

ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO¹⁾

CASS R. SUNSTEIN

Profesor Distinguido Karl N. Llewellyn de la Facultad de Derecho y Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Aversión a las pérdidas.- III. Aversión a los extremos.- IV. Tendencia a la autoconplacencia, optimismo irrealista y confianza excesiva.- V. Utilidad de la decisión vs. utilidad de la experiencia.- VI. Cooperación, justicia y la apariencia de justicia.- VII. Heurísticas y tendencias: 1. Disponibilidad; 2. Anclaje; 3. Representatividad; 4. Teoría de la decisión basada en casos; 5. Estadísticas, no intuiciones.- VIII. "Gustos" relacionados a la probabilidad: 1. "Todo o Nada"; 2. Aversión a la Ambigüedad; 3. Tendencia al *Status Quo*.- IX. Rendición mental de cuentas.- X. La dificultad, fuera de los mercados, para transformar decisiones de la autoridad (normativas) en dólares.- XI. Elección intertemporal y tasas de descuento.- XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El futuro del análisis económico del derecho radica en una mejor y nueva interpretación de la decisión y la elección.²

En las dos últimas décadas, los científicos sociales han aprendido bastante sobre cómo la gente realmente toma decisiones.³ Mucho de este trabajo requiere calificaciones de modelos racionales de elección.⁴ Dichos modelos a menudo son errados en el simple sentido de que producen predicciones inexactas. Los errores cognitivos y las distorsiones de motivacionales pueden mantener la conducta lejos de las predicciones; las explicaciones normativas de la elección racional no deben ser confundidas con las explicaciones descriptivas.⁵ Esto no quiere decir que la conducta de las personas sea impredecible, sistemáticamente irracional, aleatoria, libre de reglas, o elusivo a los científicos sociales. Por el contrario, las calificaciones de los

¹⁾ El presente artículo ha sido originalmente publicado en *The University of Chicago Law Review*; Fall 1997; pp. 1175 - 1195. La presente publicación se hace con la expresa autorización del autor. Agradecemos a Domingo Rivarola por la obtención de la respectiva autorización. La traducción ha estado a cargo de Miguel Viale Leo, miembro de la Comisión de Edición de *ADVOCATUS* *scv*, bajo la supervisión de Domingo Rivarola, LLM 2003 por la Universidad de Virginia.

²⁾ Estas interpretaciones algunas veces aparecen bajo el nombre de investigación de la conducta o teoría de la decisión y la conducta.

³⁾ Aquí menciono a Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics* (Sage 1991); John Conlisk, *Why Bounded Rationality?* 34 *J Econ Lit* 669 (1996).

⁴⁾ Naturalmente existe mucha controversia al especificar lo que requieren los modelos de elección racional. Algo de la evidencia sobre la cual hablo muestra cómo la gente reacciona a la presencia de los costos de decisión, y tomar en cuenta dichos costos está muy lejos de ser irracional. También puede ser muy racional considerar los efectos de las normas sociales sobre la elección, ya que las violaciones de las normas pueden contar como costos. Es mucho menos importante luchar sobre si la evidencia muestra violaciones al paradigma de «racionalidad» que tocar lo más claro posible cómo los seres humanos se comportan realmente; ese último tema es el que trato en este artículo.

⁵⁾ Este es un tema notable en el trabajo de Amos Tversky, usando "ejemplos normativos" para hacer referencia a la teoría del prospecto esperático; aquí, Tversky pone énfasis a los errores cognitivos. Ver, por ejemplo, Amos Tversky, *Rational Theory and Constructive Choice*, en Kenneth J. Arrow, y otros, eds, *The Rational Foundations of Economic Behavior* 185 (St. Martin, 1996).

modelos racionales pueden ser descritas, usadas e incluso modeladas algunas veces. Dichas calificaciones y la interpretación resultante de la decisión y la elección⁶ juegan un papel cada vez más importante en muchos campos dentro de la economía y otras ciencias sociales.

Extrañamente, la investigación relevante aún debe encontrar un lugar significativo en el análisis económico del Derecho.⁶ Aún queda una enorme brecha que debe ser llenada. Este vacío es especialmente importante para el análisis económico del derecho, el cual se ocupa de una parte significativa del comportamiento que no está relacionado al mercado. Es aquí cuando es muy probable que ocurran las desviaciones del modelo convencional basado en la elección racional, como generalmente se reconoce.⁷

Mucho del trabajo relacionado con el comportamiento sugiere que las preferencias y los valores son algunas veces construidos en vez de obtenidos de situaciones sociales.⁸ "Las preferencias observadas no son simplemente leídas de alguna lista maestra; en realidad son construidas durante el proceso de obtención... Los diferentes procesos de obtención resaltan los diferentes aspectos de las opciones y sugieren heurísticas alternativas, lo que puede dar lugar a respuestas inconsistentes".⁸ Generalmente las personas no consultan un «menú de preferencias» independiente del cual se realizan selecciones al momento de la elección; las preferencias pueden ser producto del procedimiento, descripción y contexto al tiempo de la elección. "Descripciones alternativas de los mismos problemas de elección llevan a preferencias sistemáticamente diferentes; procedimientos de obtención estratégicamente equivalentes dan lugar a elecciones diferentes; y a menudo la preferencia entre x e y depende del conjunto de elecciones en el cual se encuentran incluidos".⁹ Lo que se ha aprendido sobre el comportamiento humano y la elección debería ser vinculado, a niveles teóricos y empíricos, con el análisis del sistema legal.

⁶ Ver, por ejemplo, Daniel Kahneman y Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *Econometrica* 263 (1979); Graham Loomes y Robert Sugden, *Regret Theory: An Alternative Theory of Rational Choice Under Uncertainty*, 92 *Econ J* 805 (1982).

⁷ Mucho de la investigación relevante implica experimentos y datos de encuesta, y por tanto es posible cuestionar si los hallazgos son creíbles en el mundo real. Naturalmente existe la posibilidad de que los experimentos, particularmente bajo la forma de preguntas a cuestionarios, sean mecanismos de producción imperfectos de la conducta real. Sin embargo, a estas alturas, existe una base sólida para concluir que los hallazgos que desvían se presentan en el mundo real; de hecho, muchos de ellos se basan en evidencia del mundo real. Ver, por ejemplo, Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch y Richard H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 *J Pol Econ* 1325 (1990) (catalogando evidencia a partir de escenarios experimentales y del mundo real). En el tema general, ver Colin Camerer, *Individual Decision Making*, en John H. Kagel y Alvin E. Roth, eds., *The Handbook of Experimental Economics* 587 (Princeton 1985); Richard H. Thaler, *The Psychology and Economics Conference Handbook*, en Thaler, *Quasi Rational Economics* 119 (citado en la nota 2).

⁸ Ver las observaciones reveladoras en cuanto a este efecto en Jason F. Shogren y Dermot J. Hayes, *Resolving Differences in Willingness to Pay and Willingness to Accept: Reply*, 87 *Am Econ Rev* 241, 243 (1997) (criticando los reclamos generales sobre el efecto de dotación pero reconociendo su importancia en los escenarios que son pertinentes al mercado).

⁹ Ver Paul Slovic, *The Construction of Preference*, 50 *Am Psychol* 364, 364-65 (1995); Tversky, *Rational Theory*, en Arrow, y otros, *Economic Behavior* (citado en la nota 4).

⁸ Amos Tversky, Shmuel Saath y Paul Slovic, *Confirmation Bias in Judgment and Choice*, 95 *Psych Rev* 371, 371 (1988).

⁹ Tversky, *Rational Theory*, en Arrow, y otros, *Economic Behavior* en 156 (citado en la nota 4).

Esto es así particularmente porque el sistema legal es dominante en el negocio de la construcción de procedimientos, descripciones y contextos para la elección. Está claro que el sistema legal crea procedimientos, descripciones y contextos en el transcurso de casos litigados. Por ejemplo, las alternativas presentadas (seleccionadas para ese fin) ante el jurado o el juez pueden ser de mucha importancia el amparo de la pretensión A puede depender mucho de la naturaleza de las pretensiones B, C y D.¹¹ En este aspecto, las preferencias y valores de los jueces y jurados bien pueden ser construidas e influenciadas más no obtenidas por el sistema legal. Esto es definitivamente cierto en el caso de indemnizaciones por daños y perjuicios a ser decididas por los Tribunales, en el que surgen problemas especiales. Pero lo mismo resulta cierto fuera de los Tribunales. La asignación de derechos por la ley y las estructuras creadas para el intercambio (o no intercambio) según la ley puede bien afectar tanto las preferencias¹² como los valores. De esta manera, la ley puede construir en lugar de obtener preferencias tanto internamente, al afectar lo que sucede en el tribunal, y externamente, al afectar lo que sucede en transacciones ordinarias – en el mercado y fuera del mercado.

Para propósitos de análisis, podríamos distinguir entre tres tareas diferentes: positiva, prescriptiva y normativa. El trabajo positivo sin duda se concentra en las predicciones. Si, contrariamente a lo establecido en los supuestos convencionales, a las personas les disgustan las pérdidas mucho más de lo que les gustan las ganancias equivalentes, las predicciones serán equivocadas en la medida en que se basen en dichos supuestos convencionales. Tal como veremos brevemente, este punto tiene implicancias importantes para el análisis positivo del Derecho, incluyendo prominentemente el Teorema de Coase.

La tarea prescriptiva se preocupa en mostrar cómo la sociedad realmente podría lograr metas compartidas; este es el propósito central del análisis económico del derecho. Consideremos las siguientes campañas de información, las cuales son equivalentes para el análisis convencional: (a) si usted utiliza métodos de conservación de energía, entonces ahorrará US\$X por año; (b) si usted no utiliza métodos de conservación de energía, entonces perderá US\$X por año. Resulta que la campaña de información (b) es de lejos más efectiva que la campaña de información (a).¹³ Algunas de las características del comportamiento humano, entendida apropiadamente, debilita las prescripciones económicas convencionales sobre lo que funcionará mejor; estas ayudan a explicar, para tomar un ejemplo, precisamente por qué el eslogan publicitario de servicios públicos “*drive defensively; watch out for the other guy*” (“maneje a la defensiva; tenga cuidado con el otro conductor”) es particularmente ingenioso.

El trabajo normativo se concentra en lo que el sistema legal debería hacer. Recientes revisiones a la concepción de la conducta humana alteran enormemente ciertos argumentos contra el paternalismo en el Derecho. Estas ciertamente no dan

¹¹ Ver el texto que acompaña las notas 29-31.

¹² Puede ser conveniente designar esta idea molesta en varios puntos; de hecho, que es uno de los temas del ensayo, el cual depende mayormente implícito. Ver Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Rules*, 96 *Colum L. Rev.* 903, 931-36 (1996).

¹³ Ver Elliot Ainsworth, *The Social Animal* 124-126 (Freeman & Co., Ed. 1996).

lugar a fomentar el paternalismo pero apoyan una forma de anti-antipaternalismo. Si, por ejemplo, las personas usan dispositivos heurísticos que llevan a errores sistemáticos, su opinión sobre cómo lidiar con los riesgos podría ser concebida de manera equivocada.¹⁴ Si la gente es irrealmente optimista, entonces puede decidir correr riesgos en base a una creencia empíricamente falsa en su propia inmunidad al daño, aún si está completamente al tanto de los datos empíricos que sustentan las estadísticas. Y si las elecciones de las personas se basan en juicios incorrectos, al tiempo de la elección, sobre lo que será su experiencia *después de la elección*, entonces hay razones para cuestionar si el respeto por las elecciones enraizadas en estos juicios incorrectos es una buena manera de promocionar la utilidad o el bienestar. Ninguno de estos puntos sustenta firmemente el paternalismo jurídico, particularmente debido a que los burócratas pueden estar sujetos a las mismas distorsiones cognitivas y motivacionales como cualquier otro.¹⁵ Pero si sugieren que las objeciones al paternalismo deberían ser empíricas y pragmáticas, estando relacionadas con la posibilidad de educación y con probables fallas de respuesta del gobierno, en lugar de ser deducidas por su naturaleza.

Ahora permítanme exponer algunos detalles, siguiendo algunos de los principales hallazgos¹⁶ que emergen de la investigación conductual y mostrando cómo hacen referencia al análisis positivo, prescriptivo y normativo en el Derecho.¹⁷

¹⁴ Así, la información sobre las heurísticas y las tendencias ayudan a sustentar el análisis en Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation* (Harvard 1993) (favoreciendo las evaluaciones del riesgo basadas en la tecnocracia).

¹⁵ Ver W. Kip Viscusi, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk* (Oxford 1992).

¹⁶ La discusión es ilustrativa, no exhaustiva. Otros ejemplos son amplios. Por ejemplo, la gente parece no ignorar los costos irreversibles. Ver Thaler, *Quasi Rational Economics* en 11-13, 148-49 (citado en la nota 2). Este punto está relacionado con las predicciones sobre la conducta de los contratistas. Yo tampoco he dado lugar a una discusión reduccionista sobre los efectos de estructuración de la conducta. Por ejemplo, si a mí me dicen que de 400 personas que se someten a cierta operación, 350 están vivas después de cinco años, muchas más personas se someterán a dicha operación de las que lo harían si les dijeran que de las 400 personas que fueron operadas, murieron 50 después de cinco años. Ver Donald A. Redelmeier, y otros, "Understanding Patients' Decisions," 270 JAMA 72, 73 (1993). Este efecto puede reflejar no confusión sobre el valor esperado sino más bien el significado social de la declaración; cuando una persona dice que cierto número de personas morirá, puede estar indicando algo sobre la naturaleza de la opción, y la señal puede ser diferente a la declaración (matemáticamente equivalente) de que cierto número de personas vivirá. Para un punto de vista contrastante, ver Willem A. Wagenaar, Gilidon Keen y Sarah Lichtenstein, *Islanders and hostages: Deep and surface structures of decision problems*, en William M. Goldstein y Robin M. Hogarth, eds., *Research on judgment and decision making: Current, connections, and commentaries* 552, 552-64 (Cambridge 1997) (discutiendo sobre las diferencias entre situaciones matemáticamente equivalentes).

La gente también tiene diferentes opiniones sobre la probabilidad después de las diversas descripciones del mismo problema, en parte porque una descripción que pone énfasis a los componentes de una categoría ("¿Cuán probable es que X muera de cáncer, una enfermedad al corazón u otras causas naturales?") produce números mayores que el que hace referencia a la categoría en sí ("¿Cuán probable es que X muera de causas naturales?") Ver Amos Tversky y Derek J. Kahneman, *Support Theory: A Nonextensional Representation of Subjective Probabilities*, 101 Psych Rev 547, 550 (1994). También existe un hallazgo reciente de una "ilusión de concentración", mediante la cual la gente, al acostumbrarse en un componente de bienestar, piensa que es mucho más importante para el bienestar de lo que lo es en realidad. Ver David A. Schkade y Daniel Kahneman, *Would You Be Happier if You Lived in California? A Facing Illusion in Judgments of Well-Being* (1) (Manuscrito sin publicar). Ver también Richard H. Thaler, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* (Sage 1994), para una colección instructiva.

¹⁷ Una pregunta interesante consiste en si estos diversos efectos varían según la cultura y (de manera relacionada) si podrían ser cambiados através de la educación. Existe evidencia de que los resultados del juego «ultimatum» no varían según la cultura, ver Colin Camerer y Richard H. Thaler, *Anomalies: Utilities, Division and More*, 9 J Econ Persp 209, 211-19 (Primavera 1995); Alvin E. Roth, *Bargaining Experiments*, en Kagel y Roth, eds., *Handbook of Experimental Economics* en 287-88 (citado en la nota 6). Pero esto es sólo un comienzo.

II. AVERSIÓN A LAS PÉRDIDAS

Las personas le tiene una aversión especial a perder.²⁸ Les disgustan más las pérdidas de lo que les placen las ganancias equivalentes, aproximadamente, les disgusta el doble.²⁹ De manera opuesta a la teoría económica, la gente no trata los costos que afectan a su bolsillo de manera equivalente a como trata los costos de oportunidad.

La aversión a perder tiene implicancias importantes para el análisis positivo del Derecho. Esto significa, por ejemplo, que el Teorema de Coase, en un aspecto, está bastante equivocado.³⁰ El teorema está equivocado porque la asignación de la titularidad del derecho subjetivo puede significar mucho en el sentido que es más probable que aquellos a los que inicialmente se les asigna la titularidad de un derecho lo valoren más que aquellos que no tienen dicha titularidad. Así, los trabajadores a los que se les asigna un derecho (renunciable) a ser despedido solo por justa causa bien podrán valorar este derecho mucho más de lo que lo harían si a los empleadores se les asignara un derecho (negociable) a despedir a sus trabajadores sin causa; así, los que respiran aire bien podrán valorar su derecho (negociable) a estar libres de contaminación mucho más de lo que lo harían si a los contaminadores se les hubiera dado un derecho (negociable) a emitir sustancias contaminantes. La titularidad crea un «efecto donación», es decir, se genera una valoración mayor por el solo hecho de la atribución inicial gratuita de un derecho subjetivo. Este efecto ha sido observado en muchos contextos.³¹

Existe un punto más. La gente le tiene aversión a las pérdidas, pero ello depende de si un evento es “codificado” como una pérdida o una ganancia, y tal codificación no depende de hechos simples sino de una gama de factores contextuales, incluyendo cómo se enmarca el evento. Usualmente el *status quo* es el punto de referencia, de manera que las pérdidas son entendidas como tales por referencia a las distribuciones y prácticas existentes relacionadas con dichas pérdidas³²; pero es posible manipular el marco dentro del cual se adopta la decisión de tal manera que el “código” sea uno

Es de especial interés el hecho que los pictóricos y las ratas parecen comportarse de acuerdo con la teoría de prospectos en lugar de la teoría del promedio esperado. Ver John H. Kagel, Raymond C. Battalio, y Leonard Green, *Economic Choice Theory: An Experimental Analysis of Animal Behavior* 162-67 (Cambridge 1995).

²⁸ Kahneman, Knetsch y Thaler, 98 *J Pol Econ* en 1328 (citado en la nota 6); Thaler, *Quasi Rational Economics* en 143 (citado en la nota 2); Camerer, *Individual Decision Making*, en Kagel y Roth, eds., *Handbook of Experimental Economics* en 665-70 (citado en la nota 6). La aversión a perder es un aspecto de la teoría de prospectos. Ver Kahneman y Tversky, 47 *Econometrica* en 274-89 (citado en la nota 5). En las implicaciones relacionadas a las políticas, ver Jack L. Knetsch, *Reference Points, Fairness, and Choice of Measure to Value Environmental Changes* en Max H. Bazerman y otros, eds., *Environmental Ethics and Behavior* 13 (New Lexington 1997).

²⁹ Kahneman, Knetsch y Thaler, 98 *J Pol Econ* en 1339 (citado en la nota 6) (reportando datos que muestran que el valor medio de un objeto era dos veces mayor para una persona que actúa como vendedor que para una que actúa como comprador).

³⁰ *Id.* en 1344-45. El axioma se mantiene vigente en la medida que sugiere que la inicial atribución del derecho no afectará la eficiencia, bajo las condiciones indicadas.

³¹ Ver *id.* en 1325-29; Cass R. Sunstein, *Endogenous Preferences, Environmental Law*, en Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice* 245 (Oxford 1997).

³² Ver William Samuelson y Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 *J Risk & Uncertainty* 7, 9 (1988). La tendencia del *status quo* que está relacionada con el fenómeno de “tendencia de comisión”: la gente preferiría cometer un error de omisión que uno de comisión, sólo en el contexto de las vacunas de los hijos, donde la tendencia de comisión puede incrementar ostensiblemente los riesgos para los niños. Ver Itara Ritov y Jonathan Baron, *Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity*, 3 *J Behav Decision Making* 263, 264 (1990).

de pérdida en lugar de uno de ganancia, o viceversa. Consideremos una compañía que diga "descuento en efectivo" en lugar de "recargo por tarjeta de crédito"; o un padre que diga que por el comportamiento X (en lugar del comportamiento Y) el niño será recompensado, en lugar que diga que por el comportamiento Y (en lugar del comportamiento X) el niño será castigado;²³ o un comercial familiar que diga "no puedes darte el lujo de no" usar cierto producto. En la normatividad ambientalista, es posible manipular el punto de referencia insistiendo en que los encargados de formular políticas están tratando de "restaurar" la calidad del agua o del aire al estado en que se encontraba en la fecha X; una propuesta para "mejorar" la calidad del aire o del agua desde la fecha Y podría "codificarse" de manera bastante diferente. El tiempo de restauración tiene gran importancia para la opinión de las personas.²⁴

Para estos propósitos, la fuente más importante de puntos de referencia es el Derecho: ¿Dónde ha colocado el sistema legal las titularidades iniciales? Aún queda mucha investigación por hacer sobre los efectos de esta asignación inicial. Por ejemplo, el punto se relaciona a la distinción entre "subsídios" y "penalizaciones" que ha demostrado ser crucial para la regulación de lo inconstitucional.²⁵ Esta distinción puede ser entendida como respuesta al fenómeno de la aversión a las pérdidas, y el contexto específico en el que se produzca la decisión tiene una gran influencia sobre las opiniones sobre si una medida constituye un subsidio o una penalidad.²⁶

La aversión a las pérdidas también genera preguntas serias sobre el objetivo del sistema de responsabilidad civil. ¿Deberían los daños medir el monto que restauraría a la parte lesionada al estado anterior al daño o deberían reflejar el monto que pretendería la parte lesionada para dejarse lesionar antes del hecho si pudiera negociar? Parece que los jurados creen que el monto que se exigiría antes de la lesión es de lejos mayor que el monto que pretendería la parte lesionada para que se le restaure al estado anterior al daño.²⁷ Generalmente, parece que el sistema legal ve la compensación como un mecanismo para restaurar, aunque no parece haber hecho esta elección de manera consciente o sistemática. La aversión a perder también tiene grandes implicancias para la elección entre las reglas de responsabilidad y las reglas de propiedad. Las reglas de propiedad permiten una expropiación del derecho sobre la base de la "voluntad de aceptar" del titular del derecho; las reglas de responsabilidad formulan la pregunta en términos de "voluntad de pagar". La bibliografía económica sobre la elección entre ambas generalmente no reconoce que las valuaciones resultantes pueden ser dramáticamente diferentes.²⁸

Comparamos el hallazgo de que el status quo se hace más atractivo cuando hay dos alternativas en lugar de una. Así, los médicos, formuladores de políticas, y la gente común, cuando se encuentran ante una elección, pueden ser ambivalentes entre una opción de status quo (permanecer en casa y estudiar hoy en la noche, prescribir el curso ordinario del tratamiento, no salirse de la política actual) y una única opción: la introducción de una nueva alternativa hace que el status quo sea más atractivo. Ver Amos Tversky y Eldar Shafir, *Choice Under Conflict: The Dynamics of Deflected Decisions*, 5 *Psychol Sci* 358 (1992).

²³ La experiencia personal sugiere que esto sí funciona.

²⁴ Ver Robin Gregory, Sarah Lichenstein y Donald MacGregor, *The Role of Past Status in Determining Reference Points for Policy Decisions* 55 *Organizational Behavior and Human Decisions Processes* 195 (1993).

²⁵ Ver Geoffrey R. Stone, y otros, *Constitutional Law* 319-23 (Little, Brown 5ena ed. 1994).

²⁶ Ver, por ejemplo, *Harris vs. McRae*, 448 US 297, 315-18 (1980).

²⁷ Ver Edward L. McCaffrey, Daniel J. Kahneman y Matthew L. Spitzer, *Framing the Jury: Cognitive Perspectives on Pain and Suffering Awards*, 81 *Va L. Rev* 1341, 1372-73 (1995).

²⁸ Ver, por ejemplo, Louis Kaplow y Steven Shavell, *Property Rules vs. Liability Rules: An Economic Analysis*, 100 *Harv L. Rev* 713, 730-32 (1990).

Además, consideremos el hecho de que las personas bien puedan elegir A sobre B cuando se le hace la pregunta “¿cuál de las dos opciones acepta?”, pero pueden elegir B sobre A cuando se hace la pregunta “¿cuál de estas dos opciones rechaza? Ello ocurre cuando A tiene características más positivas y más negativas que B. En la pregunta formulada enmarcada como “aceptación” resaltan las características positivas; en la pregunta enmarcada como “rechazo” sobresalen las características negativas.²⁹ Este punto tiene estrecha relación con la estrategia a seguir ante los miembros de un jurado o ante los Tribunales.

III. AVERSIÓN A LOS EXTREMOS

La gente le tiene aversión a los extremos. Si una opción es extrema, depende de las alternativas a dicha opción. La aversión a los extremos da lugar a *efectos de transacción*. Así, entre las alternativas dadas, la gente busca llegar a un arreglo. En este sentido, así como en otros, la forma en la que se enmarcan las alternativas y la introducción de alternativas que aparentemente son irrelevantes, pueden alterar el resultado. Por ejemplo, cuando la gente está eligiendo entre una radio pequeña A y una radio mediana B, la mayoría puede bien elegir la alternativa A; sin embargo, es probable que la introducción de una tercera radio grande C puede llevar a mucha gente a elegir la radio B.³⁰ Así, la introducción de una tercera opción irrelevante puede producir un cambio en la elección entre las dos opciones originales. Casi todos han experimentado la situación consistente en haber cambiado su elección original y luego optar por un plato que es el segundo más caro del menú, solo por el hecho de haberse dado cuenta de la existencia de una opción que es la más cara.³¹

La aversión a los extremos sugiere que un axioma simple de la teoría económica convencional –el cual involucra la irrelevancia de las alternativas añadidas que no han sido elegidas– es equivocado.³² Esto también tiene grandes consecuencias para el litigio y la toma de decisiones, así como para las predicciones sobre los efectos del Derecho. ¿Cómo una opción preferida puede ser enmarcada mejor como la opción de “transacción”? ¿Cuándo un abogado debe argumentar con alternativas y qué tipos de argumentos alternativos son más efectivos? Esta debería ser una pregunta central que los abogados deben responder. Los jurados y los jueces pueden tratar de optar por una solución de transacción, y lo que es “codificado” como la solución de transacción depende de las alternativas que están disponibles. En las elecciones, las intervenciones médicas y la formulación de políticas, los efectos de transacción pueden ser de gran importancia.

IV. TENDENCIA A LA AUTOCOMPLACENCIA, OPTIMISMO IRREALISTA Y CONFIANZA EXCESIVA

El juicio de las personas sobre lo justo es autocomplaciente con uno mismo; la gente también tiende a ser optimista de manera irreal y a tener una confianza excesiva

²⁹ Ver Elibe Shafir, Izuru Simonson y Amos Tversky, *Review-Based Choice*, en Goldstein y Hogarth, eds. *Judgment* 69, 77-76 (citado en la nota 16)

³⁰ Ver Mark Kelman, Yuval Rotemberg y Amos Tversky, *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25 *J. Legal Stud.* 287, 288 (1996)

³¹ Comparemos el fenómeno de “contraste de intercambio”: la introducción de una tercera alternativa puede ser algo característico de la elección específicamente sobresaliente y de esta manera afecta la opinión. Ver *id.*

³² Ver Amos Tversky, *Journal of Consumer of Choice* 61 *Economica* 495 (1993).

sobre su propia capacidad de juzgar.³³ En una pareja elegida al azar, es altamente probable que la adición de respuestas a la pregunta ¿qué porcentaje del trabajo doméstico haces tú? producirá como resultado un número mayor al 100%. El punto está relacionado al fenómeno inexplicable de los impases en las negociaciones. ¿Por qué no se llegan a resolver más casos? ¿Por qué el sistema legal gasta tanto en la conciliación de controversias? Parte de la respuesta descansa en el hecho de que la tendencia a ser autocomplaciente con uno mismo, la creencia de que uno merece más de lo que los demás tienden a pensar que no merece, afecta a ambas partes en una negociación y esto hace que sea difícil llegar a un acuerdo.³⁴

El optimismo irrealista y la autocomplacencia están relacionados a la presencia de riesgos individuales, y por tanto en el rol que desempeña el Estado regulador, especialmente en el área de riesgos a la vida y a la salud. Incluso la gente informada de manera realmente objetiva tiende a pensar que es menos probable que los riesgos se materialicen para ellos mismos que para otros. Así, existe una sobre-confianza sistemática en cuanto a los riesgos, ya que la mayoría de las personas cree que es menos probable que ellos sean víctimas de accidentes automovilísticos, a ser infectados de SIDA, a sufrir ataques al corazón, asma y a muchos otros riesgos que comprometan su salud, en comparación a otras personas.³⁵ Por ejemplo, en una encuesta el 90 por ciento de los conductores de autos se consideran entre los conductores que se encuentran por encima del promedio.³⁶ En otra encuesta, estudiantes a quienes se les pidió que predijeran su futuro dijeron que, en comparación a sus compañeros de clase, era menos probable que ellos fueran despedidos de un trabajo, o que sufrieran un ataque al corazón o que les diera cáncer, o que se divorcien después de pocos años de matrimonio o que tengan un problemas con el alcohol.³⁷

Parece que el optimismo irrealista caracteriza a la gente en la mayoría de estratos sociales.³⁸ Las personas subestiman sistemáticamente hasta qué punto están en riesgo, y las percepciones de invulnerabilidad relativa afectan las prácticas preventivas de salud.³⁹ Una encuesta al azar realizada a nivel de comunidad sobre las actitudes en torno a los riesgos de salud reveló la creencia sistemática de una inmunidad al riesgo que está sobre el promedio.⁴⁰ La gente mayor subestima la probabilidad de ser parte de un accidente automovilístico o de contraer alguna grave enfermedad.⁴¹ Parece ser que los homosexuales subestiman sistemáticamente la posibilidad de contraer el

³³ Ver Daniel Kahneman y Amos Tversky, *Conflict Resolution: A Cognitive Perspective*, en Kenneth J. Arrow, y otros, eds., *Barriers to Conflict Resolution* 44, 46-50 (Norton 1995).

³⁴ Ver id.; Linda Babcock y George Loewenstein, *Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases*, 11 *J Econ Persp* 109-21 (1997).

³⁵ Ver Neil D. Weinstein, *Optimistic Biases About Personal Risks*, 246 *Science* 1232 (1990).

³⁶ Shelley E. Taylor, *Positive Illusions: Creative Self-Deception and the Healthy Mind* 10-11 (Basic 1990).

³⁷ Id. en 33.

³⁸ Id.

³⁹ Laurie J. Baumay y Karolyn Siegel, *Misestimation Among Gay Men of the Risk for AIDS Associated with Their Sexual Behavior*, 17 *J Applied Soc Psych* 320, 336-31 (1987).

⁴⁰ Neil D. Weinstein, *Overestimating Optimism About Inevitability to Health Problems: Conclusions from a Community-Wide Sample*, 10 *J Behavioral Medicine* 451, 497-58 (1987).

⁴¹ Taylor, *Positive Illusions* en 33 (citado en la nota 36).

SIDA, aunque no les falte información sobre los riesgos del SIDA en general.⁴² Asimismo, consideremos la evidencia empírica reciente de que los trabajadores tienen poco conocimiento de la existencia de una norma que permite el despido sin causa, creyendo por el contrario que los trabajadores tienen fuertes protecciones legales contra los despidos arbitrarios.⁴³ Esta evidencia es consistente con la hipótesis de que las personas son sistemáticamente optimistas; ello puede sugerir un fenómeno omnipresente en la comprensión popular del Derecho.

El optimismo irrealista y la autocomplacencia son relevantes para el análisis positivo y prescriptivo del Derecho. Los esfuerzos por educar a la gente en cuanto al riesgo pueden verse mediatizados por el optimismo irreal; por lo tanto, el simple conocimiento estadístico puede fallar en producir la información adecuada. Además, los esfuerzos por incrementar las soluciones consensuales deben tomar en cuenta la tendencia a ser autocomplaciente; los problemas con la creación negociada de normas, uno de los nuevos desarrollos más populares en el Derecho administrativo, puede tener en sus raíces una tendencia de la autoridad a ser autocomplaciente. La evidencia de la tendencia antes mencionada también complica la visión bastante difundida de que la gente a menudo exagera los eventos de poca probabilidad. Mientras que la gente algunas veces piensa que los eventos de baja probabilidad tienen una más alta probabilidad que las que de hecho tienen⁴⁴, muchos agentes individuales piensan que ellos, personalmente, son menos susceptibles a dichos eventos, lo cual puede llevarlos a subestimar en lugar de sobrestimar las probabilidades. Notemos también la posibilidad de implementar estrategias contrarias a las tendencias descritas; parece posible reducir la tendencia a la autocomplacencia pidiendo a la gente que enumere las debilidades en su propia visión o caso.⁴⁵

V. UTILIDAD DE LA DECISIÓN VS. UTILIDAD DE LA EXPERIENCIA

En economía, a menudo se asume que la utilidad de la experiencia es mejor medida mediante la utilidad anticipada que muestran las decisiones de las personas. Pero un gran número de investigaciones recientes⁴⁶ muestra que podrían haber diferencias sistemáticas entre la utilidad esperada al momento de la toma de decisión, y la utilidad que se experimenta como resultado de la decisión. El juicio de la gente sobre su experiencia al momento de la decisión puede estar equivocado; pues puede ser complicado evaluar cómo será realmente la experiencia futura.

Existen muchos ejemplos de esta divergencia entre la utilidad de la decisión y la utilidad de la experiencia. Podemos inferir del fenómeno de la aversión a perder que las personas valoran los bienes, más cuando son dueños, que cuando no lo son.⁴⁷

⁴² Bauman y Siegel, 17 *J. Applied Soc. Psychol.* en 331 (citado en la nota 39)

⁴³ Ver Pauline Kim, *Boyseney With Imperfect Information: A Study of Worker Perception of Legal Protection in an At-Will World*, 83 *Cornell L. Rev.* (primavera 1997)

⁴⁴ Este efecto puede provenir de la heurística de la disponibilidad. Ver notas 61 y 62

⁴⁵ Ver Linda Babcock, George Loewenstein y Samuel Isaacowitz, *Debating Lifetime Income* (próximo *J.L. & Social Inquiry*)

⁴⁶ Ver Daniel Kahneman, *New Challenges to the Rationality Assumption*, en Arius, y otros, eds., *Economic Behavior in 2011* (citado en la nota de George Loewenstein y David Schkade, *Wouldn't It Be Nice? Predicting Future Feelings*, que aparece en E. Diener, N. Schwarz, y D. Kahneman, eds., *Positive Psychology: Scientific Approaches to Happiness, Suffering, and Well-Being* (próximo Sage).

⁴⁷ Ver Page 1.

Este "efecto de donación" ha sido observado en muchas situaciones.⁴⁸ Sin embargo, en experimentos recientes, la gente ha podido predecir el efecto de donación, y de esta manera no ha podido predecir sus propios gustos.⁴⁹ Este descubrimiento es comparado con muchos estudios que muestran que las personas no predicen acertadamente las consecuencias de ciertos eventos importantes, tales como ganar la lotería o quedar parapléjico. (Ganar la lotería produce ganancias mucho menos placenteras de lo esperado, y la gente se adapta a quedarse parapléjico con mucha más facilidad de lo esperado).⁵⁰

Un ejemplo de especial importancia de la utilidad anticipada inexacta proviene de un estudio relacionado con pruebas de VIH. Las personas le tienen gran terror a su reacción si se entera que son VIH positivo; predicen un alto grado de pánico y depresión. Sin embargo, la evidencia sugiere que la gente es capaz de adaptarse bastante bien a las malas noticias y que su pánico y depresión son mucho menos severos de lo que temían.⁵¹ Las expectativas pesimistas sobre cómo reaccionarían ante un resultado positivo podría por lo tanto llevar a las personas a «no someterse a las pruebas»; es probable que la gente le tenga una especial aversión a someterse a un proceso al cual le tienen mucho miedo. Se puede observar que los enfoques regulatorios (educación, persuasión, incentivos financieros, coerción concebible) podrían tener mucho sentido.

Algunos economistas han destacado que las personas tienen información adecuada sobre los riesgos de fumar y que por lo tanto regulación adicional resultaría inapropiada.⁵² Tal vez la mayoría de la gente sí conoce muchos de los «hechos» básicos. Pero un estudio realizado a estudiantes de secundaria sugiere un problema: aproximadamente un tercio de los fumadores adolescentes creía que no había riesgo al fumar una cajetilla de cigarrillos diariamente durante los primeros años después de comenzar a fumar. Los jóvenes que fumaban pensaban que personalmente estaban expuestos a menor riesgo al fumar. El 85% de los estudiantes de adolescentes que fumaban ocasionalmente creían que en cinco años ya no fumarían, mientras que el 58% realmente habían dejado de fumar después de cinco años y el 37% había incrementado su consumo. Aproximadamente el 32% de los que fumaban una cajetilla diariamente creía que dejaría de fumar en cinco años, de los cuales solo el 13% lo hizo de verdad.⁵³

Cuando las decisiones de las personas no predicen correctamente su experiencia, un argumento común contra el paternalismo (en el sentido que la gente común elige lo que promoverá su bienestar) ya no es previsible. Tal vez, finalmente sea posible ser sistemático en asuntos de esta clase – para saber, con algo de precisión, cuándo las decisiones de la gente producirán malas experiencias.

⁴⁸ Ver Thaler, *Quasi-Rational Economics* en 167-86 (citado en la nota 2).

⁴⁹ Ver George Loewenstein y Daniel Adler, *A Bias in the Prediction of Tastes*, 105 *Econ J* 929, 935-36 (1995); Loewenstein y Schkade, *Wouldn't It Be Nice?* (citado en la nota 46).

⁵⁰ Ver Loewenstein y Schkade, *Wouldn't It Be Nice?* (citado en la nota 46).

⁵¹ Ver Eliah M. Sieff, Robert M. Dawes, y George Loewenstein, *Anticipated Versus Actual Reaction to HIV Test Results* (mimeo Am J Psych.).

⁵² Ver W. Kip Viscusi, *Smoking: Making the Bicy Decision* (Oxford 1992).

⁵³ Ver Paul Slovic, *What does it mean to know a cigarette is bad?* (mimeo) Behavioral Decision Making.

VI. COOPERACIÓN, JUSTICIA Y LA APARIENCIA DE JUSTICIA

Con frecuencia los economistas asumen que la gente es egoísta. Esto bien puede ser verdad y a menudo es una útil suposición simplificadora. Pero la gente también puede querer actuar justamente y, tal vez más importante, la gente quiera que los demás vean que actúa de manera justa, especialmente ante los ojos de los que no son extraños. Con el propósito de entender el Derecho, lo que es especialmente importante es saber que la gente está dispuesta a sacrificar su propio interés económico para poder ser, o aparentar ser, justa.

Por ejemplo, consideremos el juego "últimatum".⁵⁴ Las personas que dirigen el juego dan algo de dinero, de manera provisional, al primero de dos jugadores. Se instruye al primer jugador para que ofrezca parte del dinero al segundo jugador. Si el segundo jugador acepta dicho monto, éste puede guardar lo que se le ofrece, y el primer jugador llega a quedarse con el resto. Pero si el segundo jugador rechaza la oferta, ninguno de los jugadores obtiene algo. A ambos jugadores se les informa que esas son las reglas. No se permite ningún tipo de negociación. Utilizando suposiciones estándares sobre racionalidad, egoísmo y elección, los economistas predicen que el primer jugador debería ofrecer un centavo y el segundo jugador debería aceptar. Pero esto no es lo que ocurre. Las ofertas generalmente son entre el 30% y 40% del porcentaje total. Las ofertas menores al 20% a menudo son rechazadas. Con frecuencia se divide en 50-50. Estos resultados suceden iguales en diversos niveles de dinero en juego y también atraviesan diversas culturas.⁵⁵

Los resultados del juego del ultimatum son altamente sugestivos. Quizás las personas no violarán las normas de justicia, aún cuando al hacerlo se encuentren dentro de su propio interés económico, al menos si las violaciones de la norma son públicas. ¿Las compañías incrementan siempre los precios cuando las circunstancias crean escasez a corto plazo? Por ejemplo, ¿existen restricciones sociales en cuanto al incremento del precio de las palas para nieve luego de una tormenta de nieve, o del precio de los paraguas durante una tormenta de lluvia? Bien puede ser que los contratistas sean reacios a tomar ventaja de las desgracias de otros, en parte debido a las restricciones sociales con respecto a la conducta egoísta. En este aspecto hay mucho trabajo de investigación por hacer en el futuro.

Similarmente, el trabajo experimental muestra un alto grado de cooperación en las situaciones asimilables al modelo del "Dilema del Prisionero", especialmente cuando la gente se comunica entre sí.⁵⁶ Actualmente existe gran cantidad de evidencia sobre los mecanismos mediante los que es producida la cooperación.⁵⁷ La identidad grupal parece ser importante, al igual que la práctica de la aplicación de las normas

⁵⁴ Ver Roth, *Bargaining Experiments*, en Kagel y Roth, eds., *Handbook of Experimental Economics* en 282-88 (citado en la nota 6); y Camerer y Thaler, "J Econ Persp" en 209-18 (citado en la nota 17), para una discusión en general.

⁵⁵ Camerer y Thaler, "J Econ Persp" en 210-11 (citado en la nota 17).

⁵⁶ Para una visión general, ver John O. Ledyard, *Public Goods: A Survey of Experimental Research*, en Kagel y Roth, eds., *Handbooks of Experimental Economics* 111, 111-73 (citado en la nota 6).

⁵⁷ Ver Robert M. Dames, Alphon J. C. Van de Kragt, y John M. O'Neill, *Not we or thee but us: The importance of group identity in eliciting cooperation in dilemma situations: Experimental investigations*, en Goldstein y Hogarth, eds., *Judgment* 379, 389-91 (citado en la nota 16).

en la esfera privada.⁴⁰ Estos puntos son especialmente importantes para el Derecho, y particularmente para la relación entre el Derecho y las "cascadas de normas", produciendo cambios en la conducta a gran escala. En algunos contextos, el mero anuncio de un requerimiento legal puede dar a paso a dichos cambios, especialmente cuando la violación por parte de una persona puede ser observada por otras, y de esta manera la coerción privada se hace posible a través de la imposición de sanciones basadas en la reputación.⁴¹

VII. HEURÍSTICAS Y TENDENCIAS

La gente opina sobre la probabilidad basándose en los mecanismos heurísticos, que tal vez son producto de los altos costos que supone la investigación a profundidad, que funcionan en muchos casos pero que también tienden a errores sistemáticos.⁴² Este trabajo se relaciona con la demanda de (y por lo tanto también la oferta de) servicios gubernamentales, incluyendo la regulación. Esto también tiene implicancias para el sistema de jurados –sugiriendo que es probable que los jurados cometan muchos errores en términos de evaluaciones de probabilidad y que la corrección de dichos errores representa una gran tarea para el sistema legal. A continuación podrán encontrar una breve descripción de varias heurísticas de particular relevancia para el Derecho, y de algunas posibles respuestas.

1. Disponibilidad

Las personas tienden a pensar que los riesgos son más serios cuando un incidente fácilmente viene a la mente o está "disponible".⁴³ Si es omnipresente, la heurística de disponibilidad producirá errores sistemáticos. Las evaluaciones de riesgo serán influenciadas en el sentido que la gente pensará que algunos riesgos (de un accidente nuclear por ejemplo) son altos, mientras que otros (de sufrir un ataque cardíaco por ejemplo) son relativamente bajos. Las "cascadas de disponibilidad" pueden producir una gran demanda del Derecho, tal como sucede en el familiar síndrome "el contaminante del mes" en el Derecho ambiental. Carecemos de un firme entendimiento acerca de cómo ocurren las cascadas de disponibilidad y cómo las instituciones podrían estar diseñadas para producir las respuestas adecuadas.⁴⁴

2. Anclaje

Con frecuencia las personas tienen opiniones sobre la probabilidad basándose en un valor inicial o "ancla", a partir del cual realizan ajustes que resultan insuficientes.⁴⁵ El valor inicial puede tener una fuente arbitraria o irracional. Cuando

⁴⁰ Ver Robert A. Kagau y Janine H. Skolnick, *Smoking Smoking: Causation Without Enforcement*, en Robert Rubin y Stephen D. Sugarman, eds., *Smoking Policy: Law, Politics and Culture* 69, 76-83 (Oxford 1993).

⁴¹ Ver id., Sunstein, 96 *Columna 1*, Rev. en 945-46 (citado en la nota 12).

⁴² Ver Camerer, *Individual Decision Making*, en Kagel y Roth, eds., *Handbook of Experimental Economics* en 590-616 (citado en la nota 6).

⁴³ Ver Kahneman y Tversky, *Conflict Resolution*, en Arrow, y otros, eds., *Barriers to Conflict Resolution* en 47-48 (citado en la nota 35); Vinson, *Family Tradeoffs* (citado en la nota 15).

⁴⁴ Timur Kuran y Cass R. Sunstein, *Amiability Cascades and Risk Regulation* (trabajo en progreso), es un esfuerzo por lidiar con estos problemas.

⁴⁵ Ver Kahneman y Tversky, *Conflict Resolution*, en Arrow, y otros, eds., *Barriers to Conflict Resolution* en 54-55 (citado en la nota 35).

esto es así, la evaluación de la probabilidad puede ser bastante errónea, tal como lo serán todas las futuras evaluaciones basadas en el ancla original. Este punto está relacionado con las deliberaciones del jurado que reconstruyen los hechos; un "ancla" original, basada en cierta evidencia al momento del juicio, puede ser difícil de ignorar. El punto también sugiere problemas penetrantes en determinaciones del daño, en los que las anclas arbitrarias pueden amenazar gravemente. Por ejemplo, en el caso de daños punitivos o daños por dolor o sufrimiento, difamación, o imposición intencional de angustia emocional, es probable que un gran monto fijado posteriormente, como ancla dentro del procedimiento judicial, cambie la pretensión original del demandante.

3. Representatividad

Las opiniones sobre la probabilidad son en gran parte opiniones sobre el hecho de si algún proceso A va a originar algún evento B. Por ejemplo, ¿bajo qué circunstancias conducir producirá un incremento significativo en la contaminación del aire o los accidentes fatales? ¿Cuándo las bolsas de aire (*airbags*) representarán riesgos para los niños? ¿Los pañales desechables causan problemas de contaminación? Al responder a dichas preguntas, la gente se pregunta en qué medida A es representativo de B, pero solo piensan en el sentido que A se asemeja a B. Este punto sugiere que para la gente será irrelevante el tamaño de la muestra estadística, y no comprenderá el fenómeno de regresión hacia la mediana, así como tendrá una confianza excesiva en sus propios juicios y malinterpretará la probabilidad al entender mal cómo funciona la muestra a partir de la cual se evalúa la frecuencia de un evento.⁶⁴ Como resultado, las personas pueden malentender sistemáticamente los niveles de riesgo. A manera de ejemplo, consideremos la pregunta de si hay probabilidad de que la exposición a los pesticidas cause cáncer. Si se toma a los "pesticidas" como sustancias generadoras del cáncer, entonces la gente juzgará que la probabilidad de que causen cáncer es bastante alta. Pero este juicio bien puede estar equivocado.

4. Teoría de la Decisión Basada en Casos

Los mecanismos heurísticos a menudo son usados cuando los costos de deliberación son altos; en tales casos, las decisiones de segundo orden, que operan como reglas por defecto, pueden realizar evaluaciones específicas que son menos necesarias. Una manera importante de reducir los costos de decisión consiste en realizar evaluaciones basándose en casos previos en lugar de hacerlo a través de evaluaciones específicas y los costos y beneficios relevantes.⁶⁵ Las personas a menudo razonan de esta manera, recordando casos particulares y viendo cómo el problema inmediato se compara con estos casos; este puede ser un método importante para reducir los costos de decisión.

Una visión de las decisiones basadas en los casos como una manera de minimizar los costos de decisión —mientras se producen costos de error aceptablemente bajos— tiene consecuencias significativas para la comprensión del Derecho. Por supuesto que la adjudicación es una forma de razonamiento basado en los casos. Nosotros podemos entender mejor su naturaleza, y así sus defectos y virtudes, si lo vemos como una alternativa tanto para la teoría de la utilidad esperada y las decisiones

⁶⁴ *Ibid.* en 46.

⁶⁵ Robert Gilbrey y David Schmeidler, *Case-Based Decision Theory*, 110 Q. J. Econ. 605, 608-10 (1995).

sujetas a las reglas. Esta alternativa responde a las características distintivas de las instituciones judiciales.⁶⁶

Los hallazgos sobre las consecuencias de la decisión fundamentada en principios y razones son de un interés similar.⁶⁷ Un resultado importante es que muchas decisiones (y especialmente las violaciones no intuitivas de la maximización del valor) son mejor entendidas si uno se visualiza a los que toman las decisiones recurriendo y dependiendo de las razones precisas para sus decisiones, en lugar de concentrarse en el valor de las opciones. Esta perspectiva es altamente relevante para el Derecho, y para el enfoque "constructivo" a la toma de decisiones que aquí se enfatiza.

5. Estadísticas, no Intuiciones

A pesar de las posibles ventajas en algunos escenarios de la teoría de la decisión basada en casos, una interpretación de los mecanismos heurísticos sugiere que los juicios basados en la intuición son frecuentemente menos precisos que los juicios basados en las regularidades estadísticas.⁶⁸ Esto es particularmente cierto en el caso de los juicios de probabilidad, por los que las personas tienden a tener gran confianza en sus evaluaciones particulares. "La gente tiene una confianza excesiva al evaluar la precisión de sus creencias una por una".⁶⁹ El punto es importante para el Derecho, debido a que los que participan en el Derecho a menudo dependen de las proyecciones de probabilidad basadas en una interpretación altamente particular de un patrón de hechos. Por ejemplo, ¿cuán probable es que cierta acción cause daño? Y ¿cuán probable es que el juicio particular, de un tribunal, se cumpla mejor que una norma?

Investigaciones recientes sugieren que en materias relevantes al Derecho, las opiniones estadísticas deberían recibir mayor atención. Por ejemplo, los expertos en atención médica respondieron a cuestionarios con opiniones optimistas e inexactas sobre el tiempo medio entre el orden de preferencias para la atención en una sala de emergencias y la administración de antibióticos en niños con meningitis.⁷⁰ Es interesante pero quizás no sorprendente descubrir que un testigo experto, en un caso de mal praxis, subestimó el tiempo medio, pero es aún más sorprendente que el espectro de las opiniones entre los doctores como un todo difiere significativamente de la realidad estadística. El fenómeno parece ser atribuible a ciertas tendencias que afectan el recuerdo anecdótico –tendencia hacia el resultado percibido y tendencia

⁶⁶ Identificación de los escenarios en los que tienen sentido las decisiones basadas en los casos. Las mismas decisiones son mejores que las decisiones que se basan en la teoría del provecho esperado cuando la última impone exigencias cognitivas excesivas. Las decisiones basadas en los casos son mejores que las decisiones limitadas a las normas cuando interpretaciones específicas implican pocos errores sin imponer altos costos de decisión. Es posible que para el sistema legal, las decisiones basadas en los casos sean a menudo las mejores, ya que los jueces pueden reducir sus cargas cognitivas de esta manera sin ocasionar errores de norma (imperfección). Naturalmente las normas a menudo son las mejores. Para fines de discusión, ver Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* 161-64 (Oxford 1996).

⁶⁷ Ver Shafir, Simonson, y Tversky, *Reason-based choice* en Goldstein y Hogarth, eds., *Judgment as 89-92* (véase en la nota 29).

⁶⁸ Ver Daniel Kahneman y Dan Lovallo, *Toward Choices and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking*, 79 *Management Science* 17, 19-20 (1993).

⁶⁹ *Id.* en 26.

⁷⁰ Ver William L. Meadows, y otros, *Ought Standard Care Be the "Standard of Care"?* 147 *Am J Diseases of Children* 40 (1993).

de percepción tardía-, mediante el cual las personas creen que era altamente probable que un resultado que se produjo sucediera de esa manera.⁷¹ En los casos de mal praxis, y tal vez en una gran gama de casos diferentes que involucran cuestiones de negligencia fundadas en las opiniones de práctica ordinaria, el sistema legal haría bien en dejar los recuentos basados en anécdotas y las opiniones de expertos y basarse más bien en datos estadísticos. “*El testimonio de expertos médicos que difiere significativamente de esos valores no tiene base en la realidad y no debe ser acreditado*”.⁷²

VIII. “GUSTOS” RELACIONADOS A LA PROBABILIDAD

Aquí no estamos lidiando con errores fácticos, sino con “gustos” o preferencias que llevan a las personas a favorecer ciertos enfoques del riesgo. Los gustos relacionados a la probabilidad presentan preguntas difíciles para el analista político. Estos gustos importan para el Derecho en la medida que están relacionados con la demanda de regulación legal y en la medida que sea altamente probable que afecten las opiniones tanto de los miembros del jurado como de los jueces.

1. “Todo o Nada”

Las personas no sopesan las probabilidades de manera lineal. Lo más importante es el hecho de que la gente prefiera más la eliminación de un riesgo en lugar de su disminución. Así, parece que la gente preferiría más ver un riesgo de 0.001 reducido a cero que un riesgo de 0.02 reducido a 0.01.⁷³ No queda claro si esta preferencia debería estar caracterizada como irracional. Tal vez la gente reciba mucha paz de pensamiento a partir de un riesgo eliminado, y un riesgo de probabilidad reducida aún crea miedo residual. El punto parece reflejarse en el Derecho. Por ejemplo la Ley del Aire Limpio se centra en los modos de asegurar niveles prudentes de calidad de aire, una manera altamente engañosa de solucionar el problema.⁷⁴

1. Aversión a la Ambigüedad

Un “gusto” bastante relacionado es la evitación de la ambigüedad.⁷⁵ Por lo menos cuando carecen de conocimientos relevantes y están concientes de ello, las personas prefieren situaciones de riesgo (en las que las probabilidades pueden ser asignadas a los resultados) por encima de situaciones de incertidumbre (en las que las probabilidades no pueden ser asignadas). Así, la gente le tiene aversión a las situaciones de incertidumbre probabilística e intenta evitar elecciones que la coloquen en tales situaciones. A menudo, la regulación del riesgo es, de hecho, garantizada cuando las probabilidades no pueden ser asignadas. Si las personas le tienen aversión a las ambigüedades, entonces pueden producir un patrón de regulación incoherente, tal vez basados en una percepción ilusoria, relacionada a las opiniones de todo o nada de que algunas cosas son “seguras” y otras son “peligrosas”.

⁷¹ *Id.* en 43.

⁷² *Id.* en 44.

⁷³ Ver Redelmeier, y otros, 270 JAMA en 73 (citado en la nota 16)

⁷⁴ Ver 42 USC § 7409(b)(1) (1994)

⁷⁵ Ver Craig R. Fox y Amos Tversky, *Ambiguity Aversion and Comparative Ignorance*, 110 Q J Econ 585 (1995)

2. Tendencia al Status Quo

Como se observa, la gente evalúa las situaciones en gran medida en concordancia a su relación con cierto punto de referencia; las ganancias y las pérdidas a partir del punto de referencia son cruciales. Una referencia ordinaria es el status quo, el cual produce una tendencia al *status quo*.⁷⁵ El sistema legal es ciertamente receptivo a este tipo de tendencia.⁷⁷

IX. RENDICIÓN MENTAL DE CUENTAS

Una suposición simple y aparentemente controversial de la mayoría de economistas es que el dinero es fungible. Pero la suposición es falsa.⁷⁸ El dinero viene en compartimientos. Las personas crean "estructuras" que resultan en cuentas mentales a través de las cuales las pérdidas y las ganancias, incluyendo las pérdidas y ganancias en simples términos monetarios, no son fungibles entre sí. Un vistazo a la práctica ordinaria muestra que las personas a menudo organizan sus decisiones en términos de separar presupuestos y cuentas. Así, el dinero es para la jubilación; algo es para las vacaciones; algo para la matrícula escolar; algo para la hipoteca o los pagos de la renta. La rendición mental de cuentas es un aspecto importante del autocontrol financiero.

La práctica de la rendición mental de cuentas tiene un rango de implicancias para el Derecho y las políticas. Por ejemplo, sugiere que el gobierno es capaz de crear ciertas cuentas mentales al formular políticas creativas. Y sugiere que puede haber una demanda para cuentas mentales creadas públicamente, tal vez a manera de estrategia de autocontrol, como por ejemplo con Seguridad Social y otros programas con una dimensión aparentemente paternalista. Algunas normas, que parecen evitar que las personas hagan elecciones como desearían, podrían entenderse como una respuesta al difundido deseo de tener cuentas mentales separadas. Naturalmente, existen mecanismos privados para lograr esta meta; sin embargo, los abogados no comprenderán bien estos mecanismos a menos que vean que el mismo dinero no es fungible.

X. LA DIFICULTAD, FUERA DE LOS MERCADOS, PARA TRANSFORMAR DECISIONES DE LA AUTORIDAD (NORMATIVAS) EN DÓLARES

Con frecuencia el sistema legal requiere que los jueces o los jurados tomen decisiones de algún tipo y luego traduzcan dichas decisiones a montos en dólares. ¿Cómo ocurre esta traducción? ¿Puede ser hecha correctamente? Las investigaciones sugieren que en muchos contextos, las decisiones normativas son tanto predecibles como no arbitrarias.⁷⁹ Cuando se pidió evaluar el mal comportamiento que podrían

⁷⁵ Ver nota 22 y el texto que la acompaña.

⁷⁶ Ver Sunstein, *Endogenous Preferences*, in Sunstein, *Free Markets* en 252-53 (citado en la nota 21).

⁷⁷ Ver Thaler, *Quasi Rational Economists* en 26, 92 (citado en la nota 21); ver también Viviana A. Zelizer, *The Social Meaning of Money* (Básico 1994).

⁷⁸ Ver Daniel Kahneman, Ilan Ritov, *Determinants of Stated Willingness to Pay for Public Goods: A Study in the Headline Method*, 9 J Risk & Uncertainty 5, 28-30 (1994); Sunstein, Kahneman y Schkade, *Assessing Plaintiff Damages* (con notas sobre la cognición y valuación en el derecho) (citado en la nota 71). Este último ensayo, basado en 900 temas, trata de la construcción por computadora de 120 millones de jurados, incluyendo (por ejemplo) a todos los jurados blancos, del sexo masculino, pobres, del sexo femenino, latinos, de buena educación o de una educación pobre. Descubre que estos jurados tan diferentes evalúan la barbaridad y el castigo adecuado de manera similar al utilizar una escala numérica limitada del 1 al 6. La historia es mucho más compleja en el caso de una escala limitada en dólares.

producir los daños punitivos en una escala numérica limitada, la gente llegó a decisiones relativamente uniformes. Se ha encontrado una uniformidad similar en valuaciones contingentes de amenidades ambientales.⁸⁰ Pero, el acto de asignar dichas decisiones normativas a una escala ilimitada de dólares produce una condición de falta de predictibilidad y arbitrariedad. Cuando a la gente se le pregunta cuánto está dispuesta a pagar por proteger a dos mil aves, o cuánto se le debería castigar a un acusado por una conducta temeraria que condujo a una lesión personal de un tercero, los números que se generan parecen ser puñaladas en la oscuridad. Sin embargo, el sistema legal frecuentemente depende solo de dichas puñaladas. Así, la indemnización por daños y perjuicios por difamación, acoso sexual, y dolor y sufrimiento son influenciados por diversas dificultades, tal como la compensación por daños punitivos. La comprensión de estas dificultades puede conducir a propuestas concretas de reforma. Quizás la "asignación" pueda ocurrir mediante un órgano legislativo o regulador que decida, por adelantado, cómo una decisión normativa tomada en una escala numérica limitada o en comparación a escenarios preseleccionados puede ser traducida a dólares.

XI. ELECCIÓN INTERTEMPORAL Y TASAS DE DESCUENTO

Una suposición convencional en economía consiste en que las personas descontarán tanto los costos como los beneficios en relación con el valor presente.⁸¹ Hoy en día mil dólares valen más que mil dólares en el transcurso de un año, ya que el monto futuro no puede ser invertido o utilizado. Pero ¿hasta qué punto la gente se comporta en concordancia con esta noción? A veces las personas parecen tener tasas de descuento *negativas*.⁸² Así, los profesores a menudo eligen que se les pague en cuotas de doce meses (septiembre-agosto) en lugar de nueve (septiembre-junio); además, la gente a menudo recibe reembolsos tributarios del gobierno en lugar de ajustar la tasa de retención, proporcionando de esta manera préstamos libres de intereses para el gobierno.⁸³ También existe evidencia de que los trabajadores prefieren tener tasas salariales crecientes, en las que los sueldos semanales se incrementen cada año, aunque (en el equivalente agregado) las tasas salariales decrecientes proporcionarían dinero más rápidamente.⁸⁴ La aversión a perder podría ayudar a explicar este fenómeno; un sueldo decreciente refleja pérdidas constantes partiendo del punto de referencia.

Pero algunas veces la gente es miope en el sentido que su comportamiento revela tasas de descuento positivas extremadamente altas. Estudios realizados a adolescentes y compradores de artefactos de uso ineficiente de energía sugieren una gran y confusa voluntad para desestimar a los costos y beneficios futuros.⁸⁵ La línea entre la ausencia de información y la miopía puede que sea delgada en la práctica, pero parece que la gente bien informada a veces trata el futuro como si apenas importara.

⁸⁰ Ver Kahneman y Tversky, 9 *J Risk & Uncertainty* en 28-30 (citado en la nota 79).

⁸¹ Ver Daniel A. Felper y Paul A. Hemenway, *The Abolition of the Future*, 46 *Vand L. Rev.* 267 (1993); George Tulley, y otros, *Welfare Hedon for Policy* 130-33, MIB-12 (Chicago 1994).

⁸² Ver George Loewenstein y Richard H. Thaler, *Intertemporal Choice*, en Goldstein y Hogarth, eds., *Intuition* 365 (citado en la nota 10), en la cual me concentro para esta sección.

⁸³ *Id.* en 366.

⁸⁴ Ver *id.* en 373.

⁸⁵ *Id.* en 366.

Estos descubrimientos tienen muchas implicancias para el Derecho y las políticas. Por ejemplo, la protección ambiental requiere el desarrollo de una tasa de descuento apropiada tanto para los costos como para los beneficios.⁶⁰ No queda claro si los reguladores debiesen basar sus decisiones en los gustos ínter temporales de las personas⁶¹; pero si lo hacen, la interpretación económica convencional, personificada en la política actual, podría estar equivocada. El cálculo de los daños en casos de pérdidas futuras bien puede requerir una tasa de descuento; aquí, los gustos de las personas probablemente sean de gran importancia y el uso de una tasa de descuento convencional podría ocasionar errores. La miopía sobre todo está relacionada a las tareas prescriptivas y normativas del Derecho. Donde la gente sea miope, puede que la información no sea suficiente para producir una conducta óptima. Y por el lado normativo, la existencia de la miopía puede apoyar al paternalismo, o por lo menos al anti-antipaternalismo.

XII. CONCLUSIONES

El análisis económico del Derecho ha procedido sobre la base de la interpretación inexacta de la decisión y la elección. Para la última generación, dicha interpretación ha probado ser fructífera a pesar de sus defectos. Antes que la economía se convirtiera en parte del estudio del Derecho, las personas analizaban el Derecho sin comprender muy bien, o sin comprensión alguna, de cómo explorar sus efectos sobre el comportamiento. Aún no se encontraban disponibles mejores interpretaciones, y la simplicidad tiene sus virtudes. Pero ya es tiempo de ver lo que se puede aprender -ya sea positivo, prescriptivo o normativo- de aplicar interpretaciones más precisas sobre el comportamiento humano.

En este ensayo lo máximo que he hecho es hacer un bosquejo de dichas interpretaciones. Una gran pregunta implica la medida en la que la educación pueden contrarrestar las distorsiones cognitivas y motivacionales, para así eliminar algunos de los efectos descritos anteriormente⁶². A pesar de los grandes avances recientes, la investigación de la conducta permanece en una etapa inicial. Tomará bastante tiempo lograr una interpretación de sus implicancias para el Derecho y las políticas. Manos a la obra.

⁶⁰ Ver Peter S. Menell y Richard B. Stewart, *Environmental Law and Policy* 100-11, 114 (Little, Brown 2da ed. 1994).

⁶¹ Ver Tolley, y otros, *Intang. Health* en 130-33, 310-12 (citado en la nota 81).

⁶² Algunos de estos efectos, tales como el gusto por la justicia, no deberían estar caracterizados como distorsiones; por el contrario, dichos gustos podrían ayudar a evitar resultados desafortunados en las situaciones del Dilema del Prisionero. Ver Robert H. Frank, Thomas Gilovich y Dennis T. Regan, *Does Studying Economics Inhibit Cooperation?*, *J. Econ. Persp.* 130, 163-67 (Primavera de 1993).