
La importancia del derecho conductual¹

Thomas S. Ulen*

I. Introducción

El derecho es un sistema conductual. Busca moldear el comportamiento humano –regular, incentivar, impulsar a los individuos a que se comporten de cierta manera y no de otras. En décadas recientes, los académicos del derecho han llegado a entender que el comportamiento humano puede moldearse a través de varios mecanismos que exceden las reglas formales gestionadas de modo técnico–mecanismos que incluyen incentivos económicos, normas sociales y encuadres psicológicos [*psychological framing*]–. Todas estas herramientas nos proveen de oportunidades para manipular el comportamiento y con frecuencia pueden utilizarse como sustitutos entre sí y para mecanismos legales más familiares como los derechos de propiedad, sanciones penales o responsabilidad civil.

Por otra parte, los académicos del derecho han aprendido que la teoría líder sobre el comportamiento humano, la Teoría de la Elección Racional (en adelante, TER), desarrollada por economistas en 1950 y que llegó al derecho a través del surgimiento del campo del análisis económico del derecho [*Law and Economics*], tiene severas deficiencias. Un cuerpo de literatura proveniente originariamente de la psicología social y cognitiva y a través del cual cada vez más académicos

* Profesor emérito “Swanlund”, en la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign, y profesor emérito de derecho en la escuela de derecho de la Universidad de Illinois. Agradezco a Eyal Zamir, Doron Teichman, y Avishalom Tor por su invitación para participar en este manual y en una conferencia en la escuela de derecho de la universidad de Notre Dame con otros participantes.

Quiero agradecer particularmente a Eyal y Doron por sus excelentes y profundos comentarios en una versión anterior de este trabajo.

Mi amiga y colega Arden Rowell había planeado unirse a mí en la escritura de este ensayo. Ella y yo discutimos varias horas para la preparación de este proyecto. Desafortunadamente, a último momento y por razones de salud, Arden se vio impedida de continuar su trabajo en este ensayo. Estoy extremadamente agradecido por sus ideas y lamento que los lectores no tendrán el beneficio de ellas en este ensayo. Utilizo el plural para describir conclusiones o ideas sobre las que hemos tenido acuerdos. Y utilizare el singular para referirme a las conclusiones o ideas que me son propias.

Traducido por Juan Manuel Otegui y Juan Martín Segura.

1 Esta es una traducción del original en inglés. “The Importance of Behavioral Law” (2014) en Eyal Zamir and Doron Teichman (Eds).The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. Oxford: Oxford University Press, 93-124.

Agradecemos a Oxford Handbooks - Oxford University Press el permiso para traducir este trabajo.

jurídicos han recurrido a experimentos de laboratorio, trabajos de campo y análisis de datos de archivos para demostrar que el proceso humano de toma de decisiones no resulta en los comportamientos típicamente predichos por la TER. Los seres humanos cometen errores al formular sus juicios y al tomar decisiones. Estos errores son predecibles, penetrantes y difíciles de corregir.

El proyecto central del derecho conductual es abordar el análisis legal tomando como base los resultados de estos estudios sobre el comportamiento.

Hemos elegido caracterizar a la materia sobre la que estamos escribiendo como “Derecho conductual” o “Estudios legales conductuales”. El término más común sería “Derecho conductual y economía”, pero no nos sentimos cómodos con esos términos ¿por qué? Si bien es cierto que todo esto comenzó con el surgimiento del análisis económico del derecho a fines de los años 70, los 40 años que le siguieron han observado un crecimiento dramático de este campo. Es difícil (y quizá temerario) resumir este crecimiento, pero básicamente consiste en incorporar técnicas, métodos y resultados del campo amplio de las ciencias sociales al estudio del derecho. La economía puede haber tenido un lugar de honor entre las disciplinas pero son muchas áreas de las ciencias sociales las que contribuyen actualmente al estudio del Derecho y esa es una característica distintiva. La Facultad de Derecho de la Universidad de Illinois ha reconocido este desarrollo cambiando el nombre de su programa de análisis económico del derecho a Programa en Derecho, Ciencias Conductuales y Sociales.

26

¿Qué es lo que distingue al derecho conductual, si “como hemos aprendido” herramientas de otras disciplinas conductuales pueden sustituir mecanismos legales habituales? En nuestro punto de vista, el estudio del derecho conductual y del comportamiento resulta distintivo porque busca moldear el comportamiento humano en referencia a cierta medida de bien social. Esto lo distingue de otros campos basados en la manipulación para fines individuales, como la publicidad o el *marketing*; de otros campos orientados sobre el pensamiento antes que sobre la conducta, como la filosofía; y lo más importante, de otros campos conductuales basados en tratamientos descriptivos o evaluativos del comportamiento, como la antropología, sociología, psicología y economía que no necesariamente buscan controlar su objeto de estudio ni adentrarse en un análisis de política normativa.

Esta relación intencional con respecto al bien social es lo que resulta distintivo acerca del estudio del derecho y del comportamiento humano. La complejidad de las relaciones entre el derecho y la conducta es lo que hace a estos proyectos colaborativos algo tan valioso. Nadie puede tener la esperanza de convertirse en un maestro de toda la literatura y los modos de pensamiento que puedan informar la propositiva regulación del comportamiento humano. En el estudio del derecho y la conducta, debemos confiar en el pensamiento y el trabajo de colegas que conocen más que nosotros acerca de algo relevante. El aspecto negativo es ese sentimiento penetrante e inevitable de que uno nunca podrá ser un maestro de su propia

disciplina. El aspecto positivo es el sentido de comunidad y camaradería, y, creemos, una útil presión (quizá ocasionalmente dolorosa) hacia la humildad intelectual, lo que ayuda a los académicos del derecho conductual a medida que se acercan a descripciones precisas de las fuerzas que moldean el comportamiento humano y al entendimiento de como esas fuerzas pueden deliberadamente encausarse.

¿Qué pueden esperar los académicos del derecho y la conducta a medida que evalúen trabajos a través de un rango de disciplinas desde economía y antropología a filosofía, sociología, historia y psicología? Creemos que las destrezas más importantes dentro del estudio del derecho y la conducta son aquellas que permiten evaluar y criticar el alineamiento de métodos y metas. A ese fin, el resto de este artículo se divide en tres partes, cada una de las cuales se refiere a un aspecto de estos interrogantes.

En la parte II, daremos un breve resumen de la literatura existente en el derecho conductual. En la parte II nos concentraremos en qué se distingue el derecho conductual de aquello que lo ha precedido y mostraremos su importancia para discutir asuntos legales.

En la parte III consideraremos varias áreas particulares de aplicación de las ideas conductuales legales para desarrollar una tipología de los usos de estudios conductuales en el derecho. Utilizaremos esta parte para delinear cuatro formas diferentes en las que se utilizan los estudios conductuales en el derecho: para informar modelos prescriptivos y descriptivos, para persuadir a la gente a cambiar su comportamiento, para evaluar la calidad de la toma de decisiones y para prescribir cambios en las políticas que generaran a cambios en la conducta. Vemos que cada uno de estos usos crean diferentes presiones metodológicas y argumentamos que los académicos del derecho y la conducta pueden agregar un valor significativo cuando buscan asegurar que las metodologías que subyacen a sus estudios se alinean con los usos sobre los que esos estudios versan.

En la parte IV, trataremos los desafíos que se encuentran en marcha en el campo del derecho y la conducta, y haremos nuestro mejor esfuerzo para señalar los desafíos fundamentales para la disciplina y dónde vemos las potenciales respuestas. El abordaje constructivo de estas críticas son esenciales, creemos, para mantener el rigor y la relevancia del derecho conductual como campo de estudio.

Concluimos con algunas reflexiones acerca del futuro del derecho, la conducta y las ciencias sociales, identificando algunas preguntas, límites y las nuevas metodologías.

2. Tres ejemplos de hallazgos conductuales

Ejemplos de los hallazgos de experimentos conductuales, ya sea de laboratorio o de campo, son bien reconocidos al interior de la comunidad de las ciencias sociales, incluyendo la academia jurídica. En esta sección daré solo tres ejemplos con la intención de usarlos en la siguiente sección para demostrar la importancia de la

literatura conductual para el análisis del derecho.²

Hay tres puntos centrales alrededor de estos ejemplos y de la literatura conductual en general. Primero, estos ejemplos no son teóricos; son empíricos. Esto quiere decir que no parten de una hipótesis acerca de cómo los seres humanos pueden tomar una decisión en determinadas circunstancias o acerca de materias en investigación. Más bien, todos estos experimentos se concentran en hasta qué punto la TER es un buen modelo explicativo sobre el comportamiento humano en la realidad.

Segundo, en estos ejemplos y en casi cualquier otro ejemplo que uno pueda citar de la literatura conductual, los resultados experimentales fallan al momento de confirmar las predicciones de la TER. Asimismo, los resultados experimentales no muestran que el comportamiento humano sea caótico o impredecible. Por el contrario, los experimentos conductuales revelan que el comportamiento humano es predecible. La mayoría de los seres humanos se comportan de modo similar en circunstancias similares; esas formas sin embargo no son las predichas por la TER. De ello se sigue que utilizar la TER puede llevar a predicciones erradas.

Tercero, como los experimentos conductuales sugieren que los seres humanos no se comportan como la TER predice, se dice que la gente comete “errores” en sus elecciones. Me resisto en llamar a esos errores “irracionalidades”; ellos sugieren no obstante que las personas no toman tantas decisiones que aumenten su bienestar como debieran. Este hecho crea la necesidad de descubrir cómo, si es posible, uno podría permitirle a las personas evitar estos errores y así disfrutar un mayor bienestar.

28

2.1. Encuadre

En un famoso experimento, Amos Tversky y Daniel Kahneman (1981) le pidieron a varios sujetos que elijan entre varias estrategias para lidiar con una enfermedad muy seria que podría afectar a una población de 600 pacientes.

La primera elección era entre estas dos opciones:

Opción A: El programa salvará 200 vidas

Opción B: Este programa alternativo tiene un 33 por ciento de probabilidades de salvar a los 600 sujetos y un 67 por ciento de no salvar a ninguno.

Ambos programas tienen una expectativa de salvar 200 vidas. Pero como la opción A es una opción cierta y la opción B es probabilística uno podría esperar que cualquiera adverso al riesgo prefiera A a B. Cuando Tversky y Kahneman presentaron estas opciones a varios sujetos, aproximadamente 70 por ciento prefirió A a B y aproximadamente 30 por ciento prefirió B antes que A.

Luego Tversky y Kahneman presentaron una elección en hechos similares a

² Parte de esta sección apareció en un trabajo ligeramente diferente presentado en la conferencia de Liberty Fund en febrero de 2012.

grupos diferentes. Las características de estos distintos grupos eran indistinguibles de aquellos grupos que eligieron entre las opciones A y B. Esta segunda elección era entre estas dos opciones:

Opción C: Este programa resultara en la muerte de 400 personas.

Opción D: Este programa alternativo tiene un 33 por ciento de posibilidades de que nadie muera y un 67 por ciento de que las 600 personas mueran.

Nuevamente, ambos programas tienen la misma expectativa ya que las opciones A y B—salvar 200 vidas—pero las opciones no se centran en las vidas salvadas sino en las pérdidas. Debemos notar además que las opciones C y A equivalen a los mismos montos, como también lo hacen las opciones D y B. Por todas estas razones, la expectativa de los investigadores era que los grupos puestos a elegir entre C y D se comportarían de modo equivalente a aquel puesto a elegir entre A y B. Sin embargo Tversky y Kahneman presentaron la elección entre C y D y descubrieron que 78 por ciento prefería D a C y solo 22 por ciento prefería C a D.

Kahneman y Tversky han llamado a este extraño resultado el “efecto de encuadre” [*framing effect*] y han continuado desarrollando una teoría prospectiva para dar una explicación comprensiva del fenómeno de la elección que ilustra el ejemplo de la salud pública (Kahneman y Tversky, 1979; Zamir, 2012; Barberis, 2013).

Hay varias implicancias de este efecto. Una implicancia teórica es la que cuestiona una asunción implícita en la TER acerca de que las elecciones de los tomadores de decisiones son invariantes al modo en que la información es presentada ante ellos. Otra implicancia muy práctica es que esas elecciones pueden depender crucialmente del modo en que la información es presentada. Este es un punto vital para quienes diseñan políticas. Además, es un aspecto que quienes realizan encuadres pueden utilizar en su propio beneficio, por ejemplo, estructurando las elecciones para obtener un resultado que prefieran mientras crean la ilusión a los electores de que han elegido libremente (Riker, 1986).

29

2.2. Reglas por defecto

Una regla por defecto es aquella que será efectiva a menos que la parte o las partes a quienes se dirige la cambien. Si los costos de transacción del elector son idénticos y bajos sin importar la regla por defecto, entonces uno podría anticipar que cualquiera sea la regla por defecto no evitara que el elector alcance su resultado más deseado. Esto quiere decir que la regla por defecto, como la elección de una asignación inicial, parecieran obedecer el teorema de Coase: existirá un resultado eficiente, sin importar el punto de partida, si los costos de transacción son bajos (Cooter y Ulen, 2012).

En un artículo muy importante Cass Sunstein y Richard Thaler (2003) dan un ejemplo acerca de cómo podría pensarse en las reglas por defecto a la luz de la economía conductual:

Consideremos la cafetería de una determinada organización. La cafetería debe tomar una serie de decisiones, incluyendo qué comidas servir, qué ingredientes utilizar y en qué orden disponer las elecciones. Supongamos que la directora de la cafetería descubre que los clientes tienen una tendencia a elegir más los artículos presentados primero en la fila. ¿Cómo debiera decidir la directora al momento de presentar los artículos? Para simplificar, consideremos algunas estrategias alternativas que la directora puede adoptar al momento de decidir qué comidas poner primero en la fila:

- 1- Podría hacer elecciones que –manteniendo lo demás igual– aumentarían el bienestar de los clientes.
- 2- Podría hacer elecciones al azar.
- 3- Ella podría elegir aquellos artículos que considera harán a los clientes lo más obesos posible.
- 4- Podría dar a los clientes lo que piensa que ellos mismos elegirían

Sunstein y Thaler descartan las opciones 2 y 3. Ellos identifican la opción 1 como paternalista y la opción 4 como “la que muchos antipaternalistas elegirían”. Pero son escépticos acerca de que la mayoría de los consumidores tengan preferencias bien formadas respecto de cómo les gustaría que su comida sea organizada. Ellos sugieren que si la mayoría de los consumidores elegiría diferente si la comida fuera organizada en distintos órdenes, entonces uno podría concluir que las preferencias no son exógenas sino endógenas de una forma que pareciera estar más allá del control y del conocimiento de los sujetos.

Ellos argumentan que de ser posible, la meta de la directora de la cafetería es maximizar las ganancias. Si él o ella se encuentra en un mercado en el cual existen restaurantes atractivos fuera de su organización, la competencia le impondrá cierta presión hacia la maximización de ganancias. Pero también es posible que la cafetería tenga algún grado de poder de mercado sobre sus clientes: quizá se trate de una institución donde a los estudiantes se les prohíbe abandonar el *campus* o de un *dormitory* con un contrato de comidas pre-pagas.

El punto central en el ejemplo de la cafetería de Sunstein y Thaler es sugerir que el paternalismo (opción 1) en la organización de las elecciones de la cafetería es una mera descripción, no algo peyorativo. Sugieren que no hay coerción en como la comida es ordenada:

¿Podría alguien objetar que la fruta y la ensalada fueran puestas antes que los postres en la cafetería de una escuela primaria si el resultado fuese aumentar la tasa de consumo de las manzanas por sobre los twinkies?
 ¿Esta pregunta es fundamentalmente diferente si los clientes son adultos?

Una vez entendido que algunas decisiones de la organización son inevitables, que una forma de paternalismo no puede evitarse y que las alternativas al paternalismo (tales como elegir opciones que perjudiquen a la gente) son poco atractivas, podemos abandonar la menos interesante pregunta respecto a si es o no paternalista y avanzar hacia una más constructiva acerca de cómo elegir entre las diferentes alternativas para influir en las elecciones. A este fin formulamos dos sugerencias generales. Primero, los programas debieran analizarse usando un tipo de análisis de bienestar, uno en el cual se haga un intento serio en medir los costos y beneficios de los resultados (en lugar de confiar en estimaciones sobre la voluntad para pagar). Se debieran dar más alternativas a quienes eligen si los beneficios asociados al bienestar exceden los costos. Segundo, algunos resultados de la psicología de la toma de decisiones debieran *utilizarse* para dar guías *ex ante* a fin de dar apoyo a juicios razonables acerca de cuándo los consumidores y trabajadores ganarán más aumentando las alternativas.

Sunstein y Thaler son conscientes del peligro que implica dejar en manos de alguien ajeno a los consumidores estas decisiones. Para minimizar ese peligro sugieren las autoridades son quienes deben adoptar las decisiones acerca del orden de la comida en la cafetería y hacerlo de un modo transparente que permita a los consumidores eventualmente rechazarlo.

Quizá un mejor ejemplo del argumento de Sunstein y Thaler sobre reglas por defecto paternalistas, provenga de un fascinante estudio empírico para la donación de órganos.

La ciencia y la disponibilidad del trasplante de órganos, practicado por primera vez con córneas en 1905, es uno de los avances médicos más significativos de los últimos 50 años. Para tomar un ejemplo, el Dr. Christiaan Barnard realizó el primer trasplante de corazón en 1967. En 2008 hubo poco más de 2000 trasplantes de corazón solo en los Estados Unidos (Johnson *et al.*, 2010).³

El problema económico central en el trasplante de órganos es el gran exceso de demanda de órganos trasplantables. Hay aproximadamente 100.000 personas en las distintas listas de espera de trasplantes de órganos y solo 30.000 órganos disponibles para trasplante. Cerca de 6.000 personas en la lista mueren cada año sin haber recibido un trasplante. El número de trasplantes ha ido aumentando – duplicándose entre 1988 y 2006– a la vez que el número de personas en la lista

3 Resulta interesante notar que no ha habido una tendencia secular de aumento en los trasplantes de corazón, en el período cubierto por el artículo de Johnson (1999-2008). En cambio, han habido variaciones hacia arriba y abajo –alcanzando tanto como un 10% de año a año– alrededor de un promedio plano en el periodo de 10 años desde 1999 a 2008.

ha ido *in crescendo* muchísimo más rápido, sextuplicándose entre 1988 y 2006.

¿Cómo debiéramos hacernos cargo de este expansivo y persistente excedente de demanda? En los Estados Unidos, la *National Organ Transplantation Act* de 1984 (enmendada en 1988 y 1990), prohíbe hacer pagos a cambio de órganos; de modo que la propuesta económica más obvia para aumentar la oferta queda excluida. Algunos autores han explorado la posibilidad de evadir esta prohibición, mediante donaciones de dinero a instituciones caritativas, a cambio de la donación de órganos para trasplante (Orentlicher, 2009).

Un método posible para incrementar la oferta de órganos trasplantables es cambiar la regla por defecto para la donación de órganos. Existen dos tipos de reglas por defecto: una en la cual se presume que los individuos consienten la extracción de sus órganos para trasplante al momento de su muerte y otra en la que se presume que los individuos niegan el consentimiento para que sus órganos sean extraídos. Por supuesto, se trata de meras reglas por defecto: los individuos pueden decidir apartarse de ellas. En el régimen donde se presume el consentimiento, quien no quiera donar sus órganos puede optar por no hacerlo, por ejemplo, firmando el dorso de su licencia de conducir en el campo apropiado, donde se indica que no es donante de órganos. De modo similar, en el régimen en el cual la regla por defecto es la no donación un individuo puede optar por donar, firmando el dorso de su licencia para indicar que algunos de sus órganos están disponibles para trasplante. Si el costo de apartarse de cualquiera de estas reglas por defecto es menor (como de hecho lo es), entonces uno podría predecir que el último número de órganos donados para trasplante será similar bajo cualquiera de las dos reglas. Esto quiere decir que la elección por defecto no puede tener efecto en la oferta de órganos trasplantables.

32

Sin embargo existe evidencia empírica persuasiva que sugiere que la elección por defecto afecta la cantidad de órganos donados (Johnson y Goldstein, 2003). Aquí los hechos. El 85 por ciento de los americanos aprueba la donación de órganos y expresa su intención de donar. Sin embargo, menos del 50 por ciento han tomado la efectiva decisión de donar y solo el 28 por ciento ha firmado una tarjeta de donante o ha hecho explícita su intención de cualquier otra manera. Sondeos realizados en Alemania, España y Suecia han comprobado que los individuos en esos países tienen sentimientos similares respecto de la donación de órganos y han hecho tan poco como los estadounidenses.

Para ver si podían explicar estos hechos, Johnson y Goldstein realizaron tres experimentos. En el primero, utilizaron un sondeo online donde consultaron 161 personas.

Se les dijo a los participantes que se habían mudado recientemente a un nuevo estado y que debían adoptar una política respecto a la donación de órganos. A un tercio de los participantes se le dijo que la regla prevalente era no ser donante, pero que ellos podrían optar por convertirse en donantes. Al segundo tercio se le dijo que

la regla que prevalecía era ser donante, pero que podrían optar por no serlo. Al tercio final de los sujetos se le dijo que no existía regla por defecto; y que era el sujeto quien debía expresar una preferencia optando por ser donante o por excluirse de ello.

Los resultados fueron reveladores. Las tasas de donación eran el doble de altas cuando los sujetos debían optar para excluirse que cuando debían hacerlo para incluirse, a pesar de que el costo de expresarse por cualquiera de las opciones era el mismo.⁴ Bajo condiciones de neutralidad, el 79 por ciento eligió donar, solo un poco menos que el porcentaje de consultados que eligió donar cuando existía consentimiento presunto con opción de excluirse.⁵

Estos resultados sugieren, manteniendo lo demás igual y siguiendo la lógica del paternalismo libertario articulado por Sunstein y Thaler, que el paternalismo argumentará en favor de una política de consentimiento presunto con la opción de excluirse, pues conforma las preferencias de los individuos y el hecho que contar con una reserva mayor de órganos donados es socialmente deseable.

Johnson y Goldstein también comparan las tasas de donación de órganos a través de países europeos que difieren de acuerdo a si tiene consentimiento presunto con posibilidad de excluirse o si no lo tienen y tienen una regla para incluirse. Los cuatro países que tienen una regla para incluirse –Dinamarca, Holanda, Reino Unido y Alemania– tienen tasas de donación más bajas, oscilan entre 4,25% en Dinamarca, a 12% en Alemania, 17,17% en el Reino Unido, hasta 27,5% en Holanda.

Los seis países que tienen reglas de exclusión –Austria, Bélgica, Francia, Hungría, Polonia, Portugal y Suecia– tienen tasas mucho más altas de donación, alcanzando desde un mínimo de 85,9 % hasta un máximo de más de 99%.

No parece ser el caso donde la religión, población total, diversidad étnica o ingreso per cápita son variables estadísticamente significativas para explicar estas severas diferencias entre las tasas de donación.

Finalmente, los autores corren una regresión en la cual la variable dependiente era el número actual de donaciones (que se presume que en proporción a la población) y la variable independiente incluye una variable indicadora (*dummy*)⁶ por si la regla prevalente sobre donación es una regla de inclusión o de exclusión. Sus resultados

4 La tasa de donación era cercana al 42 por ciento cuando los entrevistados tenían que optar para incluirse y 82 por ciento cuando tenían que hacerlo para excluirse del consentimiento presunto.

5 Existe aún algo de desconcierto acerca de por qué estos porcentuales difieren tan dramáticamente cuando los costos de incluirse o excluirse son iguales. Johnson y Goldstein proponen tres posibilidades:

(1) los sujetos interpretan la regla como una recomendación del legislador; (2) aceptar una regla por defecto virtualmente no tiene costo; (3) la regla por defecto es el *status quo* y los individuos tienen un sesgo hacia el *status quo*. Ninguna de las últimas dos posibilidades parece explicar los resultados de la versión neutral del experimento.

6 *N del T.*: variable que asume valor 0 o 1.

demonstraron ser fuertes: “Donde la donación es la regla por defecto, existe un aumento del 16,3% en la donación”.

Es interesante destacar que, a principios de los 60, cerca de dos tercios de los estados adoptaron reglas de consentimiento presunto para la donación de algunas partes del cuerpo, como córneas, glándulas pituitarias, algunos tejidos y órganos. La *Uniform Anatomical Gift Act* de 1987 adoptó el consentimiento presunto para la donación de un número limitado de partes del cuerpo. Sin embargo, la revisión de 2006 eliminó la provisión de consentimiento presunto de 1987 y lo sustituyó por un requerimiento de consentimiento por parte del donante o miembros cercanos de su familia. Cerca de 33 estados y el distrito de Columbia han aprobado la versión revisada de la UAGA pero algunos de ellos han retenido el consentimiento presunto solo para las córneas (Orentlicher, 2009).

La TER argumenta que en algunas circunstancias –quizá, muchas– (especialmente en aquellas de bajos costos de transacción) las reglas por defecto son irrelevantes en lo que a una localización eficiente de recursos se refiere.

Marcando cierto contraste, los experimentos conductuales demuestran que las reglas por defecto importan al momento de elegir: por cualquiera que sea la razón, la mayoría de la gente sigue la regla por defecto ante una determinada elección. Como resultado de ello, cuando quienes diseñan las políticas públicas establecen la regla por defecto, ello podría resultar de importancia para las elecciones que hagan quienes se enfrenten a dicha regla. Como fue el caso con el ”encuadre”, los individuos pueden tener la ilusión de estar eligiendo libremente, cuando, de hecho, la elección ha sido determinada parcialmente por la regla por defecto.

34

2.3. Predicción afectiva

La literatura reciente sobre psicología y economía de la felicidad ha generado algunos resultados interesantes asociados en varios puntos con la literatura de la economía conductual (Diener y Seligman, 2004; Bronsteen *et al.*, 2010). Uno de los puntos de intersección es la predicción afectiva [*affective forecasting*], la habilidad humana para predecir estados emocionales futuros –esto es, el placer o el dolor que algún bien o evento aún no experimentado nos dará–. El enfoque de esta literatura es que somos muy malos para hacer este tipo de predicciones (Gilbert 2008). Por ejemplo, supongamos que uno disfruta leer; es nuestra principal fuente de placer cuando no estamos leyendo. Si nos pidieran que predijéramos como nos sentiríamos si perdiéramos la vista, no hay dudas de que diríamos que ello disminuiría significativamente nuestro bienestar. Sin embargo, si fuéramos de hecho a perder la vista, nuestra predicción de un gran impacto negativo en nuestro bienestar subjetivo probablemente no sería correcta. Quizá exista una reducción del bienestar después del momento inicial de la pérdida, pero esa reducción difícilmente será

permanente. Si confiamos en la mayoría de los estudios, retornaremos al nivel de bienestar anterior a la pérdida dentro de un año o quizá antes (Brickman *et al.*, 1978).

¿Por qué somos tan malos prediciendo aquello que nos dará placer o dolor? Subestimamos nuestra capacidad para adaptarnos tanto a los buenos como a los malos eventos, la que, de hecho, es muy fuerte. Nuestra habilidad para adaptarnos es tan fuerte que algunos psicólogos han hipotetizado que cada uno de nosotros tiene un “punto fijo” de felicidad al cual eventualmente regresaremos cuando las circunstancias nos alejan de ese punto, muy similar a un termostato que hace que la temperatura ambiente retorne a la que fue pre fijada cualquiera sea la causa de que la temperatura ambiente se desvíe. Nadie está seguro de cómo surge ese “punto fijo” –cuál podría ser el papel de la herencia, el medio ambiente, las circunstancias de la vida temprana o similares–. Es, sin embargo, bastante cierto que es difícil reiniciar (o resetear) nuestro nivel de felicidad a uno más alto de modo permanente. Hacerlo incluye reconocer de algún modo el proceso adaptativo y eludirlo (Seligman, 2011; Dunn, Gilbert, y Watson, 2011; Dunn y Norton, 2013). Si no tomamos esos pasos para llevar nuestro punto fijo a un nivel más alto, entonces la única manera en la que podríamos tener un mayor bienestar subjetivo es teniendo bienes y experiencias caras y expansivas, subirnos a lo que los psicólogos llaman “la cinta para correr del hedonismo” en la cual para ser más feliz, debemos ir cada vez más rápido y más lejos (Schkade y Kahneman, 1998; Kahneman *et al.*, 2006).

35

Existen implicancias legales y políticas de nuestras dificultades para predecir el placer y el dolor que nos causarán eventos futuros. Considerare dos de estas implicancias en las sección 3.2 y más abajo, aquellas referidas al derecho penal y a la responsabilidad. Pero existen otras áreas del derecho y las políticas públicas en las cuales las consideraciones de nuestras dificultades para hacer predicciones afectivas son importantes. Por ejemplo, en los Estados Unidos se permite el “testimonio de impacto” [impact statements] que amigos y familiares de víctimas de homicidio realizan acerca de cómo el crimen afectó y afectará su vida y sus emociones, ante el jurado de un proceso penal, a fin de determinar el daño provocado por el acusado, pese a que la literatura sobre la predicción de estados emocionales futuros ha formulado advertencias respecto de depositar un grado de confianza exagerado en lo que las víctimas dicen (Blumenthal, 2005).

3. Derecho conductual y economía

En esta sección exploraré las implicancias de algunos hallazgos de la literatura conductual en el derecho. Se ha escrito bastante sobre este tópico. Por ejemplo, Richard Thaler y Cass Sunstein han escrito persuasivamente sobre el rol que los pequeños ajustes [*nudges*] –al momento de establecer las reglas por defecto, como en

el programa *Save More Tomorrow* (Thaler Benartzi y Thaler, 2004)⁷– pueden jugar al momento de guiar a los individuos a tomar decisiones que aumenten su bienestar.

Uno de los propósitos centrales de los ejemplos aquí desarrollados es sugerir que mientras los pequeños ajustes son útiles en determinadas situaciones (como para el aumento de donaciones de órganos), no lo son en muchas otras. Existen situaciones en las cuales las desviaciones de las predicciones de la TER descubiertas en estudios conductuales requieren de intervenciones mucho más profundas en la toma de decisiones y de repensar aspectos centrales del derecho. Por ejemplo, pueden existir argumentos más fuertes en favor de empujones duros (*hard shoves*) o incluso de posiciones paternalistas, de lo que los economistas han estado dispuestos a tolerar (Zamir, 1998; Medina y Zamir, 2010, Cap. 10; Conly, 2013; Willis, 2013). Considero dos ejemplos: la posibilidad de educación financiera y las implicancias de las dificultades en la previsión afectiva para minimizar el costo social de accidentes y la prevención del delito.

3.1. Alfabetización financiera y límites a la diseminación de la información

El modelo estándar de la elección racional del comportamiento humano predice que los seres humanos ahorrarán y consumirán sus ingresos en cada momento de sus vida de forma tal que puedan equilibrar el patrón de consumo a lo largo de sus vidas.

36

Así, por ejemplo, si el patrón típico de los ingresos de nuestra vida fuese baja en nuestros primeros años de empleo, luego aumentase a un pico, a nuestros 50 años y luego disminuyera cuando estamos cerca del retiro, entonces una persona racional debería tomar crédito cuando es joven, para gastar más de lo que gana (por ejemplo pidiendo una hipoteca sobre su casa), ahorrar mientras es una persona de mediana edad y luego gastar (consumiendo esos ahorros para mantener el nivel de consumo previo al retiro) cuando dejamos de tener ingresos.

Dado que la gente racional prevé la mayoría de estas variaciones quizá no necesiten una ayuda significativa para planificarlas. Desde mediados de 1930 sin embargo, el gobierno federal de los Estados Unidos (a través de la administración de la seguridad social) ha requerido a casi el 95% de los americanos que se encuentran trabajando que contribuyan a un plan para proveerse de ingresos a su retiro (además provee otros beneficios en caso de discapacidad o muerte). Sumado a ello, el gobierno otorga modestos beneficios impositivos a los individuos que ahorran para su retiro

7 “Save More Tomorrow” es un programa en el cual los empleados aceptan “asignar una porción de futuros aumentos de sueldo hacia ahorros de retiro”. <http://www.chicagobooth.edu/capideas/summer02/savemoretomorrow.html>.

(en cuentas individuales para retiro, en cuentas de retiro "Roth"⁸ o en los diversos planes suplementarios, como el 401(k) y 403(b)(7),⁹ disponibles para empleadores públicos y privados). A pesar de la naturaleza obligatoria del sistema de seguridad social y de los generosos beneficios asociados al sistema de Medicare (y los problemas de financiamiento a futuro), la postura política hacia estos programas parece ser que éstos son redes de seguridad para sostener a aquellos que necesitan algo de ayuda al momento de planear contra contingencias no previstas. Se presume que la mayoría de los individuos toma su propio camino hacia su retiro y seguro médico.

Uno de los hallazgos más sólidos de la investigación conductual es que la gente no hace un buen trabajo al momento de lidiar con sus decisiones acerca de ahorrar y consumir. Se embarcan en descuentos hiperbólicos y en un comportamiento miope, poniendo demasiado énfasis en el placer actual y subvalúan los costos futuros. Por ejemplo, el americano promedio, que se retirará a los 62 y vivirá hasta los 80, ha acumulado solo unos \$45.000 dólares en ahorros para su retiro, al momento en que deja de trabajar (Schwartz *Center for Economic Policy Analysis*, 2012).¹⁰ Más de un tercio de los individuos de más de 65 se retira con seguridad social por la totalidad de su ingreso; más de la mitad de las parejas casadas y cerca de 3/4 de las no casadas percibe al menos la mitad de su ingreso de la seguridad social (*Social Security Administration*, 2013).¹¹

Existe otra evidencia, más allá de lo meramente financiero, acerca de que los individuos no son buenos tomando decisiones actuales que tendrán costos y beneficios a futuro. Actualmente, cerca de un tercio de los americanos son obesos, aunque existe evidencia que este exceso de peso puede tener consecuencias nefastas en la salud más adelante en la vida (*Center for Disease Control and Prevention*, 2012). La mayoría de los individuos subvalúa los beneficios del ejercicio actual

37

8 *N. del T.*: la diferencia entre una cuenta de retiro tradicional y una de tipo "Roth" es principalmente de índole impositiva.

9 Varios de estos planes para planeamiento de retiro están explicados de modo extenso en casi cualquier sitio de planificación. Por ejemplo, <http://www.aarp.org/work/retirement-planning/> o https://www.fidelity.com/retirement-planning/overview?imm_pid=1&immid=00702&imm_eid=e40582582&buf=999999&imm_pid=1&immid=00642&imm_eid=e12589691&buf=99999

10 Los modelos más detallados son aún más sorprendentes. Para los dos cuartos de menos ingresos (quienes tienen ingresos anuales menores a \$27.500), la media total de ahorros para quienes tienen entre 50 a 64 años en el cuarto más bajo son \$16,034, con una mediana de \$0, para quienes tienen 50-64 en el siguiente cuarto, la media total de ahorros es \$21.606, con una mediana de \$0. Para quienes se encuentran en el cuarto más alto (quienes tienen ingresos por más de \$52.201) la media total de ahorros es \$105,012, con una mediana de \$53.000. A fin de esbozar un cálculo, la mayoría de los asesores financieros sugiere como un monto prudente, ahorrar un total equivalente a 20 veces el ingreso anual de uno al momento de retirarse.

11 Es sumamente disvalioso que quienes pueden acogerse al sistema de seguridad en los Estados Unidos reciban además beneficios del Medicare, el sistema de salud financiado por el gobierno federal. Hay un precio modesto y progresivo por esos servicios pero el valor de esos beneficios de salud es considerablemente más grande.

y subestiman los costos futuros en salud del consumo actual de comida con alto contenido de colesterol, como carnes rojas y queso; de cigarrillos y del excesivo consumo de alcohol. Ellos exageran el placer actual y subestiman el dolor futuro de consumir drogas adictivas, incluyendo no solo las drogas ilegales como la cocaína y la heroína sino drogas legales como la oxicodona y el Adderall.

¿Existen pequeños ajustes [*nudges*] aplicables para ayudar con estos problemas? ¿o estos problemas requieren empujones duros [*hard shoves*]? Una posibilidad es que la gente mejorara en su planificación financiero con alfabetización en finanzas. Esto incluye enseñarle a los individuos temas como el interés compuesto, valores futuros, descuento de valores actuales para comparar montos actuales y futuros, anualidades, elementos del riesgo financiero y las características de varios instrumentos financieros (como acciones, bonos, fondos de inversión y similares).

Existe una clara necesidad de enseñar estos conocimientos. Annamaria Lusardi y Olivia Mitchel (2009) han estudiado el conocimiento financiero por años. Recientemente han reportado que una prueba tomada a adultos de 50 años y más en Estados Unidos. Se le pidió a los adultos que contestaran las siguientes tres preguntas:

- 1.- Supongamos que usted tiene \$100 dólares en una cuenta de ahorros y la tasa de interés es de 2% anual. Luego de 5 años, ¿cuánto cree Ud. que tendrá en la cuenta si deja depositado el dinero: más de \$102, exactamente \$102, menos de \$102?
- 2.- Imagine que la tasa de interés en su cuenta de ahorro es de 1% anual y la inflación es de 2% anual. Pasado un año, ¿ud. podría comprar: más que antes, exactamente lo mismo, o menos, con el dinero que hay en su cuenta?
- 3.- ¿Usted cree que la siguiente declaración es verdadera o falsa? “Comprar acciones de una sola compañía provee un retorno más seguro que una acción de un fondo de inversión”.

Solo cerca de la mitad de quienes fueron evaluados pudieron contestar dos de las tres preguntas correctamente.

Claramente los resultados mejorarían si los individuos conocieran más acerca de estos asuntos básicos de finanzas. Seguramente consumirían y gastarían más sabiamente; serían objeto de menos trampas financieras; existirían menos quiebras y habría menos discusiones al interior de las familias acerca de asuntos financieros (una de las principales fuentes de separaciones familiares). En suma, existe una fuerte correlación positiva entre la alfabetización financiera y la riqueza personal, y la relación es probablemente causal no meramente correlacional. De hecho existe evidencia reciente acerca de cómo variaciones en el nivel de alfabetización financiera son un factor importante para explicar la gran diferencia de ingreso y riqueza en los Estados Unidos (Lusardi *et al.*, 2012).

Algunos estados y el gobierno federal han reconocido el valor social de aumentar la alfabetización financiera y han instituido programas dirigidos a aquellos que necesitan aumentar sus conocimientos financieros. Por ejemplo la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA) de 2005 "...obligaba a que los individuos que buscaban acogerse al régimen de quiebras debían tomar un curso sobre consejos crediticos previo a presentarse en quiebra así como un curso de educación financiera antes de liberarse de sus deudas" (Jimenez *et al.*, 2013: 453).¹² El estado de Illinois ha alentado a los distritos escolares a brindar cursos de alfabetización financiera y ha patrocinado un curso *on-line* en el sitio *web* del Departamento de Regulación Financiera.

La sensación de que más información ayudará a los individuos a tomar mejores decisiones está extendida, es natural para la academia y es fácil para amplias coaliciones políticas apoyarla. Y, sin embargo, hay alguna evidencia de que la diseminación de información para la alfabetización financiera no es en general una buena estrategia regulatoria pues es más cara que beneficiosa y no demasiado efectiva.

Omri Ben-Shahar y Carl Schneider (2011) han escrito una muy persuasiva crítica sobre la diseminación de información como estrategia regulatoria general. Los planes de difusión obligatoria tienen costos muy altos para su cumplimiento; los consumidores que presuntamente debieran beneficiarse con la información se encuentran abrumados por la cantidad; los consumidores tienen una capacidad limitada para retener información en la memoria funcional (generalmente no retienen más de un tercio de la información difundida); y la información obligatoria puede tener efectos indeseables no esperados, por ejemplo excluir información útil, dañar la competencia y fomentar la desigualdad.

Con respecto a la alfabetización financiera, Lauren Willis (2011) argumenta que los intentos de fomentar un conocimiento más amplio de asuntos financieros no han sido efectivos. La autora dice que los cursos de alfabetización financiera han fallado porque son costosos y los proveedores de servicios financieros cambian sus productos con frecuencia, haciendo necesaria la actualización constante de los cursos.

Por otra parte, algunos académicos han encontrado algunos modestos beneficios de los cursos de alfabetización financiera. Un grupo ha reportado recientemente que, generalmente, la información financiera brindada por el empleador ha ayudado a que los empleados tomen mejores decisiones financieras. Ello se debe en parte a que la información es ajustada a las necesidades particulares de los empleados y en parte a que la información es entregada al momento en que la decisión

12 Este artículo propone pruebas aleatorias controladas, que echarán luz sobre si estos cursos obligatorios de alfabetización financiera han tenido un efecto positivo. La evidencia obtenida a la fecha ha sido ambigua, pues no existe un grupo de control bajo la BAPCPA, ya que todos los que buscan la rehabilitación de la quiebra y el descargo deben tomar los cursos.

está siendo tomada (Clark et al., 2012). Otro grupo ha estudiado miembros de la organización *Junior Achievement*¹³ en el sur de California, quienes han sido divididos aleatoriamente entre aquellos que recibieron alfabetización financiera y aquellos que no. Luego ambos grupos participaron de una simulación financiera. Las tasas de ahorro de los estudiantes que tomaron el curso de finanzas dos veces fueron “...cuatro veces más altas después de su educación, pagaron sus deudas más rápido, y gastan considerablemente menos en entretenimiento y en salidas...” (Carlin y Robinson, 2012: 306).

Un medio inusual de informar a la gente acerca de asuntos financieros son los videojuegos (*The Economist*, 2013). El fondo *The Doorways to Dreams* (D2D) – una organización sin fines de lucro de Boston que busca aumentar la alfabetización financiera de los pobres y de la clase media– creó un juego de computadora en 2009 llamado *Bite Club*. En él, el jugador administra un bar para vampiros y debe cumplir pedidos de distintos tipos de sangre para los clientes, mientras aparta suficiente dinero para jubilarse, en la teoría lo vampiros son “no-muertos” y vivirán por siempre. D2D recientemente reportó recientemente una prueba de control aleatoria en la cual, primero todos los participantes tuvieron una evaluación sobre conocimiento de finanzas. Luego la mitad de los participantes jugó un juego similar a *Bite Club* y la otra mitad leyó un panfleto instructivo. Finalmente, ambos grupos tuvieron una segunda prueba sobre conocimiento financiero. A ambos grupos les fue mejor en la segunda prueba, aquellos que leyeron el panfleto superaron por poco al otro grupo. D2D puso de resalto que quienes jugaron el videojuego aparentemente aprendieron casi tanto como quienes leyeron el panfleto. Quizá D2D se encamina hacia una forma más efectiva de diseminar información.

El resultado de estos estudios sugiere que no existen pequeños ajustes que sirvan para mejorar la toma de decisiones financieras. Si existen dispositivos regulatorios más intrusivos o métodos más inteligentes basados en cosas como *Bite club*, no lo sé. Puede que la nueva agencia para la protección del consumidor (CFPB por sus siglas en inglés) introduzca nuevos y más efectivos medios para ayudar a los consumidores a lidiar con asuntos financieros (Levitin, 2013).

3.2. Predicción afectiva en la responsabilidad civil y en el derecho penal

En la sección 2.3 se describieron las dificultades que las personas tienen con las predicciones afectivas (predecir cómo eventos futuros impactaran en su bienestar). Una implicancia de este hallazgo es que librados a sus propias decisiones, la mayoría

13 Junior Achievement es una organización sin fines de lucro en los Estados Unidos, fundada en 1919 por chicos y chicas adolescentes, que trabajan con empresarios locales y organización para aprender, a través de situaciones reales, prácticas de negocios y emprendedurismo.

de la gente hará planes, emprenderá acciones y consumirá objetos que en última instancia no la beneficiará. Y quizá incurra en costos para evitar pérdidas que cree que serán catastróficas para su bienestar pero que, una vez ocurridas, probarán no ser tan devastadoras.

Una implicancia relacionada con esto es que si las personas son propensas a estos errores, como parece ser el caso, ellas no necesariamente lograrán mejores predicciones emotivas con el tiempo o la experiencia, entonces quizá exista un argumento en favor de una intervención paternalista para atenuar la decepción que los acontecimientos nos hacen soportar. La intervención podría tomar la forma de educación o alguna forma de alfabetización (como la que ha sido considerada y rechazada en la subsección previa); podría consistir en desalentar la adquisición de algún tipo de seguro bajo la premisa de que se adaptaran a las pérdidas, o podría tomar una forma más agresiva como un impuesto progresivo al consumo, bajo el cual los bienes de lujo tendrán un impuesto marginal más alto que aquellos que no lo son (Frank, 2000).

Para mostrar los problemas que surgen de estas dificultades de predicción emotiva, considerare dos casos: daños por heridas fortuitas y persuasión contra el crimen.

Supongamos que ha ocurrido un accidente. Alguien ha sido herido y ha interpuesto una demanda civil de indemnización al causante del daño. Supongamos que finalmente en la materia sobre responsabilidad el jurado decide en favor del demandante y ahora debe considerar la extensión de los daños que el demandado debe a la víctima. Si el abogado del demandante ha mostrado al jurado un video de “un día en la vida de...” acerca de la ayuda que el demandante necesita para vestirse, alimentarse, ir al baño y demás, entonces es probable que el jurado otorgue una suma mayor a la que la extensión de sus heridas le garantizaban. La razón es que los jurados individualmente emprendan una predicción emotiva, preguntándose a sí mismos como se sentirían si tuvieran que sufrir esas heridas y esa indignidad.

Pensando acerca de cómo se sentirían si ellos hubieran sufrido esas heridas, los jurados individuales difícilmente podrían reconocer que se adaptarían a esas terribles heridas. Como resultado de esa adaptación, su recuperación de bienestar probablemente ocurra dentro de un año de sufrida la lesión, recuperando así su nivel de bienestar previo a la lesión (o uno muy cercano). Ignorando el hecho de la adaptación, los jurados pueden tender a sobrecompensar a las víctimas de delitos civiles (Bagenstos y Schlanger, 2007).

Parece no haber correctivos sencillos a esta tendencia de sobrecompensar a las víctimas (asumiendo que de hecho esto es lo que ocurre). Quizá los abogados ingeniosos del demandado puedan encontrar formas de introducir la adaptación en su presentación al jurado o al juez, pero hacer eso (“estas horribles lesiones no son tan horribles como ustedes piensan”) podría parecer algo grosero y jugar en contra produciendo indemnizaciones incluso mayores en favor de los demandantes. La limitación legal del daño o un sistema tarifado de daños podría funcionar en algunos

contextos (son efectivos administrativamente hablando y dan un señal relativamente clara a los potenciales dañadores), pero sin una consideración más profunda del asunto, no estoy convencido de que puedan superar los problemas que la predicción emotiva crea para los delitos civiles. Quizá la respuesta más efectiva para potenciales dañadores es tomar más precauciones *ex ante* o evitar el litigio arreglando antes y de modo más generoso del que de otro modo se inclinarían a hacerlo.

Consideraremos otro problema legal que involucra las predicciones emotivas y la disuasión criminal. Uno de los desarrollos principales de la economía del crimen y el castigo de los últimos cuarenta años ha sido la elaboración de un modelo teórico acerca de la toma de decisiones de los criminales y la comprobación empírica de las predicciones de esa teoría. La literatura es extensa y está llena de matices pero puede resumirse del siguiente modo: los criminales son calculadores racionales; cometen crímenes si perciben que los beneficios esperados excederán los costos y en caso contrario se abstienen; la evidencia sugiere que aumentando el costo esperado del crimen, los individuos son disuadidos de cometerlo, de hecho, desde los albores de los años 90 ha habido una caída dramática en los crímenes violentos y una algo menor pero también considerable disminución en los crímenes no violentos, al mismo tiempo en que la población carcelaria se elevó considerablemente.¹⁴

42

Ha habido, sin embargo, algún grado de disenso de esta visión estándar. Estos desacuerdos se basan en parte en las dificultades humanas para hacer predicciones emotivas y en parte en nuestra bien consolidada miopía respecto del futuro (Cooter y Ulen, 2012: 495-497; Bronsteen et al., 2009). Primero, la severidad de las condenas parece no influirnos demasiado. Si el castigo aumentó de, digamos, dos años en prisión a tres, los años adicionales tienen un efecto minúsculo para disuadir criminales, especialmente a los jóvenes, quienes cometen los crímenes más violentos.

David Lee y Justin McCrary (2005) demostraron este hecho en un destacable estudio. La extensión de la sentencia que debe enfrentar quien comete un crimen incrementa drásticamente cuando el infractor cumple dieciocho años. Consecuentemente, la hipótesis de la disuasión predice un descenso considerable cuando los delincuentes juveniles llegan a la edad de dieciocho. Lee y McCrary hicieron un cuidadoso análisis estadístico de datos sobre arrestos de Florida y no

14 En 1980 la población de cárceles federales y estatales en los estados unidos era de aproximadamente 500.000 individuos. Para 2010 había aumentado a casi 2,5 millones. Aunque la población probablemente ha disminuido en estos años, no es menos verdadero que en 2009 estados unidos tenía una tasa más alta de encarcelamiento que cualquier país del mundo, 743 por cada 100.000 (Rusia estaba en segundo lugar, con 577 por cada 100.000). Adicionalmente, aunque los Estados Unidos tiene 5 por ciento de la población mundial, tiene cerca del 25% de los prisioneros del mundo (Cooter y Ulen, 2012: capítulo 12). Por supuesto que están quienes como el profesor Teichman ven una relación causal entre este incremento de cinco veces en los encarcelamiento y el declive del delito que comenzó a inicios de 1990. Ver Levitt (2004).

han encontrado discontinuidades en la probabilidad de cometer un crimen en la mayoría de edad. Entonces, las penas más extensas cuando los criminales cumplen dieciocho, no están, aparentemente, disuadiéndolos de cometer delitos. Este hecho tiene una simple y poderosa implicancia para una política criminal pensada desde la eficiencia: acortar las sentencias y redireccionar gastos fuera de las prisiones y hacia la policía, lo que podría disminuir la severidad de los castigos y aumentar su certeza, probablemente desalentaría más delitos a un costo no mayor.

En un estudio similar basado en discontinuidad, Keith Chen y Jesse Shapiro han examinado que condiciones más severas de detención –determinadas por el grado de seguridad asignado al infractor en la prisión federal–, reducen la reincidencia, si se mantienen todas las demás variables iguales. Los autores han descubierto que “...los internos alojados en los niveles más elevados de seguridad no son menos propensos a reincidir que aquellos alojados en seguridad mínima; nuestras estimaciones sugieren que condiciones más duras de detención llevan a más delito post liberación...” (Chen y Shapiro, 2007: 1).

Estos dos estudios despiertan preguntas acerca del aspecto disuasivo del encarcelamiento (duración, dureza y certeza), algo de lo que el análisis económico del derecho basado en la TER decía haber encontrado evidencia.

Paul Robinson y John Darley (2004a y 200b) han argumentado que el derecho penal no disuade. Permítannos ser muy cuidadosos acerca de los dichos del autor: ellos creen que el sistema de justicia penal probablemente disuade el delito, pero se mantienen dubitativos respecto de que las leyes penales desalienten el delito. Ellos pretenden trazar una distinción entre acciones, como la manipulación de la extensión de las sentencias, que ellos creen no tiene un efecto disuasivo y las acciones como aumentar las patrullas policiales o la dureza de las condiciones de detención, que estiman podría desalentar el delito (Chen y Shapiro).

Los autores basan su contención en hallazgos de las ciencias conductuales. Ellos escriben que para que el derecho penal tenga un efecto disuasivo en potenciales elecciones criminales, las “...siguientes tres preguntas deben responderse afirmativamente”:

1. ¿Conoce el potencial infractor, directa o indirectamente, y entiende las implicancias para sí, de la ley creada para influenciarlo? Es decir, ¿conoce el potencial imputado qué acciones están tipificadas por los códigos penales, qué acciones se requieren y qué condiciones serán excusas absolutorias de acciones que de otro modo serían penadas?
2. Si lo sabe, ¿guiará ese conocimiento sus elecciones de conducta al momento de tomar decisiones?
3. Si conoce la regla y es capaz de ser influenciado por ella en sus elecciones ¿es la percepción de sus opciones tal que sea probable que elija cumplir con la ley por sobre la comisión del delito criminal?

Esto es, ¿el costo percibido del incumplimiento supera el beneficio percibido de la acción criminal de modo tal que se imponga la opción de abstener la conducta delictual? (Robinson and Darley, 2004a:175).

Robinson y Darley argumentan que existe evidencia de que ninguna de estas premisas es verdadera. Primero, dan cuenta de encuestas en diferentes estados acerca de un número limitado de reglas legales para comprobar qué tan bien una muestra aleatoria de ciudadanos conoce las leyes penales vigentes. Una encuesta encontró que en una población seleccionada (no la general) de potenciales infractores, 18 por ciento de los entrevistados desconocía las sanciones para varios crímenes; 35 por ciento dijo no prestar atención a cuál sería la sanción al momento de cometer un crimen; y solo el 22 por ciento dijo conocer exactamente cuál sería el castigo. Así, los autores concluyen que “los individuos rara vez conocen las reglas del derecho penal”.

Robinson y Darley señalan además que la tasa total de condena por delitos es extremadamente baja –aproximadamente 1,3 por ciento de todos los crímenes resultan en condena, y las chances de que un criminal condenado reciba prisión cerca de 1 en 100 para la mayoría de las ofensas; “incluso las ofensas más serias, excluyendo el homicidio, tienen tasas de condena de un dígito”-. Gran parte de la población desconoce estos hechos. Sin embargo, quizá crean que las chances de ser detectados, arrestados y condenados son mucho más altas y por lo tanto sean disuadidos de cometer un crimen. Pero los criminales de carrera y sus familias y amigos son más pasibles de conocer cuán bajas las tasas de condena y castigo son en realidad.

44

Uno de los puntos más interesantes señalados por Robinson y Darley es que la duración de las condenas a prisión quizá no tenga un efecto disuasivo. Ellos plantean que la gente se adapta bastante rápido a circunstancias cambiantes; por ejemplo, existe evidencia de que dentro de los seis meses de encarcelamiento los prisioneros retornan a su nivel de bienestar previo al encarcelamiento. Existe evidencia convincente de que al momento de recordar experiencias, todos sufrimos de “desconocimiento de la duración”, esto quiere decir que no recordamos con precisión la duración de las buenas y malas experiencias (Kahneman, 2011: 378-81). Entonces, las ideas sobre el encarcelamiento pueden disuadir a quienes como nosotros no han estado dentro o no conocen a nadie que haya estado en prisión, pero quienes han estado encarcelados recuerdan que la experiencia no fue tan mala como anticipaban.

4. Críticas al derecho conductual y economía¹⁵

Algunos economistas han pedido cautela y no llevar demasiado lejos las conclusiones de la economía conductual, antes de realizar trabajo adicional (Pesendorfer, 2006; Levine, 2012), pero la mayoría de ellos ha aceptado que el campo ha contribuido significativamente al entendimiento y la predicción del comportamiento económico y probablemente continúe haciéndolo.¹⁶ Dentro de la académica jurídica, el *behavioral law and economics* ha tenido un gran impacto sobre el campo del análisis económico del derecho. En parte esto se debe a una general e histórica sospecha de teorizar dentro de la academia jurídica y a la más reciente disconformidad entre los académicos del derecho con la TER, teoría que se integró al discurso jurídico a través del análisis económico del derecho.

Sin embargo ha habido críticas a la economía conductual al interior tanto del campo de la economía como del derecho. En esta sección, discutiré como podemos pensar las anomalías en las predicciones de la TER, señaladas por la economía conductual como parte de la vida predecible de una ciencia normal (Cooter, 2011). En segundo lugar, señalaré aspectos de varios de los argumentos que economistas han hecho al momento de criticar los hallazgos conductuales de la irracionalidad de los consumidores, productores e inversores y su potencial para causar disrupciones en los mercados. Lo esencial de estas críticas es que incluso si hubiera actores irracionales en el mercado los competidores racionales podrían ganar dinero tomando ventaja de esos errores —corrigiendo el impacto de competidores irracionales— o bien las fuerzas correctivas del mercado marcarían las fallas de los actores no racionales de modo palpable, llevando a efectuar correcciones.

Para continuar haré un sondeo de las críticas al *behavioral law and economics* hechas por académicos del derecho, principalmente las realizadas por el juez Richard Posner y los profesores Greg Mitchell y Jon Klick.

Concluiré tomando en cuenta una importante crítica filosófica a la intervención regulatoria basada en hallazgos conductuales.

4.1. La TER y la economía conductual como parte del curso de una ciencia normal: “Se necesita una teoría para refutar una teoría”

Una crítica que escuchamos con frecuencia es: dado que la economía conductual

15 Parte de este material aparece en Ulen (2013).

16 Es notable que todavía no existan manuales de economía conductual. Este campo no ha generado, hasta ahora, una alternativa abarcadora y coherente al modelo microeconómico estándar. Frank (2010) es uno de los pocos textos de microeconomía que incluye una cobertura extensa de los hallazgos conductuales.

aun no ha dado cuenta de un modo coherente y completo sobre las elecciones humanas, debemos quedarnos con la TER, que sí ha dado cuenta de un modo completo. O “se necesita una teoría para refutar una teoría”. Esta crítica es incorrecta. No solo es inútil y potencialmente muy dañina; también ignora el modo por el cual las ciencias normales avanzan.

Cualquier “ciencia normal” tiene un “paradigma” prevalente, siguiendo a Thomas Kuhn (1996). El paradigma contiene las mejores explicaciones actuales de la ciencia para los fenómenos reales que esa ciencia busca entender. Los expertos en algún campo determinado están familiarizados con ese paradigma, habiéndolo aprendido como parte de su preparación para la profesión; su trabajo académico consiste en refinar ese modelo, tanto teórica como empíricamente; y una parte importante de su trabajo es enseñar ese modelo a sus estudiantes, incluyendo una discusión de las limitaciones de ese modelo. Algunos de estos estudiantes se convertirán en expertos en el campo, demostrando sus capacidades en disertaciones y en subsecuentes trabajos que extiendan el modelo estándar o exploren las limitaciones del modelo (esta última, sin embargo, es una estrategia más riesgosa para conseguir un trabajo dentro del campo).

46

Dado que el paradigma es, como todas las teorías, una simplificación de las complejidades percibidas en el mundo real que la ciencia busca explicar y predecir, éste es inherentemente incompleto. Las inconsistencias entre la teoría y la realidad existen necesariamente, tanto por la posibilidad de errores en la teoría como por mediciones erróneas de datos. La mayoría del trabajo académico valioso de un campo consiste en llenar los huecos del modelo estándar, explicando aparentes inconsistencias, extendiendo el modelo a nuevos fenómenos y sujetándolo a nuevos datos.

Como explica Kuhn, cada ciencia normal tiene “anomalías” (lo que yo llamo inconsistencias entre la observación y el paradigma). Con frecuencia, estas anomalías pueden incorporarse al modelo estándar. Pero en otras instancias estas anomalías se acumulan, haciendo más difícil adaptar el modelo sin que el modelo se vuelva demasiado complicado y endeble. A este punto alguien desarrolla un nuevo paradigma que incorpora todas las anomalías que hundieron al anterior pero lo hace de una manera mucho menos complicada y más elegante.¹⁷

Tengo una fuerte intuición respecto de que la TER y la economía conductual están trenzadas en una disputa similar a la de la teoría heliocéntrica y geocéntrica de nuestro sistema solar. Ha habido intentos por parte de la TER de dar respuesta a las anomalías encontradas por Kahneman, Tversky y otros. Pero mi impresión

17 Kuhn sostiene que no existe otra medida más que la simpleza y la elegancia, para evaluar el éxito de un paradigma en un campo determinado. Tanto la teoría del sistema solar geocéntrico como la elegante teoría heliocéntrica son consistentes con todas las observaciones. Hay mejores y peores paradigmas, como mínimo el mejor paradigma es superior al momento de predecir fenómenos.

es que son respuestas *ad hoc* antes que generales, como indicaré en la sección que sigue. Estimo que el peso de las anomalías al interior de la TER están aumentando y que un nuevo paradigma está arribando.

Habiendo dicho esto, creo que también es posible que podamos descubrir en el futuro que para algunos individuos y bajo ciertas circunstancias la elección racional es una buena teoría descriptiva y predictiva.

Sin perjuicios de lo antedicho, es posible descubrir mejores formas para influir en la arquitectura de las decisiones (como lo llaman Thaler y Sunstein) y que encontremos métodos alternativos de toma de decisiones (por ejemplo, computadoras trabajando como médicos de diagnóstico; la sabiduría de las masas y similares) para así disfrutar con mayor frecuencia los beneficios de aumentar el bienestar con la elección racional.

4.2. Críticas de economistas a la economía conductual

El ascenso de la economía conductual ha sido recibido con emociones ambiguas por los economistas. Por un lado, la elaboración de una TER ha sido uno de los más grandes logros de la microeconomía moderna y se encuentra en el núcleo de los programas modernos de grado en microeconomía. Por otra parte, la economía conductual es una innovación académica extremadamente vibrante e interesante, y ha sido reconocida mediante la entrega del premio nobel de economía al psicólogo Daniel Kahneman, en 2002.¹⁸

En cierto sentido, estas dos teorías que intentan explicar el proceso de toma de decisiones de los seres humanos son incompatibles. Este hecho ha colocado a la profesión en un dilema, en el cual muchos deben elegir entre una u otra de estas teorías sobre la toma de decisiones. Y habiéndolo hecho, el conductista es rápido para notar que, un economista, como todas las demás personas, está sujeto al sesgo de confirmación (Hastorf y Cantril, 1954; MacCoun, 1998, O'Brien y Ellsworth, 2006) y por lo tanto, tiene incentivos para desestimar información favorable a la postura contraria y para exagerar la importancia de la información que favorece a su teoría.

Para más, el ascenso de la economía conductual ha inducido a los teóricos de la elección racional a retroceder. Esto incluye una de las dos líneas generales de críticas a la economía conductual. Al principio el teórico de la elección racional intenta demostrar que la TER, de hecho, está al tanto y es consistente con el punto de vista conductual. Por ejemplo, podría mostrar que la mayoría de los individuos es consciente de sus limitaciones cognitivas y busca evitar situaciones donde esas limitaciones puedan dañarlos. Algunas personas que saben su dificultad para despertar

¹⁸ Herbert Simon ganó el premio Nobel de economía en 1978 por su trabajo sobre racionalidad limitada, enfocado al interior de empresas. Discurso de aceptación del premio Nobel (Simon, 1978).

a una determinada hora de la mañana colocan, entonces, el despertador al otro lado del cuarto, así se verán forzados a salir de la cama para frenar el ruido. Presumiblemente, estas personas saben que una vez que caminen para apagar la alarma será mejor que permanezcan despiertos y se preparen para ir a su cita o al trabajo.

La segunda línea de críticas sugiere que el análisis conductual ha ignorado el importante hecho de que quienes toman decisiones quizá aprendan el valor de un comportamiento más racional a través de la experiencia y que un mercado competitivo puede ser un dispositivo significativo para inducir un comportamiento más racional. En un importante artículo, Gary Becker (1962) señaló que incluso si existiesen competidores irracionales en un mercado competitivo de bienes o servicios, los competidores racionales determinarían el precio de mercado mediante intercambios al margen e interviniendo cualquier desviación del precio de costo marginal. Como resultado, incluso si hubiera un grupo de competidores irracionales, Becker demostró que las curvas de oferta y demanda seguirían teniendo su respectiva pendiente hacia arriba y hacia abajo.¹⁹

Más recientemente, John List (2003 y 2006) y List y Millimet (2008) han elaborado y extendido el argumento de Becker usando experimentos de campo que demuestran las desviaciones de las predicciones de la TER pueden corregirse en mercados normales.

48

En el primero de sus artículos, List estudió el comportamiento de coleccionistas ordinarios y de profesionales de tarjetas deportivas en una exposición y en una reunión para realizar intercambios. Describe sus resultados de la siguiente manera:

Primero observo una aversión a la pérdida [*endowment effect*]. Segundo, encuentro evidencia clara que sugiere que los mercados importan: a través de todos los tipos de consumidores, la experiencia en el mercado y la magnitud de esa aversión a la pérdida están inversamente relacionadas. Además, con el grupo de sujetos que tenía una intensa experiencia en intercambio (profesionales o coleccionistas con cierta experiencia) encuentro que la aversión a la pérdida se convierte en algo despreciado. Estos resultados empíricos ciertamente sugieren que el comportamiento individual converge con la predicción neoclásica a medida que la experiencia de mercado se intensifica (List, 2003: 42-43).

19 List y Millimet (2008) confirman el hallazgo teórico de Becker, con experimentos cuidadosamente diseñados, que involucran intercambios de mercado hechos por niños de entre 6 y 18: "los resultados generados por la observación de más de 800 sujetos experimentales indican que (1) solo el 31 por ciento de los agentes desplegó un comportamiento consistente con la TER, y (2) la experiencia en el mercado facilita el desarrollo de dicho comportamiento".

List reconoce que existen dos explicaciones posibles para disminuir la aversión a la pérdida entre aquellos con una experiencia significativa en el mercado: 1) la experiencia de mercado *per se* aminora el efecto o 2) tienen preferencias previas que excluyen la aversión a la pérdida y como resultado intercambian con mayor frecuencia. Volviendo al mercado de tarjetas deportivas un año después de sus investigaciones iniciales y examinando las tasas de intercambio de los mismos sujetos participantes en investigaciones anteriores, concluye que “...la experiencia de mercado atenúa significativamente la aversión a la pérdida” (List, 2003: 43).

La crítica de la aversión a la pérdida ha sido contestada persuasivamente por Zamir (2013) y Korobkin (2013) (pero ver Haig y List, 2005).

En una serie posterior de experimentos, List (2006) exploró el alcance de la influencia de las preferencias prosociales en el comportamiento de un mercado real (experimentos de campo y de laboratorio sugieren que el comportamiento prosocial es mucho más común de lo que la TER pareciera sugerir. Ver Stout, 2010). Él encuentra que el comportamiento prosocial es mucho menos común en transacciones de mercado reales, a menos que los vendedores tengan preocupaciones respecto de su reputación, que surjan debido a intercambios frecuentes con compradores locales. También ha verificado que cuando las prácticas de control de calidad están disponibles rápidamente y a bajo costo, las preocupaciones acerca de la reputación son más corrientes –esto quiere decir que la tecnología de control de calidad y la reputación se complementan–.

49

Steve Levitt y List (2007 y 2008) han tenido una línea diferente de ataque hacia la economía conductual. Los hallazgos conductuales en gran parte han provenido (aunque no exclusivamente) de experimentos de laboratorio cuidadosamente diseñados. Levitt y List han advertido acerca de elaborar inferencias acerca del mundo real desde experimentos de laboratorio. Ello se debe a que:

El comportamiento en el laboratorio está influenciado no solo por cálculos monetarios, sino además por al menos otros cinco factores: 1) La presencia de consideraciones éticas y morales; 2) la naturaleza y el alcance del escrutinio de las acciones de los demás y de las propias; 3) el contexto en que la decisión se ha introducido; 4) autoselección de los individuos tomando las decisiones; y 5) las apuestas del juego (Levitt y List, 2007: 154).

Como ejemplo, sostienen que el hallazgo de que el comportamiento prosocial es más común de lo que la TER dice ser, quizá sea una ficción de la configuración del laboratorio:

Muchos mercados del mundo real operan de forma tal que el comportamiento prosocial se vuelve mucho menos frecuente. En los

mercados financieros, por ejemplo, las apuestas son grandes, los actores tienen gran anonimato y existe muy poca preocupación respecto del análisis futuro del comportamiento de uno. Los individuos con fuertes preferencias sociales son pasibles de excluirse de estos mercados, en su lugar contratan agentes que carecen de dichas preferencias para manejar sus negocios financieros

Ha habido mucho ruido y pocas nueces en las críticas vertidas por economistas. Algunas de ellas han sido respondidas por estudios de campo que muestran los efectos de sesgos cognitivos y de juicio en el mundo real (Camerer, 2000; DellaVigna, 2009).²⁰ Muchos de ellos no son para nada incompatibles con los hallazgos centrales de los conductistas. Por ejemplo, no me sorprendería que alguien familiarizado con el derecho conductual descubriera que experimentos cuidados señalan que una mayor experiencia de mercado alivia algunas desviaciones de la TER en algunos individuos. Tampoco existe nada controversial en advertir a los académicos sobre la extracción apresurada de inferencias de experimentos de laboratorio sobre asuntos del mundo real (Engel, 2013). Cualquiera que esté familiarizado con el trabajo empírico respaldaría esa advertencia. La respuesta a algunas de estas críticas, resumiendo, es hacer más y mejor trabajo académico.

50

4.3. Críticas al derecho conductual y economía desde la academia jurídica

Cuando el campo del análisis económico del derecho comenzó a ser reexaminado a la luz de los hallazgos conductuales surgidos en la literatura académica legal (por ejemplo Jolls *et al.*, 1998; y Korobkin y Ulen, 2000), tales hallazgos fueron recibidos con entusiasmo. En parte debido a que un gran número de académicos despreciaba el análisis económico del derecho y vio a los estudios conductuales como un medio para atacarlo (Kelman, 1979). Otros recibieron los hallazgos, creyendo que serían, potencialmente, avances significativos en nuestra forma de entender como los tomadores de decisiones responden a las reglas y los estándares legales.

Entre los académicos del derecho que se mostraron menos entusiastas respecto del *behavioral law and economics* se encontraba Richard Posner. En una respuesta a Jolls, Sunstein y Thaler, el juez Posner (1998) replicó que los autores (y el campo en general) usaban la palabra “irracional” para describir algo que podría ser mejor descripto como mera preferencia. Por ejemplo, Jolls, Sunstein y Thaler describen el miedo a volar como “irracional” porque una consideración de los riesgos de ese modo de viajar, comparando los riesgos de los modos alternativos, sugiere que una

²⁰ Estoy extremadamente agradecido a Eyal Zamir por señalar este punto y por suministrar estas referencias.

persona racional no tendría miedo a volar. Posner sugirió denominar el miedo a volar como un gusto o preferencia sin adosarle el peyorativo “irracional”. De modo similar, la economía ha considerado al voto en una elección democrática como irracional dada la pequeña probabilidad de que el voto de uno pudiera influir en el resultado, es decir, los costos de votar casi con seguridad exceden los beneficios. Pero Posner sugirió que mientras que votar puede ser una simple cuestión de gustos, para una agenda de investigación es mucho más importante explicar no por qué la gente vota sino explorar diferencias sistemáticas en el deseo de votar, por ejemplo ver si la gente mayor vota más que la gente joven, los jubilados más que los desocupados, y continuar de ese modo.

Posner sugirió que muchos de los ejemplos sobre comportamiento irracional que expusieron Jolls, Sunstein y Thaler pueden incorporarse fácilmente dentro del marco de la decisión racional. Por ejemplo, la TER puede y ha tratado la racionalidad limitada o el “poder limitado de cómputo” simplemente como otra restricción (como las referidas al ingreso, riqueza y tiempo) dentro de la cual los individuos racionales maximizan. De modo similar sugiere que la TER puede incorporar el descuento hiperbólico²¹ como una respuesta a la falta de certeza y a los costos de información.²²

Posner continuó señalando que la TER es lo suficientemente flexible para dar cuenta de los acertijos que la economía conductual ha descubierto. Por ejemplo, la elección racional podría explicar lo que parece ser un comportamiento altruista —uno estrictamente no autointeresado— como resultado de utilidades interdependientes (esto es que mi bienestar depende, quizá en gran parte, del bienestar de mis hijos y mis nietos).

El hallazgo conductual que Posner encuentra auténticamente desconcertante para la TER es la falta de voluntad (*akrasia*), como “negarse a tener chocolate en la casa por miedo a no poder superar la tentación”. Posner agrega que la única forma en que la TER puede incluir este tipo de acertijo es abandonando la postura

21 *N. de T.*: el descuento hiperbólico surge como una pretendida mejora respecto de la teoría del descuento exponencial, que básicamente indica que el agente tiende a asignar menor valor a un bien cuando mayor dilación temporal existe respecto de su efectiva percepción.

22 La TER parece querer dar a entender que en el descuento de los costos y beneficios futuros al valor presente, los individuos usan una idiosincrática (dependiendo de sus gustos por el riesgo y por la gratificación inmediata o demorada) pero constante tasa de descuento. Así por ejemplo, generalmente yo prefiero \$ 10 hoy que 10\$ en 30 días. La tasa a la que calcularé el valor presente descontado de \$10 a 30 días será la misma que usare para comparar \$10 en 45 días con 10\$ en 15 días. Sin embargo, en muchos experimentos, los individuos parecen utilizar diferentes tasas de descuento dependiendo de cuan distante sea la recompensa y el tamaño relativo de la recompensa inmediata versus la recompensa futura. El descuento hiperbólico se refiere a la observación empírica de que las personas prefieren recibir montos más pequeños más pronto a recibir grandes sumas más tarde. Sin embargo, si los individuos son puestos a elegir entre dos pagos distantes, aparentemente elegirán el mas grande. Lee Fennell da este ejemplo: Prudence dice que ella prefiere \$105 en 366 días a 100\$ en 365 días, pero que prefiere \$100 hoy a \$105 mañana.

del ser como una unidad en favor de la concepción de múltiples seres. Él fue más allá: cada uno de estos múltiples seres puede ser racional (en el sentido de tener preferencias transitivas bien ordenadas) pero algunas de las preferencias de esos seres son incompatibles con las de otros. El “ser presente” puede preferir, por ejemplo, comer chocolates hoy mientras que el “ser futuro” se da cuenta de que comer chocolates hoy quizá lleve a problemas de salud en el futuro y podría por lo tanto preferir no complacer su deseo de comer hoy que puede resultar en un detrimento de su bienestar futuro. Mi ser presente podría preferir deleitarse en el sofá hoy; mi ser futuro quizá prefiera que me ejercite por 30 minutos.

Hay, naturalmente, problemas más profundos al identificar cuántos de estos seres múltiples existen, cómo se acomodan entre ellos para pasar a la acción hoy mismo o planear para hacer algo en, por ejemplo, el mes de agosto. Pero Posner seguramente esté en lo cierto al sugerir que existen estos conflictos al interior de los humanos y que un proyecto de investigación sensible debe tener un entendimiento más claro y establecer un conjunto de predicciones acerca del comportamiento humano en términos de estos múltiples seres.

Finalmente, a Posner le irritaba el hecho de que Jolls, Sunstein y Thaler y el campo del *Behavioral law and economics* no parecen tener ninguna predicción clara acerca del comportamiento. “Es muy poco claro lo que haría el ‘hombre conductual’ en alguna situación dada”. De hecho él sugiere que una teoría predictiva como la que ellos tienen “está peligrosamente cerca del abismo de la no falseabilidad”. Entonces, cuando los individuos actúan racionalmente, Jolls, Sunstein y Thaler no tratan esto como una contradicción a la fuerza de voluntad limitada; pero tampoco tienen una explicación o predicción acerca de por qué y cuándo algunas personas resisten la tentación.

Mucho de la crítica de Posner resulta interesante. Entre las muchas cuestiones fascinantes que tiene para decir me encuentro particularmente intrigado por su sugerencia de que debiéramos mirar a la biología evolutiva para explicar algunos comportamientos aparentemente raros o inconscientes que la economía conductual ha identificado. Por ejemplo, el hecho de que el altruismo es recompensado y la falla en la cooperación es castigada, quizá se deba a costumbres programadas (*hard-wired*) que fueron incorporadas en el comportamiento humano, de cuando vivíamos en pequeños grupos.

No estoy en desacuerdo con el alcance de gran parte de la crítica del Juez Posner a Jolls, Sunstein y Thaler, pero creo que la distancia entre su visión y la de alguien que simpatiza con el *behavioral law and economics* no son tan grandes como pareciera ser el caso. Así, no creo que la sugerencia de Posner de que los investigadores busquen en la biología evolutiva una explicación de esos algoritmos para tomar decisiones que tenemos “programados” y que nos hacen salir de nuestro curso en el mundo moderno sea inconsistente con nada de la *behavioral law and economics*.

Más aún, esa sugerencia recoge un punto importante señalado por Owen Jones (2001) respecto de la diferencia entre ser capaz de producir cambios que afecten esas

conductas “programadas” (producto de paulatinos cambios evolutivos) y aquellas conductas más suavemente incorporadas [*softwired*]²³ o programadas a nosotros (producto de la cultura y el ambiente).

Creo además que la sugerencia de Posner acerca de que la economía conductual está en peligro de convertirse en una teoría del “porque sí” –similar a lo que en la TER se convirtió– es una crítica muy poderosa. Una de las primeras críticas a la TER es que era tautológica: *cada* comportamiento, sin importar cuán contraintuitivo o repetitivo parezca, es el resultado de alguna elección racional; es tarea del investigador descubrir cómo. Entonces, si las personas se comportan racionalmente y usted ve a un buen amigo caminando por un centro comercial cacareando como gallina y moviendo sus brazos como si fueran alas, su presunción debiera ser que existe alguna explicación racional para ello, por ejemplo, que ha perdido una apuesta. Pero una tautología pierde poder explicativo y predictivo porque siempre es, por definición, verdadera.

De modo similar Posner está en lo cierto cuando afirma que el derecho conductual esta todavía incompleto en este aspecto, pues no distingue entre el comportamiento racional y el comportamiento irracional, ni tampoco puede explicar por qué algunas personas son racionales en algunos aspectos de sus vidas e irracionales respecto de otros, mientras que otros son irracionales la mayor parte del tiempo y algunos racionales casi todo el tiempo.

En una crítica importante, Greg Mitchell y Jon Klick argumentan que existe un costo potencialmente pesado (y hasta ahora inadvertido) en basar la regulación gubernamental en los descubrimientos del derecho conductual. Alguien –ellos sugieren “planificadores centrales”– debe identificar el error psicológico que está llevando a los consumidores y a los productores a actuar en una forma socialmente indeseable o en una que sus verdaderos o auténticos seres no aprobarían y luego implementar políticas que protejan a la sociedad y a los individuos de esos errores. El resultado podría ser una distopía digna de una pesadilla:

Estas propuestas prometen una “jerarquía benevolente” en la cual los planificadores centrales substituyen sus juicios por los de los ciudadanos impulsivos y pasibles de errores, las agencias gubernamentales regulan fuertemente cómo las empresas hablan a las masas para prevenir la explotación comercial, los jueces regulan el contenido de los contratos estandarizados de consumo y son los burócratas, antes que los jurados, quienes toman las decisiones sobre daños punitivos para restaurar la coherencia y la igualdad en el sistema de litigio civil (Mitchell y Klick, 2006: 1622).

23 Ver Leiter y Weisberg (2010). Agradezco a Eyal Zamir por esta referencia.

Como resultado, ellos advierten, que la gente ordinaria no tendrá la oportunidad de mejorar con el tiempo y desarrollar destrezas para tomar decisiones. Estos costos a largo plazo pueden “compensar ganancias a corto plazo gracias a los efectos negativos sobre el aprendizaje y las motivaciones que tiene la regulación paternalista” (Mitchell y Klick, 2006: 1625). El aprendizaje y la motivación, ellos señalan, son extremadamente importantes en el desarrollo de un comportamiento racional. Y ese desarrollo puede no tener lugar si la gente ordinaria no tiene permitido cometer errores y aprender de ellos.

Segundo, la regulación gubernamental que corrige errores cognitivos “puede exacerbar tendencias irracionales mediante la creación de riesgos morales y cognitivos”:

Los daños morales surgen porque la regulación paternalista reduce la motivación individual para actuar deliberada y cuidadosamente, y en el nivel de motivación intervienen varios sesgos psicológicos. [Los riesgos cognitivos] surgen cuando las regulaciones paternalistas interfieren con búsquedas de información, inversiones educativas y el *feedback* que podrían ocurrir en ausencia de intervenciones paternalistas y que son importantes para que el individuo desarrolle destrezas y estrategias efectivas para la toma de decisiones (Mitchell y Klick, 2006: 1627).

54

Los autores señalan más tarde que “la investigación de la psicología del desarrollo indica que los individuos aumentan sus destrezas para lo toma de decisiones con el tiempo, a través de un proceso de ‘aprender haciendo’, y que las políticas paternalistas amenazan con interferir en este proceso autoregulatorio”.

Una consecuencia no deseada de la intervención regulatoria en la toma de decisiones individuales puede ser el resultado de una profecía autocumplida, donde las personas ordinarias se convierten en “los débiles tomadores de decisiones concebidos por los legisladores paternalistas, mientras las regulaciones paternalistas recortan los incentivos personales para invertir en capital cognitivo y las partes reguladas conforman sus expectativas a las del paternalista” (Mitchell y Klick, 2006: 1627).

Mitchell y Klick se preguntan si las intervenciones paternalistas previstas en el análisis del derecho conductual tuvieran lugar, serían hechas por legislaturas y no por tribunales. Los legisladores –argumentan– están “mejor capacitados para considerar valores que compiten y reunir evidencia relevante para un diseño institucional óptimo” (Mitchell y Klick, 2006: 1662-63).

Greg Mitchell ha ampliado su crítica al *behavioral law and economic* en otros artículos importantes. Por ejemplo, en uno de sus primeros artículos Mitchell (2002) argumenta que la literatura de psicología en la que los críticos de la TER estaban basándose “no respalda el retrato oscuro y simple de la irracionalidad generalizada

pintado por estos académicos” (Mitchell, 2002: 1907). Como Levitt y List, él advierte contra la extrapolación de configuraciones de laboratorio a las del mundo real.

En otro artículo Mitchell argumenta que “el mayor realismo del *behavioral law and economics* es más ilusión que realidad”. De hecho, [...] la asunción de igual incompetencia [esto es, que la economía conductual y la TER están igualmente fallados como modelos de toma de decisiones] no es fiel a los datos empíricos sobre juicios y elecciones y, para más, ni siquiera pueden argumentar una validez empírica superior a aquella que asume la perfecta racionalidad. *Behavioral law and economics* basa su modelo de racionalidad limitada en un conjunto muy acotado de datos empíricos y traza conclusiones sin respaldo acerca del comportamiento humano a partir de este conjunto de datos parcial” (Mitchell, 2003: 72).

Más importante aún, creo yo, Mitchell señala el punto que:

Los individuos difieren grandemente en sus propensiones a actuar racionalmente y las situaciones difieren notoriamente en sus propensiones para provocar un comportamiento racional de los individuos. Por ejemplo, el desempeño cognitivo en diferentes tareas varía predeciblemente con el estado emocional de quien toma la decisión y su educación, y la calidad del desempeño cognitivo depende con frecuencia del material y las condiciones sociales vinculadas a decisiones particulares. La evidencia de diferencias individuales y situacionales en el comportamiento racional, argumenta fuertemente en contra de la sustitución del modelo de comportamiento de igual incompetencia en lugar del modelo de racionalidad perfecta.

55

Finalmente, Mitchell (2009) ha demostrado recientemente que nuestros pensamientos de primer orden –nuestras reacciones iniciales–²⁴ bien pueden guiar a resultados sesgados pero ellos son frecuentemente corregidos por nuestros pensamientos de segundo orden. Esto es, a veces –quizás a menudo– paramos y pensamos antes de seguir nuestra intuición inicial. Él da maravillosos ejemplos de cuándo esto pasa y cómo podría desencadenarse donde de otro modo no ocurriría. El ofrece este hallazgo maravillosamente rico:

24 Los pensamientos de segundo orden son un ejemplo de “metacognición”, o de “pensar sobre los pensamientos de uno mismo”. Este artículo usa la noción de pensamiento de segundo orden para criticar la contención el argumento del test de asociación implícita, que supuestamente puede detectar prejuicio y estereotipo operando a nivel inconsciente o implícito. Esta investigación supuestamente revela que la gran mayoría de los americanos están implícitamente asociados, muchos grupos con desventajas con atributos negativos, y los grupos históricamente aventajados con atributos positivos. Yo argumento que podemos concebir a la norma como una fuerza cognitiva operando en forma consciente.

Argumento que podemos concebir el derecho como una fuerza cognitiva operando en la forma de pensamientos de segundo orden tanto conscientes como inconscientes y que ver el derecho de esa forma explica por qué las regulaciones legales –típicamente concebidas como requiriendo un pensamiento intencional y consciente– pueden ser efectivas respecto de los juicios, decisiones y comportamientos que tienen su origen a nivel inconsciente (Mitchell, 2009: 689).

La distinción entre pensamientos de primero y segundo orden, sigue lo que otros, incluyendo a Kahneman (2011), han denominado como sistema I y sistema de II de nuestros modos de pensamiento. El sistema I es rápido, irreflexivo y mayoritariamente involuntario. El sistema II es lento, racional, deliberativo y debe ser invocado.²⁵ Estoy agradecido a Greg por señalar un fascinante artículo que demuestra como uno puede activar el pensamiento del sistema II (Alter *et al.*, 2007). Alter, Eple y Oppenheimer administraron la prueba de reflejo cognitivo en varios grupos de tratamiento diferentes de brillantes graduados. En cada experimento, la mitad de quienes tomaban la prueba, elegidos aleatoriamente, recibían una copia perfectamente legible y gramáticamente correcta de la prueba. La otra mitad elegida al azar recibió una copia menos “inteligible” –con errores de tipeo o cambios de fuente que hacían que la prueba sea más difícil de leer–. En los cuatro intentos del experimento, al grupo con prueba ilegible o poco fluida le iba significativamente mejor en el examen que aquellos que tenían las pruebas sin errores. La conclusión del autor es que la falta de fluidez (o, más generalmente, lo inesperado) puede activar el sistema de de pensamiento II y, por lo tanto, minimizar los errores que el pensamiento I traería a la toma del examen.

Este resultado fascinante refuerza el descubrimiento de Mitchell acerca de que el derecho quizá busque activar el pensamiento del sistema II (pensamientos de segundo orden) para minimizar los problemas que el pensamiento del sistema I pueda causar.

Presiento que las críticas de Mitchell y Klick merecen ser tomadas seriamente, pero con la siguiente salvedad. Por el momento sus argumentos son, de alguna manera, hipótesis sobre los inconvenientes que, sin intención, pudieran generar las regulaciones y otro tipo de políticas intervencionistas que encuentran su justificación a partir de hallazgos conductuales. Existe, sin embargo, evidencia convincente de que cosas malas ocurren a los individuos y a las organizaciones como resultado

25 Un ejemplo muy revelador de esas diferencias es la prueba de reflejos cognitivos. Dicha prueba propone tres preguntas. El punto de la prueba es que las respuestas rápidas (del sistema I) son incorrectas. Solo si quién toma la prueba invoca el sistema II obtendrá las respuestas correctas. La primera pregunta dice, “un bate y una bola cuestan \$1,10”, el bate cuesta \$1 dólar más que la bola, ¿cuánto cuesta la bola? El sistema I responde 10 centavos. El sistema II responde 5 centavos.

de sesgos cognitivos y de juicio. En contraste, los argumentos de Mitchell, y de Mitchell y Klick son mayormente hipotéticos. Para que esas conjeturas puedan influenciar la política, deben estar respaldadas por contundente evidencia empírica. Por ejemplo, debemos ser persuadidos de que, entre otras cosas, los riesgos morales y cognitivos de intervenir en la toma de decisiones son grandes, son más grandes que los beneficios de esas intervenciones, y que, efectivamente, esa gente aprende a través de sus errores, a anticipar y controlar sus sesgos cognitivos y de juicio. Aun no tenemos esa evidencia.

4.4. Una crítica filosófica de la regulación basada en la economía conductual

Una crítica algo diferente de la intervención en la toma de decisiones individual sobre base de hallazgos conductuales proviene de la literatura filosófica sobre autonomía personal (Spector 2012). La literatura comienza con las discusiones de Platón y Aristóteles sobre el rol de la autonomía para definir la buena vida, y la vida bien vivida. Aristóteles sostenía que nuestra naturaleza racional debiera tomar la delantera en la dirección de nuestras vidas, es esa razón en particular la que debe controlar nuestras pasiones y deseos.

Obviamente, esa literatura se ha desarrollado considerablemente en los 2.500 años sucesivos. No obstante, los asuntos debatidos por Platón y Aristóteles han continuado estando en el centro de esa literatura –por ejemplo, ya sea que la razón sea el ama de las pasiones, o como decía Hume, que las pasiones sean sus esclavas–.

La relación de esta literatura con los temas que hemos considerado en este ensayo es la siguiente: si la autonomía personal es un valor independiente por el que los individuos luchan y que la política gubernamental debe fomentar, entonces ese hecho puede servir como argumento para permitir a los individuos que tomen esas decisiones, vivan sus propias vidas, bajo su propia dirección (términos que requieren cierta exploración), protegidos solo contra fraude, daños a terceros, y consecuencias catastróficas para ellos mismos.

Incluso podemos aproximarnos a esta sensación de bienestar autónomo con la ayuda de los fármacos que nos alivian de la ansiedad y el estrés de la vida ¿La noción de una vida independiente y autodirigida significa una vida en la cual el individuo experimenta las buenas y las malas de la vida sin mediar drogas?

5. Conclusión

Cuando estas cuestiones son consideradas en su totalidad, ¿cómo funciona el derecho conductual? Yo creo que el derecho conductual es una de los más importantes –si no el más importante– desarrollos académicos de la era moderna. Incluso si la academia pre-1980 no conociera la TER, hubiera, no obstante, adoptado con entusiasmo

la visión de que el derecho se dirige a los hombres y mujeres racionales. Existe ahora una gran cantidad de evidencia que invita a ser escépticos de la proposición de que la razón dirige nuestros pasos o los de nuestros pares. Claramente existe un costo a este hecho: los individuos no están tan bien como podrían estarlo si se comportaran de un modo más razonable. El derecho –tomando debida cuenta de estas predecibles desviaciones de rutina de la racionalidad– puede influenciar el comportamiento para alcanzar metas sociales y ayudar a los individuos a aumentar su bienestar. Claramente no sabemos aún lo suficiente cómo lo haremos o debiéramos hacerlo sobre la toma de decisiones humanas, y somos novatos al momento de descubrir como intervenir en las decisiones individuales sobre bases conductuales. Es cierto que debemos ser cautos al intervenir. No obstante, sabemos suficiente como para conocer que basar nuestros análisis sobre la asunción de que los seres humanos son siempre tomadores racionales de decisiones es un error, tanto analítico como práctico.

Referencias

- Alter, Adam L., Nicholas Epley, Rebecca N. Eyre, y Daniel M. Oppenheimer (2007). “Overcoming intuition: Metacognitive difficulty activates analytic reasoning”, *Journal of Experimental Psychology: General* 136, 569-576.
- Bagenstos, Samuel R., y Margo Schlanger (2007). “Hedonic Damages, Hedonic Adaptation, and Disability”, *Vanderbilt Law Review* 60, 745-797.
- Barberis, Nicholas C. (2013). “Thirty years of prospect theory in economics: A review and assessment”, *Journal of Economic Literature* 27, 173-196.
- Becker, Gary S. Becker (1962). “Irrational behavior and economic theory”, *Journal of Political Economy* 70, 1-13.
- Ben-Shahar, Omri y Carl E. Schneider (2011). “The failure of mandated disclosure”, *University of Pennsylvania Law Review* 159, 647-749.
- Blumenthal, Jeremy A. (2005). “Law and the emotions: The problems of affective forecasting”, *Indiana Law Journal* 80, 155-238.
- Brickman, Philip, Dan Coates, y Ronnie Janoff-Bulman (1978). “Lottery winners and accident victims: Is happiness relative?”, *Journal of Personality & Social Psychology* 36, 917-927.
- Bronsteen, John, Christopher J. Buccafusco, y Jonathan S. Masur (2009). “Happiness and punishment”, *University of Chicago Law Review* 76, 1037-1081.
- (2010). “Welfare as happiness. *Georgetown Law Journal* 98, 1583-1641.

- Camerer, Colin F. (2000). "Prospect theory in the wild: Evidence from the field". En Kahneman, Daniel, y Amos Tversky (Eds.), *Choice, Values, and Frames*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 288-300..
- Carlin, Bruce Ian, y David T. Robinson (2012). "Financial education and timely decision support: Lessons from Junior Achievement", *American Economic Review* 102, 305-308.
- Centers for Disease Control and Prevention, United States (2013). *Overweight and obese: Adult obesity facts: Obesity is common, serious, and costly*. Disponible en: <http://www.cdc.gov/obesity/data/adult.html>.
- Chen, M. Keith, y Jesse M. Shapiro (2007). "Do harsher prison conditions reduce recidivism?: A discontinuity-based approach", *American Law and Economics Review* 9, 1-29.
- Clark, Robert L., Melinda Sandler Morrill, y Steven G. Allen (2012). "Effectiveness of employer-provided financial information: hiring to retiring", *American Economic Review* 102, 314-318.
- Conly, Sarah (2013). *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cooter, Robert D. (2011). "Maturing into normal science: The effect of empirical legal studies on law and economics", *University of Illinois Law Review*, 1475-1483.
- Cooter, Robert D., y Thomas S. Ulen (2012). *Law and Economics (6a ed.)*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- DellaVigna, Stefano (2009). "Psychology and economics: Evidence from the field", *Journal of Economic Literature* 47, 315-372.
- Diener, Ed Diener & Martin E.P. Seligman (2004). "Beyond money: Toward an economy of well-being", *Psychological Science in the Public Interest* 5, 1-31.
- Dunn, Elizabeth W., Daniel T. Gilbert, y Timothy D. Watson (2011). "If money doesn't make you happy, then you're probably not spending it right", *Journal of Consumer Psychology* 21, 115.
- Dunn, Elizabeth W., y Michael Norton (2013). *Happy Money: The Science of Smarter Spending*. New York: Simon & Schuster.
- (2013). "Video games and financial literacy: Blood bars and debt bunnies", *The Economist*, February, 2, 63.
- Engel, Christoph (2013). "Behavioral law and economics: Empirical methods". En Teichman, Doron, y Eyal Zamir (Eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral*

Law and Economics. Oxford: Oxford University Press.

Frank, Robert H. (2000). *Luxury Fever: Money and Happiness in an Era of Excess*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

-- (2010). *Microeconomics and Behavior* (8a ed.). Burr Ridge, IL: McGraw-Hill Higher Education.

Gilbert, Daniel T. (2006). *Stumbling on Happiness*. New York: A.A. Knopf.

Haigh, Michael S., y John A. List (2005). "Do professional traders exhibit myopic loss aversion?: An experimental analysis", *Journal of Finance* 60, 523-534.

Hastorf, Albert y Hadley Cantril (1954). "They Saw a Game: A Case Study", *Journal of Abnormal & Social Psychology* 49, 129-134.

Jimenez, Dalié, D. James Greiner, Lois R. Lupica, y Rebecca L. Sandefur (2013). "Improving the lives of individuals in financial distress using a randomized control trial: A research and clinical approach", *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy* XX, 449-477.

Johnson, Eric J., y Daniel Goldstein (2003). "Do defaults save lives?", *Science* 302, 1338-1339.

60

Johnson, M. R., K.H. Meyer, J. Haft, D. Kinder, S.A. Webber, y D.B. Dyke (2010). "Heart transplantation in the United States, 1999-2008", *American Journal of Transplantation* 10, 1035-1046.

Jolls, Christine, Cass R. Sunstein, y Richard H. Thaler (1998). "A behavioral approach to law and economics", *Stanford Law Review* 50, 1471-1550.

Jones, Owen (2001). "Time-shifted rationality and the law of law's leverage: Behavioral economics meets behavioral biology", *Northwestern University Law Review* 95, 1141-1205.

Kahneman, Daniel (2011). *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Kahneman, Daniel, y Amos Tversky (1979). "Prospect theory: An analysis of decision under risk", *Econometrica* 47, 263-292.

Kahneman, Daniel, Alan B. Krueger, David Schkade, Norbert Schwarz, y Arthur A. Stone (2006). "Would you be happier if you were richer?: A focusing illusion", *Science* 312, 1908-1910.

Kelman, Mark (1979). "Consumption theory, production theory, and ideology in the Coase Theorem", *Southern California Law Review* 52, 669-698.

- Korobkin, Russell B. (2013). "Wrestling with the endowment effect, or how to do law-and-economics without the Coase Theorem". En Teichman, Doron, and Eyal Zamir (Eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Korobkin, Russell B., y Thomas S. Ulen (2000). "Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics", *California Law Review* 88, 1051-1144.
- Kuhn, Thomas S. (1996). *The Structure of Scientific Revolutions* (3a ed.). Chicago: University of Chicago.
- Lee, David, y Justin McCrary (2005). "Crime, punishment, and myopia". NBER Working Paper Num. W11491.
- Leiter, Brian, y Michael Weisberg (2010). "Why evolutionary biology is (so far) irrelevant to legal regulation", *Law and Philosophy* 20, 31-74.
- Levine, David K. (2012). *Is Behavioral Economics Doomed?: The Ordinary versus the Extraordinary*. Cambridge, UK: Open Book Publishers.
- Levitin, Adam (2013). "The Consumer Financial Protection Bureau: An introduction". Disponible en: www.ssrn.com.
- Levitt, Steven D. (1998). "Juvenile crime and punishment", *Journal of Political Economy* 106, 1156-85.
- (2004). "Understanding why crime fell in the 1990s: Four factors that explain the decline and six that do not", *Journal of Economic Perspectives* 18, 163-190.
- Levitt, Steven D., y John A. List (2007). "What do laboratory experiments measuring social preferences reveal about the real world?", *Journal of Economic Perspectives* 21, 153-174.
- (2008). "Homo economicus evolves", *Science* 319, 909-910.
- List, John A. (2003). "Does market experience eliminate market anomalies?", *Quarterly Journal of Economics* 118, 41-71.
- (2006). "The behavioralist meets the market: Measuring social preferences and reputation effects in actual transactions", *Journal of Political Economy* 114, 1-37.
- List, John A., y Daniel L. Millimet (2008). "The market: Catalyst for rationality and filter of irrationality", *Berkeley Electronic Journal of Economic Analysis and Policy* 8, 1-53.
- Lusardi, Annamaria, y Olivia S. Mitchell (2009). "Financial literacy: Evidence and implications for financial education. TIAA-CREF Institute", *Trends and*

Issues, May, 1-10.

Lusardi, Annamaria, Pierre-Carl Michaud, y Olivia S. Mitchell (2012). "Optimal financial knowledge and wealth inequality". Disponible en: www.ssrn.com.

MacCoun, Robert J. (1998). "Bias in the interpretation and use of research results", *Annual Review of Psychology* 49, 259-287.

Mitchell, Gregory (2002). "Taking behavioralism too seriously?: The unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law", *William and Mary Law Review* 43, 1907-2021.

-- (2003). "Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence", *Georgetown Law Journal* 91, 67-167.

-- (2009). "Second thoughts", *McGeorge Law Review* 40, 687-722.

-- (2013). "Alternative BLEs". En Teichman, Doron, y Eyal Zamir (Eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.

Mitchell, Gregory, y Jonathan Klick (2006). "Government regulation of irrationality: Moral and cognitive hazards", *Minnesota Law Review* 90, 1621-1663.

62

O'Brien, Barbara, y Phoebe C. Ellsworth (2006). "Confirmation bias in criminal investigations". Disponible en: www.ssrn.com.

Orentlicher, David (2009). "Presumed consent to organ donation: Its rise and fall in the United States", *RutgersLawReview* 61, 295-331.

Pessendorfer, Wolfgang (2006). "Behavioral economics comes of age: A review essay of *Advances in Behavioral Economics*", *Journal of Economic Literature* 44, 712-721.

Posner, Richard A. (1998). "Rational choice, behavioral economics, and the law", *Stanford Law Review* 50, 1551-1575.

Riker, William H. (1986). "The Flying Club", En *The Art of Political Manipulation*. New Haven, CT: Yale U. Press.

Robinson, Paul H., y John M. Darley (2004a). "Does criminal law deter?: A behavioral science investigation", *Oxford Journal Legal Studies* 24, 173-205.

-- (2004b). "The role of deterrence in the formulation of criminal law rules: At its worst when doing its best", *Georgetown Law Journal* 91, 941-1002.

Schkade, David A., y Daniel Kahneman (1998). "Does living in California

make people happy?: A focusing illusion in judgments of life satisfaction”, *Psychological Science* 9, 340-346.

Schwartz Center for Economic Policy Analysis, Department of Economics, The New School (2012). “Retirement account balances by income: Even the highest earners don’t have enough”. Disponible en: <http://www.economicpolicyresearch.org/guaranteeing-retirement-income/528-retirement-account-balances-by-income-even-the-highest-earners-dont-have-enough.html>.

Seligman, Martin E.P. (2011). *Flourish: A Visionary New Understanding of Happiness and Well-Being*. New York: Free Press.

Shafir, Eldar (Ed.) (2013). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Simon, Herbert A. (1978). “Rational decision making in business organizations”, *American Economic Review* 69, 493-513.

Social Security Administration, United States (2013). “Social security basic facts”. Disponible en: <http://www.ssa.gov/pressoffice/basicfact.htm>.

Spector, Horacio (2012). “Autonomy”. En Gerald F. Gaus y Fred D’Agostino (Eds.), *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*. New York: Routledge.

Stout, Lynn A. Stout (2010). *Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People*. Princeton: Princeton University Press.

Sunstein, Cass R., y Richard H. Thaler (2003). “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *University of Chicago Law Review* 70, 1159-1202.

Thaler, Richard H., y Shlomo Benartzi (2004). “Save More Tomorrow: Using behavioral economics to increase employee savings”, *Journal of Political Economy* 112(1), Part 2, S164-S187.

Thaler, Richard H., y Cass R. Sunstein (2008). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven, CT: Yale University Press.

Tversky, Amos, y Daniel Kahneman (1981). “The framing of choices and the psychology of choice”, *Science* 211, 453-458.

Ulen, Thomas S. (2013). *Supreme Court Economic Review* 21(1), January, 5-42.

Willis, Lauren E. (2011). “The financial education fallacy”, *American Economic Review* 101, 429-434.

-- (2013). “When nudges fail: Slippery defaults”, *University of Chicago Law Review* 80.

- Zamir, Eyal (1998). "The efficiency of paternalism", *Virginia Law Review* 84, 229.
- (2012). "Loss aversion and the law", *Vanderbilt Law Review* 65(3), 829-894.
- (2013). "Loss aversion". En Teichman, Doron, y Eyal Zamir (Eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Zamir, Eyal, y Barak Medina (2010). *Law, Economics, and Morality*. Oxford: Oxford University Press.