



Francesco Parisi<sup>(\*)</sup> y Barbara Luppi<sup>(\*\*)</sup>

# Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la **responsabilidad extracontractual**<sup>(\*\*\*)</sup>

“EL SESGO DE OPTIMISMO PUEDE LLEVAR A UNA PERSONA A PENSAR QUE UN EVENTO NEGATIVO NO SUCEDERÁ O QUE CON POCA PRECAUCIÓN DE SU PARTE LA PROBABILIDAD DE OCURRENCIA DEL ACCIDENTE SERÁ DE CERO”.

## 1. Introducción

El sesgo de optimismo afecta la estimación subjetiva que los individuos realizan acerca de la probabilidad de verificación de ciertos eventos futuros, ocasionando con ello que sobreestimen la probabilidad de que sucedan eventos positivos o favorables y que subestimen la probabilidad de ocurrencia de eventos negativos o desfavorables<sup>(1)</sup>. Las personas con sesgo de optimismo reaccionan inadecuadamente a amenazas jurídicas y a incentivos tales como las reglas de responsabilidad. Ello, como se verá, tiene sorprendentes implicancias en numerosas áreas del Derecho. En el presente artículo desarrollaremos ejemplos numéricos en base a los cuales sugeriremos que la manera más efectiva de corregir el sesgo de optimismo en la responsabilidad civil extracontractual bien podría ser perdonar el daño en lugar de sancionar el evento a través de la imposición de responsabilidad<sup>(2)</sup>.

(\*) Profesor de la Universidad de Minnesota y en la Universidad de Boloña, Departamento de Economía en la Universidad de Módena y Reggio Emilia, Departamento de Economía y Centro para la Investigación Económica.

(\*\*) Profesora Asistente de la Universidad de Módena y Reggio Emilia, Departamento de Economía y Centro para la Investigación Económica.

(\*\*\*) El ensayo original e inédito lleva por título: *Beyond Liability: Correcting optimism bias through tort law*. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa de los autores.

La traducción del inglés, así como la gestión de las autorizaciones, estuvo a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura.

Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

Los autores desean agradecer sinceramente a Theresa Stadheim por su generosa y valiosa asistencia en la investigación.

(1) COLMAN, Andrew M. *Unrealistic optimism*. En: *Dictionary of psychology*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.

(2) Una prueba general de esta afirmación requeriría un modelo formal que va más allá del alcance y las ambiciones de la presente contribución.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

El artículo está estructurado como sigue. En la primera sección brindamos una breve introducción al sesgo de optimismo, asimismo se dará una visión general acerca de los precedentes jurisprudenciales y académicos en los que se ha estudiado los efectos de los errores de juicio en los que incurrir los sujetos bajo distintos regímenes de responsabilidad. En la segunda sección se utilizará un caso simple de prevención bilateral para ilustrar los efectos del sesgo de optimismo acerca de la percepción de la probabilidad de ocurrencia de un daño y sobre los incentivos que tienen las partes. En la tercera sección, se considerará otras estrategias legales para corregir los problemas que se presentan dentro de la responsabilidad extracontractual a causa del sesgo de optimismo. Se presentarán dos formas en las que la ley podría ser empleada para contrarrestar sus efectos: los tribunales podrían sancionar por los errores cometidos debido al sesgo de optimismo (mediante la imposición de responsabilidad cuando el sesgo de optimismo motive un accidente) o pueden proteger de responsabilidad a los sujetos que sufran un sesgo de optimismo (a través de la exención de responsabilidad cuando el accidente se debe únicamente a una percepción sesgada del riesgo). Se desarrollará un análisis informal y formularemos conjeturas sobre la efectividad y los méritos de estas dos estrategias en la reducción del costo de los accidentes que se generan por el sesgo de optimismo. Para ello se prestará atención a tres regímenes de responsabilidad<sup>(3)</sup>. En la cuarta sección discutiremos la inversión gubernamental para la provisión de información dirigida a combatir el sesgo de optimismo y las deficiencias de dichos esfuerzos estatales. En la quinta sección, daremos nuestras conclusiones.

### 2. Optimismo no realista y el costo de los accidentes

Para los propósitos de la responsabilidad extracontractual

“COMO SUCEDE CON LA EVALUACIÓN DE LA CULPA OBJETIVA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, LOS TRIBUNALES NO DEBEN ENTRAR A ANALIZAR NINGÚN ASPECTO SUBJETIVO DEL ESTADO MENTAL QUE LAS PARTES TENÍAN AL MOMENTO DEL ACCIDENTE”.

(como también para otras áreas del derecho) el sesgo de optimismo lleva a muchos sujetos a subestimar sus riesgos personales aún cuando reciban información precisa acerca del riesgo promedio del evento. Como es ampliamente subrayado en la literatura psicológica, los individuos tienden, en numerosas actividades ordinarias<sup>(4)</sup>, a estimar sus habilidades como superiores al promedio. El hecho evidenciado en la literatura es que el exceso de confianza en muchos ámbitos es más frecuente que la ausencia de confianza<sup>(5)</sup>. Estas expectativas que resultan irrealmente optimistas exponen a los individuos (y a sus víctimas potenciales) a riesgos excesivos.

La perspectiva tradicional del análisis económico del derecho sobre el sesgo de optimismo es que el problema es causado por información imperfecta y que puede ser apropiadamente corregida proveyendo información adicional<sup>(6)</sup>.

- (3) Un modelo económico, que se extienda más allá del objetivo del presente análisis, sería necesario para sustentar nuestras teorías. El ejemplo numérico desarrollado en la tercera sección, sin embargo, provee evidencia preliminar alentadora que sustenta nuestras hipótesis y que se justifica más análisis económico sobre este tema.
- (4) Véase SVENSON, Ola. *Are we all less risky and more skillful than our fellow drivers?* En: *Acta Psychologica*. Volumen 47, 1981. p. 143; DEJOY, David M. *The optimism bias and traffic accident risk perception*. En: *Accident Analysis and Prevention*. Volumen 21, 1989. p. 333; WILDE, G. J. S. *Target risk 2: A new psychology of safety and health*. Toronto: PDE Publications, 2001. Wilde ilustra este absurdo aritmético cuando observa que “si usted consulta a una muestra de conductores acerca de cómo estiman su propia calidad como choferes, normalmente se dará cuenta de que más de la mitad de ellos responderá que son mejores que el conductor promedio” p. 47.
- (5) Véase WILDE, G. J. S. *Ibid.*; WEINSTEIN, Neil D. *Unrealistic optimism about future life events*. En: *Journal of Personality and Social Psychology*. Volumen 39, 1980. p. 806; WRIGHT, G. *Behavioural Decision Theory*. Middlesex, UK: Penguin, 1984.



## Francesco Parisi y Barbara Luppi

Empero, la evidencia sugiere que el sesgo de optimismo lleva a muchos individuos a subestimar el riesgo incluso si es que tienen información completa y adecuada<sup>(7)</sup>.

Los juristas, los más notables son Jolls y Sunstein, han introducido el concepto de superar los sesgos [debiasing] a través del Derecho o, en otras palabras, corregir los errores de juicio de los individuos al rediseñar las leyes<sup>(8)(NT1)</sup>. Los errores causados por el sesgo de optimismo pueden surgir en muchas áreas del Derecho, en particular en el derecho contractual y en la responsabilidad civil extracontractual. En el derecho contractual, los tribunales pueden no permitir que los demandados aleguen la defensa de impracticabilidad<sup>(9)</sup> si ellos son incapaces de prever los potenciales problemas que les ocasiona su sesgo de optimismo<sup>(10)</sup>. Ello en atención a que debido a tal sesgo las partes pueden dejar de cumplir el contrato en razón de riesgos futuros, lo cual pone en tela de juicio la idea misma de la doctrina de la impracticabilidad<sup>(11)</sup>.

El sesgo de optimismo también afecta la responsabilidad extracontractual, en especial en el área de la negligencia. Las

personas que son de demasiado optimistas toman muy poco cuidado, lo cual las lleva a incrementar el número de accidentes<sup>(12)</sup>. El sesgo de optimismo puede llevar a una persona a pensar que un evento negativo no sucederá o que con poca precaución de su parte la probabilidad de ocurrencia del accidente será de cero<sup>(13)</sup>. Este problema puede surgir, por ejemplo, en el área de la responsabilidad por productos. Los consumidores subestiman el riesgo de que puedan ser dañados y además las decisiones de los tribunales pueden privar a los fabricantes de los incentivos para hacer un producto más seguro<sup>(14)</sup>.

En una investigación se ha encontrado que en un número de casos en los que un producto era irrazonablemente peligroso no se requirió siquiera que el demandante leyera las advertencias del producto. Debido a su sesgo de optimismo, el consumidor puede no

- 
- (6) Véase, por ejemplo, STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. W. W. Norton & Company. Nueva York. 1986, sobre el optimismo del consumidor.
- (7) JOLLS, Christine y SUNSTEIN, Cass R. *Debiasing through law*, en *Journal of Legal Studies*. Volumen 35, 2006. pp. 199 y siguientes.
- (8) *Ibid.*; Una importante preocupación en la literatura jurídica es evitar la adopción de las soluciones jurídicas que restringen las opciones o imponen costos significativos sobre los individuos que no tienen sesgos, todo ello en aras de mejorar los resultados de aquellos que sí exhiben sesgos de carácter cognitivo. Véase, por ejemplo, CAMERER, Colin y otros. *Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for "asymmetric paternalism"*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Volumen 151, 2003. pp. 1211 y siguientes; MITCHELL, Gregory. *Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence*. En: *Georgetown Law Journal*. Volumen 91, 2002.
- (NT1) Sobre la manera de observar este fenómeno nos permitimos remitir a la consulta de SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Paternalismo libertario: ¿un oxímoron o una solución a la bounded rationality?* En: *Enfoque Derecho*, 24 de marzo de 2010, [www.enfoquederecho.com/?q=node/289](http://www.enfoquederecho.com/?q=node/289), ahora, con las necesarias referencias bibliográficas, en: [http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra/14/](http://works.bepress.com/renzo_saavedra/14/).
- (9) Un tribunal puede excusar el incumplimiento de un contrato cuando se torne impracticable. Ello ocurre cuando algo extremo o escandaloso se presenta para tornar irrazonable el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, si alguien contrata con alguien para que le venda papas y luego severas condiciones climáticas destruyen todos los sembríos de papa de la zona, el vendedor puede invocar la defensa de impracticabilidad.
- (10) WRIGHT, Aaron J., *Rendered impracticable: Behavioral economics and the impracticability doctrine*. En: *Cardozo Law Review*. Volumen 26, 2005. pp. 2183-2209.
- (11) *Ibid.*; p. 2210.
- (12) 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.
- (13) *Ibid.*
- (14) ARLEN, Jennifer. *The legal implications of psychology: Human behavior, behavioral economics and the law: Comment: The future of behavioral economics analysis of law*. En: *Vanderbilt Law Review*. Volumen 51, 1998. pp. 1765-1774.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

haber leído las advertencias. Por ejemplo, en *Skyhook Corp. v. Jasper*<sup>(15)</sup>, en lugar de aislar a una grúa contra las descargas eléctricas, lo cual pudo haberse hecho a un bajo costo, el fabricante simplemente advirtió a los usuarios que no debían llevar el vehículo dentro de un área de diez pies de una línea de transmisión de alto voltaje. El operador de la grúa fracasó al cumplir con dicha advertencia. En el juicio, el tribunal no aceptó considerar a la grúa como irrazonablemente peligrosa porque el consumidor pudo leer las advertencias y operar la grúa de manera más segura. En *Sherk v. Daisy-Heddon*<sup>(16)</sup>, el tribunal rechazó considerar que una pistola de aire comprimido con poder letal fuera irrazonablemente peligrosa, ello porque el usuario menor de edad no leyó la advertencia de no apuntar el arma en dirección a una persona. En *Dugan v. Sears, Roebuck & Co.*<sup>(17)</sup>, el tribunal rechazó la afirmación de que una podadora de césped con paletas de seguridad inadecuadas era irrazonablemente peligrosa porque el usuario no cumplió con la advertencia impresa de mantener a los niños y a las mascotas lejos de ella.

Estos casos son ejemplos de cómo los tribunales permiten que los fabricantes se eximan de responsabilidad a pesar del hecho que el sesgo de optimismo de los consumidores los ha llevado a asumir riesgos innecesarios y a no leer las etiquetas de advertencia. También muestra la disposición de los tribunales

a presumir que todas las personas leen las advertencias. Aunque estos casos en particular han sido revocados ilustran que puede llegar a suceder cuando los tribunales no tratan adecuadamente el sesgo de optimismo. En tanto que los fabricantes conocen mejor sus productos, se puede asumir que les es más sencillo diseñar un producto más seguro que pretender que los consumidores entiendan totalmente los riesgos y usen el producto adquirido de manera adecuada. A la luz de ello, los fabricantes pueden asegurar mayor seguridad a los consumidores al tomar en cuenta el sesgo de optimismo<sup>(18)</sup>.

Más adelante en el trabajo se considerará los usos alternativos de las “estrategias de responsabilidad” (imponiendo responsabilidad cuando los accidentes son resultado de una sesgada percepción del riesgo) y las “estrategias de exoneración” (como en el caso anterior, responsabilidad cuando los accidentes son causados por tal sesgo de percepción) en casos de accidentes bilaterales<sup>(19)</sup>.

(15) 560 P.2d 934, 90 N.M. 143 (1977). Esto fue revocado por *Klopp v. Wackenhut Cop.*, 824 P.2d 293, 113 N.M. 153 (1992), que consideró que existía cierto grado de negligencia pues siempre ello era previsible para el fabricante, lo cual es equivalente a decir que el fabricante debe tomar en cuenta algún grado de sesgo de optimismo de parte de los usuarios y que también debe diseñar mejores etiquetas o empezar a hacer productos más seguros. Véase también *Halvorson V. American Hoist & Derrick Co.*, 240 N.W.2d 303 a 308, 307 Minn.48 (1976), revocada por *Holm v. Sponco Mfg. Inc.*, 324 N.W.2d 207, 35 A.L.R.4th 848 (Minn. 1982).

(16) 450 A.2d 615, 498 Pa. 594 (1982).

(17) 454 N.E.2d 64, 113 Ill.App.3d 740 (1983).

(18) Los costos de un accidente para las partes son también reducidos por un seguro y especialmente por un seguro de no-culpa. Véase WILDE, *supra* nota al pie (4), pp. 218-226. La industria del seguro tiene interés en la reducción de accidentes pero si los accidentes son reducidos a cero entonces nadie querría asegurarse. Por lo tanto, la industria del seguro se encuentra ubicada en el dilema. En efecto, “(...) la industria del seguro sería realmente beneficiada si la tasa de accidentes permanece a un nivel elevado” (p. 219). Los costos de responsabilidad se reducirán incluso aún más para el infractor, ello por el advenimiento de los seguros de no-culpa, lo cual significa que los conductores que se encuentran involucrados en un choque son compensados a pesar de ser los que causaron el accidente. Seguros, y especialmente los seguros de no-culpa, pueden incrementar los comportamientos riesgosos porque las personas no son responsables por sus accidentes. Uno podría pensar que sus efectos pueden ser mitigados cuando las compañías de seguros ofrezcan descuentos por conducción segura o por un adolescentes que lleven cursos de educación vial. Con todo, los estudios muestran que los adolescentes harán cualquier cosa que les permita estar en la carretera, entonces estos subsidios pueden, en los hechos, sólo conllevar a un mayor número de conductores inexperimentados y a una tasa mayor de accidentes.

(19) Un accidente bilateral es uno en el que la probabilidad de la ocurrencia del daño es determinado tanto por el dañador como por la víctima, a través de sus acciones u omisiones, y a través de sus precauciones o su ausencia.



Francesco Parisi y Barbara Luppi

### 3. El problema de los accidentes bilaterales con sesgo de optimismo

El sesgo de optimismo involucra una distorsión de la percepción caracterizada por la sobreestimación de la propia habilidad y a subestimar el riesgo<sup>(20)</sup>. En el contexto de la responsabilidad extracontractual, un sujeto con un sesgo de optimismo cree que enfrenta una probabilidad de encontrarse involucrado en un accidente más baja de la que en realidad (carente de sesgo)<sup>(21)</sup> tiene.

La aproximación tradicional del análisis económico del derecho usa modelos de precaución bilateral para analizar el óptimo nivel de cuidado de parte de los dañadores y de las víctimas<sup>(22)</sup>. En una situación de precaución bilateral ambas partes pueden afectar la probabilidad de que un accidente ocurra o su gravedad, al tomar sus propias precauciones. Considérese el caso de un conductor (el futuro dañador) y un peatón (la futura víctima). El conductor puede reducir la probabilidad de ocurrencia del accidente al moderar su velocidad o al mantener una distancia segura del peatón. El peatón, por su parte, puede también tomar sus propias precauciones, como esperar a que el auto se detenga totalmente antes de cruzar una intersección.

En el presente trabajo, examinaremos el caso anterior, el cual será tomado como uno de precaución bilateral y en el que las partes se encuentran afectadas por el sesgo de optimismo. Digamos que el conductor piensa (con un optimismo no realista) que puede acelerar de manera segura en la intersección y

evitar al peatón, mientras que, por su parte, el peatón puede también ser optimista y creer que puede cruzar la intersección antes que el vehículo lo alcance. Discutiremos los efectos del sesgo en la habilidad de percibir la probabilidad de daño por parte del futuro dañador y de la futura víctima<sup>(23)</sup>. Asimismo, evaluaremos la efectividad de las diversas estrategias jurídicas bajo diferentes reglas de responsabilidad a la luz del sesgo de optimismo.

La actividad del conductor tiene un valor para él, el cual se ve incrementado con el nivel de actividad<sup>(24)</sup>. Este valor puede ser representado por una figura que tenga una curva con una pendiente pronunciada hacia arriba y que cae al bajar el nivel de actividad y tendrá un incremento gradual hacia arriba conforme se incrementa el nivel de la actividad<sup>(25)</sup>, el valor que el peatón extrae de su propia actividad puede ser representada por una curva similar<sup>(26)</sup>. Se asume que ambas partes son neutrales al riesgo, racionales y maximizadoras de utilidad<sup>(27)</sup>.

La actividad del conductor puede causar daño al peatón<sup>(28)</sup>. Ambos, el conductor y el peatón pueden reducir la probabilidad de que se verifique un daño al invertir en

(20) EISENBERG, Melvin A. *The limits of cognition and the limits of contract*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 47, 1995. pp. 211 y siguientes.; *ivi* pp. 216-217.

(21) WRIGHT, Aaron J. *Op. cit.*; pp. 2208-2209.

(22) Véase, especialmente, SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

(23) Para un resumen de las precauciones bilaterales véase COOTER, Robert. *Unity in tort, contract and property: The model of precaution*. En: *California Law Review*. Volumen 73, 1985. pp. 1 y siguientes. Véase también, PARISI, Francesco y Vincy FON. *Comparative causation*. En: *American Law and Economics Review*. Volumen 6, 2004. pp. 345 y siguientes.

(24) PARISI, Francesco y FON, Vincy. *Op. cit.*; p. 351.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*

(27) COOTER, Robert y ULEN, Thomas S. *An economic case for comparative negligence*. En: *New York University Law Review*. Volumen 61, 1986. pp. 1067-1094.

(28) PARISI, Francesco y Vincy FON. *Op. cit.*; p. 351.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

precauciones<sup>(29)</sup>. A bajos niveles de precaución, la probabilidad de ocurrencia de daños se ve reducida de manera dramática por cada unidad adicional de precaución que sea tomada<sup>(30)</sup>. Empero, la probabilidad de ocurrencia del daño se ve reducida en menor medida por cada unidad adicional de precaución que sea tomada por el conductor y el peatón<sup>(31)</sup>. Por lo tanto, incrementar la precaución es costoso tanto para el conductor como para el peatón, y lleva a rendimientos marginales decrecientes<sup>(32)</sup>. Cuando un accidente ocurre crea una pérdida (exógena)<sup>(33)</sup>.

El objetivo social, como señala Shavell, es maximizar el bienestar total, lo cual en nuestro caso puede ser definido como la suma de los valores de las actividades para el conductor y el peatón menos el costo esperado de los accidentes y los costos de precaución para ambas partes<sup>(34)</sup>. Se alcanzará el nivel socialmente óptimo de precaución cuando el beneficio social de tomar una unidad adicional de precaución (esto es, el beneficio marginal) iguale el costo social de tomar dicha precaución (esto es, el costo marginal)<sup>(35)</sup>.

Para cualquier nivel dado de precaución del conductor y del peatón, el optimismo no-realista lleva a que ambas partes consideren que existe una probabilidad menor de que el accidente ocurra, lo cual difiere de lo que un agente<sup>(36)</sup> no

sesgado considera en la misma situación<sup>(37)</sup>. Un agente afectado por el sesgo de optimismo percibirá cada incremento en la inversión de medidas de precaución como menos valioso (llevándolo a una reducción absoluta menor de la probabilidad de ocurrencia de una pérdida por el accidente) de lo que lo haría un agente sin tal sesgo. El valor correcto de cada nivel de precaución<sup>(38)</sup>. Adicionalmente, un agente sin sesgo se encuentra consciente de los sesgos de optimismo del resto de la población pero no se encuentra totalmente consciente de los suyos<sup>(39)</sup>.

### 4. Corrigiendo el sesgo de optimismo: Estrategias de responsabilidad y de exclusión

De acuerdo a la evidencia empírica y experimental, el conocimiento sobre la incidencia estadística del sesgo de optimismo tiene solamente un efecto limitado sobre la percepción acerca del propio sesgo de optimismo<sup>(40)</sup>. Consideremos dos

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*; pp. 351-352.

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

(34) SHAVELL, Steven. *Op. cit.*; p. 133.

(35) *Ibid.*; p. 34.

(36) Basado en el concepto de "hombre razonable" propio de la responsabilidad extracontractual.

(37) Un resultado cualitativamente similar se alcanzaría al asumir que el sesgo de optimismo afecta la percepción de la gravedad de las pérdidas, en lugar de la probabilidad de ocurrencia, con un daño exógeno.

(38) El caso opuesto, esto es, el sesgo de pesimismo, se encontraría caracterizado por el hecho que cada agente percibe que la ocurrencia de un accidente es más probable. El caso del sesgo de pesimismo no es abordado en el artículo en la medida que no es un sesgo que se presente de manera frecuente en situaciones normales. Como se discutirá brevemente en las conclusiones, la aplicación del marco de las exoneraciones legales a la responsabilidad por un nivel inferior en la confianza podría no ser adecuado y podría no corregir las ineficiencias que son causadas por los niveles excesivamente altos de precaución ejercidas por los agentes pesimistas (a menos que se pueda concebir una regla de responsabilidad que sancione a los individuos que tomen medidas excesivas de precaución).

(39) Nótese aquí que el agente tiene una correcta percepción del sesgo promedio de la población. Por lo tanto, la distorsión en las creencias tiene que ser interpretada como una que se exhibe en el promedio de la población.

(40) Véase, por ejemplo, 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 ss. Los autores hicieron un estudio a los propietarios de un área con alto riesgo de envenenamiento con radón. Se les dijo a los propietarios que el



## Francesco Parisi y Barbara Luppi

estrategias dirigidas a hacer frente al sesgo de optimismo en la responsabilidad extracontractual: (i) estrategias de responsabilidad; y, (ii) estrategias de exclusión. La mayoría de los sistemas jurídicos emplean sistemas de responsabilidad, bajo los cuales el futuro dañador será responsable si el accidente ocurre debido a un sesgo de optimismo y el dañador sabe o debiera saber cuan riesgosa es realmente la actividad<sup>(41)</sup>. En las estrategias de responsabilidad se interpreta como negligencia a los errores que se motivan por el sesgo de optimismo: la responsabilidad es impuesta si el dañador no alcanza a adoptar las medidas de precaución de un agente totalmente racional y sin sesgo<sup>(42)</sup>. En términos analíticos se puede concluir que los tribunales adoptan una estrategia de responsabilidad cuando exigen el nivel de precaución que tomaría una persona totalmente racional y con una percepción no sesgada de los riesgos<sup>(43)</sup>.

Consideremos a las estrategias de exclusión como alternativas a las estrategias de responsabilidad para corregir los errores de juicio. Las estrategias de exclusión no interpretan al sesgo de optimismo como negligencia *per se*, sino que es vista como un fenómeno permanente y objetivo de la naturaleza humana. El futuro dañador no afronta responsabilidad si es que adopta la medida razonable de precaución, de acuerdo a su propia valuación subjetiva de la probabilidad de ocurrencia del accidente, incluso si su valuación se encuentra distorsionada por algún grado natural de sesgo de optimismo. Es importante notar que a fin de evitar un nivel de confianza oportunista en la excepción legal de responsabilidad, las estrategias de

exclusión sólo deben ajustar la expectativa legal de precaución debida con el nivel de sesgo de optimismo que es exhibido por la persona promedio en circunstancias similares. Como sucede con la evaluación de la culpa objetiva dentro de la responsabilidad extracontractual, los tribunales no deben entrar a analizar ningún aspecto subjetivo del estado mental que las partes tenían al momento del accidente. Ello plantearía el riesgo de un problema de *moral Hazard* o de una exacerbación estratégica del propio sesgo de optimismo, en lugar de ello los tribunales sólo deben considerar el sesgo de optimismo promedio de la población<sup>(44)</sup>. Bajo un régimen de exclusión de responsabilidad, esta sólo surgirá cuando el dañador no alcance el nivel de precaución que se exigiría en tal caso a un hombre razonable, el cual se valorará en función a la probabilidad del accidente que sea calculada por una persona con un nivel promedio de sesgo de optimismo. La exclusión de responsabilidad, aunque resulta contra intuitiva, encuentra ya algunas representaciones en el derecho existente. Por ejemplo, la regulación de la responsabilidad por productos desplaza a los fabricantes la carga de corregir el sesgo de optimismo del consumidor<sup>(45)</sup>. Debido a un resistente sesgo de optimismo en cabeza de los consumidores, se

---

73% de las casas de su comunidad tenían altos niveles de radón pero ellos estimaron sus propias posibilidad en sólo 54%. Sesgo de optimismo (...) realmente incremento después de la exposición a la información sobre el riesgo (aunque personas en estas condiciones incrementan sus estimaciones de su propio riesgo, ellos incrementan los riesgos de sus vecinos aún más) (p. 451).

- (41) Véase, por ejemplo, LATIN, Howard A. *Alternative compensation schemes and tort theory: Problem-solving behavior and theories of tort liability*. En: *California Law Review*. Volumen 73, 1985. pp. 667 y siguientes, donde se discuten diversas variaciones de las estrategias de responsabilidad tradicionales.
- (42) Véase, por ejemplo, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 at 173, 1946 A.M.C. 35 (2d Cir. 1947). Bajo la regla de Hand, el análisis de la negligencia considera si la carga de las medidas de precaución que no fueron tomadas para controlar la probabilidad de daño multiplicada por la probabilidad de la severidad de daños. Si el dañador se encuentra operando bajo un sesgo de optimismo creerá que la probabilidad es más baja de lo que es en realidad y, por ende, tomará menos precauciones. Esto significa que tomará menos precauciones de las que tomaría un actor totalmente racional/razonable.
- (43) *Ibid.*
- (44) Un prueba subjetiva del sesgo de optimismo, lo que se desea es limitar la prueba de la ausencia de sesgo a fin e evitar que las partes no sesgadas puedan, de manera oportunista, confiar en la exclusión de responsabilidad y elegir un nivel inferior de precaución.
- (45) Véase ARLEN, Jennifer, *supra* nota al pie (14), en donde se discute la idea de la excesiva confianza de los consumidores y el desplazamiento de las medidas de precaución en el contexto de la responsabilidad por productos. Los sujetos que



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

ha elegido un *standard* más estricto en la responsabilidad por productos, y la responsabilidad es impuesta en fabricantes que no incrementan la seguridad de sus productos en previsión de los errores que los consumidores cometen en atención a dicho sesgo<sup>(46)</sup>. Entonces, el desplazamiento de los costos se realiza sobre quienes se encuentran en mejor posición para corregir el sesgo de optimismo.

En el siguiente acápite procederemos a comparar el efecto de las estrategias de responsabilidad y de exclusión, mostrando las ventajas comparativas de cada una de las estrategias para corregir las distorsiones causadas por el sesgo de optimismo bajo diferentes regímenes de responsabilidad. Nuestros resultados sugieren que la exclusión legal de responsabilidad por sesgo de optimismo puede resultar una valiosa segunda opción de solución cuando la amenaza de responsabilidad no puede luchar efectivamente contra los efectos del sesgo de optimismo<sup>(47)</sup>.

### 4.1. La estrategia de responsabilidad vs. La estrategia de exclusión desde el punto de vista de diferentes regímenes de responsabilidad

En ausencia de sesgo de optimismo, el prototipo que hemos presentado reduce el modelo *standard* de accidentes bilaterales. Así, el modelo *standard* de accidentes bilaterales puede servir como punto de referencia para analizar el rol del sesgo de optimismo en la elección individual del nivel óptimo de precaución y de las actividades<sup>(48)</sup>.

Los resultados del modelo sin sesgo de optimismo pueden ser resumidos al distinguir entre los efectos de la regla de

responsabilidad en el nivel de precaución y en el nivel de las actividades:

- a) Nivel de precaución: bajo todos los regímenes de responsabilidad que no sean la responsabilidad objetiva, las partes ejercitarán un nivel socialmente óptimo de precaución. En cambio, bajo la responsabilidad objetiva, sólo el futuro dañador tendrá precaución<sup>(49)</sup>.
- b) Nivel de actividades: bajo todos los regímenes de responsabilidad basados en la culpa, la víctima asumirá el nivel socialmente óptimo de precaución y el dañador tomará un nivel ineficientemente alto de actividad<sup>(50)</sup>. En cambio, bajo todos los regímenes de responsabilidad objetiva, el dañador asumirá el nivel socialmente óptimo de actividad y, por su parte, la víctima tomará un nivel ineficientemente alto de actividad<sup>(51)</sup>.

Como se encuentra bien documentado en la literatura, el nivel equilibrado de precaución para ambas partes es socialmente eficiente bajo cualquier régimen de responsabilidad a excepción de la responsabilidad objetiva<sup>(52)</sup>. En cambio, el nivel de actividad es socialmente óptimo sólo para quien soporta la responsabilidad residual y es ineficientemente alta para la otra<sup>(53)</sup>. En los sistemas basados en la negligencia, la víctima soporta la responsabilidad residual y

---

operan en los mercados pueden subestimar los riesgos a los cuales se encuentran sujetos, y así tomar acciones que no maximicen su propia utilidad. Como resultado, el bienestar social tampoco será maximizado. Por ejemplo, si los consumidores subestiman el riesgo de ser dañados, los productores no serán inducidos a fabricar productos socialmente seguros. Así, la responsabilidad por productos podría ser necesario proveer una precaución adecuada y también proveer un seguro adecuado para los consumidores.

(46) Un extenso número de leyes federales y estatales que regulan la seguridad de los productos de consumo tienen como propósito el deseo de proteger a los consumidores que no evalúan de modo adecuado el riesgo de los productos. Véase, en general, JOLLS, Christine y Cass R. SUNSTEIN, *supra* nota al pie (7).

(47) Cuando es comparada con las estrategias de responsabilidad y de información.

(48) El modelo sin sesgo de optimismo coincide con el modelo de los accidentes bilaterales. Para los detalles de las pruebas analíticas, véase SHAVELL, Steven, *supra* nota al pie (22).

(49) PARISI, Francesco y Vincy FON. *Op. cit.*; p. 364.

(50) *Ibid.*; p. 357.

(51) *Ibid.*; p. 364.

(52) *Ibid.*; p. 358.

(53) *Ibid.*; p. 359.





## Francesco Parisi y Barbara Luppi

asume el nivel socialmente óptimo de actividad. En los sistemas de responsabilidad objetiva, el dañador es quien soporta el riesgo residual y tendrá incentivos para reducir su nivel de actividad<sup>(54)</sup>.

### 4.2. Las estrategias de responsabilidad frente al sesgo de optimismo

Cuando un tribunal impone responsabilidad por errores motivados en el sesgo de optimismo la parte que no toma el nivel óptimo de precaución es considerada como negligente incluso si tal defecto en la precaución se sustenta en un nivel de sesgo de optimismo que es natural de acuerdo a las circunstancias del caso. En otras palabras, el tribunal establece un nivel de precaución desde los ojos de un sujeto ideal que se encuentra libre de cualquier sesgo. Por lo tanto, el nivel de precaución se fijará en el nivel socialmente óptimo.

Cuando un tribunal impone responsabilidad por errores motivados en el sesgo de optimismo, la presencia de tal sesgo afecta la eficiencia y el resultado del equilibrio. Primero, el sesgo de optimismo diluye los incentivos de precaución para el dañador y para la víctima debido a la falsa percepción del riesgo: las partes con sesgo de optimismo subestiman sistemáticamente la probabilidad de ocurrencia de un accidente y así se asume un nivel de precaución inferior de lo que es socialmente deseable<sup>(55)</sup>. Ello es ilustrado en nuestro ejemplo, donde el nivel de precaución elegido tanto por el conductor y el peatón no alcanza el nivel socialmente óptimo. Ni el conductor ni el peatón se encuentran conscientes que tienen sesgo de optimismo, entonces ellos no podrán corregirlo cuando toman una decisión sobre el nivel de precaución. Independientemente de la estrategia adoptada por los tribunales en el establecimiento de responsabilidad, cada una de las partes considera que tomó las precauciones que satisfacen la exigencia de diligencia, en atención a sus percepciones particulares del riesgo. Por ello, incrementar el nivel de precaución en dicho caso, para que se adecue a lo que cada parte considera que es el nivel adecuado de precaución sería irracional en tanto que impondría un costo sin ningún beneficio en términos de reducción de responsabilidad. Examinaremos el equilibrio de los resultados bajo tres

régimenes: la responsabilidad objetiva, la negligencia y la negligencia con defensa de la negligencia comparativa.

Consideremos el régimen de responsabilidad objetiva, bajo el cual el conductor de nuestro ejemplo será considerado responsable independientemente del nivel de precaución ejercido en equilibrio<sup>(56)</sup>. Como la literatura ha dejado en claro, en el régimen de responsabilidad objetiva se genera un problema *standard* de *moral hazard*. En nuestro ejemplo, el peatón tendrá menos incentivos para invertir en precaución si es que anticipa que el conductor tratará de evitar el accidente y siempre será considerado responsable del pago de un resarcimiento total en el caso de un accidente<sup>(57)</sup>. La presencia del sesgo de optimismo únicamente afecta la elección óptima de precaución de parte del conductor y su nivel de actividad. En tanto que el conductor es afectado por tal sesgo, el conductor se encuentra involucrado en actividades más riesgosas y elige el nivel de precaución que queda por debajo del nivel de precaución óptima, ello a pesar de que es el único que soporta responsabilidad dentro de un régimen de responsabilidad objetiva.

En un régimen de negligencia simple, tanto el dañador como la víctima enfrentan la dilución de los incentivos de precaución debido a la sistemática subestimación del riesgo. Cuando los tribunales imponen responsabilidad por errores ocasionales por el sesgo de optimismo, el sesgo crea un adicional problema de *moral hazard* porque lleva a la contraparte a tener una confianza estratégica en el error ajeno. En nuestro ejemplo, si el tribunal impone responsabilidad en el conductor por los errores que se generen por su sesgo de optimismo,

(54) *Ibid.*; p. 364.

(55) COLMAN, Andrew M. *supra* nota al pie (1).

(56) PARISI, Francesco y Vincy FON. *Op. cit.*; p. 346.

(57) SHAVELL, Steven. *Op. Cit.*; p. 37.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

el conductor será considerado negligente incluso si adopta el nivel de precaución que la persona promedio (afectada como él por un optimismo no-realista) habría tomado en tal circunstancia. El peatón luego confiará en el hecho que en caso de un accidente el conductor será considerado responsable, y no tomará las precauciones para compensar el exceso de confianza del conductor. Al propio tiempo, el conductor mantendrá su actividad por debajo del nivel socialmente óptimo porque no se ha percatado de su propio exceso de confianza y considera que evitará la responsabilidad si elige lo que considera es una precaución razonable.

Luego, consideremos el régimen de negligencia en el que se admite la defensa de negligencia comparativa. En este régimen los incentivos para un comportamiento estratégico son neutralizados por la naturaleza dual de la defensa de la negligencia comparativa: si se encuentra a la víctima negligente no podrá recibir un resarcimiento completo de parte del dañador y, correlativamente, si se considera que el dañador fue negligente no podrá protegerse de la responsabilidad. Esta *doble* amenaza inherente a la defensa de la negligencia comparativa mantiene alineados los incentivos de cada una de las partes con el óptimo social y neutraliza el adicional *moral hazard* que surge del sesgo de optimismo. Por lo tanto, los regímenes de negligencia comparativa son los únicos regímenes que evitan el problema de *moral hazard* creado por el sesgo de disponibilidad cuando los tribunales imponen responsabilidad por errores motivados en tal sesgo. Nótese, sin embargo, que ambas partes se encuentran afectadas por el sesgo de optimismo, el equilibrio del nivel de precaución que es elegido por cada una de las partes será inferior que el requerido por los tribunales. Asimismo, la defensa de negligencia comparativa no corrige la distorsión sintomática en el nivel de actividad que es creado por el sesgo de optimismo: tanto la víctima como el dañador se percatará del error de su contraparte (más no del propio) y se involucrará de manera estratégica en actividades excesivamente riesgosas. Dados estos errores basados en el optimismo, si un accidente ocurre ambas partes probablemente serán consideradas negligentes y compartirán el costo del mismo.

En este orden de ideas, podemos concluir que el trato que el sistema jurídico dispensa a los errores que se motivan en el sesgo de optimismo tiene un impacto en los incentivos de las partes a invertir en precauciones. Al imponer responsabilidad por los errores causados por el sesgo de optimismo se crean

los incentivos para que las partes corrijan sus propios sesgos de optimismo al tomar precauciones adicionales. Sin embargo, al imponer tal responsabilidad puede socavarse los incentivos para invertir en las precauciones necesarias para corregir el sesgo de optimismo de la otra parte, en tanto que el comportamiento estratégico causará que las partes confíen en la responsabilidad de la otra. En otras palabras, las partes serán inducidas a tomar en consideración el impacto de su propio sesgo pero no a corregir los errores de su contraparte.

### 4.3. Las estrategias de exclusión frente al sesgo de optimismo

Al no imponer responsabilidad cuando los errores se ocasionen por el sesgo de optimismo, los tribunales provocarán el efecto de reducir el *standard* de precaución que se requiere para escapar de la imposición de responsabilidad. En lugar de atar el *standard* al comportamiento de una persona ideal libre de cualquier sesgo cognitivo, el tribunal adoptará un *standard* más realista basado en lo que habría hecho una persona afectada por sesgos cognitivos, incluyendo el sesgo de optimismo. Sin embargo, la adopción de un punto de vista más realista reducirá el nivel de precaución por debajo de lo socialmente óptimo. En lo que resta del artículo analizaremos tanto la elección de precaución óptima como el cambio de actividad en cada una de las tres alternativas de regímenes de responsabilidad que se han discutido.

En nuestro ejemplo, la disminución del *standard* de precaución no cambiará las elecciones del conductor y del peatón en un régimen de responsabilidad objetiva. Esto es porque el conductor es considerado responsable independientemente de su nivel de precaución. Por lo tanto, el conductor enfrenta los mismos incentivos de precaución incluso si los tribunales ajustan el *standard* de precaución para tomar en consideración



## Francesco Parisi y Barbara Luppi

el sesgo de optimismo que regularmente se observa en la población.

Bajo una regla de negligencia simple, el tribunal protege el exceso de confianza del conductor de la responsabilidad, y la elección del nivel óptimo de precaución y la actividad cambia drásticamente. En primer lugar, el conductor no será considerado responsable si es que adopta el nivel de precaución que tendría una persona promedio con sesgo de optimismo en circunstancias similares. En segundo lugar, el peatón se percatará que no puede confiar en la responsabilidad del conductor porque los errores que causa el sesgo de optimismo del conductor podrían ser legalmente perdonados. El incentivo de los peatones a adoptar el nivel óptimo de precaución será, por lo tanto, reestablecido. Al excluir de responsabilidad a los errores ocasionados por el sesgo de optimismo se corrige el problema de *moral Hazard* que es creado por el optimismo no-realista. En el ejemplo, el peatón, previendo el optimismo no-realista del conductor, puede incrementar sus precauciones a fin de compensar los errores del conductor. Al descubrir que un excesivamente confiado conductor puede acercarse peligrosamente a él, el peatón se quedará atrás manteniendo una distancia segura. Por otro lado, en el ejemplo numérico se muestra que cuando el tribunal excluye de responsabilidad a los errores ocasionados por el sesgo de optimismo, la actividad excesiva creada por el optimismo no-realista es corregido. En nuestro ejemplo, la pérdida esperada de los accidentes causada por los errores de optimismo resulta, en los hechos, desplazada del conductor al peatón, induciendo una eficiente reducción del nivel de actividad en el peatón.

Finalmente, consideremos el régimen de negligencia combinado con la defensa de la negligencia comparativa. Los incentivos de precaución permanecen en su nivel óptimo debido a la doble amenaza inherente en dicha defensa. Sin embargo, como en el caso del régimen simple de negligencia, al proteger a las partes de los errores que se generan por el sesgo de optimismo se corrige la distorsión en el nivel de las actividades, el cual se ve afectado por la confianza estratégica en el error de la otra parte. En nuestro ejemplo, esto implica que el peatón moderará su nivel actividad a fin de reducir su exposición al riesgo creado por la excesiva confianza de los conductores optimistas. Podemos concluir que cuando los tribunales excluyen de responsabilidad a los errores ocasionados por el sesgo de optimismo, una de las

partes no asumirá que la otra será responsable y no se encontrará expuesta a *moral hazard*. Adicionalmente, las partes serán inducidas a compensar el sesgo de optimismo de su contraparte al incrementar su propio nivel de precaución.

### **4.4. Un ejemplo numérico: el sesgo se optimismo bajo las alternativas de regímenes de responsabilidad**

Aquí regresaremos a nuestro ejemplo en el que el conductor y el peatón tienen un excesivo optimismo, ampliándolo para ilustrar las características del equilibrio en presencia del sesgo de optimismo. Se discute los incentivos para crear niveles socialmente óptimos de precaución y de actividad cuando los tribunales deciden, por un lado, imponer responsabilidad por errores causados por el sesgo de optimismo o, por otro lado, excluir de responsabilidad a tales errores. En específico, consideramos la relativa efectividad de las decisiones de los tribunales para inducir incentivos eficientes bajo los tres regímenes de responsabilidad (responsabilidad objetiva, negligencia simple y negligencia con defensa de negligencia comparativa). Como se ha discutido, sancionar o excluir de responsabilidad a los errores que son causados por el sesgo de optimismo corrige las ineficiencias que son inducidas por este sesgo en varias diferentes maneras.

Nuestro ejemplo considera el caso más simple (donde las partes se encuentran en simetría) en el que tanto el conductor como el peatón son afectados por el mismo grado de sesgo de optimismo. La asimetría añade complejidad que no se requiere en el presente trabajo. Nuestro ejemplo numérico, resumido en la Tabla 1, muestra que en equilibrio, la presencia del sesgo de optimismo rompe la equivalencia (evidenciada por la literatura *standard*) de los efectos de los diversos regímenes de responsabilidad con el actual nivel de precaución.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

	Punto de vista ideal: Óptimo social sin Sesgo de Optimismo							
	Conductor				Peatón			
	Precaución		Actividad		Precaución		Actividad	
	0.045		0.35		0.045		0.35	
	Sesgo de Optimismo: El Efecto de las Estrategias de Responsabilidad							
Estrategias de Responsabilidad				Estrategias de Exclusión de Responsabilidad				
Conductor		Peatón		Conductor		Peatón		
Precaución	Actividad	Precaución	Actividad	Precaución	Actividad	Precaución	Actividad	
Responsabilidad objetiva	0.0625	0.52	0	1	0.0625	0.52	0	1
Negligencia Simple	0.0625	1	0	1	0.039	1	0.048	0.32
Negligencia Comparativa	0.039	1	0.039	1	0.037	0.048	0.048	0.32

**Tabla 1: Un ejemplo numérico**

Los tres regímenes de responsabilidad nos llevan a diferentes equilibrios en la elección de la relación entre el nivel de precaución y el nivel de actividad. En el caso de la responsabilidad objetiva, sancionar los errores causados por el sesgo de optimismo o bien excluirlos de responsabilidad lleva a la misma elección de equilibrio tanto para el conductor como para el peatón. La razón de ello es bastante intuitiva: excluir de responsabilidad al conductor por los errores causados por el sesgo de optimismo no tiene ningún efecto en un sistema de responsabilidad objetiva en tanto que al conductor se le considera responsable con prescindencia de su elección sobre el nivel de precaución. Este régimen no es sensible a las decisiones de los tribunales a tomar en cuenta la presencia de un sesgo de optimismo en la población.

El régimen de negligencia simple es sensible a las decisiones de los tribunales, sea a la sancionar a las partes o a su exclusión de responsabilidad frente a los errores causados por el sesgo de optimismo. La sensibilidad del régimen es válida para las dos dimensiones: nivel de precaución y nivel de actividad. Al castigar el sesgo de optimismo a través de la imposición de responsabilidad puede no sólo fallar al aislar los efectos del sesgo de optimismo sino que puede también exacerbar las ineficiencias al inducir comportamientos oportunistas. El peatón confía de manera oportunista en el error del conductor causado por el sesgo de optimismo y en la responsabilidad

del conductor cayendo en *moral hazard*. Por el contrario, cuando a las partes se les exonera de responsabilidad por los errores causados por el sesgo de optimismo, la eficiencia es restaurada con independencia del nivel de actividad del peatón. Evitamos el *moral hazard* del peatón y le damos el incentivo para compensar con su propia precaución el error (impune) del conductor.

Bajo un régimen de negligencia comparativa la elección del tribunal de sancionar o excluir de responsabilidad por los errores causados por el sesgo de optimismo sólo afectará la dimensión de la actividad. La defensa de la negligencia comparativa mantiene alineado el incentivo de precaución de las partes con el óptimo social. Al excluir de responsabilidad al conductor optimista se extrae la confianza del peatón en el error del conductor y le da al peatón los incentivos para compensar el optimismo no-realista del conductor al tomar sus propias precauciones. De manera similar, si el conductor sabe que el peatón no será considerado concurrentemente negligente por sus propios errores motivados en la excesiva



Francesco Parisi y Barbara Luppi

confianza, el conductor puede tener el incentivo de prever la irrealidad del peatón al conducir de manera más cuidadosa.

## 5. Información y otras técnicas para superar los sesgos

En la medida que el sesgo de optimismo resulte de información imperfecta podrá ser corregido al brindar a los individuos información adicional acerca del específico nivel de riesgo que enfrentan<sup>(58)</sup>. El gobierno puede invertir en políticas y regulaciones que apunten a corregir el sesgo de optimismo, se a través de la educación acerca del riesgo, revelación de información y otras técnicas para superar los sesgos<sup>(59)</sup>. La mayoría de sistemas asumen estrategias para superar los sesgos a fin de eliminar o reducir el sesgo de optimismo. Estas estrategias pueden incluir proveer educación acerca del riesgo, información estadística sobre el riesgo de determinadas actividades e información sobre la probabilidad de defectos cognitivos (por ejemplo: quedarse dormido mientras se conduce). Sin embargo, vasta evidencia sugiere

que las estrategias para superar los sesgos que emplean educación sobre los riesgos e información son costosas y resultan sólo parcialmente efectivas: el conocimiento de la incidencia estadística del sesgo de optimismo afecta mínimamente la percepción sobre el propio sesgo de optimismo<sup>(60)</sup>. Por lo tanto, las inversiones gubernamentales en dar información sólo generan una pequeña reducción de los accidentes.

Cuando a las partes se les provee con información estadística y educación sobre los riesgos sólo corrigen de manera parcial su estimación acerca de la probabilidad de un accidente<sup>(61)</sup>. Después que tal información es recibida, la estimación efectuada por un individuo con sesgo de optimismo acerca de la probabilidad de un accidente sólo es parcialmente corregida, ello porque se

(58) STIGLITZ, Joseph E. *supra* nota al pie (6).

(59) Por ejemplo, los científicos sociales han extensamente examinado la perspectiva de superar los sesgos de los individuos. Véase FISCHHOFF, Baruch. *Debiasing*, en *Judgment under uncertainty: Heuristic and biases* editado por Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky. Nueva York: Cambridge University Press, 1982. p. 422; SANNA, Lawrence, Norbert SCHWARZ y Shevaun L. STOCKER, *When debiasing backfires: Accessible content and accessibility experiences in debiasing hindsight*. En: *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory & Cognition*. Volumen 28, 2002. pp. 497 y siguientes; WEINSTEIN, Neil D. y William M. KLEIN, *Resistance of personal risk perceptions to debiasing interventions*, en *Heuristics and biases* edición de Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman. Nueva York: Cambridge University Press, 2002, pp. 313 y siguientes. Entre las diversas aproximaciones, en la literatura se ha considerado el empleo de otros sesgos cognitivos a fin de superar un sesgo. Véase, HERMAN, Steven y otros. *Imagining can heighten or lower the perceived likelihood of contracting a disease: The mediating effect of ease of injury*, en *Heuristics and biases*, edición de Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman, *cit.*, pp. 98 y siguientes. Nótese que al hacer que un evento se encuentre *disponible* incrementa la estimación individual de su probabilidad de ocurrencia, por tanto el sesgo de disponibilidad podría ser empleado para corregir el sesgo de optimismo en algunas circunstancias. De la misma manera, preparar la información a fin de enfatizar la gravedad de las futuras pérdidas puede contrarrestar el optimismo excesivo. Por el contrario, un sesgo de pesimismo se observa con respecto de los riesgos de accidentes que son notorios, catastróficos o de naturaleza tecnológica. Véase SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*. En: *University of Chicago Law Review*. Volumen 64, 1997. pp. 1175 y siguientes. JOLLS, Christine. *Behavioral economics analysis of redistributive legal rules*. En: *Vanderbilt Law Review*, volumen 51, 1998, pp. 1653 y siguientes; JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 50, 1998. pp. 1471 y siguientes.; véase también SLOVIC, Paul, FISCHHOFF, Baruch y Sarah LICHTENSTEIN. *Fact versus fears: Understanding perceived risk*, en *Judgment under uncertainty: Heuristic and biases* editado por Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky, *cit.*, pp. 463 y siguientes; VISCUSI, W. Kip y MAGAT, Wesley A., *Learning about risk: Consumer and worker responses to hazard information*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; VISCUSI, W. Kip. *Smoke-filled rooms*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

(60) VISCUSI, W. Kip, *Ibid.*; JOLLS, Christine y SUNSTEIN, Cass R., *supra* nota al pie (7).

(61) WRIGHT, Aaron J. *Op. Cit.*; pp. 2208-2209.



## Más allá de la Responsabilidad. Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual

convertirá en un promedio ponderado de la estimación sesgada previa y la probabilidad sin sesgo<sup>(62)</sup>. El resultado es que el agente efectúa su elección óptima de precaución y de actividad basándose en una estimación parcialmente sesgada del riesgo.

La superación de los sesgos de los individuos que el gobierno plantea a través de campañas de información afecta el equilibrio de la elección del nivel de precaución y de actividad, y reduce la distorsión causada por el sesgo de optimismo<sup>(63)</sup>. Sin embargo, tales campañas no cambiarán la naturaleza del equilibrio que se ha discutido precedentemente. En su lugar, con el incremento del éxito de las campañas estatales para superar los sesgos, el equilibrio del nivel de precaución se incrementará y el equilibrio del nivel de actividad se reducirá.

### 6. Conclusiones

Por lo general las percepciones sesgadas de la realidad pueden ser corregidas, al menos de manera parcial, al brindar un mejor conocimiento sobre la probabilidad estadística de sufrir un daño. El sesgo de optimismo plantea una amenaza especial a las reglas de la responsabilidad extracontractual: de acuerdo a la evidencia empírica y experimental, conocer acerca de la incidencia estadística del sesgo

de optimismo tiene sólo un efecto limitado en la percepción del propio sesgo de optimismo. Por lo tanto, incluso si a las partes se les otorga información adecuada sobre datos estadísticos, el sesgo de optimismo puede llevarlas a asumir riesgos excesivos, socavando los efectos preventivos de las reglas de responsabilidad.

En el presente artículo, hemos considerado las posibles reglas de las reglas de responsabilidad al aislar los efectos del sesgo de optimismo. Con la ayuda de un ejemplo numérico, hemos considerado tres regímenes de responsabilidad, y hemos observado que en muchas situaciones la manera más efectiva para corregir el sesgo de optimismo en la responsabilidad extracontractual sea excluirla en lugar de penalizar el evento imponiendo responsabilidad. Más investigación, empírica y comparativa, puede verificar de que manera los tribunales ya están tomando en cuenta el sesgo de optimismo. Como hemos mencionado antes, los tribunales ya la toman en cuenta en la responsabilidad por productos. Sería interesante llevar adelante un estudio sistemático de las decisiones de los tribunales para observar cómo las estrategias de perdón se insertan en la evaluación de la responsabilidad en otros supuestos de responsabilidad extracontractual. Un análisis comparado podría también aclarar si el uso frecuente del *standard* del hombre razonable corrige en cierta medida el sesgo de optimismo. Finalmente, nuestros resultados sugieren que más investigación podría garantizar la confirmación de nuestras conjeturas y verificaría en un nivel más teórico, con la ayuda de un modelo económico, cuales serían las estrategias óptimas de responsabilidad y de exclusión en el contexto de regímenes de responsabilidad alternativos.

(62) JOLLS, Christine y SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*; p. 207.

(63) *Ibid.*; p. 215.