

Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)

por MARTÍN A. FRÚGOLI

9 de Junio de 2021

www.saij.gob.ar

Id SAIJ: DACF210109

TEMA

Derecho, ciencias del comportamiento, economía conductual

TEXTO

Abstract.

En el presente trabajo, luego de esgrimir una noción general respecto de esta área de investigación, se explica la selección de la terminología a utilizar en idioma inglés y español. Posteriormente, se cuenta el desarrollo e importancia actual y se exhiben algunos ejemplos de resultados concretos alcanzados. Al concluir, se destaca la necesidad de fomentar el estudio y aplicación en los operadores jurídicos de esta área del conocimiento.

I.- Introducción.

Definir y delimitar un área del saber, así como seleccionar los términos precisos para ello, nunca resulta del todo sencillo. En el pensamiento académico la relación entre las palabras y su significado, distingue dos grandes tradiciones intelectuales, el esencialismo y el convencionalismo(2).

Lo anterior se relaciona con la particular selección de esta área. Pues, ¿cuál es el término adecuado a emplear: "Análisis Económico del Derecho", "Derecho y Economía", "Análisis Conductual del Derecho", o "Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento"? A su turno, ¿corresponde la traducción, o utilizamos los términos de mayor uso desde la lengua originaria, tales como "Economic Analysis of Law"(3), "Classical Law and Economics"(4), "New Economic Analysis of Law"(5), "Law & Economics"(6), "New Law & Economics"(7), "Law, Behavior and Social Sciences"(8), "Behavioral Law & Economics"(9)?

Lo anterior, sin embargo, no parece ser la cuestión de mayor importancia en esta área. Esto siempre y cuando se explique cómo, por qué o para qué se utilizan los términos seleccionados.

Realizadas estas preliminares aclaraciones, nos centraremos de manera muy breve en una primer noción general (y abarcativa de qué es el Análisis Económico y Conductual del Derecho). Luego explicaremos la selección terminológica de esta área, para pasar finalmente al desarrollo e importancia actual y algunas consecuencias sociales concretas (resultados empíricos) que hasta ahora se han alcanzado. Esto último, adelantamos, permitirá cotejar cierta revolución científica (10) cuyo futuro parece, al menos, difícil de evadir por los operadores jurídicos.

En definitiva, tanto por la actual y enorme amplitud de este campo heterogéneo de conocimiento, como así también por algunos resultados concretos que con su aplicación se verifican en la realidad social, deviene complejo e inconveniente esquivar su tratamiento. En cambio y por consiguiente, los invitamos a debatir este apasionante y necesario campo interdisciplinario de investigación mundial. Los invitamos a quitar importancia a los argumentos de autoridad ("...es correcto porque lo dijo tal o cual prestigioso y reconocido jurista"), y a los argumentos meramente intuitivos ("yo creo que es buena esta ley o esta doctrina porque es mejor a la sociedad, porque es más justa..."). Los invitamos a dar más importancia a los argumentos consecuencialistas (a remplazar las anteriores oraciones por otras que digan, por ejemplo: "De tal norma o de tal opinión, se verifica en tal o cual sector de la sociedad, tales y tales consecuencias fácticas: comparables, cotejables, discutibles, transparentes y públicas"; "Al cambiar esta norma o esta política pública, se verificó un aumento concreto del cumplimiento en un%"). En suma, si decimos entonces que algo es mejor que otra cosa, tenemos que poder probarlo en la realidad de los hechos, y esto es trabajo de infinito y permanente cotejo(11).

II.- Noción general (y abarcativa de qué es el Análisis Económico y Conductual del Derecho).

Si bien no existe una única definición de la Economía ni del Derecho, y menos aún del Análisis Económico del Derecho(12), podemos no obstante describir someramente a qué refiere esto último.

Así, el Análisis Económico del Derecho implicaría que el Derecho es analizado con herramientas de la Economía, de modo que el Derecho se entrelazaría entonces con las innovaciones de aquella (una de las ciencias sociales más desarrolladas y avanzadas de los últimos años(13)). Es decir, se trata de una modalidad de análisis propia de una disciplina (la Economía), proyectada sobre materiales u objetos propios de otra (el Derecho)(14). Persigue, en definitiva, aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho(15).

Acciarri y Cooter sugieren que "...los estudios de Derecho y Economía, al menos en su versión más modesta, pueden ser concebidos como una amplia familia de esfuerzos intelectuales que comparten la conciencia de las consecuencias fácticas de las opciones jurídicas"(16).

El Instituto Paraguayo de Derecho y Economía explica que: "El Análisis Económico del Derecho es la aplicación de métodos científicos y estudios sistemáticos, usuales en la ciencia económica (que incluyen la estadística, análisis costo-beneficio, estudio de costos de transacción, teoría de juegos, economía del comportamiento, entre otras) al análisis y explicación del sistema jurídico. Lo que intenta el Análisis Económico del Derecho es responder a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas jurídicas: cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos, y si ese efecto es consistente con propósitos deseables. En síntesis, estudia, a través de una familia no predeterminada de instrumentos, cuáles son las consecuencias de las normas y prácticas jurídicas y de las instituciones en general, y evalúa dichas consecuencias en relación con objetivos preferibles"(17).

Con estas nociones generales subyace la importancia de estudiar esta temática, ya que el campo de investigación se encuentra en el Derecho (cualquiera de sus ramas) y las Ciencias del Comportamiento(18)(psicología, economía, neurociencias, entre otras, e incluso la moderna faz interdisciplinaria con la inteligencia artificial).

Pasemos ahora al resto de las inquietudes planteadas arriba.

III.- Selección terminológica.

La dificultad de seleccionar la terminología adecuada no es obstáculo para decidir y justificar esta elección. En efecto, en la lengua originaria optamos por el término "Behavioral Law & Economics", porque el mismo de su sola lectura permite inferir que contiene estudios del comportamiento, del derecho y de la economía, y que estos evolucionen no quitan su comprensión inclusiva dentro de cada uno de estos tres campos mínimos e interdisciplinarios de abordaje. Más, desde que se presentaron cambios importantísimos desde los modelos utilizados por la economía convencional (tales como: "el hombre racional"; la "maximización de las expectativas individuales", etc.), hacia los modelos utilizados por la economía conductual (tales como: "racionalidad limitada"; "predicción empírica de los resultados conductuales", etc.), no parece conveniente hablar con los mismos términos ("Economic Analysis of Law"), pues el cambio desde 1980 ha sido radical(19).

En efecto, el primer tratado general de la materia abarcativo de casi todas las ramas del derecho, es la obra de Richard Posner, "Economic Analysis of Law", que desde su origen en 1973 en adelante, fue desarrollando nuevas ediciones. Sin embargo, insistimos, demasiados cambios se presentaron luego de esta obra, como para poder seguir llamando igual a la materia. A tal punto que algunos escépticos y hasta "enemigos" del "Behavioral Economics", terminaron aceptando e incorporando conocimientos extraídos de esta última(20).

Congruente con la evolución referida, hoy encontramos el primer tratado de "Behavioral Law and Economics" en la obra de Zamir y Teichman (2018), luego del primer manual ("The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law", 2014).

En cierto sentido, algo no tan diferente ocurre en la lengua castellana, pues las críticas que apuntaban contra el "Análisis Económico del Derecho" (en su mayoría contra el Análisis Económico del Derecho de Richard Posner, aunque también incluían a Ronald Coase y Guido Calabresi pero podríamos decir -al menos sobre estas últimas- que se caracterizaron por nombrar pasajes extraídos parcialmente y en general sin una cabal comprensión de las ideas(21)), no parecen mantenerse ahora ante la nueva economía conductual. O, al menos, no con el mismo argumento crítico-negativo. En este sentido es oportuna la reflexión de Cooter y Acciari cuando sostuvieron hace unos años que: "...probablemente el uso de la palabra "Economía" o "Económico" haya atentado contra esta modalidad de estudio...una denominación como Derecho y Consecuencias quizá habría tenido una recepción más amigable"(22).

Hoy entonces en nuestra lengua, asumimos que resulta más moderno y comprensivo de la realidad última en la materia, o bien utilizar el nombre "Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento", como lo hace la escuela de Acciari (quizás siguiendo a Ulen), o bien otro nombre que refleje lo más fiel posible al "Behavioral Law & Economics".

En búsqueda de lo anterior, algunos parecen haber encontrado apropiado las denominaciones: "Análisis Conductual del Derecho"; "Análisis Comportamental del Derecho"(23); "Derecho y Economía Comportamental"; "Economía Conductual", etc.

Por nuestra parte, nos parece apropiado seleccionar los términos "Análisis Económico y Conductual del Derecho". Y ello, fundamentalmente, por las siguientes razones:

1º) Decir sólo "Análisis Económico del Derecho" no visualiza ningún avance revolucionario, o quasi-revolucionario que ha tenido la Economía (y en consecuencia -entiéndase la redundancia- el "Análisis Económico del Derecho"). Pues, no permite al menos entrever los múltiples y empíricos cuestionamientos a la teoría clásica y sus asunciones tales como "el hombre racional", o "el hombre maximizador de su propio interés", que ha hecho la "Economía Conductual" o "Behavioral Economics".

2º) Transformar el nombre de "Análisis Económico del Derecho" en "Derecho y Economía" quita alguna entidad de continuidad respecto de su nacimiento en 1960. Y para quienes entendemos(24) que lo conveniente es hoy que los modelos de la Economía Clásica y los de la Economía del Comportamiento sean complementarios, pareciera la mejor forma de manifestar esto, decir: "Análisis Económico y Conductual del Derecho", o bien "Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento". Un ejemplo esquematizaría la opinión:

-Un "analista económico del derecho clásico" podría decir: "si decimos que pisar la senda peatonal tiene una multa, tendremos que el precio de pisarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un inspector de tránsito esté en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisieramos reducir este tipo de infracciones aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el incumplimiento de pisar la senda peatonal al subir la sanción de la norma.

-Pero un "conductualista (o analista del comportamiento)" diría: "el problema anterior no se limita sólo a los incentivos basados en la lógica racional, sino que en muchos casos se podrán obtener mejores resultados mediante otro tipo de estudios: Así por ejemplo si el diseño de los carteles, la senda peatonal, y los semáforos llevasen al cumplimiento sencillo, intuitivo y hasta semi-consciente o sub-consciente de los conductores, claramente los resultados buscados arrojarían mayor cantidad de cumplimientos por parte de los conductores" (y así el conductualista mostraría gráficos y datos concretos de estos resultados alcanzados mediante la sola modificación de la arquitectura, esto es, del diseño).

Estos dos ejemplos, podrían retroalimentarse, es decir, no son necesariamente excluyentes entre sí. Por esta razón las herramientas clásicas de la economía, junto con los últimos estudios de esta (economía contemporánea o moderna que llamamos "conductual" o "del comportamiento"), pueden resultar muy provechosas al estudio del Derecho, y existen datos que así lo muestran.

3º) Otra razón entre la asociación de "Análisis Económico del Derecho" y la "Economía del Comportamiento" (antes que el análisis puramente jurídico) es histórica. Ya que esta última ("Behavioral Economics"), nació como resistencia del análisis económico-jurídico contra la economía ortodoxa, por entender que no se reflejaba muchas veces en el mundo real, lo que explicaban los modelos económicos clásicos(25). De allí que "Análisis Económico y Conductual" ensambla esta historia. Pero además los términos "Económico" y "Conductual" serían comprensivos de todo lo que incluya o vaya a incluir la Economía y las Ciencias del Comportamiento, de manera que el "Análisis" de éstas colaboraría con lo que el Derecho necesita (que se cumplan las normas, que se logren determinados comportamientos, etc.).

4º) Por último, quitar del todo los términos "Análisis Económico del Derecho", haría perder algún reconocimiento de identidad. Un dato empírico y a la vez pragmático, aunque referencial(26), apoya esta selección:

Pues, si desde nuestro ordenador "googleamos" las siguientes palabras, obtenemos:

-"behavioral law & economics": Cerca de 162,000,000 resultados (0.44 segundos), el 13 de septiembre de 2020 a las 12:21 horas.

-"economic analysis of law": Cerca de 1,120,000,000 resultados (0.70 segundos), el 13 de septiembre de 2020 a las 12:21 horas.

-"law and economics": Cerca de 39,100,000 resultados (0.59 segundos), el 13 de septiembre de 2020 a las 12:21 horas.

-"análisis económico del derecho": Cerca de 38,900 resultados (0.58 segundos), el 13 de septiembre de 2020, a las 12:21 horas.

-"análisis conductual del derecho": Cerca de 2,570 resultados (0.37 segundos), el 13 de septiembre de 2020 a las 12:21 horas.

-"derecho, economía y ciencias del comportamiento": Cerca de 3,020 resultados (0.53 segundos), el 13 de septiembre de 2020 a las 12:22 horas.

Entonces, las combinaciones numéricas para identificar la materia de que hablamos en el mundo de la web (hoy nada despreciable), apoyan la terminología hispana seleccionada (por ej.: si sumo los 38.900 resultados + 2570 resultados = 41.470, contra 3.020 en este último caso).

Por estas justificaciones usaremos fundamentalmente los términos "Análisis Económico y Conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)".

IV.- Desarrollo e importancia actual y algunas consecuencias sociales concretas (resultados empíricos).

El desarrollo y la importancia crucial que ha tenido el Análisis Económico y Conductual del Derecho resulta hoy casi una obviedad. Basta mencionar simplemente algunas de estas "obviedades" para repasar, comenzando por el desarrollo actual y siguiendo luego con las evidencias empíricas.

Desarrollo e importancia actual: En la actualidad, casi todas las Facultades de Derecho norteamericanas y un gran número de las europeas, vienen desarrollando programas educativos (tanto de grado como de posgrado), sobre esta materia. Pero no sólo en el norte de América o en Europa el crecimiento de esta disciplina ha sido exponencial. Sino que también esto se refleja en los continentes de Asia, África, Oceanía, y también en Latinoamérica, con diversos matices e ideologías. Encuentros científicos y políticas públicas día a día permiten ratificar esta aseveración. Ejemplo de estas últimas dos, vale mencionar a la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) y el incremento de participantes, y a la Unidad de Evaluación de Programas (UdEP) en la Ciudad de Buenos Aires(27), Argentina.

Particularmente, la influencia de Kahneman y Tversky(28) en el Derecho, ha resultado explosiva. El siguiente gráfico(29) que muestra los artículos jurídicos que citan a Kahneman, ahorra mayores comentarios respecto del creciente interés en esta materia.

Algunas consecuencias sociales concretas: Antes de exponer algunos datos, es provechoso mencionar la idea, dentro de las ciencias del comportamiento, de "Nudge"(30), de traducirse como "empujón" o "pequeño empujón". Esta idea de "Nudge"(31), a significar cómo el diseño influye en los comportamientos. En otras palabras, es la idea de la "arquitectura de la decisión".

Mostremos, ahora sí, algunas consecuencias(32):

- a) Como resultado de la modificación de la arquitectura de la decisión, básicamente variando la opción por default, en Argentina a un año de la sanción de la ley 27.444 (llamada "Ley Justina"), vigente desde el 04 de agosto de 2018, se pasó de 13,8 a 19,5 donantes de órganos por millón de habitantes.
- b) Aplicando las ciencias del comportamiento en las salas de cirugías médicas de urgencia, algunos hospitales lograron incrementar un 5,1% más de cirugías de pacientes que antes quedaban sin posibilidad alguna de ubicarlos. Esto trajo también como consecuencia la disminución en un 45% de cirugías en horarios y días en que los médicos se encontraban más cansados. Colateralmente, benefició la calidad de vida y organización de estos últimos (ya que disminuyeron las veces en que debían salir corriendo a cualquier horario en emergencias médicas, lo que a su vez disminuye su atención y diligencia)(33).
- c) "Como resultado de un programa de inscripción automática en tres escuelas que suministran alimentos gratuitamente, más de 11 millones de niños pobres en EEUU están ahora desayunando y almorcizando gratuitamente durante el año escolar"(34).
- d) "La legislación de tarjetas de crédito promulgada en el año 2010 está ahorrando a los estadounidenses más de 10.000 millones de dólares anuales; una porción significante de dichos ahorros se debe a los nudges o a probables influencias de estos"(35).
- e) "Inscripciones automáticas en programas de pensiones han producido un incremento masivo en su participación (Chetty et al., 2012; Thaler, 2016)"(36).
- f) Mediante el desarrollo de un software se experimentó que después de 4 meses y 3000 descargas en la web de un acuerdo contractual, sólo 1 de cada 1000 personas leyeron una cláusula al final del "Acepto términos y condiciones". Llamativamente, esta cláusula final prometía U\$S 1000 al usuario que la respondía. Pero hay más, el estudio también reveló que este 1 de cada 1000 personas, estuvo 29 segundos en la página web. Desde que estas páginas de términos legales de más de 2000 palabras resultan de necesaria reflexión y dado que las personas en general pueden leer menos de 150 palabras en esos 29 segundos, el procesamiento de la información resulta claramente cuestionable(37).

V.- Conclusiones.

-El "Análisis Económico y Conductual del Derecho" es hoy insoslayable para los operadores jurídicos.

-La expansión mundial de esta área del saber, junto a los resultados hasta ahora alcanzados, sugieren fomentar su estudio y aplicación.

Notas al pie:

1) Martín A. Frúgoli, Abogado (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Mediador (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Católica Argentina). Doctorando (Universidad Nacional de Rosario, Argentina, área: Behavioral Law & Economics). Profesor de Derecho de Daños, Obligaciones y Clínica Jurídica del Consumidor (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Profesor de Posgrados en diferentes áreas del Derecho (principalmente: Derecho de Daños, Derecho del Consumidor, Análisis Económico y Conductual del Derecho / Behavioral Law & Economics). Autor y conferencista nacional e internacional sobre la temática: Derecho de Daños, Análisis Económico y Conductual del Derecho / Behavioral Law & Economics, Derecho del Consumidor). Socio Titular y Co-Fundador del Estudio Jurídico "Ramonda, Frúgoli & Asoc." www.ramondafrugoliabogados.com.

2) Para una explicación sencilla y a la vez profunda, p.v.: ACCIARRI, Hugo A., "De 'análisis económico del derecho' a 'derecho, economía y comportamiento'. Por qué renovar (y ampliar) la denominación", Publicado en: LA LEY 31/05/2018, 31/05/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/577/2018.

3) POSNER, Richard A., "Economic Analysis of Law", Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Seventh Edition, New York, 2007.

4) ELLICKSON, Robert C., "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics", 65 Chicago-Kentucky Law Review, 23, 1989.

5) PASQUALE, Frank, "New Economic Analysis of Law: Beyond Technocracy and Market Design", Critical Analysis of Law 5:1 (2018), ISSN 2291-9732.

6) CALABRESI, Guido, "The Future of Law and Economics", Yale University Press, New Haven and London, 2016. Aclaramos que, históricamente, el término "Law & Economics" se usaba para el estudio de algunas materias tales como el "Derecho de la Competencia" o el "Derecho Económico", pero es desde 1960 con las obras de COASE, CALABRESI, POSNER y BECKER cuando comienza a utilizarse un método de estudio particular tomado de la economía para analizar diversas áreas del derecho, tales como Contratos, Derecho de Daños, Derecho Penal, Constitucional, Procesal, etc. (p.v. ULLEN, Thomas - COOTER, Robert, "Introduction to Law and Economics", Fifth Edition, Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal, IBSN-13: 978-0-321-33634-7, ISBN-10: 0-321-33634-82007, p. 1; ACCIARRI, Hugo A., "Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento", Direcc. ACCIARRI, Hugo A., SAIJ, 1ra. ed., feb. 2019, ps. 1 y 2).

7) DUXBURY, Neil, "Patterns of American Jurisprudence", Oxford University Press, New York, 1995, 340-41, cit. por MAY, James, "Science, Politics, and the Evolution of Law and Neoclassical Economics" (1997), Articles in Law Reviews & Other Academic Journals, Paper 296, disponible en: http://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/296.

8) ULLEN, Thomas, <https://law.illinois.edu/faculty-research/specialty-programs/law-behavior-and-social-science/>.

9) ZAMIR, Eyal - TEICHMAN, Doron, "Behavioral Law and Economics", Oxford University Press, New York, 2018.

10) Lo que lleva, según alguna opinión, a un "reordenamiento de la teoría del derecho" ["A nostro giudizio, inoltre, la rivoluzione cognitivista pone le basi per un riorientamento della teoria del diritto"; BRIGAGLIA, Marco-CELANO, Bruno, "Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca", Diritto & Questioni Pubbliche, XVII, 2017 / 2 (dicembre), p. 529].

11) Claro que no todo puede ser empírico, pues, tal como se ha explicado; "Cuando se analiza la norma antes de su entrada en vigencia lo que pasa es que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; no puedes determinar la consecuencia económica y social de la norma, cuando aún no está vigente. Sólo se podría especular teóricamente sobre cuales serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras normas que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no puedes medir las consecuencias directamente. Recién cuando entre en vigencia la norma podrán medirse las consecuencias de la misma (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales", Segunda edición corregida y aumentada, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 49).

12) V. ACCIARRI, Hugo A., "Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños", Buenos Aires, La Ley, 2015, ps 1 y ss.; BULLARD GONZÁLEZ, "Derecho y...", ob. cit. ps. 41 y ss.; HART, H. L. A., "The Concept of Law", second edition, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994.

13) "Economics is the most advanced of the social sciences, and the legal system contains many parallels to and overlaps with the systems that economists have studied successfully." Judge Richard A. Posner, in MICHAEL FAURE & ROGER VAN DEN BERGH, EDS., ESSAYS IN LAW AND ECONOMICS (1989), cit. por ULLEN - COOTER, "Introduction...", ob. cit. p. 1.

14) ACCIARRI, "Elementos...", ob. cit., p. 3.

15) BULLARD GONZÁLEZ, "Derecho y...", ob. cit. p. 41.

16) "...law & economics studies, at least in its most modest versions, can be conceived as a broad family of intellectual efforts sharing a common concern for factual consequences of legal options." (COOTER, Robert & ACCIARRI, Hugo A., "La Economía, el Derecho y sus consecuencias", Introducción al Análisis Económico del Derecho, Civitas-Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago de Chile, Madrid, 2012, ps. 10 y 11).

17) Instituto Paraguayo de Derecho y Economía: <http://www.ipde.org.py/analisis-economico-del-derecho-aed/>.

18) SIBONY, Anne-Lise - HELLINGER, Geneviève - ALEMANNO, Alberto, "L'Analyse Comportamentale Du Droit Manifeste Pour Nouveau Champ De Recherche En Europe", Revue Internationale de Droit Économique -2016-, p. 322.

19) ZAMIR - TEICHMAN, ob. cit. p. 141 y ss. Algunos marcan una distinción entre "Economic Analysis of Law" que caracterizan como aquel que sigue las bases de la Escuela económica de Chicago con fuertes influencias del utilitarismo de BENTHAN, del "Law & Economics" inclusivo del "Behavioral Economics" y que cobró mayores influencias de MILL (v. CALABRESI, Guido, "The Future of Law and Economics", Yale University Press, New Haven and London, 2016).

20)V.gr. 16 años después de la primer edición, Richard Posner en su última edición incluye algunos contenidos que tanto había criticado en sus anteriores ediciones ("...the book is more hospitable to criticisms of the 'rational choice' approach to law -criticisms that have persuaded me among other things to supplement that approach with insights from psychology.": POSNER, Richard A., "Economic Analysis of Law", 9th. Ed. 2014, xxii., v. ZAMIR - TEICHMAN, ob. cit., p. 143 nota 18 y 19). Esto no implica que todavía no existan escépticos sobre el "Behavioral Economics", por ejemplo, Richard EPSTEIN en diálogos que compartimos en el "Coase-Sandor Institute for Law and Economics", en la Facultad de Derecho de Chicago, julio de 2019, continúa oponiéndose a las bondades de aquel, sobre todo porque "es una forma de intervención y privación de la libertad individual", y porque "los estudios empíricos alcanzados hasta ahora no han demostrado grandes cosas". El debate es muy interesante, pero excede los límites de estas líneas.

21)Ad simili: BULLARD, ob. cit., p. 43: "La mayoría de la gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED".

22)Ob. cit., ps. 9-11.

23)En rigor esta frase es cercana al idioma francés más que al español y casi nadie la utiliza, ya que en la versión digital de la Real Academia Española no existe el término "comportamental" (<https://dle.rae.es/comportamental?m=form>), en tanto que la traducción francesa del inglés "behavioral" sí se puede identificar con el término galo "comportemental".

24)Entre nosotros: ACCIARRI, Hugo A., "Derecho y Análisis del Comportamiento", disponible en: https://derechoycomportamiento.wordpress.com/2017/03/05/derecho-y-analisis-del-comportamiento-por-hugo-acciarri/#_ftn4.

25)V. ZAMIR - TEICHMAN, ob. cit., p. 7.

26)Decimos "referencial" por cuanto el mecanismo algorítmico podría modificar los resultados.

27)V. <https://www.buenosaires.gob.ar/jefaturadegabinete/evaluaciondeprogramas/nudges># 28)Dos trabajos substanciales que pueden mencionarse: KAHNEMAN, Daniel, "Thinking, fast and slow", New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, y; KAHNEMAN, Daniel - TVERSKY, Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", Econometrica, Vol. 47. No. 2, March, 1979.

29)Reproducido (no idéntico), de: ZAMIR - TEICHMAN, ob. cit., p. 144, por SALINAS, Juan C. y TIONE, Delfina.

30)THALER, Richard H., - SUNSTEIN, Cass, R., "Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness", Yale University Press, New Haven and London, 2008.

31)Pv. controversias y malentendidos en: SUNSTEIN, Cass, "Malentendidos acerca de los nudges", Publicado en: LA LEY 24/07/2020, 24/07/2020, 6, trad. FRÚGOLI, Martín A., Cita Online: AR/DOC/1774/2020.

32)Un megaestudio sobre los resultados de dos "Nudge Units", que sugiere una mejora promedio de un 8.1%, p.v. en: DELLA VIGNA, Stefano - LINOS, Elizabeth, "RCTs to Scale: Comprehensive Evidence from Two Nudge Units", NBER WORKING PAPER SERIES, UC Berkeley and NBER UC Berkeley, March 2020.

33) MULLAINATHAN, Sendhil - SHAFIR, Eldar, "Scarcity", New York, Picador, 2013, ps. 183/185.

34) SUNSTEIN, ob. cit. nota precedente 32.

35) Ídem.

36) Ídem.

37) V. BEN-SHAHAR, Omri & SCHNEIDER, Carl E., "The Failure of Mandated Disclosure", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 159, ps. p. 671 y notas.