



Renzo E. Saavedra Velazco^(*)(**)

Deconstruyendo al **homo economicus**

Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

“CIERTAMENTE, CASI SE PUEDE SOSTENER QUE SU TRASCENDENCIA ES DIRECTAMENTE PROPORCIONAL AL RECHAZO QUE, EN SU MOMENTO, SE OBSERVÓ EN AQUELLOS OPERADORES JURÍDICOS NACIONALES MÁS TRADICIONALES, QUIENES SOSTUVIERON QUE TALES PLANTEAMIENTOS RESULTABAN PER SE INAPLICABLES A LA REALIDAD DE UN PAÍS PERTENECIENTE AL CIVIL LAW.”

1. Premisa

No deja de sorprenderme la manera, casi imperceptible, con la que el tiempo transcurre. Si bien resulta natural que así suceda, en tanto que -como dicta el saber popular- el tiempo vuela mientras uno se divierte. Tal vez podría reformular esta frase y decir que es lógico que el incesante transcurso del tiempo se disfrute cuando uno tiene la gran fortuna de encontrarse rodeado (en los distintos planos de su vida) de personas valiosas.

Así, y queriendo profundizar en esta idea, es posible sostener que observar una vida es como estar frente a una pintura. Muchas veces uno debe apartarse un poco del objeto que se examina para estar en condiciones de valorar sus detalles y -a su vez- apreciar a cabalidad la obra. En mi opinión, las experiencias que uno vive y su trascendencia, qué duda cabe, son muy difíciles de sopesar cuando se encuentran próximas al momento en que se las evalúa, por ello se requiere que de

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

(**) Deseo resaltar que una versión preliminar del presente ensayo fue materia de la exposición que hiciera en el VI Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en la ciudad de Piura entre el 22 y 25 de setiembre de 2010. La ponencia aludida llevó por título: *Superando los sesgos cognitivos a través del Derecho: Breve análisis del Derecho contractual y de la Responsabilidad extracontractual* y fue pronunciada el 22 de setiembre. Asimismo, y más recientemente, publiqué el bosquejo de dicha ponencia en la *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, n.º 31 (abril-junio), Legis Editores, Bogotá, 2011, pp. 80-106, bajo el título: *Aplicaciones prácticas del behavioral law and economics: ¿superando sesgos cognitivos?*, la cual resulta ser una versión reducida y, a su vez, menos desarrollada de lo que será expuesto en las siguientes páginas.

Deconstruyendo al *homo economicus*:
Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*



tanto en tanto intentemos revisitamos las lecciones aprendidas y, por qué no, extraer algunas nuevas. Si solo se atendiese a la trascendencia de la vida, que es una actividad a la que -cuando menos en principio- le dedicamos muchísimo tiempo (no por nada “se vive día a día”) y en la que debiéramos volcar todas las capacidades y habilidades que poseemos, podría causar cierta perplejidad constatar no sólo la lentitud del aprendizaje, sino que nuestras decisiones distan mucho de ser las que maximizan nuestra propia función de utilidad e incluso -y en no pocas ocasiones- van en contra de nuestros intereses a largo plazo.

Trabajaré un poco más sobre este punto más adelante. Por el momento quisiera relatar la imagen que me asalta cuando pienso en racionalidad y en la toma de decisiones. Hace poco más de seis años iniciaba mi último ciclo en la Facultad de Derecho y me había matriculado en el curso de Análisis Económico del Derecho. Al principiar la clase, el profesor

“LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA NO SIEMPRE FUE TAN CONFLICTIVA COMO SE LA VE EN LA ACTUALIDAD. EN EFECTO, POR VARIOS SIGLOS AMBAS DISCIPLINAS SE ESTUDIABAN PARALELAMENTE EN LAS UNIVERSIDADES, TAN ES CIERTO ELLO QUE ADAM SMITH -TAL VEZ LA MÁS GRANDE MENTE ECONÓMICA DE TODOS LOS TIEMPOS- FUE TAMBIÉN PROFESOR DE JURISPRUDENCIA.”

Alfredo Bullard se ocupó de subrayar el marco conceptual bajo el cual se abordarían las clases, vale decir, pasó a describir las características del *homo economicus* y además que el objetivo de la Economía (y, en particular, de la microeconomía) se centraba en la predicción de conductas. Aunque casi la totalidad de alumnos ya habíamos leído varios de sus trabajos la afirmación pareció demasiado ambiciosa, si es que no irrealizable, suscitándose así las primeras objeciones, las cuales giraban en torno a que el esquema era excesivamente simple y que no se ajustaba a la complejidad del mundo real.

La reacción no pudo ser más equilibrada, aunque ciertamente apegada a los dictados del *mainstream* económico, “la irrealidad de las asunciones que se emplean en la Economía no impiden que sea una útil y poderosa herramienta para lograr el objetivo sugerido: prever las conductas humanas; toda vez que muestra una tendencia que se replicará en la realidad”⁽¹⁾. Luego de esta respuesta y con el

(1) Al respecto puede consultarse la opinión de FRIEDMAN, Milton. *The methodology of positive economics.*, En: *Essays in positive economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1953. pp. 8–9, quien afirma que: “(...) una teoría debe ser



Renzo E. Saavedra Velazco

desarrollo de algunos ejemplos, muchos de quienes asistieron a dicha clase se convirtieron en creyentes de la utilidad de la Economía y de la veracidad de la afirmación transcrita; toda vez que el modelo del *homo economicus* y de un mercado en el que se concurre sin fricciones (esto es, sin altos costos de transacción) sí permitía la predicción de ciertas conductas que se verificarían luego en la realidad social, con lo cual uno debía concluir que el impacto de las objeciones era más bien marginal⁽²⁾.

Indudablemente, nadie desconocerá el impacto que ha significado la incorporación de cánones económicos al estudio formal de los fenómenos jurídicos. Ciertamente, casi se puede sostener que su trascendencia es directamente proporcional al rechazo que, en su momento, se observó en aquellos operadores jurídicos nacionales más tradicionales, quienes sostuvieron que tales planteamientos resultaban *per se* inaplicables a la realidad de un país perteneciente al *Civil Law*⁽³⁾. Ambas constataciones, creo, se encuentran fuera de cualquier discusión; e incluso los constantes aportes brindados por esta aproximación al Derecho han permitido consolidar no sólo una bibliografía básica, sino que hoy el *Law and Economics* se percibe como una entidad nativa del mundo jurídico. Sin embargo, no puede negarse que aún existen ciertos campos

y/o conceptos que siguen ocasionando -como en la etapa de divulgación del método- las mismas reacciones "alérgicas"⁽⁴⁾.

No obstante lo apenas indicado, el *Law and Economics* fue encumbrado a la categoría de precursor de acaso la más grande revolución en el Derecho. Tal vez el único otro método que pueda hacerle frente, en cuanto a trascendencia y complejidad, sea la comparación jurídica. El método comparado, empero, no ha logrado calar en los Estados Unidos⁽⁵⁾ a diferencia de lo que ha sucedido en los países europeos; y que, lentamente, también se viene manifestando en los planteamientos más recientes de un sector de nuestros académicos.

Debido el *status* alcanzado por el análisis económico del Derecho, en la actualidad ya no se cuestiona ni el método empleado por esta aproximación ni mucho menos las asunciones de las cuales se parte. Curiosamente, una perspectiva crítica (o que cuanto menos nació para dar una visión alternativa al Derecho,

juzgada por su poder predictivo respecto de la clase de fenómenos que intenta 'explicar'... el único criterio relevante para evaluar la validez de una teoría es la comparación de sus predicciones con la experiencia. La hipótesis es rechazada si sus predicciones son contradichas ('frecuentemente' o más a menudo que las predicciones de una hipótesis alternativa); y es aceptada si sus predicciones no son contradichas(...)".

- (2) En esa misma línea de ideas me permito remitir a FRIEDMAN, Milton, *Op. cit.*; pp. 14-15, "Una hipótesis es importante si 'explica' mucho con poco, esto es, si es que abstrae los elementos cruciales y comunes de la masa de circunstancias complejas y detalladas que rodean al fenómeno a ser estudiado y permite que se efectúen predicciones válidas sólo sobre la base de tales elementos. Para ser importante, por lo tanto, una hipótesis será descriptivamente falsa en sus asunciones; en tanto que no toma en cuenta, y presume que no se considere, ninguna de las circunstancias adicionales que rodean el caso, en tanto que demuestra de modo exitoso que son irrelevantes para la explicación del fenómeno".
- (3) Aunque no comparto la integridad de los argumentos expuestos, en atención a que no reflejan de manera fidedigna los alcances del método dogmático, aún resulta muy ilustrativo el artículo de BULLARD GONZALES, Alfredo. *Esquizofrenia jurídica: El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú*. En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda época, n.º 44, 2002, pp. 17 y siguientes.
- (4) Las alergias a las que deseo aludir pueden dividirse en: (i) *Reacciones a nivel sistémico*, vale decir, cuando una figura se incorpora a un sistema jurídico e interacciona negativamente con otra preexistente; y, (ii) *Reacciones a nivel individual*, esto sucede cuando ciertas nociones y/o postulados interaccionan de manera negativa con el sentido común y/o con la realidad empírica. Sobre la primera reacción se puede aconsejar la lectura de TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. En: *Modern Law Review*. Volumen LXI. n.º 1, 1998, pp. 11 y siguientes; mientras que la segunda reacción será abordada en el presente trabajo.
- (5) Aspecto que es denunciado por MATTEI, Ugo. *An opportunity not to be missed: The future of comparative law in the United States*. En: *American Journal of Comparative Law*. Vol XLVI, n.º 4, 1998, pp. 637 y siguientes.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

apartándose del formalismo jurídico) ha ido paulatinamente perdiendo tal carácter y se ha sentido cada vez más a gusto de sus logros, por lo que pareciera que sólo aspira a mantener el prestigio alcanzado y limitándose a realizar estudios específicos dirigidos a confirmar -una y otra vez- las grandes reglas ya enunciadas⁽⁶⁾. Por esto algunos ya se animan, incluso, a hablar de la decadencia del *Law and Economics* como corriente y con ello el debilitamiento del propio liderazgo intelectual del derecho estadounidense. Tal afirmación se sustenta no en una hipotética (y errada) sinonimia entre ambos términos, sino en que en el pasado la pérdida de liderazgo intelectual se generó por la excesiva atención por parte de los operadores jurídicos al propio sistema nacional, lo cual impedía que se brinden soluciones y/o se sugieran planteamientos que fuesen replicables en países en los que no se comparta la misma regulación positiva⁽⁷⁾.

Así, el *mainstream* del *Law and Economics* se ha despreocupado de superar las críticas de las que era objeto el modelo de lo que es un ser humano racional, sustentado básicamente en un paradigma neo-clásico, cuando ellas tienen enorme trascendencia en tanto que varios de sus postulados teóricos se apartan -en mayor o menor medida- de lo que instintivamente (o incluso empíricamente) son las conductas y decisiones humanas. Producto de esta desidia, a la que se debe agregar el creciente interés en los hallazgos de las ciencias del comportamiento, han ido ganando terreno aquellas aproximaciones que procuran acotar dichos postulados a fin de que el modelo del *homo economicus* se parezca más al *homo sapiens* (o personas de carne y hueso). La intención no es demoler las valiosas construcciones que el *Law and Economics* nos ha legado, pero sí dotar de realidad a estos postulados con la esperanza de que se puedan predecir de mejor manera las conductas humanas y, por qué no, contribuir al resguardo de los mercados de decisiones individuales que distan de ser racionales (en los términos con los que se

entiende en la micro-economía clásica) y que no logran maximizar el interés individual.

En un contexto como el descrito, creo que se deben dar los primeros pasos dirigidos a fortalecer y/o reformular algunos de los modelos o esquemas con los que se hace *Law and Economics* en nuestro país. Las ideas con las que iniciamos estas líneas nos muestran dos cosas de suma importancia: la primera es que en ocasiones la dedicación de tiempo a un asunto es más extensa de lo que se piensa, precisamente porque uno realiza cosas que le apasionan, lo cual debe ser enmendado cuando resulta pernicioso; la segunda es que aún cuando le demos mucho tiempo a una actividad es posible que no nos hemos dado cuenta de algunos defectos o -peor aún- nuestra mente nos juega una mala pasada y nos hace percibir de cierta manera algo que en la realidad es totalmente distinto. En ambos casos, la solución es la misma, demos unos pasos hacia atrás para ver la pintura en toda su integridad y aboquémonos a analizar los detalles que pasamos por alto.

2. El rol del positivismo en el Derecho y la Economía: ¿creando un antagonismo?

La relación entre el Derecho y la Economía no siempre fue tan conflictiva como se la ve en la actualidad. En efecto, por varios siglos ambas disciplinas se estudiaban paralelamente en las Universidades, tan es cierto ello que Adam Smith -tal vez la más grande mente económica

(6) Idea que es expresada por MATTEI, Ugo. *The rise and fall of law and economics: An essay for judge Guido Calabresi*. En: *Maryland Law Review*, volumen 64, n.º 1-2, 2005, pp. 220 y siguientes. *ivi* pp. 240-246. Sin embargo, también podría ser de interés la consulta de GAROUPA, Nuno. *The law and economics of legal parochialism*. En: *Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series*, Research paper n.º LBSS11-19, abril de 2011, en donde se expone las semejanzas de la protección comercial con el conservadurismo jurídico, ello para explicar las razones por las que una corriente o una figura jurídica puede encontrar obstáculos a su desarrollo debido al interés de ciertas élites de mantener el *status quo* intelectual.

(7) Al respecto, se debe consultar el trabajo de MATTEI, Ugo. *Why the wind changed: Intellectual Leadership in western law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Vol. LXII, n.º 1. 1994. pp. 195 y siguientes.



Renzo E. Saavedra Velazco

de todos los tiempos- fue también profesor de Jurisprudencia, e incluso los apuntes de una de las conferencias que dictó en la Universidad de Glasgow llegó a ser publicada bajo el título: *Lectures on justice, police, revenue and arms* (libro en el que también se incluye una versión preliminar de *The wealth of the nations*)⁽⁸⁾.

Por este motivo no debe causar mayor sobresalto recordar que el propio Smith, a la sazón profesor de Filosofía Moral en Glasgow, sugiriera en algunos de sus trabajos que no sólo se debía contextualizar el comportamiento económico dentro de una teoría moral, sino que las virtudes debían erigirse como un límite a la búsqueda de la satisfacción del propio interés⁽⁹⁾. La Economía es, sin embargo, en la actualidad muy diferente de lo que Smith pensó al momento en que escribió sus obras. Acaso sería más preciso sostener que el *mainstream* económico es el que resulta sustancialmente distinto del pensamiento del ilustre autor escocés, toda vez que las corrientes conductuales de la Economía sí procuran incorporar variables psicológicas para la mejor comprensión y predicción del comportamiento humano.

Así las cosas, podría suscitarse la siguiente interrogante, ¿qué sucedió entre el momento en que Smith publicó tales opiniones y la consolidación de la Economía como ciencia social en el siglo XX? Dar una respuesta cabal a tal pregunta excede (y en mucho) tanto los alcances del presente ensayo, como (y sobre todo) mis conocimientos, por ello -y aplicando un heurístico- intentaré responder una pregunta más sencilla⁽¹⁰⁾ pero estrechamente vinculada a la anterior: ¿qué sucedió en el Derecho y la Economía para que su interacción dejase de ser fluida y para que sus perspectivas se perciban como antagónicas? La respuesta, sorprendentemente, atiene

a una antigua discusión metodológica: el positivismo⁽¹¹⁾.

En efecto, como se ha mencionado la interacción entre el Derecho y la Economía existió desde antiguo, pero es a partir de fines del siglo XIX (y sobre todo a inicios del siglo XX) que se comenzó a experimentar un progresivo proceso de separación entre ambas. En tal período, la metodología económica sufrió una profunda expansión que le permitió convertirse en la reina de las ciencias sociales⁽¹²⁾; a fin de demostrar tal aseveración uno solamente necesita recordar que entre 1880 y 1890 se produjo la denominada revolución marginal. El marginalismo es tal vez el núcleo central de la economía neo-clásica, no solamente porque generó una teoría más compleja y completa sobre la formación de los precios (si es que no una nueva forma de ver el propio comportamiento de la oferta y la demanda), sino porque -esencialmente- permitió la masiva incorporación de las matemáticas en el análisis de problemas económicos⁽¹³⁾.

La idea básica del marginalismo se puede condensar en nociones que no resultarán del todo ajenas para quienes hayan tenido la oportunidad de leer algún texto introductorio de *Law and Economics*. Por un lado, la noción de valor se construye en atención a variables tales como el deseo y la necesidad (vale decir, el valor es subjetivo y no necesariamente

(8) Al respecto pueden consultarse el libro de MATTEI, Ugo. *Comparative law and economics*. University of Michigan Press, Michigan, 1997, pp. 41-42.

(9) Nos referimos a su otra gran obra *The theory of moral sentiments* (1759), en donde se abordan varios sentimientos y disposiciones psicológicas vinculadas a la moralidad.

(10) En mi opinión, es no sólo justo sino oportuno que haga ejercicio de un heurístico de este tipo, vale decir, en que sustituyo dar una respuesta a una pregunta difícil absolviendo una pregunta más sencilla. A ello se le denomina "sustitución de atributos", uno de los procesos bajo los que típicamente trabaja un heurístico. Un desarrollo más extenso de esta idea se puede observar en SUNSTEIN, Cass R. *Precautions against what? The availability heuristic and cross-cultural risk perceptions*. En: *University of Chicago Law and Economics, Olin Working paper*, n.º 220, 2004, p. 14.

(11) MATTEI, Ugo. *The rise and fall of law and economics: An essay for judge Guido Calabresi*. *Op. cit.*; p. 232.

(12) MATTEI, Ugo. *Op. cit.*; p. 231.

(13) Los padres de esta revolución fueron W. Stanley Jevons, Carl Menger y Leon Walras.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

tiene un correlato con el costo de producción). Por otro lado, para efectuar el cálculo del valor de determinado bien (entendido en términos amplios) se deberá atender al nivel de satisfacción que dicho bien puede proveer al adquirente (esto es, a quien recibe el bien o disfruta del servicio), así el valor guarda una estrecha y directa relación con la aptitud del bien para satisfacer una necesidad en concreto y por la necesidad específica que experimenta el adquirente -lo cual importará a su vez un análisis acerca del nivel de oferta y/o demanda- en el momento en que decide efectuar la decisión de consumo (vale decir, el rendimiento de un bien dirigido a la satisfacción de cierta necesidad no siempre es el mismo, sino que puede verse reducido en atención al momento en que es consumido y/o adquirido, por lo que estas variables impactarán en su valor; dicho en otros términos, aquí se enuncia la ley de los rendimientos marginales decrecientes).

En este contexto histórico se sembraron las diferencias metodológicas y culturales entre estos dos campos de estudio. No creo que se susciten mayores objeciones, sea en uno u otro campo, acerca de los diferentes estilos discursivos, epistemologías, formas literarias y, por qué no decirlo, de las retóricas empleadas por los economistas y por los abogados. Esto genera una tendencia -natural por lo demás- a rechazar un fluido intercambio interdisciplinario, pues esto se percibe como una forma de abdicación de la propia cultura frente a la del otro (una forma más de conservadurismo), amén de la dificultad de comprender al "otro"⁽¹⁴⁾.

El positivismo como corriente de pensamiento había logrado cierta consolidación tanto en la Economía como en el Derecho a finales del siglo XIX y en los inicios del siglo XX. Como es natural empero, las diferencias existentes al interior de la Economía. Un dato al que los abogados no prestamos demasiada atención es a (e inclusive dentro del propio *Law and Economics*). Así, la Economía intenta brindar, por lo

general, una explicación sobre la realidad (vale decir, sobre el "es") para estar en capacidad de predecir las conductas que *ceteris paribus* se producirán en el futuro; pero le presta escaso interés a lo que resulta mejor o hacia donde debería dirigirse el comportamiento económico (esto es, al "deber ser"). Si bien esta es una posición consolidada en el *mainstream* económico no significa que no se hagan investigaciones desde una perspectiva distinta; en el *Law and Economics*, por ejemplo, se pueden resaltar los aportes de Guido Calabresi en los que se adopta una visión normativa de la Economía o las innovaciones propuestas por James Buchanan dentro de la denominada perspectiva funcional o Escuela de Virginia (a mitad de camino entre propuestas normativas y positivas)⁽¹⁵⁾.

En cambio, el positivismo en el Derecho tuvo connotaciones distintas. Antes de proceder a explicar ello se debe resaltar algo fundamental: mientras que en la Economía el positivismo es una posición casi incuestionable, en el Derecho no se puede decir lo propio, tan es cierto ello que se han existido vivos y extenso debates sobre la materia. Cabría aquí recordar -entre otros- el debate en el que se enfrascaron, durante la década del cincuenta del siglo pasado, los profesores Herbert Lionel Adolphus Hart⁽¹⁶⁾ y Lon Fuller⁽¹⁷⁾.

Así, puede decirse que mientras el positivismo significó para la Economía la separación entre los hechos y los valores, entre el ser y el deber ser o, si se quiere, entre los discursos

- (14) Al respecto véase KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the separation of Law and Economics*. En: *Michigan Law Review*, volumen 94. n.º 7. 1996, pp. 2229 y siguientes, *ivi* p. 2230.
- (15) PARISI, Francesco. *Positive, normative and functional schools in Law and Economics*. En: *European Journal of Law and Economics*. Volumen 18. n.º 3. 2004. pp. 259 y siguientes, *ivi* pp. 262-265.
- (16) HART, H. L. A. *Positivism and the separation of Law and Morals*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 71. n.º 4, 1958, pp. 593 y siguientes.
- (17) FULLER, Lon L. *Positivism and fidelity to Law - a Reply to professor Hart*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 71. n.º 4. 1958, pp. 630 y siguientes.



Renzo E. Saavedra Velazco

positivos de aquellos de carácter normativo⁽¹⁸⁾; para el Derecho el positivismo tuvo un impacto de diverso cariz, ya que se afirmó su separación respecto de todo elemento que fuese ajeno o externo a la norma jurídica, razón por la cual se promovió su desvinculación respecto de temas como la moral, la política y la sociedad. En ambos campos de estudio el acogimiento de una visión positiva tenía como propósito extraer del análisis todo aquello que no correspondiese auténticamente a las materias de sus competencias, lo cual favoreció su desarrollo; empero tal circunstancia también acentuó sus diferencias e imposibilitó que los progresos alcanzados -sea en la Economía, sea en el Derecho- pudieran ser difundidos con facilidad, ocasionando que la evolución se produzca por vías separadas⁽¹⁹⁾. Conocer esta situación sirve para reconocer hasta dos situaciones en particular: (i) cuál es el problema pragmático que tanto la Economía como el Derecho pretenden absolver por considerarlos como parte de su campo de trabajo; y, (ii) los fundamentos metodológicos sobre los cuales cada profesional labora, permitiendo identificar los compromisos asumidos por cada uno de ellos.

Un economista positivista describiría el método con el que trabaja en términos similares al que expuso Friedman en su oportunidad⁽²⁰⁾, vale decir, lo graficaría como un procedimiento por el cual uno formula una hipótesis que luego debe procurar falsar⁽²¹⁾ a través de observación empírica, comprobando así su confiabilidad y solidez⁽²²⁾. Así, si producida la contrastación de la hipótesis con la realidad, la misma ostentaba capacidad predictiva, entonces se concluía que la teoría resultaba válida, no importando si las premisas no resultaban plausibles o

verosímiles. El acento de la Economía positiva se coloca en la construcción de modelos que, acogiendo pocos datos fácticos de la realidad, produzcan resultados satisfactorios en cuanto a la predicción de conductas económicas.

La sustancial identidad entre la teoría construida y la realidad es vista no sólo como poco importante (pues si se puede explicar lo mismo con menos asunciones, ¿por qué complicar el modelo más de lo necesario?), sino como algo *positivamente* malo (al contravenir los propios postulados sobre los que se basa esta aproximación). Considero que tener este dato en mente nos permitirá a los abogados comprender por qué las asunciones de las que parte la Economía neoclásica nos parecen tan ingenuas⁽²³⁾, pues tienen como propósito último la simplificación de la realidad. Asimismo, esta situación nos permitirá también entender por qué los economistas se aferran con vigor a ellas, aún a pesar de que se les demuestre que resultan irreales, pues -en palabras de Friedman- lo auténticamente importante en una teoría es que explique de modo satisfactorio el fenómeno estudiado y, por extensión, se demuestre como más fiable respecto del resto de las demás alternativas sugeridas.

-
- (18) En este punto resulta ilustrativa la opinión de HOVENKAMP, Herbert. *Positivism in Law & Economics*. En: *California Law Review*. Volumen 78. n.º 4. 1990, pp. 815 y siguientes, *ivi* p. 816, quien sostiene que "Los economistas a menudo emplean la palabra 'positivo' para referirse al análisis económico que es descriptivo en lugar de normativo. Un análisis económico positivo dice simplemente que, dado cierto conjunto de premisas, A, B y C, se verificará una conclusión D. Una proposición económica positiva sería: 'Si la producción nacional no es competitiva, los precios serán más altos debido a las cuotas de importaciones extranjeras'. Por el contrario, la economía normativa involucra una política de elección entre diversas alternativas. Una proposición económica normativa sería: 'la fijación de cuotas de entrada es una mala política, particularmente si la producción nacional no resulta competitiva.'"
- (19) KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the separation of Law and Economics*. *Op. cit.*; p. 2236.
- (20) Véase texto y nota al pie (1).
- (21) Para una aproximación al procedimiento de falsación, si bien aplicado al Derecho, se recomienda la consulta de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniel Brückner y José Luis de Castro, Madrid: Civitas, 1995. *passim*.
- (22) HOVENKAMP, Herbert. *Positivism in Law & Economics*. *Op. cit.*; p. 817.
- (23) Opinión expuesta por BALKIN, Jack M. *Too good to be true: The positive economic theory of law*. En: *Columbia Law Review*. Vol. 87. 1987. pp. 1447 y ss., *ivi* pp. 1476-1477, así como por KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the separation of Law and Economics*, *Op. cit.* p. 2232.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

Curiosamente, las premisas sobre las que se trabajaba en las primeras décadas del siglo XX, incluían explícitamente algunas referencias a argumentos psicológicos que podían ayudar a comprender el comportamiento económico⁽²⁴⁾. Sin embargo, a partir de la década del cuarenta y cincuenta la presencia de tales propuestas es casi inexistente en el *mainstream* económico, la justificación de dicho declive podría explicarse -en no escasa medida- en el advenimiento de la revolución matemática en la Economía (abanderada por autores como John Hicks y Paul Samuelson), lo cual con seguridad se convirtió en el detonante para el constante incremento -por así llamarlo- de las capacidades intelectivas del modelo abstracto del hombre racional (o *homo economicus*) con el cual se trabajaba. Tal revolución se sustentó en el pleno desarrollo de la teoría de la utilidad marginal, acaecida en la década del veinte, y por la formalización de los micro fundamentos de la teoría keynesiana⁽²⁵⁾.

Tomémonos siquiera un instante para reflexionar, brevemente, sobre los aspectos que se acaban de resaltar. Por un lado, se tiene a los economistas, quienes consideran que cuando se construye una teoría se debe procurar simplificar la realidad, pues solamente así se logrará identificar los elementos fundamentales del fenómeno estudiado y se podrá retirar del análisis todas aquellas características que tienen un impacto marginal en el modelo teorizado (por lo que no constituyen elementos definitorios del fenómeno y como consecuencia no sirven para la construcción de una teoría que aspira a formular predicciones). Por otro lado, se tiene a los juristas, quienes piensan que cuando se propone una teoría se debe evaluar la mayor cantidad de variables posibles en tanto que todas ellas tienen la potencialidad de modificar la decisión en concreto.

Adicionalmente, se tiene que aceptar que los economistas tienen como aspiración lograr una teoría que permita describir

con fiabilidad la realidad (etapa descriptiva) a fin de alcanzar la predicción de conductas económicamente relevantes (perspectiva positiva); mientras que la misma situación, la descripción de la realidad, genera en los abogados -sobre todo, como es claro, en los académicos- discusiones tendentes a aclarar cómo se la puede explicar de modo jurídicamente satisfactorio y por ende como debiera regularse el fenómeno (mientras que en el *Common Law* esto se efectuaría primordialmente en la etapa judicial, procurando convencer al juez de tomar una decisión -ejercitando tanto el *distinguishment* como el *overruling*-; en el *Civil Law* la tarea corre a cargo de un sujeto distinto, el doctrinario, quien actuando en los foros académicos intentará que a través de cierta regulación normativa o por la consolidación de una corriente en la judicatura se acoja su posición). Desde un punto de vista metodológico se debe admitir que los abogados -sea cual fuere el sistema en el que nos movamos- tendemos a erigir y a adoptar discursos normativos⁽²⁶⁾, vale decir, nos preocupamos por debatir acerca de lo que *deber ser* y no centramos en lo que "es". Acaso sea este punto el que cause los mayores conflictos entre economistas y abogados.

Habiendo constatado las diferentes maneras en las que los economistas y los abogados desarrollan sus investigaciones y en la que conciben la finalidad de sus respectivos campos de estudio: ¿realmente podemos alegar sorpresa cuando verificamos que

(24) THALER, Richard. *From homo economicus to homo sapiens*. En: *Journal of Economic Perspectives*. Volumen 14. n.º 1, 2000. p. 134.

(25) HOVENKAMP, Herbert. *The first great Law & Economics movement*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 42. n.º 4. 1990. pp. 993 y ss., *ivi* p. 995.

(26) POSNER, Richard A. *The economic approach to law*. En: *Texas Law Review*. Volumen 53, n.º 4. 1975. pp. 757 y siguientes., *ivi* p. 768, sostiene que: "Es una característica general de la investigación jurídica, y una deplorable en mi opinión, que el análisis normativo prepondere ampliamente sobre el positivo. Los abogados académicos se encuentran en general más contentos predicando sobre la reforma del sistema jurídico que tratando de comprender como este opera (...) El resultado de la preferencia por el análisis normativo es que nuestro conocimiento del sistema jurídico es excesivamente escaso, incompleto y asistemático - una situación que, irónicamente, torna muy complicado proponer válidas reformas del sistema".



Renzo E. Saavedra Velazco

ambos profesionales se aproximan de forma diversa a los problemas sociales? o, para ser aún más preciso, ¿puede 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? Creo que la respuesta se cae de madura: no, no podemos. Sin embargo, lograr identificar una diferencia tan relevante como la que se erige alrededor entre los discursos positivos y normativos puede ayudar a que los abogados nos aproximemos con mayor flexibilidad y amplitud de criterio a los aportes propuestos por la Economía.

Sin perjuicio de lo antes expresado, habría que subrayar un dato adicional que atiene a características diferenciales entre los sistemas jurídicos que pertenecen al *Common Law* (y en particular el sistema estadounidense) frente a los sistemas que forman parte del *Civil Law* y que podría contribuir a esbozar el éxito de la aproximación económica en dichos países. Así, en el sistema estadounidense a una persona que aspira a convertirse en un licenciado en Derecho se le exige contar con un grado académico previo, vale decir, el estudiante debe haber culminado estudios en –por ejemplo– filosofía, sociología, economía, etcétera. El Derecho se convierte así en un *estudio de postgrado profesional*, en el sentido que el estudiante obtiene la licenciatura en Derecho pero no un grado académico equivalente a una maestría⁽²⁷⁾.

Este dato tiene, en mi opinión, enorme trascendencia. Esta circunstancia ocasiona que el estudiante de Derecho tenga una base cultural más amplia de lo que, por lo general, ocurre en los países del *Civil Law*, sin mencionar experiencia en el ejercicio de alguna otra profesión. Así las cosas, el énfasis

en la interdisciplinariedad⁽²⁸⁾ con la que se aborda el estudio de cualquier fenómeno jurídico al interior de las Escuelas de Derecho norteamericanas no es en estricto una innovación, sino más bien una exigencia natural de la diversidad cultural que se observa tanto en los estudiantes como en los docentes.

La abundancia de puntos de vista en las aulas y en los profesionales egresados preparó (y prepara) el camino para el surgimiento de diversos movimientos (entre los que destacan el *Law and Economics*, *Law and Sociology*, *Law and Literature*, *Law and Gender*, etcétera) que no solo pugnarán por hacerse de un público cautivo (siguiendo discursos normativos y positivos), sino lograron enriquecer la investigación jurídica al permitir una labor conjunta –y sin prejuicios– entre abogados y otros profesionales, aspecto que no es usual en el Derecho de los países del *Civil Law*.

Ahora bien, en un contexto como el descrito, la aplicación de cánones económicos al Derecho se produce sin que se requieran mayores explicaciones, aunque se podría recordar el surgimiento de la primera corriente de *Law and Economics* a finales del siglo XIX que tenía como propósito ofrecer una explicación en campos jurídicos en los que se observaba

(27) LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El feminismo en la enseñanza del Derecho en los Estados Unidos: estrategias para América Latina*. En: *Actualidad Universitaria, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. Año 3. n.º 6. Buenos Aires, 2005, pp. 5.6 (de la versión PDF).

(28) 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*. Volumen 73. n.º 2. 1987. pp. 399 y siguientes.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

una serie de defectos de mercado, por lo que la intervención estatal se tornaba imperativa⁽²⁹⁾. De esta misma manera, las objeciones a dichos cánones no podían restringirse a aquellos reparos que un sector de juristas pudiese oponer, sino que resultaba previsible que en algún momento se les tuviese que sumar las argumentaciones de los especialistas en otros campos, quienes -en su oportunidad- se mostraron escépticos acerca de la utilidad de modelos teóricos abstractos en las ciencias sociales⁽³⁰⁾, criticaron sus bases político-ideológicas⁽³¹⁾, o cuestionaron la asunción central del comportamiento económico: la elección racional⁽³²⁾.

En atención al alcance del presente ensayo se pondrá énfasis en este último elemento para lo cual se requerirá poner sobre la mesa una serie de hallazgos y descubrimientos que a lo largo de las últimas décadas se han ido produciendo en el campo 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*⁽³³⁾.

Esta situación particular por la que atraviesa la Economía no ha sido ajena a las demás ciencias en algún punto de su desarrollo. En términos sencillos se podría decir que gracias al transcurso del tiempo se estaría revelando algunos de los límites intrínsecos que aquejan a la ciencia económica. Límites que no eran desconocidos para ella, pero que pueden volver a ser trazados a través del derrotero que se le ofrece seguir o cuestionar. Vale decir, el avance que la Economía alcanzó y las nociones que ha construido en el pasado pueden convertirse

en un obstáculo para su desarrollo futuro, si es que sus postulados no son revisados a la luz de los nuevos descubrimientos. No sostengo que producto de tal revisión se deban cambiar aquellas nociones controvertidas, pues tal vez ello no se justifique, pero si considero que es importante, si es que no fundamental, visitar los conocimientos que se dan por sentado, acaso acotar el alcance de ciertas afirmaciones o posiblemente incorporar elementos que se extrajeron del análisis en tanto que tienen un impacto positivo en la predicción de conductas.

Así, la labor de crítica que se ha iniciado en las últimas décadas ofrece nuevos contenidos y/o aclara el alcance de los antiguos. En tal sentido, serán los propios economistas quienes deban evaluar el mérito de tales propuestas, aunque el otorgamiento en el año 2002 del nobel de Economía a los profesores Daniel Kahneman y Vernon L. Smith evidencia -al menos para mí- que el aporte de la psicología cognitiva (entre otras ciencias del comportamiento) recién inicia pero a pesar de ello tiene mucho que ofrecer, por lo que no se la debe ver tan a la ligera. En el campo jurídico la crítica de los postulados microeconómicos devino en el *behavioral law and economics*, una aproximación que intenta explicar las razones por las que el ser humano no es (o por lo menos no siempre) un perfecto agente racional que tiende hacia

-
- (29) HOVENKAMP, Herbert. *The first great Law & Economics movement*. *Op. cit.*; pp. 994-995, recuerda que: "La ideología del primer gran movimiento de law and economics, sin embargo, difiere enormemente de la del segundo (...) Aquellos que participaron en el primer gran movimiento de *Law and Economics* tenían generalmente dudas acerca de los mercados y del *Common Law* como mecanismo de generación de riqueza".
- (30) En este punto aún hoy es importante citar el trabajo de LEFF, Arthur Allen. *Economic Analysis of Law: Some realism about nominalism*. En: *Virginia Law Review*. Volumen 60. 1974. pp. 451 y siguientes.
- (31) HORWITZ, Morton J. *Law and Economics: Science or politics?*. En: *Hofstra Law Review*. Volumen 8. 1980. pp. 905 y siguientes.
- (32) KELMAN, Mark. *Choice and utility*. En: *Wisconsin Law Review*. 1979. pp. 769 y siguientes.
- (33) THALER, Richard, *The winner's curse*, en *Journal of Economic Perspectives*. Volumen 2. n.º 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.



Renzo E. Saavedra Velazco

la maximización de su propia función de utilidad conforme a una estable escala de preferencias (lo cual exige, a su vez, que se posea la información relevante exigida para la toma de decisiones). En efecto, en el mundo en que nos movemos los abogados la realidad es muy distinta, el agente con el que nos interrelacionamos (esto es, el ser humano) experimenta una serie de limitaciones cognitivas y sus decisiones, aún cuando no se las pueda calificar de irracionales, tienden -en el mejor de los casos- a la satisfacción de necesidades y no a la maximización de su utilidad, en tanto que dichas limitaciones y la presencia de sesgos⁽³⁴⁾ se lo impiden.

Con todo lo antes dicho podemos concluir que la irrealidad de las premisas sobre las que se trabaja la Economía no son vistas como un demérito por los economistas, en tanto que ellos no aspiran a que sus postulados sean una descripción exacta de la realidad, pero ciertamente contribuyen a explicar parcialmente la reacción de rechazo de un sector de la doctrina jurídica a la aplicación de cánones económicos a nuestro campo de estudio. Adicionalmente, el resto de profesionales de las ciencias del comportamiento han encontrado sólidas evidencias que no se limitan a cuestionar las nociones neo-clásicas (que son las objetadas por los abogados) sino que ofrecen modelos alternativos (si bien aún parciales), por lo que podrían ser incorporadas a las críticas que se realizan a nivel jurídico. Entonces, si existe un movimiento económico que dota a sus premisas con ideas más acordes con los discursos normativos de los abogados, por no decir que las describe de modo más realista, cabe hacer una pregunta: ¿su estudio facilitará o incentivará la incorporación de estos cánones al Derecho? Lo más probable es que sí lo haga.

Sin embargo, y con mayor grado de certidumbre, se puede afirmar que los hallazgos de las ciencias del comportamiento tienen la potencialidad de brindar herramientas más eficaces al Derecho para la regulación normativa, definición de políticas públicas, etcétera. A pesar de ello, son los propios seguidores del *Law and Economics* quienes cuestionan su utilidad, lo cual llama mi atención pues la evidencia empírica que ofrece el *Behavioral law and Economics* suele ser muy superior del que en su momento ofrecía el *Law and Economics* tradicional. Así las cosas, el *Behavioral Law and Economics* parece que tendrá dos grupos de críticos: por un lado, quienes aún hoy cuestionan el uso de la economía en el campo jurídico; y, por otro lado, los seguidores del *Law and Economics* tradicional.

3. ¿Qué es el behavioral law and economics?

En el acápite precedente he admitido el trascendente rol que puede desempeñar para la Economía la incorporación de los hallazgos de, en general, las ciencias del comportamiento y, en particular, de la psicología cognitiva. Empero, como es fácil intuir, esta idea no tiene nada de novedosa pues ya ha sido sustentada por Sunstein⁽³⁵⁾ y Thaler⁽³⁶⁾ hace más de diez años. La innovación que significa esta aproximación puede ser condensada en la crítica a varios de los credos⁽³⁷⁾ cuasi

(34) 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.

(35) SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*. En: *Chicago Working Paper in Law & Economics*. n.º 46, 1997. p. 1.

(36) THALER, Richard. *From homo economicus to homo sapiens*. *Op. cit.*; pp. 133-141.

(37) POSNER, Richard. *Law and economics is moral*. En: *Valparaiso University Law Review*. Volumen XIV. 1989-1990, pp. 165 y siguientes, quien después de resumir la posición de Adam Smith sobre la economía señala que "dejemos a un lado a Adam Smith y hablemos de mí. Les hablaré de mi credo. Me considero a mí mismo como un pragmático económico libertario. Déjenme explicarles estas palabras tomándolas en orden inverso. Por libertario, entiendo a alguien que cree en un gobierno mínimo - como el gobierno más pequeño posible. Me refiero a alguien que sospecha de la intervención pública, que piensa que las personas deben verse a sí mismas en lugar de a sus gobiernos para la búsqueda de su felicidad, su futuro y su éxito en la vida. Me refiero a un practicante del *laissez faire* en un sentido general, no en el sentido literal (...) La razón por la que añado el adjetivo económico es (...) básicamente porque desde mi perspectiva el rol del gobierno es el de intervenir y corregir, lo mejor posible, las graves fallas de mercado (...) El tercer término, pragmático,

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

religiosos⁽³⁸⁾ o verdades metafísicas⁽³⁹⁾ en los cuales se sustenta la Economía y, por extensión, el análisis económico del Derecho.

En efecto, el convencimiento o, si se quiere, la fe de los economistas en los postulados de la teoría de la elección racional se encuentran fuera de cualquier discusión. Ciertamente, el discurso positivo ha calado a tal punto que incluso el ofrecimiento de evidencia empírica no es *per se* suficiente como para conmover los cimientos sobre los cuales se basan sus estudios. No es sorprendente que así sea, pero lo que no se puede admitir es que confundan el real objetivo de las ciencias conductuales, el cual no es la destrucción de los postulados neo-clásicos ni la construcción de un paradigma que propugne que los seres humanos somos todos irracionales e incluso imprevisibles⁽⁴⁰⁾. Por el contrario, sólo se quiere contribuir a modelar de mejor manera los perfiles del agente económico a fin de efectuar mejores predicciones y por este motivo se procede a sistematizar aquellas conductas que antes eran calificadas como anomalías.

Se suele pensar que dando incentivos correctos a los seres humanos, estos estarán en la plena capacidad de no incurrir en errores al momento de evaluar las opciones a su disposición y por ende al tomar una decisión. Sin embargo, los errores de juicio o en el procesamiento de la información a los que presta atención la psicología cognitiva, o en general las ciencias del comportamiento, no se ven superados por el incremento de incentivos. La razón de ello es que los “defectos” proceden no de elementos conscientes, sino que subyacen a nuestra mente, por lo que no es fácil hacerlos a un lado aún cuando estemos conscientes de su existencia. A estos específicos “defectos” se les denomina razonamientos heurísticos y cuando se materializan de modo sistemático ocasionando un conjunto de errores se les conocerá como sesgos cognitivos, a tales nociones se les prestará atención más adelante.

Por ejemplo, todos en este momento tenemos fresca en nuestra memoria los enormes riesgos que involucran los mercados financieros si es que no hay un control mínimo acerca de las operaciones que realizan los bancos, sobre todo cuando estos confían que el análisis de los riesgos involucrados en la operación que realizará se la deja a personas comunes y corrientes (a un *average Joe* o a un “Juan Pérez” si se quiere) ya que estos, como agentes racionales y maximizadores, elegirán el financiamiento que mejor cubre sus necesidades. El argumento no queda allí, se pensaba que esto no podía tener un efecto perjudicial en tanto que existían altos incentivos para que estos individuos evaluaran correctamente sus posibilidades de pago, so riesgo de perder bienes (en este caso inmuebles) cuyo valor era alto (en relación a sus ingresos). Lamentablemente todos sabemos, o debiéramos saberlo, esto fue lo que ocasionó -de manera simplificada- la crisis en los mercados financieros norteamericanos.

Ante esta situación, es difícil entender por qué “(...) tantas personas inteligentes están convencidas de que la irracionalidad desaparece cuando se deben tomar decisiones importantes sobre dinero”, precisamente dada las cualidades de estas personas uno podría preguntarse: “¿Por qué ellos asumen que las instituciones, la competencia y los mecanismos de mercado pueden inocularnos en contra de los errores?”⁽⁴¹⁾. A estas alturas del discurso ustedes estarán en capacidad de identificar que los economistas piensan ello imbuidos por el discurso positivo sobre el que

vienen del hecho de que no soy un entusiasta de los discursos morales (...) Considero el campo de la filosofía moral como débil, un campo de confusiones, un campo en el que los consensos son imposibles de alcanzar en nuestra sociedad.”

(38) ARIELY, Dan. *Predictably Irrational: The hidden forces that shape our decisions*. Edición revisada y ampliada. Harper Collins Publishers. New York, 2009, p. XV, quien se refiere a la *casi religiosa creencia en la racionalidad* de los economistas.

(39) KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the separation of Law and Economics*, *Op. cit.*; p. 2232.

(40) SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*, *Op. cit.*; p. 1.

(41) ARIELY, Dan. *Predictably Irrational: The hidden forces that shape our decisions*. *Op. cit.*; p. xvi.



Renzo E. Saavedra Velazco

erigen su labor. Sin embargo, el problema no es ese, más bien el asunto a cuestionar es que esa creencia ha superado los estrechos márgenes de los modelos abstractos y teóricos para convertirse en una fe que se extiende al “mundo real”.

Como prueba de tal aseveración recordaremos la declaración que Alan Greenspan, una figura emblemática del *mainstream* económico, dió en el Congreso norteamericano el 23 de octubre de 2008. En efecto, se invitó a Greenspan, ex presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos entre 1987 y 2006, para que intentara explicar la crisis financiera y sugiriera un mecanismo para superarla. Allí no pudo más que admitir que la política de desregulación -muy incentivada por él- fue parcialmente un error y que estaba atónito con el comportamiento tan irresponsable de las instituciones financieras. Esta declaración no es sólo importante para el desarrollo del *behavioral (law and) economics* pues Greenspan aceleró la desregulación y a su vez alentó el desarrollo de instrumentos financieros complejos los cuales años más tarde se convirtieron en la principal causa del desplome económico norteamericano.

Por si aún no se percibiese la gran influencia de Greenspan en el mercado financiero es menester subrayar que el 5 de diciembre de 1996, durante su discurso de aceptación del premio Francis Boyer (el cual es entregado por el *American Enterprise Institute for Public Policy Research*), el entonces presidente de la Reserva Federal indicó que en los mercados financieros se estaba viviendo un tipo de exuberancia irracional. Luego de brindar tal opinión, y dado que la Bolsa de Valores de Japón aún permanecía abierta, comenzó un

violento proceso de caída en los mercados financieros a tal punto que, al día siguiente de la presentación de su discurso, la Bolsa de Valores de Wall Street cayó 145 puntos durante la primera media hora del inicio de sus negociaciones.

Creo que con declaraciones de este tipo es factible pensar que un sector de economistas abrirá sus mentes a la posibilidad de corregir o bien acotar la visión tradicional⁴². Esto sucederá por el hecho que el impacto de oír a un ferviente promotor de la desregulación (y de dejar que los mercados funcionen por sí mismos) admitir públicamente que la asunción de racionalidad era incorrecta sólo podrá tener un impacto positivo sobre esta aproximación y brinda también una guía acerca del camino que debería seguir la Economía en los próximos años. Empero, no se puede dejar de destacar que la sorpresa a la que alude Greenspan en su declaración ante el Congreso sólo es concebible si es que éste considerase que los mercados financieros debían de actuar de manera racional y maximizando su propia utilidad, vale decir, que la asunción sobre la que parte su análisis es correcta empíricamente, cuando en realidad ello no es así.

La asunción de que los agentes que concurren en un mercado actúan de acuerdo a los

(42) Es interesante constatar que esta corriente no era tomada muy en serio por el *mainstream* económico, tal como lo subraya KOROBKIN, Russell. *What comes after victory for behavioral law and economics?* En: *UCLA School of Law, Law-Econ Research paper*, n.º 11-10, marzo de 2011, disponible en el portal *Social Science Research Network*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1787070###, quien recuerda que “(...) una de las figuras líderes de la comunidad del law and economics me dijo que mi trabajo era interesante pero que no era law and economics. Otra luminaria del law and economics, sin duda con la intención de ayudarme, me preguntó por qué desperdiciaba mi tiempo con la psicología” (p. 1). Ideas semejantes también son recordadas por ARIELY en la introducción de su libro *Predictably Irrational*, si bien aquí existiría la “atenuante” de que al no tratarse de un economista, se veía a su trabajo con una mayor tolerancia. En efecto, quienes tienen reparos contra este movimiento utilizan (o utilizarán) esta constatación para menospreciar las investigaciones de ARIELY. Sin embargo, ello me parecería un error, toda vez que el autor tiene dos PhD (uno en psicología cognitiva en North Carolina University, mientras que el otro es en negocios en Duke University). Asimismo, fue profesor de Economía conductual en la Escuela de Negocios del Massachusetts Institute of Technology (MIT) durante diez años, antes de que se integrara como profesor de Psicología y Economía Conductual en Duke University (2008); por lo que su capacidad y su dominio teórico-práctico quedarían largamente acreditados.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

postulados del *homo economicus*, al final del día parece que se cuela en el pensamiento de los economistas, aún cuando no les sea fácil darse cuenta de ello. Dicho en otras palabras la base positiva del discurso ocasionó paulatinamente el crecimiento y consolidación del pensamiento normativo: los mercados financieros deben comportarse así porque eso es lo racional y estos están constituidos por agentes maximizadores. Por tal motivo, es momento de exponer como es que el *behavioral (law and) economics* concibe al ser humano, a fin de constatar la posible utilidad de este modelo para la predicción de conductas así como para la construcción de una regulación o el planteamiento de determinada política pública.

Sin embargo, antes de establecer la transición entre los dos paradigmas esbozados de modo general (vale decir, del modelo de la economía neo-clásica al sugerido por la economía conductual)⁽⁴³⁾, resulta trascendente formular -al menos a grandes rasgos- cuales son algunas de las características esenciales que se les reconoce a ambos modelos.

3.1. Los modelos

Como se ha visto la Economía efectúa sus investigaciones aplicando fundamentalmente un discurso positivo, por lo que requerirá de un modelo de agente económico que actúe en el mercado y sobre el cual efectuará sus predicciones. Así las cosas, se percibirá que la Economía neo-clásica formula sus hipótesis de trabajo en atención a un modelo abstracto de ser humano al que se le suele denominar *homo economicus*, el cual es un modelo que concibe a los seres humanos como:

- a) agentes racionales;
- b) agentes que tienden (o buscan) la maximización de su propia función de utilidad;
- c) agentes que poseen información perfecta o, cuanto menos, aquella 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 hoy se reconocen como definitorias de la propia noción de racionalidad⁽⁴⁴⁾. En efecto, se asume que la racionalidad importa que el ser humano establezca (o tenga previamente) un orden de preferencias estable entre sus deseos, acciones y objetivos; y, adicionalmente, que las decisiones que tome sean consistentes con tal orden, cumpliendo así con el principio de transitividad⁽⁴⁵⁾.

Tal vez me encuentre pecando de excesivamente abstracto, así que veamos cómo este haz de características se manifiesta en la realidad.

Imaginemos el siguiente escenario: un sujeto se equivocó al tomar una determinada decisión

(43) 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*, cit., pp. 133-141; y, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., *Del homo economicus al homer economicus*, en *Ita ius esto*, www.itausesto.com, publicado el 15 de enero de 2010.

(44) Sobre las distintas maneras en que se concibe la teoría de la elección racional nos remitimos a KOROBKIN, Russell y ULEN, Thomas S., *Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from Law and Economics*. En: *California Law Review*. Vol. 88, n.º 4, 2000, pp. 1051 y siguientes, *ivi* pp. 1060-1066.

(45) Curiosamente la noción de eficiencia de Kaldor-Hicks viola el citado principio. Al respecto puede consultarse DE SCITOVSKY, Tibor. *A note on welfare propositions in economics*. En: *The Review of Economic Studies*, volumen IX, volumen 1, 1941, pp. 77 y siguientes, quien no solo evidencia este defecto sino que también es el encargado de dar la enunciación del criterio de eficiencia según tales autores, toda vez que ellos plantearon sus respectivas propuestas de manera separada pero paralela (ambos en 1939: KALDOR, Nicholas. *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*. En: *The Economic Journal*, volumen XLIX, n.º 195, 1939, pp. 549 y siguientes; y, HICKS, J. R. *The foundations of welfare economics*, En: *The Economic Journal*, volumen XLIX, núm. 196, 1939, pp. 696 y siguientes).



Renzo E. Saavedra Velazco

de consumo (digamos, con afán de simplificación, que adquirió un producto sin leer sus exigencias operativas y demás condiciones, por lo que terminó pagando un monto superior al debido -esto es, el valor de mercado- o sencillamente el bien no le es de utilidad). En caso se asuma el modelo neo-clásico como correcto el individuo en cuestión podrá -en atención a sus características de *homo economicus*- modificar su propio comportamiento de consumo (o de toma de decisiones) a fin de adaptarlo a las exigencias del mercado específico en el que se mueve y/o identificará mejor sus propias necesidades. De acuerdo a lo anterior, el individuo del ejemplo, habrá asumido costos debido al error incurrido pero gracias a este podrá evitar que ello le suceda en el futuro, corrigiendo los defectos que pudo haber cometido y en última instancia logrará la maximización de su propio beneficio⁽⁴⁶⁾.

No es de extrañar porque el modelo del *homo economicus* resulta tan atractivo para los economistas, se simplifica gruesamente la realidad y se asume que las conductas tienen un fin específico a satisfacer, así *ceteris paribus* se puede predecir aquella decisión que deberá tomar un agente racional. Tan es cierto ello que el modelo se sostiene a sí mismo, en tanto que se presume que el propio sujeto superará cualquier defecto que se suscite (durante o) en la toma de decisiones y que ello sucederá en el corto plazo, so riesgo de que el citado agente no pueda ser calificado como uno que actúa racionalmente, por lo que meramente será una anomalía en relación a lo que *normalmente* “sucede” en la realidad. Vale decir, los seguidores de la teoría de la elección racional no se preocupan cuando constatan que una conducta específica que se verifica en la realidad social no puede ser enmarcada dentro de los límites de lo que se define como racional (ergo, una

conducta *irracional*), toda vez que -aún cuando se puede admitir que el sujeto en cuestión no se comporta de acuerdo a su modelo abstracto- el impacto que esto significa para el modelo es más bien marginal. Tal opinión se sustentaría en que: (i) la falsación de la teoría exigiría no sólo probar su inconsistencia, sino que existe una alternativa por la que se logre explicar dicha anomalía así como el resto de situaciones que podían ser correctamente analizadas con la primera; (ii) el número de sujetos no afecte el agregado, en tanto y en cuanto su cantidad es inferior respecto de los agentes racionales (o en todo caso si es que son más que los racionales su participación en el mercado no es significativa respecto de la cantidad de operaciones que se realizan); y, (iii) al ser un discurso positivo la irrealidad de la asunción no es per se suficiente para invalidar sus predicciones.

En efecto, las objeciones que de cuando en cuando se le efectuaban a la Economía o a la teoría de la elección racional para ser más precisos, solían agotarse cuando tenían que hacerle frente a alguna de estas argumentaciones. Resulta ilustrativo pensar en el imperturbable rol que, a lo largo de los años, desempeñó (y desempeña) esta premisa en el esquema tradicional del *mainstream* económico⁽⁴⁷⁾ pese a que siempre ha sido criticada por diversos sectores. Acaso el

(46) Ciertamente, la teoría de la elección racional no necesariamente asume que el sujeto corrija su error luego del primer intento, pero sí presume que el individuo lo hará en muy pocas repeticiones, en la medida que de no hacerlo estaría siendo sancionado constantemente por el mercado debido a su impericia. Sin embargo, la afirmación sigue pecando de optimista pues tampoco es cierto que los seres humanos corrijamos defectos en el corto plazo, aún cuando la decisión de consumo se haga repetidamente, ya ni que decir cuando dicha decisión se efectúa esporádicamente (facilitando así el surgimiento de otros sesgos, tal como se verá).

Aquí es probable que el *mainstream* económico arguya la existencia de *arbitraje*, vale decir, la labor que es desarrollada por consumidores cuidadosos e informados, quienes al exigir ciertas condiciones mínimas y un determinado rendimiento ocasionen que el mercado se adapte a fin de captarlos, lo cual redundará en pro del resto de consumidores. No obstante lo sugerente del argumento, el mismo parte de ciertas asunciones que tampoco son del todo correctas.

(47) Al respecto, pero referido a la teoría financiera, me remito a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Fama, las hipótesis de los mercados eficientes y behavioral finance: ¿Un vistazo a una relación?* Disponible en web: [Blog El cristal roto: Análisis Económico del Derecho](http://BlogElCristalRoto.com). blogcristalroto.wordpress.com, publicado el 25 de enero de 2011.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

papel que asume el *behavioral (law and) economics* es el único que puede superar en parte las respuestas inmediatas que los economistas erigían a quienes cuestionaban sus asunciones.

Así, la evaluación de las decisiones que toman los sujetos en la realidad se enriquecieron con los hallazgos de las ciencias conductuales e incluso se construyeron teorías alternativas en las que aquello que antes era denominado como anomalía, ahora tiene un contorno definido. El tipo de razonamiento (basado en heurísticos) que reveló la investigación acredita que todos los seres humanos aprovechamos tal herramienta pues nos ayuda a superar nuestras propias limitaciones cognitivas y que lo hacemos de manera casi inconsciente⁽⁴⁸⁾. Por último, el tipo de estructura del discurso que sigue el *behavioral (law and) economics* no se aleja demasiado de la Economía tradicional pues es fundamentalmente de orden positivo y sirve claramente para la predicción de conductas. En síntesis, se tendrían contra-argumentos para todos y cada uno de las probables objeciones que los teóricos de la elección racional harían a las críticas que se les dirige gracias a evidencia empírica.

Por si no bastase lo apenas expresado quiero resaltar dos cuestiones que me parecen sugerentes. En primer lugar, líderes intelectuales del *law and economics* han ido incorporando a sus discursos nociones y aplicaciones propias del *behavioral economics*, si es que no de las ciencias del comportamiento. Al respecto, resulta ilustrativo el aporte de Thomas S. Ulen en la consolidación del *behavioral law and economics*⁽⁴⁹⁾, quien -como no será desconocido- es autor conjuntamente con Robert Cooter de uno de los manuales más exitosos y completos del *law and economics* tradicional. En efecto, Ulen escribió en co-autoría con Russell Korobkin en el año 2000 un célebre ensayo en el que se sentaban las bases de la nueva aproximación dentro del *law and economics* que

propugnaban, una perspectiva más real y que empleaba conceptos psicológicos; además de que en tal texto se cuestionaba la propia teoría de la elección racional.

La corriente del *behavioral law and economics* resulta tan actual que desde 1998, fecha en la que se publicó el primer gran artículo sobre el tema⁽⁵⁰⁾, el texto de Korobkin y Ulen es el más citado que se ha publicado en una revista jurídica especializada y si se retrocede un poco más a fin de llegar al año 1995 ese honor le corresponde al ensayo escrito por Jolls, Sunstein y Thaler. Asimismo, de la lista de los diez artículos más citados desde el año 1995, la mitad de ellos son de *behavioral law and economics*⁽⁵¹⁾.

En segundo lugar, el avance resulta tan innegable y las críticas tan sólidas que incluso un defensor acérrimo de la teoría de la elección racional y del enfoque tradicional (o neo-clásico) del *law and economics* como Richard Posner no ha tenido más remedio que admitir⁽⁵²⁾ que:

“el análisis económico del Derecho, sin abandonar su compromiso con el modelo de comportamiento humano racional, ha abandonado el modelo de hombre (o mujer) que es hiperracional, que no tiene emociones ni preocupación por lo social, que es sumamente egoísta, omnisciente, absolutamente ambicioso y de conducta no-estratégica, modelo que opera en condiciones en los que no existe costos

(48) Aunque recientes investigaciones revelarían que se producen de la interacción entre los dos sistemas que conforman la mente humana: el sistema automático (o sistema 1) y el sistema reflexivo (o sistema 2).

(49) Véase retro nota al pie (44).

(50) Me refiero a JOLLS, Cristine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 50. 1998. pp. 1477 y siguientes.

(51) KOROBKIN, Russell. *What comes after victory for behavioral law and economics?* *Op. cit.*; p. 2.

(52) POSNER, Richard. *Behavioral law and economics: A critique*. En: *Economic Education Bulletin*. Volumen 8. 2002. p. 2, citado por KOROBKIN, Russell. *What comes after victory for behavioral law and economics?*, *Op. cit.*; p. 3.



Renzo E. Saavedra Velazco

para la adquisición y procesamiento de información; aspectos que son correctamente objeto de burla de parte de los psicólogos cognitivos, dado que resultan irreales y, aún más importante, porque tienen un poder explicativo y predictivo deficiente en relación a un número de fenómenos que interesan a los economistas y a los abogados con pensamiento económico.”

Teniendo estas características en mente es momento de pasar a observar las objeciones y/o el modelo *alternativo* propuesto por la economía conductual. Recordemos que el objetivo de esta nueva corriente de opinión se centra en dotar a la Economía de premisas más acordes con la realidad empírica (o más realistas si se quiere), lo cual nos parece encomiable y que a su vez permitirá que el discurso sea más fácil de asimilar para un auditorio de no-economistas⁽⁵³⁾. Esta situación además de manifestar un menor grado de optimismo respecto de lo que resulta ser el comportamiento y la elección humana, contribuirá a comprender (y por qué no, en algún momento, a evitar situaciones de crisis).

A manera de ejemplo, si es que se considera al ser humano como lo venía haciendo la Economía tradicional (esto es, como un sujeto perfectamente racional, con una capacidad casi ilimitada para el correcto procesamiento de información -incluso sobre materias en las que no necesariamente goza de un nivel de *expertise* aceptable- y que establece *ex ante* a la toma de decisión -si es que no al surgimiento de la necesidad que intenta satisfacer- un orden estable y claro de preferencias), es lógico que nos sorprendamos (tal como Greenspan) por la crisis financiera. Surgiendo inmediatamente la excusa usual de los economistas que operan sobre la base del modelo del *homo economicus*: la simplificación de la realidad es la que precisamente justifica y explica la construcción de dicho modelo, vale decir, *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.

Por su parte, la economía conductual se aparta de todos estos postulados e incluso llega a evidenciar que muchos de los detalles que no eran considerados tradicionalmente dentro de la economía, pues se los veía como una masa de información imposible de sistematizar, no lo eran en realidad. Debido a ello formulan una hipótesis alternativa cuyas características son del todo divergentes con la teoría neo-clásica. En efecto, así se concibe al ser humano como:

- a) un agente con racionalidad acotada.
- b) un agente que tiende a la mera satisfacción de sus necesidades.
- c) un agente que no cuenta con toda la información relevante para la toma de decisiones.

Al igual que lo hecho con el modelo neo-clásico es necesario dotar de contenido a cada una de estas características. Naturalmente, si el corazón del modelo anterior era la exposición de lo que se entendía por un agente racional aquí se deberá exponer, de la manera más prolija posible, que es lo que se entiende por *bounded rationality* o racionalidad acotada⁽⁵⁴⁾.

(53) 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.

(54) 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.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

Cabe anotar que se atribuye al Premio Nobel de Economía de 1978, Herbert A. Simon (1916-2001), el haber acuñado el término *bounded rationality* (1957)⁽⁵⁵⁾ para subrayar el hecho 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⁽⁵⁶⁾. Esta noción, como se puede fácilmente percibir, se opone de manera frontal al concepto neoclásico de un agente racional, en la medida que presupone que los individuos tanto por restricciones de información, como por limitaciones de carácter cognitivo, no están en condiciones de evaluar la multiplicidad de soluciones a su alcance y, por ende, adoptar aquella decisión que logra la maximización de su beneficio.

En efecto, Simon se aparta de un postulado basilar de la teoría de la elección racional, a saber: que los seres humanos maximizamos. La idea es sugerente pues se acopla con facilidad a lo que intuimos y observamos en la realidad -sobre todo si el auditorio está conformado por abogados- ya ni que decir en el caso de decisiones de consumo. Los seres humanos -parece una verdad de Perogrullo- no maximizamos no porque no lo deseemos o porque no tengamos incentivos en esa dirección, no lo hacemos sencillamente porque incurrimos en una serie de errores de percepción y de análisis (defectos de carácter cognitivo).

La existencia y el índice de incidencia de estos errores no requiere mayor comprobación que la propia vida de relación para la mayor parte de personas, sin embargo, los abogados aquí ostentamos una posición preeminente pues muchos de los asuntos que desarrollamos durante el ejercicio de nuestra profesión son prueba concluyente de los errores de percepción y/o de análisis en los que puede se incurrir en la toma de decisiones (incluso en aquellas que atienen a transacciones muy importantes tanto económica como personalmente). A modo de ejemplo se puede pensar en los errores al suscribir un contrato (por los riesgos que se asumen, por la manera en que se interpretan las obligaciones o derechos, por las condiciones económicas, por las características del bien o servicio, etcétera);

al generar un vínculo asociativo (por no evaluar a la persona que será nuestro socio, por dejarse llevar por ciertos gestos o caer en presiones, etcétera); al iniciar una vida y familia en común (al no establecer acuerdos mínimos, al no determinar el régimen de bienes, etcétera); entre otras muchas posibilidades. En todos estos casos puede existir un componente de negligencia, desconocimiento jurídico o pueden explicarse por la presencia de un sesgo cognitivo específico producto del empleo de un razonamiento heurístico, lo cuales se verán en el próximo acápite (digamos, que no se investiga más a nuestro socio pues existe un sesgo de optimismo, no se arriesga la negociación a fin de obtener mejores condiciones por un sesgo de status quo o porque nunca se requirió el empleo de mecanismos jurídicos para la solución de controversias por lo que es posible que exista un sesgo de disponibilidad, etcétera).

Sin perjuicio de lo anterior existen una serie de investigaciones basadas en pruebas de laboratorio y demás evidencia empírica que demuestran que las personas procuramos crear *atajos* durante la etapa de procesamiento de la información, a fin de ahorrarnos el empleo de las limitadas capacidades cognitivas que poseemos (a diferencia de lo que sucedía con el *homo economicus*, quien virtualmente poseía capacidades cognitivas ilimitadas, así como esfuerzo o tiempo. Estos atajos no son irracionales o inútiles, muy por el contrario ayudan al ser humano a hacer frente a la complejidad del mundo actual, lamentablemente también provocan que los errores (o defectos en su trazado o en su creación) se repliquen de manera sistemática en una serie de circunstancias.

(55) Si bien SIMON empleó durante casi una década (1947-1957) el término *limited rationality*, luego lo abandonó para acuñar su propia locución. Al respecto puede verse, SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice*. En: *Quarterly Journal of Economics*. Volumen 69, n.º 1, 1955, pp. 99 y siguientes, *ivi* p. 113. Texto que luego fue revisado y publicado en el año 1957.

(56) SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice*. *Op. cit.*; pp. 100-101.



Renzo E. Saavedra Velazco

El hallazgo antes citado comienza a resquebrajar el edificio conceptual sobre el que se ha desarrollado y construido el análisis económico tradicional. Empero no es sólo ello, además evidencia una serie de riesgos implícitos en la toma de decisiones, riesgos de los que muchos de nosotros no estábamos del todo conscientes. Me explico. Si bien el razonamiento basado en heurísticos es útil y facilita muchas decisiones, no se encuentra totalmente bajo nuestro control sino que deriva de una interacción -más o menos fluida- entre aquellos dos sistemas⁽⁵⁷⁾ que conforman la mente humana, a saber:

Sistema 1 (Sistema automático)	Sistema 2 (Sistema reflexivo)
Actúa sin control	Actúa bajo control
Es asociativo	Es deductivo
Es rápido	Es lento
Inconsciente	Consciente
Es una habilidad	Sigue ciertas reglas
Funciona en paralelo	Funciona de modo serial
Emocional	Neutral

En atención a las características de estos dos sistemas no es sencillo que controlemos su aplicación e interrelación, por lo que difícilmente estaremos conscientes de las consecuencias que acarrea.

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. Antes de proseguir en el análisis, creo importante resaltar otras dos nociones sobre las que

trabajan los *conductualistas*, me refiero a la fuerza de voluntad acotada (o *bounded will-power*) y el interés acotado (o *bounded self-interest*)⁽⁵⁸⁾. Con la primera idea se condensa aquellas circunstancias en las que los individuos toman decisiones o actúan de modo contradictorio con sus propios intereses a largo plazo, lo cual sucede más a menudo de lo que se piensa (imagínese la decisión de fumar, de no hacer ejercicio, etcétera). Por su parte, con la segunda noción se procura resaltar el hecho de que a los seres humanos les gusta actuar justa o equitativamente con otros bajo el entendido de que estas personas harán lo propio llegado el momento, pero de no cumplirse con dicha expectativa nuestra respuesta suele ser punitiva.

3.2. La presencia de heurísticos en nuestro pensamiento y los sesgos

En tanto que el mundo real resulta complejo y que los seres humanos debemos tomar muchas decisiones todos los días, nuestras mentes intentan lidiar con dicha realidad (y con sus propios límites) procurando *ahorrarse* esfuerzos a través de la creación de *atajos*. A esta forma de razonamiento que intenta aprovechar las semejanzas o vinculaciones existentes entre dos o más situaciones, características o figuras, todo con la intención de crear atajos, se la denomina pensamiento heurístico⁽⁵⁹⁾. Esta forma de pensamiento importa un reconocimiento implícito de que los agentes económicos muchas veces no efectúan un análisis costo/beneficio en todas las decisiones que enfrentan, sino que se dejan

- (57) Sobre el particular consúltese KAHNEMAN, Daniel, *Maps of bounded rationality: Psychology for Behavioral Economics*. En: *American Economic Review*. Volumen 93. n.º 5, pp. 1449 y siguientes, *ivi* pp. 1450-1452; THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*. Edición revisada y ampliada. Penguin Books, 2009, pp. 19-21.
- (58) JOLLS, Cristine. SUNSTEIN, Cass R. y Richard THALER. *A behavioral approach to law and economics*. *Op. cit.*; pp. 1479.
- (59) GILOVICH, Thomas y Dale GRIFFIN Dale. *Introduction - Heuristics and biases: Then and now*. En AA.VV., *Heuristic and biases: The psychology of intuitive judgment* editado por Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman, Cambridge University Press, 2002, pp. 2-4.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

llevar por un impulso o, acaso más interesante aún, toman una decisión en atención a elementos que se construyeron como consecuencia de impulsos.

En un contexto así, la decisión que se tome difícilmente será una que logre maximizar el beneficio del individuo y/o de la sociedad, incluso no es seguro que logre siquiera satisfacer la necesidad que inspira la decisión (salvo, por supuesto, la necesidad de tomar una decisión). La presencia de este razonamiento, como se puede intuir de lo que se manifestó en las páginas precedentes, puede devenir en la producción de sesgos.

Empero, la creación de sesgos no tiene que ver con la desidia de ciertos sujetos o con las mentes poco atentas de otros. Tal errada percepción, desafortunadamente, es un mito que se debe erradicar pues sigue al *behavioral (law and) economics* y que se ha extendido en muchos de los economistas y seguidores del análisis económico del Derecho. Por esta razón nos parece que sería interesante destacar los resultados de una investigación realizada por los profesores Colin F. Camerer y Robin M. Hogarth, quienes concluyeron, después de revisar 74 estudios, que no hay evidencia empírica que demuestre que los supuestos en los que se violan las bases de la racionalidad (en el sentido neo-clásico) desaparecen sencillamente por el incremento de los incentivos, los sesgos permanecen aún para quienes poseen un alto nivel de especialización y de motivación (incluso hay muestras de que los incentivos pueden tener efectos negativos)⁽⁶⁰⁾.

Tampoco puede concluirse que los sesgos sean una estrategia o se empleen de manera deliberada por los individuos⁽⁶¹⁾, con lo cual, esta percepción no tiene -en mi opinión- mayor asidero que aquella tendencia común a negar méritos a una posición ajena que se desconoce o que se teme. Tendencia

que siguió al establecimiento y al devenir del *law and economics*, pero que aún no se ha roto del todo.

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 aspectos de la investigación psicológica en la economía, todo lo cual importaba estudiar el juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre. A estos dos grandes campos⁽⁶²⁾ se pueden reconducir la mayoría de los estudios de tales autores, si bien los 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, la cooperación de estos dos investigadores permitió no sólo, por un lado, la identificación de algunos heurísticos específicos tales como el de representatividad, disponibilidad y anclaje⁽⁶³⁾; sino que también dio como consecuencia la construcción de la *prospect theory*.

Los heurísticos que se lograron identificar permitieron, posteriormente, que Kahneman y Tversky dieran un paso adicional, observaron que algunos de estos sesgos no eran más que desviaciones de una verdad o valor objetivo, mientras que otros eran violaciones a principios básicos de las leyes de probabilidades⁽⁶⁴⁾.

(60) CAMERER, Colin F. y HOGARTH, Robin M. *The effect of financial incentives in experiments: A review of capital-labor production*. En *Journal of Risk and Uncertainty*. Volumen 19. n.º 1, pp. 7 y ss., *ivi* pp. 7 y 21-23.

(61) TVERSKY, Amos y Daniel KAHNEMAN. *Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment*. En: AA.VV. *Heuristic and biases: The psychology of intuitive judgment*. Editado por Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman. *Op. cit.*; p. 20.

(62) SUNSTEIN, Cass R., *Hazardous heuristics*. En: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, segunda serie. n.º 165, p. 1, nota al pie (1).

(63) KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. En: *Science*. Volumen 185, n.º 4157, 1974.

(64) GILOVICH, Thomas y Dale GRIFFIN. *Op. cit.*; p. 3.



Renzo E. Saavedra Velazco

Estas circunstancias demostraban que ni la evaluación realizada por los individuos era irracional, ni que los procesos que generaban su la verificación de un sesgo podían ser calificados como altamente sofisticados.

Ahora bien, es momento de pasar a explicar brevemente que es lo que se entiende por cada uno de los sesgos que se han enunciado precedentemente. Así, se puede afirmar que por *heurístico de representatividad* se intenta describir aquel atajo que crean los individuos a fin de calcular el margen de probabilidades de que ocurra determinado evento (o la autenticidad de una hipótesis) atendiendo a si la información con la que se cuenta resulta *representativa* de la hipótesis formulada. Vale decir, se asignará mayor probabilidad de ocurrencia de determinado hecho o se considerará como válida cierta hipótesis mientras mayor sea su semejanza con la categoría en base a la cual se sustentada.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar el panorama. Digamos que uno de sus compañeros de Universidad entrevista a setenta ingenieros y a treinta abogados, debido a ello les facilita la siguiente transcripción en la que se describe a uno de los postulantes: “Hombre divorciado en dos oportunidades, pasa la mayor parte de su tiempo libre en un club de campo. Lamenta haber seguido los pasos de su padre. Desearía no haber pasado tanto tiempo en la Universidad dedicado a lo académico, en su lugar habría preferido pasar más tiempo socializando para no discutir tan fácilmente con otras personas”. Seguramente si les consultase si el postulante que dio la entrevista era ingeniero o abogado, ustedes tenderían a pensar que era abogado, ello a pesar que, desde un punto de vista estadístico, es más probable que sea un ingeniero.

Sea que optaron por decir abogado ante mi consulta (o dijeron ingeniero), debo decirles que el experimento enunciado se realizó en la realidad y el 80% de los encuestados pensó que el postulante era un abogado. Como se ve, al momento de decidir o dar una respuesta no nos guiamos por lo general de la información estadística, sino que procuramos constatar si lo que es consultado calza con la idea general que tenemos sobre el tema, lo cual además está decir demuestra una serie de cosas: (i) que es una forma de pensar inmediata; (ii) que

se presenta el sesgo de representatividad; y, como corolario de lo anterior, (iii) que la representación que se tiene de los abogados no es muy favorable.

Por su parte, el *heurístico de disponibilidad* es aquella situación por la cual una persona calculará la probabilidad de ocurrencia de un evento en atención a que tan sencillo le resulte recordar eventos similares. Vale decir, si un evento se verificó recientemente y se consulta a un grupo de personas acerca de la probabilidad de ocurrencia de tal evento, se observará que los consultados tenderán a considerar que tiene un nivel de incidencia superior al verdadero⁽⁶⁵⁾. Así, por ejemplo, todos sabemos que el acaecimiento de un accidente aéreo es un fenómeno bastante raro y por ende su probabilidad es baja; sin embargo, si se consulta qué probabilidad existe para dicha circunstancia, la respuesta variará sustancialmente si el entrevistado no tiene en la memoria reciente un accidente de esta naturaleza (digamos 2 a 3 años) respecto de si la misma persona acaba de oírlo.

En el caso del así denominado heurístico de anclaje y ajuste se quiere sugerir la idea de que los individuos calculamos las probabilidades de ocurrencia de un evento en atención a la información con la que contamos -sin importar la fuente de la que se deriva tal información- convirtiéndose ella en el patrón de comparación sobre la base de la cual procederemos a hacer los ajustes necesarios. Tversky y Kahneman consultaron a dos grupos de personas acerca del porcentaje de países africanos que son miembros de las Naciones Unidas, sin embargo, se les precisó si el porcentaje era mayor o menor a 10% (primer grupo) o si el porcentaje era mayor o menos al 65% (segundo grupo). Esta precisión causó

(65) TAYLOR, Shelley 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.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

que mientras el primer grupo contestase que el nivel de incorporación era muy bajo (en promedio 25%), el segundo se decantase por una mayor participación de los países africanos en la ONU (en promedio 45%). La situación nos enseña que los sujetos evaluamos las cosas en contexto y por ello la información que se tiene como presupuesto afectan nuestras decisiones o respuestas.

Si -como se ha subrayado en las páginas precedentes- la Economía intenta predecir las conductas y decisiones humanas a través de la formulación de un modelo del ser humano, no es acaso prudente incorporar en la evaluación que se hace la presencia de estas peculiaridades que se han detectado y sistematizado. Creo sinceramente que esto nos ayudará a predecir con mayor exactitud las decisiones y conductas humanas. Por ello es sumamente lógico que haya quienes consideren que el futuro del análisis económico del derecho debe centrarse en brindar predicciones más fiables a través de la comprensión del marco en que se dan las decisiones humanas⁽⁶⁶⁾.

Tal vez la primera herramienta a la cual el Economista y el ius-economista deben tornar su atención sean las ciencias del comportamiento y en particular aquellos descubrimientos o hallazgos que fueron alcanzados a través de la interacción con los psicólogos. En efecto, si hoy se logra predecir la conducta humana con razonable precisión aplicando una teoría en la que los seres humanos no somos modelados adecuadamente, entonces, ¿Cuánto más podrá lograr la Economía y cuanto más se incrementará el poder predictivo de sus teorías si es que esta se ocupa de comprender perspectivas que si incorporan las peculiaridades de la toma de decisión humana? Si bien no podemos ofrecer una respuesta, lo sugerente que resulta la misma creo que justificaría largamente el esfuerzo.

Finalmente, algo hay que decir acerca de uno de los principales aportes de Kahneman y Tversky, me refiero a la *prospect*

theory⁽⁶⁷⁾. De acuerdo con esta teoría existen dos fases en el proceso de elección o decisión humana: (i) la primera sería la edición, en donde el individuo se dedica a identificar en términos gruesos las posibilidades existentes, las cuales pasará luego a codificar, combinar, segregar y cancelar; y, (ii) la segunda sería la evaluación, en donde las opciones editadas se examinan entre sí a fin de elegir una. Como se intuirá es entre estas dos fases en las que se producen las anomalías que afectan las decisiones. Por citar un ejemplo, se puede identificar que los seres humanos no sólo nos dejamos llevar, al momento de tomar una decisión, por criterios como el mayor valor esperado de una conducta pues es posible que se llegue a presentar el efecto certidumbre (o *endowment effect*). Según este efecto, las personas no afrontamos una decisión de la misma manera, si una situación importa que el titular de un bien (o quien invirtió recursos en algo) deba renunciar a él (o a su inversión), entonces se verá como una situación de pérdida, ello sucederá a pesar de que un evento similar (y que involucra los mismos costos y beneficios) sea considerado como beneficioso⁽⁶⁸⁾.

Esta circunstancia ocasiona que los seres humanos le otorguemos un valor más alto a los objetos (bienes, servicios, derechos, etcétera) cuya titularidad ostentamos en contraposición del valor que se le asigna a aquellos objetos que no son nuestros. En un principio podría parecer que esto tiene escaso interés práctico pero basta con pensar en los fundamentos del teorema de Coase⁽⁶⁹⁾ y en la idea de que en un contexto con bajos costos de transacción⁽⁷⁰⁾ no

(66) SUNSTEIN, Cass R., *Behavioral analysis of law*. En: *University of Chicago Law Review*, volumen 64, n.º 4, 1997, p. 1175.

(67) KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos. *Prospect theory: An analysis of decision under risk*. En: *Econometrica*. Volumen 47, n.º 2, 1979, pp. 263, *ivi* pp. 274-275.

(68) KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack y Richard THALER. *The endowment effect, loss aversion, and status quos bias*. En: *Journal of Economic Perspectives*, volume 5, n.º 1, 1991, pp. 194 y siguientes.

(69) COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. En: *Journal of Law & Economics*, volumen 3, 1960, pp. 1 y siguientes. *ivi* pp. 2-8.

(70) Sobre el punto, véase CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Property Rules, Liability Rules, Inalienability: One view of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*, volumen 85, n.º 6, 1972, pp. 1089 y siguientes.



Renzo E. Saavedra Velazco

importa la asignación inicial de las titularidades⁽⁷¹⁾, toda vez que las partes pueden ponerse de acuerdo en cambiar el estado de cosas. En efecto, la presencia del efecto dotación evidencia no sólo que la asignación inicial de la titularidad importa aún en un contexto de bajos costos de transacción, sino que se producirán menos transferencias de lo que es sugerido por el teorema de Coase⁽⁷²⁾.

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 presentemos el asunto lo percibiremos como una situación de pérdida o de ganancia. Esta conclusión se replicará aún cuando sea un tercero (digamos el Estado) quien se encargue de contextualizar el problema⁽⁷³⁾.

3.3. ¿Cuál es su 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 considero pertinente recordar el aporte de la economía en el Derecho y, de modo particular, los aportes de la corriente denominada análisis económico del Derecho.

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

a cierto individuo sino también los de su eventual transferencia⁽⁷⁴⁾ (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 las conductas humanas relevantes; (iv) comprender las razones económicas que sustentan determinadas reglas que solamente habían sido explicadas en términos morales y/o jurídicos (en ocasiones de manera un tanto defectuosa); etcétera

Los aportes antes enunciados permiten entrever la relevancia del análisis económico del Derecho para la comprensión de los fenómenos jurídicos y la trascendencia que puede llegar a tener la alteración (y/o precisión) de los postulados neo-clásicos en los que se sustenta, dado que esto podría incrementar el campo de aplicación de la teoría económica a nuevas áreas del Derecho (o mejorar sus resultados) al dotarnos de más herramientas o al sugerirnos nuevas maneras de observar dichos fenómenos⁽⁷⁵⁾.

Pensemos, de manera meramente ejemplificativa, en la posibilidad de acoplar las nociones de racionalidad acotada y el efecto certidumbre en las discusiones

(71) CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Op. cit.*; pp. 1106-1110.

(72) KAHNEMAN, Daniel, Jack KNETSCH, Richard THALER. *Experimental test of the endowment effect and the Coase theorem*. En: *Journal of Political Economy*. Volumen 98, n.º 6, 1990, pp. 1325 y siguientes.

(73) THALER, Richard. *From homo economicus to homo sapiens*. *Op. cit.*; p. 137.

(74) 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*, volumen 3, 1960, pp. 1 y siguientes.; y, CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. *Property Rules, Liability Rules, Inalienability: One view of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*, volumen 85, n.º 6, 1972, pp. 1089 y siguientes.

Como se recordará habrán supuestos en los que toda operación se encuentra imposibilitada debido a que se considera que la titularidad se haya asignada por una regla de inalienabilidad; mientras que en otros casos si bien la transferencia es conceptualmente posible enfrenta altos costos de transacción por lo que se permite su "expropiación" por parte de los particulares para ser luego compensadas producto de una negociación ex post o bien interviene un tercero (el juez por dar un ejemplo) quien establecerá el "precio" a pagar.

(75) 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.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

sobre aversión al riesgo ya no solamente en el campo de la negociación contractual sino al momento de discutir sobre legislación medio ambiental o incluso para 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 al planear) la comisión de un delito (precisamente porque -en general- el beneficio que potencialmente podría obtenerse es inmediato, mientras que los costos -si es que existen- sólo se asumirán a largo plazo); y, por último, la posibilidad de relacionar el interés acotado y el sesgo de disponibilidad para la comprensión y/o represión de conductas injustas que limiten o prevean el deseo de sanción de la contraparte.

El problema del cómo se enmarcan las decisiones y/o cómo se presentan los problemas a ser solucionados (o *framing*) tiene un fértil campo de desarrollo en las investigaciones que asumen las premisas del *behavioral economics*, pero otro tanto puede suceder en el campo jurídico. Me explico. No es desconocido para los abogados la enorme relevancia que tiene una pregunta y/o un problema correctamente identificado y que suscite una pregunta adecuada o en los términos precisos. En efecto, una pregunta puede motivar que un cliente (o testigo) nos brinde información de la manera o con el alcance que deseamos; e incluso puede generar la apariencia de que nuestra contraparte incurre en contradicciones.

Ahora bien, en lo que a nosotros atañe, se debe recordar que una de las características medulares del modelo del *homo economicus* es aquella idea de que este tiene un claro, previo y estable orden de preferencias, de lo cual se extrae un corolario lógico: *no importa la manera en que se presente un problema, los individuos -en tanto seres racionales- deberán de decidir consistentemente respecto del orden prefijado por ellos*. Sin embargo, sabemos que ello no es así.

En efecto, gracias a las investigaciones de Kahneman y Tversky se sabe que cuando el problema sobre el que se debe decidir es construido para que se lo perciba como una situación de ganancia, entonces los individuos tenderán a evitar asumir

un riesgo; 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 -y por curioso que pudiera resultar-, cuando un individuo en particular percibe que tiene una ganancia (o una posibilidad de ganancia) que se incorpora a su patrimonio tendrá aversión al riesgo, pero sí en cambio identifica que tiene una pérdida (o una posibilidad de pérdida) entonces será un tomador de riesgos⁽⁷⁶⁾.

Entonces, ¿cómo se puede manifestar esto en un fenómeno relevante para el Derecho? Un ejemplo me ayudará a aclarar el asunto. Digamos que un país se encuentra comprometido con iniciar una política dirigida a reducir (o eliminar) el consumo de cigarrillos por parte de sus ciudadanos, en atención a que su consumo provoca externalidades negativas a la sociedad. Tal como se puede corroborar en la mayoría de estudios sobre esta materia, uno de los principales mecanismos empleados para lograr este objetivo es la inclusión de imágenes o mensajes en las cajetillas de cigarrillos. La regulación sobre esta materia es tan específica que incluye inclusive aquellas imágenes o mensajes que deberán ser incorporados en las cajetillas. Ante lo cual se podría suscitar la siguiente duda: ¿las ideas o las imágenes incorporadas cumplen su objetivo? Creo que al menos a un nivel marginal lo hacen, pero ¿podría mejorarse su eficacia?

Para dar respuesta a esta interrogante tomemos en consideración los conceptos que se han esgrimido a lo largo de las páginas precedentes. No hay mayores dudas de que el consumo de cigarrillos resulta nocivo para la salud⁽⁷⁷⁾ y es esto lo que intenta resaltarse

(76) KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. *The framing of decision and the psychology of choice*, en *Science*, volumen 211, n.º 4481, 1981, pp. 453-458.

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



Renzo E. Saavedra Velazco

en los mensajes e imágenes a incluir en las cajetillas. Sin embargo, si se recogen los hallazgos de las ciencias del comportamiento, se debe manifestar algo elemental, el legislador se encuentra enmarcando la íntegra problemática (la decisión de consumir el cigarrillo) en términos de pérdida (esto es, las consecuencias perjudiciales anexas al consumo de cigarrillos), por lo que -en vía de principio- el sujeto se comportará como un tomador de riesgo y no con aversión al riesgo (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 aquellos criterios que los profesores Rothman y Salovey ofrecen con respecto de la efectividad de los mensajes y las imágenes que se incorporan en una etiqueta⁷⁸. En efecto, los autores citados recuerdan que uno deberá decidir la forma en que presenta la información en el etiquetado en atención a la conducta que se busca incentivar en el consumidor o paciente específico, 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 escenarios resulta necesario aclarar que es lo que se debe entender cuando decimos que el mensaje o que las imágenes se encuentran enmarcadas como ganancias o como pérdidas⁽⁷⁹⁾. 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, su resultado) o cuando se evidencia que esta conducta permite al consumidor evitar un resultado que no se quiere alcanzar⁽⁸⁰⁾. 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⁽⁸¹⁾.

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 sobre la existencia de una enfermedad que lo aqueja. 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 permitan la detección de ciertas enfermedades. Esta situación tal vez no le resulte lógica a muchas personas pero es una materialización de *bounded will-power* y existen evidencias empíricas que demuestran que ello sucede en la realidad más de lo que se piensa. Por este motivo en casos en los que busque motivar la realización de exámenes en los que se desea detectar preventivamente la presencia de una enfermedad debería mostrarse los peligros que involucra seguir una conducta que no incorpore la variable de detección, esto es, el mensaje debe presentarse en términos de pérdidas (e incluso se puede ser más precisos y se debe presentar de manera explícita que sin dicha conducta es imposible alcanzar el resultado deseado por el consumidor), de esta manera se incentivaría conductas adecuadas de parte de los agentes involucrados⁽⁸²⁾. Así, si al sujeto destinatario se le muestra que existe la posibilidad de obtener ganancias de la conducta de prevención, todo lo cual se producirá con una simple adecuación de las conductas actuales, entonces dicho sujeto tenderá a evitar riesgos.

Como se observa, los mensajes pueden ocultar o subrayar cierta información que puede ayudar en la toma de decisiones. Si se indica que *fumar es malo para la salud*, tal como se da en la actualidad, no se están indicando las ganancias que se obtendrían de

(78) ROTHMAN, Alexander J. y SALOVEY, Peter, *Shaping perceptions to motivate healthy behavior: The role of message framing*. En: *Psychological Bulletin*, vol. 121, n.º 1, 1997, p. 5.

(79) ROTHMAN, Alexander J. y Peter SALOVEY. *Op. cit.*; p. 6.

(80) 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”.

(81) En este caso los mensajes podrían ser: “Fumar causa cáncer” o “Fumar disminuye tu potencia sexual”.

(82) ROTHMAN, Alexander J. y Peter SALOVEY. *Op. cit.*; p. 10.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

dejar de fumar ni tampoco se muestran las pérdidas, cuando precisamente lo que se desea -por lo menos en el ejemplo propuesto- es que los individuos disminuyan (o eliminen) su consumo de cigarrillos. Desafortunadamente la presencia de algunos sesgos pueden impedir que los sujetos cambien con facilidad ciertas conductas (por ejemplo, el sesgo de *status quo*), así como la existencia de otras limitantes (digamos la fuerza de voluntad acotada), en ocasiones se requerirá del apoyo o de la colaboración de terceros a fin de corregir aquellas 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⁽⁸³⁾, 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 a evitar: el cáncer de piel por medio del uso de protector solar; las enfermedades de transmisión sexual si es que emplean preservativos; los males cardíacos a través del ejercicio regular; etcétera. Como se ha visto, los seres humanos tenemos -por lo general- aversión al riesgo por lo que existe una inclinación a preferir aquellas opciones que se nos aparecen como menos riesgosas. En tal sentido, si se enmarcan los mensajes para las conductas que se reconducen a este escenario en términos de ganancia se logrará incentivar conductas de precaución.

Finalmente, el escenario (iii) atiende 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 conductas (el tratamiento médico), por lo que si se desea alcanzar dicho objetivo se requerirá construir el mensaje en términos de ganancia e incluso precisando 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 cigarrillos es una conducta de prevención. Por ello, se deberá tender a construir o presentar el mensaje en términos de ganancia y no de pérdida, lo cual importaría un cambio radical en comparación con lo que actualmente sucede en nuestro país.

3.4 El arquitecto de decisiones y el paternalismo libertario

Para un sector de académicos no cabe si quiera poner un halo de duda acerca de que las perspectivas paternalistas y libertarias son posturas irreconciliables. 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 a fin de que los agentes económicos elijan lo que ellos deseen y -como corolario- aspiran a que se llegue a instaurar un Estado mínimo⁽⁸⁴⁾; mientras que, por otro lado, aquellos que siguen tendencias paternalistas tienen más de una duda sobre otorgar una libertad sin mayores restricciones a los sujetos y por ello respaldan la existencia de un Estado más fuerte⁽⁸⁵⁾ (la discusión aquí se encuentra en que tan fuerte) que interfiera 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 apenas indicado, existe una corriente de opinión que se empeña en deconstruir esta idea y demostrar -gracias a los

(83) SUNSTEIN, Cass R. y Richard H. THALER. *Libertarian paternalism is not an oxymoron*. En: *University of Chicago Law Review*. Volumen 70, n.º 4, 2003, pp. 1159 y siguientes.

(84) WOLFF, Jonathan. *Libertarianism, utility, and economic competition*. En: *Virginia Law Review*. Volumen 92. n.º 7, 2006, pp. 1605 y siguientes., *ivi* pp. 1605-1607.

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



Renzo E. Saavedra Velazco

descubrimientos de la psicología cognitiva⁽⁸⁶⁾ y de la economía conductual⁽⁸⁷⁾- que tales perspectivas pueden llegar a ser compatibles. En efecto, en los últimos años se ha elevado más de una propuesta⁽⁸⁸⁾ en este sentido, sin embargo, por razones de espacio, aquí sólo expondremos una de ellas⁽⁸⁹⁾.

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 por extensión en los *ius-economistas*). De esta manera concluyeron⁽⁹⁰⁾ que el rechazo actualmente existente se apoya en la combinación de una premisa que resulta falsa y de dos nociones en las que se incurre en un error.

La premisa falsa se sintetiza en aquella idea de que los individuos -casi todo el tiempo- efectúan elecciones que son consistentes con sus mejores intereses o que, como mínimo, tales elecciones son superiores a las que en su lugar podrían realizar 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 dicha decisión, lo cual en la mayoría de casos no se condice con la realidad (pensemos en decisiones de inversión, seguros médicos, garantías, etcétera).

Esta idea tal vez 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 entre 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 a todas las variables que se han aludido?, ¿qué tan sencillo sería que el individuo adquiriera 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 de elegir lo mejor para uno? Todas estas interrogantes tienen una respuesta inmediata: *el descalabro financiero que sufrió los Estados Unidos de América*.

En efecto, en dicho país se crearon una multiplicidad de hipotecas que se diferenciaban en alguna de las variables aludidas (margen de interés, si eran revolventes, etcétera) que tornaron la labor de elección aún más complicada y por ende alejaron más (si fuese posible) de optar por aquella opción que “maximizaba” su utilidad⁽⁹¹⁾.

Creo 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 que se toman a lo largo de la vida son realizadas -por lo general- una

(86) SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*. En: *University of Chicago Law Review*. Volumen. 64, n.º 4. 1997. pp. 1175 y siguientes. *ivi* p. 1178.

(87) O'DONOGHUE, Ted y Matthew RABIN. *Studying optimal paternalism, illustrated by a model of sin taxes*. En: *American Economic Review*. Volumen.93. n.º 2. 2003. pp. 186 y siguientes. *ivi* p. 186.

(88) Acaso la propuesta más completa y sugerente sobre esta materia sea la expuesta por KOROBKIN, Russell. *Libertarianism welfarism*. En: *California Law Review*. Volumen. 97. 2009. pp. 1651 y siguientes, la cual incorpora una serie de variables adicionales que procuran superar ciertos límites de la teoría del paternalismo libertario.

(89) SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H., *Libertarian paternalism is not an oxymoron*. *Op. cit.*

(90) SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. *Op. cit.*; pp. 1163 y siguientes.

(91) Al respecto puede consultarse la opinión de THALER, Richard H. *Mortgages made simpler*. En: *The New York Times*, publicado el 4 de julio de 2009, disponible también en web: <http://www.nytimes.com/2009/07/05/business/economy/05view.html>.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

única vez (no, no me refiero al matrimonio... 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 quiero que se me malinterprete, creo que tanto los paternalistas como los libertarios, en sus versiones extremas, están equivocados. Por un lado, si los paternalistas verdaderamente piensan que terceros *siempre* pueden tomar mejores decisiones que aquel sujeto que se verá afectado por la decisión, entonces se tendría que concluir que este último nunca tiene claro que es lo que desea o, por otro lado, que quien toma la decisión por ellos es poco menos que un ser tocado por la providencia. ¿Qué nos dice esta afirmación sobre el paternalismo en su versión extrema? Que peca de soberbia cuando asigna un rol tan preponderante a un tercero o que peca de excesivamente pesimista sobre las capacidades de quienes tendrán que acatar las decisiones, ambas explicaciones no son satisfactorias y por ende no pueden ser admitidas.

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 por nosotros, toda vez que cada individuo siempre sabe lo que es mejor para sí. ¿Qué nos dice esta afirmación sobre el libertarismo en su versión extrema? Pues que también peca de soberbia ya que sostiene que todo individuo *siempre* sabe lo que es mejor para sí (lo cual es poco realista) o que, por otro lado, peca de excesivamente pesimista sobre la capacidad que un tercero pueda tener en una toma de decisión, lo cual sería bastante contradictorio.

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 en el esquema libertario traerá como consecuencia un

aprendizaje que generará la adaptación en las 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 sus costos son demasiado elevados como para permitir estrategias de este tipo; y, (ii) que no toma en cuenta la presencia del pensamiento heurístico y de los sesgos que se dan en las personas.

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 razones apenas expuestas tomaré prestado un ejemplo de Sunstein y Thaler. Pensemos en una cafetería, la cual 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 del negocio se percató que los consumidores tienen la tendencia a adquirir los 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 no creemos que nadie abogaría 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 contra 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



Renzo E. Saavedra Velazco

-verdaderamente- un orden estable y claro de preferencias que pre-exista a la decisión de la cafetería.

Como se observa en el caso, no existe coerción y además es evidente que una organización -sea 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, creo que incluso un ferviente libertario tendrá que admitir que existe un margen de paternalismo que resulta aceptable (la discusión se reconduciría así a “cuanto” paternalismo es aceptable en el lugar de “si” este es aceptable). Sin embargo, tal apreciación se alcanzará sólo cuando la calificación de *paternalista* no tenga una carga valorativa peyorativa y que, por lo tanto, esta se convierta únicamente en la mera descripción de la realidad de las organizaciones.

Asimismo, no es posible evadir una constatación, siempre hay decisiones operativas de algún tipo que tendrán que ser efectuadas por un miembro de una organización en específico. A estos individuos se les denominará arquitectos de decisiones⁽⁹²⁾, toda vez que direccionan en uno u otro sentido el perfil de sus organizaciones y/o 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 cambiando de esta manera la regla supletoria).

Ahora bien, con el objeto de superar la carga negativa que ostenta en la actualidad el término paternalista se pueden hacerse ciertas sugerencias puntuales: (i) que las políticas o programas se diseñen empleando un análisis acerca del bienestar que generan, midiendo los costos y los beneficios

que estos arrojan (lo cual no necesariamente importa prestar atención a específicos actos de consumo, ni en brindar siempre mayores posibilidades de elección a los individuos); y, (ii) que se aprovechen los hallazgos de la psicología de la toma de decisiones para establecer directrices *ex ante* sobre cuando el incremento de opciones resulta en una auténtica mejora para los individuos.

Un ejemplo de cómo las ideas sugeridas pueden ser empleadas en la realidad se presenta en el campo de las normas supletorias (dispositivas) para el ahorro con fines previsionales. En efecto, inicialmente en Estados Unidos el trabajador debía inscribirse en el plan 401(k), cuando tal regla era la supletoria el índice de inscripción fluctuó alrededor del 49%. Luego se invirtió la regla supletoria a fin de que si el trabajador no deseaba formar parte del citado plan debía remitir una solicitud con tal propósito; con el simple cambio de la regla supletoria el índice de inscripción alcanzó el orden del 86%. Tan dramático cambio⁽⁹³⁾ se explica por el así denominado *sesgo del status quo* (o *status quo bias*)⁽⁹⁴⁾, según el cual los individuos tienden a no alterar su conducta a menos que se les incentive a ello. En este caso los sujetos no elegían aquello que los beneficiaba (o, si se quiere, lo que deseaban) sencillamente por aquella tendencia a mantener inalterada la realidad (una forma de *bounded rationality*) o tal vez por la manera en que la información les era presentada (o *framing*). Acaso a alguien le causará sorpresa constatar que en no pocas oportunidades la información que se brinda sobre los planes de ahorro previsional resulta incomprensible para la mayoría de personas y que en otros casos los sujetos adolecen de

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

(93) MADRIAN, Brigitte C. y Dennis F. SHEA. *The power of suggestion: Inertia in 401(k) participation and savings behavior*. En: *Quarterly Journal of Economics*, volumen 116, n.º 4, 2001, pp. 1149 y siguientes.

(94) KAHNEMAN, Daniel, Jack KNETSCH y Richard THALER. *The endowment effect, loss aversion, and status quo bias*. En: *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n.º 1, 1991, pp. 194 y siguientes. *ivi* pp. 197 y siguientes.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

bounded will-power⁽⁹⁵⁾ (por lo que su actual toma de decisión no resulta consistente con sus intereses a largo plazo). Huelgan mayores comentarios.

Así, la idea del paternalismo libertario se centra sencillamente en explicar cómo políticas que tomen en consideración la presencia de defectos cognitivos en los individuos (así como la trascendencia del contexto en la toma de decisiones) resultarán beneficiosas para aquéllos. Estos fines me parecen encomiables, si bien admito que existe más de alguna objeción que podría elevarse a esta construcción, por lo que podría requerirse mayor aproximación a su estudio; sin embargo para los propósitos 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⁽⁹⁶⁾.

4. 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 sobreestimen las posibilidades de que se verifiquen eventos favorables y que, paralelamente, se subestimen los riesgos que involucran la ocurrencia de eventos desfavorables⁽⁹⁷⁾. Así, quienes actúen influenciados por un sesgo de optimismo reaccionarán de modo inadecuado ante todas las amenazas jurídicas y/o incentivos

que el sistema jurídico pueda construir, tales como las reglas de responsabilidad. Esta circunstancia se produce aún 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⁽⁹⁸⁾. Sin embargo, la evidencia empírica sugiere que el sesgo de optimismo se presenta aún cuando los individuos tengan información completa y adecuada⁽⁹⁹⁾. Es por ello que se propone la alternativa de superar los sesgos cognitivos a través del Derecho (*debiasing through law*) o, en términos más 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 incurrir 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 precaución, lo cual devendrá en un incremento del número y gravedad de los accidentes⁽¹⁰⁰⁾. El

(95) JOLLS, Cristine, Cass R. SUNSTEIN y Richard THALER. *Op. cit.*; pp. 1477 y siguientes.

(96) De manera bastante persuasiva KOROBKIN, Russell, *Libertarian welfarism. Op. cit.*; pp. 1664-1671, detecta dos posibles objeciones para el paternalismo libertario: (i) las acciones que incrementan la utilidad pueden llegar a disminuir el bienestar social, suscitándose la duda de si los creadores de políticas públicas deban dar el guiño que el particular necesita; y, (ii) cuando el beneficio neto para los destinatarios de la política son inciertos o indeterminables, el paternalismo sólo puede ser defendido como a *second-best solution*.

(97) Las ideas que siguen se inspiran en LUPPI, Barbara y Francesco PARISI. *Beyond liability: Correcting cognitive bias through tort law*. En: *Queens Law Journal*, volumen 35, n.º 1, 2009, pp. 47 y siguientes, artículo que fue traducido recientemente por nosotros y publicado en la edición 40 de IUS ET VERITAS. 2010.

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

(99) JOLLS, Cristine y Cass R. SUNSTEIN. *Debiasing through law*. En: *Journal of Legal Studies*, volumen 35, 2006, pp. 199 y siguientes.

(100) 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*. Volumen 11, 2003, pp. 125-127.



Renzo E. Saavedra Velazco

sesgo de optimismo puede provocar que una persona piense legítimamente que cierto 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⁽¹⁰¹⁾.

Como es obvio, las actividades de precaución adicionales que cada una de las partes puedan incorporar tienen un costo específico, el cual otorga cada vez un menor margen de beneficios conforme se incrementa el nivel de actividad⁽¹⁰²⁾ (lo cual es la aplicación práctica de la ley de utilidades marginales decrecientes o ley de los rendimientos 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 tienen un nivel alto de inversión en precaución el incremento de tales medidas producirá un impacto muy bajo o nulo en la reducción del número y gravedad de los accidentes. Así, si el objetivo a perseguir es la maximización

del bienestar social neto, entonces 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, debido al optimismo no-realista, los sujetos involucrados en el caso enunciado considerarán que existe una probabilidad menor de que el accidente ocurra. Ante ello, el peatón y el conductor percibirán que con cada incremento en el nivel de medidas de precaución serán menos valiosos de lo que realmente es. Ello sucederá en la medida que estos sujetos consideran que el riesgo de accidentes es actualmente 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 realizará será muy bajo).

Ahora bien, de acuerdo a la evidencia empírica y experimental, 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. La razón de ello es que los sujetos son incapaces de percatarse (o aceptar) que se encuentran afectados por dicho sesgo⁽¹⁰³⁾. A fin de superar esta circunstancia se pueden evaluar dos posibles estrategias como potenciales alternativas para la superación del 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.

(101) 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*. Volumen 73, 1985, pp. 1 y siguientes.

(102) PARISI, Francesco y Vincy FON. *Comparative causation*. En: *American Law and Economics Review*. Volumen 6, 2004, p. 351.

(103) WEINSTEIN, Neil D. y otros. *Experimental evidence of stages of health behavior change: The precaution adoption model applied to home radon testing*. En: *Health Psychology*. Volumen 17, 1998, pp. 445 y siguientes.

Deconstruyendo al *homo economicus*: Una revisión conductual de un paradigma del *Law and Economics*

Los sistemas jurídicos asignan responsabilidad a los causantes del daño si es estos saben (o debieran saber) cuan riesgosa es realmente su actividad. Vale decir, bajo una estrategia de responsabilidad se interpretará que los errores de juicio que se motivan por la presencia de un sesgo de optimismo se constituyen en prueba de la culpa: la responsabilidad es impuesta si es que el dañador no adopta las 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 este sesgo. Bajo las estrategias de exclusión no se interpretará de manera automática que el sesgo de optimismo resulta *per se* la prueba de la culpa, sino que se vería esta situación como una característica inherente de la propia naturaleza humana. En tal sentido, solamente se le imputará responsabilidad al dañador si es que este no adopta las precauciones que, de acuerdo a su propia valuación subjetiva de las probabilidades de ocurrencia del evento, fuesen razonables.

Como se puede intuir, una regla de esta naturaleza afronta un riesgo específico: se daría un incentivo para la verificación de conductas oportunistas, puesto que los individuos optarán de manera consciente a reducir sus inversiones de prevención para luego argüir que ese era el nivel razonable de inversión para ellos, de acuerdo a la información que tenía a su alcance. A fin de hacer frente a este riesgo se deberá ajustar el nivel de precaución en atención a lo que, en términos regulares, produciría este sesgo en una persona promedio que se encuentre en un contexto similar.

Esto podría parecer muy complicado e incluso forzado, sin embargo ello no es realmente así. ¿Hay dudas? Es de esperar, pero cabe anotar que en la actualidad los sistemas jurídicos ya funcionan de esta manera cuando aceptan que se realice una evaluación objetiva de la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual. 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 cuenta a cantidad sino calidad y en facilidad de procesamiento), etcétera.

5. 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 los que se aplican 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 evitar el surgimiento de conflictos jurídicos.

Evidentemente el asunto resulta muy interesante desde un punto de vista teórico y a su vez ostenta gran trascendencia práctica. De lo dicho puede extraerse una ligera impresión de la complejidad del sugerido, sobre todo si es que se lo compara con el modelo más sencillo de la teoría de la elección racional. No dudamos el importantísimo rol que esta corriente jugó (y jugará) en la comprensión de los fenómenos jurídicos. Sin embargo, se requiere asumir ahora un nuevo esfuerzo por conocer esta nueva corriente, el cual será largamente compensado por el aporte que puede cumplir para afinar el análisis jurídico. Esto requerirá un compromiso de parte de los involucrados para la investigación de estas materias, apertura a nuevas ideas y por supuesto una meditación sosegada.