

Elección racional, Economía del Comportamiento y Derecho*



RICHARD A. POSNER

A.B. por la Universidad de Yale.

LL.B. por la Universidad de Harvard.

Ex Presidente de la Asociación Americana de Derecho y Economía.

Juez Principal de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos.

Senior Lecturer de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Las tres "limitaciones" y la interfaz entre la Economía y la Psicología.
 1. Racionalidad limitada.
 2. Fuerza de voluntad limitada.
 3. Auto-interés limitado.
- III. La cuestión de la teoría.
- IV. Los biólogos evolutivos de la justicia.
- V. El juego del ultimátum y el efecto de dotación.
- VI. Crimen, optimismo y parto.
- VII. La evidencia empírica para las afirmaciones de JST.
- VIII. Problemas normativos.



* Artículo traducido por Álvaro Estrada, Miembro Activo de **ADVOCATUS**. El autor agradece a Gary Becker y a Gertrud Fremling por los comentarios útiles que le dieron en la versión de borrador. Asimismo, el presente artículo fue publicado originalmente en idioma inglés en The Stanford Law Review, la cual recomienda la siguiente citación: Richard A. Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law" 50 Stanford Law Review 1551 (1997).

RESUMEN:

En el presente artículo Richard Posner realiza una crítica a la Economía del Comportamiento en respuesta al artículo denominado "A Behavioral Approach to Law and Economics" escrito por Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard Thaler; analizando su metodología y premisas principales, a fin de confirmar que la Teoría de la Elección Racional o la Economía estándar nos permite resolver con mayores fundamentos teóricos y sin contradicciones, los problemas y cuestionamientos planteados por esta nueva tendencia de la "irracionalidad".

Palabras clave: Richard Posner; Economía del Comportamiento; Análisis Económico del Derecho; Teoría de la Elección Racional.

ABSTRACT

In the present work Richard Posner makes a critique of the Behavioral Economics as a response of the article "A Behavioral Approach to Law and Economics" wrote by Christine Jolls, Cass R. Sunstein and Richard Thaler; this by analyzing their methodology and principal basis, in order to confirm that Rational Choice Theory and the standard Economics let us solve, with more strong theoretical arguments and without contradictions, the problems and questionings suggested by the new "irrationality" tendency.

Keywords: Richard Posner; Behavioral Economics; Economic Analysis of Law; Rational Choice Theory.

I. INTRODUCCIÓN

Jolls, Sunstein y Thaler (en adelante, "JST")¹ desean utilizar las ideas de la Economía del Comportamiento para mejorar el Análisis Económico del Derecho, el cual creen que está en desventaja por su compromiso de suponer que la gente es siempre racional². Los editores de la revista *Review* me sugirieron comentar el artículo de JST, de hecho porque me identifico con las ideas de la Economía de la Elección Racional. Debido a que JST aclaman con algo de justicia que los economistas y los abogados de pensamiento económico nunca dejan en claro qué significa "racionalidad", aclararé preliminarmente qué quiero decir con esta palabra: escoger los mejores medios para los fines del elector. Por ejemplo, una persona racional que quiera mantenerse caliente comparará los medios alternativos que esta conoce para permanecer así en términos de costo, comodidad y otras dimensiones de utilidad e inutilidad, y de acuerdo a ello escogerá el medio más efi-

ciente para lograrlo con el mayor margen de beneficio sobre costo, ampliamente definido. La elección racional no necesariamente es una elección consciente. En realidad, las ratas son tan racionales como los seres humanos cuando la racionalidad es definida como el logro de objetivos propios (en el caso de las ratas, sobrevivir y reproducirse) al menor costo.

Sin duda, la definición que he dado carece de precisión y de rigor. Sin embargo, al menos es suficientemente buena para mencionar la diferencia que existe entre el enfoque de la Economía de la Elección Racional y la Economía del Comportamiento.

No me cabe duda que hay algo en la Economía del Comportamiento, y que el Derecho puede beneficiarse de sus ideas³. Los fenómenos que JST discuten y documentan sobre la categoría de la Economía del Comportamiento son reales, y al menos algunos de ellos desafían los modelos más simples de la Elección Racional. El

1. Nota agregada por el traductor.

2. Cfr.: JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. "A Behavioral Approach to Law and Economics". *Stanford Law Review* N° 50, 1998, pp. 1471.

3. Para un ejemplo ilustrativo reciente que no es citado por JST, véase: GARVIN, Larry T. "Adequate Assurance of Performance: Of Risk, Duress, and Cognition". En: *Universidad de Colorado Law Review*. Num. 69. Vol. 71. 1998, pp. 140-174. Para una útil encuesta sobre Economía Conductual, que difiere de la opinión de JST en tanto no resalta las aplicaciones legales, véase: RABIN, Matthew. "Psychology and Economics". En: *Journal of Economic Literature*. Num 36. Vol. 11. 1998.

artículo en sí es impresionante, lúcido, plausible en sus rangos de referencias, y en muchas partes ingenioso. Un resumen útil y extenso de la literatura existente; es el primer artículo que trata de relacionar la Economía del Comportamiento en su conjunto con el Análisis Económico del Derecho. Los puntos más fuertes del artículo son, sin embargo, evidentes por sí mismos, por lo que me concentraré en lo que parecen ser sus debilidades.

JST sobre-argumentan el asunto. Esto ocurre principalmente por una falla en cuanto a especificar claramente cuáles son los ámbitos tanto de la Economía del Comportamiento como de lo que JST llaman el Análisis Económico del Derecho "convencional". Algunas de las ideas de la Economía del Comportamiento forman parte del Análisis Económico del Derecho, que tiempo atrás abandonó el modelo del sujeto hiper-racional, sin emociones, anti-social, egoísta en exceso, hombre (o mujer⁴) no planificador; que pareciera JST atribuyen al mismo en algunas partes⁵. Otros puntos que tocan son nuevos calificativos para viejos desafíos del modelo económico del comportamiento que en ningún sentido deben algo a la Economía del Comportamiento. Otros están mejor explicados por referirse a consideraciones evolutivas de no juegan rol alguno en la Economía del Comportamiento, al menos como es concebido por JST⁶. Otros son solo argumentados débilmente. Y, a pesar de la extensión del artículo, la gama de doctrinas jurídicas, instituciones y procesos discutidos, este es exiguo en comparación a la enriquecedora discusión del Análisis Económico del Derecho Pre-conductual. El artículo es una crítica de los esfuerzos de los economistas para

enriquecer el modelo de la elección racional, esfuerzos que el artículo describe como *ad hoc*, a pesar de que su propio enfoque es *ad hoc*; y aunque se enorgullezca de un rigor empírico y predecible exactitud, es deficiente en ambas cualidades. Estas son deficiencias remediadas, que sin embargo, espero en un futuro trabajo sean remediadas por ellos o por otros estudiosos.

De hecho JST no nos dicen lo que significa la "Economía del Comportamiento". Pero implícitamente lo definen negativamente: es Economía sin la asunción de que los sujetos tienden a maximizar de manera racional sus satisfacciones. Su relación con la Economía estándar es, por lo tanto, parecida a la relación de la geometría No Euclidiana y la Euclidiana, aunque con la importante diferencia de que la Geometría No Euclidiana es teóricamente tan rigurosa como la Geometría Euclidiana, mientras que la Economía del Comportamiento es, como veremos más adelante, anti-teórica.

II. LAS TRES "LIMITACIONES" Y LA INTERFAZ ENTRE ECONOMÍA Y PSICOLOGÍA

1. Racionalidad Limitada.

La Economía del Comportamiento rechaza la suposición de que las personas son maximizadoras racionales de la satisfacción preferente, a favor de premisas sobre "racionalidad limitada", la "fuerza de voluntad limitada", y el "auto-interés limitado". El primero, y más familiar, de estos términos se refiere al hecho de que las personas tienen particularidades cognitivas que les impiden procesar la información racionalmente. Este fenómeno es distinto al de la información

4. El término "hombre racional" no pretende reflejar un género. El Análisis Económico del Derecho, como el Análisis de Derecho es general, asume que las mujeres cuentan con el mismo grado de racionalidad que los hombres.
5. Cabe señalar que el profesor Coase, quien JST apropiadamente consideran como el principal fundador del Análisis Económico del Derecho "convencional" (del cual el Teorema de Coase es de hecho la piedra angular), rechaza el modelo económico tradicional del ser humano como maximizador racional de sus satisfacciones. Cfr.: COASE, Ronald H. "The firm, the market, and the law: essays of the institutional structure of production". 1988. COASE, Ronald H. "The New Institutional Economics". En: Institutional & Theoretical Economics N° 140. 1984, pp. 229-231.
6. Esta calificación está implícita en todo lo dicho en este comentario sobre la Economía Conductual. No estoy familiarizado con toda la gama completa de literatura sobre Economía Conductual.

positiva de los costos. El último fenómeno de la Teoría de la Elección Racional convencional no es difícil de asimilar. La racionalidad no implica la omnisciencia. Ciertamente, sería profundamente irracional pasar todo nuestro tiempo en la adquisición de información.

Las particularidades cognitivas que trazan límites en la maximización racional incluyen la heurística de la disponibilidad, el optimismo desmedido, la falacia del costo hundido, la aversión a la pérdida, los efectos de encuadre, todos claramente explicados por JST. La evidencia de la existencia de estas particularidades (y más ampliamente, si bien de manera menos interesante, por el abundante pensamiento negativo) es considerable, y una parte especialmente persuasiva de su artículo muestra que las particularidades deben tomarse en cuenta en el diseño de un programa efectivo de información pública, aunque realmente pienso que JST cometen un error en su discusión sobre estrategias de información. Ellos recomiendan, como método efectivo de disuadir el comportamiento ilícito, hacer que el cumplimiento de la ley sea "altamente visible", como por ejemplo por medio de la sustitución de multas de parqueo convencionales por otras "*grandes, brillantemente coloridas, que indiquen "INFRACCIÓN" en letras grandes en la ventana lateral del conductor*". De hecho esta es una estrategia disuasiva riesgosa. Suponga que el policía multa sólo a uno de cada cien infractores. La baja probabilidad de ser multado sería resaltada por la ampliada visibilidad de la multa. Pregúntese a sí mismo: ¿La persuasión sería ampliada o disminuida si las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley informaran al público de la probabilidad real de que un delito cometido resulte en una detención, enjuiciamiento, y condena?

Un problema mayor es la falla de JST en distinguir entre los impedimentos para despejar el razonamiento instrumental y las preferencias que nosotros, observadores iluminados, podemos pensar son tontas. Tome el caso de una persona

que comería una langosta con satisfacción si es que no la ve antes cuando estaba viva, pero si a esta persona le pidieran elegir una langosta de una pecera de langostas perdería su apetito por esta. JST dirían que la mente de esta persona ha sido nublada por la heurística de la disponibilidad. Pero una interpretación alternativa es que esta persona simplemente tiene preferencias distintas para dos bienes diferentes: una es una langosta vista únicamente después de que ha sido cocida, y la otra es la langosta vista antes, cuando viva, y también después. Estos son diferentes bienes, en el mismo sentido que cuando un bien es presentado en un lindo papel de regalo es diferente a cuando un bien que es presentado en una bolsa de papel marrón. No hay fundamentos para calificar de irracional la diferencia en las preferencias con respecto a tal par de bienes (aunque una crítica ética puede ser posible, como los defensores de los derechos de los animales nos recuerdan)– o para descartar la diferencia como producto de la "emoción". Cuando la gente reacciona con miedo a una película de terror, podríamos estar tentados a decir que están siendo irracionales, porque la película sólo nos hace creer que algo ocurre. Pero las preferencias no se pueden separar de la emoción, o la emoción de su estímulo, y de esta manera el razonamiento instrumental no puede pensarse impregnado con irracionalidad simplemente porque una meta frecuente de tal razonamiento es una preferencia que no tendríamos si no fuéramos seres emocionales. La manera de distinguir entre una verdadera particularidad cognitiva y una preferencia llevada por la emoción es cuestionarse: si usted le muestra a una persona la "irracionalidad" de su actuar, ¿esta la cambiaría o al menos admitiría que ha sido irracional? Obviamente nada haría a la preferencia por películas de terror señalar que estas sólo están hechas para hacernos creer que algo ocurre; la gente que las ve ya lo sabe.

Además, el hecho de que la gente no siempre es racional, incluso de que algunos son irracionales la mayor parte de o todo el tiempo, no

7. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *Op. Cit.*, p. 1538.

es en sí mismo un reto para la Economía de la Elección Racional. Muchas personas tienen un miedo irracional a volar. Es un miedo irracional, lo admito, más que sólo una aversión que tal vez no compartimos, porque las personas que lo albergan creen que es irracional. Saben que las alternativas de transporte terrestre son más peligrosas, y sobre todo quieren evitar morir; incluso así eligen la forma más peligrosa. Su arrepentimiento, vergüenza, y enojo consigo mismos diferencian su caso de las personas que gustan de las películas de terror. Pero su irracionalidad no anula el análisis económico del transporte, aunque esto muestre por qué el costo pecuniario y de tiempo, y los índices de accidentes, tal vez no expliquen la completa diferencia entre la demanda de transporte aéreo y la demanda por sus sustitutos. Una preferencia puede ser tomada como un hecho, y el análisis económico procede como de costumbre, incluso si la preferencia es irracional.

El hecho de votar, uno de los propios ejemplos de JST sobre comportamiento irracional, puede ser analizado de manera similar. Votar es irracional (por lo menos cuando se le ve como un acto instrumental) porque cuesta algo (principalmente tiempo) votar, e incluso no hay beneficio que compense al elector individual porque virtualmente ninguna elección es decidida por un voto. Pero considerando el deseo de votar como un hecho, el economista puede responder preguntas importantes sobre el comportamiento de votar. Estas preguntas incluyen por qué los mayores votan más que los jóvenes, por qué la gente jubilada vota más que los desempleados (aun cuando ambos grupos parecen tener un costo de tiempo bajo), y por qué el número de votantes es mayor cuando la elección es más cerrada⁸. No es porque el voto de uno vaya a hacer la diferencia –incluso las elecciones cerradas no se definen por un voto– es porque los costos de información son menores cuanto más publicidad genera una contienda electoral, y las elecciones cerradas generan más publicidad que las de un solo partido.

2. Fuerza de voluntad limitada.

Este término es un re-etiquetado de la debilidad de voluntad. (Tal vez JST han adjuntado la palabra "limitada" a cada una de sus tres categorías con el fin de crear la apariencia de que su artículo está ciertamente proponiendo un marco de análisis "unificado"). Muchos de nosotros hemos experimentado la sensación de debatirse entre dos "yo" –el "buen yo" quien tiene en mente nuestro bienestar a largo plazo y el "mal yo" de vista corta– y del "mal yo" ganando al menos que se hagan esfuerzos vigorosos para frustrarlo. Se dice que el descuento hiperbólico ilustra el funcionamiento de la debilidad de la voluntad, aunque igualmente puede ser bien entendido en términos de costos de información. Un "descontador" hiperbólico aumenta su tasa de descuento mientras los costos o beneficios que está descontando se vuelvan más inminentes. Por ejemplo, si me pregunta si yo preferiría tener \$1,000 en el año 2010 u \$800 en el año 2009, casi con certeza diría \$1,000 en el 2010. Pero si me pregunta si yo preferiría tener \$800 hoy o \$1,000 dentro de un año, yo podría muy bien decir \$800 ahora. Y esto me marcaría como "descontador" hiperbólico. Tal vez la razón para las diferentes reacciones simplemente sea que carezco de una concepción clara de mis necesidades de consumo de aquí a más de una década. No puedo imaginar que podría hacerme pagar en efecto una tasa de interés enorme para reasignar los consumos del 2010 al 2009. El hecho de que el conocimiento y la imaginación son "limitados" sólo muestra, lo que ningún economista de elección racional duda, que los costos de información son positivos.

No dudo que haya tal cosa como la debilidad de voluntad, aún si un "descontador" hiperbólico no sea un buen ejemplo de aquello. Pero a diferencia de las particularidades cognitivas ("racionalidad limitada"), esta puede ser analizada dentro del marco de la Teoría de la Elección Racional⁹. Esto es cierto incluso en aquellos

8. Cfr.: POSNER, Richard A. *Aging and old age*. 1995, pp. 148-152.

casos que no pueden ser referidos por la dificultad de elección que enfrenta el individuo. Podemos debatirnos entre rumbos de acción alternativos motivados por la incertidumbre. Esto no plantea, en absoluto, algún desconcierto para la Teoría de la Elección Racional. Lo que plantea desconcierto es el rechazar tener chocolates en la casa por el miedo a no ser capaz de vencer la tentación. Explicar tal comportamiento en términos de elección racional puede, sin embargo, ser posible, pero tal vez requiera abandonar una suposición tácita de muchos análisis económicos –que el yo es una unidad– a favor de una concepción de una persona como el lugar de diferentes “yo”. Todos los “yo” son racionales pero tienen preferencias inconsistentes. Son ejemplos, un “yo” joven versus un “yo” viejo, con el primero reticente a ahorrar dinero para que el último pueda disfrutar de un nivel elevado de consumo; un “yo” antes de sufrir un accidente reticente en gastar demasiado en un seguro de accidentes versus un “yo” luego del accidente que hubiera querido que el “yo” de antes del accidente comprara muchos seguros de accidentes; y en el caso del chocolate, un “yo” orientado al presente que vive para el momento y un “yo” orientado al futuro⁹. (El último ejemplo está relacionado con el primero). La suposición

de un “yo” unitario no es inherente en el concepto de racionalidad usada en Economía; es simplemente una suposición conveniente en muchas de las situaciones que los economistas analizan. JST no discuten la aproximación de los “múltiples yo”.

Este es un ejemplo de la tendencia de JST a renunciar a la Economía de la Elección Racional muy pronto¹¹. Otro es su observación que porque una elección aleatoria en una situación de escasez generaría una pendiente negativa en la curva de demanda, “una demanda con pendiente negativa no es evidencia a favor de optimizar modelos”¹². Error. Los compradores no eligen aleatoriamente. La racionalidad es la única explicación razonable para sus reacciones ante los cambios en precios relativos. El significado real de la aleatoriedad en la Economía de la Elección Racional está en una explicación más profunda del por qué la Economía puede admitir gran parte de los comportamientos irracionales sin perder la fuerza predictiva. Muchas de las preguntas que los economistas hacen concierne el comportamiento global antes del individual, por ejemplo el efecto en la cantidad de cigarrillos comprados tras el incremento de la tasa e impuesto en cigarrillos, no el efecto del

9. Como es conocido por Rabin: RABIN, Matthew. *Op. Cit.*, p. 39-40.

10. Para un ejemplo ver: SCHELLING, Thomas C. “Self-Command in Practice, in Policy, and in a Theory of Rational Choice”. En: *American Economic Review* N° 96. Mayo 1984. *Papers & Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association*. POSNER, Richard A. “Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy”. En: *Legal Theory* N° 3. 1997, p. 23.

11. Esta tendencia es común entre los economistas conductuales. Aquí un ejemplo de Rabin: “Un aumento del salario nominal de 5 por ciento en un periodo de inflación de 12 por ciento ofende el sentido de justicia de la gente 7% menos que en un periodo de no inflación”. RABIN, Matthew. *Op. Cit.*, p. 36. La gente sabe que no todos los salarios se incrementarán por la tasa inflación –la inflación genera problemas económicos, y sólo con una indexación perfecta los salarios reales siguen siendo inafectados por él. Por lo que el fracaso en el aumento de un salario por la tasa de inflación no implica necesariamente una crítica al trabajo personal. Pero un corte significativo del salario de manera repentina es con frecuencia una señal de insatisfacción con el trabajo de un empleado, y por ello genera ansiedad o resentimiento. Así, las reacciones diferentes en las dos situaciones son absolutamente racionales y fácilmente explicables.

12. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *Op. Cit.*, p. 1482. La referencia es a BECKER, Gary S. “Irrational Behavior and Economic Theory”. En: *Journal of Political Economy*. Num. 1. Vol. 70. 1962, pp. 4-9, reimpreso en: BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. 1976, p. 153. El argumento de Becker es que los consumidores tienen presupuestos limitados, y por ello, comprarán en promedio menos bienes caros porque una cantidad fija de dinero no podría servir para comprar muchos de ellos. Sin embargo, Becker no sugirió que la mayoría de consumidores son irracionales o que fenómenos económicos bien certificados distintos a una curva de demanda de mercado con pendiente descendiente, como la tendencia de los precios de los mismos bienes a igualarse, podrían explicarse sin asumir racionalidad.

incremento en los impuestos al Sr. Fumador de Cigarrillos A o a la Sra. Fumadora de Cigarrillos B. Suponga que el incremento del impuesto es del dos por ciento y los fumadores racionales responden reduciendo sus compras de cigarrillos en un promedio del uno por ciento mientras que los irracionales responden aleatoriamente –algunos reducen sus compras en un cincuenta por ciento, algunos de hecho incrementan sus compras, y así sucesivamente. Si la distribución de estos comportamientos aleatorios tiene el mismo significado que la reacción al impuesto del fumador racional, el efecto del impuesto en la cantidad demandada de cigarrillos sería idéntico al que resultaría si todos los consumidores de cigarrillos fueran racionales. Y esto es cierto sin importar qué fracción de los consumidores de cigarrillos es irracional.

Comenzamos a ver que la Economía de la Elección Racional es más sólida de lo que JST creen, y aquí otro ejemplo. Ellos afirman que los analistas económicos del comportamiento auto destructivo, como la adicción a las drogas y el sexo inseguro, usan la racionalidad *“para simplemente querer decir que las personas eligen lo que prefieren”*¹³ y que esto muestra que la Economía de la Elección Racional no puede lidiar con tal comportamiento. No es así. Los analistas económicos a los que JST se refieren asumen que la gente no quiere volverse adicto o contraer SIDA. Su análisis explora las condiciones bajo las cuales los costos de este tipo de comportamiento, elevados como son, se ven sin embargo compensados por los beneficios percibidos. Ellos deducen de la Teoría de la Elección Racional, y luego las ponen a prueba empíricamente, hipótesis nada intuitivas sobre estos comportamientos poco convencionales. Un ejemplo de tal hipótesis es que la elasticidad del precio a largo plazo en bienes adictivos es

alta, mientras convencionalmente se cree que es baja, porque un adicto racional espera que su consumo del bien adictivo incremente con el tiempo, y por lo tanto un incremento del precio tiene un gran efecto a largo plazo en sus gastos¹⁴. Otro ejemplo es la hipótesis de que la epidemia de SIDA incrementará la tasa de embarazos no deseados induciendo una sustitución racional de condones (los cuales son buenos profilácticos contra la enfermedad pero son anticonceptivo mediocres) por la pastilla (la cual es un excelente anticonceptivo, pero no profiláctico)¹⁵.

La adicción, sea al crack o al sexo inseguro, es una debilidad de voluntad escrito en grande; incluso los economistas pueden moldearlo en términos de elección racional. Esto muestra que la mera existencia de irracionalidades enfatizadas por la Economía del Comportamiento no necesita arruinar a la Economía de la Elección Racional.

3. Interés propio limitado.

Por este, JST se refieren a que veces las personas actúan sin motivos (concisamente, para JST, por “justicia”) que no parecen explicables por el término interés propio limitado (*“bounded self-interest”*), incluso en el sentido, que ahora es convencional en la Economía de la Elección Racional, en el cual un acto altruista puede considerarse como de interés propio. Todo lo que es requerido para entender al altruismo como una forma de interés propio racional es la suposición de utilidades interdependientes. Si su bienestar entra de manera positiva en mi función de utilidad, entonces podré incrementar mi propio bienestar mientras incremento el suyo; y si entra negativamente, entonces podré incrementar mi bienestar mientras reduzco el suyo. JST no están

13. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *ibid.*, p. 1488.

14. Cfr.: BECKER, Gary S.; GROSSMAN, Michael; y, MURPHY, Kevin M. *“Rational Addiction and the Effect of Price on Consumption”*. En: *American Economic Review* N° 103. Mayo 1991, Papers & Proceedings, p. 237, reimpreso en BECKER, Gary S. *Accounting for tastes*. 1986, p. 77.

15. Cfr.: PHILIPSON, Thomas J. y POSNER, Richard A. *“Sexual Behavior, Disease, and Fertility Risk”*. En: *Risk decision & pol* 'Y 91. 1996.

interesados en el altruismo, positivo o negativo, en el sentido de utilidades interdependientes; eso pertenece al dominio de la Economía de la Elección Racional. Ellos están interesados en los casos en los que una persona hará algo por otras personas –o en contra de ellas– porque piensa que es lo justo.

La agrupación de este fenómeno con las particularidades cognitivas y la debilidad de voluntad es evidencia para mi posición respecto a que la Economía del Comportamiento es lo negativo de la Economía de la Elección Racional –el residuo del fenómeno social que no se explica mediante éste. JST no intentan vincular su postulado de que la “justicia”, la cual, como he hecho notar, definen en términos de regla de oro (se amable con los amables, y antipático con los antipáticos), es importante para algunas personas algunas veces, junto con su postulado de que la gente tiene dificultad para procesar algunos tipos de información y subordinar los intereses de corto plazo a los de largo plazo. Estas son discapacidades o insuficiencias; actuar acorde con nociones de justicia es una fortaleza. JST no establecen una relación lógica u otras relaciones entre las tres afirmaciones que definen a la Economía del Comportamiento. Las particularidades cognitivas pertenecen a la Psicología Cognitiva, la debilidad de voluntad a la Psicología de la Neurosis y otras alteraciones, y la justicia a la Psicología de la Moral.

El proyecto de JST sería más claro, aunque aún no sería teóricamente coherente, si hubieran titulado su artículo: “Una Crítica Psicológica del Análisis Económico del Derecho”. Porque no cuentan con una teoría económica para oponer frente a la Teoría de la Elección Racional. Yo había sugerido que la Teoría de la Elección Racional podría tener algo que decir acerca de la debilidad de la voluntad, y estamos a punto de ver que esta tiene algo que decir acerca de la justicia en el sentido de la regla de oro y

también acerca de una de las particularidades cognitivas (la falacia del costo hundido o “the sunk-costs fallacy”). Sobre ambas, debilidades de la voluntad y particularidades cognitivas, la pregunta obvia para el economista es cómo la competencia en los mercados financieros y otros, falla o tiene éxito “tratando” estos defectos en nuestras percepciones, entendimientos, y acciones; la analogía sería a la Economía de la Salud. Un estudio psicológico de mercados podría llamarse un estudio económico; la economía puede definirse por su tema así como por su aproximación. Pero así como el Análisis Económico estándar del Derecho, el ámbito de JST es mucho más amplio que los mercados. Si hay alguna teoría en su aproximación, no es una teoría económica. Ellos adoptan una aproximación psicológica para fenómenos que son tan sociológicos y psicológicos como económicos, pero aun así denominan su aproximación como económica. Es como si pensarán que la Economía es la única ciencia social, lo que de ser cierto significaría que cualquier crítica científico-social hacia la Economía debería ser por sí misma parte de la Economía. Esto es un complemento considerable para la Economía, pero el artículo sería más fácil de entender si fuera ofrecido al lector como una contribución al Análisis Psicológico del Derecho en vez de una contribución al Análisis Económico del Derecho.

II. LA CUESTIÓN DE LA TEORÍA

La imagen que JST nos muestra con las tres “limitaciones” es la de una persona que tiene problemas para pensar con claridad o que no se preocupa por el futuro, pero quien al mismo tiempo es impulsado por la preocupación de ser justo con otras personas, incluyendo a completos extraños. Esta puede ser la figura psicológicamente realista de la persona promedio¹⁶, y responde a la familiar denuncia de que el “hombre económico” es irreconocible en la vida real. Pero en la Teoría de las Decisiones, la

16. Este es el concepto implícito del liberalismo moderno sobre la persona y el bien promedio, pero inepto, y por ambas razones no muy receptivo a incentivos, aunque quizás sea algo plástico. La visión implícita conservadora de la persona promedio, en contraste, es que esta es competente pero mala; por lo tanto, los conservadores enfatizan los incentivos y las limitaciones.

precisión descriptiva es adquirida con un precio, el precio de perder la capacidad de predicción. El economista de la elección racional pregunta qué es lo que un "hombre racional" haría en determinada situación¹⁷, y usualmente la respuesta es bastante clara y puede ser comparada con un comportamiento real para ver si se confirma la predicción. A veces no se confirma –y entonces tenemos a la Economía del Comportamiento. Pero es profundamente confuso lo que el "hombre conductual" haría en una determinada situación. Él es una mezcla de capacidades e impulsos racionales e irracionales. Él podría no hacer nada. JST no tienen ni una explicación causal del hombre conductual ni un modelo de su estructura de decisión.

La nebulosidad de su concepto dominante despierta todo tipo de preguntas. ¿Las particularidades cognitivas disminuyen mientras los costos de ceder antes ellas aumentan? Si así sucede, ¿por qué? ¿la debilidad de voluntad varía entre las personas?, y, otra vez, si así sucede, ¿por qué? ¿JST creen que su propio análisis es dañado por las particularidades cognitivas o las debilidades de la voluntad, o impulsado por un sentido de justicia, o de resentimiento a ser tratado injustamente?¹⁸ Si así no sucede, ¿por qué no? ¿y las particularidades son curables? ¿las debilidades de la voluntad son curables? (No si estos problemas pueden ser evadidos, como en mi ejemplo del chocolate, sino si estos pueden ser resueltos para que las personas no estén más afligidas por las deformidades cognitivas o la falta de voluntad¹⁹) ¿por qué JST parecen optimistas frente a la idea de que un grupo de expertos cargados con regulaciones de riesgos para la seguridad y salud podrían estar libres

de particularidades cognitivas y debilidades de voluntad, y que los conceptos de justicia de estos expertos podrían alinearse con el interés público? ¿por qué JST tratan a los políticos como simples maximizadores de la probabilidad de ser reelegidos?

Estas preguntas se hacen urgentes y misteriosas bajo la sub-teorización de la Economía del Comportamiento. Es sub-teorización porque su carácter residual y, en consecuencia, puramente empírico. La Economía del Comportamiento está más definida por su materia que por su método y su materia es simplemente un conjunto de fenómenos que los modelos de la elección racional (o al menos el más simple de ellos) no explican. No sería razón para sorprenderse si muchos de estos fenómenos resultaran no estar relacionados entre sí, tal y como si el conjunto de cosas que no son comestibles para el hombre incluyeran piedras, hongos venenosos, truenos, y el Teorema de Pitágoras. Describir, especificar y clasificar los fracasos empíricos de una teoría es una actividad académica válida e importante. Pero no es una teoría alternativa.

Tal vez JST pasaron por alto la distinción entre una descripción y una teoría porque confunden explicación con predicción. Es fácil formular una teoría que explicaría, en el sentido de incorporar, todas las observaciones dentro de su ámbito, sin importar lo anómalas que son desde otro punto de vista. El truco es flexibilizar cualquier premisa formulada en la otra teoría y convertir en anómalas algunas de las observaciones. Las rotaciones de las lunas de Júpiter eran anómalas en la cosmología medieval porque cada planeta (aparte de la Tierra, la cual no era considerada

17. Él solo necesita ser racional respecto a una particular decisión que lo confronte. Se asume que las personas que tienen un gran miedo a volar responden racionalmente a los cambios en los precios de los pasajes, a pesar de que es difícil dar una explicación racional a sus miedos.
18. Rabin señala que los economistas están sujetos a la "polarización de la misma evidencia" ("same-evidence polarization"), una de las debilidades cognitivas. Cfr.: RABIN, Matthew. *Op. Cit.*, p. 27, N° 21. Bueno, Rabin es un economista, como lo es Jolls y Thaler. En cambio, yo daré un ejemplo más adelante sobre en qué parte JST parecen haber sucumbido a la falacia retrospectiva, el cual es una particularidad cognitiva. Véase pie de página N° 41.
19. JST parecen curiosamente fatalistas sobre las particularidades y la debilidad (esto podría ser porque ellos no tienen teoría sobre de dónde vienen estas cosas). Regresaré a tratar este punto al final de mi comentario. Véase Sección VII.

un planeta, sino el centro alrededor de la cual los planetas giraban) se pensaba atado a una esfera cristalina, con la cual las lunas hubieran chocado en sus rotaciones. La anomalía podía desvanecerse asumiendo que la esfera era permeable, o asumiendo (como el Cardenal Bellarmine hizo en su famosa disputa con Galileo) que las observaciones telescópicas que dieron a conocer las rotaciones de las lunas de Júpiter eran un engaño del diablo. Cualquiera fuera la ruta tomada, la teoría modificada no generaría alguna predicción sobre los satélites planetarios; todo lo que predeciría es que cualquier cosa podría ser, podría ser. Igualmente, si la Teoría de la Elección Racional choca contra algunos ejemplos de comportamiento irracional, el ejemplo puede ser acomodado cambiando la teoría para permitir el comportamiento irracional. Pero no hay gran ganancia en el poder predictivo como en el ejemplo cosmológico; en ambos casos, de hecho, hay una pérdida.

Karl Popper, cuya filosofía ha sido altamente influyente en la Economía²⁰, sostuvo que la falsabilidad era una característica esencial de cualquier teoría científica útil. Si una teoría no puede ser falsada, ni ésta ni sus predicciones pueden ser validadas, porque todo aquello es por definición consistente con una teoría. La teoría de JST parece peligrosamente cercana al abismo de la infalsabilidad; tal vez haya caído en éste. Cuando las personas actúan racionalmente, JST no trata este hecho como una contradicción de la premisa sobre la fuerza de voluntad limitada. Cuando las personas resisten a las tentaciones, y por consiguiente demuestran su fortaleza de voluntad, esto no es tratado como una contradicción de premisa sobre la fuerza de voluntad limitada. Y cuando actúan de manera egoísta,

esto no se considera como la contradicción de la premisa interés propio limitado. Si las personas se volvieran más racionales, esto sería atribuido a que aprendieron las lecciones de la Economía del Comportamiento, y entonces ello serviría para más para confirmar dicha premisa que para refutarla. Así, surge la pregunta, ¿qué pasaría si alguna observación logra "falsar" la teoría de JST? Si ninguna lo hiciera, entonces no tendrían teoría, simplemente tendrían un conjunto de desafíos para los creadores de teorías, quienes en instancias relevantes son economistas de la elección racional y, estoy a punto de proponer, biólogos evolutivos.

III. LOS BIÓLOGOS EVOLUTIVOS DE LA JUSTICIA

"Justicia" es la palabra más vaga en el idioma inglés pero el más claro ejemplo de la falta de ambición teórica de JST. Mucho de lo que discuten bajo esta rúbrica, incluyendo el juego del ultimátum, puede hacerse preciso, ser explicado e incorporado, bajo una concepción amplia de racionalidad, con la ayuda de la biología evolutiva del altruismo positivo y negativo.

La biología evolutiva ve al altruismo como un atributo que promueve la aptitud inclusiva, definido como la maximización de la cantidad de copias del gen de uno, mediante la maximización de la cantidad de criaturas que lo portan, ponderada por la cercanía de la relación²¹. La aptitud inclusiva de un animal social como el hombre es mucho mayor porque tiene la tendencia a ayudar a sus parientes, y por ello es plausible suponer que esta tendencia evolucionó como un mecanismo de adaptación²². En la era prehistórica en la cual nuestras pre-

20. Cfr.: POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. 1990, p. 363.

21. Así, en igualdad de circunstancias, tener tres sobrinos (cada uno copia del veinticinco por ciento de tu genética) contribuiría de mayor forma a su aptitud inclusiva que tener un hijo (una copia del cincuenta por ciento de tu genética). La calificación, "en igualdad de circunstancias" es vital. Si sus sobrinos fuesen mucho menos propensos a sobrevivir a la edad reproductiva que su único hijo, ellos contribuirían menos, al menos en el marco esperado, en su aptitud inclusiva.

22. Cfr.: ESSOCK-VITALE, Susan y MCGUIRE, Michael T. "Predictions Derived from the Theories of Kin Selection and Reciprocation Assessed by Anthropological Data". En: *Ethology and Sociobiology* N° 1. 1980, p. 233 (señala gran número de estudios que indican que las personas ofrecen más ayuda "no-recíproca" a sus parientes que a sus no parientes).

ferencias instintivas se formaron, las personas vivían en grupos pequeños aislados. Muchos de los miembros de una comunidad habrían bien sido parientes, o no parientes que tendrían lazos afectivos muy cercanos (tales como la pareja y su familia), o al menos habrían tenido tratos muy frecuentes –o ciertamente muy continuos– cara a cara. En estas circunstancias no hubiera sido imprescindible tener una capacidad innata para discriminar, por un lado, entre parientes y otros íntimos; y, por otro lado, a las personas –llamémosles “extraños”– con los cuales uno no habría tenido interacciones repetidas cara a cara²³.

Hoy en día interactuamos con gran número de extraños. Sin embargo nuestros instintos son fácilmente burlados cuando son confrontados con condiciones en las cuales los seres humanos nunca tuvieron oportunidad de adaptarse biológicamente. Por esta razón una fotografía pornográfica puede excitar sexualmente a una persona o una película violenta asustar a una audiencia; por qué las personas pueden amar a un hijo adoptado tanto como si fuera su propio hijo biológico; por qué a las personas les aterra más las arañas que los carros y los aviones que son formas de transporte mucho más peligrosas; y por qué los hombres no claman ser permitidos a donar a los bancos de esperma. Votar, donar a la caridad, y abstenerse de botar basura, en circunstancias en las cuales estos comportamientos cooperativos no son evidentemente recompensados ni su desertión es sancionada, pueden ilustrar una instintiva, y como si fuera biológicamente equivocada, generalización de la cooperación en las interacciones dentro de pequeños grupos –en la cual el altruismo es recompensado

(por tanto, recíproco) y las fallas en la reciprocidad son castigadas– hacia interacciones de grandes grupos en los cuales los prospectos de recompensa y castigo son tan escasos que la cooperación cesa de ser racional²⁴.

El altruismo negativo es ilustrado por la indignación que sentimos cuando alguien viola nuestros derechos. La expresión extrema de esta emoción es la pasión por revancha. Esto puede parecer la antítesis del pensamiento racional, pues implica la desobediencia a la orden del economista de ignorar los costos hundidos, de dejar el pasado en el pasado. No es que sea irracional tomar represalia con el fin de impedir la agresión; pero si la amenaza falla en impedirlo, llevar a cabo la amenaza será a menudo irracional. No importa cuánto daño le haga al agresor a cambio de lo que ha hecho con usted, el daño que usted sufrió no será anulado. Cualquiera sea el peligro u otras cargas que usted asuma con el fin de tomar represalias simplemente le incrementarán el costo de la agresión inicial. Pero si tomar represalias es en vano para el hombre racional, esto hará que los agresores sean más propensos a no atacar al hombre promedio –sino al hombre racional. Para el conocimiento del agresor ese hombre racional tratará lo pasado como pasado (o como dicen los economistas, ignorará los costos hundidos) y por lo tanto será menos propenso a tomar represalias que una persona menos racional. Este cálculo disminuirá los costos anticipados de cometer una agresión.

Lo que era necesario para la disuasión, y por tanto para la supervivencia, en el estado de la sociedad humana antes de que exista alguna

23. Cfr.: MORGAN, Charles J. “Natural Selection for Altruism in Structured Populations”. En: *Ethology and Sociobiology* N° 6. 1985, p. 211 (modela la evolución del comportamiento altruista mediante la asunción de que el por altruismo un sujeto solo ayuda a los miembros de sus respectivos “clanes”). MORGAN, Charles J. “Eskimo Hunting Groups, Social Kingship, and the Possibility of Kin Selection in Humans”. En: *Ethology & Sociobiology* N° 1. 1979, p. 83 (demuestra una larga correlación entre la agrupación social y el vínculo genético). Sin perjuicio de ello, el análisis es cuestionado en: GIBBARD, Allan. *Wise choices, apt feelings: a theory of normative judgment*. N° 2. 1990, p. 258.
24. Cfr.: BICCHIERI, Cristina. “Learning to Cooperate”. En: BICCHIERI, Cristina; JEFFREY, Richard; y, SKYRMS, Brian. *The dynamics of norms*. 1997, p. 17 y 39. STARK, ODED. *Altruism and beyond: an economic analysis of transfers and exchanges within families and groups*. 1995, p. 132. La generalización (de manera menos grandiosa, reconocimiento de patrones) parece una capacidad innata y muy valiosa, pero por supuesto falible, del ser humano.

institución formal legal o política –antes de ello era posible incluso hacer un compromiso legalmente exigible para tomar represalias en contra de un agresor– era el compromiso instintivo a tomar represalias. Las personas que estaban dotadas de un instinto para tomar represalias habrían tendido a ser más exitosas en la lucha por supervivir que otras. A veces tomar represalias termina en desastre; pero la incapacidad de hacer creíble una amenaza de tomar represalias hacía que una persona esté prácticamente indefensa en una sociedad pre-legal, pre-política. El deseo de tomar venganza por daños reales o imaginarios –sin calcular los beneficios netos en el momento en que se toma porque tal cálculo reduciría, tal como he sugerido, la credibilidad de la amenaza de represalia e invitaría a la agresión, lo cual reduciría en cambio la aptitud inclusiva de una persona– podría entonces haberse convertido en una parte de la genética humana²⁵. Tal vez aquí se encuentre el origen biológico de la falacia del costo hundido, así como la explicación a algunos actos locos de violencia que suceden en las sociedades humanas incluso hoy en día.

He contrastado al hombre racional con el hombre vengativo, pero debería ser evidente que el contraste es superficial, que el verdadero contraste es entre la racionalidad *ex post* y *ex ante*. Tener un compromiso inamovible de tomar represalia puede ser *ex ante* racional ya que disminuye el riesgo de ser una víctima de agresión, aun así, si el riesgo se materializa, entonces actuar bajo el compromiso (esto es, *ex post*) se volvería irracional. En otras palabras, una cierta emocionalidad puede ser un componente de la racionalidad, la cual defino al inicio como un medio adaptable a ciertos fines más que como una forma particular de raciocinio.

En este ejemplo podemos ver cómo traer a la biología evolutiva dentro del cuadro –una estrategia alternativa a aquella buscada por JST– habilita al concepto de racionalidad a extenderse para abarcar fenómenos (no sólo la justicia pero al menos a una de las particularidades cognitivas, la falacia de los costos hundidos) que JST clasifican como irracionales. Ellos podrían objetar que mi discusión sobre el altruismo y la venganza es un esfuerzo improvisado para salvar al modelo de la elección racional de la destrucción en manos de la Economía del Comportamiento. Pero de hecho estas son dimensiones de la racionalidad sobre las que he estado escribiendo durante años²⁶.

Es necesario un paso más para dar una explicación completa del concepto de justicia tal como es usado por JST. Debemos considerar por qué una persona puede indignarse no sólo cuando sus propios derechos son violados, sino también cuando son violados los derechos de otra persona. La clave es el altruismo (así el altruismo positivo reposa sobre la base del altruismo negativo). Esto es fácil de entender en el caso de que la persona cuyos derechos han sido violados sea un pariente o amigo cercano. Pero esto opera incluso cuando se trata de un extraño. Porque en ese caso el fenómeno de “engañar al instinto” está en juego y los sentimientos altruistas positivos, a pesar de estar atenuados, que tenemos incluso por completos extraños engendran una indignación correspondiente si los derechos del extraño son violados. Este análisis puede explicar lo que largamente ha desconcertado a los filósofos de la moral –por qué nos indignamos más ante un conductor que atropella a un niño negligentemente que ante el más negligente conductor que por pura suerte no

25. Cf.: HIRSHLEIFER, J. “Natural Economy versus Political Economy”. En: *Journal of Social and Biological Structures* N° 1, 1978, pp. 319, 332, 334. TRIVERS, Robert L. “The Evolution of Reciprocal Altruism”. En: *The Quarterly Review of Biology* N° 46, 1971, pp. 35, 49.

26. Cf.: LANDES, William M. y POSNER, Richard A. “Altruism in Law Economics”. En: *American Economic Review* N° 90, Mayo 1978, Papers & Proceedings, p. 417. POSNER, Richard A. “Retribution and Related Concepts of Punishment”. En: *The Journal of Legal Studies* N° 9, 1980, p. 71.

alcanza al niño²⁷. El instinto altruista es activado en el primer caso pero no en el segundo. Somos afectados por la pérdida del niño aun cuando no es nuestro propio hijo.

IV. EL JUEGO DEL ULTIMÁTUM Y EL EFECTO DE DOTACIÓN

El juego del ultimátum²⁸ es uno de los principales ejemplos de JST de lo que consideran como los errores empíricos de la Economía de la Elección Racional. La explicación que ellos dan del por qué el proponente ofrecería más que un centavo, aun cuando un rechazo a su oferta haría que la persona que responde esté en peor situación por ese centavo, es que el proponente y el que responde comparten un concepto de justicia²⁹. Esta es sólo una etiqueta al resultado del juego; el proceso que lo genera se mantiene misterioso en su análisis. Podemos progresar viendo el juego mediante el lente del altruismo negativo. Para ganar algo jugando el juego, el proponente tiene que hacer una oferta lo suficientemente generosa para inducir a la persona que responde a aceptar. Mientras esta necesidad exista aunque el proponente tenga o no algún sentido de justicia, no hay nada incluso remotamente irracional –por consiguiente, nada requiere que se explique algún concepto de justicia– sobre su oferta de más de un centavo. Así que podemos olvidar al proponente y concentrarnos en el que responde, y preguntar, “¿Por qué no tomaría el centavo?” Por la misma razón por la que yo no besaría los pies del Profesor Sunstein por \$1,000. La oferta del centavo, para el que responde, sería una señal de la convicción que tiene el proponente de que la persona que responde tiene una suposición baja de su propio valor, que estaría agradecido por las sobras, que acepta ser maltratado, que no tiene orgullo,

ningún sentido de honor. Esta criatura débil de espíritu es justamente quien en una sociedad pre-política, basada en la venganza habría sido pisoteado por sus vecinos agresivos y, de este modo privado de los recursos, le quedaría poca descendencia. Los vecinos habrían abusado de sus derechos porque habrían sabido que él no tenía sentido de tener derecho alguno y era demasiado reticente para actuar en defensa de dichos derechos en cualquier evento. Es de los vecinos agresivos que descendemos nosotros los modernos, y revelamos nuestro orgulloso legado genético en una amplia variedad de entornos, uno de los cuales es el juego del ultimátum. El propio juego muestra que este legado continúa siendo racional en una variedad de casos –es lo que habilita a las personas que responden en el juego del ultimátum, y a sus homólogos en situaciones análogas del mundo real, a evitar la derrota completa. El espíritu vengativo era la base del freno nuclear que contribuyó, tal vez vitalmente, a mantener la aparente paz mundial (o al menos a evitar una guerra mundial) por medio siglo. Esta es la base de muchos reportes de crimen en situaciones, que son comunes, en las cuales ni la víctima del crimen ni otro reportero potencial o testigo de ello anticipa una ganancia egoísta por reportar.

Me gustaría ver una serie de experimentos del juego del ultimátum en los cuales los proponentes hacen las mismas ofertas a personas que responden quienes se diferencian entre ellos y de los proponentes en edad, sexo, ingresos, y educación, vistos como representantes de o fuentes de diferencias en estatus, autoestima, u otras relaciones plausibles del sentido de orgullo que causa que los que responden en el juego rechacen ofertas miserables. Tal vez aprendamos cuán cercano corresponde el jue-

27. Cfr.: WILLIAMS, Bernard. *Making sense of humanity, and other philosophical papers*. 1995, p. 241. WILLIAMS, Bernard. *Moral luck: philosophical papers*. 1981, p. 20 (analiza la interacción entre la suerte u oportunidad y los juicios morales).

28. El juego es simple. Se le da una cantidad de dinero a A. Este puede ofrecer que lo poco o mucho de dicha cantidad que prefiera a B. Si B acepta la oferta, A se queda con el resto del dinero; si B la rechaza, ninguno se queda con nada.

29. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *Op. Cit.*, 1492.

go del ultimátum con la lucha de estatus entre chimpancés y otros monos que se asemejan a nuestros ancestros los humanos primitivos.

Mencioné señalar, pero no sugerir, que la persona que responde en el juego del ultimátum está persiguiendo una reputación de dureza porque espera jugar otra vez con el mismo proponente. Ese sería un caso fácil para el análisis de la elección racional. El caso difícil es cuando no hay un prospecto repetido del juego. En ese caso la respuesta de rechazar una oferta insultantemente baja es en un sentido estricto más emocional que racional, pero en un sentido más amplio racional porque la emoción que genera es parte de un complejo emocional y cognitivo que activa el hacer compromisos que son racionales *ex ante*.

El efecto de dotación está relacionado con el juego del ultimátum. Los únicos "derechos" en la sociedad prehistórica habrían sido los derechos de posesión, y entonces las personas que no se aferraron a lo que tenían habrían estado en desventaja. Esto puede explicar el experimento de las tazas de café discutido por JST. El ejemplo en sí mismo ilustra una particularidad, un vestigio de una adaptación racional hacia una situación desvanecida, aunque debo sugerir una explicación racional completa en breve. El caso más común del efecto de dotación es el caso en el que el bien al que a uno le piden desprenderse haya sido suyo por un largo tiempo, el cual puede entenderse directamente en términos de la elección racional³⁰. Para empezar, cualquiera que posee un bien, exceptuando el propietario marginal, lo valora sobre el precio del mercado. Esto implica que los dueños del bien, como clase, lo valoren más que cómo lo hacen los no propietarios –si no lo hicieran, lo venderían a los no propietarios. Una explicación más profunda se basa en la idea de la

preferencia racional adaptativa –nosotros nos adaptamos racionalmente a lo que tenemos, e incurriríamos en nuevos costos al adaptarnos a algo nuevo. Una persona que queda ciega en un accidente debe incurrir en costos para adaptarse a estar ciego. Pero una persona ciega que gracias a la negligencia de un doctor no logra ganar su vista ya se ha adaptado a estar ciego, así que su pérdida de (posible) vista es menor que la pérdida de visión de una persona vidente.

Puede ser objetado que hablar de preferencias adaptativas, como múltiples "yo", viola la suposición normal del economista de la elección racional sobre preferencias estables. Pero obviamente las preferencias de las personas cambian, así todos los economistas podrían referirse a él pero ordinariamente es fácil y poco interesante explicar un cambio en el comportamiento (por ejemplo, una caída en la demanda de algún bien como resultado del incremento de su precio relativo) diciendo que las preferencias de las personas cambiaron; que es como "explicar" el comportamiento irracional diciendo que las personas no siempre son racionales –la cual es una declaración cierta, más no útil. Rechazar la invocación fácil de los cambios en las preferencias, no pone más allá de los límites de la Economía la explicación del por qué ciertos cambios indudables de las preferencias ocurren³¹.

Encuestas sobre actitudes hacia parques nacionales y otras áreas públicas recreacionales revelan dramáticos efectos de dotación. Al preguntárseles cuánto dinero pedirían por vender sus derechos a usar tales áreas, las personas dan cifras mucho más altas que cuando se les pregunta cuánto ofrecerían para comprar tales derechos. Esta disparidad no tiene por qué considerarse irracional. Simplemente puede reflejar la ausencia de sustitutos cercanos para el acceso a los parques nacionales³². La ausencia

30. El análisis que continúa es esbozado en: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Quinta Edición, 1998, pp. 20, 95-96.

31. Sobre la Economía de la formación de preferencias, véase: BECKER, Gary. *Accounting for tastes*. 1996.

32. Cfr.: LEVY, Daniel y FRIEDMAN, David. "The Reveng of the Redwoods? Reconsidering Property Rights and the Economic Allocation of Natural Resources". En: *Universidad de Chicago Law Review* N° 61, 1994, pp. 493-495.

de un sustituto cercano a un bien implica que no puede ser reemplazado fácilmente si se pierde. Y así el propietario pide un precio más alto para desprenderse de este. Pero si no le pertenece, él puede estar poco dispuesto a pagar un precio alto por este porque no sabe de lo que se está perdiendo, desde la hipótesis de que nada que le pertenece se le parece.

Estos ejemplos no sólo son más importantes que el juego de las tazas de café, sino que además ofrecen un mayor entendimiento del comportamiento humano normal. En una Economía moderna, la venta de bienes y servicios (aparte de la mano de obra) es considerablemente profesionalizada. Muchos individuos, incluyendo virtualmente a todos los estudiantes universitarios –los principales sujetos experimentales de la Economía del Comportamiento, que se basa en experimentos de manera mucho más fuerte de lo que la Economía estándar lo hacen– son compradores más no vendedores. Cuando realmente tenemos algo que vender, usualmente vendemos a través de intermediarios, tal como los agentes de bienes raíces, en lugar de hacerlo directamente con el consumidor final. Las situaciones experimentales en las cuales a los sujetos se les pide negociar entre ellos son artificiales, entonces no podemos confiar mucho en que los resultados puedan generalizarse a los mercados reales.

Si el efecto de dotación tiene sentido desde una perspectiva de la elección racional en una variedad de escenarios del mundo real, el ejemplo de las tazas de café puede ilustrar nada más misterioso que la operación del hábito –la cual no es irracional. El comportamiento habitual ocurre cuando el costo y el beneficio son dependientes del tiempo; el costo está relacionado negativamente con el tiempo y el beneficio está relacionado positivamente al mismo³³. No sólo es menos costoso para uno cepillarse los dientes luego de que cepillarse se ha vuelto habitual, sino que dejar de cepillarse (tal vez en respuesta

a una evidencia convincente que de hecho era malo para los dientes) haría que uno se sienta incómodo. Romper un hábito, como romper una adicción (un ejemplo extremo de hábito), causa síntomas de abstinencia, aunque en el caso de un simple hábito estos usualmente son leves y fugaces. La formación de un hábito es una manera en la cual trabaja el “aprender haciendo”; las tareas se realizan de manera más rápida y con menor esfuerzo cuando se vuelven habituales. Si actuar en concordancia con el efecto de dotación es racionalmente habitual por los ejemplos del mundo real anteriormente mencionados (tal como la preferencia racional adaptativa), este puede explicar el resultado del experimento de las tazas de café, aun cuando ese resultado sea irracional si el hábito es ignorado.

Mi análisis del juego del ultimátum y del efecto de dotación ha usado la teoría de la señalización, la teoría del juego, y la economía de la información y del hábito, pero todos estos son elementos aceptados, y muchos familiares, en los modelos de la elección racional. Por supuesto, enriquecer el modelo de la elección racional corre un riesgo similar al de la Economía del Comportamiento, el de explicar nada al explicarlo todo. En este contexto aún hay economistas que se resisten a incorporar la aversión al riesgo en la función de utilidad. Pero el éxito de los economistas modernos en enriquecer el modelo más simple de la elección racional, no sólo con la aversión al riesgo y con la preferencia al riesgo, sino también con altruismo, la preferencia temporal, los costos de información positivos, y el comportamiento estratégico y habitual, sin sacrificar la falsabilidad, proveen la base para el optimismo acerca del poder y la resistencia de la Economía de la Elección Racional.

Aún existe otro punto: la economía de la elección racional hace que los analistas piensen mucho. Enfrentados con comportamientos anómalos, el economista de la elección racional, a diferencia del economista del comportamiento, no respon-

33. BOYER, Marcel. “Rational Demand and Expenditures Patterns under Habit Formation”. En: *Journal of Economic Theory* N° 31, 1983. El caso anverso –positivamente relacionado al tiempo, con beneficio negativo– es el del aburrimiento.

de, "Por supuesto, ¿qué es lo que usted espera?" Afligido, desconcertado, retado, destruye su cerebro por alguna extensión o modificación teórica que acomodara la aparente anomalía con la suposición de racionalidad. De estos esfuerzos resultan los avances en la teoría económica enumerados en el párrafo anterior. Es posible que el mayor fruto de la Economía del Comportamiento sea el estímulo que provee a la nueva y mejorada teorización de la elección racional.

V. CRÍMEN, OPTIMISMO, Y PARTO

Que JST hayan renunciado tan pronto a la teoría de la elección racional se demuestra más a fondo en su discusión sobre los descuentos de futuros castigos para criminales. Ellos creen que tal descuento es hiperbólico y que refuta el acercamiento de la elección racional al crimen y castigo. No estoy convencido, aunque por la razón explicada anteriormente no considero el descuento hiperbólico necesariamente inconsistente con la racionalidad en algún evento.

Una peculiaridad en el castigo criminal, cuando toma la forma de encarcelamiento, es que una reducción de su probabilidad no puede ser compensada fácilmente por un aumento en su severidad. La única manera de incrementar la severidad es aumentando el tiempo de prisión al final de una sentencia criminal. Si la sentencia ya es larga, cualquier incremento en la duración tendrá poco peso en los cálculos del criminal, simplemente por un descuento ordinario, no hiperbólico. Por ejemplo, prolongar la sentencia a prisión de veinte a veinticinco años incrementaría su inutilidad (en términos del "valor actual", esto es, lo estimado por el denunciado cuando está decidiendo si cometer un acto criminal que lo expondría a tal castigo) por mucho menos del veinticinco por ciento; en un rango de descuent-

to del diez por ciento, el incremento será sólo del seis por ciento.

Pero estoy dispuesto a conceder que muchos criminales son más descontadores hiperbólicos que simplemente descontadores ordinarios. Ciertamente creo que es probable. Porque debemos considerar, ya que JST no lo hacen, los efectos de selección de un sistema de castigos criminales. Si el sistema está diseñado para impedir, entonces los criminales –la parte de la población que no está impedida– no será una aproximación aleatoria de la población, así como los lunáticos no son una aproximación aleatoria. Podemos esperar que las personas que están decididas tengan características peculiares, incluyendo, en un sistema en el que el castigo toma la forma de encarcelamiento, una indiferencia anormal hacia las consecuencias futuras. Muchos de los criminales no son muy inteligentes, y esto hace que sea difícil para ellos imaginar sufrimientos futuros. Esto no muestra que un sistema de justicia criminal deba ser diseñado con la suposición de que la población de criminales potenciales está dominada por descontadores hiperbólicos.

Lo que es cierto es que cualquier rango de descuento personal³⁴ mayor a lo necesario para ajustar el riesgo de muerte es sospechoso desde los puntos de vista más limitados de la elección racional, ya que esto implica una preferencia arbitraria por el consumo presente sobre el futuro. Pero esta orientación al presente puede ser analizada provechosamente en términos de la elección racional, como sugerí anteriormente, ya sea a través del concepto de múltiples "yo" (el "yo" del presente está en control de las acciones presentes de una persona, y desvaloriza el bienestar del "yo" futuro de una persona) o porque los costos de información dificultan imaginar nuestro estado mental en el futuro³⁵.

34. Este es un término que utilizo para distinguir los rangos de interés, los cuales son una función no solo de las preferencias de tiempo, el riesgo de incumplimiento y los costos administrativos, sino también del aporte de capital, desde rangos de descuento no monetarios. Los rangos de interés podrían ser elevados no porque las personas tienen una fuerte preferencia por el consumo presente frente al futuro, sino porque su capital era escaso por razones no relacionadas.

35. BECKER, Gary, *Op. Cit.*, pp. 10-12. BECKER, Gary y MULLIGAN, Casey, "On the Endogenous Determination of Time Preference". En: *Quarterly Journal of Economics* N° 112, 1997, p. 729.

Los efectos de selección también explican algo, al menos, del fenómeno del optimismo desmesurado. Las personas están más dispuestas a querer entrar a una actividad si piensan que les irá bien en ello. Pero la competencia entre tales personas reducirá la probabilidad de éxito, por lo que vistas *ex post*, sus expectativas originales parecerán excesivas.

El ejemplo más interesante de JST sobre una desviación de racionalidad, y desde la perspectiva del Derecho y de la política pública potencialmente más importante, es el del seguro de salud obligatorio de parto. El hecho de que los salarios en el estudio que ellos citan³⁶ se redujeron por el costo total de la cobertura, implicaría que los trabajadores valoren la cobertura en su costo total aun cuando, antes de que se les fuera impuesto, ellos no lo hubieran valorado tan alto. La implicancia que JST muestran es que la imposición de la cobertura cambió las preferencias de las mujeres; algo que ellas no gustaban antes de tenerlo les gustó una vez que lo obtuvieron, tal como en el caso de las tazas de café.

Sin embargo, dicha interpretación es bastante sugerente:

1. Sólo está basada en un único estudio, cuyos resultados podrían deberse a una interferencia en los datos –lo que explica por qué un único estudio provee sólo una base débil para conclusiones.
2. Una vez más hay un problema de selección –o más bien dos de tales problemas:
 - a. Las mujeres que planean tener hijos serían atraídas a empleos en los cuales esté disponible el seguro de

partos³⁷, por lo que competirían por bajos salarios.

- b. Otorgado el seguro, sería más probable que las mujeres tengan hijos, y esto las haría menos productivas y bajarían sus salarios.

3. El autor del estudio especula que el seguro pudo haber resultado en una cantidad excesiva de cesáreas desde un punto de vista de costo-beneficio³⁸ –indicando una total reacción racional de las mujeres y de la profesión médica a la disponibilidad de una nueva fuente de fondos para procedimientos obstétricos.
4. El estudio en sí mismo no lo hace (el cual no menciona a la Economía del Comportamiento), pero el análisis que JST hacen de este sí combina arbitrariamente las premisas de la Economía del Comportamiento con aquellas de la Economía de la Elección Racional. Por supuesto JST asumen que los empleados son gobernados en su comportamiento laboral por el efecto de dotación. Pero también asumen que si, antes de que la ley haga obligatorio el seguro de partos, los empleados hubiesen valorado tal seguro a su costo o en un valor más alto, los empleadores lo habrían ofrecido sin insistencia alguna del gobierno. El hecho de que ellos no los ofrezcan (excepto rara vez) es tomado por JST para implicar que los empleados no lo valoraban a más de su costo. Sin embargo, esto permite asumir que antes de que la ley fuera aprobada los empleados y empleadores eran de igual manera perfectamente racionales. Por supuesto, antes de que la ley fuera aprobada,

36. GRUBER, Jonathan. "The Incidence of Mandated Maternity Benefits". En: *American Economic Review* N° 84. 1994, pp. 622.

37. No queda claro del artículo de Gruber qué excepciones si la ley de ningún Estado de los que son su principal objeto de estudio contempla dicho seguro. Pero incluso si todos los trabajadores estuviesen completamente asegurados, la ley tendería a atraer mujeres en edad de parto e intenciones de pasar del trabajo de hogar al trabajo remunerado.

38. GRUBER, Jonathan. *Op. Cit.*, p. 640.

el efecto de dotación no estaba en juego. Pero el efecto de dotación es sólo una de varias irracionalidades que JST creen, o deberían creer por una cuestión de consistencia, invaden los mercados laborales, como otros mercados. ¿Por qué piensan que ninguno de ellos estaba operativo antes de la imposición obligatoria del seguro de partos?

A pesar de estas reservas, acepto que el estudio provee algo de soporte a la existencia del efecto de dotación, y de cualquier manera he dado otros ejemplos del efecto –no cuestiono su existencia. Así que repito lo que dije al inicio: JST están en algo. Pero en lo que están es en un grupo de fenómenos que la Economía de la Elección Racional y la Biología Evolutiva, sistemas de pensamiento que tienen estructuras paralelas, siendo ambas fundadas en el concepto de la racionalidad que defino al inicio, pueden, yo predigo, hacer más que la Economía del Comportamiento como la conciben JST. He enfatizado a la Biología Evolutiva de lo que ellos llaman “justicia”, pero las particularidades cognitivas y las debilidades de voluntad también pueden ser explicadas en términos de Biología Evolutiva más no de elección racional. Sólo necesitamos imaginar el tipo de equipamiento cognitivo que sería óptimo en el ambiente prehistórico al cual el hombre se ha adaptado anteriormente: cuando pensar orientándose en el futuro distante, entender eventos de baja probabilidad o balancear impresiones inmediatas contra interferencias más sutiles, sólo habrían tenido un valor de supervivencia limitado; cuando el lenguaje estaba en tal estado rudimentario que ciertamente una imagen valía más que mil palabras (de ahí la heurística de la disponibilidad, ilustrada por la reacción hacia las películas de terror, la langosta viva “vista”, y la pornografía); cuando el optimismo era esencial para mantenerse andando en miserables condiciones de adversidad; y, cuando la emocionalidad en formas como la de indignación moral era indispensable para hacer que los compromisos creíbles sean esenciales para la supervivencia. Entonces las adaptaciones que eran racionales tal vez no sean completamente racionales ahora.

VI. LA EVIDENCIA EMPÍRICA PARA LAS AFIRMACIONES DE JST

JST hacen afirmaciones exageradas para la solidez empírica de la Economía del Comportamiento. El problema de extrapolar hacia un comportamiento humano normal desde comportamientos en ambientes experimentales inusuales, como en el trato de las tazas de café es obvio y no está abordado en el artículo. Uno podría querer saber las bases teóricas o empíricas para suponer que el ambiente experimental es similarmente relevante al mundo real. Esta sería la primera pregunta que un científico experimental abordaría. Los efectos de selección sugieren que los ambientes experimentales y del mundo real discreparían de manera sistemática. Los sujetos experimentales son elegidos más o menos de manera aleatoria, sin embargo las personas no son clasificadas aleatoriamente en trabajos y otras actividades. Las personas que no pueden calcular probabilidades evitarían apostar si conocen sus debilidades cognitivas, o si no las conocen, pronto serán aniquiladas y por lo tanto se verán forzadas a discontinuar las apuestas. Las personas que son inusualmente “justas” evitarán (u, otra vez, serán forzados a salir de) actividades de alboroto –incluyendo negocios altamente competitivos, litigios en tribunales, y la competencia académica feroz. Los descontadores hiperbólicos evitarán la industria de servicios financieros. Estos efectos de selección no trabajarán perfectamente, pero probablemente conduzcan a una gran brecha entre las consecuencias de la irracionalidad experimental y en el mundo real. Sería un estudio interesante comparar las trayectorias profesionales posteriores y las ganancias de estudiantes que obtienen altos puntajes en racionalidad en los experimentos conducidos por economistas del comportamiento contra aquellos que obtienen bajos puntajes.

La evidencia no experimental que JST discuten es débil (aunque hay algo más de evidencia en los estudios que citan en sus pies de página pero que no los discuten). He mencionado el estudio del seguro de partos obligatorio, el cual es mucho menos conclusivo de lo que JST sugieren. Para mostrar que las partes de un pro-

ceso judicial no vuelven a negociar después de que el demandante ha tenido éxito al obtener un primer mandato judicial, lo cual es ofrecido como prueba de que el Teorema de Coase es falso³⁹, ellos confían en un estudio sin publicar, y creo que sin completar, de Ward Farnsworth que tiene un tamaño de muestra (de veinte personas) muy pequeño para ser significativamente estadístico. Y si las cortes en su estudio “aciertan” –esto es, conceden mandatos judiciales solo en casos en los cuales el demandante tiene más que ganar de aquello de lo que el demandado tiene que perder– no habría ocasión para una transacción correctiva. Esta posibilidad complicaría la interpretación de los hallazgos de Farnsworth incluso si, cuando el estudio sea completado, resulten ser como JST esperan. De hecho, estoy a punto de sugerir que hallazgos opuestos generarían un reto mayor a la Teoría de la Elección Racional.

Del estudio de Farnsworth, JST generalizan que “[u]na vez que las personas han recibido una sentencia de la corte, están poco dispuestas a negociar con la parte opuesta”⁴⁰. De hecho no es inusual para las partes resolver un caso después de recibir una sentencia en un tribunal de primera instancia, en lugar de arriesgarse con una apelación⁴¹. Pero tal vez JST quisieron limitar su observación a casos en los cuales una sentencia se volvió firme luego de un agotamiento de remedios de apelación. Si es así, esto debilita de

gran manera la inferencia que desean mostrar del estudio de Farnsworth, respecto a que el efecto de dotación previene transferencias ventajosas después de una sentencia. Si un caso que se volvió final a través del agotamiento de remedios de apelación podría haber sido resuelto, porque el remedio buscado por el demandante le costaría al demandado más de lo que beneficiaría al demandante, el caso podría haber sido resuelto antes –a más tardar después de la sentencia del tribunal de primera instancia y antes de la apelación. Y este punto sugiere que los hallazgos de Farnsworth (si estos se sostienen) reivindican más de lo que desafían la racionalidad. Porque si las partes esperan hasta después de que se agoten todos los derechos de apelación para calcular el valor maximizado de la resolución de la disputa –si las sentencias finales resultan ser los pasos preliminares a negociaciones que las deshicieran– esto significaría que las partes fallaron irracionalmente en economizar en sus gastos de litigio.

En apoyo a una propuesta radical para acortar la responsabilidad del daño requiriendo a los demandantes soportar una mayor carga de la prueba de negligencia, JST confían en evidencia impresionista de que los jurados son muy favorables a los demandantes. JST atribuyen este supuesto favoritismo a la falacia retrospectiva⁴². Ellos se deslizan sobre la posibilidad que este podría ser impulsado por las conside-

39. No creo que JST hayan querido decir realmente que el teorema es falso; ellos están hablando ligeramente. El teorema es una tautología. Cf.: COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” En: *The Journal of Law and Economics* N° 3. 1960, p. 1. Ellos deben referirse a que el teorema debe ser reformulado considerando la hipótesis de que la asignación de derechos de propiedad es irrelevante si los costos de transacción son menores que los beneficios de reasignación de derechos; hipótesis falsa.

40. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *Op. Cit.*, pp. 1500.

41. La Cortes Federales de Apelación cuentan con equipos de oficiales que facilitan la solución de casos en apelación. Se espera que los equipos de oficiales, usualmente de dos o tres oficiales, reduzcan la carga judicial en un diez por ciento, aunque esto sea probablemente muy optimista. Cf.: POSNER, Richard. *The federal courts: challenge and reform*. 1996, pp. 239–240. Muchos casos son resueltos en apelación sin la ayuda de los equipos de oficiales, a pesar de que el ahorro en su costo es limitado, ya que la mayoría de los costos de litigación ya fueron incurridos. Aproximadamente un cuarto de todos los casos archivados en las Cortes Federales de Apelación son dispuestos, antes de toda instrucción, sin acción judicial. *Ibid.*, p. 72, tabla 3.6. Un desconocido, pero no trivial, porcentaje de estos casos son resueltos, junto con un pequeño porcentaje de casos con instrucciones y ya discutidos pero aún no decididos.

42. Curiosamente, la propia discusión de los autores sobre el rompecabezas de las primas de capital es un ejemplo de una falacia retrospectiva. Ellos inferen que las personas tienen una aversión irracional al riesgo del hecho,

raciones de "justicia", tal vez distributiva en la naturaleza –el sentido de que los demandados o sus aseguradores tengan "bolsillos profundos" para pagar por los perjuicios del demandante. Las apelaciones a la justicia son omnipresentes en casos de daño⁴³. Pero mi crítica principal es la de basar tan radicalmente una propuesta en evidencia tan limitada.

Los autores, sin alguna evidencia, elogian a las propuestas por encomendar la regulación de riesgo a cuerpos aislados de servidores públicos (matices de la era Progresista y del *New Deal*) sin explicar por qué podría esperarse que estos servidores públicos sean inmunes a las particularidades cognitivas y a las debilidades de voluntad⁴⁴.

En apoyo al argumento de que la heurística de la disponibilidad ha dado lugar a la "legislación por anécdota", JST ofrecen su propia anécdota, sobre cómo la altamente publicitada erupción de enfermedades de las personas que viven cerca de Love Canal dio lugar a la *Ley Superfund*: "La explicación del comportamiento de Superfund es la de la disponibilidad de "Love Canal" como símbolo del problema de los peligrosos vertederos de basura abandonados, intensificó enormemente la preocupación pública, al punto en el que una respuesta legislativa se hizo casi inevitable, sin importar cuales pudieran ser los hechos reales"⁴⁵. No entiendo lo que esta narrativa, aunque sea verosímil, le debe a la Economía del Comportamiento o a cualquier otro cuerpo de pensamiento organizado. En este ejemplo, la "heurística de la disponibilidad" es equivalente a la evidencia

anécdótica. Es completamente racional para las personas confiar en evidencia anecdótica ante la ausencia de mejor evidencia, así como es racional para ellos confiar en el conocido carácter de un abogado de ser honrado en la ausencia de evidencia que permitiría verificar directamente la veracidad de sus propuestas. La información limitada no debe ser confundida con irracionalidad. Cuando las personas reaccionan ante el choque de un avión rechazando volar por un periodo de tiempo, no necesariamente están actuando irracionalmente; hasta que la causa del choque se conozca, hay alguna probabilidad desconocida que es un presagio de que la seguridad de la aerolínea está empeorando. Las personas que exageran los riesgos de ser asesinados porque los medios sobre-reportan muertes por asesinato sobre otras muertes no son irracionales, simplemente no tienen suficiente información para formar una evaluación correcta del riesgo. Y el comportamiento imitativo ("conformación") no es irracional, porque el comportamiento de otras personas a menudo es una guía confiable de lo que uno debe hacer para maximizar su propio bienestar, a menos que piense que tiene preferencias diferentes o enfrenta restricciones diferentes a las de otras personas.

JST citan un estudio que plantea la hipótesis que cada lado en negociaciones colectivas de profesores, en búsqueda de reforzar su posición de negociación con datos de salarios de profesores en comunidades comparables, "adoptarían juicios egoístas sobre cuáles comunidades son "comparables" y puntos muertos pueden resultar de tales juicios"⁴⁶. Esto es casi tan sorprendente

conocido solo retrospectivamente, de que si inviertes \$1 en mercancías en vez de bonos en 1926 tu elección habría estado triunfalmente reivindicada en 1997 por la actuación del mercado de mercancías durante ese intervalo.

43. Cfr.: HENDERSON, James A. "Judicial Reliance on Public Policy: An Empirical Analysis of Products Liability Decisions"; En: *The George Washington Law Review* N° 59. 1991, pp. 1570, 1595-1597.

44. Quizás "elogian" es un término muy fuerte, pero me quedo con esta referencia de JST: "la justicia de Breyer implora por un cuerpo aislado de servidores civiles especializados al que se le encargue el trabajo de comparar riesgos y se asegure que las investigaciones se dediquen a los problemas más serios para ser aprobados", soy respaldado. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, THALER, Richard. *Op. Cit.*, pp. 1544.

45. *Ibid.*, p. 1521.

46. *Ibid.*, p. 1502.

como el hecho de que cada parte en un proceso judicial hará juicios egoístas sobre qué casos proporcionan las analogías más cercanas al caso en el que están o cuáles factores son más probatorios. JST sostienen que el incentivo estratégico para hacer juicios egoístas fue eliminado en el estudio de las negociaciones colectivas por el hecho de que *“la única audiencia para las respuestas en el estudio eran los autores del estudio”*⁴⁷. Esta disputa es ingenua. Es poco probable que los negociadores abandonen sus sesgos (racionales) cuando hablen con los profesores, especialmente desde que ellos pueden no confiar en que sus revelaciones se mantengan en reserva. JST están en lo correcto, que hay tal cosa como un sesgo de roles, que es común entre abogados y negociadores, y que puede ser un factor en el por qué no todos los casos se resuelven, aunque muchos lo hagan. Pero el estudio particular no añade nada a la intuición.

Con el objetivo de demostrar el poder de la Economía del Comportamiento para explicar las leyes que sacan de juego al economista convencional, JST mezclan leyes usureras, las cuales no tienen nada que ver con la escasez; el evitar la manipulación de los precios, lo cual no es una imposición legal sino un amortiguador presuntamente compensado de los riesgos enfrentados por los clientes; y las leyes contra la reventa de boletos, que están en vigor en menos de la mitad de los Estados y las cuales coexisten misteriosamente con leyes que permiten a los brókeres de boletos de teatro a comprar al por mayor y revender a precios de “reventa.”

La falta de relación entre leyes usureras y los otros dos tipos de ley es mostrada por el hecho de que no hay una tasa interesante como “punto de referencia” y por lo tanto no hay un estándar de comparación para desencadenar el sentido de indignación que es el componente relevante del concepto de justicia que presentan JST. Los prestamistas normalmente no rechazan prestar a prestatarios riesgosos a tasas que están sobre el mercado, lo que sea que “mercado” signifique

en este contexto. Los bancos cotizan una tasa de interés preferencial, pero no necesariamente la misma tasa, a sus mejores clientes y cargan a los demás –esto es, a los prestatarios más riesgosos– con mayores tasas (todo lo que “tasa de interés preferencial” significa es la mejor tasa de interés del banco para préstamos no seguros). El prestamista hipotecario carga variando diversos puntos. Los préstamos para garantía (bond loan), una forma de préstamo, son tasadas para el riesgo, y las los préstamos de menor calificación pagan tasas de interés más altos sin que nadie grite “jusura!” Los intereses de las tarjetas de crédito son más altos que los intereses de préstamos bancarios. Las tasas de interés a largo plazo usualmente difieren de las tasas a corto plazo. Las tasas de interés en préstamos seguros son más bajas que aquellas con préstamos inseguros. Las tasas de interés fluctúan con la inflación, y por supuesto con la demanda por los mismos y el abastecimiento de capital. Incluso en las operaciones de crédito de consumo, siguiendo el enfoque de las leyes usureras modernas, no hay uniformidad en las tasas de interés, como muestran muchos ejemplos. ¿Y estas leyes pueden tener algún efecto hoy en día, cuando uno considera que las tasas de interés de las tarjetas de crédito y del crédito a cuotas usualmente se acercan al veinte por ciento e incluso así son perfectamente legales?

Lo que pudo haber confundido a JST es que si un prestatario realmente tiene un alto riesgo de incumplimiento, puede que no haya una tasa de interés que haga que el préstamo valga la pena ya sea para el prestamista o para el prestatario. Esto es especialmente probable porque mientras más alta la tasa de interés, mayor es el riesgo de incumplimiento, desde que una tasa de interés es más bien un costo fijo en vez de un costo variable del prestatario. Esto explica por qué los préstamos más riesgosos y las tasas de interés que resultan astronómicas son el dominio del usurero, quien, enfrentando un riesgo inusualmente alto de incumplimiento, emplea la amenaza de entrar por la fuerza en lugar de

47. *Ibid.*, p. 1516.

las soluciones más leves que son todas las que están disponibles para el prestamista legal.

JST sugieren que el mismo concepto que explica las leyes usureras, las leyes de la manipulación de los precios, y las leyes de la reventa de boletos explica las leyes que prohíben la prostitución y rechazan reforzar contratos de maternidad sustitutos, leyes que prohíben la venta de partes de cuerpos y de votos políticos, y leyes que rechazan reforzar la contratación alrededor de normas contra una raza y sexo. Esta es una colección heterogénea de leyes, y el referirnos a ellas como "juicios omnipresentes sobre justicia"⁴⁸ no es explicarlas. JST deben explicar lo que todas estas leyes tienen en común, deben dar alguna forma y contexto a su idea de "justicia", y deben considerar más cuidadosamente la posibilidad de explicaciones contrapuestas para las leyes, como que sirven a intereses especiales y políticamente poderosos o son producto de malos entendidos no relacionados a algunas de las tres "limitaciones" (los electores tienen poco incentivo a estar bien informados sobre las políticas, especialmente desde que votan por representantes antes que por las propias políticas). Por ejemplo, los límites en los precios de adopción (límites erróneamente descritos como prohibiciones a la "venta de bebés") son apoyados por agencias sin fines de lucro, las cuales están preocupadas por la competencia de las agencias de adopción con ánimos de lucro, y por la ignorancia pública a las consecuencias del precio máximo.

VII. PROBLEMAS NORMATIVOS

Me he enfocado en el significado de la Economía del Comportamiento por el análisis positivo, pero quisiera mencionar brevemente sus implicancias normativas –si hay alguna. Por una parte, la imagen del ser humano que JST muestran es una con preferencias inestables y, lo que resulta estar relacionado, y con infinita

manipulación. Si otorgas a una trabajadora el seguro del parto, ella lo va a querer (el efecto de dotación); pero si no se lo otorgas, a ella no le va a gustar (más precisamente, no va a querer pagar por ello en salarios rebajados). Si usted describe la amenaza del cáncer de pecho a una mujer de una manera, ella querrá una mamografía; pero si usted se lo describe en otra manera, aunque lógicamente equivalente, ella no lo querrá. Entonces parece que los cuerpos de expertos aislados políticamente que JST favorecen podrían estar cargados con determinar las preferencias auténticas de la población, lo que para mí suena totalitario. Por otra parte, nada en el análisis de JST exige a los "expertos" de las particularidades cognitivas, de las debilidades de voluntad, o de las preocupaciones por la justicia. El experto, también, es un hombre conductual. El hombre conductual se comporta de maneras impredecibles. ¿Nos atrevemos a otorgar responsabilidad por curar la irracionalidad en lo irracional?

Uno podría haber pensado que la Economía del Comportamiento tenía al menos una clara implicancia normativa: que los esfuerzos deben hacerse a través de la educación y tal vez de la psiquiatría para curar las particularidades cognitivas y las debilidades de voluntad que previenen a las personas de actuar racionalmente sin tener ganancias compensatorias. Aunque como yo creo que la falacia del costo hundido tiene raíces biológicas, no debe ser imposible educar a las personas fuera de ésta. La terapia del comportamiento ha permitido a muchas personas superar sus miedos a volar, lo que sospecho que tiene más raíces biológicas tenaces. JST tratan a las irracionalidades que forman el tema de discusión de la Economía del Comportamiento como elementos inalterables de la personalidad humana. Todas sus sugerencias para una reforma legal son estrategias para evitar, más que disipar, nuestras tendencias irracionales –las cuales, afortunadamente, exageran.

48. *Ibid.*, 1516.