Behavioral Economics: una caja de herramientas para la investigación jurídica y sociojurídica

José Miguel Camacho-Castro

Abogado. Magíster en derecho con énfasis en teoría del derecho. Docente investigador Universidad Alexander Von Humbolt.

Dentro de la filosofía del derecho existen algunas corrientes que persiguen la explicación empírica de la naturaleza del derecho. Para efectos pedagógicos, pueden ser englobadas bajo la etiqueta de *corrientes realistas*. Estas corrientes encuentran su base en el empirismo de principios del siglo XX (Hierro, 2000, p. 77), pero han evolucionado por distintas vías. De allí que cuando se hable de realismo jurídico se evoque no solo a los escandinavos, estadounidenses y genoveses, sino también al análisis económico del derecho. Este último ha intentado brindar explicaciones económicas, empíricamente sustentadas, de fenómenos jurídicos. Su metodología y su rigor matemático así lo han permitido. Con todo, quiero centrarme aquí en una corriente de la economía contemporánea que ha tenido ya un fuerte impacto en la explicación de cientos de hechos relacionados con el comportamiento de las personas y que puede tener gran calado jurídico: se trata de la corriente del *behavioral economics.*

El *behavioral economics* es una corriente que utiliza los hallazgos de las ciencias cognitivas para explicar empíricamente los comportamientos económicos de las personas. En esta senda, se han realizado estudios para comprender las preferencias de los consumidores, el comportamiento de los seres humanos cuando deciden sobre el dinero (Ariely y Kreisler, 2018), el comportamiento de las personas en situación de escasez (Mullainathan y Shafir, 2016), el comportamiento de la gente cuando tiene la posibilidad de hacer trampa (Ariely, 2012), el comportamiento de actores financieros (Akerlof y Shiller, 2009), entre muchos otros. Lo que quiere resaltarse es que estos estudios pueden revestir una inmensa importancia para la comprensión de fenómenos de relevancia jurídica y política. Se trata de un campo naciente que ya ha empezado a dar sus frutos.

Por ejemplo, el profesor Diego Moreno Cruz propuso un modelo para comprender la estabilidad y el cambio en las decisiones judiciales (Moreno Cruz, 2014). Su enfoque se basó en la *aversión a la pérdida*, una tendencia observada una y otra vez en experimentos psicológicos propios del *behavioral economics*. Su preocupación giró en torno a explicar de manera plausible y con base empírica la tendencia a la estabilidad y el cambio esporádico de las interpretaciones judiciales. Así, construyó una explicación psicológica a la cuestión de por qué los jueces del presente por lo regular *cumplen* las reglas interpretativas creadas por los jueces del pasado y por qué algunas veces las *incumplen.* Si uno se pregunta rápidamente por una aplicación práctica para este modelo, basta con pensar por qué

los magistrados de la Corte Constitucional han tomado algunas decisiones tan polémicas desde el año 2018.

Valiéndome de otro ejemplo, mencionaré brevemente el tema de la transparencia. Este concepto ha ocupado un lugar privilegiado dentro de los remedios para afrontar la corrupción: se ha incorporado en diferentes normas como principio orientador, se han creado regulaciones para hacerlo obligatorio y ha sido utilizado en decenas de fallos judiciales. Suele ser mencionado como una solución a la violación de reglas de contratación pública y como una garantía para que las autoridades cumplan con su deber de brindar información a los ciudadanos.

No obstante, en un experimento en el que se pedía a un sujeto con más información (s1) que asesorara a otro con menos información (s2) para realizar la valoración de una jarra llena de monedas, se detectó una mayor tendencia de s1 a asesorar indebidamente a s2 si su paga aumentaba gracias al error de s2. Lo relevante del estudio fue que involucró una situación en la que s2 sabía que s1 se beneficiaría de su error –es decir, había transparencia sobre el conflicto de interés de s1–. Dicha transparencia tuvo dos efectos perversos: primero, no logró que s2 ajustara su valoración adecuadamente, a pesar de conocer perfectamente las malas intenciones de s1 –en otras palabras, el conocimiento de que nos van a timar no nos hace más precavidos–; segundo, hizo que s1 se sintiera con licencia para engañar de una manera más agresiva a s2 pues, al fin y al cabo, este estaba enterado de su conflicto de interés (Cain, Loewenstein, y Moore, 2005).

En lo que viene al caso, tanto en lo político como en lo jurídico, el principio de transparencia se ha postulado como la solución a la corrupción producto del incumplimiento de ciertas reglas –de contratación o de acceso a la información, por ejemplo–. Sin embargo, no sabemos si realmente cambia el comportamiento de los *transparentados* y si de veras influye en el cumplimiento de las normas que pretende reforzar. Puede que tanto tiempo de insistir en la transparencia haya sido tiempo desperdiciado, por no contar con enfoques empíricos que nos permitan comprender los efectos de las leyes anticorrupción. Los hallazgos realizados dejan en entredicho la efectividad de la aplicación de este concepto a la solución del problema de la corrupción y dejan a la vista la necesidad de profundizar en enfoques empíricos para una mejor comprensión de estos temas.

Con estos ejemplos se pretende ilustrar que la corriente del *behavioral economics,* a pesar de tener poca atención de los investigadores en derecho, ya ha brindado herramientas para una mejor comprensión de graves problemas de nuestra sociedad. Y no solo para la comprensión, sino para emprender cambios informados que conduzcan a la solución de dichos problemas. El llamado *nudging* (Sunstein, 2017; Thaler y Sunstein, 2009) consiste precisamente en eso: aprovechar las tendencias cognitivas de los seres humanos para generar cambios en sus comportamientos que permitan cumplir objetivos sociales compartidos y disfrutar de vidas más largas, tranquilas y saludables.

Este tipo de cuestiones –muy reales y cotidianas– son las que pueden verse beneficiadas de que se haga uso de la caja de herramientas del *behavioral economics* en la investigación jurídica y sociojurídica.

Referencias bibliográficas

Akerlof, G. A., y Shiller, R. J. (2009). *Animal spirits*. Barcelona: Gestión 2000.

Ariely, D. (2012). *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos. La ciencia del engaño puesta al descubierto*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

ISSN: 1794-1598

Ariely, D., y Kreisler, J. (2018). *Las trampas del dinero*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Cain, D. M., Loewenstein, G., y Moore, D. A. (2005). The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest. *The Journal of Legal Studies*, *34*(1), 1–25. https://doi.org/10.1086/426699

Hierro, L. (2000). Realismo jurídico. In E. Garzón Valdés & F. J. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 77–86). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Moreno Cruz, D. (2014). Juego de toma de decisión judicial interpretativa correcta. *Analisi e Diritto*, 237–251.

Mullainathan, S., y Shafir, E. (2016). *Escasez. ¿Por qué tener poco significa tanto?* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Sunstein, C. R. (2017). *Paternalismo Libertario*. Barcelona: Herder Editorial.

Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2009). *Un pequeño empujón (Nudge)*. México D.F.: Taurus.