

Ulen – La Teoría de la Elección Racional en Derecho y Economía

Por Thomas S. Ulen

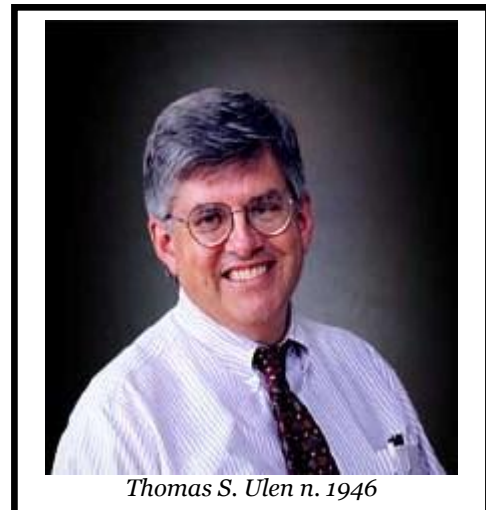
[Encyclopedia of Law and Economics – 0710 Rational Choice Theory in Law and Economics](#)

El gran atractivo de derecho y economía ha sido su uso de una teoría coherente de la toma de decisiones humana (teoría de la elección racional) para examinar las normas jurídicas y las instituciones. Si bien las innovaciones y los logros de esa teoría en el análisis del derecho han sido muchos e importantes, hubo una gran insatisfacción entre los académicos legales más tradicionales con los fundamentos de la elección racional de derecho y economía. Este capítulo, en primer lugar, explica la teoría de la elección racional y su importancia en el análisis económico del derecho; en segundo lugar, resume parte de la literatura de la economía, la psicología cognitiva y otras disciplinas que ha sido crítica de la teoría de la elección racional; y, en tercer lugar, especula sobre el impacto de esas críticas sobre el análisis económico del derecho. *Clasificación JEL:* oo. *Palabras Clave:* Racionalidad, negociación, toma de decisiones humana, crítica metodológica

1. Introducción

Cuando derecho y economía era un campo nuevo en el currículo jurídico y apenas se convertía en una parte regular del discurso legal académico, el uso de la teoría microeconómica para discutir temas legales tradicionales despertó interés pero también sospecha y hostilidad. Entre las razones de esta sospecha y hostilidad se destacaba el sentimiento de que la explicación del economista sobre la toma de decisiones de los seres humanos -la teoría de la elección racional- era tan profundamente errónea que las conclusiones derivadas de esa explicación debían tomarse *cum grano salis* muy grande, si no totalmente rechazadas. Para tomar un ejemplo, la teoría económica de la decisión de cometer un crimen afirmaba que el potencial criminal evaluaba los costos esperados y los beneficios esperados del acto criminal y cometía el delito sólo si los beneficios esperados excedían los costos esperados.

Muchos jurisconsultos, jueces y practicantes tradicionales a quienes se daba tales ejemplos, sentían que la raíz de su infelicidad con las conclusiones de la nueva disciplina radicaba en la afirmación del economista de que todas las decisiones (como la de cometer un crimen) resultan de una deliberación racional. Los maximizadores racionales de utilidad o de beneficios de la teoría microeconómica parecían tener muy poca relación con los seres humanos de carne y hueso con los que trataba la ley. Por lo tanto, en la medida en que derecho y economía utilizaba la teoría de la elección racional como su principal teoría de la toma de decisiones humanas, el campo tenía dificultades en convencer a los juristas tradicionales de que debía ser tomado en serio.



En este capítulo describo primeramente el modelo de elección racional de toma de decisiones y luego doy algunos ejemplos del uso de esa teoría en derecho y economía. A continuación describo algunas críticas de la teoría de la elección racional que han sido hechas principalmente por psicólogos cognitivos y sociales. Y finalmente, especulo sobre las implicaciones de estas críticas para el análisis económico del derecho.

A. Teoría de la elección racional

La teoría de la elección racional está en el centro de la teoría económica moderna y en las disciplinas contiguas a la economía, como algunas partes de la ciencia política, la teoría de la decisión, la sociología, la historia y el derecho, que han adoptado la teoría como modelo de toma de decisiones. En esta sección defino la elección racional, muestro cómo se usa en economía y describo su uso en otras disciplinas y sugiero por qué los académicos tradicionales en esas otras disciplinas encuentran problemas en la teoría de la elección racional.

2. Definiciones de *elección racional*

No hay una definición ampliamente aceptada de la teoría de la elección racional, pero hay dos sentidos importantes en los que se utiliza el término. El primero es un sentido informal: se dice que la elección es racional cuando es deliberativa y consistente. El tomador de decisiones ha pensado en lo que va a hacer y puede dar una justificación razonada para la elección. Y tomando decisiones a lo largo del tiempo o centrándose en sus elecciones sobre cosas particulares, como opciones de comida o clases en la universidad, uno espera que la racionalidad conduzca a elecciones consistentes (y relativamente estables). Es decir, se espera que no haya oscilaciones salvajes e inexplicables en los objetos de sus elecciones y que los medios elegidos para realizar los objetivos del tomador de decisiones estén razonablemente bien adaptados al logro de esos objetivos (Nozick, 1993).

Al igual que muchas definiciones informales ésta es altamente imprecisa. De hecho, dado que casi toda la acción parece ser deliberativa y consistente, esta definición informal no parece permitirnos distinguir la acción racional de la irracional. Todo confirma la definición y nada la refuta.

El segundo sentido en que la profesión utiliza "elección racional" es más formal: los consumidores tienen preferencias transitivas y buscan maximizar la utilidad que derivan de esas preferencias, sujetas a varias restricciones. Las preferencias transitivas son aquellas en las cuales, si se prefiere algún bien o paquete de mercancías denotado A a otro bien o paquete de mercancías denotado B y B a un tercer bien o paquete de mercancías denotado C, entonces debe ser el caso de que A se prefiera a C. Por el contrario, si fuera el caso que A se prefiriera a B, B se prefiriera a C y C se prefiriera a A, encontraríamos que ello es extraño - de hecho, irracional. Del mismo modo inobjetable es el supuesto de que el tomador de decisiones busca maximizar la utilidad sujeto a varias restricciones (como las impuestas por el ingreso, el tiempo, los recursos cognitivos y similares). La mayoría de los economistas encuentran este sentido más formal de la elección racional como siendo tan obvio que nunca dudan de ello y se sienten desconcertados por quienes lo hacen. (Para una discusión de otras condiciones formales sobre la elección racional, véase Plous, 1993, pp. 80-82).

Por muy obvio que el sentido formal de la elección racional pueda ser para los economistas y para los de otras disciplinas que lo han adoptado como su modelo de toma de decisiones humanas, el sentido formal no ha estado exento de críticos. Aquí vale la pena destacar dos críticas de este tipo. En primer lugar, algunos han dicho que la noción formal de elección racional es tan tautológica como el sentido informal. Es decir, no hay, o casi no hay, conducta que refute el sentido formal de racionalidad. Todo comportamiento puede decirse que está dirigido a la maximización de la utilidad (¿quién haría alguna vez lo contrario?) Y todas las preferencias se puede decir que son transitivas. Por ejemplo, se podría explicar muchos casos de preferencias aparentemente intransitivas como resultado de un cambio en las preferen-

cias con el tiempo. En segundo lugar, uno puede mostrar algunas incoherencias o puzzles en la noción de preferencias transitivas. Supongamos que le hemos preguntado a un sujeto cómo se siente con una cucharadita de azúcar. Ahora añadimos un grano de azúcar a esa cucharada. Si al sujeto le gusta el azúcar, presumiblemente prefiere la cucharada aumentada a la original con la teoría de que más es mejor. (Si no le gusta el azúcar, entonces debe preferir la cucharada original.) Sin embargo, es probable que el sujeto no pueda distinguir la cucharada con un grano más de azúcar de la cucharada original. Si es así, puede decir que está indiferente entre las dos. (Esta confusión entre "más es mejor" y la indiferencia es en sí desconcertante, pero pongamos a un lado ese rompecabezas). Si continuamos agregando granos de azúcar a la cucharada original y preguntando al sujeto cada vez que lo hacemos, cómo compara el aumento con la cucharada anterior, probablemente continuará diciendo que no puede distinguir y que está, por lo tanto, indiferente. Pero en última instancia, los granos de azúcar sumarán algo sustancialmente mayor que la cucharada original. Por lo tanto, a pesar de que el sujeto ha sostenido que cada cucharada sucesiva era tan buena como la original, de modo que, por transitividad, la cucharada final colmada debe ser indiferente a la primera, es casi seguro que el sujeto prefiera la cucharada colmada a la cucharadita original.

3. Usos de la teoría de la elección racional en economía

A pesar de estos problemas, los economistas encuentran que la teoría de la elección racional es un modelo muy útil para formular hipótesis sobre el comportamiento del mercado. Hay cinco razones principales para esto. En primer lugar, la teoría permite a los economistas hacer predicciones sobre el comportamiento económico y, en general, esas predicciones son corroboradas por la evidencia empírica. Por ejemplo, la teoría de la elección racional predice y el trabajo empírico confirma que cuando el salario aumenta, con todas las demás cosas manteniéndose iguales, la oferta de mano de obra aumenta y la demanda de mano de obra disminuye; cuando el precio del alcohol aumenta, en relación con el de otros bienes y servicios, la cantidad demandada disminuye (si no por mucho); cuando el precio de un bien o servicio se eleva, de nuevo, en relación con el de otros bienes y servicios, el esfuerzo productivo tiende a desplazarse hacia el suministro de ese bien o servicio; y cuando el precio de un insumo aumenta en relación con el de sus sustitutos, los productores tienden a utilizar menos de ese insumo y relativamente más de los sustitutos. Este tipo de resultados son tan generalizados, tan familiares para los economistas profesionales y tan centrales para la sostenibilidad de la teoría microeconómica moderna que no es sorprendente que la teoría de la elección racional forme una parte tan importante del canon de la microeconomía moderna.

En segundo lugar, siempre que aparezcan desvíos de las predicciones de la teoría de precios, los economistas suelen explicar esos desvíos sin tener que asumir que los tomadores de decisiones implicados son irracionales. Si las desviaciones son una cuestión de grado (por ejemplo, un aumento en la tasa de impuestos sobre los ingresos superiores a \$ 250.000 fue seguido por un aumento mucho menor en los ingresos del gobierno de lo previsto), hay un gran número de hipótesis que pueden explicar esta desviación que están muy lejos de cuestionar la racionalidad de las partes involucradas. Para tomar sólo una de estas hipótesis, puede haber habido medios por los cuales aquellos con ingresos de más de \$ 250,000 podrían resguardar sus ingresos de las autoridades tributarias que no valía la pena buscar hasta que la tasa de impuestos aumentó. Alternativamente, se podría argumentar que el desvío de la predicción de la teoría de la elección racional es una cuestión estadística fortuita, debido a alguna rareza del conjunto de datos, que la aparente anomalía es el resultado de que los tomadores de decisiones no tuvieron la información apropiada para alcanzar el resultado pre-

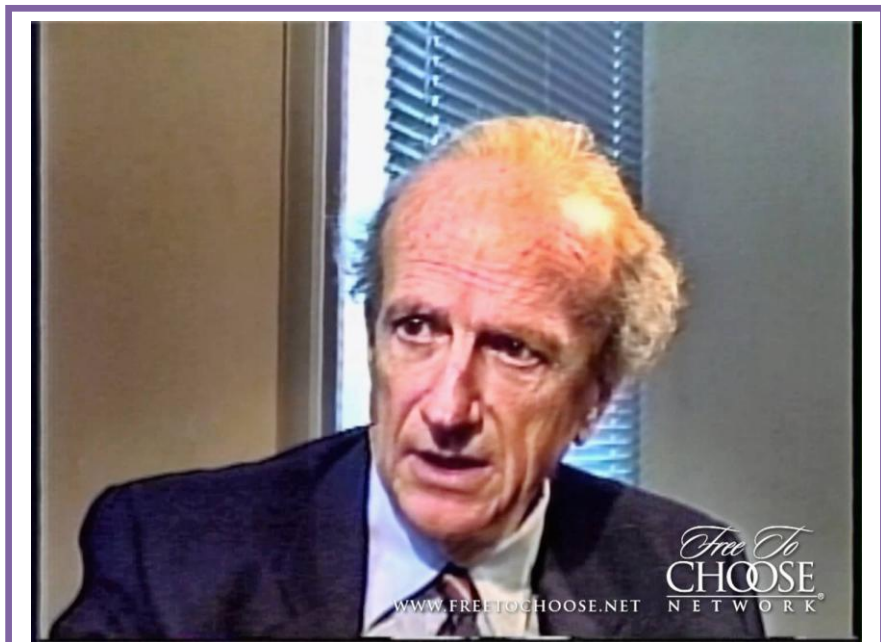
dicho por la teoría, de que hubo algún fallo del mercado hasta entonces inadvertido, como monopolio o monopsonio, costos o beneficios externos, bienes públicos o asimetría informacional, que explica la discrepancia entre las predicciones de la teoría y el comportamiento observado. Estos problemas estadísticos y estructurales son reales y comunes, de modo que los economistas no son irracionales al aferrarse tenazmente a la teoría de la elección racional ante las aparentes anomalías en las predicciones de la teoría.

En tercer lugar, un economista puede explicar un comportamiento que parece anómalo en la teoría de la elección racional apelando a una ligera modificación de la teoría. Supongamos, a modo de ejemplo, que alguien demuestra que para un bien particular, cuando el precio sube, quedando todas las otras cosas igual, la cantidad demandada aumenta. ¿Es ésta evidencia suficiente para abandonar la teoría de la elección racional? Normalmente no. Por ejemplo, en el caso de un bien cuya cantidad demandada sube en vez de caer cuando el precio del bien aumenta, se podría proponer un nuevo fenómeno llamado "efecto esnob", que surge cuando los consumidores toman un precio mayor por un bien como signo de su deseabilidad, no como un signo para cambiar por alternativas más baratas. Como consecuencia, la curva de demanda de un bien sujeto a un efecto esnob puede tener pendiente positiva, para indicar que un aumento del precio de ese bien conduce a un aumento de la cantidad demandada (Leibenstein, 1950).

En cuarto lugar, existe una fuerte presunción entre los economistas a favor de la aptitud evolutiva del comportamiento racional, al menos en el ámbito económico. Es decir, los consumidores racionales prosperarán, mientras que los consumidores irracionales desperdiciarán sus recursos y, tal vez, se convertirán en bombas de dinero para calculadores racionales. Lo más importante, las empresas racionales que maximizan ganancias dominarán a aquellas empresas que no operen de acuerdo a un plan racional.

Quinto y finalmente, el profesor Gary Becker ha demostrado que incluso si hubiera consumidores que se comportaran irracionalmente, en el sentido

de tener preferencias intransitivas, las predicciones estándar de la teoría de los precios (como que un aumento del precio relativo de un bien conducirá a una declinación en la cantidad demandada de ese bien) se mantendrían (Becker, 1962). Desde que apareció ese artículo, ha habido más demostraciones formales de que las conclusiones de la teoría de precios y de la economía del bienestar no se ven muy afectadas por la presencia de un gran número de consumidores con preferencias intransitivas. Por lo tanto, si bien la irracionalidad puede ser



*Ronald Coase and Gary Stanley Becker (photo) on utility theory (5m.)
(1930-2014)*

un problema con respecto al comportamiento de ciertos individuos, no es un problema con respecto al comportamiento agregado en los mercados y puede, como resultado, ser ignorada.

El punto de todo esto es sugerir que hay razones plausibles por las cuales los economistas se aferran tenazmente a la teoría de la elección racional. La teoría es extremadamente útil y poderosa. Sus predicciones son frecuentemente precisas y una valiosa guía para la formulación de políticas públicas. Y es bastante fácil explicar fenómenos que parecen anómalos sin necesidad de abandonar la teoría.

4. Uso de la teoría de la elección racional en otras disciplinas

Las críticas abundan cuando los estudiosos buscan utilizar la teoría de la elección racional para describir el comportamiento no mercantil, como ha sido el caso en disciplinas tan oprimidas como demografía, historia, biología, ciencia política, relaciones internacionales y derecho. Ninguna de estas disciplinas involucra elecciones explícitas de mercado, pero todas ellas han sido revolucionadas por la importación y el uso de la teoría de la elección racional.

¿Por qué la teoría de la elección racional ha sido tan atractiva para algunos estudiosos de estas disciplinas contiguas? La razón principal es que la teoría es la explicación más completa y coherente de la toma de decisiones en ciencias sociales. Por otra parte, el éxito reconocido de la economía en el campo de las políticas públicas en los últimos cincuenta años, que puede atribuirse en parte a su fundamento en una teoría coherente del comportamiento racional, puede haber inspirado la emulación del aspecto de modelización de la economía por otras disciplinas en la esperanza de que esto conduzca a éxitos académicos y de políticas similares a los de la economía.

Pero, como noté, ha habido fuertes críticas a la teoría de la elección racional en el estudio del comportamiento no mercantil. ¿Por qué debería ser éste el caso? Una posible respuesta es que los académicos tradicionales están amenazados por la teoría de la elección racional: es una técnica desconocida, manejada principalmente por jóvenes eruditos y que amenaza claramente la posición académica de quienes usan métodos tradicionales. Pero hay más en las objeciones que el mero interés propio. Poniendo bajo una luz más favorable a los objetores, su escepticismo se puede poner de esta manera: la teoría de la elección racional puede estar bien para considerar las decisiones de mercado explícitas - como qué coche comprar, si conviene alquilar el coche o comprarlo con un préstamo, qué trabajo tomar y qué términos y condiciones aceptar y cómo invertir sus ahorros. Éstas son, después de todo, decisiones cuantificables. Todas implican dinero y esa moneda permite comparar entre diferentes cursos económicos de acción. Pero ¿qué razón hay para creer que las decisiones no relacionadas con el mercado -como, por ejemplo, con quién casarse o cuántos hijos tener o cómo cuidar de cada uno de ellos o si confiar en un aliado en los asuntos exteriores, etc. - son tomadas haciendo los mismos cálculos? Dicho sucintamente, la pregunta es "¿Por qué el modelo de elección racional es adecuado para el comportamiento del mercado, pero no para el comportamiento no comercial?" La pregunta es seria y merece una respuesta.

Puedo pensar en tres factores que podrían hacer que el modelo de elección racional sea un mejor modelo general para las opciones de mercado que para las opciones no comerciales. En primer lugar, las opciones de mercado son frecuentes y rutinarias. Incluso si las personas cometen errores al hacer sus primeras elecciones de mercado, tienen la oportunidad de aprender a través de transacciones repetidas. Por otra parte, en aquellos casos en que las

transacciones de mercado son raras en la vida de un individuo -como, por ejemplo, la compra de una casa, hay muchas personas que *han hecho* estas compras, de modo que existe la posibilidad de aprender de otros sobre las dificultades de esas transacciones infrecuentes. No obstante, el punto general que cabe hacer es que las opciones de mercado cuanto más problemáticas para los individuos sean, más infrecuentes serán. Relacionado con este asunto está el hecho de que muchas opciones no comerciales son tan infrecuentes que la gente no tiene oportunidades repetidas de aprender y de hacer correcciones. El amor y el matrimonio son ejemplos. A pesar de que uno puede consultar a otros por sus experiencias con estas decisiones infrecuentes, las circunstancias de cada individuo con respecto a muchas de estas opciones no comerciales están tan altamente particularizadas que las experiencias de los otros pueden no ser una guía apropiada para el propio curso de acción.

En segundo lugar, como ya se señaló, las opciones de mercado son mediatizadas a través de un instrumento común - el dinero - lo que facilita la conmensurabilidad. No tenemos problemas de "comparar manzanas y naranjas" en muchas transacciones de mercado porque las decisiones casi siempre implican que el comprador entregue dinero. Dado que el comprador sabe o podría conocer el precio de mercado de otros bienes y servicios o puede calcular un costo de oportunidad, puede hacer una estimación bastante precisa del valor comparativo de cursos de acción muy diferentes, como comprar o arrendar un nuevo coche o invertir otro año más en la universidad o conseguir un trabajo. Por el contrario, las elecciones que no son mercantiles por lo general no involucran una barra de medición común como el dinero. Por lo tanto, hacer comparaciones entre alternativas no mercantiles o entre un mercado y una alternativa no mercantil puede ser muy difícil. ¿Cómo se compara la experiencia profunda de la paternidad con el costo de unas vacaciones exóticas?

Tercero, hay problemas de transparencia en las elecciones no mercantiles. Las elecciones de mercado implican comparaciones relativamente simples, salvo cuando son complejas y reservadas para especialistas, como en algunas valoraciones de opciones complicadas. Hay, con frecuencia, una sola mejor decisión (óptima). Pero muchas opciones no comerciales son simplemente difíciles de entender y tienen una variedad de resultados adecuados. Consideren la decisión de invitar o no a un amigo a viajar una larga distancia con uno. No hay una respuesta "correcta" a la pregunta y hay muchos significados matizados, incluyendo malentendidos, que pueden ser leídos en la pregunta y en su respuesta.

En conjunto, estas cuestiones de frecuencia, conmensurabilidad y transparencia pueden sugerir por qué la teoría de la elección racional es ampliamente aceptada como una explicación de las elecciones del mercado, pero tiene dificultades para ser aceptada como modelo de las elecciones no mercantiles (Ulen, 1998).

B. Aplicación de la Teoría de la Elección Racional en Derecho

La característica más importante, pero no la única, de Derecho y Economía es su uso de la teoría de la elección racional para examinar las decisiones legales. En esta sección describo las razones generales por las que la teoría de la elección racional puede ser apropiada para la descripción y predicción de la toma de decisiones legales y doy ejemplos del uso de la teoría en el análisis de las normas del derecho privado y del derecho de responsabilidad civil y en el análisis de derecho penal.

5. Por qué la teoría de la elección racional es un modelo apropiado de toma de decisiones

La teoría de la elección racional es una de las tres características distintivas de Derecho y Economía. A la luz de la crítica general de la aplicabilidad de la teoría de la elección racional a opciones no mercantiles antes mencionada, uno tiene derecho a preguntarse por qué la elección racional es apropiada para la discusión de asuntos legales, la mayoría de los cuales son elecciones no mercantiles.

La respuesta es que muchas decisiones legales son de hecho opciones similares a un mercado. Se puede decir que son así basándose en que las normas legales crean precios implícitos en diferentes comportamientos y que los tomadores de decisiones legales conforman su comportamiento a esos precios de la misma manera que conforman su comportamiento de mercado a los precios relativos. Por ejemplo, la ley impone una sanción monetaria (llamada "indemnización por daños y perjuicios") a aquellos que interfieren injustificadamente con la propiedad ajena, incumplen un contrato o lesionen accidentalmente a otra persona o sus bienes. Estos montos monetarios pueden considerarse como los 'precios' de participar en ciertos tipos de comportamiento, tales como la falta de diligencia o el incumplimiento de una obligación contractual. Es de suponer que los decisores racionales compararán esos precios legales con los de las alternativas y cumplirán con los deberes de la ley (es decir, no interferir con la propiedad ajena sin su permiso, cumplir una obligación contractual o tener el debido cuidado) si el precio por hacerlo es mayor que el precio por no hacerlo. Por ejemplo, si el beneficio de incumplir un contrato es de \$ 10.000 y los daños monetarios que el quebrantador puede anticipar pagar a la parte inocente son \$ 5.000, entonces es probable que haya incumplimiento de contrato (Cooter and Ulen, 1997; Posner, 1998). Una innovación central de Derecho y Economía es haber reconocido que muchas decisiones legales tienen esta calidad de elección de mercado y que, por lo tanto, la teoría de la elección racional es un modelo apropiado de la toma de decisiones legales.

6. Ejemplos de Derecho Privado de la Teoría de la Elección Racional

Aquí daré sólo algunos ejemplos amplios de la teoría de la elección racional en derecho privado, en lugar de hacer una reseña exhaustiva. Una omisión particular merece ser mencionada. No tendré nada que decir sobre el Teorema de Coase, el ejemplo más famoso del análisis económico del derecho y un magnífico ejemplo de teoría de la elección racional en la toma de decisiones de derecho privado, con el argumento de que esta Enciclopedia abarca extensamente ese teorema en otros lugares.¹ Aquí me limito a tomar nota de que el comportamiento de negociación que el Teorema de Coase postula ocurrirá en ausencia de costos de transacción precisamente porque las partes son calculadores racionales como lo supone la teoría de la elección racional. No obstante el hecho de que no he discutido el Teorema de Coase, en la Parte C, describiré algunas críticas de los supuestos de ese teorema y luego en la Parte D, algunas implicancias para el teorema de esas críticas. Aquí voy a dar ejemplos de la teoría de la elección racional, ya que informa el análisis económico del derecho contractual y el derecho de responsabilidad civil.

¹ Véase en el Vol. II de estos Ensayos, 5. [Medema, Steven G. & R. O. Zerbe Jr – El Teorema de Coase](#)

6.1 Derecho contractual

En un análisis económico del derecho contractual, el punto de partida es la pregunta: ¿Por qué las partes racionales necesitan la ayuda de la ley para concertar acuerdos consensuales? Se podría argumentar que en ausencia de costos de transacción, las partes que buscan celebrar acuerdos no necesitarían ayuda de la ley. Concluirían sin costo términos mutuamente beneficiosos. De ello se deduce que el Derecho contractual ayuda a las partes a celebrar acuerdos cuando los costos de transacción son positivos.

¿Qué da lugar a costos de transacción positivos en la contratación? Hay dos razones generales. En primer lugar, puede haber problemas en el entorno en el que las partes negocian y estos problemas pueden conducir a ineficiencias. Por ejemplo, podría haber efectos de terceros y, en ausencia de intervención legal, las partes contratantes no prestarían atención a esos efectos externos. Además, una de las partes contratantes podría ser monopolista y, por lo tanto, podría poner a la otra parte en una situación en la que el «consentimiento» carecería de sentido. La ley puede corregir este costo social insistiendo en que las partes alcancen términos aproximadamente competitivos en su acuerdo.

La segunda fuente general de costos de transacción en la contratación son los problemas que los contratistas individuales pueden tener. Por ejemplo, algunas partes pueden tener preferencias inestables o intransitivas porque, digamos, son muy jóvenes, insanas o sufren de la enfermedad de Alzheimer. Cuando las personas tienen preferencias inestables o intransitivas, no hay garantía de que estén en posición de evaluar el beneficio de la negociación y, por lo tanto, no pueden formar acuerdos mutuamente beneficiosos. Previsiblemente, el derecho contractual no hace cumplir los acuerdos en los que una de las partes tiene preferencias inestables.

Los costos de transacción derivados de factores del entorno contractual y negociadores individuales pueden ser lo suficientemente altos como para impedir la contratación o para hacer que tenga lugar en condiciones ineficientes. Como un correctivo general, el derecho contractual puede presentar un conjunto de términos contractuales predeterminados que tengan en cuenta estos costos de transacción y ahorrar a las partes los costos de especificar estos términos cada vez que negocien para firmar un acuerdo.

6.2 Derecho de Daños

Según el análisis económico, el sistema de responsabilidad de daños intenta minimizar la suma de los costos de prevención, accidente y gastos administrativos. Los potenciales heridos y las víctimas potenciales son calculadores racionales que comparan los costos y beneficios esperados de varios estados del mundo (como los que surgen de tomar diferentes tipos o cantidades de precaución) y, dado su gusto, maximizan su utilidad sujeta a varias restricciones. Por supuesto, los costos de transacción entre los potenciales causantes de daño y las víctimas son tan altos que no pueden formalizar un acuerdo contractual sobre sus obligaciones en caso de accidente. Siendo así, el causante potencialmente no tiene prácticamente ningún incentivo para tomar en cuenta los costos esperados de su falta de adoptar las precauciones adecuadas. Como resultado, hay demasiados accidentes o muy graves y las víctimas potenciales pueden ineficientemente tratar de protegerse de lesiones no compensadas. El análisis económico de la legislación sobre daños se centra en el uso de normas legales para inducir al causante potencial (racional) a internalizar estos costos de no prestar la debida atención. Específicamente, al prever la posibilidad de que el causante potencial se considere

responsable de la falta de diligencia y, en su caso, tenga que pagar los daños de la víctima derivados del accidente, el derecho de daños induce al causante potencial racional a adoptar el nivel de atención que minimiza el costo social.

Como ejemplo del aspecto de elección racional de este análisis, consideren la visión económica de la negligencia *versus* la responsabilidad objetiva. Siendo sumamente superficial sobre un asunto complejo, el análisis económico sugiere que alguna forma de negligencia es eficiente cuando la precaución es bilateral y que la responsabilidad estricta es eficiente cuando la precaución es unilateral. La novedad intrigante en este punto de vista es la implicancia de que el estándar de negligencia se dirige tanto a las víctimas potenciales como a los potenciales causantes de daño para inducir a *ambos* a ejercer cuidado.

Imaginen los cálculos que una persona racional hará cuando se enfrenta con alguna forma de norma de negligencia para determinar la responsabilidad. Supongan que esta persona no sabe si se lesionará o lesionará; por ejemplo, podría ser un conductor de automóviles. Él sabe que bajo el criterio de negligencia el causante que cumple con el deber legal de cuidado no será responsable por las lesiones de la víctima. Por lo tanto, si él fuera un ofensor, lo mejor para él sería cumplir con el deber legal de cuidado. Esa acción minimiza su responsabilidad esperada y, siendo racional, él decide cumplir con el deber legal de cuidado. Pero ahora supongan que él es víctima en un accidente automovilístico. En ese caso, casi seguramente será herido por alguien que ha cumplido con el deber legal de cuidado. (¿Por qué?, como él, cada uno de los posibles victimarios es racional y habrá reconocido que su responsabilidad esperada es cero si cumple con el deber legal de cuidado. Siendo racional, tratará de minimizar su responsabilidad esperada tomando la cantidad apropiada de cuidado.) Habiendo razonado que será herido por un victimario racional que no será hallado responsable, reconoce que si hay un accidente en el cual él es la víctima, tendrá que asumir sus propias pérdidas del accidente. Por lo tanto, debe tomar recaudos para minimizar los costos previstos de accidentes adoptando la cantidad óptima de atención (cuyo costo marginal sea igual a su beneficio marginal - la reducción esperada en los costos esperados de accidentes). Por lo tanto, la negligencia induce un cuidado óptimo tanto por los potenciales causantes de daño como por las víctimas potenciales.

7. Derecho Público: La decisión de cometer un delito

Como un ejemplo final de la teoría de la elección racional aplicada a la toma de decisiones legales, consideren el conocido modelo de Becker (1968) de la decisión de cometer un delito. Becker planteó la hipótesis de que los delincuentes son calculadores racionales y que, por lo tanto, toman sus decisiones de cumplimiento del derecho penal sobre la base de una comparación de costos y beneficios esperados de la actividad criminal y sus consecuencias legales. Los costos esperados de la delincuencia resultan de multiplicar las probabilidades de que la actividad sea detectada y de que el perpetrador sea aprehendido y condenado por el valor monetario de la sanción legal y el valor de las pérdidas no pecuniarias que pueda sufrir, como p.ej. una pérdida de reputación de ser calificado como criminal. Los beneficios esperados del delito resultan de multiplicar la probabilidad de éxito multiplicada por los beneficios monetarios y no pecuniarios del delito en particular. Estos últimos incluyen tanto el valor de los bienes como la cantidad de dinero que resulta directamente de la delincuencia y los resultados intangibles pero potencialmente valiosos de ser conocido en la comunidad como un infractor de la ley. De acuerdo con el modelo de Becker, el delincuente racional cometerá el crimen si estos costos esperados son menores que los beneficios esperados y se abstendrá de

la delincuencia si es cierto lo contrario. (Para una crítica de las predicciones del modelo de Becker, usando las críticas de la Parte C de esta entrada, véase Wilson and Abrahamse, 1992).

C. Críticas a la teoría de la elección racional

Estudios recientes de psicólogos cognitivos y de economistas familiarizados con la literatura psicológica cognitiva describen resultados experimentales difíciles de conciliar con la teoría de la elección racional. Los experimentos han cuestionado las implicancias de esa teoría con respecto a al menos cuatro áreas diferentes. Primero, los sujetos en experimentos cuidadosamente diseñados parecen rechazar los intercambios mutuamente beneficiosos cuando creen que la división propuesta del excedente cooperativo viola normas ampliamente aceptadas de equidad. La teoría de la elección racional predice que esto no sucederá. En segundo lugar, sujetos de otra serie de experimentos en los que hay involucradas varias etapas de negociación no diseñan estrategias racionales. En tercer lugar, la mayoría de los responsables de tomar decisiones tienen limitaciones cognitivas que causan desvíos sistemáticos en su conducta con respecto a lo predicho por la teoría de la elección racional. Por ejemplo, los que se dedican a una *subasta de valor común* son presa de la *maldición del ganador*;² y la gente se aferra al status quo, aunque una alternativa probablemente tenga mucho más valor. Cuarto, los experimentos han demostrado que las personas no toman decisiones sobre resultados inciertos de la manera que lo predice la teoría de la elección racional.

Resumiré brevemente algunos de estos resultados en esta sección antes de pasar a la Parte D a una discusión de las importantes implicancias de esta literatura para la elección racional en análisis económico del derecho.

8. Negociación racional

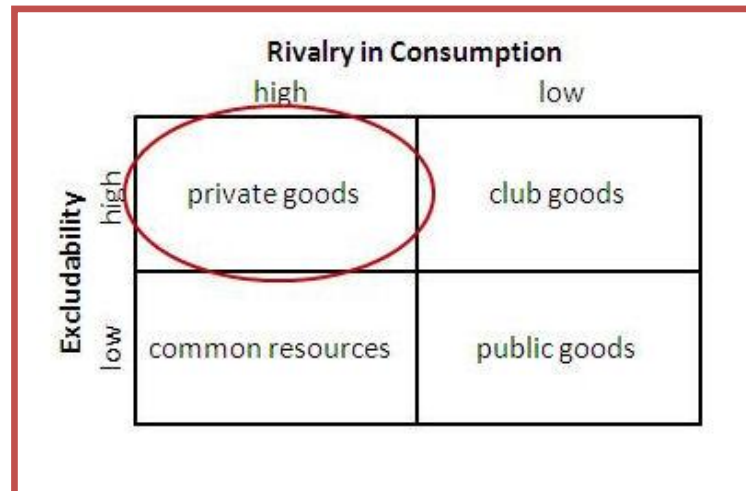
La teoría de la elección racional hace dos afirmaciones amplias sobre la negociación. Una es que cada vez que haya un excedente cooperativo mayor que los costos de transacción de di-

² En una *subasta de valor común*, el artículo subastado es de aproximadamente igual valor para todos los licitadores, pero éstos no saben el valor de mercado del artículo cuando hacen una oferta. Cada jugador estima de forma independiente el valor del artículo antes de hacer una oferta. Esto contrasta con una subasta de valor privado en la que la valoración privada del artículo por cada licitador es diferente e independiente de las valoraciones de sus pares. Un ejemplo clásico de una subasta pura de valores comunes es cuando se subasta un tarro lleno de monedas. El tarro valdrá lo mismo para cualquiera. Sin embargo, cada postor tiene una conjetura diferente sobre cuántas monedas hay en el tarro. Otros ejemplos de la vida real incluyen subastas de tesorería, ofertas públicas iniciales, subastas de espectro, pinturas muy apreciadas, piezas de arte, antigüedades, etc. Un fenómeno importante que ocurre en las subastas de valor común es la *maldición del ganador*. Los postores tienen sólo estimaciones del valor de la mercancía. Si, en promedio, los postores están estimando correctamente, la oferta más alta tiende a haber sido colocada por quien sobreestimó el valor del bien. Puesto que el artículo subastado vale más o menos lo mismo para todos los licitadores, éstos se distinguen solamente por sus estimaciones respectivas del valor de mercado. El ganador, entonces, es el que hace la estimación más alta. Si se supone que la oferta promedio es exacta, entonces el mejor postor sobrestima el valor del artículo. Por lo tanto, el ganador de la subasta es probable que pague en exceso. Éste es un ejemplo de selección adversa, similar al ejemplo clásico de los "limones" de Akerlof. Los licitadores racionales anticiparán la selección adversa, de modo que aunque su información todavía resulte ser demasiado optimista cuando ganan, no pagan demasiado en promedio. En la década de 1950, cuando el término maldición del ganador fue acuñado por primera vez, no había un método exacto para estimar el valor potencial de un pozo de petróleo en alta mar. Así, por ejemplo, si un campo petrolífero tuviera un valor intrínseco real de 10 millones de dólares, las compañías petroleras podrían adivinar su valor entre 5 y 20 millones de dólares. La compañía que erróneamente estimó en \$ 20 millones y colocó una oferta a ese nivel ganaría la subasta, y más tarde descubriría que no valía tanto. (Wikipedia).

vidir ese excedente, las partes encontrarán un medio de dividir el excedente. La segunda es que hay ciertas situaciones en las que las personas no participan plenamente en el comportamiento de negociación, como en la provisión y pago de bienes públicos. La evidencia experimental cuestiona estas dos afirmaciones. Aparentemente, las personas cooperan voluntariamente en circunstancias en las que la teoría de la elección racional predice que no cooperarán y frecuentemente no negocian en circunstancias en las que la teoría predice que lo harán.

8.1 Cooperación en la producción de bienes públicos

La teoría de la elección racional predice que para los bienes públicos -es decir, bienes que exhiben un consumo no rival y para los cuales los costos de proveedores maximizadores del beneficio de excluir a los beneficiarios que no pagan son prohibitivamente altos - los consumidores racionalmente interesados no pagarán por las unidades de un bien público del que se benefician. Ellos, según la frase clásica, practican *'free ride'*, es decir, consumen el bien público sin pagar por ello.



Sin embargo, una serie de experimentos revela que las personas *motu proprio* y voluntariamente pagan por su parte de bienes públicos (Thaler, 1992, Ulen, 1994). Los experimentos son variantes del siguiente conjunto general de reglas. Un grupo de personas, generalmente estudiantes universitarios, se reúnen y cada uno recibe la misma suma de dinero. Se les dice que pueden invertir algo, nada o todo ese dinero en algo llamado un "intercambio grupal". (La decisión de invertir en un intercambio grupal es secreta, es decir, uno no sabe si los otros jugadores han contribuido o no, todo lo que se sabe es que se les ha dado la misma cantidad de dinero y están sujetos a las mismas reglas.) También se dice al grupo que el operador del juego multiplicará la suma total invertida por el grupo por un número que es mayor que uno pero menor que el número de personas del grupo y luego dividirá la suma resultante igualmente entre todos los miembros del grupo, hayan invertido o no en el intercambio grupal. Estas reglas hacen que el intercambio grupal sea un bien público. Presumiblemente, la tentación de actores racionales será no aportar nada al grupo de intercambio y luego beneficiarse con una parte igual de la suma generada por el operador del juego.

Para ver cómo funciona esto, supongan que hay cinco personas en el grupo y que cada una de ellas recibe \$ 5. Si nadie contribuye nada al intercambio grupal, entonces no hay nada para que el operador del juego multiplique y nada, por lo tanto, para que el grupo se divida. Pero supongan que sólo una persona no contribuye nada y las otras cuatro personas del ejemplo aportan sus \$ 5 al intercambio grupal. Además, supongan que el operador del grupo dobla los \$ 20 a \$ 40 y luego distribuye esa suma igualmente entre los cinco jugadores. Cada uno, por lo tanto, recibe \$ 8. El retorno incremental de los cuatro jugadores que contribuyeron \$ 5 es \$ 3, pero el del jugador que no contribuyó nada es \$ 8. Esta lógica debe quedar clara para todos los sujetos, de modo que ninguno de ellos debe contribuir al intercambio grupal;

todos ellos deben buscar hacer free-ride. Luego, la predicción de la teoría de la elección racional es que nadie invertirá en el intercambio grupal.

En experimentos de laboratorio de este juego, las predicciones de la teoría de la elección racional no se ven confirmadas. Aunque no todo el mundo contribuye al intercambio grupal, un número considerable sí lo hace. En promedio, los sujetos en los experimentos contribuyeron entre 40 y 60 por ciento de su suma inicial al bien público. Cuando los experimentadores varían las condiciones del juego -por ejemplo, aumentando el número de veces que se juega el juego, dando a los jugadores alguna experiencia previa con el juego o aumentando el tamaño de las apuestas- el resultado general es el mismo: las contribuciones al bien público están muy por encima de lo que prediría la teoría de la elección racional. La única excepción a la tasa de 40-60 por ciento de contribución fue cuando los sujetos eran estudiantes de postgrado en economía en la Universidad de Wisconsin. La tasa de contribución de ese grupo fue sólo del 20 % (Marwell and Ames, 1981).

Una variante del experimento es particularmente interesante: la de los jugadores repitiendo el juego varias veces. La teoría de la elección racional prediría que con juegos repetidos la tasa de contribución al intercambio grupal disminuiría (tal vez porque los jugadores llegarían a entender las desventajas de la contribución y las ventajas de practicar free riding). Y eso es precisamente lo que encontraron los experimentadores. (Hay cierta controversia acerca de si el declive debe ser rápido o gradual, pero hay acuerdo en que hay declive.) ¿Las razones de la disminución fueron las que da la teoría de la elección racional? Plausible como suena la conjetura teórica, no es apoyada por los resultados experimentales. La tasa de cooperación de 40-60 por ciento del experimento anterior se encuentra en el primer ensayo del juego incluso para jugadores experimentados, es decir, incluso para jugadores que han participado en otros experimentos de bienes públicos de juegos en los que la contribución cayó con repetidas jugadas. Andreoni confirmó este sorprendente resultado de la siguiente manera. Reunió un grupo para jugar el experimento de bienes públicos y anunció las reglas habituales del juego y, además, que el juego se jugaría durante diez pruebas. Encontró, como era de esperarse, que la tasa de contribución disminuyera durante el curso de esos ensayos. Al final de las diez pruebas, anunció que los mismos jugadores jugarían el juego por otros diez ensayos. Cuando se reanudó el juego para la segunda serie de diez ensayos, la tasa de participación volvió al rango de 40-60 por ciento antes de volver a disminuir. (Andreoni, 1988)

Estos resultados experimentales presentan un rompecabezas para la teoría de la elección racional: ¿por qué la gente coopera cuando parece haber una base racional para no hacerlo? Una posibilidad es que la gente comience cualquier interacción dada a partir de la presunción de que es mejor cooperar que no; continuarán cooperando hasta que la evidencia muestre que esto no es aconsejable; y luego dejan de cooperar.

8.2 Negociación racional sobre un excedente cooperativo

La teoría de la elección racional no ofrece ninguna predicción acerca de las proporciones particulares en las cuales operadores voluntarios dividirán un excedente cooperativo; simplemente sugiere que de existir tal excedente cooperativo y, algo muy importante, si no hay impedimentos serios para el intercambio (es decir, si no hay costos de transacción), los operadores hallarán una manera de dividir ese excedente cooperativo para que ambos estén mejor de lo que estarían si no hubieran negociado. La teoría proporciona una explicación completa de los intercambios que tienen lugar y de los que no: si se produce un intercambio voluntario, entonces debe haber un excedente cooperativo para ser dividido y los impedimen-

tos al intercambio deben haber sido triviales; si no hay tal intercambio, entonces no existieron excedentes cooperativos para ser divididos (es decir, el precio mínimo al cual el vendedor estaba dispuesto a vender era mayor que el precio máximo que el comprador estaba dispuesto a pagar) o los costos de concluir un intercambio eran mayores que el excedente cooperativo. La teoría de la elección racional no ofrece otras razones para el fracaso del intercambio. Claramente, lo que sería preocupante para la teoría de la elección racional serían los intercambios que no se materializaron a pesar de haber un excedente cooperativo para ser dividido y no haber impedimentos para el intercambio.

Los experimentadores han indagado estas posibilidades en una serie muy amplia de experimentos con el *juego de negociación del ultimátum*. (Guth, Schmittberger y Schwarze, 1982). El juego funciona de la siguiente manera. Hay dos participantes, llamémoslos Jugador 1 y Jugador 2. No se conocen entre sí y no se les permite comunicarse. El objetivo es dividir una suma fija de dinero, por ejemplo, \$ 20. El jugador 1 hace una oferta para dividir la suma; el jugador 2 entonces acepta la división, en cuyo caso los jugadores reciben la división real propuesta por el Jugador 1, o bien la rechaza, en cuyo caso ninguno recibe nada. Por lo tanto, si el jugador 1 propone que cada uno reciba \$ 10 y el jugador 2 acepte esa propuesta, eso es lo que realmente reciben. Si el Jugador 1 le propone que él reciba \$ 19 y el Jugador 2 reciba \$ 1 y el Jugador 2 lo acepta, eso es lo que cada uno recibirá; si el jugador 2 rechaza esa división, cada uno no recibirá nada.

La predicción de la teoría de la elección racional es que el Jugador 1 reconocerá que lo mejor para él es proponer una división unilateral de la suma fija a su favor. Esto es porque el Jugador 2 estará en posición de aceptar lo que el Jugador 1 propone o no conseguir nada y lo claramente racional para el Jugador 2 es aceptar algo más que nada.

Los resultados experimentales no confirman la predicción de la teoría de la elección racional. Los que están en la posición de hacer la división inicial generalmente no proponen una división unilateral en su favor. Más bien, en un amplio número de experimentos a lo largo de muchos años y en muchos países diferentes, la propuesta modal (es decir, más común) es una división



Daniel Kahneman n. 1934 Nobel 2002

50-50 y la propuesta media ha sido para una división 37-73. Tampoco se confirmó la predicción de la tímida aquiescencia de los Jugadores 2 a la división propuesta. La mayoría de ellos aceptaron la división (presumiblemente porque la propuesta modal era una división par), pero, curiosamente, casi el 25 por ciento de las propuestas fueron rechazadas (con las propuestas más unilaterales casi uniformemente rechazadas) (Kahneman, Knetsch and Thaler, 1986).³

³ Véanse en estos Ensayos el capítulo 28, *Teoría de los Juegos (Ross)* a partir de la página 91 diversos ensayos experimentales corridos con éste y otros juegos similares.

Ha habido numerosas variantes de estas versiones básicas del juego del ultimátum. En todos los casos, no importa cuán complejos sean los experimentadores del juego, los resultados ofrecen poco apoyo a la explicación de la teoría de la elección racional sobre cómo las personas actúan o deben comportarse.

8.3 El efecto dotación o Sesgo por el Status Quo⁴

Recordemos que la teoría de la elección racional predice que en ausencia de costos de transacción y en presencia de un excedente cooperativo, habrá un intercambio. Uno de los descubrimientos más importantes en la literatura experimental es un efecto que sugiere que los negocios no necesariamente se llevarán a cabo bajo las condiciones ideales postuladas por la teoría de la elección racional. La razón es la presencia de lo que se llama un "efecto dotación" o "prejuicio del status quo". Thaler define ese efecto como *el hecho de que las personas a menudo demandan mucho más para renunciar a un objeto de lo que estarían dispuestas a pagar para adquirirlo*. (Thaler, 1992, p. 63). El "sesgo de status quo" estrechamente relacionado puede definirse como una preferencia general por el estado actual de las tenencias sobre cualquier alternativa (Korobkin, 1994; Samuelson and Zeckhauser, 1988).

El efecto de dotación surgió en experimentos de laboratorio (Thaler, 1992; Korobkin, 1998). Experimentadores con la intención de probar las proposiciones sobre negociación típicamente dieron a la mitad de las personas algo de valor (por ejemplo, un billete de lotería, bolígrafos, o una taza de café) y a la otra mitad una suma de dinero. Cada miembro de cada grupo fue apareado con un miembro del otro grupo. A las parejas se les dio entonces la oportunidad de intercambiar sus tenencias; los roles fueron reasignados y los participantes tuvieron otra vez la oportunidad de intercambiar. Esta reversión de roles se hizo varias veces con el entendimiento de que sólo uno de los intentos de intercambio sería realmente ejecutado. A los sujetos se les dio amplia oportunidad de aprender las reglas del juego.

El propósito de los experimentos fue probar dos proposiciones sobre intercambio sugeridas por la teoría de la elección racional. *Primero*, la proposición de que cuando no hay impedimentos para el intercambio, los bienes y servicios se trasladarán a aquellos que más los valoran. Debido a que no había impedimentos en los experimentos, los billetes, bolígrafos y tazas de café deberían terminar en manos de aquellos que más los valoraban. A veces ese sería el sujeto al que los artículos se habían dado originalmente y, otras veces, sería la persona a quien se había dado dinero en efectivo. Debido a que los investigadores no sabían de antemano cuáles eran los gustos y preferencias de los sujetos, su predicción era que aproximadamente la mitad de las parejas participarían en un intercambio.

La *segunda* era una proposición sobre los precios a los que tendrían lugar los intercambios. Debido a los cambios de roles y a la repetición de los posibles intercambios, cada sujeto se encontró alternativamente en el papel de vendedor y comprador del mismo objeto. La predicción de los experimentadores era que los precios solicitados por los sujetos en su papel de vendedores debían ser aproximadamente los mismos que los precios ofrecidos por ellos en su papel de compradores.

Los experimentos no confirmaron ninguna de estas proposiciones. Primero, hubo menos transacciones que lo pronosticado por la teoría - aproximadamente la mitad de las espera-

⁴ Sobre el *efecto dotación* véase en estos Ensayos el [capítulo 33, H Gintis – La evolución de la propiedad privada](#).

das. En segundo lugar, los precios solicitados por los dispuestos a vender y los dispuestos a comprar no estaban en equilibrio. La relación entre el precio medio de venta y el precio medio de compra era aproximadamente de 2 a 1. Estos resultados eran invariantes con respecto a los objetos intercambiados y a otros factores importantes.

9. Elección bajo incertidumbre

La teoría de la elección racional de la toma de decisiones bajo incertidumbre postula que los tomadores de decisiones tratan de maximizar su utilidad esperada combinando tres elementos: su actitud hacia el riesgo (neutralidad al riesgo, preferencia al riesgo, o la actitud más comúnmente asumida, aversión al riesgo); sus preferencias estables y bien ordenadas para los posibles resultados; y estimaciones de la probabilidad de los diversos resultados posibles. Sin embargo, algunos resultados experimentales recientes sugieren que ésta no es una descripción precisa de cómo las personas toman decisiones sobre resultados inciertos.

9.1 Inversión de Preferencias

Consideren la opción siguiente bajo incertidumbre. Hay dos apuestas, llamadas H y L. H implica una alta probabilidad de ganar un pequeño premio, digamos, una probabilidad del 90 por ciento de ganar \$ 4. L implica una baja probabilidad de ganar una suma mayor, por ejemplo, una probabilidad del 10 por ciento de ganar \$ 40. Cuando se presentaron estas alternativas, la mayoría de la gente escogió H. Se le pidió a los sujetos que dijeran a qué precio estarían dispuestos a vender cada juego si lo poseían (como por ejemplo un boleto de lotería). Sorprendentemente, la mayoría de los sujetos ponen un precio más alto a L que a H (Lichtenstein and Slovic, 1971). Esto es sorprendente porque el valor esperado (el producto de la probabilidad de ganar y el valor de ganar) es casi idéntico en los ejemplos dados. Lo curioso de esto es que aunque cuando se enfrenta a una elección entre H y L la mayoría de la gente elige H, cuando se le pide que tase las dos apuestas, la mayoría de las personas atribuyen un mayor precio de venta a L que a H, lo que indica que encuentran L más valioso que H. Las cifras son dramáticas. Un erudito relata que en una reciente repetición del experimento que utilizó los valores dados anteriormente, 71 % de los sujetos preferían H pero 67 % tasó L por encima de H (Thaler, 1992, p.84). Si se hubiera predicho un resultado sobre la base de la maximización de la utilidad esperada, se habría pronosticado con seguridad que estas opciones habrían sido consistentes. Es decir, si H se prefiere a L, entonces el precio de venta imputado de H habría sido mayor que el de L y viceversa. Pero esta consistencia no es en absoluto lo que los experimentadores han encontrado.

Este curioso fenómeno se denomina «inversión de preferencias». En la medida en que haya una explicación sencilla para estas inversiones, se trata de que las personas usen aparentemente los *beneficios* más que los *valores esperados* de las apuestas para *tasarlas*. Lo que preocupa en esta explicación de la teoría de la elección racional es que, si es cierta, puede conducir a la gente al tipo de opciones inconsistentes y aparentemente irracionales que se hallan en los experimentos. En el extremo, por supuesto, uno puede jugar con las personas que se comportan de esta manera haciéndoles hacer ofertas absurdas por apuestas de muy baja probabilidad que tienen pagos monetarios enormes, un hecho que puede resultarle evidente a los que organizan las loterías estatales (Grether y Plott, 1979).

Se han formulado tres explicaciones posibles para la inversión de preferencias: preferencias intransitivas, invariancia de procedimientos y violaciones del axioma de independencia. Consideremos estas posibilidades a su vez.

Como ya hemos visto, una de las definiciones comunes de la racionalidad en economía es que los ordenamientos de preferencias exhiben transitividad. Es fácil ver que el fenómeno de inversión de preferencias podría implicar preferencias intransitivas. Una persona racional debería estar más o menos indiferente entre el valor en efectivo imputado de H y H propiamente dicho. Del mismo modo, una persona racional debería estar más o menos indiferente entre el valor en efectivo imputado de L y L propiamente dicho. Si, por lo tanto, se prefiere H a L, entonces, por transitividad, se debe preferir el valor en efectivo de H al valor en efectivo de L. Pero la inversión de preferencias significa que cuando se prefiere H a L, se prefiere el valor en efectivo de L al valor en efectivo de H. Resulta que este patrón de preferencias es intransitivo sólo si algo que es llamado invariancia procedimental no se verifica.

La *invariancia procedimental* se refiere a que un resultado es invariante al procedimiento particular diseñado para medirlo. La mayor parte de las investigaciones científicas suponen invariancia procedimental. La distancia de Berlín a Munich debe ser la misma, sea que iniciemos nuestra medición en Berlín y vayamos al sur o en Munich y vayamos hacia el norte. En el contexto de la elección bajo incertidumbre, la frase se refiere a la invariancia de las clasificaciones de preferencias cuando el investigador utiliza diferentes medios para obtener las preferencias del sujeto. Es estándar en la economía moderna decir que A es preferido a B si A es seleccionado cuando tanto A como B están disponibles o si el sujeto tiene un precio de reserva más alto para A que para B. Es decir, podemos determinar la clasificación de preferencias por dos procedimientos diferentes: o bien presentarle al sujeto la elección y ver qué elige o preguntarle al sujeto qué bien tiene el precio de reserva más alto por unidad. Casi nunca se expresa como un axioma en la microeconomía (pero probablemente debería serlo) que estos diferentes procedimientos deben dar el mismo resultado. La noción es que la clasificación de preferencias de A y B es (o debería ser) independiente del procedimiento por el cual el investigador determina esa clasificación. Como resultado, la equivalencia de preferencias del valor en efectivo de H y H misma y la del valor en efectivo de L y L en sí es el resultado de un supuesto de invariancia procedimental.

La tercera posibilidad es que los sujetos violen el axioma de independencia de la teoría de la utilidad esperada.⁵ Ese axioma dice, en esencia, que si ustedes prefieren X a Y, entonces también deberían preferir la oportunidad de ganar X con probabilidad p a la posibilidad de ganar Y con probabilidad p . Este axioma parece tan atractivo como el axioma de transitividad, pero resulta que el axioma de independencia a veces es violado en decisiones bajo incertidumbre (Machina, 1990). El fenómeno de inversión de preferencias sería claramente una violación de este axioma.

9.2 Elección Intertemporal

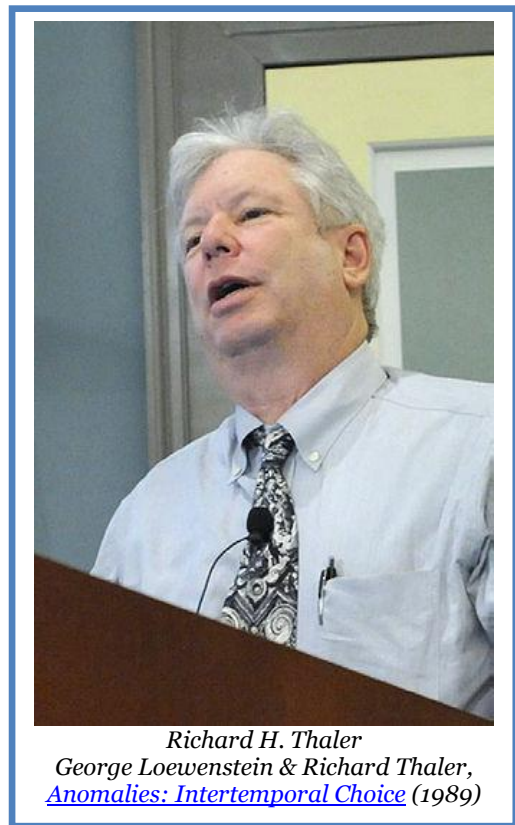
La toma de decisiones sobre resultados inciertos con frecuencia implica elegir entre un resultado actual y otro futuro o entre dos resultados futuros. Existe una teoría estándar basada en la elección racional de esta asignación de recursos a través del tiempo, pero ahora hay evidencia experimental que contradice esta teoría. La gente parece no ser plenamente consciente de los problemas especiales y las oportunidades que el paso del tiempo plantea. Como resultado, con frecuencia se toman decisiones sobre asignación de recursos a través del tiempo que parecen ser difíciles de cuadrar con la teoría de la elección racional. Tomemos el ejemplo del pago de impuestos sobre la renta. Muchos contribuyentes rutinariamente tienen impuestos retenidos durante el año y reciben un reembolso del IRS [de la AFIP] después de presen-

⁵ Recuérdese que este axioma es analizado en el [Capítulo 6](#) de estos Ensayos, a partir de pág. 19.

tar sus declaraciones de impuestos en la primavera del año siguiente. Esta retención excesiva constituye un préstamo sin intereses para el gobierno federal. Los contribuyentes que actualmente hacen esto estarían mejor (de acuerdo a la teoría de la elección racional) si se redujera la cantidad retenida de manera que al final del año ni le deban dinero ni se le deba dinero a la AFIP.

En el otro extremo hay ejemplos de *tasas de descuento absurdamente altas*. Por ejemplo, la gente rutinariamente ignora las advertencias de los dermatólogos de que la sobreexposición al sol puede causar cáncer de piel más tarde en la vida, al parecer prefiriendo los beneficios actuales de un bronceado. Pero pueden prestar atención si el dermatólogo les dice que el sol puede causar poros grandes o espinillas en el futuro cercano. La mayoría de los propietarios no tienen suficiente aislamiento en sus áticos y paredes, a pesar de que el costo de instalar más llevaría a ahorros significativos en el uso de energía en el plazo de un año. Tampoco compran electrodomésticos más económicos y eficientes, a pesar de que los ahorros en el uso de la energía más que compensarán el aumento del precio de compra dentro de un año. Los economistas han calculado que la compra de electrodomésticos de bajo costo y menos eficientes implica una tasa de descuento de entre 45 y 130 por ciento a bajos costos de energía y entre 120 y 300 por ciento a mayores costos de energía. Cualquiera de estos conjuntos de tasas de descuento es absurdamente alto.

¿Por qué la gente toma decisiones tan anómalas cuando está implicada la elección intertemporal? Uno de los hallazgos más sólidos en la literatura experimental es que las tasas de descuento disminuyen bruscamente con el tiempo que el sujeto debe esperar su recompensa y con el tamaño de la recompensa. Estos resultados experimentales no son consistentes con la teoría de la elección racional, que sostiene que las tasas de descuento deberían ser generalmente iguales a la tasa de interés del mercado, que las tasas de descuento deben ser constantes (es decir, invariantes al período de tiempo considerado) y ciertamente invariantes con respecto a la cantidad de dinero involucrado. La dificultad que plantea la disminución de la tasa de descuento a medida que la fecha de la recompensa retrocede más en el futuro es que implica una inversión anómala de preferencias.⁶ Esto se debe a que la preferencia del individuo entre, por ejemplo, el Proyecto A y el Proyecto B podría ser inicialmente a favor de A (porque está, supongan, más cerca en el tiempo) y luego cambiar a favor de B, *todo lo demás igual*, si el tiempo en que B se realizará se adelanta (pero se sigue realizando después de que se realiza A). Si las tasas de descuento son constantes, este tipo de cambio, todas lo demás igual, no puede ocurrir (Loewenstein and Elster, 1992).



Richard H. Thaler
George Loewenstein & Richard Thaler,
Anomalies: Intertemporal Choice (1989)

⁶ Recuérdese que este tema ha sido analizado en Capítulo 28. *Teoría de los Juegos (Ross)*, desde la pág. 73.

El efecto del tamaño de los pagos sobre la tasa de descuento es tan fuerte como el efecto del retardo de tiempo. El problema general es que la gente percibe la diferencia entre \$ 100 hoy y \$ 150 en un año como mayor que la diferencia entre \$ 10 hoy y \$ 15 en un año. Como resultado, muchas personas están dispuestas a esperar los \$ 50 adicionales en la primera instancia, pero no los \$ 5 adicionales en la segunda instancia. La teoría de la elección racional no puede explicar este sólido resultado experimental. Shefrin y Thaler han propuesto que la explicación radique en cómo las personas toman mentalmente en cuenta las pequeñas y grandes ganancias extraordinarias. Ellos formulan la hipótesis de que las pequeñas ganancias inesperadas se ponen en una cuenta mental que permite el consumo inmediato, mientras que las grandes cantidades inesperadas se ponen en una cuenta mental separada para la cual hay una propensión mucho más baja para el consumo inmediato. Por lo tanto, el costo de oportunidad de esperar una pequeña ganancia puede percibirse como un abandono del consumo. Sin embargo, el costo de oportunidad de esperar una ganancia extraordinaria será interés o inversión renunciada. Si el consumo renunciado es más difícil de resistir que el interés o la inversión renunciados, esto explicaría el efecto observado del tamaño del premio causando una disminución en la tasa de descuento (Shefrin and Thaler, 1988).

D. Implicancias de las Críticas a la Teoría de la Elección Racional para el Análisis Económico del Derecho

Como hemos visto, Derecho y Economía ha sentado gran parte de sus premisas sobre la teoría de la elección racional. Por lo tanto, las implicancias de la literatura crítica de esa teoría para Derecho y Economía son profundas. En esta parte quiero centrarme en cuatro de esas implicancias: la relación entre costos de transacción y Derecho, la elección entre reglas obligatorias y por defecto en Derecho, la mejor manera de abordar las decisiones riesgosas de los consumidores y algunas cuestiones de Derecho Civil.

10. El teorema de Coase y las Críticas a la Teoría de la Elección Racional

La obra más famosa en derecho y economía es [*The Problem of Social Cost*](#) del profesor Ronald Coase (1960). La amplia investigación a la que se dirige este artículo es la siguiente: ¿cuándo puede la sociedad confiar en la negociación para lograr el uso eficiente de los recursos y cuándo no? Esa indagación conduce entonces a una discusión sobre cómo debe estructurarse la ley de manera que fomente el uso eficiente de los recursos en aquellas circunstancias en las que es inapropiado confiar en la negociación. El Teorema de Coase dice que cuando no hay impedimentos para el intercambio (es decir, cuando los costos de transacción son cero), resultará un uso eficiente de los recursos, independientemente de la asignación de los derechos de propiedad. Una política legal apropiada depende de su capacidad de identificar los impedimentos para intercambiar y especificar correctivos cuando esos impedimentos son significativos. La erudición de derecho y economía se ha centrado en los costos de búsqueda, negociación y ejecución como elementos de los costos de transacción y ha tratado de identificar las características objetivas de las transacciones (por ejemplo, el número de personas involucradas, si la transacción es fungible o un elemento único y así sucesivamente) que hacen que estos tres elementos de los costos del intercambio sean altos.

La literatura reportada en la Sección 8 tiene dos implicancias importantes para la visión estándar del Teorema de Coase. Primero, los resultados reportados sobre cooperación e imparcialidad sugieren que la gente está mucho más dispuesta a cooperar y que tienen un sentido mucho más fuerte de lo que es un resultado equitativo que lo que predice la teoría de la elección racional. Estas conclusiones apuntan en dos direcciones muy diferentes sobre el

Teorema de Coase. Por un lado, la amplia disposición a cooperar (como se revela en los experimentos de bienes públicos) sugiere que el intercambio voluntario puede lograr una asignación eficiente en un rango más amplio de circunstancias que los de costos de transacción cero y, además, que la necesidad de intervenir en la toma de decisiones privadas para mejorar la eficiencia, incluso cuando los costos de transacción son positivos y significativos, puede ser menor de lo que se pensaba anteriormente. Por ejemplo, si la gente parece estar más dispuesta a contribuir a la provisión de bienes públicos de lo que predice la teoría de la elección racional, entonces puede haber menos necesidad de la subvención pública obligatoria de esos bienes o el nivel de subsidios puede ser menos extenso. También hay implicaciones en cuanto a la necesidad o la estructura más apropiada de las regulaciones ambientales - por ejemplo, las personas pueden estar más dispuestas a otorgar los beneficios externos de la actividad ambientalmente consciente de lo que se suponía anteriormente.

Por otro lado, el hallazgo de la literatura experimental de que las personas parecen ser extremadamente sensibles a la distribución equitativa de los recursos sugiere que más intervención en la toma de decisiones privadas puede ser justificable de lo que se pensaba anteriormente. Esto se debe a que *los experimentos sugieren que las personas pueden ser tan sensibles a cuestiones de equidad que prefieren no cooperar que cooperar en términos que consideran excesivamente unilaterales*. Esta es una causa para el fracaso de la negociación a la que hasta ahora no se ha dado mucho peso. Incluso cuando los costos de transacción son muy bajos, algunos intercambios que podrían ser eficientes *no tendrán lugar* porque a algunos participantes no les gusta la división propuesta del excedente de la cooperación. Los hallazgos experimentales proporcionan una *justificación de eficiencia* para la intervención legal en la toma de decisiones privadas, a fin de evitar que una de las partes se exceda, lo que podría impedir un intercambio en pos de la eficiencia.

La segunda implicancia principal para el Teorema de Coase de las críticas reportadas en la Sección 8 surge del efecto de dotación (o sesgo de status quo). Recuérdese que ese efecto sugería dos anomalías en el comportamiento de la negociación: primero, cuando los costos de transacción eran muy bajos, las personas eran mucho más reacias a negociar que lo planteado por la teoría de la elección racional y, segundo, los sujetos normalmente exigían el doble de vender algo que poseían que lo estaban dispuestos a pagar para adquirirlo. La consecuencia preocupante de esos hallazgos es que puede haber casos en los que no exista tal cosa como una asignación de derechos exclusivamente eficiente. Cuando la sociedad asigna inicialmente un derecho es donde es probable que permanezca; debemos ser mucho menos optimistas sobre los derechos que se trasladan a su uso más valorado, incluso cuando los costos de transacción son cero, de lo que hemos sido hasta ahora. (De hecho, el sesgo de status quo hace que la noción de "más alto uso de valor" sea menos clara).

11. Reglas por Defecto e Imperativas y las Críticas a la Teoría de la Elección Racional

Si se asume, como lo hace derecho y economía, que la ley puede aumentar el uso eficiente de los recursos mediante la creación de reglas de conducta que corrijan las fallas del mercado, dos cuestiones que deben ser resueltas son, en primer lugar, la especificación de una regla o estándar y en segundo lugar, si esa regla o norma es obligatoria o puede ser renunciada por los afectados. Una de las áreas de la ley en la que esta cuestión ha sido central es la ley de sociedades anónimas. Allí el debate ha sido entre los que están a favor de reglas obligatorias e irrenunciables de conducta corporativa y aquellos que favorecen que las corporaciones

puedan optar por quedar fuera de algunas reglas. Consideren, por ejemplo, el uso de información privilegiada. Todo el mundo admite que hay ineficiencias potenciales de permitir el uso de información privilegiada, aunque hay desacuerdos sobre el alcance y la probabilidad de estas ineficiencias. La mayoría de los comentaristas, por lo tanto, están de acuerdo en que debería haber alguna regulación legal de la práctica. Sin embargo, existe un desacuerdo sobre si este reglamento debe tomar la forma de una prohibición o simplemente una regla de incumplimiento de la cual las empresas que así elijan podrían optar por no participar. Aquellos que favorecen hacer la prohibición renunciante argumentan que algunas corporaciones podrían desear ofrecer a sus gerentes una compensación parcial en forma de permitirles comerciar sobre la base de la información privilegiada que adquieran en el transcurso del trabajo para la corporación. Si ese método de compensación es más eficiente que las alternativas, entonces, según el argumento, esas corporaciones y sus gerentes deberían poder optar por no aplicar la norma por defecto. La otra parte argumenta que tanto las dificultades públicas como las privadas para vigilar el comportamiento de los gerentes hacen que la realización de esas eficiencias sea ilusoria. Por lo tanto, sostienen, la prohibición de las operaciones con información privilegiada debe ser no renunciante.

¿Cuán relevantes son los hallazgos de la Parte C en esta cuestión? El sesgo de status quo sugiere que la gente no hará cambios alejándose de una posición por defecto a menos que los beneficios esperados de hacerlo excedan sustancialmente los costos esperados. Es decir, la posición por defecto tiene un fuerte efecto de anclaje. Con respecto a las reglas de información privilegiada, la presencia de un sesgo de status quo podría indicar que incluso si la prohibición de las operaciones con información privilegiada fuera renunciante, muy pocas empresas aprovecharían la posibilidad de renunciar.

Hay otra implicancia relevante del sesgo de status quo. Si la mayoría de las personas son reuentes a dejar el status quo, sea lo que fuere, entonces la ley debería establecer la posición de partida (es decir, establecer el status quo) en un punto eficiente. En el caso de operaciones con información privilegiada esto podría sugerir que el punto de partida apropiado es una prohibición de la práctica, no la libertad de participar en la práctica a menos que el empleador lo haya prohibido. Este tipo de consideración tiene sin duda otras aplicaciones en derecho más allá del derecho corporativo. Por ejemplo, puede decir algo sobre si la sociedad debe declarar el status quo como uno en el cual las drogas adictivas son legales o uno en el que son ilegales, pero uno pueda (explícita o implícitamente) optar por esta ilegalidad. (Para las implicancias del sesgo del status quo en una amplia gama de asuntos contractuales, véase Korobkin, 1998).

12. Regulación del Riesgo y las Críticas a la Teoría de la Elección Racional

La regulación del riesgo es un tema sobre el cual hay una literatura muy grande y creciente y sobre el que hay una sorprendente falta de consenso. Muchos están convencidos de que la panoplia de reglamentos que tratan de comportamientos arriesgados no está bien concebida y las críticas de la elección racional bajo incertidumbre contribuyen a la comprensión de esta posición. Recuérdese que, en términos generales, la gente no parece hacer un muy buen trabajo de evaluación de los resultados riesgosos. Por ejemplo, tienden a sobrestimar el valor de las apuestas de baja probabilidad y alta rentabilidad. Y debido al sesgo de status quo, prefieren un riesgo conocido, alto a uno desconocido, de bajo riesgo. Estas imperfecciones en la forma en que la gente se ocupa del riesgo pueden motivarlos a exigir una regulación legislativa del riesgo que refleje sus propias opiniones, no totalmente coherentes. Por ejemplo, en un

día promedio en los Estados Unidos mueren 30 personas en el trabajo, 56 mueren en accidentes en el hogar, 133 mueren en accidentes automovilísticos y 4.000 mueren por cáncer. De los que mueren cada día de cáncer, el 30 por ciento de esas muertes son atribuibles al tabaco; 4 por ciento son atribuibles a cánceres derivados de riesgos profesionales; 1 por ciento a tratamiento médico; y 2 por ciento a la contaminación del aire y del agua (Breyer, 1993). Para todo lo demás igual, estas cifras sugerirían dos predicciones sobre las regulaciones actuales diseñadas para minimizar los daños de las actividades de riesgo: en primer lugar, que una gran cantidad de esfuerzo debe dirigirse a reducir el riesgo de cáncer y segundo, que una gran parte del esfuerzo para reducir el cáncer debería dirigirse a los cánceres relacionados con el tabaco. Ninguna de las predicciones es correcta. Por el contrario, la regulación del riesgo del gobierno de los Estados Unidos tiene un aspecto desagradable, con poca consideración racional por el valor del bien que podría estar haciendo. Por ejemplo, no hay un solo valor implícito de una vida salvada que sea utilizada por el gobierno federal en la regulación del riesgo. Más bien, las regulaciones del gobierno implican que el valor de una vida salvada oscila entre \$ 10,000 y \$ 1 mil millones (Viscusi, 1992).

Sólo dar coherencia a la regulación del riesgo sería una mejora sustancial en la asignación eficiente de los recursos gubernamentales. Pero los experimentos sobre la toma de decisiones bajo incertidumbre descritos en la Sección 8 sugieren una nueva manera importante de ver la regulación del riesgo. Hasta ahora, muchas regulaciones de riesgo del gobierno se han basado en la creencia de que los individuos cometen errores al tratar el riesgo porque no tienen información correcta. Si tuvieran esa información, tomarían la decisión apropiada de maximización. Por lo tanto, el papel del gobierno debe ser principalmente difundir información precisa para ayudar a las personas y organizaciones en su toma de decisiones. Pero el material sobre elección intertemporal en la Parte C sugiere que incluso si tuvieran la información apropiada, algunas personas no tomarían la decisión correcta sobre actividades riesgosas.

La forma en que estos conocimientos deberían traducirse en una reforma de la regulación del riesgo es un tema muy amplio. Aquí sólo quiero sugerir que podrían conducir a justificaciones de principios para políticas mucho más paternalistas que las que típicamente recomienda la teoría de la elección racional. Por ejemplo, cuando la teoría de la elección racional podría sugerir que la comparación de los costos y beneficios del uso de cascos de motocicleta debe dejarse a los motociclistas siempre y cuando estén bien informados sobre los verdaderos costos y beneficios, los hallazgos sobre los errores en la elección intertemporal y en la evaluación del riesgo implican que los motociclistas siempre subestiman los beneficios del uso de cascos y que, por lo tanto, la mejor regulación para minimizar las lesiones en la cabeza entre los motociclistas puede ser una obligación de uso de casco. Estas son diferencias significativas en la política y debemos esperar un trabajo empírico adicional para aclarar el alcance de los errores cognitivos y las diversas opciones políticas que tenemos ante nosotros.

13. Derecho de Daños y Críticas a la Teoría de la Elección Racional

Por último, llego a la cuestión de si las anomalías examinadas en la parte C afectan al análisis económico de la legislación sobre daños. Creo que la conexión entre esas anomalías y el análisis económico se centra en este punto central: el análisis económico percibe que las víctimas potenciales y los potenciales causantes de daño son capaces de comprender y actuar racionalmente en respuesta a las implicancias del sistema de responsabilidad civil para sus

elecciones de qué actividades llevar a cabo, cómo y cuándo llevarlas a cabo, qué tan prudentes deben ser, cuánto deben gastar en advertencias de peligro para otros y similares.

Si aquellos cuya conducta buscamos afectar imponiendo responsabilidad por daños no tienen las capacidades cognitivas para entender y actuar de acuerdo con los deseos de la ley, entonces no debemos sorprendernos al saber que el sistema de responsabilidad civil no esté logrando sus fines de eficiencia deseados. Por ejemplo, si los tomadores de decisiones cometen errores sistemáticos cuando se enfrentan a resultados inciertos o si son sistemáticamente excesivamente confiados acerca de sus habilidades para evitar un accidente o una lesión, pueden comportarse de manera contraria a lo anticipado por la teoría de la elección racional. Las secciones siguientes tratan de aclarar cómo estas imperfecciones podrían influir en varias cuestiones en el análisis económico de la responsabilidad por daños.

13.1 La Elección entre Regulación Legal y el Test Riesgo-Utilidad

Hay dos puntos importantes que deben hacerse sobre la eficiencia de la negligencia y de la responsabilidad estricta. Primero, dentro de la negligencia hay dos medios muy diferentes de determinar si alguien ha cumplido con un deber legal de cuidado. En un conjunto de circunstancias, el cumplimiento se determina comparando las acciones de la víctima con una regla clara -por ejemplo, un límite de velocidad o un estándar de fabricación propuesto por una agencia administrativa (o posiblemente por algún grupo privado respetado que establece normas). Este tipo de negligencia (negligencia per se) es relativamente fácil para el tribunal de determinar y fácil para los potenciales perjudicados y las víctimas de percibir y seguir. No se requieren cálculos sofisticados y, por lo tanto, las demandas sobre las capacidades cognitivas de la potencial víctima y el victimario no son grandes.

La otra forma más común de negligencia delega a los potenciales victimarios y a las víctimas potenciales la determinación de la cantidad apropiada de cuidado a tomar. No existe una regla rígida que especifique la cantidad adecuada de precaución; más bien, cada víctima potencial y potencial victimario calcula lo que es apropiado en el entendimiento de que, en caso de un accidente, un tribunal pueda verificar esos cálculos para ver si se han hecho razonablemente. Esta norma de debida diligencia se determina con frecuencia según un "test riesgo-utilidad" o el Test de Hand. El tribunal supone que las partes que pueden lesionar o ser heridas comparan los costos de la precaución con los beneficios de tomar precaución (la reducción en la probabilidad y la gravedad de un accidente) y que tomarán todas las precauciones justificadas por el costo, es decir, la precaución que confiere mayores beneficios (esperados) de los que cuesta.

Las demandas cognitivas del test de riesgo-utilidad son sustanciales. A fin de cumplir con las obligaciones legales impuestas por la negligencia, los potenciales causantes de daño y las víctimas deben calcular de forma independiente la probabilidad de que ocurra un accidente en función de la cantidad de precaución que toman y una estimación del tamaño de las pérdidas resultado de varios niveles de precaución. Una implicación de los experimentos señalados en la Parte C anterior es que los potenciales causantes de daño y las víctimas pueden cometer errores sistemáticos en estos cálculos.

Las deficiencias potenciales de la toma de decisiones en materia de riesgo pueden ser la clave para entender cuándo es socialmente eficiente usar la negligencia per se y el estándar de cuidado debido. En pocas palabras, si uno cree que los que probablemente están involucrados en un tipo particular de accidente son propensos a errores y limitaciones cognitivas, enton-

ces el método más apropiado para lograr la eficiencia social (en el sentido de minimizar los costos sociales de los accidentes) sería establecer reglas que sean relativamente fáciles de cumplir.

13.2 Responsabilidad Estricta y Negligencia

Recuérdese que la literatura de derecho y economía ha identificado un factor principal que debe figurar en la elección eficiente entre negligencia y responsabilidad objetiva: si la precaución es unilateral o bilateral. La presencia de errores cognitivos y limitaciones en la capacidad de percibir y actuar racionalmente sobre el riesgo complica esta distinción entre precaución unilateral y bilateral. No es improbable que surjan situaciones en las que tanto el causante potencial como la víctima potencial *podrían* haber tomado precauciones que reducirían los costos sociales previstos de los accidentes, pero en los que una de las dos partes era mucho menos probable que tuviera experiencia con el tipo de cálculos de riesgo y expectativa que la teoría económica supone que tienen ambas partes. Es decir, una limitación cognitiva en el manejo de resultados inciertos puede ser un factor independiente para determinar si la precaución era unilateral o bilateral y, por tanto, al elegir entre negligencia y responsabilidad objetiva (estricta).

Consideren, por ejemplo, los accidentes relacionados con productos. Supongan que pudimos decidir primero qué tipo de responsabilidad utilizar en esos accidentes y supongan que pretendemos utilizar la teoría económica exclusivamente para llegar a nuestra decisión. ¿Qué tipo de responsabilidad - negligencia o responsabilidad estricta - debemos utilizar para minimizar el costo social de los accidentes relacionados con el producto? Podemos concluir que la precaución es bilateral: los productores pueden reducir la probabilidad y la gravedad de los accidentes teniendo cuidado en el diseño y la fabricación de sus mercancías y avisando a los consumidores de cualquier peligro no obvio; los consumidores pueden reducir los costos sociales previstos de los accidentes, teniendo cuidado en la utilización del producto, siguiendo las instrucciones del fabricante, utilizando el producto de manera que se pretende que sea utilizado, etc. Pero supongan que hacemos un supuesto adicional: a saber, que los productores tienen mucha más facilidad para tomar decisiones sobre resultados inciertos que los consumidores porque los consumidores son propensos al tipo de errores de cálculo que observamos en la Parte C. Ahora podemos dudar de que la precaución sea verdaderamente bilateral. Los consumidores perfectamente racionales podrían ser capaces de calcular el nivel de riesgo apropiado y el nivel esperado de costos de accidentes, dados los diferentes niveles de precaución, pero estos no son, por supuesto, consumidores perfectamente racionales. Cometerán errores; lo que es más importante, tendrán *más errores y más costosos* que los productores. Si es así, entonces una situación que asume que las partes afectadas son racionales y que la precaución es bilateral se convierte en una en la que sólo una de las partes es racionalmente fiable y hay, por lo tanto, precaución unilateral. Esto constituye un argumento para tratar al menos algunos accidentes relacionados con productos bajo la regla de responsabilidad estricta. Para plantear el punto de una manera más general, estoy sugiriendo que el reconocimiento de que pueda haber limitaciones cognitivas entre las víctimas potenciales y los causantes debe alterar la búsqueda de la norma de responsabilidad apropiada de una en donde la ley busca quién presenta un menor costo de oportunidad de evitar el daño (*least-cost avoider*) a una en donde busca al responsable de la toma de decisiones de menor costo o a la parte menos irracional.

14. Conclusión

Hemos visto cuán importante es la teoría de la elección racional para derecho y economía. Pero también hemos visto que hay un creciente número de trabajos experimentales que cuestionan algunos de los supuestos de esa teoría. Debemos modificar el modelo de elección racional, pero aún no está claro cómo debemos enmendarlo. Quiero concluir con una advertencia sobre las cuestiones cruciales que deben abordarse al emprender estas enmiendas en la teoría de la elección racional y en obtener conclusiones sobre el derecho en base a tales enmiendas.

Algunos piensan erróneamente que estamos sometidos a una dura elección entre, por un lado, la teoría de la elección racional y, por otro lado, la posición extrema de que no es posible una teoría coherente de la toma de decisiones humanas. Esa es una peligrosa ilusión. Es posible una síntesis y está, creo yo, en camino. Pero todavía no está aquí y hasta que lo esté, debemos permanecer incómodamente en el medio - algo escépticos acerca de la teoría de la elección racional, pero no tan escépticos como para que la abandonemos. Para ver los peligros de ir demasiado lejos, demasiado rápido en la aplicación de los resultados de la Parte C, consideren los experimentos que sugieren que la cooperación en la provisión de un bien público es mucho más probable que lo que predice la teoría de la elección racional. Esto es, hasta ahora, meramente sugestivo; no es una guía completa del comportamiento. Por lo tanto, nadie podría utilizar estos experimentos de manera responsable como una orden judicial para cortar los subsidios públicos para la investigación básica y la televisión pública o para una aplicación más estricta de las leyes de propiedad intelectual. Antes de hacer pronunciamientos de política sobre la base de estas anomalías, necesitamos saber mucho más. La implicancia de algunos experimentadores es que sus conclusiones se aplican a todos los tomadores de decisión en todas las circunstancias. Pero esto parece muy improbable. Seguramente hay diferencias importantes entre circunstancias y entre personas. Puede haber algunas personas que siempre obedezcan a las predicciones de la teoría de la elección racional; puede haber algunas circunstancias en las que nadie obedezca a esas predicciones. Y puede haber diferencias más sutiles. Por ejemplo, ¿existen diferencias sistemáticas en la exención para cooperar por edad y género? ¿Existen circunstancias objetivas sobre la forma en que se solicita la cooperación (por ejemplo, por cuánto tiempo se han conocido las personas y si se les permite comunicarse) que conduzcan a una mayor probabilidad de cooperación? ¿Qué tan robusto es el hallazgo de que la repetición del juego conduce a una disminución de la propensión a cooperar? Estas y muchas más preguntas deben ser tratadas.

Algún día, tal vez pronto, tengamos un relato completo de la toma de decisiones humana además del proporcionado por la teoría de la elección racional. Y cuando lo tengamos, ese relato aumentará mucho nuestra comprensión del derecho y nuestra capacidad de redactar leyes con fines deseables.

Reconocimientos – El autor desearía agradecer sus útiles comentarios a un árbitro anónimo

Bibliografia

- Andreoni, James (1988), 'Why Free Ride? Strategies and Learning in Public Goods Experiments', 38 *Journal of Public Economics*, 291-305.
- Becker, Gary (1962), 'Irrational Behavior and Economic Theory', 70 *Journal of Political Economy*, 1-13.
- Becker, Gary (1968) 'Crime and Punishment: an Economic Approach', 76 *Journal of Political Economy*, 169-217.
- Breyer, Stephen (1993), *Breaking the Vicious Circle*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Coase, Ronald A. (1960), 'The Problem of Social Cost', 3 *Journal of Law and Economics*, 1-28.
- Cooter, Robert D. and Ulen, Thomas S. (1997), *Law and Economics*, (2nd edn), Reading, MA, Addison-Wesley-Longman.
- Dixit, Avinash and Nalebuff, Barry (1991), *Thinking Strategically*, New York, W.W. Norton & Co.
- Grether, David and Plott, Charles (1979), 'Economic Theory of Choice and the Preference Reversal Phenomenon', 69 *American Economic Review*, 623-638.
- Guth, Werner, Schmittberger, Rolf and Schwarze, Bernd (1982), 'An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining', 3 *Journal of Economic Behavior and Organization*, 367- 383.
- Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack and Thaler, Richard (1986), 'Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market', 76 *American Economic Review*, 728-741.
- Korobkin, Russell (1994), 'Policymaking and the Offer/Ask Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation', 46 *Stanford Law Review*, 663-708.
- Korobkin, Russell (1998), 'The Status Quo Bias and Contract Default Rules', 83 *Cornell Law Review*, 608-687.
- Lichtenstein, Sarah and Slovic, Paul (1971), 'Reversals of Preference between Bids and Choices in Gambling Decisions', 89 *Journal of Experimental Psychology*, 46-61.
- Liebenstein, Harvey (1950), 'Bandwagon, Snob and Veblen Effects in the Theory of Consumers' Demand', 64 *Quarterly Journal of Economics*, 183-201.
- Loewenstein, George and Elster, John (eds) (1992), *Choice Over Time*, New York, Russell Sage Foundation.
- Machina, Mark (1990), 'Expected Utility Hypothesis', in John Eatwell, Milgate, Murray and Newman, Peter (eds), *The New Palgrave: Utility and Probability*, London, Macmillan Publishing.
- Marwell, Gerald and Ames, Ruth (1981), 'Economists Free Ride, Does Anyone Else?', 15 *Journal of Public Economics*, 295-310.
- Nozick, Robert (1993), *The Nature of Rationality*, Princeton, Princeton University Press.
- Plous, Scott (1993), *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York, McGraw-Hill.
- Posner, Richard A. (1998), *Economic Analysis of Law*, (4th edn), Boston, MA, Aspen Publishing Co.
- Samuelson, William and Zeckhauser, Richard (1988), 'Status Quo Bias in Decision Making', 1 *Journal of Risk and Uncertainty*, 7-17.

Shefrin, Hersh and Thaler, Richard (1988), 'The Behavioral Life-cycle Hypothesis', 26 *Economic Inquiry*, 609-643.

Thaler, Richard (1992), *The Winner's Curse*, New York, W.W. Norton & Co.

Ulen, Thomas S. (1994), 'Rational Choice Theory and the Economic Analysis of Law', 19 *Law and Social Inquiry*, 487-522.

Ulen, Thomas S. (1998), 'The Growing Pains of Behavioral Law and Economics', *Vanderbilt Law Review* (forthcoming).

Viscusi, W. Kip (1992), *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, New York, Oxford University Press.

Wilson, James Q. and Abrahamse, Alan (1992), 'Does Crime Pay?', 9 *Justice Quarterly*, 359-377.