

CONTROLANDO INTERNALIDADES: ENTRE LA ECONOMÍA Y LA PSICOLOGÍA DE LA REGULACIÓN

GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA*

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 14/11/2020 Aceptado: 21/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4960>

RESUMEN. Un creciente interés por la psicología aplicada a la regulación se ha traducido en estrategias de regulación por arquitectura o intervenciones sobre la base de *nudges*. Así, a la ampliamente desarrollada interacción entre economía y derecho, se suma el concurso de la psicología. No obstante, como se expone en el presente trabajo, se requiere un estudio más profundo de los costos y beneficios que implican determinadas intervenciones conductuales. En particular, el juzgamiento de las preferencias ajenas y la transparencia del *nudge* presentan dificultades que todavía no han sido definitivamente resueltas por los entusiastas del *Behavioral Law & Economics*.

PALABRAS CLAVE: regulación / análisis conductual / elección racional
/ economía y derecho

CONTROLLING INTERNALITIES: BETWEEN ECONOMICS AND THE PSYCHOLOGY OF REGULATION

ABSTRACT. A growing interest in psychology applied to regulation has been translated into strategies of regulation by architecture or interventions based on nudges. Thus, the contest of psychology intervenes in the widely developed interaction between economics and law. However, as discussed in the present work, a more in-depth study of the costs and benefits that specific behavioral interventions imply is required. In particular, the judgment of other people's preferences and the transparency of nudge present difficulties that have not yet been definitively resolved by behavioral law & economics enthusiasts.

KEYWORDS: regulation / behavioral analysis / rational choice / economics and law

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral, Argentina. Profesor de la Universidad de Lima. Socio en Rodríguez García & Encinas. Presidente de la Segunda Comisión Permanente de Ética del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria.

A MODO DE HOMENAJE A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA

Ha sido un genuino honor recibir la invitación suscrita por el señor decano Germán Ramírez-Gastón Ballón para participar en este número extraordinario en conmemoración del 40 aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Integro la plana docente de manera ininterrumpida desde el 2017 y, desde mi incorporación, he encontrado en la facultad un clima de absoluto respecto a la pluralidad de ideas, así como un espacio de irrestricto compromiso con la excelencia académica, lo cual, por cierto, responde en buena medida al liderazgo de sus autoridades.

En este relativamente corto tiempo, he advertido una genuina preocupación por los espacios de participación del alumnado —por ejemplo, a través de círculos de estudios— y por la mejora continua de quienes integramos la plana docente. Estoy convencido de que la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima es uno de los innegables referentes de formación de altísima calidad en nuestro país. Me honra ser parte de esta casa y poder participar de este merecidísimo homenaje.

INTRODUCCIÓN

Existen múltiples explicaciones para la regulación, entendida en su sentido más amplio como alguna acción orientada a incidir en la conducta o actividad de un sujeto en virtud de alguna regla o pauta establecida. Advertirá el lector que la definición que empleamos es realmente amplia, porque (i) no se circunscribe a una acción estatal, de modo que, por ejemplo, comprende a la autorregulación; (ii) no se limita a una acción orientada a controlar o limitar una conducta, pues podría existir una pretensión facilitadora u orientada a proveer un bien; y (iii) nos referimos a una regla o pauta, de manera que es posible emplear un arsenal de técnicas que van más allá de una regla legal propiamente dicha. En cambio, la explicación tradicional para la regulación suele encontrarse en la idea de que el libre mercado no logra, de forma espontánea y sin control, producir conductas o resultados deseables en términos de interés público (Baldwin y Cave, 2013), esto es, en la extendida noción de “falla del mercado”.

La retórica regulatoria suele justificar la intervención gubernamental en aquellas situaciones en las que el mercado no se conduce apropiadamente tomando como referencia el modelo de mercado perfectamente competitivo¹. Así, desviaciones de ese comportamiento ideal del mercado justificarían alguna intervención correctora y, como la experiencia demuestra, los gobiernos no han tenido problema en encontrar presuntos

1 Modelo que presupone, esencialmente, una pluralidad de ofertantes y demandantes de bienes o servicios homogéneos actuando sin barreras de entrada y salida y con información plena.

fallos por doquier. En realidad, la asunción de que un fallo de mercado —si ello fuera realmente así— habilita en sí mismo para una intervención correctora se sostiene en varias premisas falaces, de las cuales la más grave es aquella que asume que la corrección gubernamental importa necesariamente costos inferiores a los derivados del presunto fallo (o, peor incluso, que tales costos no existen).

Dentro del catálogo de fallos de mercado, la referencia a las “externalidades” es inevitable. En términos simples, se produce una externalidad cuando las acciones de un sujeto imponen costos o beneficios no compensados a otro sujeto. El ejemplo clásico de externalidad negativa es la contaminación ambiental producida por una fábrica. Si la externalidad fuera internalizada —es decir, si existiera compensación por el costo sufrido o el beneficio generado—, la actividad se ajustaría a un nivel óptimo; por ejemplo, únicamente se contaminaría hasta el nivel eficiente en el que el beneficio es superior al costo social generado.

En las últimas décadas especialmente, conceptos y experimentos empleados y conducidos por profesionales de la psicología han venido a complementar la sinergia ampliamente extendida entre la economía y el derecho. La economía conductual —se ha señalado— “[...] nos permite modelar y predecir el comportamiento relevante para el derecho con las herramientas del análisis económico tradicional, pero con asunciones más precisas sobre la conducta humana y predicciones y prescripciones más precisas sobre el derecho” (Jolls *et al.*, 1998, p. 1474). El abordaje interdisciplinario al derecho, en general, y a la técnica regulatoria, en particular, es ciertamente bienvenido. No obstante, es necesaria la cautela antes de implementar intervenciones bien intencionadas sin una comprensión de los peligros y dilemas —incluso éticos— de alejarse rápidamente de instituciones que salvaguardan la libertad individual.

El objetivo del presente trabajo es exponer algunas preocupaciones en torno a lo que denominaré aquí *control de internalidades* (CDI). El término *internalidades*, aunque no extensamente difundido, viene introduciéndose en la discusión académica a partir de los aportes de la economía conductual a la que ya nos hemos referido. Las internalidades se definen como costos que nos imponemos a nosotros mismos al tomar acciones que no son acordes con nuestro mejor interés (Allcott y Sunstein, 2015) o, de manera más directa, daños a nosotros mismos que obviamos (Marron, 2015). El concepto de internalidad tiene un atractivo evidente dada la centralidad del concepto de externalidad en la literatura económica y en el análisis económico del derecho; pero, como veremos enseguida, suscita reparos que nos parecen atendibles.

El presente trabajo se encuentra dividido en tres secciones principales. En la primera, expondremos algunas generalidades en torno a la economía conductual y su aplicación en el ámbito legal (en lo que ha venido a denominarse *Behavioral Law & Economics*). En la segunda sección, plantharemos algunas objeciones que justifican cierta cautela hacia el

enfoque conductual aplicado al campo regulatorio. En la tercera, nos concentraremos en la problemática del concepto de internalidad y los dilemas asociados al CDI. Finalmente, plantearemos algunas conclusiones.

ECONOMÍA CONDUCTUAL Y REGULACIÓN POR ARQUITECTURA

En términos simples, un arquitecto de decisiones es aquel que se ocupa del diseño del contexto en el que los individuos tomaremos determinadas decisiones. Los arquitectos de decisiones pueden influir sutilmente en la decisión del individuo mediante el empleo de un *nudge*. Los *nudge* no necesariamente son empujoncillos hacia una dirección benevolente. En el ideal, sin duda, un arquitecto de decisiones configuraría un escenario de manera que los individuos puedan adoptar mejores decisiones en su propio bienestar. No obstante, es perfectamente posible emplear empujoncillos de manera perversa —*sludge*, como ha sido denominado en algún trabajo—, de modo que termina desincentivándose un comportamiento beneficioso para el individuo (Thaler, 2018).

Uno de los ejemplos preferidos de los defensores de la regulación por arquitectura se relaciona con el orden en el que se ofrecen los platos de comida en un bufet: la disposición de los platos o su configuración puede atraer la atención de los individuos hacia ciertas opciones. Una variante de la misma idea se refiere al diseño de un menú de restaurante (Thaler *et al.*, 2015, p. 51). Un arquitecto de decisiones —benevolente, claro está— ensayaría una configuración que conduzca a los individuos hacia la adopción de decisiones de consumo más saludables. Entonces, la idea detrás de la regulación por arquitectura es que podemos “empujar” a los individuos hacia aquellas alternativas que mejoran sus vidas mediante pequeños empujones en la dirección “beneficiosa” (salvo, por cierto, que el *nudge* se convierta en un *sludge*, esto es, un *nudge* perverso).

Ahora bien, para que un *nudge* sea realmente tal, debe tratarse de una intervención que preserve, según sostienen sus defensores, la libertad de elegir. En otras palabras, si bien el *nudge* se orienta a conducir al individuo a una alternativa, este no está obligado a tomarla. La preservación de la libertad corresponde a la dimensión ética de nuestra crítica y volveremos a ella más adelante. Lo cierto es que este desarrollo no ha dudado en autorreconocerse como paternalista. Así, de manera bastante gráfica, se ha señalado que “la economía conductual extiende la categoría paternalistamente protegida de ‘idiotas’ de modo que se incluya a casi todas las personas en momentos predecibles” (Camerer *et al.*, 2003, p. 1218).

Este supuesto paternalismo amigable con la libertad de elegir, de hecho, suele ser denominado *paternalismo libertario* y ha sido definido así:

[...] una relativamente débil y no intrusiva forma de paternalismo porque las opciones no son bloqueadas o cercadas. En sus formas más cuidadosas, el paternalismo libertario impone costos triviales a aquellos que desean alejarse de la

opción preferida por el planificador. Pero la aproximación que recomendamos cuenta de todos modos como paternalista porque los planificadores públicos y privados no están tratando de rastrear las elecciones anticipadas de las personas, sino que están conscientemente intentando mover a las personas en direcciones que promoverán su bienestar. (Sunstein y Thaler, 2003, p. 4)

Como puede apreciarse, no existe controversia respecto de las pretensiones del emprendimiento comentado: se trata de mover a las personas hacia cursos de acción elegidos por un planificador. Desde luego, los defensores de tal emprendimiento señalarían que cierto desmedro de la libertad no es necesariamente algo malo, pues tener que decidir en cada momento, probablemente, tornaría más complejo el proceso de elección de los individuos. Al contrario, desde que la arquitectura trazada por los planificadores nos evita el malestar de “elegir demasiado”, esta podría promover la libertad individual en lugar de afectarla (Sunstein, 2013, p. 210).

De hecho, podría argumentarse —y se ha argumentado— que la presencia de *nudges* es inevitable desde el momento en que el sistema legal define opciones por defecto, por ejemplo, en el derecho de contratos mediante el empleo de reglas supletorias (Sunstein, 2018, p. 62). En efecto, desde el momento en que una regla supletoria define una regulación aplicable a las partes cuando estas han guardado silencio, podría sostenerse persuasivamente que lo propio ocurre cuando se determina que, ante el silencio de un individuo, se aplicará determinado plan pensionario o se entenderá que ha aceptado ser donante de órganos. De hecho, las reglas supletorias en el derecho contractual preservan la libertad, ya sea que operen mediante un contenido amigable al interés de las partes —de forma que reduce costos de transacción— o incluso cuando tienen un contenido adverso al interés de las partes e incentivan un pacto expreso en contrario, aunque tal pacto ciertamente implique costos (Ayres y Gertner, 1989).

La regulación por arquitectura y el empleo de *nudges* se desarrolla apoyándose en la premisa de que la racionalidad plena, como punto de partida, representa una base alejada del comportamiento que los humanos tenemos realmente. En esos términos, se ha dicho en nuestro medio:

[...] la teoría económica se basa en que el individuo es perfectamente racional y toma decisiones lógicas basadas en su interés particular, maximiza su beneficio y es perfectamente autorregulado. Sin embargo, la realidad ha demostrado que un agente presenta un comportamiento diferente a lo postulado por la teoría. (Sánchez, 2015, p. 183)

Debe decirse, sin embargo, que no resulta exacto afirmar que la aproximación económica neoclásica *postula* que el individuo sea perfectamente racional. Así, nadie sostiene realmente que los seres humanos somos perfectamente racionales, sino que, por el contrario, reconociendo la existencia de ciertas limitaciones, se adopta una posición cautelosa respecto de las respuestas que podrían trazarse para enfrentar tales

limitaciones (Epstein, 2008, p. 806). De esta forma, es más preciso referirse a una presunción contra la intervención regulatoria por una pluralidad de razones bien fundamentadas que caricaturizar la posición contraria endilgándole una creencia falaz: que supuestamente los seres humanos actuamos como robots programados para la actuación racional infalible².

En buena porción del análisis económico del derecho, por ejemplo, se emplea la *premisa metodológica* de la maximización racional del bienestar, lo cual de ningún modo puede confundirse con una convicción de que los individuos no padecen las limitaciones cognitivas ampliamente estudiadas por la psicología. Incluso desde una aproximación crítica, la afirmación expuesta sobre la teoría económica y su supuesta base en la racionalidad del individuo impresiona como osada, pues asume falsamente que existe una sola visión de lo que sostiene la teoría de la elección racional (Korobkin y Ulen, 2000).

No queda duda, eso sí, de que la aplicación de la economía conductual, armada con el concurso de experimentos y conceptos propios de la psicología, ha encontrado un creciente campo de aplicación en el mundo legal³. De este modo, desde aplicaciones más evidentes en el campo del derecho del consumidor hasta aplicaciones en el derecho penal, el *Behavioral Law & Economics* viene abriéndose paso en la academia, lo cual encuentra expresión en importantes publicaciones de destacados académicos. Esas aplicaciones son bienvenidas, aunque no todas sus recomendaciones pueden ser aceptadas sin reparo. La siguiente sección del presente trabajo se enfoca precisamente en lo que —nos parece— son los reparos que de manera significativa deben considerarse antes de apostar por algunas de las recomendaciones de la creciente literatura del *Behavioral Law & Economics*.

CUIDADO CON LO QUE DESEAS: LOS DILEMAS DETRÁS DEL NUDGE

En primer término, los aparentemente reducidos costos asociados a una estrategia que involucre el empleo de un *nudge* deben ser determinados adecuadamente. En efecto, el costo de oportunidad de la implementación de un *nudge* puede ser considerable. Como es ampliamente sabido, una intervención regulatoria debe producir beneficios netos a fin de que pueda ser razonablemente defendible en términos económicos. No basta con que la solución pública propuesta pretenda atender una supuesta imperfección de mercado si los costos asociados a la corrección serán difícilmente compensados por sus

2 En ese mismo orden de ideas, nos parece inaceptable que se afirme que “según la economía tradicional, el capitalismo de libre mercado es básicamente perfecto y estable” (Akerlof y Shiller, 2009, p. 18). La cuestión no es si el mercado libre funciona a la perfección —que sin duda no lo hace—, sino si el gobierno funciona mejor —que difícilmente podría hacerlo—.

3 Debe aceptarse, sin embargo, que muchas ideas hoy desarrolladas por el *Behavioral Economics* pueden incluso rastrearse a la obra *The Wealth of Nations* de Adam Smith publicada en 1776 (Ashraf et al., 2005).

beneficios. Así, luego de determinarse que el mercado no se está comportando conforme a lo esperado, debe todavía establecerse el *stock* de alternativas para afrontar la situación y, elegida una de estas, aún deberá evaluarse si los beneficios de dicha intervención superan sus costos (Spulber, 1989).

Con relación a los costos de oportunidad asociados al empleo de un *nudge*, con frecuencia se asume que, en general, estamos frente a intervenciones de bajo costo. Se pierde de vista que la modificación conductual a la que se orienta el *nudge* puede producir cambios de comportamiento particularmente costosos, dado que estos no se orientan a corregir irracionalidades posibles, sino, en general, a moldear la conducta hacia prácticas que el arquitecto de decisiones considera deseables. En otras palabras, un *nudge* suele buscar un resultado —definido por el diseñador del *nudge*— antes que la reflexión del individuo afectado por la intervención (Tor, 2020).

En sintonía con el dato ya apuntado de la definición del resultado por un tercero, cabe preguntarse si acaso la racionalidad limitada que caracteriza a todos los individuos sujetos a una regulación no alcanza también al diseñador del *nudge*. En efecto, la paradoja para los individuos es si debemos preferir las limitaciones propias sobre las limitaciones de racionalidad ajenas (las del diseñador del *nudge*). En el fondo, el juicio sobre la racionalidad limitada presupone la asunción falaz de que los individuos debemos ser racionales de la misma forma. Lo cierto es que los individuos pueden comportarse de maneras diferenciadas en contextos diferenciados y eso no exhibe un comportamiento irracional. El hecho de que un individuo actúe en un momento dado de manera no ajustada a lo que un modelo económico predice no lo condena al rótulo de la irracionalidad (Rizzo y Whitman, 2020).

Los defensores de la estrategia del *nudge* asumen, apresuradamente sostenemos, que la objeción obvia relativa a la coerción no aplica en este caso, dado que el sujeto expuesto a una nueva arquitectura preservaría su opción de comportarse como le plazca. Por ejemplo, imaginemos que en lugar de requerirse a los individuos que expresen su voluntad de donar órganos si así lo desean, se establezca la donación como la regla supletoria ante el silencio del individuo. En otras palabras, si el individuo *no* manifiesta su decisión de no ser donante de órganos, se entenderá que ha aceptado ser donante. Los defensores de esta regla sostendrían que no se ha afectado sensiblemente la libertad de elegir, pues el individuo puede en cualquier momento comunicar su decisión de no ser donante, esto es, de alejarse de la regla supletoria trazada.

Lo cierto es que la configuración de la arquitectura no justifica en sí misma que sea correcta. El diseñador de la arquitectura puede creer que la donación de órganos es algo “bueno”, del mismo modo en que lo es dejar de fumar o pagar los impuestos a tiempo. Si pudiéramos asegurar que el diseñador de una arquitectura no está tratando de orientar a los individuos hacia su propia concepción de la buena vida, probablemente esta objeción carecería de sentido. Sin embargo, en la medida que el *nudge* sea concebido de

manera tal que los costos de apartarse del resultado arbitrariamente deseado por el arquitecto de decisiones sean más elevados, la objeción de la coerción cobra fuerza.

Si un *nudge* pretende ser genuinamente compatible con la libertad individual, necesariamente debe ser transparente en su objetivo. Si Casio quiere consumir sus platos preferidos extremadamente condimentados y el arquitecto de decisiones Brutus ordena los platos de comida de manera tal que se oriente a Casio a consumir lo más saludable, es probable que la consciencia de Casio respecto de los propósitos de Brutus lo lleven a evadir la orientación sugerida por el *nudge* (después de todo, Casio quiere su comida tal y como a él le gusta).

Ahora bien, para el arquitecto de decisiones Brutus, lo deseable es el consumo de comida saludable y él está convencido de que, orientando a los individuos a ese resultado, se está promoviendo el bienestar de los comensales (incluyendo el bienestar de Casio). La paradoja, entonces, es la siguiente: si Brutus —o cualquier arquitecto de decisiones— revela sus intenciones de conducirnos hacia la comida saludable, Casio, empleando su libertad de elegir, adoptará cualquier acción que se encuentra a su disposición para evadir los propósitos de Brutus. Dado que Brutus no quiere que Casio se aleje de la alternativa “deseable”, podría diseñarse el *nudge* de tal forma que las intenciones sean más discretas. Así, Casio podría no advertir los propósitos de Brutus y elegir una alternativa más saludable, pero ello se consigue sacrificando la transparencia del *nudge*. En esos términos, cabe preguntarse si el empleo de un *nudge* poco transparente —o abiertamente engañoso, incluso— plantea un cuestionamiento ético poderoso a los arquitectos de decisiones (Hasnas, 2016).

A lo expuesto debe agregársele una consideración adicional relativa al conocimiento del arquitecto de decisiones. El proceso de mercado implica la interacción de individuos diversos con su propia información. El individuo, entonces, se presenta como agente de mercado con sus capacidades y limitaciones informacionales o psicológicas que, al interactuar, moviliza el conocimiento disperso. No es realista asumir que un individuo posee *toda* la información posible sobre un supuesto y ciertamente no es realista asumir que un arquitecto de decisiones posee *toda* esa información. Del mismo modo que la planificación de la economía se encuentra destinada al fracaso por su incapacidad de procesar la información que los individuos poseemos y transamos espontáneamente en el mercado, la tarea del arquitecto de decisiones parece condenada a basarse fundamentalmente en la información que de manera privada posee antes que la que el mercado revela⁴.

4 Sobre el particular, cabe hacer una distinción más sutil, y que excedería largamente el propósito de este trabajo, entre información y conocimiento. Lo cierto es que el conocimiento es imperfecto dado su carácter disperso, privado, local, a veces tácito, frecuentemente inarticulado, en algunas ocasiones efímero y usualmente contextual (Kiesling, 2015).

Así, se ha señalado que el proceso de descubrimiento, descentralizado, dinámico, del mercado es más probable que genere *nudges* que mejoran el bienestar que el esquema mental estático y de planeación centralizada del burócrata gubernamental pretendiendo construir *nudges* (Smith y Zywicki, 2016). El arquitecto de decisiones tiene sus propios intereses y padece sus propios sesgos, por lo que no parece una asunción segura la que nos plantea que el hacedor de *nudges* actúa de manera plenamente informada y benevolente. En esa línea, un arquitecto de decisiones que encuentra que su configuración del entorno inicial no está produciendo los resultados que considera deseables, puede emprender un camino de mayores intervenciones apoyadas en las preexistentes elevando progresivamente los costos de escape del individuo hasta un punto en el que el *nudge* se convierte en un instrumento paternalista basado puramente en la coerción (Rizzo y Whitman, 2009).

DE CÓMO MI YO PUEDE PROTEGER A MI OTRO YO: LA RETÓRICA DEL CDI

Supongamos que Casio quiere comer de manera saludable, pero carece de la fuerza de voluntad para tomar las decisiones que le harían bien. Se dispone a elegir un saludable platillo; sin embargo, en el proceso, escoge algo que satisface sus preferencias, pero que conspira contra su bienestar futuro. De esta manera, el Casio del presente ha generado una afectación al Casio del futuro, esto es, una *internalidad*. El *Behavioral Law & Economics* ha dedicado una creciente atención a la problemática del CDI, es decir, cómo permitir que nuestro “yo de hoy” reduzca elecciones que afectan a nuestro “yo del mañana”.

Los defensores del *Behavioral Law & Economics* parecen estar especialmente interesados en ocuparse no solo de las clásicas externalidades —que inciden en terceros—, sino también de las internalidades —que inciden en nosotros mismos—. Como ya se ha señalado, construyendo sobre la base de la racionalidad limitada y una serie de limitaciones cognitivas, se plantean múltiples experimentos cuidadosamente diseñados para revelar que los individuos solemos prestar poca atención a nuestro bienestar futuro cuando realizamos un examen costo-beneficio en el presente.

La idea de que la regulación debe intervenir para ocuparse de una internalidad se sostiene en el apresurado error que Coase (1960) ya anotaba lúcidamente sobre el abordaje pigouviano al problema de las externalidades. Del mismo modo en que una externalidad es recíproca, la internalidad lo es también. Asumir que Casio se hace daño en el futuro por comer algo poco sano en el presente y, sobre la base de ello, justificar alguna acción orientada a guiarlo hacia una elección diferente implicaría que impedir a Casio que coma hoy lo que él quiere no importa daño en el yo. No obstante, como resulta evidente, cuando Casio no come hoy lo que quiere comer, sufre un daño presente para evitar un daño futuro, del mismo modo que, cuando come lo que quiere hoy, evita un daño presente para producirse un daño futuro.

En esos términos, es evidente que una intervención orientada a privilegiar el beneficio futuro conduce al individuo a asumir mayores daños presentes. Eso no sería en sí mismo problemático, dado que es el cálculo que los individuos hacemos, de manera más o menos imperfecta algunas veces, en cada momento. Sin embargo, el arquitecto de decisiones está construyendo un entorno que nos guía hacia ciertos daños y nos aleja de otros sin consideración alguna sobre la valoración que cada individuo tiene respecto de las alternativas que se le presentan. Como se ha afirmado, “nada en la situación, ciertamente no el hecho de que el propio yo de corto plazo impone daños en el propio yo de largo plazo, evidencia que los daños de largo plazo exceden los daños de corto plazo” (Whitman, 2006).

El peligro de una apuesta ciega por estrategias de regulación por arquitectura está fundamentalmente —aunque no exclusivamente, como hemos visto— relacionado con el totalitarismo potencial al que podríamos vernos expuestos. Lo que para el arquitecto de decisiones es una limitación cognitiva o evidencia de un comportamiento irracional, para el sujeto que realiza la conducta puede ser expresión simple de su propia preferencia. A una persona le puede parecer absurdo que alguien se asuste al ver una película de terror, ya que es evidente que lo que se aprecia en pantalla es una ficción. Pero los seres humanos somos seres emocionales y nuestras preferencias están sin duda conectadas a nuestra emotividad (Posner, 1997). Nuestra preferencia por aquello que es absurdo para otro no demuestra que seamos irracionales y he aquí el peligro de depositar en seres conductuales imperfectos la capacidad de definir la arquitectura para guiar la conducta de otros individuos conductuales imperfectos.

Si uno se mueve de un ejemplo como el de la película de terror a un otro más sofisticado, el peligro sigue siendo evidente. En abstracto, parecería incuestionable que todos preferimos gozar de una buena salud en lugar de padecer una salud deteriorada. Sin embargo, enfrentados a la disyuntiva entre vivir una extensa vida aburrida y saludable o una corta vida intensamente plagada de vicios, no resulta claro que los individuos tendremos la misma preferencia (Baldwin, 2015). No hay señal que claramente pueda servir para que a partir de la preferencia revelada de un individuo se construya un juicio sobre su irracionalidad merecedora de un *nudge* en alguna dirección opuesta o diferente.

Finalmente, del mismo modo en que la evaluación de una propuesta regulatoria tradicional implica previamente el análisis detenido de las alternativas, lo propio puede decirse del empleo de *nudges* y otros instrumentos. Asumir que un supuesto problema de internalidades exista no evidencia que se requiera de un arquitecto de decisiones que ayude al Casio de hoy a cuidar al Casio del futuro. En efecto, existen opciones de mercado que podrían permitirle a Casio cuidarse a sí mismo de manera apropiada, por ejemplo, mediante un compromiso empleando un servicio como el de *stickk.com*, en el que es posible celebrar lo que se ha denominado *commitment contract*, esto es, una

suerte de contrato consigo mismo, pero en el que uno puede asignarse algo que perder como consecuencia de su propio incumplimiento (Ayres, 2010). De esta forma, se aplica al campo del *nudge* la enseñanza ampliamente difundida que reconoce en el mercado libre la regla; por tanto, quienes abogan por una intervención gubernamental deben asumir la carga de la prueba respecto de la necesidad de la mencionada intervención (Breyer, 1979).

CONCLUSIONES

El concurso de la psicología en el ya desarrollado binomio derecho-economía es profundamente bienvenido. Sin embargo, es importante llamar la atención sobre los riesgos de intervenciones apresuradas, usualmente fundadas en hallazgos experimentales anecdóticos o en incomprensiones respecto del funcionamiento del mercado y la conducta humana en interacción. En todo caso, los apuntes formulados deben ser interpretados como una invitación a los entusiastas del *Behavioral Law & Economics* para construir sin pausa, pero sin prisa, sobre la base de un adecuado entendimiento de los costos y beneficios de cada propuesta regulatoria.

La atención del gobierno a la reconfiguración del entorno debe consistir en una aproximación con cautela y humildad, en especial si la actuación gubernamental podría responder a los requerimientos de mediación de sujetos en búsqueda de soluciones a sus propios problemas de internalidades (Levmore, 2014). En la medida en que desde la economía y la psicología se sigan refinando los aportes, el trabajo que los abogados emprendemos y las enseñanzas que los estudiantes de derecho reciben en las aulas se verán indudablemente enriquecidos.

REFERENCIAS

- Akerlof, G., y Shiller, R. (2009). *Animal Spirits. Cómo influye la psicología humana en la economía*. Ediciones Gestión 2000.
- Allcott, H., y Sunstein, C. (2015). Regulating internalities. *Journal of Policy Analysis and Management*, 34(3), 698-705.
- Ashraf, N., Camerer, C., y Loewenstein, G. (2005). Adam Smith, Behavioral Economist. *Journal of Economic Perspectives*, 19(3), 131-145.
- Ayres, I. (2010). *Carrots and Sticks: Unlock the Power of Incentives to Get Things Done*. Bantam.
- Ayres, I., y Gertner, R. (1989). Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *The Yale Law Journal*, 99(1), 87-130.

- Baldwin, R. (2015). *Nudge: Three Degrees of Concern*. LSE Law. Policy Briefing Series. file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2573334.pdf
- Baldwin, R., y Cave, M. (2013). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2.ª ed.). Oxford University Press.
- Breyer, S. (1979). Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives and Reform. *Harvard Law Review*, 92(3), 547-609.
- Camerer, C., Issacharoff, S., Loewenstein, G., Donaghue, T., y Rabin, M. (2003). Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism". *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), 1211-1254.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, III. <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>
- Epstein, R. (2008). The Neoclassical Economics of Consumer Contracts. *Minnesota Law Review*, 92(3), 93-110.
- Hasnas, J. (2016). Some Noodging about Nudging: Four Questions about Libertarian Paternalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 14(Edición especial), 645-662.
- Jolls, C., Sunstein, C., y Thaler, R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550.
- Kiesling, L. (2015). Knowledge Problem. En P. Boettke y C. Coyne (Eds.), *The Oxford Handbook of Austrian Economics* (pp. 45-94). Oxford University Press.
- Korobkin, R., y Ulen, T. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144.
- Levmore, S. (2014). Internality Regulation through Public Choice. *Theoretical Inquiries in Law*, 15(2), 447-470.
- Marron, D. (2015). *Should We Tax Internalities Like Externalities?* Tax Policy Center, Urban Institute & Brookings Institution. <https://www.taxpolicycenter.org/sites/default/files/alfresco/publication-pdfs/2000508-should-we-tax-internalities-like-externalities.pdf>
- Posner, R. (1997). Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. *Stanford Law Review*, 50, 1551-1575.
- Rizzo, M., y Whitman, G. (2009). Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes. *Arizona Law Review*, 51(3), 685-739.
- Rizzo, M., y Whitman, G. (2020). *Escaping Paternalism: Rationality, Behavioral Economics and Public Policy*. Cambridge University Press.

- Sánchez, E. (2015). Aplicaciones de la economía del comportamiento al diseño de políticas públicas. *Advocatus*, 31, 181-194.
- Smith, A., y Zywicki, T. (2016). Nudging in an Evolving Marketplace: How Markets Improve their Own Choice Architecture. *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* 16-21. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757712
- Spulber, D. (1989). *Regulation and Markets*. The MIT Press.
- Sunstein, C. (2013). *Simpler: The Future of Government*. Simon & Schuster.
- Sunstein, C. (2018). Misconceptions about Nudges. *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2(1), 61-67.
- Sunstein, C., y Thaler, R. (2003). *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*. University of Chicago Law School. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public_law_and_legal_theory
- Thaler, R. (2018). Nudge, not sludge. *Science*, 361(6401), 431.
- Thaler, R., Sunstein, C., y Balz, J. (2015). Arquitectura de decisiones. *Advocatus*, 31, 47-64.
- Tor, A. (2020). The Target Opportunity Costs of Successful Nudges. En K. Mathis y A. Tor (Eds.), *Consumer Law and Economics* (pp. 9-17). Springer.
- Whitman, G. (2006). Against the New Paternalism: Internalities and the Economics of Self-Control. *Policy Analysis*, 563. <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa563.pdf>

