
Breves consideraciones en torno a “The Importance of Behavioral Law” de Thomas Ulen

Eduardo Stordeur (h)*

I. Introducción

El artículo “The Importance of Behavioral Law” del profesor Ulen constituye una valiosa pieza introductoria a un fascinante campo de investigación del cual los abogados no pueden estar ajenos por demasiado tiempo sin pagar altos costos en competencia analítica. Esta disciplina, que el autor denomina “Derecho Conductual” y que la mayoría de la literatura denomina “Derecho y Economía Conductual”, que consiste en el empleo de herramientas de la “Economía de la Conducta” (una combinación de microeconomía con psicología cognitiva) para el examen y evaluación del sistema jurídico, ha tenido enorme desarrollo durante las últimas décadas, tanto en el campo académico como en la regulación. De hecho, algunos de sus conceptos y hallazgos experimentales más acreditados, como ha sucedido con algunas herramientas del “Derecho y Economía” tradicional, están abandonando su ámbito de especialización para pasar a formar parte del repertorio analítico de abogados teóricos y reguladores sofisticados.

Los hallazgos de Economía de la Conducta (que fundamenta el “Derecho Conductual”) lejos de limitarse al campo académico, en la última década, además, han sido exitosamente empleados a fines regulatorios en países como, por ejemplo, Estados Unidos e Inglaterra. Por otra parte, es indudable la importancia que tiene para la práctica profesional comprender no solo la estructura de incentivos que subyace a las normas jurídicas sino además las percepciones de las personas frente a la ley. En particular, resulta de enorme interés comprender el modo en el cual diversos sesgos cognitivos inducen a las personas a adoptar decisiones, algo central para examinar de manera plena y realista los efectos de las leyes. Por todo esto, no es sorprendente que este muy atractivo campo de intersección entre economía y psicología, en este caso aplicado al derecho, constituya un campo extremadamente atractivo de estudios e investigación jurídica, actualmente en franco desarrollo.¹

En este contexto, el artículo del profesor Ulen constituye un aporte interesante por varios motivos. Para comenzar, no abundan textos académicos introductorios a

* Profesor y director de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad Di Tella. Es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en el Programa de Doctorado de la Universidad de Palermo.

1 Para una pionera colección de artículos en este campo, véase Sunstein (2000).

la economía de la conducta y menos aún a la economía de la conducta aplicada al derecho.² En general, en el campo de la economía de la conducta, uno encuentra en la literatura trabajos de difusión muy amenos que no logran profundidad analítica suficiente o los algo pesados y farragosos artículos experimentales que usualmente, demás, requieren conocimientos de economía y formación matemática que, aunque muchas veces son relativamente simples, emplean conceptos y un lenguaje ajenos a la formación típica de los abogados. Por lo tanto, contar con un texto introductorio académico, y además en castellano, constituye un aporte para la literatura sobre el tema y la nuestra cultura legal.³

Por otra parte, el trabajo no solo desarrolla una introducción a este enfoque examinando sus elementos centrales, sino que ofrece además algo más interesante: una valoración del aporte de la psicología cognitiva al ámbito del Derecho, lo cual es sumamente interesante puesto que, naturalmente, no hay un criterio unificado sobre este asunto. Mientras algunos autores creen que la mayor parte de los sesgos cognitivos (errores de percepción que llevan a decisiones irracionales) pueden ser explicados apelando a la teoría clásica de la elección racional otros autores consideran que la psicología tiene mucho para dar a la economía o, aún más en el extremo, que simplemente desafía sus fundamentos básicos más centrales. Un sano debate que probablemente tal vez pueda ser zanjado con la mirada panorámica que solo ofrece el tiempo, en particular cuando este tiene efectos en un campo tan delicado como el jurídico, donde se están en juego las libertades y derechos de las personas y donde por lo tanto tenemos buena razones para ser (metodológicamente) conservadores o al menos cautelosos con el empleo de las novedades científicas.

Este aporte resulta aún más significativo por la personalidad del autor. Ulen es una figura de peso mundial en el campo de Derecho y Economía, con aportes también en el campo de "Derecho y Economía Conductual" y con trabajos tanto aplicados como teóricos y metodológicos. Coautor del libro de texto de "Derecho y Economía" más utilizado en el mundo, no solo ha trabajado notables aplicaciones de economía al sistema legal, sino que (aún más interesante a los fines de este trabajo) ha trabajado en forma reiterada y destacada aspectos metodológicos del Derecho y Economía.⁴

2 Véase la introducción y justificación del para mi muy buen texto de Angner (2012).

3 Para una introducción, ver Jolls, Sunstein y Thale (1998: 1471-1550).

4 Me refiero al clásico, *Law and Economics*, que cuenta con traducción al castellano editada por Fondo de Cultura de México, en coautoría con Robert D. Cooter, que ya lleva 6 ediciones y ha sido traducido a varios idiomas. Dentro de la vasta obra de Ulen, tomando solo aquellos que refieren a temas metodológicos o de teoría legal en general, destaco los siguientes: "Law and Economics in the Future of Legal Scholarship, Education, and Practice" (2008); "The Importance and Promise of Empirical Legal Studies" (2005); "An Introduction to Behavioral Law and Economics" (2007); "The Unexpected Guest: Law and Economics and Other Disciplines in the Future of Legal Scholarship" (2004). También, "A Nobel Prize in Legal Science: Theory, the Scientific Method, and

En esta simple nota introductoria, primero voy a hacer una breve introducción al enfoque, con la finalidad de situar al lector no familiarizado con esta literatura, para después hacer mi propia valoración (breve y preliminar) del lugar que (creo) tienen o deberían tener estos estudios en el más amplio campo del "Derecho y Economía". Voy a sugerir, que al estado actual de avance de la psicología cognitiva, hay buenas razones para considerar sus aportes como complementarios del enfoque económico en general. En el sentido de que, como se hace usualmente, se debe emplear el marco teórico más general que ofrece la economía y los hallazgos de la psicología experimental para corregir y, eventualmente, completar los modelos. Esto, creo también, para el campo de la Economía aplicada al Derecho. Ciertamente esto no contradice explícitamente el artículo del profesor Ulen, pero creo que el artículo se mantiene algo ambiguo sobre este importante asunto.

II. Muy breve reseña sobre la economía de la conducta

Durante las últimas décadas los economistas de la conducta han coleccionado importante evidencia experimental que desafía la extensión y la generalidad del supuesto de racionalidad instrumental propia de la economía del derecho en su forma más extendida. Estos trabajos muestran que en determinados contextos las personas son predeciblemente irracionales; es decir, que aun cuando no se comportan conforme las predicciones de la teoría de la elección racional, sus decisiones están sesgadas de una manera determinada. Muestran, además, que las personas no solo toman decisiones "sesgadas" que violan en determinadas circunstancias los axiomas de racionalidad de la teoría de la elección racional que emplea la economía, sino que las personas emplean métodos intuitivos para formular juicios que les llevan además a adoptar creencias y juicios erróneos que desafían también las reglas de la probabilidad, la lógica o convenciones que son ampliamente aceptadas.

Mientras la economía tradicional ofrece un modelo simple y general, que luego debe ser completado convenientemente según el problema bajo examen, la economía de la conducta ofrece un cuadro algo más complejo del modo en el cual las personas toman decisiones. En general, las personas tienen racionalidad limitada y forman su preferencia de modo contextual, razón por la cual el modo en el cual se presentan las alternativas tiene peso decisivo en la elección. Por ejemplo, los experimentos han reportado que diversas descripciones del mismo problema de elección llevan a las personas a tomar diferentes decisiones, aun cuando las opciones son centralmente las mismas. En otros términos, al menos en varios contextos, las preferencias son

13

Experimental Work in the Study of Law" (2002); "Evolution, Human Behavior, and Law" (2001); "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics" (2000) (con Russell Korobkin), entre muchos otros.

contextuales y el contexto es usualmente dejado de lado por el modelo formal que asume que las personas procesan información siempre del mismo modo con la finalidad de maximizar su utilidad.

Esto tiene vital importancia para el estudioso del sistema legal, puesto que el derecho presenta alternativas y, por lo tanto, define o puede definir, en muchos casos, el contexto que en determinadas circunstancias puede tener peso en las decisiones. Por ejemplo, varios estudios han reportado que las personas valoran más las pérdidas que las (iguales) ganancias. Por lo tanto presentar una decisión en términos de costos que se paga tiene mucho más peso que presentar el mismo problema de decisión en términos de beneficios que dejan de ganarse, aun cuando ambos constituyen el exactamente el mismo problema de decisión. De ese modo, diferentes puntos de partida llevan a que las personas elijan diferentes alternativas, cuando el modelo ortodoxo asume que siempre deben elegir aquella que maximiza su utilidad, con independencia del contexto. En otros palabras el sistema legal puede "encuadrar" alternativas de modos diversos induciendo a las personas a modificar sus decisiones (Kelman, Rottenstreich y Tversky, 2000: 61 y ss.).

14 Una variante especialmente importante de este sesgo en las decisiones, por ejemplo, es el efecto dotación, que invalida una asunción central del enfoque económico de la ley por el cual se asume que las personas valoran lo mismo una alternativa, con independencia de si deben pagar por ella o aceptar una suma de dinero para desprenderse de ella. Varios experimentos han mostrado que las personas valoran más una alternativa o bien que les ha sido asignado que cuando deben pagar por ellos. Una persona que no estaría dispuesta a pagar \$100 para obtener una entrada al teatro probablemente exigiría más que esa suma para desprenderse de ella, una vez que esa entrada le es asignada por el investigador (Tversky y Kahneman, 1991: 1039-1061). El sistema legal adjudica derechos y esas asignaciones podrían formar preferencias, mientras el enfoque ortodoxo asume que las personas eligen el derecho o regla legal conforme su escala no contextual de preferencias.⁵

Mientras el enfoque ortodoxo asume que un individuo racional elige siempre aquella alternativa que maximiza su utilidad con independencia del contexto, gran cantidad de experimentos muestran que las personas tienen aversión por elegir alternativas extremas o que una tercera alternativa disponible no preferida altera sus elecciones. Si una persona valora más una alternativa A que otra B y esta que C y esta que D, el orden en el cual se presenten las alternativas no debería afectar el resultado de la elección, según el modelo tradicional. Simplemente el individuo debería elegir aquella alternativa preferida. Pero las personas tienen aversión a los extremos y el modo en el cual éstas se presentan afecta el resultado de sus

5 Véase, por ejemplo, Korobkin (2003: 1227-1293).

elecciones. En general, las personas no eligen alternativas extremas. Si una persona gana la lotería, es muy probable que pida el segundo vino más caro del más lujoso restaurante de su ciudad y la persona de escasos recursos, en el mismo lugar, el segundo vino más barato, pero ambas evitarían pedir aquel que está último o primero en la lista. Por otra parte, si usted valora más un bien o alternativa X que otra W, el hecho que se le ofrezca otra alternativa no preferida Y no debería modificar su elección. Si usted prefiere un libro B a otro libro C, su preferencia por B no debería cambiar ante la aparición de una alternativa de otro libro D, que es menos valorado por usted que los libros B y C. Sin embargo, varios experimentos han reportado que las personas modifican sus preferencias por diversos bienes, cuando se agregan alternativas no preferidas, lo que es irracional. En el ejemplo, usted podría elegir B a C, si sólo estas dos alternativas le son ofrecidas, pero C a B, si además se le ofrece al alternativa D. En efecto, según muestran los experimentos, en general, una alternativa es más valorada cuando es presentada junto a otra alternativa que es ligeramente inferior. Este efecto "contraste" lleva a que las personas, por ejemplo, elijan mayoritariamente, una pera a una manzana de igual calidad si la tercera alternativa es una pera de menor calidad, y una manzana si sólo se le ofrece elegir entre la manzana y la pera de igual calidad.

No hay una explicación general para todos estos sesgos, pero una muy generalizada en psicología distingue entre dos sistemas cognitivos. De un lado, se distingue un sistema ágil, de bajo costo, intuitivo y no intencionado que nos permite asociar ideas de manera simple y en general de manera eficaz, usualmente denominado "sistema 1". Las mayor parte de las operaciones simples y decisiones y juicios que establecemos dependen de la operatividad de este sistema que funciona centralmente sustituyendo preguntas complejas por otras más simples, apelando a heurísticas, es decir a reglas o procedimientos informales pragmáticos para resolver un problema. Por ejemplo, muchas veces, intentamos responder una pregunta sobre probabilidad de ocurrencia de un evento simplemente apelando a cuan fácilmente se nos vienen ejemplos de ese evento a la memoria, descuidando un examen más preciso del asunto.

Otras veces, en cambio, como sucede cuando debemos operar un problema matemático o legal de alguna complejidad, por ejemplo, empleamos un sistema intencionado, de alto costo, que produce agotamiento, dilata las pupilas y pide mucha glucosa. Este último "sistema 2" esta mas asociado (aunque no enteramente) al empleo de zonas de la corteza cerebral asociadas a las funciones superiores o intelectuales del cerebro, mientras que el "sistema 1" esta o estaría al menos en parte asociado al empleo de partes más emotivas o intuitivas ("límbicas") del cerebro. El problema es que el "sistema 1" es muy bueno para muchas funciones para los cuales está muy bien adaptado, como reconocer distancias, emociones de las personas o comprender el significado de situaciones sociales con suma facilidad y eficacia. Pero en otros contextos, no es "ecológicamente eficiente" en tanto comete

errores sistemáticos y predecibles, simplemente porque el "sistema 1" emplea procedimientos "heurísticos" por los cuales reemplaza una pregunta compleja por una simple. Es decir, emplea atajos mentales que si bien muchas veces nos permiten juicios correctos, en muchos casos nos inducen a errores que no siempre pueden ser corregidos por el más preciso, pero costoso de emplear, "sistema 2". Buena parte de las decisiones que tomamos operan a un nivel inconsciente donde domina el "sistema 1" y sus atajos mentales que sustituyen preguntas complejas por otras más simples, en algunos contextos, llevando a errores de juicio respecto de la conducta que conviene adoptar, de la lógica la teoría de la probabilidad o alguna regla normativa admitida.

El "sistema 1", por ejemplo, usualmente es buen psicólogo intuitivo (permite distinguir bien el estado mental de las personas) pero es bastante malo en matemáticas. De hecho, un grupo importante de errores cognitivos operan en el campo de la estimación de las probabilidades. Las personas usualmente no toman en cuenta la probabilidad sino que hacen estimaciones acerca de la frecuencia de un evento apelando a su simple experiencia, o tomando en cuenta visible o cuan "psicológicamente disponible" (en el sentido de que viene a la mente con facilidad) es un evento. Las personas, por ejemplo, estiman mal diversos riesgos sociales, simplemente porque atribuyen mayor peligrosidad a eventos más "visibles", "fáciles de representar mentalmente" o que han recibido atención de la prensa, que otros riesgos más peligrosos pero que no son "salientes" y por tanto no convocan su atención.

16

Por ejemplo, los individuos creen o tienden a pensar que aquello que efectivamente ocurrió era casi inevitable o asignan demasiada probabilidad de ocurrencia a ese evento. Las personas, además, entre otros muchos "sesgos o heurísticas" que implican creencias erróneas o desvíos de racionalidad predecibles, suelen ser demasiados optimistas, y ese optimismo les puede llevar a tomar decisiones equivocadas (Weinstein, 1980: 806-820). Por ejemplo, usualmente, las personas creen que es más probable que les ocurra un idéntico accidente a otras personas que a ellas mismas. En conjunto, si las personas toman malas decisiones respecto de eventos aleatorios de manera sistemática y predecible, el derecho debería o podría tomar en cuenta este sesgo en las decisiones.

En el extremo, algunos autores podrían emplear esa evidencia para sugerir la conveniencia de que el derecho "cuide" a las personas de sus propias decisiones, cierto paternalismo no muy frecuente en economía del derecho, que asume que las personas son usualmente mejores jueces de sus preferencias que los terceros, al modo usual o frecuente del Derecho en su concepción liberal. De hecho, en el campo normativo, muchas regulaciones actuales que adoptan cierto paternalismo "débil" inspirado por estos hallazgos, en la idea de que cuando hay "fallas de mercado conductuales" (es decir cuando operan estos sesgos cognitivos que inducen a las personas al error), en principio, dependiendo de varios factores pero sobre todo de

un análisis de costo-beneficio, hay base para una regulación estatal que ayude a las personas a tomar mejores decisiones en su propio beneficio e interés (Sunstein y Thaler, 2003: 1159-1202).

Otro límite importante al modelo ortodoxo que plantea la psicología es la demostración de que en muchos contextos las personas toman en cuenta el bienestar de terceras personas eligiendo alternativas dominadas que disminuyen su bienestar, en general sobre la base de algún criterio o regla de justicia o equidad típica que las personas tienen en mente en sus acciones y transacciones. Conocidos experimentos han mostrado que las personas, cuando deben dividir anónimamente un botín que les entrega el experimentador, toman en cuenta las percepciones de justicia más frecuentes y, en general, hacen ofertas más generosas de las que predice la teoría convencional.⁶ Es que aun cuando el modelo ortodoxo no necesariamente asume que las personas son completamente egoístas, en general el altruismo es eliminado del modelo en sus aplicaciones más frecuentes. Si las personas fuesen más altruistas de lo que asume el modelo, algunas predicciones y explicaciones del sistema legal de la economía del derecho podrían estar equivocadas.

Estos hallazgos son de fundamental importancia para una teoría económica del derecho. Si bajo determinadas condiciones las personas no se comportan conforme predice el modelo tradicional, algunas predicciones, explicaciones y recomendaciones de la economía ortodoxa podrían conducir a hipótesis y evaluaciones del sistema legal incorrectos. Por lo tanto, como voy a sugerir en el título que sigue, los hallazgos de la economía conductual deben ser centrales a la formación de un economista del derecho actualizado y algunos de sus hallazgos más notorios, inclusive, lo son para los teóricos legales en general.

17

III. Sobre el lugar de la psicología cognitiva en la teoría legal. Una opinión preliminar

Creo que la economía de la conducta ofrece más una colección interesante de descripciones que claramente contribuyen a mejorar y complementar los modelos clásicos de la economía del derecho tradicional y que por lo tanto puede contribuir enormemente a la construcción de una teoría empírica del derecho, pero siempre dentro del marco teórico más general que provee la teoría económica convencional. Por ese motivo, no estoy demasiado seguro que tenga mucho sentido eliminar la etiqueta "Derecho y Economía" o "Derecho y Economía Conductual" para hacer lugar a un "Derecho de la conducta". Aunque claramente este último incluiría herramientas de economía, la denominación puede obviar el hecho de que el modelo más general y el que opera como medida normativa de los experimentos que se hacen

6 Véase Jolls, Sunstein y Thaler (*op. cit.*: 21 y ss.).

en Economía Conductual es la teoría económica convencional. En cualquier caso, no me interesa demasiado la denominación, como el aspecto sustantivo del asunto.

Esto no significa restar importancia al aporte de la psicología cognitiva aplicada al sistema legal, sino simplemente admitir los límites que enfrenta, respecto del enfoque tradicional, al menos en su grado actual de la evolución. Este debate, en realidad, pertenece al campo más grande de la economía tradicional en general y no, precisamente, al campo de la economía del derecho. De modo que voy a referir a economía en general, aun cuando mi interés fundamental refiere a sus aplicaciones al ámbito jurídico. Por otra parte, voy a comentar algo telegráficamente los principales argumentos, dejando pendiente un examen más largo y profundo del asunto para una ocasión más adecuada.

El primer argumento refiere a la generalidad y parsimonia de la teoría económica respecto de la teoría, en general muy limitada o imprecisa, que presenta la economía de la conducta. Los hallazgos experimentales de la psicología cognitiva permiten una mejor teoría económica, corrigiendo los modelos allí donde hay sesgos de irracionalidad o heurísticas que permitan anticipar una desvió importante de racionalidad o una preferencia marcada o alguna creencia que tenga impacto en las preferencias que permita dotar de contenido sustantivo al modelo más bien formal que presenta la economía. Pero sin ese modelo formal y esas herramientas, el riesgo es caer en descripciones *ad hoc* sin teoría general que permita, al menos de manera rigurosa, establecer relaciones o un modelo general de teoría de las decisiones.

18

Es que hasta el reciente empleo de economía en los estudios e investigaciones legales en los Estados Unidos, las escuelas de derecho eran centralmente escuelas de artesanos empeñados en mirar la ley local y explicaciones *ad hoc* de la ley. Ese carácter artesanal de los comentarios legales limita en buena medida la capacidad de formular teorías en el sentido preciso que tiene este término en ciencias y algo similar, aun cuando menos marcado, creo ocurre con la economía de la conducta o la psicología cognitiva si se le considera de manera aislada o principal.

Las herramientas formales que provee la teoría económica permiten a economistas y abogados entrenados en economía explicaciones muy generales y basadas en argumentos empíricos acerca del sistema legal.⁷ Después de todo, la economía nos permite confirmar la verdad de juicios del tipo “cuando una ola de frío sacude Florida, el precio del zumo de naranja sube en todos los supermercados de Estados Unidos” o que “cuando comienza a hacer calor en Nueva Inglaterra

7 Claro que el argumento puede generalizarse para Ciencias Sociales en general o Ciencias en general. En otro conocido trabajo el mismo Ulen desarrolla la idea de que las facultades de derecho pueden operar como centros donde se estudien problemas sociales desde enfoques interdisciplinarios. Mientras las otras escuelas o facultades están dominadas por un solo enfoque, en las escuelas de derecho habría buena base para la discusión interdisciplinaria. Véase Ulen (2009: 302). Pero creo que la más potente y general de las disciplinas es la teoría económica, la que ofrece el modelo general.

todos los veranos, cae el precio de las habitaciones de hotel en el Caribe" del mismo modo que "cuando estalla una guerra en Oriente Próximo, sube el precio de la Gasolina en Estados Unidos y baja el de los Cadillacs usados" (Mankiw, 2002: 41). Naturalmente que todas estas afirmaciones son verdaderas, pueden ser empíricamente comprobados y se basan en principios tan simples de economía como las leyes de la oferta y la demanda.

La economía de la conducta no cuenta con aparato teórico capaz de formular estas predicciones o explicaciones, muy intuitivas, acerca de un resultado social complejo donde operan una multitud de personas, simplemente porque ello requiere de un modelo de conducta simple que pueda ser operable a alto nivel de generalidad. Cuanto más detalle introduce la teoría gana en realismo y en otros atributos, pero sufre usualmente en su alcance y generalidad. Las explicaciones que hemos introducido funcionan, simplemente porque muchas veces, en particular cuando el precio de una decisión es saliente o cognitivamente disponible, las personas toman decisiones como si fuesen racionales o de un modo próximo al modelo de la elección racional. Del mismo modo, es claro que deberíamos esperar la emergencia de derechos de propiedad más precisos cuando mas escasez hay sobre el bien de acceso libre sujeto a propiedad o que haya un incremento de costos de una actividad sometida a una regla de responsabilidad objetiva y el logro de metas de calidad ambiental a menores costos cuando empleamos un sistema de permisos transferibles de polución respecto de regulaciones directas, sin que la adjudicación inicial de derechos tenga mayor peso en la eficiencia, bajo condiciones muy generales, todo como predice correctamente la Economía del Derecho tradicional.

19

Esto no debería ser demasiado sorprendente: todo el enorme e importante trabajo contenido en *Derecho y Economía* de Thomas Ulen en coautoría con Robert Cooter es una buena demostración del poder explicativo, predictivo y normativo de la teoría económica, la razón por la cual este enfoque, ahora fortalecido con los hallazgos de la economía de la conducta, constituye el enfoque principal o al menos central en las grandes facultades de derecho americanas y registra un crecimiento notable en el resto del mundo, al punto que la mayoría de sus conceptos mas centrales, forman ya parte de la caja de herramientas de los teóricos legales en general. La generalidad y el éxito de las herramientas de economía tradicional, por ejemplo, pueden observarse de modo simple en la enorme aceptación que tiene el método costo y beneficio en las regulaciones de los países más avanzados en el campo institucional.

En este sentido, es claro que la economía de la conducta permite mejorar la teoría convencional, pero lo hace a un cierto costo: introduce muchas explicaciones *ad hoc* y resultados experimentales para los cuales no hay explicaciones precisas, ni una teoría general de la decisión que permite explicar todo esto con generalidad y precisión.

En general, con independencia de la teoría prospectiva que explica decisiones bajo riesgo y la conocida explicación basada en la operación de dos sistemas cognitivos

independientes que induce a errores que (como he comentado) se denominan "sesgos cognitivos" o "heurísticas", con alguna base ligera en neurociencias, la Psicología Cognitiva no puede ofrecer todavía nada de la generalidad y potencia de la economía tradicional.

Después de todo, aun cuando hay evidencia de que las personas son muchas veces irracionales en muchos otros casos son racionales, al punto que hay evidencia reiterada y consistente, en el campo de la economía experimental que muestra que en muchos contextos los mercados y las leyes básicas de la microeconomía funcionan de un modo aun menos condicional del que sugieren los modelos neoclásicos frecuentes en los libros de textos.⁸

El asunto central es mirar las condiciones en las cuales las personas tienden a tomar decisiones más próximas al modelo de racionalidad de aquellas en las cuales operan de manera central sesgos cognitivos que llevan a decisiones irracionales o a creencias falsas. Probablemente, cuando se trata de firmas y organizaciones o cuando quien ejecuta la acción debe pensar de manera clara su decisión o cuando hay experiencia y la decisión se toman en contextos repetidos donde no hay mucha varianza en las variables subyacentes, es cuando más podemos confiar en el correcto funcionamiento de los modelos clásicos. En cualquier caso, siempre deberíamos comenzar por el modelo más general, el que además opera usualmente como modelo normativo en "Derecho y Economía Conductual".

20

De modo que el segundo argumento es que la misma definición de irracionalidad o sesgo cognitivo que lleva a decisiones erróneas se define a partir de la definición de racionalidad que provee la teoría de la elección racional. Es decir, en buena medida, aunque no completa, los sesgos de irracionalidad se entienden mejor a contraluz de la definición de misma de racionalidad que provee la teoría de la elección racional que está en la base de la teoría económica neoclásica. Ciertamente que muchos de los sesgos no muestran contradicciones con el modelo clásico de la economía. No hay nada irracional (desde el punto de vista de la economía) en tener preferencias fuertes por el consumo presente o ser demasiado optimista o pensar que uno desarrolla actividades mejor que la media o considerar que un evento visible es de ocurrencia más probable o que algo que haya ocurrido tenía mayor valor de probabilidad simplemente por su efectiva ocurrencia o encontrar los argumentos que confirman nuestras creencias más consistentes. Todos estos sesgos muestran

⁸ Un clásico de gran alcance, por ejemplo, es la demostración de Vernon Smith sobre la habilidad de los mercados de lograr precios competitivos y equilibrios eficientes a pesar de la existencia de información imperfecta, corroborando una conocida conjetura de Hayek. En simple: los mercados pueden lograr resultados eficientes aún bajo condiciones más adversas de lo que establece la teoría ortodoxa y, por lo tanto, desafía aun más el supuesto de irracionalidad de los agentes de mercado o los decisores o al menos limita (lo que creo) a un tipo de irracionalidad más bien "ecológica" antes que sustantiva. Véase Smith (1982: 165-179). Véase también, List (2004: 1131-1156).

errores de juicio, pero no violentan los axiomas de racionalidad de la economía tradicional. El lector debe tomar en cuenta que la racionalidad que pide la economía es formal y de consistencia en la decisión y simplemente instrumental: desde este enfoque no hay nada de irracional en bailar para que llueva.

Muchos sesgos cognitivos no contradicen en nada la teoría económica, solo muestran que usualmente tenemos creencias falsas, bien desafiando las leyes de la lógica o de la probabilidad. Otro sesgos, como la tendencia a dar demasiada importancia a las pérdidas respecto de iguales ganancias (en torno a 2.5 o 3 veces más) o aversión a la pérdida y el efecto dotación (que deriva del primero) si muestran o podrían mostrar ciertas violaciones a las reglas de racionalidad que establece la economía. Pero en cualquier caso, buena parte del trabajo más interesante, como la aversión a la pérdida en contextos de decisiones bajo riesgo, con el desarrollo de la teoría prospectiva, solo se entienden de manera plena tomando como base la teoría económica estándar, aunque más no sea como base de partida normativa.

Un tercer argumento, ciertamente conectado con el anterior, es que, de hecho, las recomendaciones normativas usuales que se derivan de este enfoque, que usualmente consisten en diseñar advertencias, reglas por defecto o proveer información para que las personas tomen mejores decisiones en miras de su propio bienestar, una especie de paternalismo moderado o "débil" o "libertario" que busca que las personas persigan (lo que se entiende son) sus propios fines a menores costos, preservando al mismo tiempo su libertad de elegir, toman como meta la maximización de la utilidad que deriva del enfoque económico. Por ejemplo, regular que los vasos de gaseosas sean más chicos en la idea de que esto puede inducir a que las personas consuman menos, aun cuando estas si quieren pueden pedir más vasos. O hacer menos saliente la presencia de comida poco sana en los restaurantes a los fines de inducir a que las personas coman mejor, aun cuando si estas lo desean siempre pueden pedir comida poco saludable.

Un modo de exponer estos problemas es que los mercados presentan no solo "fallas de mercado" en el sentido tradicional, es decir, situaciones donde operan incentivos que llevan a las personas a tomar decisiones que en conjunto no incrementan el bienestar de la sociedad, sino que operan también (y a veces de manera concurrente) "fallas conductuales de mercado", situaciones donde el problema no está en los incentivos sino en la percepción que las personas tienen de las alternativas o del contexto de la decisión. Esto, que sigue el modo usual de presentar el asunto por parte del más conocido autor exponente normativo de este enfoque, sugiere que si el gobierno no interviene los empresas (no siempre, pero muchas veces) pueden aprovechar sesgos cognitivos para explotar al consumidor o bien este puede tomar malas decisiones en términos de su propio bienestar consecuencia de adversas "arquitecturas" de la decisión consecuencia de la presencia de los comentados sesgos cognitivos.

Pero es interesante que la mencionada teoría normativa esté relacionada a la noción de falla de mercado, y finalmente la decisión normativa, entre varios elementos, debe tomar como eje central los costos y beneficios de la regulación lo que implica valorar el problema nuevamente en términos de economía tradicional. Después de todo, una manera simple de definir el método costo-beneficio consiste en emplear herramientas de economía en contextos regulatorios usualmente con la meta de incrementar el bienestar en la concepción más bien clásica que provee la economía. Sunstein, de hecho, ve todo esto como un complemento de la teoría de la economía y en el caso de la injerencia gubernamental como una variante de falla de mercado, solo que cognitiva antes que basada en incentivos. Creo que tiene razón: simplemente, no podemos entender demasiado el gran aporte de la economía de la conducta o la psicología cognitiva si es que no la empleamos en el marco más general y simple que nos provee, al menos como punto de partida analítico, el enfoque clásico de la elección racional.

Desde luego, no estoy sugiriendo que el profesor Ulen esté en desacuerdo con esto. De la lectura de su artículo por momentos parece dar un peso muy grande al enfoque psicológico y en otras partes, cuando refiere a la posición del Juez Posner, por ejemplo, parece más cerca de una posición complementaria entre ambos. Por conversaciones que mantuve con el autor, tengo la idea de que está más cerca de esta última posición, pero dada cierta ambigüedad, creo oportuno desarrollar mi visión del asunto.

Otro argumento que dejo pendiente para un estudio más extenso es que creo que los psicólogos cognitivos experimentales están cada vez trabajando con métodos más próximos a los de los economistas experimentales, lo cual quizás termine justificando el hecho de que actualmente cada vez más estos son denominados, a veces en contra de su voluntad, "economistas de la conducta". En general, los experimentos han reemplazado las encuestas por las decisiones en contextos experimentales con incentivos reales que buscan recrear el problema de decisión bajo examen, la participación voluntaria cada vez deja más lugar a los incentivos económicos, y la búsqueda de respuestas *ad hoc* por el examen de resultados teóricos más generales, cuando no formales. Pero esto es solo una impresión que debería confirmar.

En suma, creo que mientras los economistas han aprendido mucho de los psicólogos, creo que la potencia grande de este enfoque con el que tengo mucho entusiasmo (mis dos actuales investigaciones indagan experimentalmente en sesgos conductuales en el campo jurídico) se aprecia más en toda su magnitud apenas interpretamos todo como una gran complemento de la teoría de la elección racional y las herramientas clásicas de la economía.

IV. Bibliografía

- Angner, Erik (2012). *A Course in Behavioral Economics*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Jolls, Christine, Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard (1998). "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review* 50, 1471-1550.
- Kelman, Mark, Rottenstreich, Yuval y Tversky, Amos (2000). "Context-Dependence in Legal Decision Making". En Cass Sunstein (Ed.), *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Korobkin, Russell (2003). "The Endowment Effect and Legal Analysis", *Northwestern University Law Review* 97, 1227-1293.
- List, John A. (2004). "Testing neoclassical competitive theory in multilateral decentralized markets", *Journal of Political Economy* 112, 1131-1156.
- Mankiw, Gregory (2002). *Principios de Economía*. Madrid: Mc. Graw Hill.
- Smith, Vernon (1982). "Markets as economizers of information: Experimental examination of the Hayek hypothesis", *Economic Inquiry* 20, 165-179.
- Sunstein, Cass R. (Ed.) (2000). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard H. (2003). "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron". *University of Chicago Law Review* 70, 1159-1202.
- Tversky, Amos y Kahneman, Daniel (1991). "Loss aversion in riskless choice: A reference-dependent model", *Quarterly Journal of Economics* 106, 1039-1061.
- Ulen, Thomas S. (2001). "Evolution, Human Behavior, and Law", *University of Florida L. Rev.* 53.
- (2002). "A Nobel Prize in Legal Science: Theory, the Scientific Method, and Experimental Work in the Study of Law", *U. Illinois L. Rev.*
- (2004). "The Unexpected Guest: Law and Economics and Other Disciplines in the Future of Legal Scholarship", *Chicago-Kent Law Review* 79(2).
- (2005). "The Importance and Promise of Empirical Legal Studies". En Peter Nobel y Marina Gets (Eds.), *New Frontiers in Law and Economics*, St. Gallen: University of St. Gallen.
- (2007). "An Introduction to Behavioral Law and Economics". En Morris Altman (Ed.), *A Handbook of Behavioral Economics*.

- (2008). "Law and Economics in the Future of Legal Scholarship, Education, and Practice", *Rev. of Business and Econ.* 53.
 - (2009). "The Impending Train Wreck in Current Legal Education: How We Might Teach Law as the Scientific Study of Social Governance", *U. Saint Thomas* 6.
- Ulen, Thomas S. y Korobkin, Russell (2000). "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review* 88.
- Weinstein, Neil (1980). "Unrealistic Optimism About Future Life Events", *Journal of Personality and Social Psychology* 39, 806-820.