la antropología, etc.

- 3 *Colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento*: la variedad o pluralidad de ciencias del comportamiento, y de los métodos que cada una de estas utiliza, supone una visión de *gran angular*. Esto significa que no es posible hablar de expertos individuales en ciencias del comportamiento y derecho, sino que el desarrollo del campo depende de la activa colaboración y el diálogo entre profesionales del derecho y los científicos expertos en cada una las diferentes ciencias del comportamiento.

## VI. LA DEFINICIÓN MÁS CONTEMPORÁNEA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO: LA TENSIÓN ENTRE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *BEHAVIORAL, LAW AND ECONOMICS*

A partir de la anterior caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, conviene insistir en que, concomitante a la publicación del libro *Law and the Behavioral Sciences* a finales de la década de los sesenta, ocurrió una explosión o diluvio de hechos, ideas y artículos académicos que corroboraban el activo debate del campo incluso hace más de cincuenta años. Sin embargo, en el momento de su publicación, sus autores difícilmente pudieron prever que, de esta explosión, las ideas que han tenido mayor protagonismo han sido las que se insertan dentro del enfoque neoclásico o convencional del AED, lo que ha determinado que por tanto, en los últimos cincuenta años, la trayectoria y el debate mismo sobre el contenido y al interior del campo de las ciencias del comportamiento y derecho haya girado mayoritariamente en torno al AED.

Sobre el mayor protagonismo del AED neoclásico, ya dijimos que, en el volumen inaugural del *Journal of Legal Studies*, Richard Posner (1972) destaca que los métodos matemáticos y estadísticos de los que se vale la economía para comprender la conducta humana constituyen el mejor método para el estudio del derecho (pp. 437-438). Esta opinión es corroborada por Murray (2012), quien, a pesar de sus objeciones al AED, señala que uno de los cánones de este enfoque es defender la superioridad científica de los argumentos fundados en la economía como el mejor método para formular hipótesis de análisis respecto del derecho (pp. 635 y ss.). Luego de medio siglo, los hechos parecen corroborar el protagonismo y superioridad del AED respecto de otros enfoques en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Por ejemplo, con corte de principios de la década anterior, el artículo

175

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

académico más citado en la literatura jurídica es «The problem of social cost» (2013 [1960]) o, en castellano, «El problema del costo social», del nobel de economía Ronald Coase (Shapiro & Pearce, 2012); y el autor más citado en la misma literatura jurídica es el propio Richard Posner (Shapiro, 2021).

No obstante, no es menos cierto que este protagonismo y superioridad del enfoque ortodoxo del AED ha sido debatido desde otras perspectivas. Por un lado, desde el realismo jurídico, siempre se ha reconocido la interdisciplinariedad y utilidad en el derecho de incorporar ciencias como la sociología, la antropología y la ciencia política; pero, a la vez, el mismo realismo jurídico ha rechazado la utilidad de la economía y, sobre todo, se objeta el uso de la teoría económica neoclásica en el análisis del derecho, especialmente por la excesiva abstracción de esa teoría y su pretensión de separarse de cualquier agenda política (Hovenkamp, 2000, pp. 854 y ss.).

Por otro lado, también existen objeciones no menos importantes respecto del AED neoclásico al interior de la propia economía; es decir, desde otras perspectivas o escuelas del AED como la nueva economía institucional, la economía austriaca, el enfoque del *Public Choice* (Monroy, 2023, pp. 241-243) y, por supuesto, desde la contrapropuesta iniciada por Guido Calabresi (2023) en lo que se conoce como *Law and Economics* como alternativa al *Economic Analysis of Law*. Como pasamos a demostrar, este último tipo de objeciones permitirán proponer una definición y caracterización más contemporánea del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Esta es una definición que refrenda, pero también actualiza la definición del campo propuesta al final de la sección anterior.

Sobre este particular, si bien desde el dominio de las diferentes escuelas de pensamiento económico se ha criticado el enfoque económico neoclásico y, por tanto, a la versión dominante del AED, quizá la crítica más incisiva es la que proviene de la psicología cognitiva. En breve, el punto central del debate es que en la base que fundamenta la corriente dominante del AED se encuentra, con una posición axiomática, la conocida «teoría de la acción racional», que en síntesis indica que cuando una persona toma cualquier decisión —dentro o fuera del mercado—, esta puede ser modelada incluso matemáticamente, asumiendo que esta decisión maximiza una función de utilidad, que le antecede un análisis costo-beneficio, que se dirige a satisfacer el interés propio, y que responde a un conjunto de preferencias dadas y estables en el tiempo (Monroy, 2023, p. 275). Sin embargo, desde la década de los setenta, y a partir de los trabajos sobre heurísticas y sesgos de los psicólogos Kahneman y Tversky (1974), la teoría de la acción racional y su posición axiomática dentro de la economía ha sido objeto de una feroz crítica, lo cual ha dado origen

al enfoque de la *economía del comportamiento* (o *behavioral economics*). Cuando esta crítica se concreta en la racionalidad de la toma de decisión que subyace al AED convencional, al enfoque se le denomina «análisis económico comportamental del derecho» (o *behavioral, law and economics*).

Sobre este particular vale decir que, sin los elementos, los modelos sobre sesgos y heurísticas propuestos inicialmente por el *behavioral economics*, no hubiera sido posible que se desarrollara posteriormente el *behavioral, law and economics*, y sus consecuentes objeciones, primero respecto de la teoría, y luego sobre varias de las aplicaciones del AED convencional. En ese orden, sobre las objeciones a la teoría, Richard Thaler (1980) publicó a principios de la década de los ochenta un artículo en el que cuestiona la teoría de la acción racional convencional, y para ello argumenta que los experimentos sobre intercambios de bienes revelan un sesgo llamado «efecto dotación» o *endowment effect*. Una década después se publicó un artículo que se vale de los experimentos sobre el *efecto dotación* para demostrar la falibilidad y las inconsistencias del influyente teorema de Coase (Kahneman *et al.*, 1990), con lo cual el *behavioral economics* cuestionó una de las piezas nucleares de la teoría que subyace al AED convencional. Por otro lado, la crítica del *behavioral economics* al teorema de Coase a partir del efecto dotación desató una importante literatura que introdujo varias objeciones y ajustes respecto de diversas aplicaciones del AED, como las desarrolladas por Hovenkamp (1991), Korobkin (2003), o Jones y Brosnan (2008).

Ahora bien, aunque puede afirmarse que el *behavioral, law and economics* se origina en los artículos referenciados sobre el efecto dotación y el teorema de Coase en la década de los ochenta, el reconocimiento explícito de este campo ocurre con la publicación del influyente artículo de Jolls *et al.* (1998), titulado «A Behavioral Approach to Law and Economics» (en castellano, «Una aproximación comportamental al análisis económico del derecho»), y se refrenda con el posterior y exitoso libro *Nudge* (Thaler & Sunstein, 2021 [2008]). Actualmente, la ya abultada y creciente literatura académica sobre el *behavioral, law and economics* toma como referencia directa estos textos. No obstante, quizá por la misma influencia y el éxito de estos trabajos, tiende a afirmarse que este enfoque ocupa todo el campo de debate y —como se mencionó al inicio de este artículo— tiende a confundirse este enfoque con el mismo campo actual de las ciencias del comportamiento y derecho; es decir, es como si al objetarse el AED, concretamente desde la teoría de la acción racional, el resultado fuera que el *behavioral, law and economics* y las ciencias del comportamiento y derecho se hubiesen convertido en lo mismo. Sin embargo, aunque sin duda existen traslapes entre estas dos perspectivas, también persisten diferencias que permiten defender que se trata de enfoques de un contenido y naturaleza diferente.

177

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

Al respecto, vale mencionar que a comienzos del siglo XXI varios académicos se reunieron en la Universidad de Northwestern en un simposio llamado «Realismo jurídico empírico: una nueva evaluación científico-social del derecho y el comportamiento humano», lo cual dio lugar a una publicación con varios artículos académicos que tenían como objetivo volver a discutir los fundamentos conceptuales de las ciencias sociales y del comportamiento, además de su integración con el derecho, así como discutir cómo diferentes fenómenos psicológicos han influido en el desarrollo de algunas doctrinas jurídicas. Entre los académicos que participaron en este simposio no solo había juristas, sino también expertos en psicología, sociología, ciencias cognitivas e investigación empírica, que tenían en común utilizar el enfoque de la economía del comportamiento con el fin de objetar y matizar la noción dominante de racionalidad en la que se basa el AED (Brest, 2002). En este orden, nótese que en este simposio se reconoce que, para volver a discutir sobre los fundamentos del campo que integra las ciencias del comportamiento y el derecho, se requiere la participación y el diálogo entre juristas y científicos de diferentes especialidades, lo que ratifica uno de los elementos que —como dijimos en la sección anterior— ya definía este campo. No obstante, la diferencia más evidente es que una tesis o idea común que une a estos científicos es centrarse en la economía del comportamiento y su oposición al AED convencional como la *nueva* base para (re)definir los fundamentos del campo.

A manera de ejemplo sobre este punto, el profesor Mark Kelman (2002) presentó en este simposio un panorama conceptual del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, para lo cual contrasta los hallazgos de las ciencias del comportamiento con la tradición dominante de la racionalidad del AED en la enseñanza y el ejercicio del derecho. En este sentido, y para efectos de establecer este panorama conceptual, el artículo de Kelman presenta la siguiente estructura de ideas: a) con el fin de ratificar la importancia y actualidad del campo, se señala que muchos de los hallazgos de los científicos del comportamiento se relacionan directamente con cuestiones que enfrentan juristas y quienes crean normas jurídicas; y b) que el enfoque económico convencional deriva descripciones y predicciones bastante detalladas de la proposición básica y generalizada de que los individuos son, esencialmente, racionales y maximizadores de la utilidad esperada. Sin embargo, c) esta proposición es un supuesto irrealista sobre la conducta humana, lo cual puede conducir a predicciones y recomendaciones imprecisas en áreas particulares del derecho; y los hallazgos de los científicos del comportamiento van dirigidos a evidenciar estas imprecisiones. d) Pero, a diferencia de lo que ocurre con la teoría de la acción racional, el enfoque de las ciencias del comportamiento tiene la capacidad de explicar cuestiones particulares, aunque sus hallazgos tienen dificultades

para conectarse entre sí e integrarse en torno a una teoría unificada sobre la toma de decisión. De ahí que, e) contrariamente a proponer una teoría científica general, estos hallazgos se presentan a través de un catálogo de teorías particulares que corresponde a los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas sintetizados por el *behavioral economics*; por ejemplo, el efecto dotación, la devaluación reactiva, el sesgo de retrospectiva, la heurística de disponibilidad y centenares de anomalías cognitivas más.

Así las cosas, la aproximación de Kelman *aparentemente* corrobora que la redefinición de los fundamentos del campo de las ciencias del comportamiento y derecho corresponde o coincide con la definición actual del *behavioral, law and economics*, y su especial insistencia en oponerse a la versión dominante de racionalidad individual del AED, sustituyéndola con el catálogo de teorías particulares que comprenden los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas. Sin embargo, resaltamos que esto es una *apariencia*, pues una lectura más detenida de la literatura sobre *behavioral, law and economics* permite diferenciarlo del campo de las ciencias del comportamiento y derecho; pero, a su vez, complementar y actualizar su definición y contenido.

En efecto, también a comienzos de siglo XXI, los profesores Russell Korobkin y Thomas Ulen (2000) publicaron un extenso artículo con un título igual al del texto fundacional de los años setenta de los profesores Friedman y Macaulay, es decir, «Law and Behavioral Science», aunque le incluyeron como subtítulo: «Eliminando el supuesto de racionalidad del análisis económico del derecho». Aunque este subtítulo describe parte del objetivo del artículo, esto es algo secundario. En realidad, el objetivo principal es evidenciar los avances del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, especialmente en la década de los noventa, y a partir de ello evaluar y discutir una definición del campo que —como pasamos a demostrar— posee inadvertidamente una identidad, pero también representa una actualización significativa respecto de la manera como se definía y caracterizaba el mismo campo a partir del mencionado hito fundacional de los años sesenta de los profesores Friedman y Macaulay.

La estructura del artículo, como el de Kelman (2002), sigue el esquema típico de un artículo dirigido a explicar qué es *behavioral, law and economics*; esto es, describe la teoría de la elección racional que subyace al AED convencional y, al tiempo, evidencia las deficiencias de dicha teoría y, por tanto, del AED. Sobre lo primero, los autores ratifican la revolución y el enorme éxito que ha tenido el AED, y también destacan la elegancia científica de la teoría de la acción racional y su pretensión de aplicación universal al comportamiento individual. No obstante, respecto de las deficiencias del enfoque, se afirma que como consecuencia de su propio éxito, el AED se ha ido degradando

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

porque ha pasado de ser una especie de análisis jurídico que incorporaba herramientas económicas a convertirse en una subdisciplina de la economía que utiliza el derecho como un objetivo más; y, además, porque la elegancia y sofisticación científica que subyace al AED y el uso de las matemáticas ha tendido a convertirse en un objetivo en sí mismo, omitiendo —paradójicamente— la lógica interna del derecho y la realidad de la conducta humana. En otras palabras, es como si con el avance del AED, con la creciente elegancia de su teoría y su pretensión de universalidad, este se hubiera degradado a un enfoque más preocupado por demostrar su propia sofisticación científica que por serle útil al derecho, o por explicar adecuadamente el comportamiento humano e integrarse al estudio y la lógica interna del derecho.

Como puede constatar, Korobkin y Ulen (2000) ponen sobre la mesa tres objeciones que —inadvertidamente— retoman debates anteriores sobre la integración entre las ciencias del comportamiento y el derecho: en primer lugar, tal como lo señalamos en la primera sección de este escrito, si bien no se cuestiona que el derecho se beneficia —y sí se ha beneficiado— de los argumentos y justificaciones basadas en el conocimiento científico, también es cierto que ni las ciencias en general ni las ciencias del comportamiento en específico pueden obviar que no es posible que estas suplementen o superen todas las justificaciones dadas desde la lógica interna del derecho. En segundo lugar, que el uso de los métodos matemáticos para modelar la conducta humana de los que se valen la economía y el AED convencional, pese a su elegancia y sofisticación, ni son objetivo en sí mismo ni son una cualidad que ubica al AED en una posición superior respecto de otras ciencias del comportamiento; y, por tanto, contrario a lo defendido por Richard Posner cincuenta años atrás, resulta cuestionable afirmar que estos métodos sean los mejores para integrarse al estudio del derecho. En tercer lugar, Korobkin y Ulen retoman inadvertidamente la idea de la *pluralidad de ciencias del comportamiento* que se integran al derecho que mencionamos en la sección anterior (pp. 1072-1073).

Sobre esta última objeción, vale apuntar que una crítica común a la economía del comportamiento es que esta ha sido incapaz y está lejos de proveer una teoría coherente, general y completa sobre la conducta humana que pueda sustituir a la teoría de la acción racional (Ulen, 2014, pp. 28 y ss.). Esta afirmación es cierta, pero no por eso es una crítica consistente. Así, es cierto que sería conveniente y bastante útil contar con una única teoría general sobre el comportamiento que fuese universalmente aplicable a la conducta de las personas en el contexto del derecho —como lo pretende la teoría de la acción racional—, pero esta pretensión de universalidad quizá es importante para algunos economistas, aunque no es algo que le importe ni a los juristas ni a los responsables de crear normas jurídicas. Más aún, esta pretensión

de universalidad es incompatible con la complejidad de la conducta humana y con la sofisticación y la realidad del derecho mismo, por lo que no tiene sentido práctico ni científico insistir en ella.

Sobre este particular, la mayoría de las normas jurídicas están dirigidas a grupos de personas y sectores de la población particulares que desempeñan roles específicos diferentes y que operan en contextos también distintos; por tanto, la previsión de la respuesta de cada uno de estos grupos es algo independiente de la previsión de las respuestas de otros grupos, sea que estas respuestas sean iguales o no. En otras palabras, no hay razón para que la ciencia del comportamiento que predice las respuestas más probables de uno de esos grupos sea la misma ciencia que mejor funcione para predecir las respuestas de otro grupo. Por ejemplo, las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos afectan el comportamiento de —cuando menos— dos grupos diferentes de personas: los consumidores y los fabricantes de productos. Quizá la teoría o ciencia del comportamiento que mejor predice las respuestas de los consumidores a estas normas no pueda predecir las respuestas de los fabricantes; por ello, cuando menos es necesario utilizar dos teorías o ciencias del comportamiento para predecir las respuestas de cada uno de estos grupos. En este caso, es probable que la economía neoclásica y la teoría de la acción racional convencional predigan con bastante precisión la respuesta de los fabricantes a estas normas, pero en el mismo caso es probable que los consumidores adopten estrategias de decisión basadas en heurísticas de las que trata el *behavioral economics* y, por lo mismo, que esta teoría prediga mejor la respuesta de estos consumidores a las mismas normas. Explicado así, nótese que en lugar de una contradicción necesaria se corrobora la posibilidad de encontrar puentes o espacios de complementación entre el AED neoclásico y el *behavioral, law and economics* (García-Tejeda, 2023).

Esto corrobora el argumento de Korobkin y Ulen (2000) cuando sugieren renunciar a la pretensión de universalidad de una única *ciencia del comportamiento* (en singular) que se integre al derecho y, en lugar de ello, proponen valerse de una colección de miniteorías específicas o *ciencias del comportamiento* (en plural) para cada uno de los diferentes grupos de personas y que, además, resulten útiles en el análisis de diferentes problemas jurídicos. Nótese que esta idea vuelve a descartar el protagonismo y superioridad de la teoría de la acción racional, pero no implica renunciar a su uso ni objeta que esta ciencia del comportamiento se integre con el derecho y, por lo mismo, no implica desconocer el trabajo de los economistas ni los avances que efectivamente ha representado el AED. Mas bien, esta idea refrenta la visión *de gran angular*, la idea de la *pluralidad* de ciencias del comportamiento que —como señalamos en la sección anterior— es parte de las características que definen el campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*

Con todo, a manera de síntesis final, y teniendo en mente la propuesta de la definición y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho presentada en la sección anterior a partir del hito fundacional *Law and the Behavioral Sciences* de la década de los sesenta, retomamos en el mismo orden las tres características ya expuestas con el fin de evidenciar de qué manera el debate de los últimos cincuenta años protagonizado por la tensión entre el AED convencional y el *behavioral, law and economics* permite refrendar, pero también actualizar algunos elementos de esa definición.

1. *Conocimiento y métodos científico aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad*: el avance del AED supuso una ruptura con la larga tradición de vinculación entre el realismo jurídico y el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. El éxito de este enfoque en los últimos cincuenta años se tradujo en una enorme literatura que corrobora la utilidad de usar los conocimientos y métodos científicos con el fin de mejorar la comprensión y la solución de problemas jurídicos. El AED ha ocupado la mayor parte del debate en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho, pero uno de sus problemas es que, en su esfuerzo por incrementar el grado de abstracción y sofisticación de sus teorías, fue perdiendo la noción de cómo realmente se comportan las personas y, por tanto, de cómo interactúan estas con las normas jurídicas. En reacción a ello, los hallazgos de la economía del comportamiento, trasladados al estudio del derecho a través del *behavioral, law and economics*, pretenden corregir los problemas del AED y recomponer dicha ruptura con el realismo jurídico. Este enfoque refrenda la idea de integrar el conocimiento empírico y los métodos científicos de la psicología cognitiva con el fin de comprender con mayor realismo el comportamiento de las personas y cómo interactúan con el derecho.
2. *Pluralidad de ciencias del comportamiento*: a diferencia de la economía neoclásica y, en consecuencia, del AED, el *behavioral, law and economics* no cuenta —al menos, no todavía— con una teoría científica singular que pretenda ser universalmente aplicable para predecir el comportamiento humano. En lugar de ello, este enfoque predice la conducta individual, incluyendo la respuesta a los cambios en las normas, a partir de la síntesis de un catálogo de teorías particulares —o miniteorías— que corresponde a los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas. Sin embargo, la ausencia de una teoría científica singular y universalmente aplicable a la conducta no puede tratarse como un defecto científico de la economía del comportamiento, ni tampoco descartar la utilidad de la teoría de la acción racional que subyace al AED. Por el contrario, ello profundiza la idea

de *pluralidad* de teorías científicas del comportamiento que se integran dentro del campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

3. *Colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento*: la mayor pluralidad de ciencias del comportamiento, que ratifica y profundiza el enfoque del *behavioral, law and economics*, confirma que es imposible hablar de expertos individuales en ciencias del comportamiento y derecho. Hace cincuenta años, los expertos en AED poseían un alto grado de consenso en torno a señalar la teoría de la acción racional como la mejor para predecir la conducta en el contexto del derecho, pero la economía del comportamiento ha minado ese consenso, lo cual no significa eliminar el uso de la teoría de la acción racional, ni tampoco prescindir de la economía más ortodoxa del panorama de las ciencias del comportamiento y el derecho, sino profundizar esa visión de *gran angular* sugerida por el profesor Stewart Macaulay hace cuarenta años; esto es, una colaboración y el diálogo no solo entre economistas y psicólogos, sino entre ellos, los expertos en las demás ciencias del comportamiento y, por supuesto, con profesionales del derecho.

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

## VI. CONCLUSIONES

Para efectos de las conclusiones de este artículo, presentamos las que consideramos las cuatro principales aristas o momentos de la discusión sobre el reconocimiento y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho: a) reconocer los beneficios, pero también los problemas que implica integrar las ciencias en general con el derecho; b) la manera como esta discusión se presenta cuando se concretiza en el caso de la integración entre ciencias del comportamiento y derecho; c) la definición, caracterización y evolución del campo; y d) una reflexión final sobre el avance más actual y el futuro del mismo campo.

### ¿Integración entre ciencias y derecho? El problema de la búsqueda de la verdad

Por más confianza que pueda depositarse en las ciencias y el razonamiento científico, no es posible que los argumentos científicos reemplacen todos los argumentos y justificaciones en el derecho basadas en su propia tradición y la lógica interna. Por supuesto, este debate sobre la integración entre ciencias y derecho no es nuevo, pues se está discutiendo cuando menos desde hace más de un siglo en la literatura.

Sobre este debate, el punto central es que de acuerdo con el realismo científico, el objetivo de cualquier ciencia es el conocimiento o descubrimiento de la verdad, pero la manera como ocurre el progreso

científico y el cumplimiento de dicho objetivo poseen una naturaleza distinta al proceso de la búsqueda de una verdad conforme la lógica interna del derecho. En efecto, el progreso de la ciencia no es un proceso lineal y preclusivo en el sentido de que no existen límites para que, una vez demostrada una verdad, puedan surgir nuevos hechos o nuevas teorías que exijan devolverse para reiniciar el proceso de investigación y corroborar o refutar alguna verdad científica. En cambio, en el derecho, la búsqueda de la verdad suele depender del cumplimiento de procesos bastante reglados que, por ejemplo, imponen límites para devolverse incluso cuando surgen nuevos hechos o teorías que refutarían una verdad.

Además, existe la creencia de que la evolución del derecho, las normas, las regulaciones suele ir más lento que el progreso científico, pero la realidad demuestra que es más común lo contrario. La búsqueda de un consenso científico sobre la certidumbre de una situación o de una verdad científica es un proceso que a veces puede tomar décadas y, en muchos de estos casos, el derecho no puede esperar a que el progreso científico resuelva todas las incertidumbres científicas para entonces actuar.

### Sobre la integración entre ciencias del comportamiento y derecho

Los problemas de integrar las ciencias (en general) y el derecho, por supuesto, se extienden al campo específico de integración entre ciencias del comportamiento y derecho, pero en este caso específico el debate posee sus propios matices. En efecto, incluso cuando empezó a surgir la literatura sobre ciencias del comportamiento y derecho a principios de la década de los sesenta, entre juristas y en la educación jurídica existía una visión de menosprecio sobre el uso de métodos de las ciencias del comportamiento en el ejercicio del derecho y en la formación jurídica. Al respecto, quizá la principal razón para rechazar la integración con las ciencias del comportamiento es la insistencia en la idea de que el derecho es portador de una serie de tradiciones provenientes incluso de la antigüedad que llevan a que este se mantenga como una disciplina independiente y bastante reticente a la innovación de sus propios métodos de estudio.

Sin embargo, esta ambivalencia de integrar las ciencias del comportamiento y el derecho dio un giro a finales de la década de los sesenta con la publicación del que consideramos el hito fundacional del campo: el libro titulado, precisamente, *Law and the Behavioral Sciences* (Friedman & Macaulay, 1977 [1969]). Al respecto, una idea explícita del libro y que guía su lectura es que, según sus propios autores, existen dificultades para definir el campo. Pero en este artículo argumentamos que, de una lectura detenida del mismo texto, es posible proponer una

primera definición y caracterización del campo de estudio, lo cual ratifica el hito fundacional que representa el texto de Friedman y Macaulay.

185

### Definición inicial, caracterización y la evolución del campo de las ciencias del comportamiento y derecho en los últimos cincuenta años

Como hito fundacional, el libro *Law and the Behavioral Sciences* ilustra el estado del arte en la literatura sobre el campo. En este orden, a partir de este texto junto con algunos artículos posteriores, propusimos una primera definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho en torno a tres características, a saber: a) conocimientos y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad, b) pluralidad de ciencias del comportamiento que se integran a derecho, y c) necesidad de colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento.

No obstante, de manera casi inmediata a la publicación de *Law and the Behavioral Sciences*, ocurre una especie de explosión de hechos e ideas en torno al campo, dentro los cuales, durante los últimos cincuenta años, el mayor protagonismo lo han tenido las ideas que se insertan dentro del enfoque neoclásico o convencional del AED, un enfoque que, sin embargo, supuso una ruptura con el realismo jurídico con el que se identificaba el campo.

Por supuesto, el protagonismo del AED ha sido objetado por diversas perspectivas incluso dentro de la propia economía, pero quizá las objeciones más incisivas se han presentado desde la economía del comportamiento concretizada en la perspectiva del *behavioral, law and economics*. Como argumentamos en este artículo, este agitado debate entre el AED y la economía del comportamiento ha tenido un impacto transformador en la definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, lo que nos permitió proponer una definición más contemporánea del campo que refrenda, pero también actualizar algunos elementos de esa definición del campo.

En primer lugar, sobre los conocimientos y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad, el *behavioral, law and economics* busca recomponer la ruptura con el realismo jurídico que supuso el AED y en su lugar propone integrar hallazgos de la psicología cognitiva para ofrecer así una visión más realista de la conducta humana y su interacción con las normas. En segundo lugar, el *behavioral, law and economics*, a diferencia del AED, no sigue una teoría universalmente aplicable al comportamiento humano, sino que propone una variedad de teorías particulares basadas en sesgos, heurísticas y anomalías cognitivas para predecir la conducta individual y la respuesta a

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
*BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS*  
BEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICS

cambios en las normas. Pero esto, en lugar de ser un defecto, resalta la pluralidad de teorías científicas del comportamiento que se integran en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Finalmente, y como consecuencia de esta pluralidad, el *behavioral, law and economics* profundiza la necesidad de colaboración y de mantener el diálogo entre juristas, economistas, psicólogos y los demás expertos en ciencias del comportamiento.

### Una reflexión final sobre los antecedentes y el futuro del campo

Creemos que la manera como se ha desenvuelto la discusión de los últimos cincuenta años respecto del campo de las ciencias del comportamiento, evidencia y permite hacer algunas conjeturas sobre la expansión y el crecimiento futuro del campo. En efecto, hace cincuenta años Friedman y Stewart ya hablaban de la *economía* como una ciencia del comportamiento integrada al derecho, pero difícilmente pudieron prever la explosiva expansión que tuvo el AED en las décadas posteriores. Hace cinco décadas ya se hablaba de la psicología como ciencia del comportamiento integrada al derecho, pero era impredecible el posterior desarrollo del *behavioral economics* y su contundente crítica a la economía ortodoxa.

En este mismo sentido, hace cincuenta años las neurociencias eran parte de la ciencia ficción; hoy, en cambio, esto no solo no es ficción, sino que esta nueva ciencia del comportamiento cuenta ya con un importante reconocimiento y hay literatura que efectivamente se ha ido integrando al estudio del derecho. Lo mismo podrá decirse de los más recientes avances en materia de inteligencia artificial y su creciente integración al derecho.

Esto último ratifica no solo la importancia, sino la constante expansión del campo, y también corrobora la evolución —incluso la mayor precisión— de los métodos y conocimientos científicos que van integrándose progresivamente al estudio del derecho. Sin embargo, por más progreso científico que ocurra, ello no excluye —ni va a excluir en el futuro— que se mantenga abierto el debate y el escepticismo de que las ciencias (en general) puedan reemplazar los argumentos y el razonamiento jurídico derivado de su propia tradición y lógica interna.

### REFERENCIAS

Allen, A. (1978). *Law and*. *Yale Law Journal*, 87(5), 989-1011. <https://doi.org/10.2307/795759>

Berns, W. (1963). *Law and behavioral science*. *Law and Contemporary Problems*, 28(1), 185-212. <https://doi.org/10.2307/1190729>

Brest, P. (2002). Empirical legal realism: A new social scientific assessment of law and human behavior. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1075-1076.

Calabresi, G. (2023). Sobre el derecho y economía y el análisis económico del derecho: El rol del abogado. En G. Calabresi, *El futuro del derecho y economía: Ensayos para la reflexión y la memoria* (pp. 31-76). Palestra.

Coase, R. H. (2013 [1960]). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 56(4), 1-44. <https://doi.org/10.1086/674872>

Fahr, S., & Ojemann, R. (1962). The use of social and behavioral science knowledge. *Iowa Law Review*, 48(1), 59-75.

Friedman, L., & Macaulay, S. (1977). *Law and behavioral sciences* (2.<sup>a</sup> ed.). Bobbs-Merrill.

Galanter, M. (1974). Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, 9(1), 95-160. <https://doi.org/10.2307/3053023>

García-Tejeda, E. (2023). Behavioral law and economics: A complementary approach to the standard perspective. *Revista Derecho del Estado*, (57), 109-134. <https://doi.org/10.18601/01229893.n57.05>

Goldberg, S. (1994). *Culture clash: Law and science in America*. Nueva York University Press.

Grundstein, N. (1967). The relevance of behavioral science for law. *Case Western Reserve Law Review*, 19(1), 87-97.

Haack, S. (2009). Irreconcilable differences: The troubled marriage of science and law. *Law and Contemporary Problems*, 72(1), 1-24.

Holmes, O. W. Jr. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478. <https://doi.org/10.2307/1322028>

Holmes, O. W. (1899). Law in science and science in law. *Harvard Law Review*, 12(7), 443-463. <https://doi.org/10.2307/1321177>

Hovenkamp, H. (1991). Legal policy and the endowment effect. *The Journal of Legal Studies*, 20(2), 225-247. <https://doi.org/10.1086/467886>

Hovenkamp, H. (2000). Knowledge about welfare: Legal realism and the separation of law and economics. *Minnesota Law Review*, 84(4), 805-862.

Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50(5), 1471-1550. <https://doi.org/10.2307/1229304>

Jones, O. D., & Brosnan, S. F. (2008). Law, biology, and property: A new theory of the endowment effect. *William & Mary Law Review*, 49(2), 1935-1990.

Kahneman, D., Knetsch, J. L., & Thaler, R. H. (1990). Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem. *Journal of Political Economy*, 98(6), 1325-1348. <https://doi.org/10.1086/261737>

Kaplan, A. (1967). Behavioral science and the law. *Case Western Reserve Law Review*, 19(1), 57-70.

Kelman, M. (2002). Law and behavioral science: Conceptual overviews. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1347-1392.

Kelsen, H. (1941). The law as a specific social technique. *University of Chicago Law Review*, 9(1), 75-97. <https://doi.org/10.2307/1597151>

Korobkin, R. (2003). The endowment effect and legal analysis. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1227-1293.

Korobkin, R., & Ulen, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144. <https://doi.org/10.2307/3481255>

Lipsky, M. (2010). *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services* [edición revisada]. Russell Sage Foundation.

Llewellyn, K. N. (1931). Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264. <https://doi.org/10.2307/1332182>

Macaulay, S. (2020). Law and the behavioral sciences: Is there any there there? En D. Campbell (ed.), *Stewart Macaulay: Selected works* (pp. 459-493). Springer.

Milon, A., & Bouvet, R. (2019). Scientific uncertainty in courts: A France–Germany comparative perspective on litigation surrounding hepatitis B vaccination. *European Journal of Health Law*, 26(1), 5-25. <https://doi.org/10.1163/15718093-12261414>

Monroy, D. (2023). La escuela del análisis económico neoclásico. En D. Monroy (ed.), *Derecho económico: Fundamentos y escuelas* (pp. 235-337). Universidad Externado de Colombia.

Murray, M. D. (2012). The great recession and the rhetorical canons of law and economics. *Loyola Law Review*, 58(3), 615-654. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2012955>

Posner, R. A. (1972). Volume one of *The Journal of Legal Studies*—An afterword. *Journal of Legal Studies*, 1(2), 437-440. <https://doi.org/10.1086/467490>

Ramello, G. B., & Voigt, S. (2020). Let the data tell their own story: A tribute to Ted Eisenberg. *European Journal of Law and Economics*, 49, 1-6. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09641-x>

Shapiro, F. R. (2021). The most-cited legal scholars revisited. *The University of Chicago Law Review*, 88(7), 1595-1618.

Shapiro, F. R., & Pearse, M. (2012). The most-cited law review articles of all time. *Michigan Law Review*, 110(8), 1483-1520.

Stephenson, M. (2009). Legal realism for economists. *Journal of Economic Perspectives*, 23(2), 191-211. <https://doi.org/10.1257/jep.23.2.191>

Tallacchini, M. (2005). Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law. *Toxicology and Applied Pharmacology*, 207(2), 645-651. <https://doi.org/10.1016/j.taap.2004.12.029>

Thaler, R. H. (1980). Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1(1), 39-60. [https://doi.org/10.1016/0167-2681\(80\)90051-7](https://doi.org/10.1016/0167-2681(80)90051-7)

Thaler, R. H. (2016). *Misbehaving: The making of behavioral economics*. W. W. Norton & Company.

Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2021). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness* [edición revisada]. Penguin Books.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131. <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>

Ulen, T. S. (2014). Behavioral law and economics: Law, policy, and science. *Supreme Court Economic Review*, 21(1), 5-42. <https://doi.org/10.1086/675264>

Weston, T. (1992). Approximate truth and scientific realism. *Philosophy of Science*, 59(1), 53-74. <https://doi.org/10.1086/289654>

Yegge, R. (1968). Law and society association: President's report. *Law & Society Review*, 2(3), 349-351. <https://doi.org/10.1017/S0023921600014560>

Zeina, A., Islan, W., Calvo-Gonzalez, O., & Dalton, A. (2019). *Behavioral science around the world: Profiles of 10 countries*. World Bank Group. <https://apo.org.au/node/223781>

189

CIENCIAS DEL  
COMPORTAMIENTO  
Y DERECHO:  
DEL REALISMO  
JURÍDICO AL  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSBEHAVIORAL  
SCIENCES AND  
LAW: FROM LEGAL  
REALISM TO  
BEHAVIORAL LAW  
AND ECONOMICSRecibido: 04/06/2025  
Aprobado: 13/01/2026