



Mesa redonda con Alfredo Bullard^(*), Domingo Rivarola^(**), Guillermo Cabieses^(***) y Freddy Escobar^(****)

Discusión sobre los aportes de la **psicología conductual** y las neurociencias en el Derecho^(*****)

Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law

Resumen: La presente mesa redonda convoca a cuatro reconocidos especialistas en materias como el Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Derecho Procesal, entre otras, con la finalidad de discutir la relevancia e impacto que tienen los recientes descubrimientos realizados por el desarrollo de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho. De esta forma, los invitados abordan el cuestionamiento que se dirige desde las áreas de estudio referidas hacia el modelo de racionalidad individual que subyace a las instituciones jurídicas clásicas.

Palabras clave: Análisis Conductual del Derecho - Psicología conductual - Neurociencias - Racionalidad - Autonomía privada

Abstract: The current round table gathers four renowned specialists in fields such as Law and Economics, Civil Law, Litigation, and others, in order to discuss the relevance and impact of the development of behavioral

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho de la Competencia, Derecho Civil, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje tanto en la Pontificia Universidad Católica del Perú como en la Universidad del Pacífico. Experto en las áreas de Derecho de la Competencia, Regulación Económica, Protección al Consumidor, Responsabilidad Civil Extracontractual, Contratos y Arbitraje. Socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.
- (**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LL.M), Becario Fulbright y Becario John M. Olin, en la Universidad de Virginia. Profesor de Teoría de la Prueba en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en litigios en general, comerciales, regulatorios, en arbitraje civil y comercial. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Abogados.
- (***) Abogado por la Universidad de Lima. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago Law School. Profesor de Economía, Análisis Económico del Derecho, Contratos y Teoría Legal en la Universidad de Lima y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Experto en Análisis Económico del Derecho, Contratos y Economía.
- (****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Post-grado en Contratación Financiera por la Universidad de Castilla – La Mancha. Master en Derecho por Harvard Law School. Socio de Ferrero Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.
- (***** Mesa redonda preparada por Alfredo Bullard Gonzales; y realizada por Raúl Feijóo Cambiaso, Augusto Hostia Cardeña, Estefanía Urquiza Bobadilla, Carlos Reyes Esteves y María Alejandra Buendía Jara, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros ordinarios de IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente a los doctores Alfredo Bullard Gonzales, Domingo Rivarola Reisz, Guillermo Cabieses Crovetto y Freddy Escobar Rozas por la especial atención y el buen humor para responder nuestras preguntas.

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

psychology and neuroscience in Law. Thus, the guests address the criticism directed from the mentioned study fields to the model of individual rationality that underlies traditional legal institutions.

Keywords: Behavioral Law & Economics - Behavioral Psychology - Neuroscience - Rationality - Private autonomy

1. ¿Cuál es el impacto de las emociones en la conducta humana? ¿Debe el Derecho crear incentivos para controlar este impacto?

Alfredo Bullard: Evidentemente, las emociones tienen un impacto significativo en la conducta humana, ya que el ser humano reacciona, inicialmente, desde el punto de vista emocional. Las emociones son trece veces más rápidas que la razón, y eso hace que usualmente las personas reaccionemos guiados por un concepto de emotividad inicial ante cualquier situación. Si en este momento hubiera un temblor, por ejemplo, la reacción que vamos a tener la mayoría de nosotros será emocional, se nos va a acelerar el corazón, nos vamos a parar y vamos a salir posiblemente antes de que llegemos a pensar qué es exactamente lo que tendríamos que hacer en este momento. Probablemente, en un momento inmediatamente posterior (porque es cuestión de microsegundos), nos pondremos a pensar si conviene correr o ponerse bajo una columna, etcétera. En cualquier caso, la primera reacción es emocional.

Esto tiene algunos impactos en varios aspectos del Derecho. Muchas decisiones que se toman y que tienen consecuencias jurídicas son emocionales. Comenzando con las sentencias, los jueces responden a las emociones. Hay estudios que muestran que es posible influenciar a un juez utilizando elementos emocionales. Es más, es posible condicionar su decisión mediante sus emociones. Cuando él tiene la primera reacción emocional, es probable que tome una inicial idea de cómo quiere decidir el caso y que por un fenómeno llamado *anchoring* (que significa *anclaje*), posteriormente, le sea difícil cambiar su forma de pensar una vez que emocionalmente ha considerado que algo debe ser de cierta manera. No digo que no sea posible, de hecho, se hace.

Este fenómeno tiene que ver también con disposiciones normativas respecto a decisiones de consumo. Mucha gente compra cosas por reacciones emocionales, lo

cual explica la existencia de cierto tipo de regulaciones. Todas estas reglas que existen de protección al consumidor (que en mi opinión son equivocadas, pero que existen) señalan que hay que tener un periodo de reflexión para que las personas puedan pensar si dejan sin efecto un contrato y que puedan luego resolverlo bajo una norma de orden público, quince días después de haberlo celebrado. Cuestiones similares obedecen un poco a reacciones de ese tipo.

¿Debe el Derecho regular o considerar como relevante las emociones para la regulación legal? En principio, yo creo que un abogado sí tiene que manejar y conocer cuáles son los tipos de reacciones emotivas que tiene un ser humano, tiene que entender algo de su psicología, especialmente si su trabajo será el persuadir personas.

¿Le corresponde al Derecho proteger a las personas contra sus emociones? Esto ya me parece más discutible. El Derecho debe regular las conductas y no las motivaciones de las conductas. En principio, si yo mato a alguien emotivamente, salvo que haya perdido el control de mi razón, creo que eso no debería ser relevante. Tampoco lo creo para las regulaciones, y eso es uno de los grandes problemas que tienen todas estas ideas de psicología cognitiva, psicología social o ahora neurociencia, y es que muchas veces se están utilizando como mecanismos para empujar más regulación. Se utiliza para afirmar que hay que proteger a las personas de sus reacciones emotivas. Yo creo que eso no es una buena idea.

Domingo Rivarola: Quiero contestar desde la óptica de lo que más me interesa. Y lo que a mí me interesa es el Derecho Procesal o los mecanismos de solución de controversias. Ahí las emociones son muy importantes, ya que están presentes todo el tiempo. Tanto desde la óptica de lo que mencionaba Alfredo,



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

las emociones del juez, las emociones al juzgar, etcétera; como también desde el punto de vista de las emociones del testigo. Es decir, cómo influyen las emociones en el recuerdo del testigo, cómo influyen las emociones en las partes. Por ejemplo, un fenómeno muy importante es el que se da en un proceso penal. Este se da al ver cómo influyen las emociones en la posibilidad del fiscal y también del juez de lograr llegar a la verdad material, de descubrir la verdad, descubrir qué paso en el caso del testigo y, ¿por qué no?, en el caso del acusado. El acusado, de repente, no se acuerda de lo que hizo; o el testigo podría estar obstruido emocionalmente, o podría ser que no recuerde exactamente lo que vio. Esto pasa también en el caso de la víctima. Puede tener una obstrucción emocional y no recordar exactamente por un efecto traumático, un *efecto túnel*, por ejemplo. Este se presenta cuando se concentra la visión solamente en un objeto, en un dato concreto, podría ser el arma homicida, pero no la cara del perpetrador. Por tanto, no se recuerda bien, se obstruye la memoria y entonces no se logra llegar a la verdad material.

Entonces, ¿cómo trabajar con las emociones? ¿Cómo la relación procesal o las garantías procesales podrían ayudar ahí? Es interesante en este punto notar cómo la psicología (puntualmente, el psicoanálisis) ha tratado, y ha fracasado rotundamente, de realizar algún aporte al proceso penal. Ya a principios del siglo XX o finales del XIX, en una charla interdisciplinaria que justamente se dio a estudiantes de Derecho, Sigmund Freud planteaba: “¿Qué tal si aplicamos el psicoanálisis al procesado y que, por asociación libre o por el mecanismo de interpretación de los sueños, tratamos de hacer que evoque o asocie libremente, para hacer que recuerde lo que realmente sucedió?”. Pues para el psicoanálisis las emociones fuertes se reprimen. Sea cierta o no, la tesis es que uno reprime las emociones fuertes y los recuerdos, que (y esto es absolutamente cierto y demostrado científicamente) las emociones obstruyen los recuerdos, eso se sabe, pero la tesis psicoanalítica, discutible, por cierto, es que la represión hace que los recuerdos se repriman. Y la técnica del psicoanálisis es justamente tratar de llegar a eso que uno ha reprimido por medio de asociaciones, interpretaciones de sueños, etcétera. Y entonces lo que decía Freud es: “Vamos a tratar de sentar en el diván al acusado para tratar de decodificar (con técnicas secretas) qué está pensando y tratar de hacerle recordar qué cosa hizo, cómo mató, dónde está el arma homicida, dónde la escondió, y así tratar de descubrir la verdad material” y

tratar de convertir al sistema procesal penal en una especie de diván al estilo del sistema inquisitivo. Claro, evidentemente el mismo Freud, después de hacer esta exposición reconoce: “Bueno esto está destinado al fracaso”, porque, evidentemente, en un sistema procesal moderno, primero el proceso tiene que ser corto, tiene que tener un límite, no podemos usar la técnica del diván porque las técnicas psicoanalíticas se pueden demorar dos años o nueve años en diván. El proceso tiene que tener una garantía de brevedad. Uno no puede permanecer sin estar juzgado. Tiene que haber un plazo razonable. Segundo, el proceso penal tiene una estructura determinada de audiencias públicas, hay un fiscal y un juez, ningún reo se va a someter voluntariamente. Es más, uno tiene derecho a sustraerse del proceso penal, uno tiene derecho a no autoincriminarse, no someterse. Tercero, hay otras garantías que son incompatibles con la técnica del diván. Por lo tanto Freud termina diciendo: “Bueno, acá claramente el psicoanálisis como técnica interdisciplinaria para colaborar con el Derecho no sirve para nada” y, por ello, si bien las emociones ahí tienen un factor importante y claramente obstruyen el recuerdo, desde el punto de vista del psicoanálisis no hay ningún aporte que se pueda hacer.

Por supuesto, posteriormente la psicología cognitiva hace ya otro tipo de aportes y se descubre que finalmente este *efecto túnel*, y otros efectos que bloquean la memoria de los testigos, pueden utilizarse de otra manera, como para descubrir qué tipo de técnicas se pueden usar en interrogatorio. Sobre eso volveremos después. Sobre qué técnicas pueden utilizarse para los abogados y fiscales en interrogatorio para tratar de desbloquear las memorias y lograr, a través de esas técnicas de desbloqueo, la verdad material. Estas son una menor regulación y más destrezas legales. No creo que la mayor regulación ayude a los abogados, sino más bien es la menor

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

regulación y la mayor flexibilidad los que mejor colaboran con el proceso.

Guillermo Cabieses: Hayek decía, y creo que con justa razón, que las personas habían sido civilizadas contra su voluntad. La interacción social ha hecho que los demás se sensibilicen contra su deseo. El proceso de civilización consiste justamente en el control de las emociones. El Derecho en sí, como fenómeno espontáneo, genera que la gente tenga emociones controladas para que pueda vivir en sociedad. Como ha mencionado Alfredo, las emociones son bastante más rápidas que las acciones racionales. Lo que el Derecho regula en el fondo son acciones racionales, son acciones volitivas, que tienen una voluntad detrás, en las que hay un pensamiento consciente que se manifiesta en una acción. Eso es lo que el Derecho regula.

Para esto, lo que hemos logrado a lo largo de la evolución de la vida en sociedad es que los individuos logren manejar sus emociones dentro de umbrales. Los psicólogos dicen que las personas se manejan dentro de ciertos umbrales que los hacen comportarse de cierta manera racional a pesar de sus emociones, porque todo el tiempo todas las personas tienen distintas emociones. Están tristes, están contentas, tienen miedo, etcétera; es entonces que los umbrales les permiten que esas emociones no los lleven a tomar decisiones que puedan ser consideradas como irracionales a pesar de que, claro, uno puede tomar una decisión diferente si está triste a si está contento. El tema es que si uno tiene un ataque de euforia o un ataque de pánico, ya está fuera del ámbito de lo racional y para eso el Derecho tiene algunos mecanismos para decidir si las acciones que una persona cometa fuera de esos umbrales sí pueden ser consideradas excusables porque no son racionales en sí, pero el Derecho como tal solamente juzga a las personas sobre la base de sus acciones racionales, sus acciones voluntarias, lo que se puede presumir han querido hacer. Ahí tenemos un primer marco donde decimos que el Derecho, si regula las emociones de las personas, nos ha llevado como proceso evolutivo a que las personas nos manejemos dentro de ciertos umbrales entre los cuales, a pesar de nuestras emociones, decidimos racionalmente, porque tenemos un proceso de pensamiento que nos lleva a una acción.

El tema aquí es que el Derecho no puede (digamos más bien *las personas que aplicamos el Derecho*, los agentes

jurídicos), en el fondo, ver el proceso; y por eso es tan complicado el asunto de regular las emociones, no podemos ver el proceso volitivo, el proceso de pensamiento de una persona, solamente podemos apreciar sus actos. Entonces la presunción que tenemos es que el acto es racional porque asumimos que la persona se maneja (si no está en procesos de locura o depresión, o en un proceso de represión psicológica, alguna emoción, etcétera) en el marco de las emociones que lo hacen a uno racional, capaz de operar en sociedad y, solamente si nos demuestran que no es así, que el tipo es un incapaz, que no controla sus emociones, que ha pasado por un evento muy fuerte, es que lo excusamos y le damos una regulación especial. Pero el Derecho, en resumen, sí regula las emociones, al punto que nos ha llevado como fenómeno evolutivo a que actuemos dentro de ciertos umbrales, no porque una norma lo diga o porque un planificador lo haya señalado; sino porque en la convivencia social, a lo largo de los siglos, hemos coincidido en que si alguien se molesta con otra persona, la forma correcta de reaccionar no es con una espada cortándole la cabeza, sino con una conversación o recurriendo a un tercero, al sistema legal que hemos creado de manera absolutamente espontánea. Entonces, el Derecho como fenómeno espontáneo, nos lleva a controlar nuestras emociones, primero y, segundo, sí regula las emociones, porque cuando una persona se sale de esos umbrales por el motivo que sea, le otorga algún permiso especial para que la sanción o la consecuencia de una norma legal o de una norma costumbrista no se le aplique en ese caso particular. Creo que esa sería la relación que hay entre el Derecho y las emociones, a nivel más macro que en las interesantes aplicaciones señaladas por Alfredo y Domingo.

Freddy Escobar: Coincido con Guillermo. Está claro que las emociones juegan un rol fundamental en la toma de decisiones



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

y en la realización de comportamientos, pero pienso que la importancia legal de las emociones es mínima. Quizás las emociones deban jugar un rol en cuestiones penales. Quizás ciertas emociones deberían excusar, por lo menos parcialmente, la responsabilidad penal. Existe un libro bastante interesante llamado *The Lucifer Effect* escrito por Philip Zimbardo, que demuestra cómo un sujeto que es buen padre, buen hijo, buen amigo, buen esposo, se convierte en un monstruo cuando al cuidado presos de Al Qaeda inmediatamente después del ataque del 11 de septiembre. Bajo ciertas circunstancias extremas las personas podemos perder el control de nuestras emociones y dejar que el animal que llevamos dentro cometa barbaridades. Para casos extremos creo que el Derecho debería tomar en cuenta, por lo menos parcialmente, el rol de las emociones a fin de exonerar o limitar la responsabilidad penal. En otros ámbitos, sobre todo en el contractual, creo que las emociones son absolutamente irrelevantes por dos razones. Primero, porque las emociones no afectan la voluntad. Yo puedo tomar una decisión emotiva y contratar. La existencia de una u otra emoción no afecta el hecho final de “querer”. El hecho de contratar en función de una emoción significa simplemente que el “querer” no está sustentado en un razonamiento costo-beneficio; nada más. Que exista emoción no quiere decir que no exista voluntad. Segundo porque el costo de regular (por lo menos en materia contractual) cómo las emociones generan la voluntad de contratar es brutalmente alto frente al beneficio marginal que se obtendría. De hecho, creo que esto es un eufemismo. No existe forma actual de regular cómo (desde la perspectiva legal) las emociones influyen en esa toma de decisiones. Y si existiese una forma, tengo la convicción de que sería absolutamente costosa en comparación con los beneficios esperados. En resumen, creo que las emociones solamente deben ser legalmente relevantes en ciertos ámbitos como en el del Derecho Penal.

2. ¿Son las conclusiones a las que llega la psicología o la neurociencia contrarias a los modelos de racionalidad individual? ¿Cuál es la consecuencia de ello?

Freddy Escobar: La psicología conductual sugiere que las personas no tomamos decisiones en base a un modelo de racionalidad o incluso de racionalidad limitada. Sus descubrimientos y sus conclusiones nos llevan a pensar que las personas actuamos irracionalmente en muchas

circunstancias. Pero creo que eso no es relevante desde el punto de vista legal por dos razones. Primero porque la irracionalidad en el comportamiento de un individuo no significa que ese individuo no quiera, no significa que ese individuo no desee, no significa que ese individuo no esté de acuerdo. Para el Derecho, por lo menos para el Derecho Contractual, lo importante es que ese individuo desee, quiera o esté de acuerdo; al margen de si su decisión es contraria a los postulados de la racionalidad, al margen de si su decisión guarda coherencia con lo que él cree son sus valores, sus preferencias, sus principios o como queramos llamarlo. Como estos comportamientos irracionales no suponen ausencia de voluntad, desde el punto de vista contractual son irrelevantes. Segundo porque la psicología conductual solamente ha identificado ciertos patrones muy generales de comportamientos irracionales. Como ha indicado Alfredo, todos conocemos el “Efecto Halo”. Pero existe una amplia gama de efectos que generan comportamientos contradictorios. Ello se produce porque el cerebro primero arriba a conclusiones y luego justifica esas conclusiones.

La evolución nos ha llevado a concluir primero y justificar después. Por ello no siempre somos coherentes. Pero un mapa de la irracionalidad desde el punto de vista legal es imposible. Millones de transacciones plagadas de irracionalidad se realizan día a día. Pero no podemos identificar todas las causas de esa irracionalidad, a no ser que utilicemos criterios muy generales, muy vagos. No existe forma humana de regular ese fenómeno *ex ante* para generar un remedio legal. Pero aun si existiese, creo que sería ineficiente porque el costo de la regulación sería alto en comparación al beneficio marginal, y además inmoral porque irracionalidad no es sinónimo de falta de voluntad o de falta de deseo. Puedo ser absolutamente contradictorio e irracional, y llevar a cabo dos transacciones que no

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

cumplen con el patrón de coherencia. ¿Pero qué ocurre si yo deseo realizar esas dos transacciones? ¿No tienen valor legal? ¿Por qué? ¿No tengo acaso derecho a querer hacer cosas contradictorias? Si mi dignidad individual merece respeto, entonces ambas transacciones, por más contradictorias que sean, deben ser legalmente vinculantes.

Guillermo Cabieses: Esta es una pregunta compleja y absolutista porque atribuye a la psicología cognitiva y a la neurociencia una única visión del mundo, además de atribuirle a la economía el modelo racionalista tipo Chicago como único modelo. En realidad, tratando de rephrasing el postulado de la pregunta iría con: “¿Es la neurociencia, y la psicología cognitiva que están siendo puestas en boga por las personas que hacen lo que se llama *behavioral economics* en los Estados Unidos, contraria al método racionalista que utilizan básicamente la Escuela de Chicago o la Escuela de Virginia?”. La respuesta a esa pregunta puntual es que sí, son contrarias, de hecho, esa la posición de los psicólogos cognitivos que, guiados por Kahneman, creen que los individuos tienen diversos problemas cognitivos que les impiden comportarse racionalmente.

Para ellos el marco teórico de la economía racionalista tiene serios defectos, pretenden demostrar que sobre la base de esos defectos es posible mejorar el bienestar de los individuos mediante actos deliberados y planificados para que estos tomen mejores decisiones. Básicamente, lo que han tratado de demostrar (mediante experimentos que son criticados porque no se han podido demostrar en observaciones reales de manera tangible sino más bien en experimentos de salón de clase que hay situaciones en donde las personas no responden según lo que ellos creen debería ser un comportamiento racional) es que la gente no es racional debido a que es incapaz de procesar correctamente la información que se le presenta y no cumple con el principio de transitividad. Como sabemos, el modelo de racionalidad dice que la gente es racional porque prefiere más que menos, es decir, siempre va a preferir aquella situación donde tengan el mayor beneficio al menor costo. La gente llega a equilibrios, y se comporta de manera que respeta el principio de transitividad: si yo prefiero A sobre B y B sobre C; entonces prefiero A sobre C. Ellos tratan de demostrar que la gente no respeta el principio de transitividad, que hay muchas veces en las que yo prefiero A sobre C, A sobre B, B sobre C, pero C sobre A; y también que la gente no siempre elige lo que es mejor para ella por una serie de problemas cognitivos. Uno de los principales es

la procrastinación, que es una situación en donde yo dejo para más tarde la solución a los problemas que tendré en el futuro, donde no puedo pensar en largo plazo. Y, básicamente, la principal agenda es tratar de ayudar a las personas a tomar mejores decisiones en el largo plazo, porque las creen incapaces de velar por sí mismas más allá de períodos de corto plazo. Esto se opone al principio racionalista, según el cual cada quien sabe lo que es mejor para sí, este es el principio *beckeriano*, por así decirlo. Y hay ejemplos que me parecen importantes. Por ejemplo, para Becker el problema del calentamiento global es un problema de flujos descontados en el tiempo, no tiene sentido invertir dinero en un problema cuyas manifestaciones se verán en un periodo larguísimo, cuando hay problemas más urgentes que atender. El costo de oportunidad no lo justifica. En buen romance, lo que dice Becker es: “la gente no se preocupa porque el problema está demasiado lejos en tiempo”. Entonces como tú lo que tienes que hacer es preocuparte de problemas inmediatos hacia problemas mediatos, problemas que se van a dar en cien años no son un problema del que tú te tengas que ocupar ahora. Es racional que no te tengas que ocupar ahora y es lo que una persona racional haría. Para ellos, nos deberíamos estar preocupando del calentamiento global. Lo que Becker dice es “conforme el problema se va volviendo menos mediatos y más inmediatos, los incentivos que tengo para solucionarlo son mayores”. Lo mismo pasa con situaciones con el ahorro para la vejez entre una persona que tiene veinte años, una persona que tiene cuarenta años y una persona que tiene cincuenta años. Eso explica por qué la gente invierte cuando es joven en acciones (que son más riesgosas, pero tiene mayor potencial de rentabilidad) y cuando es vieja en bonos (que son potencialmente menos rentables, pero más seguros); se vuelve más adversa al riesgo. Todo eso es perfectamente explicable por el modelo racional.



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

El modelo de las personas que creen en la psicología cognitiva nos dice lo contrario. Ellos nos dicen: esta gente no es racional, y parten ahí de un problema que Hayek ya identificaba y que Easterly, el economista de NYU, ha identificado como *la tiranía de los expertos*. Aquí hay un acto de soberbia absoluto, en donde alguien dice a los demás qué es bueno para ellos. Entonces, como dentro de la cabeza de Richard Thaler y estas otras personas que estudian el *behavioral economics*, no es bueno que una persona coma grasas, lo que le están diciendo es “vamos a hacer algo para que no las coman, vamos a esconder las hamburguesas en los centros de abarrotes, entonces cuando tu entres ahí, te vas a tener que dar un trabajo casi detectivesco para poder encontrarlas y si las encuentras con ese trabajo es porque realmente las quieres comer. Entonces no estoy actuando en contra de tu voluntad, porque no te estoy prohibiendo que la comas, te estoy haciendo más difícil comerlas”. Es discutible, sin embargo, que no esté actuando en contra del consumidor, lo que no es discutible es que sí está actuando en perjuicio del empresario que hacía dinero vendiendo hamburguesas. Ahora ese empresario que podía pagar para que las hamburguesas estén a la vista, al emitirse una norma basada en el mal llamado *paternalismo libertario*, para que las escondan, está enfrentando automáticamente un costo impuesto por el Estado por la creencia que tienen estos señores de que las hamburguesas son malas para las personas.

Esa pretensión es la que yo encuentro inadmisible. ¿Por qué alguien puede decidir por nosotros, acaso ellos tienen la receta mágica que resuelve los problemas de las personas y que las hace actuar más racionalmente? ¿Qué pasa si ellos como planificadores son los irracionales? Ese es el problema que yo le encuentro a la psicología cognitiva, por lo que creo que es mejor aplicar la vieja receta de la Escuela de Chicago, pura, dura y racional, que aplicar estos modelos que en el fondo son totalitarismos disfrazados.

Domingo Rivarola: Creo que el problema en el fondo no es uno de irracionalidad versus racionalidad. El problema es uno entre modelos teóricos no sustentados empíricamente y modelos empíricos. Me parece que lo que han hecho los empíricos es reforzar un modelo de racionalidad. Por eso se habla de la *racionalidad empíricamente reforzada*, o de la *racionalidad refinada*, porque lo que hace Daniel Kahneman y todos los que lo siguen es reafirmar el modelo de racionalidad, aunque, desde mi punto de vista, con unas expresiones que a

veces reflejan que lo que pretenden es dirigir una planificación estatal en pro de una mayor regulación. Lo que en el fondo ha tratado de hacer Daniel Kahneman (él fue profesor de Estadística en realidad) es hacer estadística y probabilidades. Luego gana el Premio Nobel por los descubrimientos que hace a partir de experimentación psicológica respecto a la toma de decisiones, pero lo que él hace es identificar comportamientos. Y gana el Premio Nobel por dicha generalización y la validez de los universos que realiza. Lo que él hace es darle validez, a fenómenos como el anchoring o la sobreestimación de los riesgos (por ejemplo, como cuando uno pasa un accidente de avión y dice: “ya nunca más me subo a un avión”, pese a que en verdad más riesgoso es viajar en una combi que viajar en avión, está demostrado. Sin embargo, la gente tiende a sobreestimar el riesgo de subir a un avión cuando tiene un accidente, cuando es muy reciente que cayó el avión). Entonces, sobre estos fenómenos (que no sé si llamarlos racionales o no racionales) lo cierto es que son modelos que se pueden reafirmar en base a los hallazgos empíricos.

Lo cierto es que es racional subirse a un avión, porque es más seguro, y lo que es irracional es subirse a una combi. Sin embargo, esto va a depender de los costos, porque los niveles de seguridad dependen del costo, y la utilidad depende de cuánto voy a invertir en esa seguridad y cuánto va a ser el costo. Entonces, en conclusión, lo que hace Danny Kahneman es generalizar esos hallazgos y darle validez a esos comportamientos. Finalmente, lo que llamamos sesgos y heurísticas no son otra cosa que la generalización de los comportamientos mencionados, que refinan el comportamiento racional. Y esto ¿para qué sirve en el Derecho?, por lo menos desde el punto de vista del Derecho Procesal, ¿estos hallazgos para qué han servido?, ¿para qué le han servido a las cortes norteamericanas? Porque creo que es donde

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

más los han aplicado. Pues para identificar qué sesgos han sido perjudiciales para el sistema que se pueden corregir con regulación. Con regulación que ha sido positiva y que ha servido de alguna manera para reforzar de verdad, más que regulación para reforzar que lo que se tenía ya era bueno, con lo cual alguien podría decir ¿"bueno pero para qué el hallazgo? si simplemente refuerza que lo que se tenía ya era bueno". Esto podría darse para algunas cosas que se podrían hacer mejor, por ejemplo, esta regulación (estos hallazgos de Danny Kahneman), una de las cosas que encontró es que muchos de estos llamados *biases*, como por ejemplo esta tendencia que mencionaba Alfredo de algunos jueces por la que se considera que si los convences de algo en un primer momento tienen un prejuicio, o que si te han pedido en la demanda un millón de dólares entonces la estimación tiene que girar en torno a eso, como por ejemplo de ochocientos o setecientos, pero no de un sol. Otro ejemplo: si el inculpado en un proceso penal viene de un barrio donde prevalece la pobreza, hay delincuencia, un tipo racial determinado, un jurado de blancos, etcétera; va a haber un prejuicio racial y otro tipo de fenómenos que podrían inducirlo a un *bias* de generalización, un prejuicio por generalización.

Entonces se suele pensar que ese prejuicio, ese sesgo, se tiende a aminorar o a menguar, que prima la racionalidad, en la teoría de estos señores, cuando no es un juez sino tres jueces, cuando es una sala de tres o de cinco y eso lo llaman los *de-biasing procedures*, procedimientos para desmontar los sesgos. Y se tiende a pensar que la deliberación intersubjetiva es muy importante, el debate entre tres personas (no sé por qué el número mágico tres, es decir, dos no es suficiente, pero tres o más personas en un debate presencial es un *de-biasing procedure* muy importante para desmontar los sesgos de prejuicios de generalización, *anchoring* y otros). Es por eso que se considera muy importante que en un proceso, sobre todo penal evidentemente, el jurado haya estado compuesto por doce, por diez o por ocho, pero sobre todo que las salas de apelación siempre estén compuestas por tres.

Aquí en el Perú hubo un debate bastante extenso entre el Profesor Giovanni Priori y otros profesores de Derecho Procesal sobre el tema de la instancia única, más exactamente, sobre si convenía implantar el sistema de instancia única en el Perú, pero siempre y cuando esa instancia única esté compuesta por tres magistrados, porque entonces ahí se mitiga el riesgo de que existan esos *bias*, pues el proceso de

deliberación es extremadamente importante, y eso se entiende en el arbitraje, ya que en el arbitraje una garantía básica es que no solo nominal o formalmente, el tribunal sea un auténtico tribunal (es decir, de tres magistrados) sino que además esos tres tengan la posibilidad de deliberar, porque el intercambio del proyecto del laudo es un aspecto formal donde sencillamente firman, pero no hay deliberación. Entonces los *bias* siguen estando ahí. No se logra ese proceso real de desmontar todos estos prejuicios que pueden estar en la mente de los árbitros.

Alfredo Bullard: Yo creo que las decisiones humanas son tremendamente complejas y obedecen a una serie de factores de distinto tipo. Es bastante difícil encontrar claramente en ese proceso de decisión qué parte es racional, qué parte es emocional, qué parte es prejuicio, qué parte es un *bias*, qué parte es del condicionamiento psicológico; hay numerosos elementos distintos. Lo segundo, a pesar de lo complejo, el ser humano es imperfecto, y como imperfecto efectivamente va a tener elementos en sus decisiones que no necesariamente pueden ser consistentes o que no nos pueden parecer consistentes. Yo creo que el gran problema de estos cuestionamientos a la racionalidad es, como de alguna manera adelantaba ya Guillermo, precisar ¿qué es ser racional?, ¿qué significa ser racional? Como ejemplo muy sencillo, consideremos que el plato de galletas de allá está lleno y que el plato de galletas de acá está vacío, si uno utiliza un patrón de racionalidad definido puede decir "oye si las galletas son gratis y no te las comes, eres un tonto, eres un irracional". Entonces, a través de ese razonamiento puedo decir que los que estamos de este lado de la mesa somos racionales y los que están de ese lado de la mesa son irracionales, y llego a la conclusión de que el 50% de los individuos son irracionales, este es un ejemplo evidentemente bastante más simple, grotesco y grosero de lo que se utiliza usualmente, pero muchos de los



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

experimentos que buscan demostrar estas ideas se parecen a cosas de este tipo. Es decir, te ponen algo y asumen que la respuesta irracional es hacer tal cosa, sin tener en cuenta la complejidad y la imperfección, las dos cosas. Entonces, cuando no tomas en cuenta esos dos factores, el resultado es un resultado en el cual quién pone la regla (o sea quién fija que eso es racional o no es racional) dice que la razón de que esté llena es porque ya comieron antes, porque simplemente les da vergüenza aparecer en la cámara comiendo, porque engordas, porque son baratas, etcétera.

Y además, no es que olvidan (porque yo creo que, en efecto, sí lo toman en cuenta, pero no lo incorporan al análisis de las preferencias), sino que son individuales, cada persona actúa de manera totalmente distinta, porque le gustan cosas distintas, sea porque se traumó de niño, sea porque le gustan las galletas de tal tipo y no de tal otro. Entonces decir que “no comer galletas es irracional o comerlas es racional”, tiene un serio problema de base, que es cómo definir esa racionalidad.

Adicionalmente a eso, asumiendo que pudiéramos definir un patrón de racionalidad, ese patrón de racionalidad sería muy complejo, y dependería de muchos factores. Nosotros somos resultado de un proceso evolutivo, en ese proceso evolutivo ciertos individuos con ciertas características sobrevivieron mejor que otros y otros se extinguieron. Las razones por las que sobrevivimos los seres humanos incorporan, entre otras cosas, a la razón, que es la capacidad de pensar que tiene el ser humano, y que es superior a la de otras especies (una estrella de mar no tiene ninguna capacidad de pensar y ha sobrevivido, porque tiene otros elementos que la han hecho sobrevivir).

Usualmente la supervivencia es la que nos determina biológicamente como somos, es un proceso muy complejo de selección natural en el tiempo que ha conducido a que el ser humano tenga distintas expresiones hoy en día, dentro de las cuales están incorporados elementos aparentemente no racionales, pero que responden a una lógica de supervivencia muy clara. Un buen ejemplo de eso es toda esta discusión sobre la comida chatarra, ¿por qué a los individuos les gusta comer hamburguesa en McDonald's o en Bembos y cuanto más grasosa mejor?, y tú les explicas muchas veces que, efectivamente, eso está mal y que se van a morir, o que algunos hacen caso y se van al gimnasio dos semanas y vuelven a regresar. ¿Por qué sigue pasando? La posible explicación

(y hay algunos elementos que te lo explican básicamente) es biológica, y tiene que ver con que la supervivencia de los seres humanos que vivieron en la época de las cavernas o en etapas relativamente cercanas, requería de gran cantidad de grasa y de gran cantidad de azúcar, además de que cuando comían tenían que llenarse rápidamente, porque no sabían cuando era su siguiente comida. Los individuos que desarrollaron esa posibilidad o capacidad sobrevivieron más en ese mundo de lo que sobrevivieron personas que no tenían ese afán de comer tanto azúcar o grasa. La explicación a esto es que la evolución biológica es bastante más lenta que la evolución social o que evolución económica o que la evolución cultural (que también afecta la conducta humana). Entonces, en efecto, yo puedo encontrar un patrón donde la gente va a comer McDonald's, y lo voy a encontrar posiblemente explicado desde un punto de vista. Hoy en día eso no tiene sentido pero uno podría decir que eso obedece a una racionalidad profunda, es decir, la supervivencia obedeció a un esquema evolutivo racional que hizo que la gente comiera de esa manera y sobreviviera mejor, y se pueden notar numerosos ejemplos donde eso ocurre.

Entonces ¿qué son los *biases*? Los *biases* son un atajo cerebral, por los que el cerebro da un salto y, sin pensar, toma una decisión. La rapidez en las decisiones hizo sobrevivir a esos individuos más que a otros. Pero el cerebro es un órgano que consume mucha energía, entonces se tiene que ahorrar energía, pues debe hacer muchas cosas al mismo tiempo. En ese sentido, a veces lo que parece irracional, porque es una decisión rápida, puede ser tremendamente lógico desde el punto de vista de la eficiencia, porque hace que el proceso mental sea muy rápido. Lo que se llama *ignorancia racional* es una de las expresiones que hoy en día entendemos mucho mejor que hace un tiempo (en el que se dice que los individuos son racionalmente

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

ignorantes porque si comenzaran a aprender todo lo que quisieran aprender no terminarían aprendiendo nada). Es muy complicado estar pensando todo el tiempo; eso tiene que ver con la división del trabajo. Es decir, todos somos irracionales en una serie de campos, por ejemplo yo soy irracional en medicina, por lo que si yo decido curar a alguien, seguramente lo mataré; pero he tomado la decisión de serlo. El tema es tan complejo que llamar irracional a alguien, como decía Guillermo, es un acto de soberbia, pues se podría replicar diciendo ¿quién eres tú para decir que tu conducta es racional?, incluso en aquellas partes que no parecen racionales, porque no las puedes explicar por un proceso casi matemático.

Entonces el tercer elemento es el más importante, pues podemos estar en una discusión eterna sobre si esto cuestiona la racionalidad y el sentido racional, y cuál es la regla que se utiliza, pero incluso para aquellos que utilizan estos modelos de racionalidad (con la cual quieren comparar la conducta humana y llegar a una conclusión), aplicando incluso ese modelo cuando tú ves la conducta agregada del ser humano, es consistente con la racionalidad, con esa racionalidad. Es decir si yo en este momento coloco las mismas galletas a diferentes precios, las que son más baratas se van a agotar más rápido si son de la misma calidad, y puedes hacer miles de experimentos y traer a los tipos más expertos del mundo, pero el resultado agregado va a ser siempre que existirán algunos individuos que van a agarrar la galleta más cara, quién sabe por qué razón (porque creen que les da status o cualquier otra razón); pero incluso siguiendo ese supuesto de racionalidad cuestionable la conducta agregada parece ser consistente con estas premisas de racionalidad, es decir, parece que cuando tu juntas la evolución biológica, con la evolución social y con la evolución cultural, el resultado agregado es consistente con eso que cuando hacen el experimento en un grupo o en un salón, no funciona como ellos esperarían que funcione y ahí está la demostración. Es decir, lo que la evolución humana muestra es que hemos tenido la capacidad de usar pensamientos inteligentes o elementos de inteligencia para conseguir que en estos momentos nos estén grabando con esos aparatos bastante sofisticados, para conseguir el nivel de bienestar que el ser humano ha conseguido contando desde la época de las cavernas. Supuestamente logrado por individuos que supuestamente son irracionales. Entonces la pregunta es ¿cómo se ha dado ese fenómeno? y yo creo que, para terminar, hay una visión muy parcial, donde sí creo que estas

cosas son útiles. Era lo que decía Domingo, si yo voy a entrar a una sala de juzgado y hay *biases*, es bueno saber qué *biases* hay y, sobre todo si soy juez, es importante saberlo para entender bien que no me estén tomando el pelo con mis propias emociones. Ahí, es donde yo le veo la mayor utilidad a estos conceptos. Es decir, si quieres decirme que los individuos no son racionales, lo concedo, pues bajo tu concepto de racionalidad todos somos diferentes. Es imposible que midas a todos con la misma vara.

3. ¿Qué son los sesgos cognitivos y cómo se reflejan en el Derecho? ¿Deben o no ser regulados?

Alfredo Bullard: Ya hemos hablado un poco de eso, la mejor definición que les puedo dar de un sesgo cognitivo es que es un atajo mental, que el cerebro toma de tal manera que, por ejemplo, tu razonamiento no tiene una lógica, tú reaccionas por alguna razón. Un ejemplo es el *anchoring*, del que hablábamos hace un momento. ¿Qué es el *anchoring*? el cerebro humano tiende a pensar que lo primero que aprendió es verdad, y le cuesta mucho cambiar eso primero que pensó; y a todos nos ha pasado. Por ejemplo, a Freddy le costó muchísimo apartarse de la idea de que la dogmática civil era el único remedio a todos los problemas. A mí me paso exactamente lo mismo pero antes, hasta que llegado cierto punto pensé: "Oye, hay que abrirse la mente para otras cosas". Pero es un proceso natural al ser humano el decir "lo que yo ya aprendí". Todos ustedes tienen cosas que sus padres les dijeron de pequeños, y que hasta ahora sostienen y defienden como verdad, cuando en realidad no tienen ninguna base real. Entonces pueden ser falsas, pero como ya te las dijeron, alguien te las contradice y tu reaccionas diciendo: "no es así", y en el fondo te das cuenta de que si te pones a analizar el por qué las estas diciendo, terminas diciendo que "es porque mi mamá lo dijo". Eso es un



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

sesgo. ¿Por qué existen los sesgos?, pues como casi todo, el cerebro humano es evolutivo. Para las personas parece que es importante pensar rápido. Y pensar rápido es importante incluso cuando cometes un error, es decir, a veces pensar rápido, si bien te puede conducir a un error, puede ser una forma de resolver más problemas; entonces algunos se mueren cometiendo esos errores pero, aparentemente, si tú piensas demasiado “te come el tigre”. Entonces, tus reacciones usualmente utilizan atajos para reaccionar rápido y para poder tener una reacción rápida, pues parece que en el agregado las personas que pensaron rápido sobrevivieron más que las que se pusieron a pensar mucho. Es así que los sesgos se fueron creando, porque las personas que tenían condicionantes biológicos para tener cierto tipo de sesgo comenzaron a tener esos sesgos y a actuar de esa manera.

¿Cuál es su importancia para el derecho? De nuevo, muchos tratan de sustentar, utilizando sesgos cognitivos, la aplicación de ciertas reglas; uno de los temas que vamos a conversar más adelante va a tener que ver con este asunto (que ya mencionó Guillermo), es decir, con respecto a que la gente solo piensa en el corto plazo: o utiliza *anchoring* o utiliza algún tipo de salto de este tipo, que en realidad, bien visto, es como tu celular. Los celulares evolucionan tecnológicamente, por lo que cuando se les comienza a acabar la energía, lo que hacen es comenzar a desactivar ciertas funciones y, para sobrevivir al consumo de la batería, tienen que hacer cosas más rápido y menos cosas. El cerebro funciona de la misma manera, los cerebros que pudieron preservar mejor su energía sobrevivieron más que los que no. Entonces el punto de los sesgos, es que son formas de ahorrar energía, son mecanismos cerebrales condicionados que hacen que tu cerebro consuma menos energía, menos tiempo, tenga más atención, este más fresco, tenga más capacidad de reaccionar cuando esté más cansado al final de un día; además hay cosas que ya no puedes pensar, pero hay ciertas funciones básicas que sigues desarrollando, usualmente vinculadas, como por ejemplo comer de todas maneras. Y eso quiere decir que el cerebro se ha organizado evolutivamente para pensar rápido.

Domingo Rivarola: Solamente para adicionar, porque ya Alfredo lo ha explicado muy bien, el sesgo es el mecanismo de respuesta rápida del cerebro, de respuesta inmediata. El mecanismo que yo explicaba antes que es el *debiasing procedure*, es el mecanismo de respuesta reflexiva, es la parte de respuesta reflexiva del cerebro. En principio al Derecho le

importa el mecanismo de respuesta reflexiva del derecho; por lo menos en el derecho procesal (que como dije es lo que a mí más me incumbe en el día a día) lo que le importa al juez es el mecanismo de respuesta reflexiva, esto es, pensar y reflexionar, pensar cómo decido este caso, considerar si le cree o no le cree a un testigo, como resuelvo el tema, pensar en qué le pregunto, etcétera. El atajo es, nuevamente, el sistema de respuesta rápida del cerebro, pues al igual que en el ejemplo de Alfredo y los celulares, así como estos desactivan distintas funciones para ahorrar energía, el cerebro hace lo mismo. Estos días los celulares están desarrollando mecanismos predictivos, como el *google now*, por el que ya ni si quiera tengo que interactuar con el celular muchas veces. Puedo prender el celular y me dice: “estás yendo a tu casa, entonces tu ruta es esta, sigue esta ruta” o me dice: “bueno tus citas de hoy son estas, ¿deseas que cancele alguna? porque creo que tienes una incompatibilidad”. Entonces el celular rápidamente, a la par de que ahorra energía, me ahorra a mí interactuar con él, y se ahorra a sí mismo capacidad de procesamiento, porque él mismo ya está prediciendo lo que voy a hacer y no me pregunta ni si quiera. Como verán, los sesgos son lo mismo y, claro está, se producen muchos errores, porque el propio celular va generando incompatibilidad de citas y me da rutas que no tengo, por ejemplo si no estoy yendo a mi casa o no estoy yendo al sitio que me dice, o si escribí mal las palabras, o si yo le dicto y no escribe lo que estoy diciendo. Entonces, en efecto, el error también está muy vinculado al mecanismo rápido, el mecanismo rápido genera más errores que el mecanismo lento, pero el mecanismo lento también genera costos, y esto yo lo comparo siempre con el proceso judicial, porque el proceso judicial siempre está en tensión: la búsqueda de la verdad versus a qué costo. Un proceso larguísimo que dure cinco años, casi infalible, con muy bajo riesgo de error, pero a costo de que los derechos de los que están

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

litigando nunca se definan; que la propiedad se transfiera diez veces y que nunca la recuperes, que se destruya; que quede el contrato ya sin ninguna utilidad; o que el reo quede eternamente sometido a juzgamiento y que, finalmente, nunca lo atrapen y prescriba la acción larga en un proceso penal; o un proceso tan diminuto que, finalmente, no haya apelación, en el que el derecho a probar se minimice: instancia única, cero deliberación, cero juez.

Está claro, es bastante eficiente el proceso muy poco costoso, pero con un riesgo de error tan alto por ser un mecanismo rápido en exceso. Entonces la disputa es, en conclusión: mecanismo rápido baratísimo, pero con riesgo de error alto; versus, mecanismo lento, súper reflexivo, pero altamente costoso, lo que implica, claro está, error casi nulo. Y esto se parece mucho a lo que sucede con la pena de muerte en Estados Unidos porque acá no la tenemos. La pena de muerte en Estados Unidos pasa estrictos filtros procesales, en los estados que la tienen: procesos larguísimo y con un montón de revisiones. Pero justamente es la pena máxima, por lo que ahí sí aplican todos los procedimientos los *debiasing procedures*: deliberación, apelación, y etcétera. Todo 'para asegurar que no haya ningún solo atajo mental, es decir, ahí donde todos los cerebros intervienen de las maneras más costosas posibles para que se llegue a la verdad material, pero casi a cualquier costo.

Guillermo Cabieses: Yo creo que los *biases* son, en el fondo, atajos mentales que responden a la racionalidad de las personas. Que tratan de ser utilizados por la gente que hace *behavioral economics*, como demostraciones de que la gente razona incorrectamente. Yo creo que cuando la gente utiliza *biases* está siendo racional, aunque pueda parecer inconsciente. Lo que las personas hacemos es tener un proceso distinto para la toma de decisiones, y esto ha sido identificado por Khaneman en su libro *Think fast, think slow*. Dentro de nuestro proceso de toma de decisiones, nosotros lo que hacemos es: primero, nunca tener forma de saber si vamos a tomar las decisiones correctas, eso es imposible, no leemos mentes. La decisión es la actuación del individuo frente a diversas alternativas, y lo que trata de hacer siempre es estar mejor sobre la base de la información disponible y su capacidad para procesarla. *Ex post* considerará si es que realmente fue la decisión correcta, pero nunca tendrá la forma de saberlo porque no tomó la otra para comparar; entonces nunca sabemos si la decisión que tomamos es realmente la correcta. Lo que yo tengo que hacer es tomar decisiones con

las que yo me sienta satisfecho, y para eso lo que los seres humanos hacemos es tener un proceso de toma de decisiones, proceso que es racional, y ese proceso de toma de decisiones es fruto de la evolución humana, es un fenómeno biológico.

Hay decisiones a las que yo les voy a dedicar mucho tiempo y hay decisiones a las que les voy a dedicar muy poco tiempo; básicamente las que toman muy poco tiempo, responden a varios criterios que yo creo que son: la regularidad con las que las tomo, de un lado; y la importancia que tienen en mi vida, de otro. Entonces, si yo tomo decisiones porque soy un *trader* todo el tiempo (compró y vendo papeles en el mercado) yo voy a tomar decisiones así de rápidas, porque estoy altamente entrenado; si yo no soy un *trader* y me sientan contra una pantalla de *bloomberg*, donde están todas las acciones, y me dicen "cómprate un millón de dólares en papeles", no voy a saber qué papel comprar, me voy a demorar todo el día, va a cerrar el mercado y no voy a haber comprado ninguna, porque tendría que analizar cuál es el mejor papel. Entonces, el entrenamiento que tienen las personas las hace tomar decisiones más rápido (de ahí la poca importancia que le doy a comprar un chicle de menta o de fresa, también). Pensamos más lentamente cuando tenemos más en juego y por eso, específicamente ante decisiones importantes, la gente se toma mucho más tiempo en pensar las cosas. Cuando tú estás en un proceso de compra de una casa, te tomas más tiempo que en el proceso de elegir una corbata, eso es racional. El profesor de George Stigler, premio Nobel 1982, habló acerca de los incentivos que la gente tiene para buscar información activamente o, por el contrario, permanecer ignorante desde una perspectiva racional. Esos incentivos están en función de qué tan valiosa es la decisión para él o qué tanto puede influir en un resultado. Es decir, los famosos sesgos cognitivos pueden ser en el fondo mecanismos eficientes de pensamiento.



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

Al ser esto así, entonces el *bias*, en el fondo, es un proceso de atajo mental que responde a un sistema eficiente de pensamiento, que es biológico y que genera lo que señalaba Alfredo, que los agregados nos generen una base empírica para creer en el modelo racionalista, porque (y sobre esto hay un *paper* de Richard Epstein bastante útil, llamado *Human mistakes and Market corrections*) si tú puedes encontrar algunas personas que no se comportan de acuerdo a lo que creemos que es el postulado racional, como en el ejemplo de las galletas, los que compran las galletas más caras. Sin embargo, esas personas podrían ser racionales también, podrían querer evitar la cola, diferenciarse del resto o demostrar status. No tenemos forma de saberlo, lo que sí sabemos es que es mejor encontrar una explicación racional que simplemente pensar que la gente es estúpida. Así, si es que crees que están siendo racionales, cuando tú pones cien personas vas a encontrar que, en el agregado, el mercado corrige ese supuesto error individual que tú has identificado. Entonces, esos *biases* que la gente tiende a pensar que tenemos, en el fondo son atajos mentales que responden a procesos de toma de decisiones que son eficientes, y que no necesariamente nos demuestran que la gente es irracional, sino todo lo contrario que la gente es racional hasta en su proceso de pensamiento.

Esta cuestión da para mucho, porque hay temas como el *endowment effect*, o como cuando la gente se comporta de manera sobre optimista, donde nadie cree estar en el promedio. Tú le preguntas a cincuenta personas si creen que conducen mejor que la mayoría o peor que la mayoría, y la mayoría cree, digamos que cuarenta creen, que conducen mejor que el promedio, eso no puede ser. Esas respuestas parecen irracionales, sobre optimistas, pero responden a una lógica racional. La gente no es estadista, si las personas realmente creyeran en general que realmente son peores que el resto sería profundamente infeliz. Entonces tiene racionalidad el creer que soy mejor que el resto, porque de otra forma sería una persona infeliz y hasta en eso creo que es cuestionable el decir: "claro, estadísticamente si a mí me preguntan: ¿tú crees que eres mejor abogado que el resto?", es decir, una pregunta bastante subjetiva, yo te diría que yo sí creo que soy mejor abogado que el promedio, entonces, eso es verdaderamente racional, porque si no sería miserable.

Freddy Escobar: Creo que estos atajos han sido fundamentales en la evolución. Nuestros antepasados huían

ante el menor ruido extraño, ante el menor cambio del entorno. No podían analizar la causa del ruido o del cambio, pues corrían el riesgo de ser atacados por una fiera o por un enemigo. El atajo mental era pues, instintivo. Este comportamiento reactivo, inmediato, despojado de reflexión, nos ha permitido sobrevivir en este planeta. Por lo tanto, ha sido positivo durante buena parte de nuestra historia. Lo que ocurre es que nuestro cerebro no está preparado para lo que hemos producido en los últimos doscientos años. Recordemos que en los últimos dos siglos hemos generado más riquezas que en toda la historia de la humanidad (excluyendo, obviamente, esos dos siglos). Hace menos de doscientos años en Europa una mujer podía aspirar, con suerte, a dos años de educación. El cuarenta por ciento de las mujeres moría en la labor de parto. La expectativa de vida de un hombre era de treinta y nueve años. Enfermedades como la gripe y la peste borraban del mapa a poblaciones enteras. En muy poco tiempo hemos transformado brutalmente el mundo y hemos generado niveles de riqueza, bienestar y salud nunca antes vistos. Vivimos en un mundo que cambia constantemente, que genera enormes océanos de información, que produce niveles altamente sofisticados de conocimiento. Nuestro cerebro aún no está preparado para este mundo. Todavía seguimos usando un cerebro reactivo, todavía seguimos actuando primero y pensando después. Los atajos mentales a los cuales se han referido Alfredo, Domingo y Guillermo han sido fundamentales en el proceso evolutivo; básicamente nos han permitido sobrevivir. Hoy, sin embargo, nos empiezan a crear problemas, pues en el mundo actual el peligro no está representado por una fiera ni por una tribu rival, sino por la falta de acceso a la información.

Desde un punto de vista legal, los atajos mentales pueden o no ser relevantes. Pensaba que era irrelevante la discusión sobre si estos

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

atajos mentales debían o no ser considerados como actos de irracionalidad o de racionalidad limitada. Pensaba que si eran actos volitivos, entonces tenían que ser legalmente exigibles. Asunto cerrado. Pero Domingo tiene un punto interesante. Nosotros sí queremos que las autoridades tomen decisiones reflexivas o irreflexivas. En la medida en que use su dinero, ese consumidor tendrá incentivos para ser cuidadoso. El será el único que asuma las consecuencias de su equivocación. Cada uno optará entre decidir irreflexivamente y minimizar la utilidad de su dinero, o decidir reflexivamente y maximizar la utilidad de su dinero. Pero no me es indiferente el hecho que las autoridades sean irreflexivas, que se equivoquen. Entonces el *debiasing* sí puede tener un campo en ciertas áreas del Derecho. No queremos que un juicio no transitivo ocasione la pérdida de la libertad de una persona. No queremos que un juicio no transitivo ocasione decisiones públicas que impongan costos hundidos. Salvo esta excepción, pienso que, en general, los sesgos cognitivos son legalmente irrelevantes, por lo que ya he explicado: un acto irracional es un acto voluntario y como tal debe ser legalmente exigible.

4. El test psicológico señala que el ser humano privilegia el corto plazo sobre el largo, asimilando este hallazgo al caso de los aportes como trabajadores independientes, ¿esto justifica establecer legislativamente sistemas de ahorro forzoso?

Freddy Escobar: Voy a contestar esta pregunta de una manera muy sencilla. Al margen de lo que los estudios psicológicos demuestren, creo que, salvo algunas pocas excepciones, nada debe ser forzoso. Pienso que las personas deben de tener la libertad de ahorrar o no ahorrar, por ello no creo que los sistemas de ahorro forzoso sean económicamente eficientes y consecuentes con la libertad y la dignidad de las personas. Creo que las personas deben tener el derecho de decidir con la mayor amplitud posible. A raíz de estos descubrimientos de la psicología cognitiva, muchas personas piensan que se deben tomar decisiones suplantando a los individuos interesados. A mí me parece que ese es un uso incorrecto de estos descubrimientos. Incluso asumiendo que tienen méritos, que sus conclusiones son correctas, que existen decisiones irracionales porque se asume un concepto de racionalidad basado en el juicio transitivo, creo firmemente que por encima de todo está la libertad y la dignidad de las

personas. El respeto a esa libertad y a esa dignidad es lo que hace que seamos una sociedad civilizada. Pienso, por tanto, que bajo punto de vista alguno se debe forzar a las personas a actuar. Creo que por razones morales las personas deben de decidir si ahorran o no ahorran y en qué medida.

Guillermo Cabieses: La verdad es que no creo que los hallazgos psicológicos hayan sido la justificación de los sistemas de ahorro forzoso. De hecho, esto es bien reciente, no es que los sistemas de ahorro forzoso no tengan que ver con la idea de que la gente no ahorra para su vejez, sino que tienen que ver más bien con la idea de que la gente que no ahorra es una externalidad en términos económicos. La situación siempre ha estado presente en las sociedades civilizadas desde hace bastante tiempo. En todas las sociedades civilizadas, desde que se crearon los sistemas de pensiones, lo que sucedió es que la gente tiene menos hijos, porque la forma en la que la gente antes se mantenía en su vejez era teniendo muchos hijos y dividiendo la manutención de los ancianos entre ellos. Cuando se crea el sistema de pensiones y la gente deja de tener muchos hijos que los mantengan. Una vez creados estos sistemas se dio el fenómeno de que el gasto actual de las pensiones estaba siendo mantenido por las generaciones que las cobrarán en el futuro. Es decir, lo que aportó hoy es para pagarle al pensionado actual, a mí se me pagará, cuando llegue a viejo, con el dinero que aporte los jóvenes en ese momento. Al ser así, se hizo obligatorio el sistema para asegurar que mis aportes justifiquen mi futura pensión. Estamos hablando del caso público naturalmente. La idea es: "hay que forzar a la gente para que estos no sean una externalidad negativa para las nuevas generaciones"; sin embargo, ya lo son, por lo menos en el sistema público en el que quienes aportan hoy están manteniendo a los jubilados.



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

Sí se cree que la gente se comporta en función del corto plazo y que no piensa en el largo plazo, entonces estamos ante un problema mucho más serio que el ahorro forzoso. Pensemos por un segundo en los gobiernos. Si tu analizas la situación de una emisión de bonos internacional de cualquier gobierno, la gente dice “¡Qué bueno!” Lo que hemos hecho es colocar una deuda a nivel internacional que vamos a pagar en veinte años al seis por ciento.

Claro, una persona de sesenta o setenta años dirá “¡qué bueno! Porque esa deuda no la van a pagar con mis impuestos, entonces yo me beneficio hoy de ese ingreso (en teoría si es que el estado me diese algún servicio que me fuese de utilidad), y, en el largo plazo, quienes en ese momento sean los integrantes de esta sociedad son los que van a terminar pagando esa deuda que benefició el consumo de ciertas personas en cierto momento”. Entonces, bajo la lógica de que las personas privilegiamos el corto plazo sobre el largo plazo, creo que sería de más utilidad regular el endeudamiento estatal, por ejemplo, que otros tipos de figuras como la que discutimos.

Domingo Rivarola: Mira, es una pregunta que, como han demostrado las intervenciones destacadas de Guillermo y Freddy, tiene un montón de aristas, como el endeudamiento fiscal, el tema del financiamiento del sistema de pensiones, sector privado o público, cuántos hijos tener, si el estado debe regular la población (como China), si uno tiene hijos para financiarse a sí mismo, si los hijos son mano de obra o no, y demás. Lo único que quería complementar, porque creo que mucho de esto ya está dicho, es que al margen de si uno procrastina o no, uno tiende al placer inmediato, y eso efectivamente está demostrado. Si es racional o no, no voy a hablar de eso. Lo que sí es claro es que comerse una hamburguesa da placer inmediato, porque es un plus de grasa, insulina y azúcar inmediato para el cerebro y eso es útil porque te da energía inmediata para hacer lo que tienes que hacer. Pero veamos, Enrique Pasquel tiene un artículo inteligentísimo que ha publicado en la parte de opinión de *El Comercio* (creo que hace dos semanas o tres semanas), donde concluye que la rentabilidad del sistema de pensiones es muy inferior a la rentabilidad que tendría el sistema financiero si uno hubiera podido disponer libremente del dinero que a uno le confiscaron (digo confiscaron porque es obligatorio) para ponerlo en una AFP. Si uno hubiera tenido ese dinero libremente disponible para colocarlo en ahorros a plazo fijo, en

fondos mutuos, o lo que fuere, hubiera ganado más plata que con las AFP, que además cobran comisiones. Entonces, eso demuestra empíricamente, que ese dinero confiscado para las AFP, por mandato del Estado, hubiera sido más rentable si uno libremente hubiera podido decidir qué hacer con sus ahorros. Entonces, claramente las cifras demuestran que el Estado hizo mal en meter la mano en los ahorros de la gente. Mejor hubiera sido que la gente decida libremente qué hacer con sus ahorros. Si uno decidiese ahorrar hubiera ganado más plata ahorrándola en cualquier otro lugar, y si decidía ahorrar esos excedentes o no ahorrarlos directamente (por ejemplo: sacar un hipotecario, comprarse una casa o simplemente gastárselo en algo que le dé más placer inmediato) también estaría bien, es su libertad. Quizá el rol del Estado hubiese sido o sería más importante en campañas de educación escolar a nivel de primaria (porque ahí se fijan los valores fundamentales en los niños) sobre, por ejemplo, la importancia de no procrastinar, la importancia del ahorro, la importancia de planear el futuro, el rol de la familia, los hijos, el rol de cuidar a los viejos en una sociedad; etcétera. Yo sí creo que, ya hablando más allá del Estado, el rol de los padres en una familia es muy importante puesto que los padres en una familia tienen que enseñar a los hijos. Claro hay muchos modelos de familia, pero el rol de los padres es muy importante. Son, en todo caso, los padres quienes tienen que enseñar a los hijos la importancia del ahorro, la importancia de la no procrastinación y, sobretodo, la importancia del cuidado y respeto a los mayores. El mejor sistema de pensiones es la propia familia, la propia familia tiene que cuidar de los mayores, creo que eso es lo más importante.

Alfredo Bullard: Coincido plenamente con lo que decía Freddy hace un momento. La pregunta principal, más que hallar si hay un sesgo o no hay un sesgo, es si es consistente con la dignidad del ser humano, con la decisión

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

del ser humano, con los derechos del ser humano, que alguien pueda decidir que para protegerte en tu futuro va a tomar parte de tu plata y la va a guardar en un sitio hasta que seas suficientemente viejo como para disfrutarla. Me parece que ese solo hecho, más allá de los hijos que tengas, no funciona, porque con el mismo argumento pasa lo que sugería Domingo. Mañana podemos decir: “al que tiene más de dos hijos lo esterilizas porque no sabe cuántos hijos tener”. Y pueden usar el mismo argumento para decirte: “oye que estúpido, ¿por qué te compras un departamento tan chiquito? ¿Por qué no te compras un departamento más grande?” o, al contrario: “cómprate uno más chico para que te sobre plata para otra cosa” o “¿por qué estudias esta carrera? Mejor estudia...”. Ósea sí, si el ser humano no piensa en su futuro, en realidad todas, o casi todas, las decisiones que tu tomas tienen un impacto en tu futuro, porque decides o guardar para el futuro, o consumir hoy día; y en todas esas decisiones alguien tendría que estar diciéndote lo que estás haciendo. Entonces hay un primer punto que creo tiene que ver con la dignidad de los propios seres humanos.

El segundo punto: la razón por la que los individuos privilegian el corto plazo sobre el largo plazo también tiene una explicación evolutiva. En la época de las cavernas no había largo plazo, tenías que sobrevivir todos los días y llegar al fin del día era un éxito. Entonces, claro, al ser humano que en esa época se ponía a pensar “¿oye cómo voy a ser en mi vejez?” cuando en su vida había visto a un viejo, se lo comía el tigre dientes de sable porque simplemente el tipo estaba perdiendo su tiempo en algo que no le era útil para la supervivencia. Efectivamente, hemos progresado y hemos acumulado riqueza, como decía Freddy, y hoy día estamos en una situación en la que nuestro cerebro se ha quedado corto, pero el ser humano es tan inteligente que ya ha creado computadoras y celulares que piensan ya casi por ellos y que, además, como bien decía Domingo, son computadoras creadas para procrastinar, para tener sesgos. Es decir, tienen sesgos, procrastinan, tienen un montón de elementos que son exactamente los mismos que estamos criticando; y las diseñamos para que lo hagan. Entonces, cuando tú dices “voy a proteger al personal en su futuro porque no sabe pensar”, yo creo que estas: (i) Yendo contra algo que fue consecuencia evolutiva, y que hoy día lo llaman un problema porque hemos evolucionado tanto. Ese mismo cerebro que no funciona bien, nos ha hecho evolucionar tanto en términos sociales, económicos, tecnológicos que ya ese problema ya no nos preocupa mucho, porque tenemos

miles de formas; (ii) Hay un dicho que dice “divide y vencerás”. Divide el mundo y podrás convencer a alguien de cualquier cosa. El argumento consistente en que hay que obligar a la gente a ahorrar, parte las decisiones del futuro de las personas y las considera solamente como “¿cómo ahorro?” y “¿cómo tengo liquidez en el futuro?” Esto es, cómo tengo plata *contante y sonante* en algún sitio, cómo meto la plata y al final me dan plata, asumiendo que la única estrategia en que las personas piensan en el futuro sea guardar plata en algún sitio. Las personas pensamos en el futuro de miles de maneras.

Una visión, quizá mucho más importante, que implica pensar en el futuro es la decisión de educarte o educar a tus hijos. Pero esa decisión se ve en riesgo cuando te quitan el diez, quince, veinte o lo que sea de tu sueldo para obligarte a guardar, porque te están quitando la posibilidad de escoger una mejor educación; es decir, tienes que guardar una plata para tu futuro en la vejez, para que otro lo invierta como cree que puede ser mejor para ti. Estoy seguro que tu inversión en capital humano va a ser mucho más: la casa que te compras; como cuidas tu salud; gimnasio, ¿cómo ir al gimnasio? Con ese argumento nadie iría a los gimnasios ¿por qué la gente va a los gimnasios? Porque quiere vivir más, y toma decisiones en busca de vivir más. Entonces, hay numerosas decisiones que tomamos todos los días pensando en el futuro, y cuando obligas a alguien a hacer algo reduces la cantidad de recursos que tiene para pensar en otra estrategia en el futuro, como educarse, ahorrar de otra manera. Entonces, no tiene mucha consistencia.

Regreso al argumento que di hace un momento: en el agregado nunca el ser humano ha estado más protegido contra su futuro que hoy; pero además cuando digo *nunca*, digo años luz, o sea, tenemos tecnología médica que nos cuesta (porque la gente que paga por



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

medicinas que le van a prolongar su vida están pensando en el futuro, y las empresas saben que la gente está dispuesta a pagar por es), y que está alargando nuestra vida (hoy día una persona nace con una expectativa de más de cien años de vida, cosa que era impensable en el siglo XVIII y en el siglo XIX). Ese efecto, demuestra que la gente sí invierte en el futuro. El nivel de acumulación de capital hoy día es incomparable con el que se ha tenido nunca, hoy tenemos recursos guardados para todo, hay petróleo, tenemos capital, tenemos tecnología, tenemos todo lo que hemos invertido para cuidar nuestro futuro. Si hoy hubiera un diluvio como el de Noé sobrevivimos *papaya*, no tendríamos que hacer lo del barco puesto que tenemos recursos suficientes para poder afrontar una situación de ese tipo ¿Por qué? Porque tenemos tal acumulación de recursos que podemos hacer muchas cosas con nuestro futuro. Uno puede decir que no, que hay un grupo de personas que no tienen los recursos. Pero hay que pensar como llega todo el resto de las personas con el tema de la familia, el tema que la gente misma pueda decidir cómo ahorrar; hay miles de formas distintas, y ahí viene el argumento de externalidad, que se usa mucho. Pienso que el argumento de la externalidad está equivocado porque una externalidad es cuando una persona le traslada a otro un costo, pero yo no tengo por qué estar asumiendo el costo de una persona que no ahorró. El problema es que si yo lo quiero asumir, entonces ya no es una externalidad, si yo no quiero asumirlo es una realidad, es mi decisión voluntaria de ayudar a esa persona. Lo malo es que aquí, donde sí se genera la externalidad, es cuando el Estado decide que los demás tenemos que mantener a esa persona o que tenemos que crear sistemas para proteger a esa persona (y con eso me perjudico yo). Ahí sí está la externalidad, en la decisión de obligarte a ahorrar.

5. A modo de conclusión ¿cuál considera usted que serían las herramientas más útiles que el análisis conductual y las neurociencias pueden aportar al Derecho?

Alfredo Bullard: Yo creo que sí hay valor en estudiar todas estas cosas. Más allá de las conclusiones a las que uno pueda llegar, saber más es siempre mejor que saber menos y discutir siempre es mejor que no discutir. Yo creo que hay muchos elementos de esto que son muy útiles. Por lo pronto, desde un punto de vista de mi ejercicio como abogado, coincido con Domingo en que lo más útil para mi actividad de abogado,

para negociar, para litigar, para decidir como árbitro es conocer todas estas cosas puesto que me ayudan a entender mejor como se toman las decisiones. Yo creo que ahí hay un valor bastante importante que, especialmente si eres árbitro, evita que te cieguen o que te manipulen o que te alejen de la conclusión, utilizando algunas herramientas. Saber cómo funcionan estas herramientas es útil: como abogado te ayuda a plantear mejor tu caso, a mejorar tu defensa, a interrogar a un testigo, a saber cuándo un testigo miente o cuando no miente. El problema es que como toda cosa que nos ayuda a entender, siempre hay alguien a quien se le va a ocurrir usarla para quitarle libertad a otros, porque uno de los peores enemigos de la libertad (paradójicamente debería ser todo lo contrario) es el conocimiento. Cuando alguien sabe algo, asume que ya tiene la capacidad de decidir mejor que tú y ahí comienzan muchos de nuestros problemas. Entonces, creo que el conocimiento es importante, pero hay que tener cuidado en cómo se utiliza. Y quizás el otro elemento donde sí hay un valor, es para entender justamente lo que decía Freddy, y también Domingo, sobre la conducta de quienes deciden por nosotros. Entender bien cómo funciona la mente de un juez, como funciona la mente de un funcionario. Además, es curioso ya que tratan de regular la vida de otros porque hay sesgos cognitivos, hay emociones, hay prejuicios, hay *n* elementos que aparentemente son inconsistentes con la racionalidad; pero todos los fulanos que deciden por nosotros tienen sesgos cognitivos, tienen emociones, todos los políticos piensan en el corto plazo (ninguno piensa en el largo), o sea el sesgo se exagera cuando eres político, todos están pensando en cómo llego al final del gobierno, cómo me reelijo y lo demás no interesa.

Entonces uno se pregunta ¿por qué? Ahí sirve para entender mejor muchas cosas, como sirve la Economía. La Economía cuando uno

Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho *Discussion on the contribution of behavioral psychology and neuroscience in Law*

la aprende y la estudia le sirve para entender muchas cosas. El problema es cuando uno cree que ese conocimiento le permite generar economía normativa, es decir, comenzar a decidir por otros, porque la economía me enseña como decidir mejor por ti; y eso creo que es el gran error, el gran riesgo. Sin duda es una herramienta útil cuando es bien utilizada y yo creo que hay que estudiarla, hay que entenderla. La discusión, y el nivel de discusión que hemos tenido ahora demuestran que uno puede aprender muchas cosas sabiendo de estos temas.

Domingo Rivarola: Estoy de acuerdo con lo que señalaba Alfredo. Desde mi punto de vista el área más importante para esta disciplina es el área de solución de controversias y toma de decisiones en ese ámbito. En general, tanto desde el punto de vista de quien toma decisiones arbitrales o judiciales; el ejercicio del litigante; cómo enfrentar a un testigo; cómo enfrentar un proceso; cómo decidir si uno es juez, árbitro, funcionario público o etcétera; pero también para entender cómo toma la decisión un regulador, un congresista, etcétera. Además, creo que también es un ámbito importante para entender qué puede estar detrás de una regulación concreta. Es decir, ¿qué puede justificar una regulación? o ¿por qué una regulación puede estar equivocada?, ¿cuál puede haber sido la base? Y ¿por qué puede haber estado equivocada?, sobretodo en relación a situaciones como estas que estamos comentando. El ahorro forzoso, por ejemplo, si se justifica una regulación de este seudohallazgo de que procrastinamos, o que no sabemos ahorrar. Cuestionar una regulación, sabiendo cual es la base empírica incorrecta ayudaría a cuestionarla desde el punto de vista constitucional, sobre la base de un argumento válido desde el punto de vista de la libertad individual, etcétera.

A esto simplemente quiero agregar que si bien el conocimiento puede ser una amenaza de la libertad en algunas circunstancias, el conocimiento también es libertad. ¿Por qué? Porque si (y esta mesa ayuda a eso) varios conocemos, podemos atacar al que conoce para obligarnos a hacer lo que no queremos o para imponernos esa sabiduría y usarla mal; y justamente la democracia ayuda a eso, la democracia en la academia y la deliberación.

Guillermo Cabieses: La psicología conductual, sirve si uno atomiza el análisis y lo limita a su uso en el proceso judicial, ver cómo es que piensa el árbitro, para ver cuáles son las emociones que guían al abogado de la otra parte, etcétera.

Creo, no obstante, que el propósito de quienes hacen *behavioral economics* no es ese. Es más bien diseñar políticas públicas basadas en que la gente está mejor si ponemos ciertas reglas, les damos algunos “empujoncitos” que les permitan llegar a una mejor decisión. Es alterar los puntos de partida para que la gente logre su tan esquivada felicidad.

Entonces la discusión es sobre si ponemos una regla inicial en la que alguien esté forzado a estar dentro de un sistema de ahorros o no, o si hacemos que la regla inicial sea, en una cafetería, que la fruta esté antes que los postres que más engordan, porque así la gente, cómo ve la fruta primero, la elige primero. Esa discusión tiene varios planos: el primer plano es sobre el por qué. ¿Por qué alguien tiene que elegir cuál es la regla inicial?, ¿no podemos dejar que, sencillamente, la regla inicial sea la mayor cantidad de veces la que la gente en el mercado decida?; segundo, nos lleva a discutir acerca de la *inevitabilidad del planeamiento*, o sea, siempre hay cierto nivel de planeamiento en una sociedad, por más que no nos guste. Es más, detesto la idea de la planificación social, pero siempre en una sociedad hay cierto nivel de planificación que hacer. Entonces, el tener una herramienta adicional de análisis puede ayudarnos en ciertas medidas. Pienso que en eso aporta para que uno se ponga a pensar si es que el modelo teórico que viene utilizando, o que viene criticando (es que a veces uno cree pues, en la racionalidad tipo Chicago, o no cree en eso), es lo suficientemente sólido o no. De hecho, creo que la crítica de Kahneman a la racionalidad de los modelos económicos es la crítica más sólida que se ha hecho, y nos ha puesto a pensar acerca de si realmente la gente es racional o no. Siempre es bueno que en el proceso de creación del conocimiento haya críticas a las teorías para que una teoría se reafirme o deje de existir. Sin embargo, creo que tiene algunos puntos malos, como que nos lleva a sobredimensionarlo.



Mesa redonda con Alfredo Bullard, Domingo Rivarola, Guillermo Cabieses y Freddy Escobar

Hoy para mí el *behavioral economics* no es más que una serie de ejercicios en donde tratan de demostrar que la premisa fundante de un modelo teórico tiene ciertas falencias, pero no genera en sí mismo una nueva teoría que la reemplace, una nueva teoría que pueda funcionar, porque que yo diga que la gente tiene ciertos *bias*, y que la forma en la que hago la pregunta pueda ser en una gran mayoría de casos o en una minoría de casos que la gente responda distinto (por ejemplo si el médico dice que en una operación existe un noventa por ciento de probabilidades de éxito, la gente responde en mucho mayor medida que sí se quiere operar, a si el médico dice que existe un diez por ciento de probabilidades de fracaso, situación en la cual la misma gente responde en una mayor medida que no se quiere operar) demuestra que hay ciertas incomprendiones al momento de procesamiento de la data, pero eso no genera un marco teórico. Eso genera ejemplos en donde la gente no recibe la data correctamente o no la procesa correctamente; yo creo que eso puede ayudar para, en alguna medida, entenderlo y tatar de que pueda procesar la data de una manera un poco más eficiente. Pero más allá de eso, creo que tratar de darle empujoncitos a las personas para que sean más felices y estén mejor, conlleva un riesgo

muy grande, como decía Alfredo, te puede terminar llevando a decirle a la gente, efectivamente, qué hacer. Más que darle un empujoncito, forzarlo a hacer algo.

En conclusión, si se considere que es una herramienta útil, que vale la pena estudiar y contrastar con el modelo teórico que critica. No obstante, pienso que es más importante entender bien el modelo teórico que critica, porque suele pasar, nos ha pasado a todos, que es más “sexy” estudiar la crítica de un modelo que el modelo en sí mismo. Entonces la lógica debería decirnos: primero estudio el modelo y lo entiendo, después estudio la crítica para ver si es lo suficientemente sólida para que yo crea o no crea en el modelo.

Freddy Escobar: Para terminar creo estos aportes son interesantes porque permiten comprender mejor nuestra propia naturaleza; no obstante, creo que tienen una importancia legal bastante reducida. Desde un punto de vista legislativo quizás puedan ayudar a realizar un proceso de *de-biasing* respecto de las decisiones que tienen que tomar las autoridades, porque, como comenté, tenemos derecho a exigir que las autoridades tomen decisiones reflexivas. Respecto a las decisiones de los ciudadanos, creo que no tienen relevancia alguna porque esas decisiones son libres. No interesa si son racionales o irracionales, acertadas o equivocadas, provechosas o desventajosas. En la medida en que sean libres tienen que ser legalmente exigibles. Ahora bien, si tú eres abogado y estás casado, por supuesto que estos aportes te ayudarán mucho a negociar con la contraparte y con tu esposa, así que recomiendo, enfáticamente, leer sobre estos temas. 