

SON LOS INCENTIVOS, ¡ESTÚPIDO!

ANÁLISIS PSICOLÓGICO DE LA TOMA DE DECISIONES:
HIGIENE EN LAS DECISIONES COMO UN INCENTIVO PARA SER ÁRBITRO

The foundation of political economy and, in general, of every social science, is evidently psychology. A day may come when we shall be able to deduce the laws of social science from the principles of psychology.

- Vilfredo Pareto, 1906

Al ser invitado a prologar la tercera edición de una (ya exitosa) obra sobre análisis psicológico del Derecho, deseo proponer que hablemos de *incentivos*. El motivo: los incentivos son psicológicos; los incentivos son poderosos; los incentivos son descuidados. **Pero son los incentivos lo que *en verdad* norma la conducta humana.** No lo son las leyes. No lo son los principios. No lo es la ética. Lo que en verdad hace que una persona actúe de cierta manera es el *incentivo* que existe como resultado del contexto en que se toma la decisión sobre cómo actuar. Las consecuencias de las opciones existentes. Por ello, siempre que exista un problema que queramos remediar con una ley, analicemos los incentivos que detona.

Estamos plagados de instancias de leyes que no funcionan por los incentivos que detonan—a veces generan incentivos contrarios: inclusive perversos. Como explican Laffont y Martimort:¹

In all sorts of organizations, the affording of adequate incentives becomes the most definitively emphasized task in their existence.

[En todo tipo de organizaciones, el propiciar incentivos adecuados es la tarea más enfatizada en su existencia.]

De las muchas maneras de sustanciar la aseveración realizada en los párrafos anteriores he decidido analizar y ejemplificar. *Analizaré* la cuestión desde el punto de vista de una rama interesante que recientemente ha cobrado fuerza: la economía conductual. Luego *ejemplificaré* su utilidad y la trascendencia del análisis psicológico del Derecho comentando las lecciones que dicha disciplina arroja sobre una materia trascendente: cómo la gente juzga. Y como ello puede generar un incentivo positivo, de ser inteligentemente manejado.

¹ Jean-Jacques Laffont y David Martimort, *The Theory of Incentives*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, p. 12 (citando a Barnard, 1938, p. 139).

Economía conductual

La economía conductual (*behavioral economics*) es una disciplina que combina economía y psicología para entender por qué la gente actúa como lo hace. Amos Tversky, Daniel Kahneman y Richard R. Thaler han jugado un papel importante en su desarrollo. En 2017 le fue conferido el Premio Nobel de Economía a Richard R. Thaler por lograr establecer dicha disciplina al demostrar que la conducta de la gente se desvía de los modelos económicos tradicionales de maneras predecibles.

Juzgando: economía conductual y psicología

Del cuerpo importante de conocimiento en esta materia me centraré en un caso particular:² *juzgar*. Cómo la gente juzga. Ello pues es una actividad eminentemente psicológica. Es además una que me ha dado mucho en qué pensar dada mi especialidad y área de actividad profesional: actuar como árbitro.

La tesis de Thaler es que los humanos tienen tiempo y capacidad cerebral limitados. Por ende, utilizan reglas sencillas (heurísticos) para tomar decisiones. Esta idea sencilla tiene implicaciones enormes: los heurísticos hacen que las personas incurran en errores predecibles.

Una obra reciente aterriza el punto de forma especialmente interesante: *Noise*.³ En la misma, tres intelectuales (Kahneman, Sibony y Sunstein) analizan la variabilidad en los juicios, llamándola “ruido” (*noise*) cuando es indeseable.

Cuando ante expertos, sería natural suponer consistencia en los juicios: más conocimiento debería resultar no sólo en mejores resultados, sino en convergencia de los mismos. La realidad sin embargo no siempre es consistente con ello. Uno observa variabilidad en los juicios, y la variabilidad puede derivarse de sesgo o de ‘ruido’. Y existen casos particulares diversos de dicho género. Por ejemplo, la preferencia por lo que se tiene (*endowment effect*), la preferencia por lo conocido (*path dependence*), la aversión a la pérdida (*loss aversion*), el efecto anclaje (*anchoring effect*), la preferencia por disponibilidad (*availability heuristic*), el sesgo de retrospectiva (*hindsight bias*), el vacío de información (*information gaps*), el diseño institucional (*institutional design*), el diseño de mecanismos (*mechanism design*), y probablemente el más frecuente: el sesgo de auto-beneficio (*self-serving bias*).

El ruido en los juicios merece atención. Como explican Thaler, Sibony y Sunstein, no somos la misma persona siempre. El humor, el stress, el cansancio —¡hasta el clima! — afecta

² En estas reflexiones me he basado en Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1945. Cass R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000. Daniel Kahneman, Olivier Sibony y Cass R. Sunstein, *Noise, A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, 2021. Richard H. Thaler, *Misbehaving, The Making of Behavioral Economics*, W.W. Norton & Company, Nueva York, Londres, 2015. Colin F. Camerer, George Loewenstein y Matthew Rabin, *Advances in Behavioral Economics*, Russell Sage Foundation, Nueva York, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2004.

³ Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein, *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little Brown, Estados Unidos de América, 2021.

nuestras decisiones. La gente somos “ruidosos”. Somos menos consistentes de lo que pensamos. Ello tiene por efecto que nuestro juicio no sea idéntico siempre. Depende de otros factores subjetivos. Uno digno de mención lo son nuestras experiencias previas (especialmente cuando dolorosas).

Pero aun así, hay tendencias. Por ejemplo, se observa que al juzgar las personas solemos brincar a conclusiones y mantenernos en ellas.⁴ Una sección de *Noise* relacionada con nuestro tema (*Psychology of Judgment and Noise*)⁵ explica cómo el juicio es un proceso sutil y complejo. Contiene ruido (variabilidad indeseable) pues los sesgos psicológicos son fuente de errores sistemáticos y de sesgos estadísticos.

¿Qué hacer ante ello?

Antes de continuar, le pido al lector que se detenga un momento. Que asimile la pregunta y la pondere. El motivo: compartir la intranquilidad que dicha lección me ha generado. Mi actividad principal es actuar como árbitro. En 2023 cumplí 20 años de mi primera designación como árbitro. Y hace poco rebasé el umbral de 200 casos en que he actuado. No obstante ello, cada vez que me invitan a actuar como árbitro siento algo bonito pero difícil de caracterizar: ¿Orgullo? ¿Compromiso? ¿Alegría? No es fácil ponerle un título a la sensación. Posiblemente porque incluye todo lo mencionado. Pero me percaté que implica *confianza*. Quiero ser digno de ella. Quiero *ser* lo que yo quisiera que fuera la persona que yo escogería para resolver el problema más grande de mi vida. Es ello lo que me lleva a pensar, sentir y defender que ser árbitro es un *nobile officium*. **Todo esto es psicológico.**

Es la sensación descrita lo que, al enterarme de la existencia de ruido en los juicios, me ha generado intranquilidad: ¿Cómo actuar acorde al enorme voto de confianza depositado en mi persona, si mis juicios son ruidosos?

Si el lector aceptó mi invitación y ha, no solo entendido, sino *sentido*, lo que expongo que me preocupa, paso ahora a compartir el resultado de reflexiones que sobre ello tengo en respuesta a la incógnita planteada.

Aceptado que somos seres “ruidosos”, y con el (ferviente) deseo de actuar a la altura de la confianza depositada, ¿qué puede hacerse?

Higiene en las decisiones

La literatura sobre economía conductual nos ofrece algunos cánones para procurar “**higiene en las decisiones**” (*decision hygiene*), como lo llaman Thaler, Sibony y Sunstein en *Noise*.

⁴ Noise, *ob. cit.*, p. 173.

⁵ Noise, *ob. cit.*, p. 367.

Ello se logra tomando ciertos pasos que la economía conductual enseña que ayudan a evitar sesgo o ruido en las decisiones. Como observan dichos pensadores:⁶

Judgments are both less noisy and less biased when those who make them are well trained, are more intelligent, and have the right cognitive style. ... good judgments depend on what you know, how well you think, and how you think. Good judges tend to be experienced and smart, but they also tend to be actively open-minded and willing to learn from new information.

[Los juicios son menos ruidosos y sesgados cuando quienes los realizan están bien entrenados, son inteligentes, y tienen el estilo cognitivo correcto. ... los buenos juicios dependen en lo que sabes, qué tan bien piensas, y cómo piensas. Los buenos jueces tienden a ser experimentados e inteligentes, pero también tienden a ser activamente abiertos intelectualmente y dispuestos a aprender de información nueva.]

Algunos pasos que procuran *higiene en las decisiones* son los siguientes:

1. **Reconocer que el fenómeno existe:** el primer y más importante paso para enfrentar un problema es reconocer que existe. Al respecto, aceptemos lo que nos enseña *Noise*:⁷

Wherever there is judgment, there is noise, and more of it than you think. The first step to reduce noise ... is to acknowledge its possibility. A good decision maker should aim to keep a “shadow of a doubt”, not to be “the man who knew too much”.

[Donde sea que hay juicio hay ruido, y más de lo que pensamos. El primer paso para reducir el ruido... es reconocer su existencia. Un buen tomador de decisiones debe buscar siempre mantener una “sombra de duda”, procurar no ser “el hombre que sabía demasiado”.]

2. **Premiar diferentes perspectivas:** quienes difieren de nosotros son nuestros amigos: nos ayudan a mejorar. En vez de tomar a mal el que alguien nos diga que no está de acuerdo con nosotros, aceptemos que ello no solo es *normal*, es *positivo*. Y merece reconocer que dicha persona está siendo franca: cada mente es un universo diverso.

Esta actitud contrasta con lo que cotidianamente observamos. Cuando alguien expresa una opinión diversa, con frecuencia se observa una reacción negativa. Ello es natural. Es humano. Pero va en sentido contrario a procurar higiene en las decisiones. Luchemos contra tal predisposición humana. Recordemos lo que dice el viejo adagio: “*We find comfort amongst those who agree with us, and growth amongst those who disagree.*” (Encontramos comodidad entre quienes piensan como nosotros, pero crecimiento entre quienes difieren.)

Busquemos, aplaudamos y premiemos el que existan diferencias de opinión, y sujetémoslas a debate. De hacerlo, incrementaremos la probabilidad de que el resultado (la decisión) sea mejor. Ello pues, como explica *Noise*: “*Contrarian thinking is essential to innovation*”. “*Diversity of opinions is essential for generating ideas and options*”.⁸ (El pensamiento contradictorio es

⁶ Noise, *ob. cit.*, p. 225.

⁷ Noise, *ob. cit.*, p. 258.

⁸ Noise, *ob. cit.*, p. 364.

esencial para la innovación. La diversidad de opiniones es esencial para generar ideas y opciones”.)

3. **Resistir intuiciones prematuras; secuenciar:** uno debe tomar nota de sus predisposiciones, pues determinan en buena medida lo que concluimos.⁹ La intuición no debe ser prohibida sino informada, disciplinada y demorada. Para ello, *Noise* recomienda *secuenciar la información*: ello evita que intuiciones prematuras tengan un peso injustificado en nuestra toma de decisiones.

Aunque tener más información es bueno, puede indigestar. Y el resultado analítico puede ser sesgo. O una conclusión superficial: el evaluador, abrumado por la montaña de información frente a él, se pliega a un heurístico y decide de una manera que no considera en su totalidad el caudal de información, con el peso que cada una de sus (diferentes) partes debe tener—que lógicamente varía. Para contrarrestar dicha posibilidad, se recomienda la revelación gradual, parcial y linear de la información. Y que al ir digiriendo cada rebanada total del pastel a analizar, que el evaluador documente su conclusión derivada de cada rebanada. Así, al haber concluido el análisis parcial de cada rebanada, la conclusión final se arriba tomando en cuenta las conclusiones parciales. Ello suele ser mejor que tomar una decisión total en base a información aglomerada.

4. **Estructurar juicios en diversas tareas independientes.** La gente distorsiona o ignora información que no se acomoda a una historia preexistente o emergente. El tino total sufre cuando la impresión de distintos aspectos del caso contamina otros. Por ejemplo, cuando los testigos se comunican. O los dictámenes de expertos.¹⁰ Podemos combatir la coherencia excesiva dividiendo el juicio de un problema en partes pequeñas, analizarlas, formarnos una opinión individual aislada, y luego agregarlos en un todo.

5. **Juicios independientes, agregados:** Obtener juicios independientes de múltiples jueces, luego agregarlos. Sobre ello, *Noise* explica que:¹¹

Aggregation can only reduce noise if judgments are truly independent. ... group deliberation adds more error in bias than it removes in noise. Organizations that want to harness the power of diversity must welcome the disagreements that will arise when team members reach their judgments independently. Eliciting and aggregating judgments that are both independent and diverse will often be the easiest, cheapest, and most broadly applicable decision hygiene strategy.

[La agregación reduce el ruido si los juicios son verdaderamente independientes. ... la deliberación en grupo agrega más error por sesgo que el ruido que remueve. Las organizaciones que desean hacerse del poder de la diversidad deben dar bienvenida a los desacuerdos que incrementarían cuando miembros de un equipo realizan juicios en forma independiente. Buscar

⁹ Esta fue una de las lecciones que me compartió mi querido director de doctorado, Richard Posner, cuando le hice la pregunta “¿Qué recomendaciones puede darle a un joven árbitro sobre cómo juzgar?” (*Vid.* González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 5ª edición, 2018, p. 592.)

¹⁰ Ver al respecto González de Cossío, Francisco, “*El Experto: La Voz de una Ciencia en un Proceso*” en *Liber Amicorum Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, Coord. Arias, David, La Ley, Madrid 2024.

¹¹ *Noise*, *ob. cit.*, p. 272.

agregar juicios que son más independientes y diversos con frecuencia será la forma más fácil, barata y que de forma más amplia logre estrategias de higiene en las decisiones.]

6. **Mente abierta a cambiar de opinión:** la apertura intelectual, la ausencia de inclinación alguna, es consustancial no solo a ser árbitro, sino a ser juzgador. Hay inclusive elementos para calificarlo como un derecho fundamental.¹² Para lograrlo, *Noise* recomienda que:¹³

People who actively search for new information that could contradict their prior beliefs, who are methodical in integrating that information into their current perspective and who are willing, even eager, to change their minds as a result. ... remain open to counterarguments and to know that they might be wrong. If they end up being decisive, it is at the end of a process, not at the start. ...

[Las personas que activamente buscan nueva información que pueda contradecir sus pensamientos pasados, que son metódicos en integrar esa información en su perspectiva y que estén dispuestos, deseosos inclusive, de cambiar sus mentes como resultado de ello. ... permanecen abiertos a contraargumentos y saben que pueden estar equivocados. Si son decisivos, ello debe ocurrir al final del proceso, no al principio. ...]

Las sugerencias anteriores no son las únicas. Son algunas que, de ser utilizadas por tomadores de decisión, los hará mejores evaluadores.

Árbitros higiénicos, no solo inteligentes

Quienes nos dedicamos a juzgar hemos recibido confianza. Solo por eso, debemos hacer nuestro mejor esfuerzo por que nuestro análisis y conclusiones sean mejores: ello es lo correcto ante la confianza recibida. Pero fiel al tema de la obra prologada, defenderé la misma idea desde otra perspectiva: la de incentivos. *Hemos sido elegidos por nuestro juicio para ejercer nuestro juicio. Seremos elegidos de nuevo si ejercemos buen juicio. Y para ejercer buen juicio, debemos ser higiénicos en nuestras decisiones.*

Debemos procurar ser los “buenos jueces” a los que aluden Thaler, Sibony y Sunstein en *Noise*. Para lograrlo, la existencia de un juicio sin ‘ruido’ dependerá, más que de nuestra inteligencia, del estilo cognitivo (*cognitive style*) que adoptemos:

Intelligence is only part of the story... How people think is also important. Perhaps we should pick the most thoughtful, open-minded person, rather than the smartest one.

[La inteligencia es solo parte de la historia... Cómo la gente piensa es importante. Posiblemente debemos escoger a las personas más pensantes y de mente abierta, que a las más inteligentes.]

¹² El Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos tildan de fundamental el derecho a que todo juzgador sea imparcial.

¹³ Noise, p. 235.

La última oración debe erigirse en corolario: *debemos escoger a personas con mejor estilo cognitivo—más pensantes, de mente abierta—por encima de las inteligentes.* Esos árbitros se desempeñarán mejor que aquellos que, aunque inteligentes, no son ‘higiénicos’ en la toma de sus decisiones. Ello detona un incentivo positivo: una manera de incrementar designaciones como árbitro es cerciorar que existe higiene en las decisiones.

Esto es análisis *psicológico* del Derecho.

Francisco González de Cossío
Bretton Woods, New Hampshire
Octubre 2023