Latin American and Caribbean Law and Economics Association

From the SelectedWorks of Renzo E. Saavedra Velazco

June 2011

Aplicaciones prácticas del behavioral law and economics: ¿Superando sesgos cognitivos?

Contact Author

Start Your Own SelectedWorks

Notify Me of New Work

Available at: http://works.bepress.com/renzo_saavedra/40

APLICACIONES PRÁCTICAS DEL BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS

¿Superando sesgos cognitivos?

RENZO E. SAAVEDRA VELAZCO[(*)(+)]

CONTENIDO: 1. Premisa.- 2. ¿Qué es el *behavioral law and economics*?.- 2.1. Los modelos.- 2.2 La presencia de heurísticos en nuestro pensamiento y los sesgos.- 5. ¿Cuál es la utilidad para el Derecho?.- 2.4. El arquitecto de decisiones y el paternalismo libertario.- 3. Algunas aplicaciones en el campo de la responsabilidad civil.- 4. A manera de conclusión.

1. Premisa

No resulta desconocido para todos los operadores jurídicos el revuelo, por no decir debate, que hasta hace algunos años se generó en nuestro campo de estudio debido a la incorporación de cánones económicos al estudio formal de los fenómenos jurídicos. Tal fue el impacto de este fenómeno que se le llegó a considerar como la gran revolución en el Derecho. Si bien la contribución que la Economía brinda al análisis del complejo sistema jurídico resulta innegable, se debe también admitir que una serie de los postulados sobre los que se erige tal aproximación teórica (sustentados básicamente en un paradigma neo-clásico) no son fáciles de asimilar en atención a que se apartan –en mayor o menor medida– de lo que instintivamente (o incluso empíricamente) son las conductas y decisiones humanas.

A pesar de la gravedad de la afirmación anterior, la objeción nunca fue un obstáculo real para los seguidores del *Law and Economics*, toda vez que ellos procedían a esgrimir una de las aseveraciones que mayor fortuna ha alcanzado en el *mainstream* económico: *una teoría sólo debe ser juzgada por su poder de predecir aquellos fenómenos que intenta "explicar", vale decir, no interesa si las asunciones de las que parten no son realistas, basta con que puedan explicar y predecir de manera acertada el tópico estudiado para que la misma resulte del todo válida*[1]. Dicho en otros términos, las asunciones poco realistas de las que muchas veces parte la Economía tienen como propósito último la simplificación de la realidad, siempre que ello permita construir un modelo fiable dirigido a la predicción de conductas.

Tomémonos siquiera un instante para reflexionar, brevemente, sobre esta circunstancia. Por un lado, tenemos a los economistas quienes consideran que al construir una teoría se debe procurar simplificar la realidad existente, pues sólo así se logrará identificar los elementos fundamentales de determinado fenómeno, todo lo cual permitirá extraer del análisis aquellas características que tienen un impacto marginal en el modelo que se empleará para efectuar

---

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de Personas en la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Miembro de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía – ALACDE.

(+) La presente es una versión ligeramente revisada del texto publicado en la *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, núm. 31 (abril-junio), Legis Editores, Bogotá D. C., Colombia, 2011, pp. 80–106, bajo el título: "*Aplicaciones prácticas del behavioral law and economics: ¿superando sesgos cognitivos?*". Asimismo, recientemente se publicó en *Ius et Veritas*, año XXI, núm. 42, Lima, 2011, un trabajo más elaborado de lo que fue objeto del presente artículo.

En la actualidad el autor es Asociado del Estudio Osterling Abogados y se encuentra cursando la Maestría en Derecho de Empresa con mención en Derecho del Mercado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

1 FRIEDMAN, Milton, *The methodology of positive economics*, en *Essays in positive economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1966, pp. 3-16 y 30-43.

predicciones (en atención a que no se constituyen como elementos definitorios); y, por otro lado, se tiene a los juristas quienes son de la opinión que cuando se propone una teoría se debe evaluar la mayor cantidad de variables posibles pues todas ellas tienen la potencialidad de modificar la decisión en concreto. Ante tamaña diferencia en la manera en qué desarrollan sus labores y en la que conciben sus respectivos campos de estudio: ¿puede realmente causar sorpresa verificar que ambos profesionales se aproximan de forma diversa a los problemas sociales? o, para ser aún más precisos, ¿debe acaso dejarnos maravillados corroborar que tanto las premisas, como las propias herramientas que cada uno de ellos emplea en su análisis le genera cierto recelo o rechazo al otro? Creemos que no.

Habría que añadir un dato adicional que esta vez atiene a características diferenciales entre los sistemas que pertenecen al *Common Law* (y en particular el sistema estadounidense) y los sistemas que forman parte del *Civil Law*, el cual no es resaltado con suficiente énfasis: *un estudiante solamente no puede acceder a la carrera de Derecho si es que no ha culminado otra carrera previamente, vale decir, sólo podrá convertirse en abogado si es que tiene un grado académico en filosofía, psicología, sociología, economía, etc.* ¿Qué efectos favorables impulsa esta regulación? Considero que dos fenómenos puntuales. En primer lugar, pone el acento en la interdisciplinariedad[2] en la aproximación a todo fenómeno jurídico estudiado, brindando una abundancia de puntos de vista, aumentando y enriqueciendo así los ángulos de visión. En segundo lugar, favorece la labor conjunta y sin prejuicios con otros profesionales, aspecto que, hay que reconocer, no es usual en el Derecho de los países del *Civil Law*.

Ahora bien, volviendo a las objeciones a algunas premisas de la economía, es menester poner sobre la mesa una serie de hallazgos y descubrimientos que –a lo largo de las últimas décadas– se han ido produciendo gracias al enorme desarrollo de las denominadas ciencias del comportamiento. Estas ciencias propugnan no sólo la irrealidad de las asunciones sobre las que se erige el paradigma neoclásico, sino que brindan una serie de estudios empíricos que sustentan su posición. A ello se le puede sumar que han logrado sistematizar y categorizar una serie de conductas y/o decisiones que bajo los esquemas tradicionales eran calificadas como *anomalías*[3]. En este contexto, podríamos animarnos a inferir que actualmente en la economía se vive una realidad que no ha sido ajena a las demás ciencias en algún punto de su desarrollo. En términos sencillos, y merced al transcurso del tiempo, se viene constatando que el avance alcanzado dentro de la economía puede constituirse en un obstáculo para su evolución futura, dicha situación se produciría porque los postulados asumidos en el pasado resultan equívocos o divergentes con el desarrollo en ciernes, por lo que merecerían algún tipo de acotación.

La labor crítica sugerida resulta fundamental, en tanto brinda nuevos contenidos y/o procura aclararlos. En el campo que a nosotros nos atañe esta función la viene desempeñando el *behavioral law and economics* pues justifica las razones por las que el ser humano no es (o por lo menos no siempre) un perfecto agente racional que tiende hacia la maximización de su

---

2 Es sumamente interesante meditar en la inclinación del sistema jurídico estadounidense hacia la interdisciplinariedad, el cual deriva de aquella corriente que es considerada por muchos como la más importante de su historia, nos referimos al realismo jurídico. Como es conocido de esta corriente se derivaron escuelas tan influyentes como los estudios de crítica jurídica (o *critical legal studies*) o el análisis económico del Derecho. Sin embargo, tal como puede ser rastreado, el realismo jurídico norteamericano hunde sus raíces en el movimiento del Derecho Libre (o *Freirechtsbewegung*), por lo que es curioso como esta influencia motivó al sistema estadounidense al estudio interdisciplinario mientras que en europa continental no tuvo mayor eco, salvo contadas y valiosas excepciones.

Sobre la influencia del movimiento del derecho libre véase HERGET, J. y WALLACE, S., *The german free movement as the source of american legal realism*, en *Virginia Law Review*, vol. 73, núm. 2, 1987, pp. 399 y ss.

3 THALER, Richard, *The winner's curse*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 2, núm. 1, 1988, p. 191, quien acota que para los economistas se califica como *anomalía* a aquellos resultados empíricos que difícilmente pueden ser racionalizados o si es que importan la modificación del paradigma de la elección racional.

propia función de utilidad conforme a una escala de preferencias de carácter estable y que, a su vez, cuenta con toda la información relevante para la toma de decisiones. La realidad es otra, el ser humano tiene una serie de limitaciones cognitivas y sus decisiones (aunque no se pueden calificar de irracionales) tienden a lo sumo a la satisfacción de necesidades más no a la maximización de su utilidad en tanto existen una serie de sesgos[4] que lo impiden.

Inicialmente se subrayó el hecho que las premisas sobre las que se basa la economía no resultaban realistas, puesto que se apartan de lo que son las conductas y las específicas tomas de decisiones humanas, aspecto que genera y explica el rechazo de un sector de la doctrina jurídica sobre la aplicación de los cánones económicos a nuestro campo de estudio. Entonces, si existen corrientes dentro de la economía que permiten tornar más realistas estas premisas, ¿se facilitará o incentivará la incorporación de estos cánones al Derecho? Lo más probable es que la respuesta sea positiva, sin embargo, lo que sí podemos afirmar con un mayor grado de certidumbre es que los hallazgos de las ciencias cognitivas y del comportamiento nos darán herramientas más eficaces para la regulación y la solución de conflictos. Curiosamente, los economistas (y los seguidores del *Law and Economics*) ponen en duda el grado de utilidad de estos hallazgos en el plano práctico.

En las páginas que siguen pondremos a prueba esta última afirmación y a renglón seguido se procurará dar una visión general sobre el nuevo paradigma que viene erigiéndose en el campo económico. Todo ello prestando atención al campo jurídico, en general, y al derecho privado, en particular.

2. ¿Qué es el *behavioral law and economics*?

Antes de establecer la transición entre los dos paradigmas esbozados de modo general en el numeral precedente (vale decir, del modelo de la economía neo-clásica a la economía conductual)[5], resulta trascendente formular –al menos a grandes rasgos– cuales son algunas de las características esenciales que, en general, se les reconoce a ambos modelos.

2.1 *Los modelos*

Por un lado, se observa que la economía neo-clásica formula sus hipótesis de trabajo en atención al modelo del *homo economicus*, el cual concibe al ser humano como:

(i) un agente racional;

(ii) un agente que tiende (o busca) la maximización de su propia función de utilidad;

(iii) un agente que posee información perfecta o la información relevante para la toma de decisiones de acuerdo a los puntos precedentes.

Cabe precisar que la primera característica del *homo economicus* importa a su vez dos asunciones ulteriores, las cuales se reconocen como definitorias de la propia noción de racionalidad. En efecto, se asume que la racionalidad implica que el ser humano establezca previamente un orden de preferencias estable entre sus deseos, acciones y objetivos; y,

---

4 A efectos del presente artículo se entenderá por sesgo a aquella circunstancia por la cual la ocurrencia de un error no resulta verdaderamente un evento aleatorio sino que este se presenta en la realidad de manera sistemática.

5 O, siguiendo en este punto a un sector de la doctrina *ius-económica*, entre el modelo del *homo economicus* al *homo sapiens*. Al respecto nos permitimos remitir a THALER, Richard, *From homo economicus to homo sapiens*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, núm. 1, 2000, pp. 133–141; y, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., *Del homo economicus al homer economicus*, en *Ita ius esto*, www.itausesto.com, 15 de enero de 2010.

adicionalmente, que las decisiones resulten ser consistentes con dicho orden, cumpliendo así con el principio de transitividad.

Tal vez estemos pecando de excesivamente abstractos, así que veamos como este haz de características se manifiesta en la realidad.

Pensemos en un sujeto que se equivoca al tomar una determinada decisión de consumo (digamos que adquirió un producto sin leer sus exigencias operativas y demás condiciones, por lo que terminó pagando un monto superior al debido o sencillamente el bien no le resulta de utilidad). Si se asume el modelo neo-clásico el individuo en cuestión podrá –en atención a sus características como *homo economicus*– modificar su propio comportamiento de consumo (o la propia toma de decisiones) a fin de adaptarlo a las exigencias del mercado específico y a sus propias necesidades. De acuerdo a lo anterior, el individuo estará en condiciones adecuadas para evitar cometer errores futuros (al menos referidos al mismo campo y materia) y por ende podrá maximizar su propio beneficio.

No es de extrañar porque el modelo del *homo economicus* resulta tan atractivo para los economistas pues es evidente que parte de una simplificación gruesa de la realidad. Asimismo, el modelo presupone que el agente analizado podrá superar cualquier defecto o inconveniente que se le suscite (durante o) en la toma de una decisión, toda vez que el sujeto corregirá tal defecto en el corto plazo, so riesgo no pueda ser calificado como un agente racional. Empero, si esta última situación se observa en la realidad social (ergo, somos testigos de una conducta *irracional*), tal circunstancia no resultará preocupante para quienes siguen los postulados de la teoría de la elección racional. La explicación se explica en la medida que puede aceptarse que existan sujetos que no se comporten de acuerdo al patrón pregonado por este modelo, ya que su impacto crítico será marginal, toda vez que este grupo será siempre una auténtica minoría respecto de la masa de sujetos que actúan racionalmente. }

Este juicio se ve notoriamente confirmado por el imperturbable rol que, a lo largo de los años, desempeñó la premisa de racionalidad de la conducta humana al interior del esquema tradicional del *mainstream* económico[6] (a pesar de las objeciones que la escuela austriaca formuló en su momento).

Teniendo estas características en mente, es momento de pasar a observar las objeciones o el modelo *alternativo* sugerido por la economía conductual. En primer lugar, se debe precisar que los académicos de esta "nueva"[7] manera de aproximarnos al comportamiento humano no pretenden destruir los cimientos de la *teoría de la elección racional*. En realidad el objetivo de estos académicos, el cual nos parece de suyo encomiable, se centra en dotar a la economía de: premisas:

1. más acordes con la realidad empírica (o más realistas si se quiere),
2. susceptibles de ser asimiladas por un auditorio de no-economistas[8]; y, además,
3. menos optimistas de lo que resulta el comportamiento y la elección humana.

---

6 Al respecto nos permitimos remitir a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., *Fama, las hipótesis de los mercados eficientes y behavioral finance: ¿Un vistazo a una relación?*, en *Blog "El cristal roto"*, blogcristalroto.wordpress.com, 25 de enero de 2010.

7 Si bien se trata de una corriente que tiene varias décadas de gestación y desarrollo en el campo de la economía y la psicología, decimos que es una nueva manera de analizar los fenómenos tanto porque es sustancialmente más reciente que la perspectiva neo-clásica en la economía, como por el hecho que en nuestros países no ha tenido mayor eco en el campo jurídico.

8 Incluso esta afirmación puede ser discutida en atención a que una serie de pruebas a las que se ha sometido a personas con conocimientos económicos arrojan como resultado que los procesos mentales de estos individuos se encuentran tan sesgados como los del resto de la población y no resultan consistentes con el modelo neo-clásico.

A manera de ejemplo, pensemos en aquella idea de considerar al ser humano como un individuo perfectamente racional, con una capacidad casi ilimitada para el procesamiento de información (sobre materias en las que no necesariamente goza de un nivel mínimo –ya ni que decir aceptable– de *expertise*) y para establecer *ex ante* a la toma de decisiones (si es que no al surgimiento de la necesidad) un orden estable de preferencias resulta –fuera de cualquier posible objeción que pudiesen elevar sus seguidores– por demás ingenua, si es que no falaz.

No obstante estas criticas, los economistas que operan sobre la base del modelo del *homo economicus* consideran que esta simplificación de la realidad es precisamente la que justifica su construcción: *evitar dispensar esfuerzos en el análisis de aquellos detalles que –en específico– motivan a una persona determinada a tomar una decisión o a comportarse de cierta manera, puesto que resultan de carácter contingente y no susceptibles, al menos en vía de principio, de ser sistematizados de manera unívoca*.

En segundo lugar, la economía conductual formula sus hipótesis en una serie de características divergentes de la teoría neo-clásica, así se concibe al ser humano como:

(i) un agente con racionalidad acotada.

(ii) un agente que tiende a la mera satisfacción de sus necesidades.

(iii) un agente que no cuenta con toda la información relevante para la toma de decisiones.

Es momento de pasar a exponer brevemente lo que se entiende por *bounded rationality* o racionalidad acotada[9]. Se atribuye al Premio Nobel de Economía del año 1978, nos referimos a Herbert A. Simon (1916–2001), el haber acuñado el término *bounded rationality* (1957)[10] para referir que los individuos no tienden a la maximización de su propia función de utilidad, sino a la mera satisfacción de lo que perciben como intereses o necesidades. Esta noción, como se puede fácilmente percibir, se opone de manera frontal al concepto neoclásico de un agente racional, dado que presupone que los individuos tanto por restricciones de información así como limitaciones de carácter cognitivo no pueden valorar la multiplicidad de soluciones posibles y, por ende, adoptar aquella decisión que logra la maximización de su beneficio.

En efecto, con este concepto se intenta subrayar la idea de que los seres humanos no tienden a la maximización debido a que incurrimos constantemente en errores de percepción y análisis (defectos de carácter cognitivo). Salvo mejor opinión, creemos que la incidencia de estos errores no requiere mayor comprobación que la propia vida de relación; sin embargo, existen investigaciones basadas en pruebas de laboratorio y demás evidencia empírica que llegan a demostrar que las personas procuramos crear *atajos* durante el procesamiento de la información. Lamentablemente estos atajos provocan que los errores o defectos en los que se incurre durante su delimitación se repliquen indefinidamente y de manera sistemática en una serie de circunstancias.

En esta misma línea de ideas, se ha evidenciado que los seres humanos en no pocas circunstancias tomamos decisiones al tanteo, lo cual incluso resulta más grave puesto que no existirá la posibilidad de identificar las razones del éxito de nuestra decisión y recíprocamente las razones de su fracaso. Adicionalmente, existen otras nociones sobre las que trabajan los

---

9 El término inglés *bounded rationality* puede ser traducido al castellano como racionalidad limitada o bien como racionalidad acotada. En lo sucesivo se optará decididamente a favor de la segunda opción debido a que, por un lado, nos parece que grafica de mejor manera el sentido de la idea que se desea transmitir; y, por otro lado, porque el término *racionalidad limitada* (*limited rationality*) se empleó algunos años antes que racionalidad acotada (*bounded rationality*), específicamente ello sucedió en el año 1922, además de tener un contenido ligeramente diverso.

10 Si bien SIMON empleó durante casi una década (1947–1957) el término *limited rationality,* luego lo abandonó para acuñar su propia locución.

conductualistas, a manera de ejemplo se puede mencionar la fuerza de voluntad acotada (o *bounded will-power*) y el interés acotado (o *bounded self-interest*). Con la primera noción se condensa aquellas circunstancias en las que los individuos toman decisiones o actúan en contradicción con sus propios intereses a largo plazo, lo cual sucede más a menudo de lo que se piensa. Por su parte, con la segunda noción aludida se quiere poner el acento en que a los seres humanos nos gusta actuar justa o equitativamente con otros siempre en el entendido que estas personas harán lo propio con nosotros llegado el momento; pero en caso no se cumpla tal expectativa, la respuesta previsiblemente será punitiva.

2.2 *La presencia de heurísticos en nuestro pensamiento y los sesgos*

En la medida que el mundo real resulta complejo y que los seres humanos requerimos tomar decisiones, es que surge una tensión entre las exigencias de una decisión oportuna y las limitaciones cognitivas de toda mente humana. En un contexto como el descrito, es de esperar que intentemos *ahorrarnos* esfuerzos a través de la creación de *atajos*, los cuales se producen muchas veces inconscientemente. A esta forma de razonamiento en la que se aprovecha la existencia de una serie de atajos se le denomina pensamiento heurístico e importa reconocer que los agentes económicos muchas veces no efectúan análisis conscientes y racionales de las decisiones a tomar.

Como se puede intuir de lo que se ha podido manifestar en el acápite precedente, esta forma de raciocinio puede devenir en la producción de *sesgos*.

Aquí es necesario exponer algunos ejemplos con el objeto de poder aclarar un poco más el aspecto teórico de lo afirmado. Como probablemente se recuerde, en el año 2002 se otorgó el Premio Nobel de Economía a los profesores Daniel Kahneman y Vernon Smith por sus contribuciones dirigidas a integrar en la economía aspectos de la investigación psicológica, todo lo cual importaba estudiar el juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre. Estos seminales y trascendentes aportes de Kahneman se iniciaron en la década de los setentas a través de su colaboración estrecha con Amos Tversky. En efecto, gracias a la cooperación entre estos dos investigadores se identificaron algunos heurísticos específicos tales como el de representatividad, disponibilidad y anclaje[11].

Por *heurístico de representatividad* se describe aquel atajo que creamos para calcular las probabilidades de ocurrencia de un evento o la autenticidad de una hipótesis en atención a si la información con la que se cuenta es representativa de la hipótesis formulada, esto es, habrá mayor probabilidad de que se confirme el planteamiento efectuado siempre que exista mayor semejanza de este con la categoría general en la que se sustenta. Por su parte, el *heurístico de disponibilidad* se presenta cuando una persona calcula la probabilidad de ocurrencia de un evento en atención a que tan sencillo le resulta recordar uno o más eventos similares, esto es, si un evento se verificó recientemente y procedemos a preguntar acerca de su probabilidad de ocurrencia es de esperar que los interrogados tenderemos a considerar que el suceso tiene un nivel de incidencia en la realidad superior al verdadero[12]. En el caso del denominado heurístico de anclaje se sugiere que los individuos calculan las probabilidades de ocurrencia de un evento en función a la información con la que se cuenta, ello sin importar la fuente de la que se deriva tal información, convirtiéndose esta en el patrón de comparación.

---

11 KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, en Science, vol. 185, núm. 4157, 1974.

12 TAYLOR, S. E. *The availability bias in social perception and interaction*, en AA. VV., *Judgment under uncertainty* edición al cuidado de Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky, Cambridge University Press, 1982, pp. 190 y ss., *ivi* pp. 191-192.

Como se señaló en las páginas precedentes, la economía intenta predecir la conducta y decisiones humanas a través de la formulación de un modelo de lo que es un ser humano. En muchas ocasiones se comprueba que este modelo resulta por demás conflictivo con la realidad empírica, por ello no es de extrañar que se considere que el futuro del análisis económico del derecho descansará en una mejor comprensión del marco en que se dan las decisiones humanas[13]. Así, entre el haz de herramientas que permitirán lograr tal objetivo se encuentran los descubrimientos o hallazgos efectuados por las ciencias cognitivas.

En efecto, si hoy se logra predecir la conducta humana con razonable precisión gracias a una teoría en la que los seres humanos no somos modelados adecuadamente, entonces, ¿no se mejorará el poder predictivo de la economía si se incorporan elementos características de la decisión humana? Creemos que sí.

Uno de los aportes a los que aludimos es la *prospect theory*[14]. Según esta teoría existen dos fases en el proceso de elección: la edición (una representación simple de las posibilidades existentes, las cuales se codifican, combinan, segregan y cancelan) y la evaluación (las opciones editadas se examinan para elegir una). Al interior de estas dos fases es donde se producen las anomalías que afectan las decisiones, entre las cuales se encuentra el efecto certidumbre (o *endowment effect*).

El efecto dotación o efecto certidumbre permite demostrar que los seres humanos no se dejan llevar al momento de tomar una decisión, por criterios como el mayor valor esperado de una conducta, en especial si esta importará que quien toma la decisión deberá despojarse de algo que formaba parte de su patrimonio o a la que había invertido recursos. Si esta situación se presenta, los sujetos tenderán a concebirla como una pérdida, pese a que un evento similar, que involucra los mismos costos y beneficios, sea considerado como beneficioso[15].

Haciendo muy poco esfuerzo se puede concluir que las elecciones humanas dependen de la manera en que es enmarcado el problema a resolver. Vale decir, en función a la manera en que presentamos el asunto lo percibiremos como una situación de pérdida o de ganancia; esto mismo sucederá si un tercero (por ejemplo, el Estado) es el encargado de contextualizar el problema[16].

2.3 *¿Cuál es la utilidad para el Derecho?*

Ahora bien, llegados a este punto tal vez el lector aún no entienda muy bien el propósito de lo que estamos hablando, ni mucho menos la relevancia de todo lo apenas aludido para la comprensión de los fenómenos jurídicos. Con el objeto de superar esta limitación (o, para ser más precisos, defecto) en el discurso realizado es que consideramos pertinente recordar los aportes de la economía en el Derecho y, de modo particular, en los aportes de la corriente denominada análisis económico del Derecho.

En un afán de brevedad podemos sintetizar dichos aportes en: (i) manifestar los costes económicos que significa no sólo la asignación de una determinada tutela jurídica o titularidad

---

13 SUNSTEIN, Cass R., *Behavioral analysis of law*, en *University of Chicago law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997, p. 1175.

14 KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, en *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263, *ivi* pp. 274-275.

15 KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack y THALER, Richard, *The endowment effect, loss aversion, and status quos bias*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, núm. 1, 1991, pp. 194 y ss.

16 THALER, Richard, *From homo economicus to homo sapiens*, *cit.*, p. 137.

a cierto individuo, sino también su eventual transferencia[17] (en caso ello fuese posible); (ii) la creación de incentivos y/o desincentivos respecto de ciertas conductas (sean valiosas o no) en función de determinada decisión o regla jurídica; (iii) proyectar y predecir conductas humanas económica y jurídicamente relevantes; (iv) comprender las razones económicas que sustentan determinadas reglas que solamente habían sido explicadas en términos morales o jurídicos (en ocasiones de manera un tanto defectuosa); etc.

Los aportes antes aludidos nos permiten entrever la importancia del análisis económico del Derecho para la comprensión de los fenómenos jurídicos, pero sobre todo nos hacen caer en la cuenta que la ligera alteración o adaptación de los postulados neoclásicos en los que se sustenta puede potencialmente incrementar el campo de aplicación de la teoría económica a nuevas áreas del Derecho (o a emplearla con mejores resultados) al dotar al operador jurídico de más herramientas o al sugerirle nuevas maneras de observar dichos fenómenos[18].

Pensemos, a modo de ejemplo, en la posibilidad de acoplar las nociones de racionalidad acotada y el efecto certidumbre en las discusiones sobre aversión al riesgo ya no solamente en el campo de la negociación para la suscripción de contratos sino al momento de discutir sobre legislación medio ambiental o la protección de derechos fundamentales; o la posibilidad de incorporar tanto la teoría prospectiva como la fuerza de voluntad acotada en el estudio de las decisiones que un individuo toma al realizar (o planear) la comisión de un delito (precisamente porque –en general– los beneficios que se obtendrán son inmediatos, mientras que los costos –si es que existen– sólo se asumirán a largo plazo); y, por último, la posibilidad de incluir al interés acotado y al sesgo de disponibilidad para lograr una cabal comprensión y represión de conductas injustas que limiten o prevean el deseo de sanción de la contraparte.

Es momento de abordar el problema del cómo se enmarcan las decisiones y/o cómo se presentan los problemas a ser solucionados. Para nosotros los abogados no es necesariamente desconocido el hecho que la forma en que se pueda presentar una pregunta puede motivar a que un cliente (o testigo) nos brinde información de determinada manera o que incluso pueda incurrir en una serie de aparentes contradicciones. En lo que nos atañe, debe recordarse que una de las características medulares del modelo del *homo economicus* es el orden estable y previo de preferencias, de aquí se extrae un corolario lógico: no importa la manera en que se presenta un problema, los individuos decidirán consistentemente en atención a este orden de preferencias. Sin embargo, sabemos que ello no es así.

En efecto, gracias a las investigaciones de Kahneman y Tversky sabemos que cuando un problema es construido de tal manera que se perciba una ganancia, los agentes económicos evitarán asumir riesgos; mientras que, por el contrario, cuando el problema se presenta como una forma de pérdida entonces el sujeto que debe decidir tenderá a asumir riesgos. Vale decir, cuando un individuo específico percibe que tiene una ganancia (o una posibilidad de ganancia) en su patrimonio tendrá aversión al riesgo, pero si en cambio identifica que tiene una pérdida (o una posibilidad de pérdida) entonces será un tomador de riesgos[19].

Nuevamente, ¿cómo se manifiesta esto en un fenómeno relevante para el Derecho? Un ejemplo puede ayudarnos a aclarar el aún difuso panorama. Digamos que un país se encuentra

---

17 Para una comprensión de este fenómeno aconsejamos la consulta de los ensayos de COASE, Ronald H., *The problem of social cost*, en *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 y ss.; y, CALABRESI, Guido y Melamed, Douglas, *Property Rules, Liability Rules, Inalienability: One view of the Cathedral*, en *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1972, pp. 1089 y ss.

18 Al respecto nos permitimos remitir a la lectura de la introducción del libro AA. VV., *The Law and Economics of Irrational Behavior*, edición a cargo de los profesores Francesco Parisi y Vernon Smith, Stanford University Press, 2005, pp. 1-9.

19 KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *The framing of decision and the psychology of choice*, en *Science*, vol. 211, núm. 4481, 1981, pp. 453-458.

comprometido con iniciar una política dirigida a reducir o eliminar el consumo de tabaco por parte de sus ciudadanos (en atención a que el consumo privado de este bien provoca sobre la sociedad un conjunto de externalidades), como se puede corroborar en la mayoría de estudios sobre esta materia uno de los principales mecanismos empleados (casi universalmente) para lograr este objetivo se centra en la inclusión de imágenes o mensajes en las cajetillas de cigarrillos. La regulación sobre esta materia es tan específica que incluye aún las imágenes o mensajes a ser incorporados en las cajetillas de cigarrillos. Entonces, ¿estos mensajes (o bien las imágenes) incorporados en las cajetillas cumplen su objetivo? Creemos que al menos a un nivel marginal lo hacen, pero ¿podría mejorarse su eficacia?

Para dar respuesta a esta interrogante tomemos en cuenta los conceptos que se han esgrimido a lo largo de las páginas precedentes. No hay mayores dudas de que el consumo de tabaco resulta nocivo para la salud[20] y es lo que intenta resaltarse en los mensajes e imágenes sugeridas por la regulación. Sin embargo, si tomamos en cuenta los hallazgos de las ciencias cognitivas debemos estar conscientes que esto significa que estamos enmarcando el problema (la decisión de consumir el cigarrillo) en términos de pérdida (las consecuencias perjudiciales del consumo del tabaco), por lo que, al menos en principio, el sujeto se comportará como un tomador de riesgo y no con aversión al mismo (lo cual, como se puede intuir, debería ser lo que se intente provocar en el consumidor a fin de que reduzca o elimine su consumo).

En este punto podría resultar aconsejable resaltar los criterios que Rothman y Salovey ofrecen con respecto de la efectividad de los mensajes y las imágenes que se incorporan en una etiqueta[21]. En efecto, los autores citados recuerdan que la forma en que se presenta la información en el etiquetado dependerá del comportamiento que se pretende incentivar, a saber: (i) si importa detectar una enfermedad; (ii) si implica mantener un estado de salud adecuado; o, (iii) si lo que se busca es acelerar la recuperación.

Ahora bien, antes de proceder a analizar cada uno de estos posibles escenarios resulta imperativo aclarar qué se entiende por enmarcar el mensaje o bien las imágenes en términos de ganancias o pérdidas[22]. Se considerará que un mensaje se presenta como ganancia cuando se resalta el extremo o, si se quiere, el aspecto deseable de la conducta realizada (esto es, el resultado) o cuando se evidencia que esta conducta permite evitar un resultado que no se quiere alcanzar[23]. Por el contrario, se entenderá que un mensaje se presenta en términos de pérdida cuando se enfatiza el resultado no deseado o cuando se muestra la dificultad de obtener un resultado deseado[24].

Ante el escenario (i), es potencialmente posible que el individuo considere que ciertas conductas dirigidas a la detección oportuna de alguna enfermedad son "riesgosas", en tanto que pueden informarle que no se encuentra saludable. En tal sentido, y por decir lo menos, este riesgo resulta desagradable, por lo que un individuo común tenderá a no someterse a pruebas que permiten la detección de ciertas enfermedades (será un tomador de riesgo). Es por ello que en casos de este tipo debería mostrarse los peligros que involucra seguir una conducta que no incorpore la variable de detección, vale decir, el mensaje debe presentarse en términos de pérdidas de beneficios actuales (e incluso podemos ser más precisos y tendría que presentarse el mensaje de manera tal que demuestre la imposibilidad de alcanzar el

---

20 Organización Mundial de la Salud. *¿Por qué el tabaco es una prioridad de salud pública?*, disponible en www.who.int/tobacco/helth_priority/es/index.html.

21 ROTHMAN, Alexander J. y SALOVEY, Peter, *Shaping perceptions to motivate healthy behavior: The role of message framing*, en *Psychological Bulletin*, vol. 121, núm. 1, 1997, p. 5.

22 ROTHMAN, Alexander J. y SALOVEY, Peter, *op. cit.*, p. 6.

23 Siguiendo el ejemplo propuesto los mensajes podrían ser: "Dejar de fumar incrementa tu expectativa y calidad de vida" o "Dejar de fumar reduce el riesgo coronario".

24 En este caso los mensajes podrían ser: "Fumar causa cáncer" o "Fumar disminuye tu potencia sexual".

resultado deseado), de esta modo se incentivaría conductas adecuadas de parte de los agentes involucrados[25]. Así, se mostraría que existe posibilidad de obtener ganancias a través de la simple adecuación de las conductas actuales, por lo que el sujeto destinatario optará, al menos a nivel de tendencia, a evitar riesgos.

Como se observa, los mensajes pueden ocultar o subrayar cierta información que puede ayudar a la toma de decisiones. Si se indica que "fumar es malo para la salud", no se están indicando las ganancias que se obtendrían de dejar de fumar ni tampoco las pérdidas, cuando precisamente lo que deseamos –por lo menos en el ejemplo propuesto– es que los individuos disminuyan o eliminen su consumo de cigarrillos. Lamentablemente, en tanto que algunos sesgos nos impiden cambiar con facilidad determinadas conductas (pensemos en el sesgo de *status quo*), cuanto por la existencia de otras limitantes (como la fuerza de voluntad acotada), en ocasiones se requiere del apoyo o colaboración de terceros a fin de corregir decisiones o procesos mentales que –en ausencia de estas circunstancias– serían del todo distintos. Es en este último objetivo en el que se inserta la propuesta del *paternalismo libertario* de Cass Sunstein y Richard Thaler[26], el cual referiremos brevemente más adelante.

El escenario (ii) se refiere a las conductas de prevención que deben efectuarse y que brindarán mayores elementos de juicio (o certidumbre) a los involucrados acerca de aquellos resultados que se pretenden alcanzar. Aquí se insertarían, a manera meramente ilustrativa, las conductas dirigidas a evitar: el cáncer de piel, gracias al uso de protector solar (o bloqueador); las enfermedades de trasmisión sexual, si es que emplean preservativos; los males cardíacos a través del ejercicio regular; etc. Como se ha visto, los seres humanos tenemos –por lo general– aversión al riesgo por lo que existe una inclinación natural a preferir aquellas opciones que se nos muestran como menos riesgosas. En tal sentido, si se enmarcan los mensajes para aquellas conductas que se reconducen a este escenario en términos de ganancia se logrará incentivar estas conductas de precaución.

Finalmente, el escenario (iii) atiene a conductas dirigidas a la recuperación de la salud. Como es natural, buena parte de estas conductas importarán que los individuos realicen una serie de actos (el tratamiento médico), por lo que si se desea tal objetivo se requerirá construir el mensaje en términos de ganancia e incluso cuidándonos de precisar la probabilidad de obtener el resultado beneficioso, a fin de que se perciba como la opción más segura.

Con este último análisis queda claro que la conducta de disminuir o eliminar el consumo de tabaco es una conducta de prevención. Por ello, se debe tender a construir o presentar el mensaje en términos de ganancia y no de pérdida, tal como actualmente se viene realizando.

2.4 *El arquitecto de decisiones y el paternalismo libertario*.

Para un sector de académicos no cabe siquiera poner un halo de duda (por mínimo que este fuera) acerca del carácter irreconciliable de las perspectivas paternalistas y libertarias. Ello se debe a que, por un lado, los libertarios abogan por el otorgamiento (o, si se prefiere, por el reconocimiento) del más amplio margen de libertad posible para que los agentes económicos elijan y, como corolario, aspiran a que se llegue a instaurar un Estado mínimo[27]; mientras que, por otro lado, aquellos que siguen las tendencias paternalistas tienen más de una duda sobre otorgar una libertad sin grandes restricciones a los sujetos y por tanto respaldan a un Estado

---

25 ROTHMAN, Alexander J. y SALOVEY, Peter, *op. cit.*, p. 10.

26 SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H., *Libertarian paternalism is not an oxymoron*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 70, núm. 4, 2003, pp. 1159 y ss.

27 WOLFF, Jonathan, *Libertarianism, utility, and economic competition*, en *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 7, 2006, pp. 1605 y ss., *ivi* pp. 1605-1607.

más fuerte[28] (la discusión aquí se encuentra en que tan fuerte) que interfiere en las decisiones de los ciudadanos aún en contra de su voluntad, determinando que su decisión se decante en cierto sentido. En este contexto, la idea de un *paternalismo libertario* aparecería como una *contradictio in terminis*.

A pesar de lo indicado, existe una corriente de opinión que se empeña en de-construir esta idea y demostrar, gracias a algunos hallazgos de la psicología cognitiva[29] y de la economía conductual[30], que tales perspectivas pueden llegar a ser compatibles. En efecto, en los últimos años se ha elevado más de una propuesta en este sentido, sin embargo, por razones tanto de espacio como de oportunidad, aquí sólo expondremos una de ellas[31].

Con este objetivo en mente (la búsqueda de un margen de compatibilidad entre ambas perspectivas), Sunstein y Thaler se impusieron como primera meta la erradicación de las bases lógicas del dogmático anti-paternalismo profesado por el *mainstream* económico (y casi por extensión los *ius-economistas*). De esta manera se sostiene[32] que el rechazo existente se apoya en la combinación de una falsa premisa y de dos nociones equivocadas.

La premisa se sintetiza en la idea de que los individuos –casi todo el tiempo– efectúan elecciones que son consistentes con sus mejores intereses o que, como mínimo, las elecciones que estos realizan son superiores a las que en su lugar podrían tomar terceros. La premisa es falsa en tanto que presupondría no sólo que el agente tiene la información necesaria, sino que tiene la experiencia requerida para tal decisión, lo cual en la mayoría de casos no se condice con la realidad (pensemos en decisiones de inversión, seguros médicos, garantías, etc.).

Esta idea acaso requiera mayor explicación, digamos que un individuo tiene que asumir un préstamo para la adquisición de una casa. Como es natural para ello tendrá que ponderar una multiplicidad de variables de muy diversa índole, que van desde las financieras, pasando por las jurídicas y llegando –en pocos casos– a las vinculadas a la negociación. Es por demás evidente que existe un desbalance en el poder de ambas partes contratantes, pero, ¿qué sucedería si la diferencia entre las propuestas de las diversas entidades no se limitase sólo al margen de interés del préstamo sino que abarcase todas las demás variables aludidas?, ¿qué tan sencillo sería que el individuo adquiera el préstamo que maximiza su función de utilidad?, ¿es cierto, como suele apuntarse en la teoría del consumidor, que a mayor oferta habrá mayor probabilidad que el consumidor elija lo mejor para sí mismo? Todas estas interrogantes tienen una respuesta inmediata: *el descalabro financiero que sufrió los Estados Unidos de América*. Un factor relevante para la crisis se explica por la proliferación de diversos tipos de hipotecas que sólo se diferenciaban en alguna(s) de las variables aludidas, por lo que tal situación tornó aún más complicada la labor de elegir la opción que "maximizaba" la propia función de utilidad[33].

Creemos que nadie dudará que todos tenemos campos en los que no contamos ni con la experiencia ni con la información requerida para realizar una elección que resulte acorde a nuestros mejores intereses. Curiosamente muchas veces las elecciones más importantes de nuestras vidas las realizamos por lo general sólo una vez (no, nos referimos al matrimonio…

---

28 DWORKIN, Gerald, *Paternalism*, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* editado por Edward N. Zalta, disponible en http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/ (consultado el 8 de enero de 2011).

29 SUNSTEIN, Cass R., *Behavioral analysis of law*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997, pp. 1175 y ss., *ivi* p. 1178.

30 O'DONOGHUE, Ted y RABIN, Matthew, *Studying optimal paternalism, illustrated by a model of sin taxes*, en *American Economic Review*, vol. 93, núm. 2, 2003, pp. 186 y ss., *ivi* p. 186.

31 SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H., *Libertarian paternalism is not an oxymoron*. *cit*.

32 SUNSTEIN, Cass R. y Thaler, Richard H., *op. cit.*, pp. 1163 y ss.

33 Al respecto puede consultarse la opinión de THALER, Richard H., *Mortgages made simplier*, en *The New York Times*, publicado el 4 de julio de 2009, disponible también a través del *web-site*: http://www.nytimes.com/2009/07/05/business/economy/05view.html.

sino a elegir una carrera, a la afiliación a un sistema de pensiones, a hipotecar una casa, entre otras). Por tal razón, resulta muy costoso el acopio y el procesamiento de la información, sin mencionar que podríamos no estar en capacidad de asimilarla.

Si es así, como que no debe existir mayor duda sobre ello, ¿no sería mejor que se nos brinde algún tipo de guía o ayuda en estos campos? No queremos que se nos malinterprete, creemos que tanto los paternalistas como los libertarios, en sus versiones extremas, están equivocados. Por un lado, si los paternalistas más fervorosos piensan que los terceros siempre puede tomar mejores decisiones en lugar de quienes que se verán afectados directamente por la decisión, entonces se concluiría que estos últimos nunca tienen claro que es lo que desean o que quien toma la decisión por ellos resulta poco menos que un iluminado. ¿Qué nos dice ello sobre esta posición? Que peca de soberbia cuando asigna un rol tan preponderante a un tercero (naturalmente el tercero que decide son ellos mismos) o que peca de excesivamente pesimista acerca de las capacidades de las personas que soportan estas decisiones (es decir, el resto de la sociedad), tal combinación aparece como un tanto contradictoria.

Por su parte, los libertarios piensan que las personas nunca requerimos que otros tomen decisiones por nosotros o que, cuanto menos, nuestras decisiones siempre serán mejores que las que puedan tomar terceros en nuestro lugar, toda vez que cada individuo siempre sabe lo que es mejor para sí. ¿Qué nos dice tal afirmación sobre esta posición? Pues que también peca de soberbia. En efecto, en nuestra opinión es sumamente soberbio afirmar que las personas siempre saben lo que es mejor para ellas (casi como si fuéramos maquinas –lo cual es poco realista– o extendiendo a los demás una virtud que ellos ven –o creen ver– en sí mismos) o que peca de excesivamente pesimista sobre la capacidad que un tercero pueda tener en una toma de decisión a favor de otra persona.

Aquí cabría preguntarse, ¿la verdad no se encontrará acaso a mitad de camino entre ambas posiciones? Los libertarios seguramente objetarán que sobre simplificamos su posición pues ellos prevén que puedan existir errores en las decisiones de las personas pero que eso es mejor a la alternativa (que alguien más decida por nosotros y si tiene el rotulo de “burócrata”, ¡dios nos libre!). En cierto sentido estoy de acuerdo con la objeción pues ciertamente el error cometido por un individuo dentro del esquema libertario provocará que este aprenda algo que luego le permitirá adaptar y ajustar sus decisiones futuras. Sin embargo, aquí se olvidaría dos cuestiones: (i) que aquí se habla de decisiones que no permiten la adaptación (o ejercicios de prueba y error) o que la costos involucrados a la decisión son demasiado elevados como para permitir estrategias de este tipo; y, (ii) que no toma en cuenta la presencia de heurísticos y de los sesgos en los seres humanos.

Ahora es momento de analizar las dos nociones equivocadas que sustentan el rechazo al paternalismo. Las nociones en cuestión se centran en la impresión de que existen alternativas viables al paternalismo y que éste siempre involucra coerción. A efectos de demostrar el error en el que incurren quienes acogen las dos razones apenas expuestas tomaremos prestado un ejemplo de Sunstein y Thaler. Pensemos en una cafetería, la cual –como es de esperar– debe tomar decisiones vinculadas al negocio: los ingredientes a usar, los productos a ofrecer y el orden en que se presentarán. Si el gerente a cargo se percatase que los consumidores tienen la tendencia a adquirir aquellos productos que se le presentan en primer lugar, ¿cómo debe presentarlos?

Con la intención de simplificar el análisis se pueden ofrecer las siguientes posibilidades: (i) elegir aquello que considera beneficiará más a los consumidores; (ii) elegir al azar; (iii) elegir los productos que engorden más a los consumidores; y (iv) brindar a los consumidores lo que cree que habrían elegido por sí mismos.

Si bien la opción (i) parece paternalista creemos que nadie abogará por las opciones (ii) o (iii), toda vez que en un caso se mostrarían de manera arbitraria y en el otro se ofrecerían los

productos que causen un mayor impacto negativo en los consumidores. En el caso de la opción (iv), que aparece como anti-paternalista, la objeción se reconduce a que no se puede ejecutar fácilmente en la realidad puesto que los consumidores no tienen –verdaderamente– un orden estable y claro de preferencias que pre-exista a la decisión de la cafetería.

Como se observa en el caso propuesto, no existe coerción y además es evidente que una organización –sea esta pública o privada– debe tomar una decisión sobre cómo se organiza o establece sus relaciones con terceros. No obstante ello, no puede negarse que esta decisión interna de la organización tiene gran incidencia en el comportamiento frente a terceros o, si se quiere, determinará o influirá lo que ellos podrán elegir. Asimismo, tampoco creemos que pueda negarse el hecho de que no existe una alternativa viable, pues una decisión *debe* ser tomada.

Ahora bien, en tanto que no existe coerción de algún tipo contra los consumidores del ejemplo, creemos que incluso un ferviente libertario tendrá que admitir que existe un margen de paternalismo que resulta aceptable. Empero, tal apreciación se alcanzará solamente cuando la calificación de *paternalista* no tenga una carga valorativa peyorativa sino que se convierta en una descripción de la realidad de las organizaciones. No es posible evadir una constatación, siempre hay decisiones operativas de algún tipo que siempre deberán ser tomadas por un miembro de toda organización social, política o económica. A los individuos que se les asigna el encargo de tomar estas decisiones se les denomina "arquitectos de decisiones"[34], toda vez que direccionan en uno u otro sentido el perfil de sus organizaciones y dan un derecho o imponen una carga a terceros (por ejemplo, establecen que si los terceros quieren obtener determinado resultado deberán efectuar cierto tipo de declaración estableciendo de este modo cierta regla supletoria).

A fin de lograr el objetivo de superar la carga negativa del término paternalista se pueden hacerse sugerencias puntuales: (i) que las políticas o programas se diseñen empleando un análisis sobre el bienestar que generan, midiendo tanto los costos como los beneficios que arrojan los resultados alcanzados (lo cual no necesariamente importará prestar atención a los específicos actos de consumo, ni en brindar siempre mayores posibilidades de elección a los individuos); y, (ii) que se aprovechen los hallazgos alcanzados por la psicología de la toma de decisiones a fin de establecer directrices *ex ante* que permitan aclarar cómo se decidirá cuál es la regla supletoria y por qué, así como también determinar cuando el incremento de opciones resulta auténticamente beneficioso (y no contraproducente).

Un ejemplo de cómo las ideas sugeridas pueden ser empleadas en la realidad social se presenta en el campo de las normas supletorias (o dispositivas) dirigidas a incentivar el ahorro con fines previsionales. En efecto, inicialmente en los Estados Unidos de América el trabajador debía inscribirse en el plan 401(k), vale decir, la regla supletoria era que el trabajador no quería ahorrar; en tal contexto el índice de inscripción fluctuó en el orden del 49%. Luego se invirtió la regla supletoria, así el trabajador tenía que remitir una solicitud a su empleador dirigida a que no se le incluya dentro del plan 401(k); gracias al cambio de la regla supletoria el índice de inscripción alcanzó el orden del 86%. Tan dramático cambio[35] se explica por el así denominado *sesgo de status quo* (o *status quo bias*)[36], según el cual los individuos tienden a no alterar su conducta a menos que se les incentive. En este caso los sujetos no elegían aquello que los beneficiaba (o, si se quiere, lo que deseaban) sencillamente por aquella tendencia a mantener

---

34 THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*. Edición revisada y ampliada. Penguin Books, 2009, p. 11.

35 MADRIAN, Brigitte C. y SHEA, Dennis F., *The power of suggestion: Inertia in 401(k) participation and savings behavior*, en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, núm. 4, 2001, pp. 1149 y ss.

36 KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack y THALER, Richard, *The endowment effect, loss aversion, and status quos bias*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, núm. 1, 1991, pp. 194 y ss., *ivi* pp. 197 y ss.

inalterada la realidad (una forma más de *bounded rationality*) o por como la información les era presentada (el denominado *framing*). Por ello no causará sorpresa constatar que en un alto índice de casos, la información que se brinda sobre los planes de ahorro previsional resulta incomprensible para la mayoría de personas o, en todo caso, que los sujetos adolecemos de *bounded will-power*[37] (por lo que nuestra actual decisión no resulta consistente con nuestros intereses a largo plazo).

En síntesis, la idea del paternalismo libertario se centra en explicar cómo el diseño de políticas públicas que tomen en cuenta la presencia de defectos cognitivos en los individuos (y la trascendencia del contexto en la toma de cualquier decisión) podrá incrementar el margen de beneficio esperado de su público objetivo. Estos fines nos parecen encomiables, aunque admitimos que existe más de una objeción que podría elevarse a esta construcción, por lo que debiéramos prestarle mayor atención a su estudio; sin embargo para los objetivos del presente ensayo, queda claro que el paternalismo libertario se erige como una perspectiva de análisis o de construcción de propuestas, más que un conjunto de reglas en sí mismas.

3. Algunas aplicaciones en el campo de la responsabilidad civil

Agreguemos un sesgo adicional a la breve lista que hemos desarrollado en el presente artículo: el sesgo de optimismo (*optimism bias*). Este sesgo afecta la estimación subjetiva que los agentes tienen sobre la probabilidad de ocurrencia de eventos futuros, ocasionando que se sobreestime la posibilidad de que un evento favorable se presente en la realidad y, al propio tiempo, que se subestimen los riesgos involucrados a la ocurrencia de eventos desfavorables[38]. Así, quienes sufran del sesgo de optimismo reaccionarán de modo inadecuado ante todas las amenazas jurídicas y/o incentivos que el sistema jurídico pueda generar, tales como las reglas de responsabilidad. Esta peculiar situación se producirá aun cuando los sujetos se encuentren debidamente informados acerca de la probabilidad promedio de ocurrencia de los eventos en cuestión.

La doctrina tradicional del *law and economics* considera que los problemas que se configurarán aquí como sesgo de optimismo pueden superarse proveyendo de información[39] a los interesados. Sin embargo, la evidencia empírica sugiere que el sesgo de optimismo se presenta aún cuando los individuos tengan información completa y adecuada[40]. Es por ello que se propone la alternativa de superar los sesgos cognitivos a través del Derecho (*debiasing through law*) o, en términos sencillos, que por medio del (re)diseño del Derecho se contribuya a corregir los errores de juicio y/o de procesamiento de información en los que incurren los individuos.

En lo que atiene a la responsabilidad extracontractual, el sesgo de optimismo juega un rol preponderante en aquellos casos en los que resulta de aplicación la culpa como criterio de imputación. Nos explicamos. Las personas que sufren de este sesgo tomarán pocas medidas de

---

37 JOLLS, Cristine, SUNSTEIN, Cass R., y THALER, Richard, *A behavioral approach to law and economics*, en *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1477 y ss.

38 LUPPI, Barbara y PARISI, Francesco, *Beyond liability: Correcting cognitive bias through tort law*, en *Queens Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 2009, pp. 47 y ss., artículo que fue traducido recientemente por nosotros y publicado en la edición 40 de *Ius et Veritas* (2010).

39 Al respecto véase STIGLITZ, Joseph E., *Economics of the public sector*, W. W. Norton & Company, Nueva York, 1986, citado por LUPPI, Barbara y PARISI, Francesco, *op. cit.*, p. 48.

40 JOLLS, Cristine y SUNSTEIN, Cass R., *Debiasing through law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2006, pp. 199 y ss.

precaución, lo cual devendrá en un incremento del número y gravedad de los accidentes[41]. El sesgo de optimismo puede provocar que una persona piense que un evento negativo no sucederá o que para eliminar la probabilidad de ocurrencia del mismo se requiere un nivel de inversión en precaución inferior a la real.

Observemos una hipótesis típica en la que, económicamente, debería regir el criterio de imputación culpa, esto es, una situación en la que existe precaución bilateral, por lo que las partes involucradas en el evento dañoso pueden afectar la probabilidad de ocurrencia del accidente al tomar precauciones. Pensemos en un accidente de tránsito entre un conductor y un peatón. El conductor puede reducir la probabilidad de ocurrencia del accidente al moderar su velocidad o al cederle el paso al peatón. Por su parte, el peatón aminorará la probabilidad de ocurrencia del accidente al asumir precauciones, como abstenerse de cruzar la vía mientras que el automóvil no se detenga del todo. Ahora procedamos a agregar el sesgo de optimismo: digamos que el conductor piensa (afectado por un optimismo no realista) que puede acelerar y evitar al peatón; mientras que el peatón, afectado también por este sesgo, cree que puede cruzar la vía antes que el vehículo se encuentre cerca a él[42].

Como es obvio, las actividades de precaución adicionales que cada una de las partes puedan incorporar tienen un costo específico, sin embargo, la inversión producirá cada vez un menor margen de beneficios conforme se vaya incrementando el nivel de actividad[43] (esto no es más que la aplicación práctica de la ley de utilidades marginales decrecientes o ley de los rendimientos marginales decrecientes). Vale decir, cuando las partes tienen un nivel bajo o nulo de inversión en precaución el incremento de tales medidas (en una unidad por ejemplo) producirá un gran impacto en la reducción del número y gravedad de los accidentes; mientras que si las partes ya tienen un nivel alto de inversión en precaución el incremento en inversión de precaución tendrá un impacto muy bajo o nulo en la reducción del número y gravedad de los accidentes. Así, si el objetivo social a perseguir es la maximización del bienestar social total, en el caso sugerido se alcanzará el nivel socialmente óptimo de precaución en el instante en que el beneficio social de tomar una unidad adicional de precaución (esto es, el beneficio marginal) iguale el costo social de dicha precaución (esto es, el costo marginal).

Lamentablemente, el optimismo no-realista que sufren los sujetos involucrados en nuestro caso los llevará a considerar que existe una probabilidad menor de que el accidente ocurra. Ante ello, los individuos afectados por el sesgo de optimismo percibirán cada incremento en inversión de medidas de precaución como menos valioso de lo que realmente es, toda vez que considera que el riesgo de accidentes es muy bajo o, lo que es lo mismo, que su nivel actual de inversión en precaución resulta muy elevado (con lo que el rendimiento de la inversión que realice es muy bajo).

De conformidad a las evidencias empíricas y experimentales, el conocimiento sobre la probabilidad real de cierto evento dañoso tiene un impacto muy limitado en la superación o corrección del propio sesgo de optimismo, toda vez que a pesar de ello los individuos no se

---

41 CALABRESI, Guido, *The cost of accidents: A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970; y POSNER, Eric A., *Probability errors: Some positive and normative implications for tort and contract law*, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 11, 2003, pp. 125-127.

42 Para una interesante aproximación al problema de las precauciones bilaterales se puede recomendar la consulta de COOTER, Robert, *Unity in tort, contract and property: The model of precaution*, en *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1 y ss.

43 PARISI, Francesco y FON, Vincy, *Comparative causation*, en *American Law and Economics Review*, vol. 6, 2004, p. 351.

dan cuenta que ellos se encuentran afectados por el sesgo[44]. Para intentar superar estas circunstancias analicemos dos estrategias dirigidas a hacer frente al sesgo de optimismo en la responsabilidad extracontractual y que son expuestas por Luppi y Parisi, nos referimos a: (a) las estrategias de responsabilidad; y, (b) las estrategias de exclusión. Los sistemas jurídicos asignan responsabilidad a los causantes del daño si es que estos saben o debieran saber cuan riesgosa es realmente la actividad. Vale decir, bajo una estrategia de responsabilidad se interpretará que los errores de juicio que se fundan en el sesgo de optimismo se constituyen en prueba de la culpa: la responsabilidad es impuesta si es que el dañador no adopta aquellas medidas de precaución que un hombre diligente (esto es, un agente totalmente racional y sin sesgos) habría asumido.

Ahora consideremos las estrategias de exclusión como una alternativa para la corrección de estos sesgos. Bajo las estrategias de exclusión no se interpretará de manera automática que la presencia del sesgo de optimismo resulta *per se* la prueba de la culpa, sino que se percibe tal situación como una característica inherente a la naturaleza humana. En tal sentido, sólo se le imputará responsabilidad al dañador si es que no adopta las precauciones que, de acuerdo a su propia valuación subjetiva acerca de las probabilidades de ocurrencia del evento, fuesen razonables. El riesgo de una regla de este tipo es que se incentivarían conductas oportunistas, para evitar ello se debe ajustar el nivel de precaución a fin de determinar el impacto que este genera en una persona promedio en circunstancias similares.

Esto podría parecer muy complicado e incluso forzado, sin embargo ello no es realmente así, es más en la actualidad los sistemas jurídicos ya funcionan de esta manera cuando aceptan una evaluación objetiva de la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual (el Perú es uno de ellos). Adicionalmente, cabe aludir que la estrategia de exclusión de responsabilidad se maneja implícitamente en algunos campos del Derecho. Por ejemplo, en la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos se suele desplazar hacia los fabricantes la carga de corregir el sesgo de optimismo del consumidor, sea con el incremento de precaución en la seguridad, sea con el incremento en la información adecuada (no solamente en cuento a cantidad sino calidad y en facilidad de procesamiento), etc.

4. A manera de conclusión

En la páginas precedentes hemos intentado resumir de manera breve algunos de los postulados y alcances de la economía conductual, así como el impacto que ello podría tener en el análisis de algunos fenómenos jurídicos debido al advenimiento del denominado *behavioral law and economics*. Si, como se ha manifestado en otros lugares, el sentido de los modelos económicos (y sobre todo aplicados en el Derecho) es la predicción de las conductas y/o decisiones humanas, entonces comprender ambos procesos nos ayudarán a generar un mejor modelo y por ende colaborar en mayor medida en la regulación, si es que no en la solución de conflictos jurídicos.

Evidentemente el asunto resulta no sólo interesante desde un punto de vista teórico, sino que reviste gran trascendencia práctica. La complejidad en el análisis que puede percibirse a lo largo de estas páginas, sobre todo si se le compara con el modelo más sencillo de la teoría de la elección racional que propugna el *law and economics* tradicional, y el esfuerzo que tal labor importará se encuentra largamente compensado por el aporte que puede cumplir para afinar el análisis jurídico. Esto requerirá un compromiso de parte de los involucrados para la

---

[44] WEINSTEIN, Neil D., LYON, Judith E., SANDMAN, Peter M. y CUITE, Cara L., *Experimental evidence of stages of health behavior change: The precaution adoption model applied to home radon testing*, en *Health Psychology*, vol. 17, 1998, pp. 445 y ss.

investigación de estas materias, apertura a nuevas ideas y por supuesto una meditación sosegada.

Lima, 13 de octubre de 2011