

Regulación de riesgos Una doble aproximación a partir del Análisis Económico del Derecho*

DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY
daniel.monroy@uexternado.edu.co

RESUMEN

El problema de los riesgos ha sido analizado por el enfoque tradicional del AED desde las perspectivas del derecho de contratos y del derecho de la responsabilidad extracontractual. Mientras respecto de la primera se considera que los contratos funcionan como un mecanismo para el traslado de riesgos, en la segunda se establece que la regulación funciona como un mecanismo para que los individuos internalicen los costos asociados a los daños que se encuentran por fuera de los acuerdos contractuales, de manera que, donde finaliza la función de los contratos en materia de riesgos, inicia la función de la regulación en materia extracontractual. Sin embargo, así como los contratos son "invariablemente incompletos" y por ello el riesgo no puede ser perfectamente trasladado a través de los mismos, la regulación en materia extracontractual y en general en materia de riesgos tiende a ser también "invariablemente incompleta", lo cual genera una serie de consecuencias económicas que tienden a perderse de vista por parte del regulador.

Desde el enfoque conductual del AED, la razón de la imperfección de los contratos y de la regulación en general, se puede entender mejor como un efecto de la racionalidad limitada que afecta a los individuos en general, incluyendo a los mismos reguladores; reconocer esto último ofrece un nuevo y prometedor panorama para iniciar la construcción de verdaderas soluciones. A su turno, los efectos negativos de la racionalidad limitada de los destinatarios de la regulación no son una circunstancia desconocida por los reguladores; sin embargo, la estrategia más común para enfrentar esta situación es implementar normas que supriman la toma de decisiones de los individuos y así lograr los objetivos regulatorios propuestos. Con base en las críticas a la estrategia regulatoria tradicional, se propone una alternativa que no aísla a los individuos de la toma de decisiones y que permite a la sociedad la consecución de dichos objetivos regulatorios. A esta novedosa estrategia se le puede denominar "desesgo a través del derecho".

Palabras clave: Regulación de riesgos, análisis económico de los contratos, análisis económico de la responsabilidad, análisis

económico del derecho conductual, racionalidad limitada, heurísticos en el derecho, desesgo a través del derecho.

"¿Qué pasaría si un avión se estrellase contra un depósito de concreto lleno de desechos radioactivos y explotase?"

Nosotros explicaríamos que, en tanto que el avión y sus contenidos podían explotar, no había nada en el depósito que hubiese hacerlo. Y ellos dirían: "Pero ¿Qué ocurriría si se hubieran desechado explosivos equivocados, y los dispositivos de monitoreo del depósito hubiesen funcionado mal, de modo que no fuesen advertidos?". Nosotros tomaríamos la ruta de decir que esto constituía un conjunto de acontecimientos extremadamente improbable. Y ellos dirían: "Bueno, pero podría pasar ¿o no?"¹.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS EL RIESGO Y LA REGULACIÓN

La cita introductoria ilustra someramente una serie de problemáticas muy relevantes para el desarrollo de este artículo, particularmente, lo relacionado con lo que es realmente riesgoso y como los individuos actúan y exigen actuaciones de otras personas al respecto, dentro de las cuales se pueden encontrar los reguladores². De acuerdo con lo anterior, el objetivo principal de este documento es proponer una aproximación complementaria del papel de la regulación frente a la problemática de los riesgos, para lo cual debemos partir, en primera instancia, de una aproximación conceptual del riesgo, para después, determinar cómo encaja este concepto en materia regulatoria.

Riesgo es sinónimo de "contingencia o proximidad de un daño"³, a su vez "contin-

gencia" hace alusión a algo que puede o no suceder, es decir, es algo sujeto a la incertidumbre que incluye tanto la posibilidad de que otros individuos actúen (tomen decisiones) conscientemente y puedan causar daño⁴ como cuando un conductor omite una señal de "pare", una madre abandona a su hijo recién nacido, un productor reduce la calidad de los bienes que produce; así como, los casos en los cuales los daños dependen de contingencias no relacionadas (al menos directamente) con tomas de decisiones de individuos, como cuando un rayo deja sin energía una ciudad, el asfalto húmedo genera un accidente de tránsito, un pinchazo de un camión impide llevar a tiempo una mercancía a un puerto, entre otras circunstancias. La definición de riesgo que hemos de tener en cuenta para este trabajo es supremamente amplía⁵.

En lo que respecta al rol de la regulación, debemos indicar que este trabajo no se limita a la regulación que de manera explícita se refiere a los riesgos, v. g. la normatividad en materia de "riesgos" profesionales, el derecho de los seguros o la amplísima regulación en materia riesgos en el sector financiero y bursátil. Nuestro punto de partida es más general y considera que el problema de los riesgos impregna toda la regulación en sí, en todas sus diversas manifestaciones; bajo este criterio se puede argumentar, por ejemplo, que las normas penales tratan de afrontar el problema de los delitos (incluyendo obviamente otras cuestiones) pues se considera que estos hechos (contingencias para nuestros efectos) tienen la potencialidad de causar daños⁶ y que por tanto, deben prevenirse y castigarse, en el mismo sentido, los estatutos que buscan proteger a usuarios o consumidores de servicios, se justifican en parte por ser normas que buscan

implementar mecanismos que desincentiven conductas de las empresas que puedan generar situaciones no deseables (daños) a los individuos⁷; así mismo, las leyes laborales se pueden justificar como mecanismos que busquen controlar riesgos, equiparando las cargas entre trabajadores y empleadores para que estos últimos no abusen de su posición y perjudiquen a sus trabajadores⁸.

Bajo los supuestos anotados, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) constituye una herramienta útil en el sentido que puede señalarle al regulador cómo contemplar el problema de los riesgos y así, empezar a proponer soluciones regulatorias que en efecto den respuestas a los problemas o al menos que no empeoren las situaciones. Lo que se pretende es entonces señalar un nuevo punto de partida para con ello construir normas que se enfrenten a los individuos a la realidad de una manera más pragmática.

Desde la perspectiva del AED tradicional⁹, el problema de los riesgos se enmarca mayoritariamente al estudiarse el tema de los contratos y la responsabilidad extracontractual¹⁰, a partir de estos análisis se pueden hacer algunas abstracciones de posibles respuestas regulatorias sobre el mismo problema. Aunque el "derecho tradicional"¹¹ supone que la regulación se refiere a muchos más temas diferentes a las relaciones contractuales y la responsabilidad civil y que efectivamente, estos dos campos específicos obedecen a lógicas diferentes, que por esta razón, también se regulan diferente; consideramos que desde la óptica del AED estas diferenciaciones no son del todo justificables, lo que acarrea más problemas que verdaderas soluciones.

Es posible que el lector no acepte que detrás de toda regulación haya algo más

(mucho o poco) que un problema de riesgos; nuestro objetivo no es construir una nueva teoría al respecto y remplazar la concepción jurídica tradicional. De otra parte, tampoco defendemos que las herramientas del AED tradicional constituyan la mejor alternativa para afrontar el problema de los riesgos y el papel del Estado como regulador de los mismos, somos conscientes de los límites de este enfoque y de hecho, consideramos que éste no es suficiente, por lo que señalaremos puntualmente sus fallas; tampoco desconocemos la reticencia (algunas veces injustificada) de los juristas tradicionales a este tipo de análisis; para estos últimos e incluso para los que defienden las virtudes del AED tradicional, expondremos un punto de vista alternativo que responde a los límites del enfoque del AED tradicional que al menos para nuestro país, ha sido escasamente contemplado¹², este es el enfoque del AED conductual o *Behavioral Law and Economics*¹³.

A través de los enfoques que expondremos, nuestro objetivo es poner sobre la mesa dos modelos suplementarios al análisis jurídico tradicional, propondremos diferentes puntos de partida y procedimientos complementarios entre sí en aras de simplificar la problemática general de los riesgos, el papel del regulador y las posibles soluciones al respecto. Dicha simplificación que perseguimos constituye la mayor virtud de los modelos que explicaremos, pero a la vez su mayor defecto, pues por ésta característica puede que las predicciones que se efectúen no sean del todo exactas aunque no por ello inútiles; empero, hasta el más escéptico de las virtudes del AED (en cualquiera de sus vertientes) debe aceptar que el modelo jurídico tradicional en materia de riesgos está lejos de la perfección, consideramos a partir de nuestro enfoque, que ésta percepción es

peor de lo que comúnmente se supone, ¿Se puede hacer algo para mejorarlo?, consideramos firmemente que sí, no obstante y como lo defiende JON ELSTER *"una teoría con predicciones débiles pero erróneas es peor que una teoría con predicciones débiles pero veraces. En el primer caso se debe remplazar o modificar, no suplementar"*¹⁴, nuestra doble propuesta es suplementaria al enfoque jurídico tradicional, nuestras teorías pueden llevarnos a predicciones débiles, pero no erróneas, aceptamos incluso que los modelos propuestos no pueden funcionar sin descartar el modelo jurídico tradicional, pero a la vez consideramos que este último está en mora de incorporar los elementos del AED si lo que pretende es avanzar y ofrecer soluciones más eficaces.

Para efectos prácticos y explicar los dos modelos indicados, el documento se divide en ocho partes, incluyendo esta introducción; la segunda parte marca el punto de inicio en materia de riesgos a partir del AED tradicional, resaltando el hecho de que los contratos funcionan como mecanismos para el traslado de riesgos. Se expondrá la teoría del "contrato perfecto", su contraste con la existencia de los contratos invariablemente incompletos y la identidad de este problema en materia extracontractual. En la tercera parte se refuerza la identidad planteada en el problema descrito en la parte anterior y se amplía el modelo descrito en torno a la problemática de los riesgos a toda la regulación. La cuarta parte efectúa algunas aclaraciones en relación a los impactos económicos del control de los riesgos en la regulación haciendo alusión a algunos modelos matemáticos, plantea una primera solución a nivel teórico y señala las limitaciones de la misma. La quinta parte, como introducción al segundo modelo que se expondrá, hace la diferenciación sobre dos posturas respecto

de la racionalidad del individuo y explica el porqué el problema de las fallas en la regulación en materia de riesgos tienden a perdurar. La sexta parte complementa el enfoque del AED conductual, cómo su pronóstico es muy diferente al planteado por la economía neoclásica y replantea la discusión, particularmente se toma un nuevo punto de inicio respecto de las soluciones de mercado o regulatorias en materia de riesgos. La séptima parte plantea una alternativa de solución al problema construida alrededor de algunos postulados muy puntuales del AED conductual. Finalmente en la octava parte se concluye el trabajo y se reabre la discusión respecto de otros temas relacionados con el objeto del estudio propuesto.

2. CONTRATOS INCOMPLETOS Y REGULACIONES INCOMPLETAS, UN PROBLEMA DE INCERTIDUMBRE

Uno de los principios aceptados comúnmente en materia de contratos es que estos son de obligatorio cumplimiento para las partes de acuerdo a lo que en ellos se ha pactado, no obstante, también existe una voluminosa doctrina referente a las causas y consecuencias asociadas al incumplimiento contractual en ocasiones motivado por circunstancias directamente relacionadas con las partes y en otras, por razones que escapan al control de ellas.

En términos generales, los contratos implican en sí un intercambio, sin embargo y tal como lo ha expuesto POSNER (1998), en este proceso, especialmente cuando el acuerdo de voluntades de los términos contractuales y el cumplimiento de las obligaciones no se da de manera simultánea, se generan inmediatamente "riesgos" que bien se pueden encuadrar en dos grandes cate-

gorías: el oportunismo y las contingencias imprevistas, frente a las cuales la regulación debe ofrecer remedios. En lo que corresponde a la primera categoría, desde la época de Hobbes y desde una óptica eminentemente económica se ha indicado que *"la función fundamental del derecho de contratos [...] es la de disuadir a los individuos de un comportamiento oportunista en relación con sus contrapartes contractuales, a fin de alentar la cronología óptima de la actividad económica y (lo que es lo mismo) eliminar las costosas medidas de autoprotección"*¹⁵. En lo que corresponde a la segunda categoría, la cual consideramos más importante para nuestros efectos, POSNER (1998) resalta la función de los contratos como mecanismos para el traslado de riesgos, dicha función se relaciona con el hecho de que los contratos por su propia naturaleza, comprometen a las partes a un curso de acción futuro, y el futuro de por sí es incierto.

Si la incertidumbre, lo contingente, constituye una problemática presente en todos los escenarios contractuales, ¿qué pueden hacer las partes para solucionarla?. Sobre este punto el AED tradicional ha construido la noción del "contrato perfecto" la cual se encuentra suficientemente descrita por varios autores (COOTER y ULEN, 1998. POLINSKY, 1985. BULLARD, 2003. SHÄFER y OTT, 1991 y BARCÍA LEHMAN, 2004). Se indica que el contrato perfecto es aquel que incluye todas las posibles eventualidades que se puedan suscitar durante la ejecución del mismo:

"Un contrato perfecto es completo. Se prevén todas las contingencias, el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes, toda la información relevante ha sido comunicada, nada puede salir mal. Un contrato perfecto es también eficiente. Cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más,

*cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo, y los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua de cooperación entre las partes"*¹⁶. (negrilla fuera de texto).

En los escenarios del contrato perfecto, la única función del juez y/o la regulación es garantizar que los términos pactados contractualmente se cumplan tal y como se encuentra establecido originalmente en el mismo contrato; cualquier intención exógena de cambiar la forma de cumplir los términos contractuales se considera ineficiente, pues si fuese eficiente, las partes la habrían incorporado dentro del mismo contrato, de hecho, si existen fallas por parte del juez para hacer cumplir en debida forma el contrato, (v. g. lentitud del sistema para resolver los casos o falta de preparación), ello es una circunstancia que debió preverse y solucionarse en el mismo contrato¹⁷.

Existe una extensa discusión en el derecho tradicional sobre lo que considera previsible y lo que se considera imprevisible en un contrato, no es el objetivo de este trabajo describir y contrastar las visiones que al respecto existen, pues de hecho el AED tradicional tiene su propia postura al respecto y considera que en efecto "no existe nada imprevisible", con lo cual cierra la discusión recurrente del derecho tradicional. La misma noción aludida del "contrato perfecto" es una muestra clara de la inexistencia de la imprevisibilidad en materia contractual; no obstante, lo que le preocupa al AED tradicional es lo que respecta a los costos de la previsión. BULLARD (2003) ejemplifica de manera extrema toda esta situación de una manera muy peculiar haciendo alusión a un caso en el cual un transportista debe cruzar el Canal del Suez con el fin de cumplir con

la obligación contractual de llevar unas mercancías de un país a otro "... puede establecerse en el contrato que sucedería si el Canal del Suez se cerrara como consecuencia de un ataque extraterrestre, pero su costo de previsión bordea el infinito (...), si bien se piensa en la invasión extraterrestre como un tema de ciencia ficción, lo mismo se pensó en su tiempo respecto de las obras de JULIO VERNE. En dicha época llegar a la Luna era algo imprevisible como lo es el día de hoy la invasión extraterrestre. Sin embargo, el hombre llegó a la luna hace mas de 30 años"¹⁸.

El ejemplo citado, nos ayuda a diferenciar claramente la forma como se aborda el problema de los riesgos en escenarios contractuales desde la perspectiva del AED tradicional y desde el análisis jurídico tradicional; a partir de esta última, el juez no tendría por qué invalidar el acuerdo relacionado con el ataque "extraterrestre" por risible que fuera y, si dicha cláusula no se incluyó en el contrato y el evento ocurre, el juez muy probablemente considerará que esto era imprevisible para las partes procediendo eventualmente a resolver el contrato. Para el AED tradicional, a diferencia del otro enfoque, no se debe analizar el carácter imprevisible de una situación, sino los costos asociados a tornarlo previsible y por tanto, incorporar la situación de manera explícita en el contrato; si no existen costos dicha cláusula debería incluirse, con lo cual nos acercaríamos un poco más al "contrato perfecto", empero si los costos tienden a ser muy altos o infinitos, como suponemos sucede con el ataque extraterrestre, dicha cláusula no debería hacerse explícita, sin embargo, con ello nos alejaremos del pretendido "contrato perfecto". El ejemplo de BULLARD (2003) es en efecto muy extremo pero sugiere que el problema no se refiere a previsibilidad o no de las situaciones sino de los costos asociados a dicha previsión,

por ello lo mas comúnmente aceptado por el AED tradicional es que los contratos son "invariablemente incompletos" (COOTER y ULEN, 1998. SALAZAR, 2006).

La imperfección de los contratos está determinada en la mayoría de los casos por un problema de asimetría de información, en este sentido y tal como lo describe DIEGO F. SALAZAR (2006), haciendo alusión a estudios de OLIVER HART, JOHN MOORE (1999), OLIVER WILLIAMSON (1989) y HUGH COLLINS (1999):

*"... los contratos son invariablemente incompletos. Esto significa que mediante un contrato no es posible regular todas las contingencias que se pueden presentar en una transacción. Esta limitación surge por tres razones: la primera de ellas está relacionada con la restringida capacidad de previsión humana y parte de la idea de que **no todas las eventualidades pueden ser previstas**. La segunda razón de incompletitud en los contratos se debe a aquellos eventos que no pueden ser previstos de forma precisa anticipadamente. Aunque este tipo de eventos han sido estipulados en el contrato, **no existe certeza respecto de la forma en que se realicen y como pueden afectar el contrato**, esto hace que probablemente exista una falta de correspondencia entre lo que las partes esperaban de la transacción y lo que está escrito en el contrato. Finalmente, la tercera causa de incompletitud puede ser descrita como "incompletitud por diseño". Esta se debe a que el contrato puede **carecer de la flexibilidad necesaria para ajustar la transacción a cambios en las condiciones del mercado o en la tecnología**. Todas estas razones están de algún modo relacionadas con el problema de información limitada de que disponen las partes que realizan una transacción"¹⁹.*

La incertidumbre y en general, los costos asociados a la previsión de eventos generan las denominadas lagunas contractuales

(el contrato perfecto es aquel que no tiene lagunas), dichas lagunas pueden ser inadvertidas o deliberadas (COOTER y ULEN, 1998), las primeras se presentan cuando las partes del contrato no prevén la ocurrencia de un hecho que afecte el contrato, las segundas se presentan cuando si bien las partes prevén la ocurrencia del hecho, lo consideran tan remoto o improbable que prefieren ahorrar los costos de transacción antes que negociar este hecho remoto.

Si nos remitimos al escenario de la responsabilidad extracontractual, descubriremos fácilmente que los problemas de imprevisibilidad y por tanto de los riesgos, aparecen multiplicados respecto de un escenario contractual; no en vano se considera que el objetivo principal del derecho de daños es conducir a los individuos (víctimas y victimarios) a que internalicen los costos asociados a sus actuaciones y ofrecer incentivos para que inviertan en la prevención de daños²⁰. Si se extrapola y se hace aun más extremo el ejemplo extraterrestre de BULLARD (2003) al escenario extracontractual, las personas deberían contemplar por ejemplo, los costos para protegerse de estos ataques, asumiendo que a nadie podrían responsabilizar de los mismos; pero si los ataques no vienen de otro planeta sino, por ejemplo de, otro grupo de personas, no por ello se debería descartar la contemplación de los costos de protección por parte de las víctimas; de la misma manera, los atacantes también deberían contemplar los costos y beneficios mismos del ataque en relación con los costos y beneficios de prevenirlo.

Obviamente, al tratarse de un escenario extracontractual por su misma naturaleza no es posible establecer cláusulas contractuales explícitas entre las partes, los costos de transacción respecto de la asignación de los

riesgos son tan altos que se cierra completamente el espacio de la negociación, sin embargo, la regulación sobre responsabilidad extracontractual está diseñada precisamente para resolver este problema. Habida cuenta de los altos costos de transacción señalados, la regulación llena el vacío anticipando cláusulas contractuales, pero así como el AED tradicional acepta que los contratos son "invariablemente incompletos" no hay razón que justifique que la regulación no es "invariablemente incompleta", de hecho consideramos que la misma regulación es responsable en parte de dicha imperfección, "las reglas legales son a menudo vagas e imprevisibles. Las reglas vagas e imprevisibles para los ilícitos culpables hacen que los individuos no conozcan con seguridad las consecuencias legales de sus actos"²¹. Lo anterior demuestra la identidad respecto de los riesgos en materia contractual y extracontractual.

El hecho que existan altos o bajos niveles de incertidumbre, que las partes en este sentido, omitan términos contractuales (dejen lagunas), no por ello deberíamos concluir que el contrato se comporta ineficientemente; en efecto, la ineficiencia se generaría solamente si la laguna contractual existente no pudiese negociarse o no pudiese resolverse de manera eficiente cuando el presupuesto de la laguna se convierte en realidad, el solo hecho que en la realidad, la gran mayoría de los contratos se cumplan sin mayor complicación y asumiendo la racionalidad económica de los individuos, nos lleva a afirmar que los contratos (con todas sus posibles falencias) se constituyen en mecanismos eficientes para la reasignación de recursos.

Teniendo en cuenta lo incompleto que son los contratos, uno de los presupuestos, sino es el más importante para que el con-

trato siga funcionando eficientemente a pesar de que no incluyan todos los posibles inconvenientes que se puedan presentar en la ejecución, es la existencia de los términos de omisión eficientes en el sistema jurídico (COOTER y ULEN, 1998). La lógica nos indica que resultaría ineficiente negociar explícitamente un término contractual de la misma manera que se encuentra regulado (por omisión) en el sistema jurídico. Así mientras mayor cantidad de términos de omisión eficientes existan, menores serán los términos explícitos sobre los cuales las partes deben negociar en el contrato, lo que implica menores costos de transacción y por tanto, mayores niveles de eficiencia²²; en la siguiente sección ampliaremos esta idea.

3. TÉRMINOS EXPLÍCITOS Y DE OMISIÓN EFICIENTES COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE RIESGOS

La forma como un término de omisión resuelve una situación contractual, es equivalente a la forma como la regulación resuelve las situaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual; en este sentido, la forma como se resuelve el problema de las lagunas contractuales no difiere sustancialmente de la forma como la misma regulación resuelve el problema de responsabilidad extracontractual, se podría defender que en el escenario de los ilícitos culposos, la solución regulatoria o el término de omisión, afronta el problema como una **enorme laguna contractual**.

No estamos defendiendo que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual sean equivalentes o que puedan resolverse con iguales criterios, esto es tanto como pretender que el tratamiento jurídico debería fusionarse, lo cual sería

extremadamente útil pero reduccionista, lo que argumentamos es que, la forma como operan los términos de omisión en la realidad, ya sea en materia contractual o extracontractual si son equivalentes. Si se considera, por ejemplo, una sociedad en la cual los costos de transacción son reducidos, motivado por el hecho de que hay pocos individuos que potencialmente podrían negociar entre sí o por el hecho de que existen pocos bienes sobre los cuales realizar acuerdos, los miembros de esta sociedad podrían realizar acuerdos contractuales específicos entre sí (pactar términos explícitos), pero también podrían llegar a acuerdos *ex-ante* respecto de situaciones extracontractuales o respecto de normas generales aplicables a las relaciones contractuales en ausencia de términos explícitos; así, mientras en algunos casos los acuerdos se materializarían "explícitamente" y de manera específica en cada contrato, en otros casos se materializarían "explícitamente" en normas regulatorias generales que harían las veces de términos de omisión que tenderían a solucionar los problemas de las lagunas contractuales y la enorme laguna de lo extracontractual²³.

Al margen de la identidad que defendemos en la forma cómo actúan los términos de omisión, no es absurdo ir un poco más allá en la unificación de los sistemas de responsabilidad; aun es muy prematuro indicar que una misión en tal sentido tendría éxito o no, además, no es objeto de este documento presentar y confrontar posiciones al respecto, no obstante, de lograrse tan ambicioso fin, los beneficios serían enormes y por tanto merecería esfuerzos investigativos al respecto; el solo hecho de tener que administrar un sólo sistema de responsabilidad en lugar de dos, reduciría drásticamente los costos administrativos. Al respecto, según

los profesores argentinos ACCIARRI, CASTELLANO y BARBERO (2001), en un primer acercamiento al problema a partir del AED tradicional han planteado tal posibilidad de unificación así:

“... parece posible advertir que una serie muy amplia de conductas muy distintas entre sí, participa de un trasfondo económico común. En todos los casos se trata de decisiones de realizar inversiones (en sentido amplio) tendientes a la reducción de los daños esperados. Cuando se acepta este concepto, no existen diferencias relevantes entre las restricciones que se autoimponga YVONNE²⁴ (al no comprar todas las mercaderías que compraría ante la certeza absoluta del cumplimiento), o los cuidados que se autodispense un paciente luego de una operación, o las restricciones de uso del comprador a un producto adquirido, con aquellas que tomen los participantes de un hecho extracontractual. En ambos casos, las partes emprenden una actividad porque advierten una posibilidad de obtener beneficios. Así también, si se eliminara analíticamente la posibilidad de sufrir u ocasionar un daño –por el que se deba pagar una indemnización–, las partes carecerían de incentivos para tomar precauciones y maximizarían por todos los medios ese beneficio. Toda precaución, en ambos casos, es un costo, una restricción a ese máximo beneficio posible, y sólo tiene sentido ante la previsión de sufrir un costo mayor, sea derivado de pagar una indemnización (para el dañador) o de sufrir una pérdida no compensada (para la víctima)²⁵.

El argumento de los profesores citados parte de una idea que el AED considera evidente y es que detrás de las normas jurídicas existe un trasfondo económico tanto en la concep-

ción, origen de la misma norma, como en la forma en que ésta se comporta en la realidad. Que el regulador no tenga en cuenta esta situación cuando toma decisiones que afectan a la sociedad, es un problema que inquieta de sobremanera al AED y que aún está lejos de solucionarse. Si se contempla el derecho como un sistema para la reasignación de recursos escasos, incluso respecto de aquellos que aparentemente no deberían interesar al derecho²⁶, bien podría defenderse que el derecho debería fijarse como objetivo la minimización de los daños, lo que es equivalente a hacer algo en procura de controlar el riesgo de que dichos recursos se pierdan, se desperdicien o no se maximice su uso. Esta idea refuerza lo planteado en el inicio de este trabajo en lo relativo a que el problema del riesgo, lo contingente, impregna toda la regulación y de ahí la necesidad que sea este el punto de partida que nos lleve por el camino correcto.

Cualquier daño o perjuicio que se produzca es sinónimo de pérdida social, pero dicha pérdida no siempre constituye una pérdida neta de bienestar. Nadie duda, por ejemplo, que la contaminación ambiental genera daños, que constituye un riesgo latente, pero ello no es óbice para prohibirla pues en efecto, los beneficios de la producción asociada a la generación de la contaminación tienden a superar con creces los daños causados, empero, tampoco lleva a concluir que la regulación debería permanecer estática, pues las cosas podrían tornarse aun peor para la sociedad. No obstante, los reguladores tienden a perder de vista que la prevención, control de los riesgos o la reparación de los daños no es gratuita, un daño no es reparado y/o prevenido sin generar otro daño por mínimo que sea²⁷. Cuando por ejemplo, un individuo o em-

presa previene (controla el riesgo) o repara un daño (riesgo materializado) de naturaleza ambiental, ello no se puede hacer sin dejar de utilizar recursos en otros usos, "... la pérdida ocasionada por un accidente nunca es reparada realmente en términos sociales. Sólo es trasladada a otro, y al hacerlo se está ocasionando un nuevo daño. Entonces el daño causado no se crea ni se destruye, sólo se traslada, es decir que se desviste un santo para vestir a otro"²⁸. Pero además que el daño se repara o se previene generando otro daño, el solo hecho de hacer el traslado genera también daños; ¿qué utilidad tiene implementar medidas para prevenir o reparar el daño ambiental si no existe una entidad pública o un tribunal que obligue al generador de la contaminación a internalizar los costos?; ¿de qué sirve prohibir el trabajo infantil si no existe un ente que vigile a todos los padres de familia respecto de sus hijos?; ¿Cuál es la utilidad de un sistema de responsabilidad basado en la culpa, si somos incapaces de analizar la forma de la conducta del causante de un daño?. Para resolver el problema, BULLARD (2003), citando a CALABRESI (1984) propone un modelo tripartito que procura reducir los costos de los accidentes, incluyendo 1.- La posibilidad de reducir costos a nivel de prevención (control del riesgo) o a nivel de reparación (cuando el daño ya está concretado) tratando de reducir la cantidad de accidentes y su gravedad, a esta primera reducción CALABRESI la denominó "reducción de costos primarios"; 2.- Para efectos de reducir el costo del traslado del daño CALABRESI propone "la reducción de los costos secundarios", esto es, "la reducción de los costos derivados de la forma como se asigna el costo primario de los accidentes"²⁹ y, 3.- Teniendo en cuenta que en la reducción de costos primarios y secundarios normalmente aparecen nuevos costos, es importante analizar permanente-

mente si los beneficios asociados a la reducción de los accidentes y del tratamiento o indemnización de las víctimas, no superan los costos de lograr dichas reducciones, por ello se propone la "reducción de los costos terciarios", lo cual corresponde entonces a la reducción de los costos administrativos del sistema, o en palabras del mismo CALABRESI "... reducir los costes, de lograr la reducción del coste primario y secundario"³⁰.

No obstante lo anterior y como ya lo hemos señalado, no es lógico considerar un espacio de negociación *ex-ante* en materia de responsabilidad extracontractual en sentido estricto ni en materia de regulación de riesgos en sentido amplio, si ello fuese posible nos estaríamos moviendo al escenario de los contratos y ello no sucede principalmente por las enormes asimetrías de información que a su vez se traducen en costos de transacción inalcanzables, se podría indicar sin embargo, que la eficiencia de las normas en materia de riesgos equivale a que estas mismas normas serían las adoptadas por las partes si hubiesen tenido la oportunidad de negociarlas previamente; en este mismo sentido, en materia contractual, si el término de omisión hace parte del mismo contrato, éste se califica como eficiente sí y solo sí fuese la solución explícita que las partes del contrato hubiesen tomado al momento de llegar al acuerdo en ausencia del término de omisión. De la misma manera, si el término de omisión contradice lo que las partes hubiesen pactado explícitamente al momento del contrato, uno podría deducir anticipadamente que el término de omisión es ineficiente (para las partes) y que por tanto, debería haberse optado por la inclusión de un término explícito.

En este orden de ideas, el término de omisión (como solución regulatoria) debería

diseñarse con base en el criterio de eficiencia al menos por dos razones: 1.- Porque coincidiría con la solución que las partes hubiesen optado si hubiesen acordado algo respecto del término explícito y 2.- Por el hecho, que si existe el término de omisión y las partes lo consideran como tal, al menos, ahorran los costos de discutir si este término debería incluirse o excluirse del contrato, lo que en otras palabras significa que si el regulador ya consideró la solución eficiente para una eventualidad, contingencia o riesgo, esa labor efectuada por el regulador ahorra costos a las partes al no tener que volver a discutir y acordar sobre el término en particular; como los términos de omisión pueden ser utilizados o incorporados libremente por cualquier individuo de la sociedad y asumiendo que dichos términos no se establecen por el regulador para favorecer a un grupo de la población en particular (incluyéndolo a él mismo), esta concepción, además de perseguir la eficiencia y la maximización de recursos es potencialmente positiva en relación a la distribución. Lastimosamente, no hay ninguna razón fuerte para considerar que todos los términos de omisión sean *per-se* eficientes y tampoco para considerar que el regulador persiga tal objetivo, si ello fuese así, no habría una razón por la cual constantemente se modifican las normas jurídicas, incluidas las relacionadas con la responsabilidad contractual y extracontractual.

De lo expuesto hasta este momento, podemos concluir que la discusión planteada tiene sentido en la medida que se puedan identificar en la realidad términos explícitos eficientes y términos de omisión eficientes, empero, esto resulta problemático por cuanto no existen fórmulas previas que permitan determinar qué términos son eficientes y cuáles no lo son. Un término explícito esta-

blecido en un contrato se considera eficiente no por el contenido específico del término sino por el hecho que se supone que quienes lo incluyeron (las partes) son individuos racionales maximizadores; en este mismo sentido, tampoco existe una fórmula preestablecida que detecte y separe de la regulación los términos de omisión ineficientes y deje los eficientes, sin embargo, se supone que el regulador debería propender por maximizar el beneficio social y esto último le exige tomar decisiones racionales, no obstante como indicamos, ni existen razones para considerar que el regulador actúe de esta manera y, aun asumiendo este tipo de racionamiento, debería suponerse la capacidad de poder regular totalmente el sistema, lo cual como lo advertimos en la sección anterior, es poco probable. La regulación es y tenderá a ser "invariablemente incompleta", con todo, parece perderse de vista o restársele importancia a las consecuencias económicas de esta situación, en la siguiente sección profundizaremos esta discusión aparentemente inadvertida.

4. IMPACTO ECONÓMICO DEL CONTROL DE LOS RIESGOS A PARTIR DE LA REGULACIÓN

Los escépticos de las virtudes del AED (al menos de la escuela tradicional) podrán defender con fuertes argumentos que propender por la maximización de la riqueza y la eficiencia no es el único objetivo de la regulación³¹. Sin embargo aun los más críticos del AED tradicional, deberían aceptar que frente a un problema en el que se presente de manera potencial una pérdida social (un riesgo de daño a la sociedad), el regulador no puede permanecer estático, por lo menos debería examinar si se puede hacer algo para

mejorar la situación y si una eventual intervención es justificable; no obstante, lo cierto es que el criterio de minimización de pérdidas sociales por parte del regulador, tiende a perderse de vista (COASE, 1960). Como lo indicamos anteriormente, la gratuidad en el control de los riesgos y de los daños tiende a ser una situación excepcional, bajo este criterio, asumir, controlar o no un riesgo dentro de un contrato o dentro de la regulación, tiene una connotación económica importante, para lo cual, resulta ilustrativo presentar el siguiente ejemplo:

Supongamos que una empresa o entidad –en general– pretende iniciar determinada obra civil, v. g. construir un puente vehicular, un edificio o una red de acueducto; teniendo en cuenta que ésta empresa no es experta en la realización de dichas obras (típico caso de las entidades públicas), debe valerse de los servicios de un profesional o empresa contratista en ingeniería para llevar a cabo la respectiva actividad; ¿es indiferente respecto del precio del contrato la identificación y asignación del riesgo que hagan las partes del contrato? y más aun, ¿cómo afecta la identificación y asignación del riesgo el precio del contrato?, ¿qué papel cumple la regulación?, proseguimos a dar respuesta a estas preguntas:

En primera instancia y partiendo del hecho que un contrato de tal naturaleza cabe dentro de la descripción del contrato de obra³², en estricto sentido basta para el perfeccionamiento del mismo que exista un acuerdo entre las partes sobre la remuneración, la descripción de la obra a realizar sin que haya subordinación ni representación³³, sin embargo, este tipo de acuerdos “simplificados” tienden a ser más la excepción que la regla general, precisamente por el problema de los riesgos. Supongamos que

el costo neto de la obra asciende a la suma de \$800 (sin incluir contingencias), supongamos también que en este nivel de costos, el contratista estaría dispuesto a realizar la obra, siempre y cuando pudiese obtener una ganancia mínima de \$200, con ello, el valor del contrato ascendería a \$1.000. En caso que se contemple un riesgo asociado a la ejecución del contrato, ello podría afectar las ganancias del contratista, supongamos entonces que existe un 50% de probabilidad de que el costo de la obra se incremente en \$300 por efecto de un aumento en el costo de los materiales de construcción.

Para nuestro caso, la asignación de este valor de probabilidad resulta plausible si se tiene en cuenta lo siguiente. Cuando se sabe que dos eventos se podrían presentar, esto es, que ambos son posibles pero no se tiene certeza, conocimiento o información respecto de cuál es la probabilidad de ocurrencia de cada de cada uno, entonces puede aceptarse que son equiprobables. Como en este caso se está hablando de un eventual incremento en el valor de los materiales, entonces puede afirmarse que existen dos casos posibles: 1.- Que ocurra el incremento o, 2.- Que no ocurra el incremento. Así la probabilidad de ocurrencia de cada uno sería . En general, si se tiene un experimento ?? con un conjunto finito ?? que contiene todos los ?? posibles resultados o eventos, denotados por ?? y se supone que cada resultado es igualmente probable a los demás³⁴, sabiendo que:

$$s = x_1 U x_2 U x_3 U \dots U x_k$$

$$P(S) = P(x_1 U x_2 U x_3 U \dots U x_k)$$

$$1 = P(x_1) + P(x_2) + P(x_3) + \dots + P(x_k)$$

Entonces, la probabilidad de cualquier evento es:

$$P(x_i) = \frac{1}{k}$$

De este modo, para el ejemplo concreto como se tienen dos eventos, entonces es igual a 2, lo que hace que

$$P(\text{Aumento de los materiales}) = \frac{1}{2}$$

Una vez identificado la probabilidad de ocurrencia del evento (aumento del valor de los materiales), debemos analizar qué sucede si dicho riesgo es asignado a una u otra parte del contrato. Si el riesgo es asumido por el contratante, podríamos deducir que la ganancia a obtener por parte del contratista no sufre variaciones, sigue siendo segura, es decir, con una probabilidad del 100% por cuanto en el caso en que el riesgo se materialice y por consiguiente, el contratante deba desembolsar los \$300 adicionales, no se afecta el valor del contrato. Lo que evidencia esto, es que el contratista sigue recibiendo \$1000 independientemente de cuanto tenga que pagar el contratante. ¿Quiere decir esto que el contratante debió haber provisto o reservado³⁵ desde un principio los \$300 de sobrecostos del contrato? La respuesta es negativa en el sentido que en este caso no se habla de un perjuicio cierto sino de un perjuicio o daño incierto.

En estos casos, la economía tradicional recomienda calcular el valor del riesgo e incluirlo financieramente dentro de las actividades del contratante, ponderando todos los posibles valores en procura de hallar el valor esperado, esto es la suma de \$150, valor que el contratante debería provisionar

para cubrir el riesgo asociado al contrato, lo anterior de acuerdo a la siguiente formulación³⁶:

Tabla 1.- Probabilidad del experimento X

	VALOR IMPORTADO DEL EVENTO (X)	PROBABILIDAD DEL EVENTO $P(X = x)$
Aumento de los materiales	300	0.5
No aumento de los materiales	0	0.5

$$E(X) = \sum_{i=1}^k x_i * P(X = x_i)$$

$$E(X) = 300 * 0.5 + 0 * 0.5$$

$$E(X) = 150$$

Donde E es la esperanza matemática o valor esperado,
 x es el resultado o evento,
 $P(X = x)$ es la probabilidad de que el resultado ocurra.

De otro lado, ¿cómo se recomendaría el precio si el riesgo es asignado al contratista? En este caso deberían analizarse dos escenarios:

1. Que no se modifique el valor del contrato, caso en el cual el contratista se enfrentaría a dos posibilidades, por un lado que no ocurra el evento del aumento de los materiales, caso en el cual recibe los \$1000 sin sufrir pérdidas, por otro que si ocurra el evento, caso en el cual recibe los \$1000, pero debe desembolsar los \$300 de la riesgo materializado, con lo cual se queda con \$700, dinero que ni siquiera cubre el costo neto de la obra (\$800).

2. Que el contratista modifique el valor del contrato, caso en el cual debe hacer un análisis del valor esperado de la contingencia y aumentar el valor del contrato en una suma equivalente, con lo que se obtiene:

$$\text{Valor del contrato} = 1000 + E(X)$$

$$\text{Valor del contrato} = 1000 + 150$$

$$\text{Valor del contrato} = 1150$$

Es de aclarar que si el contratista hace este cálculo, puede afirmarse de él que se comporta como neutral al riesgo³⁷.

Lo que es cierto es que ya sea que se tome la opción de asunción del riesgo por parte del contratista o por parte del contratante, necesariamente ello impacta en términos económicos a las partes, positiva o negativamente³⁸, pero a su vez, modifica la responsabilidad de ellas y su comportamiento, así por ejemplo, quien asuma los riesgos dentro del contrato tratará de tomar mayores precauciones *ex-ante* o *ex-post* para que el riesgo no se concrete, para que la probabilidad de pérdida se reduzca o para que los posibles daños se minimicen. De otra parte, quien no asume o traslada el riesgo, tenderá a relajarse o despreocuparse por lo que pueda suceder³⁹.

Obsérvese que la asignación del riesgo a una de las partes puede ser consecuencia de la inclusión de un término explícito en el contrato, pero también puede ser el efecto de un término de omisión (la regulación), los cálculos que cada una de las partes hace para enfrentar las contingencias se comportan de la misma manera frente a las dos tipologías de términos indicados, no obstante, tal como ya lo hemos reseñado, cuando se elimina el escenario contractual (inexistencia de cualquier término explícito), siguen

subsistiendo los términos de omisión y las partes continúan haciendo cálculos de costo-beneficio esperado de la forma planteada, lo cual corrobora que los términos de omisión en materia contractual, solucionan los problemas de la misma forma como la regulación resuelve las situaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual en sentido estricto y el problema de los riesgos en sentido amplió⁴⁰.

A manera de conclusión preliminar y como introducción de la siguiente parte, podemos afirmar que la asignación de riesgos tiene consecuencias económicas importantes en materia contractual y extracontractual y que dicho impacto también se evidencia en toda la regulación sin excluir alguna área del derecho específica, bajo este escenario, el regulador debería tomar opciones *ex-ante*, expedir normas generales, términos de omisión de tal naturaleza que creen incentivos para que los individuos realicen cálculos racionales de valores esperados de sus acciones, esto es que, tomen acciones que busquen provisiones en procura de hacerle frente a las contingencias asociadas al cumplimiento o incumplimiento de normas, pero de manera eficiente. Para los individuos, este tipo de normas los incentivan a internalizar los costos externos de sus actividades; a su vez, para los reguladores, expedir normas de este tipo generaría minimización de costos, al menos por el solo hecho que alguien se va responsabilizar de los posibles daños. No obstante, tal y como lo señalaremos en la siguientes partes de este trabajo, las fallas de la regulación tienden a perdurar y de hecho la realidad es extremadamente diferente a lo que la simple lógica económica indica. En la realidad, muy pocas personas tienen provisiones, reservas o si se quiere, seguros para hacerle frente a contin-

gencias futuras, desconocen el nivel óptimo de precaución que deben implementar en sus actividades, esto se podría explicar porque para los individuos: 1.- No se percibe la existencia de los riesgos, 2.- El regulador efectuó una distribución *ex-ante* del riesgo en la sociedad, estableció términos de omisión, de manera adecuada (eficiente, si se quiere denominar) o 3.- No se trata de una falla del sistema *per-se*, sino que el problema radica en la racionalidad de quienes toman decisiones (reguladores e individuos en general). La primera opción es prácticamente imposible de defender. Como lo indicamos en la primera parte de este trabajo todas las situaciones en el derecho encierran en mayor o menor medida un problema de riesgos. La segunda opción es teóricamente factible pero también es improbable, lo señalado en las secciones segunda y tercera anteriores, particularmente lo señalado a que las regulaciones son "invariablemente incompletas", es una prueba de ello, en las secciones restantes profundizaremos mas este punto e incluso trataremos de demostrar que el problema es más grave de lo que el sentido común nos indica. Finalmente, la tercera opción se torna entonces más factible y por ello haremos una aproximación en las dos siguientes secciones en procura de demostrar que el regulador es responsable en buena parte del problema pero también, es partir de su labor que se puede construir parte de la solución.

5. FALLAS DE LOS CONTRATOS Y LA REGULACIÓN, PERSISTENCIA DE LA IMPERFECCIÓN

¿Qué es exactamente una falla en un contrato?, ¿qué se considera una falla en la regulación?, ¿por qué fallan? Para resolver

estas preguntas, debemos retomar una idea planteada anteriormente en este mismo trabajo, relacionada con los típicos escenarios de incertidumbre dentro de los cuales se desenvuelven los contratos y la regulación tanto en materia contractual como extra-contractual.

Algunas veces los contratantes y los reguladores tienen una idea medianamente clara de los valores esperados, así por ejemplo, no es extraño encontrar arrendatarios de inmuebles que creen que el canon de arrendamiento que pagan les genera utilidades, pero tienen también la leve idea que si hubiesen invertido más tiempo (mayores costos) en la búsqueda de una mejor opción, eventualmente la hubieran encontrado, pero tampoco están seguros de ello. En este mismo sentido, los contratantes hacen compromisos a cambio de prestaciones de las cuales no están absolutamente seguros si en realidad maximizan su utilidad. La regulación por su parte establece reglas respecto de las cuales no existe seguridad si en efecto propenden por maximizar las utilidades de los individuos o que limiten la pérdida social⁴¹. Estas posiciones pueden sustentarse con la propuesta planteada por HIDALGO (1978), citando el trabajo de HERBERT SIMONS (1957), en la que se defiende que los individuos (partes del contrato y reguladores en este caso) no apuntan a soluciones óptimas (que presuponen mercados e información perfecta), sino que las decisiones se toman en el momento en que se encuentra alguna opción satisfactoria, esta situación se da porque en general, la racionalidad del individuo tiende a ser limitada⁴².

No cabe duda que si toda la información fuese conocida por las partes (contratantes, reguladores, víctimas, victimarios, etc.), seguramente estas tomarían decisiones más

racionales (al menos desde la perspectiva de la economía neoclásica y por tanto desde el enfoque del AED tradicional), pero ello implicaría tanto la posibilidad de actuar o no hacer nada, celebrar o no contratos, expedir o no expedir regulaciones, crear o no instituciones, en uno u otro caso normalmente habrá costos⁴³.

Si tomamos el camino de buscar la racionalidad perfecta en procura de tomar decisiones, los individuos podrían quedar atascados en búsqueda de la información perfecta (presupuesto de este tipo de racionalidad que constituye uno de los presupuestos del AED tradicional) y en muchos casos, si no es en la mayoría, no llegar a tomar decisiones ni contractuales ni regulatorias, lo cual no sería deseable ni para la economía ni para el derecho. Por otra parte, si tomamos el camino de la racionalidad limitada (la cual profundizaremos más adelante) nos encontraremos con un escenario en el cual se toman decisiones óptimas (HIDALGO, 1978), pero no existe absoluta seguridad acerca de si se logra con ellas la maximización de beneficios, la disminución de las pérdidas (sociales y/o individuales) o en últimas, resolver eficiente y eficazmente los problemas.

Esta última perspectiva, aunque no esté ajena a las críticas, es la que consideramos más realista y contradice la visión del AED tradicional. Para el caso de la regulación, el hecho que buena parte de textos jurídicos se centren en señalar los vacíos, las fallas en las normas jurídicas además de interpretarlas, es muestra clara de que el regulador está lejos de poderse considerar un ser perfecto y que por tanto pueda proveer un sistema regulatorio "completo", pero no por ello deja o debería dejar de actuar. Para el caso de los contratantes es probable que ellos incluyan

términos explícitos ineficientes en los contratos, según KOROBKIN (2006), la causa fundamental de la inclusión de este tipo de términos contractuales se deriva precisamente de las aproximaciones racionales que las partes usan para evaluar la información y tomar las decisiones en el mercado, en este sentido, la eficiencia requiere no solamente que las partes estén conscientes del contenido de las cláusulas contractuales, sino que también incorporen esta información en su decisión, teniendo en cuenta que las decisiones de los contratantes se toman en escenarios de racionalidad limitada, con frecuencia se incumple este requerimiento⁴⁴.

Se podría indicar entonces que, en lo que respecta a materia contractual, extracontractual y de la regulación en general, nos encontramos encerrados en una amplio escenario de incertidumbre que impide acceder a estados eficientes. No hay razón que justifique que algún acuerdo contractual no esté invadido por algún grado de incertidumbre y por consiguiente, por problemas provenientes de la racionalidad limitada, ni siquiera el objeto o el precio⁴⁵. En el caso de la regulación, el tema es aun más complejo pues mientras en las relaciones contractuales las partes tratan con los términos explícitos de anticiparse a circunstancias particulares que solo los afectan a ellos y sobre los cuales tienen mejores posibilidades de obtener información (asumiendo que no tienen en cuenta el costo social), en el caso del regulador, éste debe anticiparse a circunstancias mucho mas variables y generales, con lo cual, la probabilidad de establecer términos de omisión que realmente ofrezcan respuestas adecuadas se torna más lejana. Pareciera entonces que el problema no se limita a determinar el fin último de las decisiones

—contractuales o regulatorias— si es que acaso se persigue la eficiencia o no.

Aun con suficiente claridad y consenso respecto de los fines que debe perseguir el regulador (excluyendo incluso la eficiencia o la minimización de las pérdidas sociales), hay algo mucho más profundo que impide que dichos objetivos se concreten; el hecho que la regulación sea "invariablemente incompleta" no se debe solamente al hecho que los reguladores no tienen la posibilidad de propender por maximizar el beneficio social como fin último de la regulación, sino que aun con otros fines (v.g. la igualdad entre los individuos, la justicia distributiva), el problema se entiende mejor como una consecuencia de la racionalidad limitada que afecta tanto a los reguladores como a los individuos en general; proseguimos a explicar en lo que resta del trabajo este último punto.

6. LA PERSPECTIVA CONDUCTUAL EN MATERIA DE RIESGOS

Hasta este momento hemos efectuado una primera aproximación al problema de los riesgos desde una perspectiva propia de la economía neoclásica y, por lo tanto, del AED tradicional, ello implica que para la identificación, asignación y manejo del riesgo, se cuenta con tal nivel de información con la que llegaremos necesariamente y en todos los casos a decisiones 100% acertadas, esta visión en la teoría nos permite hacer aproximaciones y proponer soluciones adecuadas a los problemas, esto es que como modelo constituye un excelente referente, pero la realidad demuestra un comportamiento muy diferente, particularmente si estamos tratando en escenarios de incertidumbre.

¿Cuáles son los riesgos que deben contemplarse?, ¿cuáles son los que se le debe dar algún tipo de tratamiento y/o control?, ¿cómo se cuantifican?, el AED tradicional no tiene una respuesta convincente al respecto; como lo señalamos en la sección segunda anterior, al citar la aproximación de BULLARD (2003) y el ejemplo de su "cláusula extraterrestre" y argumentar que "no existe nada imprevisible" y que todo se reduce a la medición de los costos de previsión, ello no es una visión que realmente ofrezca respuestas aplicables a la realidad. Igualmente, en la sección cuarta se describió como se ve afectado económicamente un contrato por efecto de incluir riesgos y como el mismo efecto debería lograrse en un escenario extracontractual, se concluyó, en este punto que un riesgo cuantificado en un valor esperado de \$150 (por ejemplo) afecta económicamente al contrato en este mismo monto, no obstante, el valor ahí establecido es completamente aleatorio y lo que la realidad nos indica es que llegar a ese valor es una tarea mucho más compleja y frustrante de lo que la teoría neoclásica pronostica.

Tal y como lo describimos en la cuarta sección, para efecto de la determinación del riesgo, lo primero que debería efectuarse es una estimación de la magnitud del daño y la probabilidad de que dicho daño ocurra, con el fin de determinar el valor del daño esperado, pues en términos de valor esperado, un daño con valor de \$150 con una probabilidad del 100% es equivalente a un daño con valor de \$300 pero con una probabilidad de 50% de ocurrir. No obstante, el problema no es tan sencillo como matemáticamente se puede evidenciar, ello por cuanto si bien $u(-150) = 0.5u(-300)$, lo cierto es que al enfrentarse a estas dos posibles alternativas, una persona con aversión al riesgo preferirá

$u(-150)$ sobre $0.5u(-300)$. En términos económicos, "una persona tiene aversión por el riesgo si prefiere una determinada alternativa (x) a cualquier otra alternativa arriesgada, cuyo valor esperado sea x "⁴⁶. POSNER (1998) indica sobre el mismo punto que la aversión al riesgo constituye un corolario del principio de utilidad marginal decreciente del dinero "lo que significa simplemente que entre más dinero tenga obtendrá menos felicidad adicional de otro dólar"⁴⁷. Para nuestro caso diríamos que quien siente aversión al riesgo le resulta más "doloroso" enfrentarse a una pérdida de \$300 con una probabilidad del 50% que una pérdida segura de \$150, esa misma persona preferiría generalmente obtener una ganancia segura de \$150 que una ganancia de \$300 con probabilidad del 50%, una clara muestra del principio de utilidad marginal decreciente indicada⁴⁸.

Si bien la economía neoclásica tiende a generalizar que la mayoría de los individuos se comportan con aversión al riesgo⁴⁹ y con base en ello, se construyen modelos de toma de decisiones, esta descripción es incompleta y tiende a tornarse mucho más intrigante. Conforme la Teoría Prospectiva de KAHNEMAN y TVERSKY (1979), en materia de riesgos la toma de decisiones de los individuos se ve afectada anómalamente por la existencia del "efecto certidumbre", el "efecto de reflexión" y el "efecto de aislamiento"⁵⁰. Adicionalmente los mismos KAHNEMAN y TVERSKY (1974) describen dos importantes heurísticos que influyen en la toma de decisiones en circunstancias de incertidumbre⁵¹ y que tienen una evidente incidencia en materia de riesgos; por un lado, el "heurístico de disponibilidad" que establece que los individuos tienden a hacer juicios, tomar decisiones, determinar que es cierto o tiene la posibilidad de ser cierto (proximidad del riesgo) de acuerdo a la

facilidad con que se pueden recordar otros ejemplos del mismo tipo, y de otra parte, el "heurístico de representatividad" el cual se entiende como "la tendencia a evaluar la similitud de los objetos y acontecimientos por sus rasgos sobresalientes, y a clasificarlos en categorías por medio de la regla: los parecidos se buscan"⁵².

Como se observa, la economía conductual indica que los individuos tienden a tomar decisiones de manera diferente a como lo pronostica la economía neoclásica. Las aproximaciones que efectuamos en las secciones anteriores resultarían perfectamente aplicables en la medida que existiera información perfecta, no existieran costos de transacción y las decisiones se tomaran en todos los casos por un típico *homo economicus*, lastimosamente tal y como se ha demostrado a partir de las ideas de KAHNEMAN y TVERSKY (1974 y 1979) no existen pruebas que demuestren que en efecto estos requisitos se cumplan en la realidad y por tanto, la teoría en concreto tienden a fallar.

6.1. Efecto de la racionalidad limitada para el mercado y la regulación

Bajo el panorama descrito, cabe preguntarse si se puede insistir en que el mercado, al margen de sus propias fallas, constituye un buen mecanismo para deducir, asignar y controlar los riesgos, así como cuál es el papel del Estado o el regulador si es que acaso el mercado es incapaz de solucionar el problema o, una tercera opción, que ni el mercado ni la regulación pueden ofrecer una respuesta satisfactoria. Consideramos que lo mencionado hasta este momento nos lleva a considerar detenidamente este último enfoque, empero, también estimamos que esta aproximación merece mayor detalle.

Un enfoque recurrente en materia de riesgos en materia de contratación postulada por el AED tradicional es que: "... debe asumir los riesgos la parte que pudo evitarlos a un menor coste"⁵³, si ello no es posible, "se debe hacer responsable a la parte que pudo asegurarse del riesgo al menor costo"⁵⁴ y como última opción, "se debe reconstruir el contrato (...) como si las partes en su elaboración hubiesen tenido toda la información necesaria para evaluar el riesgo"⁵⁵. Si el mercado fuese un mecanismo idóneo para asignar los riesgos de manera eficiente, ello supondría que los individuos que interactúan en él cuentan con información perfecta en cualquiera de los tres niveles indicados, lo cual, tal y como lo hemos defendido anteriormente, suena poco realista; adicionalmente, e incluso suponiendo que no existen asimetrías de información para que criterios del tipo propuesto funcionen, se requiere además que las partes cuenten con herramientas analíticas que permitan tomar decisiones racionales desde la perspectiva neoclásica; no obstante, la de por sí improbable situación en que la información y las herramientas analíticas sean perfectas, este tipo de análisis debe suponer adicionalmente que los errores en la toma de decisiones que se derivan de la racionalidad limitada no existen, situación que en párrafos anteriores dimos por descartada y que de hecho se asemeja más al procedimiento computacional que al razonamiento "imperfecto" propio del ser humano.

Insistimos en que no defendemos que el modelo propuesto por el AED tradicional esté llamado a fracasar, la verdad es que aunque el mercado y la toma de decisiones de los individuos que en este participan funcionen generalmente de manera imperfecta, la visión tradicional, al menos como modelo, puede sugerir parte de la solución

de los problemas; no obstante, lo que no suele solucionar bien el mercado, suele requerir algún tipo de intervención estatal o regulatoria en nuestro caso.

Lo que planteamos en este momento no se relaciona directamente con construir argumentos respecto de uno u otro extremo de las soluciones tradicionales (mercado o regulación) o alguna solución intermedia (v. g. mercado regulado), lo que defendemos es que cualquiera de las múltiples posibilidades existentes al respecto, deberá enfrentarse a los problemas propios que devienen de la racionalidad limitada, reconocer esta situación nos lleva a reconsiderar la forma como deben considerarse las alternativas tradicionales.

Si a primera vista se pueden detectar varias fallas en una solución de mercado, una respuesta apresurada nos podría llevar a concluir que debería optarse por una solución regulatoria siempre y cuando el Estado (la regulación) estuviese en mejor posición de resolver los problemas que lo que puede hacer el mercado⁵⁶. Al margen de las diversas teorías existentes y referentes a la intervención o no del Estado en la economía, esta aproximación sería plausible siempre y cuando se pudiese insistir en la racionalidad tradicional o ilimitada del individuo o, que presuponiendo la racionalidad limitada de los destinatarios de las normas, el regulador cuente con las herramientas precisas para corregirla, lo cual supone poder interpretar correctamente el comportamiento de los individuos y a su vez, poder diseñar normas que verdaderamente solucionen este problema, pero además que los mismos reguladores, en su toma de decisiones no caigan en los errores que devienen de la racionalidad limitada.

Es cierto que la racionalidad limitada y particularmente los heurísticos, pueden facilitar la toma de decisiones mediante la denominada "sustitución atributiva" (KAHNEMAN y FREDERICK, 2002) en la cual, una pregunta difícil de responder se sustituye por una más fácil sin que en general exista consistencia en la sustitución⁵⁷; no es difícil advertir la alta probabilidad de que bajo estos mecanismos de toma de decisiones las soluciones tiendan a ser equivocadas.

Aunque no es claro que en todos los casos en los cuales las decisiones deban tomarse por individuos corrientes existan los incentivos suficientes para tomar decisiones por fuera de la racionalidad limitada, si se debería considerar que las decisiones regulatorias estén mucho menos permeadas por este tipo de racionalidad, así, si por ejemplo la población se encuentra temporalmente impactada, atemorizada por un hecho alarmante pero eventualmente aislado⁵⁸ (v. g. secuestro o asesinato de un político reconocido, un accidente de tránsito con varios muertos), la función del Estado es precisamente analizar objetivamente la situación aislada sin sumarse a la masa alarmada e interpretar correctamente si tal alarmismo público se encuentra realmente justificado, verificando si las reclamaciones de la gente obedecen o no a una consecuencia de la racionalidad limitada; si el hecho es aislado, la función del Estado se concreta principalmente en tranquilizar a la población para así disminuir los efectos de dicha racionalidad, pero si el hecho en efecto no es aislado, esto es que por ejemplo el riesgo de secuestros, asesinatos, accidentes realmente está aumentando, deberían entonces estudiarse posibles medidas regulatorias que además de controlar efectivamente los riesgos, envíen el mensaje tranquilizador, atenuador del

heurístico, de que algo se está haciendo; no obstante, si bien no es de extrañar que la gente común tome decisiones a partir de la racionalidad limitada, se tiende a considerar apresuradamente que el Estado o el regulador no tendrían porque actuar de la misma forma.

Si se parte de la concepción que la racionalidad limitada adquiere típicamente la forma de un error de juicio (v. g. sesgo optimista, sesgo pesimista, sesgo de retrospectiva, entre otros) o como un desvío de los preceptos de la utilidad esperada (KAHNEMAN y TVERSKY, 1979), no es difícil defender que el Estado tenga problemas "subjetivos" para analizar estadísticas, ni que se presenten inconsistencias en sus cálculos sobre valores esperados; adicionalmente, si bien las decisiones tomadas a partir de la racionalidad limitada pueden ser equivocadas, un error en la toma de decisiones es muchísimo más costoso (genera más pérdidas sociales), respecto de los individuos, cuando se comete por parte del regulador, lo cual constituye claramente un incentivo para que las decisiones regulatorias se tomen correctamente. Con todo, los casos en los cuales el Estado regulador o tomador de decisiones colectivas se equivoca, pueden ser más recurrente de lo que el sentido común indica⁵⁹, las medidas tomadas por el gobierno colombiano y otros países en relación con la gripe A (H1N1), durante los años 2009-2010, son un ejemplo de ello.

6.1.1. Regulación de riesgos a partir de la racionalidad limitada del regulador-La gripe A(H1N1)

El caso de la gripe A(H1N1) en el país, es una muestra clara de cómo una mala medición de los riesgos influenciada eventualmente por

la presencia de sesgos cognitivos, podrían llevar al Estado a tomar decisiones equivocadas⁶⁰. Aclaramos que no cuestionamos si en efecto las medidas tomadas en Colombia respecto de la gripa A(H1N1) son inadecuadas o no, ni siquiera estamos cuestionando la cantidad de dinero que se destinó para salvar a las víctimas de esta enfermedad; lo que estamos cuestionando es que así como se pone sobre la mesa los efectos negativos de no hacer nada frente a esta enfermedad, esta información se compare con medidas equivalentes para controlar, mitigar, prevenir otro tipo de enfermedades (riesgos) más letales que el A(H1N1).

Deberíamos cuestionarnos, por ejemplo, ¿qué hubiese sucedido si el dinero invertido en vacunas para la gripa, se hubiere invertido en campañas en contra del consumo de tabaco?, ¿qué hubiese sucedido si la misma cantidad de dinero se invierte en medidas que busquen desincentivar el sedentarismo en las personas?, ¿se pueden salvar más vidas con este otro tipo de medidas?, ¿lo importante no es acaso salvar la mayor cantidad de vidas posibles?

Obsérvese que mientras los medios de comunicación ofrecen un gran despliegue respecto de los riesgos, los infectados, las muertes, las medidas gubernamentales que se recomiendan para controlar la gripa A(H1N1); los mismos medios dedican poco espacio a las voces "científicas" que defienden que las medidas que se adoptaron frente a la situación pueden ser exageradas, de hecho, la OMS ha sido blanco de varios cuestionamientos de grupos científicos respecto de la forma como se afrontó el problema de la gripa, particularmente al haberla declarado como una pandemia, situación esta que muy probablemente será revisada OMS para futuros casos⁶¹.

Sí eventualmente la OMS tomó decisiones erradas respecto del verdadero riesgo de la A(H1N1) y las medidas a implementar; sí los gobiernos nacionales y locales a nivel mundial también hicieron lo propio, incididos o no por los mensajes enviados por la misma OMS, ¿qué otra decisión hubiesen podido tomar los individuos (potenciales víctimas) respecto de los verdaderos riesgos de la A(H1N1)? Cualquier argumentación que se tome a partir de la economía clásica y su postura respecto de la racionalidad individual sería ampliamente insuficiente para explicar el fenómeno, esto es una buena razón para descartar, al menos en parte, soluciones a partir del AED tradicional y de paso también, prescindir de algún tipo de solución de libre mercado. La intervención estatal podría tener algún sentido, pero si se opta por este tipo de remedio, esto es, que el problema de la identificación, asignación y control de riesgos no se le entregará, por lo menos completamente, a los individuos o al mercado (una solución puramente regulatoria o intermedia), se debe tener en cuenta que no es suficiente, no se justifica este tipo de soluciones por el hecho de establecer que determinado riesgo existe, que existen pérdidas o daños potenciales significativos, que se descarta de plano que el mercado no puede funcionar correctamente y, por lo tanto, es justificable la intervención del Estado. Si para el caso de la gripa A(H1N1) existen argumentos que respaldan que los riesgos y los posibles daños fueron sobrestimados por los gobiernos, que los efectos no fueron bien medidos y que si se hubiesen invertido los recursos en otros usos se habrían podido salvar (eventualmente) más vidas, demostramos entonces que así como los individuos de manera aislada o en masa, pueden tomar malas decisiones, los reguladores también

lo hacen y de manera más recurrente de lo que se piensa.

No es objetivo de este documento profundizar en el hecho que la racionalidad limitada afecta sensiblemente a los reguladores⁶²; no obstante, si bien se pueden diseñar políticas públicas, regulaciones que contemplen las fallas de la racionalidad de los destinatarios de las normas como obstáculos para el éxito de las mismas, lo cierto es que una política regulatoria concebida por sujetos con incidencia de la racionalidad limitada, tenderá a ser problemática y difícilmente defendible desde su misma concepción. Empero, si se puede concebir que el regulador está en mejor posición que los individuos de controlar los problemas de la racionalidad limitada de estos y que de hecho puede valerse de ella para ofrecer soluciones alternativas, procedemos a hacer nuestra aproximación al respecto.

7. EL "DESESGO A TRAVÉS DEL DERECHO"⁶³, UNA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

Es aparentemente poco lo que el Estado puede hacer frente a la forma como la gente común contempla el problema de los riesgos, así si objetivamente pudiese probarse que no hacer nada frente al problema de la gripe A(H1N1) era una solución que debería examinarse por los gobiernos a nivel mundial, es poco probable que aún con abundantes pruebas al respecto, la sociedad acepte que no hacer nada o encauzar los esfuerzos hacía otros problemas hubiese sido una buena alternativa. ¿Por qué sucede esta situación?, ¿por qué una sociedad podría exigir que se invierta gran cantidad de recursos, esfuerzos, costos en causas menos útiles que otras?

Omitiendo por un momento los problemas del regulador motivados por fallas de la racionalidad y haciendo alusión a lo defendido por SUSTEIN (2006) en materia de riesgos, lo cierto es que los heurísticos y los sesgos en la toma de decisiones aparecen de forma reiterada en los juicios de la gente común. En efecto, los individuos en general permanecen en muchos casos ciegos ante a la información estadística, sobredimensionan y subvaloran aspectos de manera errática, desconocen cómo enfrentarse a situaciones nuevas o no contempladas inicialmente y reaccionan de manera desproporcionada⁶⁴. Todo ello nos lleva a considerar que antes que aplicar una teoría económica en particular, una solución de mercado, meramente regulatoria o algún estado intermedio, lo que debería eventualmente es aceptar la clara incidencia de la racionalidad limitada en la toma de decisiones y construir soluciones alrededor de ella.

En materia de percepción de riesgos, la gente común se preocupa mucho por factores y argumentos "cualitativos" (SUSTEIN, 2006), en esta medida, cualquier demostración "cuantitativa" con la potencialidad de demostrar que la gente está en un error, tenderá a desecharse, considerarse poco importante o sesgada.

Aunque no constituye un ejemplo evidente en regulación de riesgos, las discusiones que finalizando todos los años se dan en Colombia respecto del incremento del salario mínimo para el siguiente año demuestran la impermeabilidad de la gente común a los argumentos de tipo cuantitativo. No incrementar el salario tiene sus riesgos (al menos económicos y sociales), incrementarlo ampliamente también resulta riesgoso; no obstante, si se le pregunta a la población ¿cuánto debería ser el aumento?, tenderían

a proponer incrementos mucho más generosos que lo en efecto se hace⁶⁵ y de hecho, consideran que el incremento decretado año a año por el gobierno es insuficiente, injusto y hasta "miserable"; la gran mayoría de esta misma población es reacia a aceptar los argumentos de expertos que recomiendan incrementos moderados⁶⁶. Sin entrar a justificar cual debería ser el criterio base para determinar el incremento del salario mínimo lo cierto es que un incremento nulo o moderado siempre será calificado *a-priori* como "injusto" por la gente común, empero, resulta paradójico que no suceda lo mismo respecto de otro tipo de decisiones referentes, por ejemplo, al aumento de los salarios de los funcionarios públicos, las cuales no suscitan tanta resistencia y discusión dentro de la población a pesar que afectan también a un número importante de personas en la sociedad⁶⁷.

Las razones por las cuales decisiones gubernamentales como la señalada son tan impopulares y suscitan tanta oposición de la población pueden estar relacionadas con factores "cualitativos" inherentes a la población que es afectada directamente por dichas políticas. Cuando se percibe un trabajador que devenga el salario mínimo se puede apreciar comúnmente la imagen de una persona en desventaja social, además de un individuo que su entorno se percibe como "pobre". En este sentido, un incremento moderado del salario mínimo se concibe *a-priori* por la gente común como una medida que ni disminuye la supuesta desventaja social y que fomenta más no minimiza la pobreza del trabajador y de su entorno. Esto constituye una anomalía de la percepción de los individuos más que de la regulación motivada eventualmente por el heurístico de representatividad. Conforme lo expuesto

por SUSTEIN (2006), la preocupación pública en materia de riesgos dista de la preocupación de los expertos sobre un mismo punto, para el caso particular, los juicios de la gente común se ven afectados de manera anómala cuando los riesgos "se concentran en grupos situados en desventaja social"⁶⁸, v. g. se caracteriza a los trabajadores que devengan el salario mínimo como gente pobre o "que producen externalidades inusualmente altas bajo la forma de efectos de onda"⁶⁹, v. g. los efectos en el entorno, en las familias de dichos trabajadores.

El caso planteado es una muestra de cómo el Estado hace caso omiso, con fuertes argumentos, de la opinión de la gente común; cualquier decisión que pueda tomar el Estado sobre el salario mínimo legal en la que se internalice plenamente la opinión pública, podría ser supremamente negativa para la misma población y para la economía del país. El hecho que en los últimos diez años, solamente en dos años (2003 y 2005) se haya concertado entre los integrantes de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales el monto del salario mínimo legal para el siguiente año⁷⁰, es muestra de lo poco permeables que son las decisiones gubernamentales sobre este punto por parte opinión pública⁷¹. Pero también es una muestra de cómo el Estado, omite, aísla la opinión de la gente común de las decisiones que los afectan a ellos mismos, habida cuenta de la forma como la población en general se ve afectada por las consecuencias de la racionalidad limitada, una estrategia muy recurrente en materia regulatoria que procedemos a profundizar.

En el marco del análisis del derecho conductual, se plantea que el derecho tradicional toma las tendencias naturales de las personas provenientes de la racionalidad li-

mitada como un hecho dado y modela la regulación alrededor de esta tendencia, así por ejemplo, se podría argumentar que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT en Colombia⁷² (una evidente regulación relacionada con riesgos), particularmente su exigencia obligatoria para el tránsito de vehículos automotores, se justifica por el hecho de que si fuese un seguro voluntario, la racionalidad limitada de los individuos (conductores de vehículos), especialmente como consecuencia del sesgo optimista⁷³, podría llevarlos a no adquirir este tipo de seguro.

Bajo la concepción señalada, en el derecho tradicional, las normas se diseñan de tal manera que los resultados de las mismas "aislan" a los individuos de las limitaciones propias de su comportamiento⁷⁴, no obstante, lo cierto es que esta estrategia regulatoria reduce drásticamente las posibilidades de toma de decisiones por parte de los individuos (¡o compras el SOAT o no conduces!), lo cual genera obviamente resistencia para que las normas de este tipo sean aceptadas por sus destinatarios y por tanto, suelen ser muy criticadas por la opinión.

En atención a los dos ejemplos indicados y los problemas que pueden presentar este tipo de estrategias de aislamiento en materia regulatoria, planteamos ahora un enfoque novedoso y radicalmente distinto para afrontar el problema de los riesgos al que denominamos desesgo a través del derecho o "*Debiasing Through Law*" (JOLLS, 2006. JOLLS y SUSTEIN, 2006), este enfoque se describe como una estrategia regulatoria que responde a los problemas de la racionalidad limitada no a partir del aislamiento de los resultados regulatorios y las consecuencias de aquella, sino actuando directamente sobre la racionalidad limitada con el objetivo

de ayudar a las personas para eliminarla o reducirla.

El desesgo a través del derecho representa una opción menos intrusiva, más directa y democrática que la alternativa tradicional, y por estas mismas razones tendería a ser más fácilmente aceptable por la gente común. Mientras las estrategias de aislamiento lo que pretenden es apartar a los individuos de la toma de decisiones (prohibiéndoles por ejemplo tomar algún tipo de opción), las estrategias de desesgo preservan la oportunidad de seguir tomando decisiones (los individuos son más libres) pero a través de medidas que les permiten desprenderse de los problemas que derivan de la racionalidad limitada, minimizando entonces posibles equivocaciones (JOLLS y SUSTEIN, 2006).

La base teórica del desesgo a través del derecho, parte de algunos estudios en ciencias sociales, particularmente investigaciones empíricas en los que se ha logrado cambiar el comportamiento de los individuos partiendo y actuando sobre una determinada forma de racionalidad limitada⁷⁵, al margen que las pruebas empíricas realizadas sugieren el enorme potencial de este tipo de estrategia, las mismas han sido muy escasamente investigadas como alternativa regulatoria (JOLLS, 2006. JOLLS y SUSTEIN, 2006); consideramos que indudablemente, los reguladores, el gobierno y la academia misma deberían iniciar el análisis de las implicaciones y potencial de esta novedosa estrategia en el derecho. Para entender de mejor manera presentamos un caso que estimamos puede entenderse como una estrategia de desesgo, en este caso, para reducir los accidentes de tránsito.

7.1. Campañas "Estrellas Negras"-Ejemplo exitoso de "desesgo"

El artículo 244 de la Ley 100 de 1993, establece que el 3% de las primas que recauden anualmente las compañías aseguradoras que operan el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, serán destinadas a la constitución de lo que hoy en día se denomina el "Fondo de Prevención Vial", entidad encargada de la realización conjunta de campañas de prevención vial nacional, en coordinación con la entidades estatales que adelanten programas en tal sentido.

En desarrollo de sus funciones, el "Fondo de Prevención Vial" a partir del año 2003, con el apoyo de varias entidades públicas nacionales y locales inició la que hasta ahora sigue denominándose la campaña "Estrellas Negras", cuyo objetivo es el de "... generar entre los peatones y conductores de vehículos de todo tipo, conocimiento y respeto a la hora de transitar por las calles y vías de Colombia, (...) concientizar a los distintos actores viales para que no arriesguen sus vidas por conductas inadecuadas respetando las normas y señales de tránsito"⁷⁶, la estrategia básica de la campaña ha mantenido su esencia durante los últimos ocho años (2003-2010), particularmente el hecho de dibujar estrellas negras en sitios específicos de calles o carreteras, simbolizando cada una, personas que han muerto en cada uno de estos lugares.

Ahora, si se observan los índices de accidentalidad de tránsito desde el año 2003 hasta la actualidad, pueden efectuarse algunas apreciaciones. La medición disponible y realizada por el mismo "Fondo de Prevención Vial" en el año 2007⁷⁷, establece que en el año 2002 (antes del inicio de la campaña) murieron 6.063 personas en accidentes de tránsito a nivel nacional, un año después, la cifra de víctimas fatales se redujo en un 7%

(5.632 muertos), para el año 2007 se contabilizaron 5.409 muertos en accidentes de tránsito, lo que representa una reducción del 4% respecto de la medición realizada en el año 2003. Para el caso particular de Bogotá desde el mismo año 2003 y a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte, se implementó la campaña de estrellas negras, evidenciándose que para el año 2003 la tasa de muertes en accidentes de tránsito fue de 11.9 personas por cada 100.000 habitantes, pasando a una tasa de 7 víctimas fatales por cada 100.000 habitantes en el año 2009⁷⁸, lo cual representa una reducción del 41% en la tasa de mortalidad en accidentes de tránsito, percibiéndose una tendencia a la baja durante estos siete años (2003-2009).

Obviamente, las razones por las cuales la mortalidad en accidentes de tránsito se ha reducido comparativamente entre el año 2003, 2007 y 2009, pueden ser múltiples; no obstante, la existencia de la campaña "Estrellas Negras" y de la reducción señalada no parece ser un hecho casual. Al respecto, una investigación realizada por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia del año 2006 indica que la campaña de "Estrellas Negras" y el programa Bogotá sin Indiferencia "... tuvieron un impacto significativo con relación a la disminución de las lesiones y de la morbimortalidad de personas involucradas en lesiones de tránsito en la capital colombiana"⁷⁹.

La estrategia y los resultados que se evidencian respecto de la campaña "Estrellas Negras", pueden interpretarse como un claro intento de hacer desesgo (*debiasing*). Lo anterior en la medida que se está tratando de cambiar el comportamiento de los individuos, transmitiendo una "impactante" identidad entre las estrellas negras dibujadas y los muertos por accidente de tránsito,

con lo que eventualmente se busca incidir en la conducta de los individuos a través de la generación de temor; circunstancia ésta que incide directamente en heurístico de disponibilidad y que tiene la potencialidad de modificar el sesgo optimista.

El hecho que la campaña haya logrado ubicarse en el *"Top of mind"* de casi el 98% de los colombianos⁸⁰ y la evidente reducción en el número de muertos durante la vigencia de la misma son pruebas del éxito de la campaña y constituyen un buen ejemplo para que el Estado, al menos, contemple la posibilidad de replicar estrategias del "desesgo" respecto de otras áreas en las cuales la problemática de los riesgos sea evidente.

Aparentemente la campaña "Estrellas Negras" está llegando a su fin y está siendo remplazada por la novedosa campaña "Epidemia de Excusas"⁸¹ y que eventualmente también se enfrenta al problema de los accidentes de tránsito, minimizando los efectos de los errores de juicio determinados por la racionalidad limitada. Según una encuesta realizada por el mismo "Fondo de Prevención Vial", que sirvió como base para diseñar la actual campaña, el 75% de los colombianos considera que la responsabilidad de la seguridad vial es de los demás y el 98% cree que maneja mejor que el resto, lo cual demuestra claramente la existencia del "sesgo optimista" por parte de la gente común en materia de seguridad vial. Teniendo en cuenta que esta nueva campaña recién comienza, está por determinar la forma y los resultados en la minimización de dicho error de juicio, pero estamos casi seguros que la campaña se basará en algún tipo de estrategia de desesgo similar a la implementada en la campaña "Estrellas Negras".

La alternativa de desesgo descrita demuestra la potencialidad de este tipo de

estrategias para afrontar desde el Estado la problemática de los riesgos; no obstante, el hecho que se cree una alta recordación de un acontecimiento a través de imágenes de alto impacto no es la única opción que existe para generar el "desesgo" en los individuos. JOLLS y SUSTEIN (2006) establecen que este tipo de alternativas tienen dos claros límites: Por un lado, este tipo de estrategia debería limitarse a un número reducido de circunstancias, en las cuales los problemas del sesgo optimista sean más claros e importantes, ello por cuanto de generalizarse la estrategia, la sobrecarga de información producirá en los individuos una anulación generalizada de la misma, pues toda aparecerá destacada. El otro límite de esta tipología de estrategia se refiere al hecho que el derecho debe evitar el "sobredimensionamiento" de las conductas de los individuos respecto de la severidad de los resultados asociados a la actividad específica, ello por cuanto lo que se busca con el desesgo es minimizar la incidencia de la racionalidad limitada en los individuos, pero particularmente en este caso, se puede llegar a reducir el "sesgo optimista" creando el igual de problemático "sesgo pesimista".

7.2. Otra alternativa menos agresiva de "desesgo"-Divulgación de información

No es difícil detectar la agresividad con la que la estrategia descrita en el numeral anterior logra sus objetivos, justificar públicamente medidas regulatorias basadas en la creación de "miedo" en los individuos no es nada fácil. Empero, no todas las opciones regulatorias en materia de riesgos deben estar basadas en la misma estrategia de desesgo, existen afortunadamente alternativas menos agresivas y por tanto, no tan cuestionables. Al respecto, SUSTEIN (2006) propone en

materia de riesgos⁸², cuatro alternativas diferentes a las tradicionales medidas regulatorias; 1.- Divulgación de información; 2.- Creación de incentivos económicos; 3.- Contratos de reducción de riesgos y, 4.- Ambientalismo de libre mercado. Todas estas estrategias resultan recomendables en comparación a las opciones tradicionales en la medida que producen beneficios regulatorios a un costo más bajo⁸³. Para nuestros efectos nos concentraremos en la primera alternativa propuesta en la medida que ésta busca modificar el comportamiento de los individuos en materia de riesgos no prohibiendo o permitiendo las conductas en sí (la cual podría corresponder a la típica alternativa de "aislamiento"), sino implementando mecanismos que permitan a los individuos tomar decisiones y a la vez, lo alejen de las consecuencias negativas de la racionalidad limitada.

Tal y como lo hemos defendido, muchas personas no evalúan correctamente los riesgos a los que se exponen de manera cotidiana; ¿qué peligros enfrenta un trabajador en su puesto de trabajo?, ¿qué peligros devienen de la manipulación de productos de limpieza en el hogar?, ¿qué peligro encierra el consumo de calcio o de sal?, en este tipo de preguntas subyace una cuestión evidente pero que eventualmente no ha sido correctamente dimensionada, esto es, la falta de información que afecta al individuo.

Las empresas, los empleadores y el mismo gobierno a menudo, no están obligados a señalar los riesgos a los que exponen a los individuos, ni los posibles daños asociados a estos mismos riesgos. El solo hecho que se obligue, por ejemplo, a las empresas a divulgar la cantidad de contaminación que producen, la cantidad de personas que han sufrido daños por la manipulación o con-

sumo de productos que estas mismas empresas generan, tiene la potencialidad *per-se* de reducir el nivel de daños; las empresas que contaminan o que producen bienes potencialmente dañinos, no suelen ser muy populares entre la población.

SUSTEIN (2006) defiende ampliamente las estrategias regulatorias en materia de riesgos basadas en la divulgación de información, señalando particularmente que dichas medidas fomentan la eficiencia y la democracia dentro de la misma sociedad⁸⁴. Bajo este esquema se sustentan tanto las alternativas que obligan a las empresas a divulgar la información relacionada con los riesgos asociados a sus procesos productivos, así como opciones en las cuales el mismo Estado provea la información relacionada con los riesgos a los cuales los individuos se pueden ver enfrentados en sus actividades. Así, si por ejemplo, un consumidor que contempla la adquisición o no de determinado producto que éste mismo califica como peligroso en atención a la existencia del "sesgo pesimista" o del heurístico de disponibilidad, podría, con base en información divulgada por el mismo productor o por el Estado, reajustar la toma de decisión minimizando los efectos de la racionalidad limitada.

Para el caso colombiano, podría referenciarse como ejemplo de la estrategia descrita, la regulación existente en materia de rotulado o etiquetado nutricional de alimentos envasados (v. g. Resolución n.º 288 de 2008 del Ministerio de Protección Social), mediante la cual se establecen las "condiciones y requisitos que debe cumplir el rotulado o etiquetado nutricional de los alimentos envasados o empacados nacionales e importados para consumo humano que se comercialicen en el territorio nacional". Dentro de los principios de dicha regulación (art. 5, n.º. 1) se establece por ejemplo, que

el rotulado no puede describir el alimento de tal manera que cree una impresión errónea respecto del contenido nutricional, propiedad nutricionales y de salud en ningún aspecto. Lo anterior, se reitera, no es otra cosa que crear mecanismos de divulgación de información que faciliten la toma de decisiones de los individuos, alejándolos eventualmente de los efectos negativos de la racionalidad limitada.

Ahora, la estrategia de divulgación de información como alternativa de desesgo, también posee ciertos límites y críticas que complican su aplicación de manera general, por un lado se puede ver afectada por el mismo efecto de "sobrecarga" de información. Sí por ejemplo, se obliga a las empresas a divulgar la información relacionada con sus productos, ello podría provocar un bombardeo de información para los individuos que no se podría procesar a menos que hiciera uso de los heurísticos; de otra parte, aún cuando se divulgue la información relacionada con riesgos y esta sea apreciable por los individuos, no se puede pasar por alto que el "sesgo optimista" y el "sesgo pesimista"⁸⁵ podrían producir que toda la información disponible se analice erróneamente. Adicionalmente, SUSTEIN (2006) describe como límites para implementación de tales medidas la presencia en los individuos de lo que él denomina "toxicología intuitiva"⁸⁶, en la cual los riesgos altamente visibles y los menos espectaculares se analizan de manera muy diferente, una eventual consecuencia del heurístico de disponibilidad. De otra parte la "Tenacidad de las creencias iniciales" (SUSTEIN, 2006) produce que cualquier nueva información que se transmita respecto de un producto o actividad deberá enfrentar el problema de que las creencias iniciales no son fácilmente modificables.

CONCLUSIÓN

Antes que sintetizar las diversas ideas plasmadas en este trabajo, pretendemos en esta parte final afianzar parte de los argumentos expuestos, resaltando algunos límites y eventuales críticas que se puedan presentar, así como puntos de partida para posteriores discusiones.

En las primeras tres partes de este documento se partió de los postulados del AED tradicional, particularmente lo relacionado con la responsabilidad contractual y extracontractual, para en torno a ello y de manera unificada, deducir la problemática y posibles soluciones en lo que respecta a los riesgos y el papel del regulador, se defendió en su momento la tesis de que prácticamente cualquier problema en derecho implicaba una problemática relacionada directamente con los riesgos. Dicha posición simplificadora podría calificarse de extremadamente reduccionista y por tanto no está ajena a críticas, por esta razón resultaría pertinente profundizar aun mas en las hipótesis propuestas; por un lado, ahondar en la pertinencia o no de plantear un modelo unificador de la responsabilidad contractual y extracontractual, frente a lo cual, se pueden verificar algunas propuestas en tal sentido que consideramos, no se han analizado lo suficiente al menos para el caso colombiano y de otra parte, ahondar e identificar normas y áreas específicas del derecho (v. g. Derecho Público, Derecho de Familia, Derecho Administrativo) con el fin de probar lo relacionado con la problemática de los riesgos como un trasfondo económico del sistema jurídico en general.

También, en la tercera parte se explicó lo relativo a los términos explícitos y los términos de omisión y cómo estos se relacionan

con la producción de contratos y regulaciones que tiendan a la eficiencia (si es que acaso ese es el objetivo que se pretende). Sin embargo, no se discutió el efecto que la existencia de normas imperativas o supletorias puedan tener al respecto; anticipadamente se podría considerar que lo argumentado en cuanto a la interacción permanente entre términos explícitos y términos de omisión es consistente en todos los casos en que la norma jurídica (la regulación) sea de naturaleza supletoria, vale decir, que opera en los casos en los cuales las partes no acuerdan términos explícitos. No obstante, cuando las normas jurídicas se tornan imperativas, se rompe un posible intercambio por términos explícitos, esto abre la hipótesis –por demostrar– relacionada con el hecho de que si las normas imperativas no pueden ser modificadas a través de la inclusión de términos explícitos (v. g. la posibilidad de pactar intereses superiores a los topes fijados por la regulación), entonces el regulador debería preocuparse aún más en este caso, por diseñar términos de omisión eficientes o que minimicen las pérdidas sociales si es que acaso es lo que se pretende.

De otra parte, cuando se examina a partir de la visión del AED tradicional lo relativo a los términos de omisión, su identidad con las normas o la regulación y se contrasta con lo indicado a partir de la quinta parte, específicamente lo que corresponde a la racionalidad limitada, surge una cuestión bien interesante de analizar y es lo que los teóricos han denominado “el diseño de las reglas por defecto (*default rules*)”, –nótese su identidad con las normas supletorias mencionadas y los mismos términos por omisión–. Al respecto, SUSTEIN y THALER (2003) reiterando el hecho de que las preferencias de los individuos no se encuentran bien formadas por

efecto de la racionalidad limitada, establecen que las decisiones de estos mismos individuos se verán inevitablemente influidas por la forma como se encuentre diseñada la regla por defecto (o el término de omisión). Así, si el Estado desea fomentar el ahorro en los ciudadanos o más específicamente en los trabajadores, se deberían impulsar normas “que por defecto” inscriban a las personas en planes de ahorro programado dejándoles la opción de prescindir del plan, antes que crear normas “que por defecto” dejen en libertad a los individuos de inscribirse en los mismos planes de ahorro. Lo anterior permite que el Estado oriente las preferencias de los individuos en pro del bienestar de la sociedad sin tener que eliminar la libertad de elección de los mismos⁸⁷.

En la sexta parte indicamos claramente que no era intención del documento profundizar en el hecho que la racionalidad limitada afecta sensiblemente a los reguladores, para efectos, citamos la opinión de algunos autores (v.g. RACHLINSKI y FARINA, 2002) para argumentar que dicha posición es cierta, resaltamos en ese momento que cualquier política regulatoria concebida con incidencia de la racionalidad limitada, tenderá a ser problemática desde su misma concepción, presentamos como prueba al respecto, las políticas establecidas por el Estado colombiano respecto de la gripa A(H1N1). Sin embargo este constituye un solo caso “evidente” que no nos permite hacer aún una generalización del fenómeno; por tanto, resulta pertinente investigar otros casos en los cuales se detecta el problema de la incidencia de la racionalidad limitada en la regulación y adicionalmente debería estudiarse como se da este fenómeno – si es que acaso es algo reiterado – respecto de diversas instancias del Estado, v. g. el legisla-

dor, el ejecutivo, las entidades regulatorias, entre otras.

En la séptima parte del trabajo se propuso la estrategia de "desesgo" a través del derecho como una opción regulatoria que procura hacerle frente a los problemas de racionalidad limitada de los destinatarios de las normas, así como una alternativa novedosa a las tradicionales estrategias de "aislamiento", debe tenerse en cuenta dos importantes riesgos que encierran este tipo de opciones y que merecen un mayor análisis. Por un lado, debe llamarse la atención que la simplicidad como los innumerables ejemplos relacionados con fallas en la toma de decisiones demuestran la existencia de los heurísticos y los sesgos, hacen creer a las personas que una vez entendido el ejemplo o el "truco" que soporta aquel, se entiende entonces el principio de fondo⁸⁸, por tanto, las personas al presentárseles el mismo caso, tienden a no caer con la misma "trampa", esto nos lleva a considerar que una estrategia de "desesgo" a través del derecho puede lograr su objetivo siempre y cuando no se manifieste de manera explícita que es una estrategia de este tipo o que debe poder modificarse periódicamente, lo cual representa un reto adicional. El otro riesgo que se puede identificar con la opción planteada es que la gente al entender la estrategia de "desesgo" pueden interpretarla como una forma de manipulación⁸⁹ por parte del Estado, lo cual generará resistencia y por tanto también podría hacerle perder efectividad a la misma.

De manera conexa a la posibilidad de manipulación de los ciudadanos por parte del regulador a través de las estrategias de desesgo a través del derecho, puede abrir la posibilidad para que el regulador estructure normas que generen más no minimicen los

sesgos, a esta estrategia que JOLLS y SUSTEIN (2006) denominan sesgo a través del derecho o *biasing through law* pueden llevar a que las personas contemplen los riesgos en una dirección opuesta a la verdad, v. g. crear normas para que los ciudadanos sobreestimen la probabilidad de ser castigados (generar el sesgo pesimista) por sobrepasar los límites de velocidad o por evadir impuestos, aunque en realidad dicha probabilidad permanezca constante.

Finalmente, reiteramos nuestro llamado a reguladores, gobiernos y academia para que inicien y ahonden en las posibilidades de la estrategia de desesgo en materia de políticas públicas, lo anterior en el entendido que las pruebas empíricas, como las señaladas en este trabajo, evidencian una alta potencialidad de éxito de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, HUGO; CASTELLANO, ANDREA y BARBERO, ANDREA. Daños, Instituciones e Incentivos: hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extra-contractual, En: Asociación Argentina de Economía Política Annual Papers [en línea], enero, 2001. Disponible en http://www.aep.org.ar/espa/anales/pdf_01/acciarri_castellano_barbero.pdf
- AKERLOF, GEORGE. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, En: *The Quarterly Journal of Economics*, [en línea] vol. 84, n.º 3, agosto, 1970. Disponible en <http://www.jstor.org/pss/1879431>
- ARANGO, LUIS E.; HERRERA, PAULA y POSADA CARLOS E. El salario mínimo: aspectos generales sobre los casos de Colombia y otros países. En *Ensayos sobre Política Económica*. vol. 26, n.º 56, junio, 2008.

- ARÉVALO, JULIAN y OJEDA, JAIR. Riesgo Moral y Contratos: Cierta Evidencia Experimental, En: Revista Economía Institucional. vol. 6, n.º 10, junio, 2004.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En: Cuadernos de análisis jurídico: Colección derecho privado. n.º 1, 2004.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO. El Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos. En Rev. Economía Institucional, n.º 1, noviembre, 1999.
- BONIVENTO, JOSÉ ALEJANDRO. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 16ª ed., Librería del Profesional, 2004.
- BULLARD, ALFREDO. Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales. 1.ª ed., Lima: Palestra Editores, 2003.
- CALABRESI, GUIDO. El Coste de los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. 1.ª ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- Cámara de Comercio De Bogotá. Recomendaciones al Plan Distrital de Seguridad Vial [en línea], 2009. Disponible en http://camara.ccb.org.co/documentos/4626_recomendacionesplandeseguridadvial.pdf
- CHÁVEZ, SANDRA V. *Las Estrellas Negras: Más Allá del Impacto de una Campaña Publicitaria*. comunicandonos.com. 8 de mayo de 2006. Disponible en http://www.comunicandonos.com/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=108:las-estrellas-negras-ms-alldel-impacto-de-una-campa-publicitaria&catid=5:comunicacixterna&Itemid=12
- CHUAQUI, ROLANDO. Escuelas de Interpretación del Concepto de Probabilidad. En: Revista Colombiana de Estadística [en línea] n.º 5, 1982. Disponible en <http://www.revista.unal.edu.co/index.php/estad/article/viewFile/9814/10342>
- COASE, Ronald. *The problem of Social Cost*. En: *Journal of Law and Economic*, octubre, 1960.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3248: Renovación de la Administración Pública. 2003.
- COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. Derecho y Economía. 1.ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Dayton Daily News. "Outside experts to review WHO's swine flu response". [daytondailynews.com](http://www.daytondailynews.com) [en línea], 29 de marzo de 2010. Disponible en <http://www.daytondailynews.com/lifestyle/ohio-health-news/outside-experts-to-review-whos-swine-flu-response-626700.html>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE. Defunciones 2006: Cuadro 5. Defunciones, por grupos de edad y sexo, según lista de causas agrupadas 6/67 CIE-1 de OPS. [en línea], 2006. Disponible en http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=204:defunciones-2006&catid=118:estadisticas-vitales&Itemid=1
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE. Defunciones 2007: cuadro 5. Defunciones, por grupos de edad y sexo, según lista de causas agrupadas 6/67 CIE-1 de OPS. [en línea], 2007. Disponible en http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=205:defunciones-2007&catid=118:estadisticas-vitales&Itemid=1
- DIARIO DE YUCATÁN. "La gripe A H1N1 impactó a México y lo aisló del mundo" [yucatan.com.mx](http://www.yucatan.com.mx) [en línea], 6 de abril de 2010. Disponible en [http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9\\$1051040000\\$4277788&f=20100406](http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9$1051040000$4277788&f=20100406)

- Diario El Espectador. "Se inicia aplicación masiva de vacuna contra Ah1N1 en Bogotá" *elespectador.com* [en línea], 19 de marzo de 2010. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo193913-se-inicia-aplicacion-masiva-de-vacuna-contrah1n1-bogota>
- Diario El Tiempo. "A Partir Del Martes, Niños Entrarán Más Tarde A Clase" *Eltiempo.com* [en línea], 17 de julio de 2009. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3529998>
- Diario El Tiempo. "Antes Del 15 De Marzo Llegan Vacunas Para La Nueva Gripe" *Eltiempo.com* [en línea], 6 de enero de 2010. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3784396>
- Diario El Tiempo. "Critican a Francia por excedente de 89 millones de dosis de vacuna contra nueva gripe compradas" *Eltiempo.com* [en línea], 4 de enero de 2010. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6883848>
- Diario El Tiempo. "El debate anual del mínimo" *eltiempo.com*. [en línea], 16 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6801032>
- Diario El Tiempo. "Tráfico aéreo de pasajeros se redujo un 7,2% en junio pasado por la nueva influenza" *Eltiempo.com* [en línea], 30 de julio de 2009. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5737207>
- Diario El Universal de Cartagena "¿de cuánto debería ser el aumento del salario mínimo para vivir dignamente?". *eluniversal.com* [en línea], sin fecha. Disponible en <http://www.eluniversal.com.co/v2/general/segun-usted-¿de-cuanto-deberia-ser-el-aumento-del-salario-minimo-para-vivir-dignamente>
- Diccionario de La Real Academia de la Lengua, Vigésima segunda edición [en línea], recuperado el 6 de julio de 2010, en www.rae.es
- ELSTER, JON. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión. Cap. I. Cuando fracasa la racionalidad, Barcelo: Gedisa Editorial. 1991
- Fondo de Prevención Vial. Nuestras Campañas: n.º más estrellas negras [en línea], 2008. Disponible en http://www.fonprevial.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=200:no-mas-estrellas-negras&catid=65:nuestras-campanas&Itemid=63
- Fondo de Prevención Vial. Zona de Descargas: Estadísticas y Accidentalidad [en línea], 2008. Disponible en http://www.fonprevial.org.co/index.php?option=com_rubberdoc&view=category&id=107:estadisticas&Itemid=81
- FORERO, SANDRA S., et al. Prevención de Lesiones: una Estrategia de Salvación para la Sociedad Moderna En: Revista Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia [en línea], vol. 54, n.º 3, julio, 2006. Disponible en <http://www.revmed.unal.edu.co/revistafm/v54n3/v54n3a07.html> y http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-00112006000300007&script=sci_arttext
- GARAY, LUIS JORGE. Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996. Bogotá. Biblioteca Virtual del Banco de la República, [en línea], 2004. Parte III. Disponible en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/economia/industrialatina/indice.htm>
- HIDALGO, ALBERTO. El Principio de Racionalidad Limitada de H. A. Simón y el Premio Nobel de Economía, En *El Basilisco*. [en línea], n.º 4, septiembre-octubre, 1978. Disponible en <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas10407.pdf>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Forensis 2009: Datos para la Vida [en línea], 2009. Disponible en <http://www.medicinalegal.gov.co/drip/for2009.html>

- JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. *Debiasing through Law*. En: *Journal of Legal Studies* [en línea] vol. 35 (enero, 2006). Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/jolls/pdfs/Debiasing%20Through%20Law.pdf>
- JOLLS, CHRISTINE. *Behavioral Law and Economics*, En: Yale Law School, Public Law Working Paper [en línea], n.º 130, y Yale Law & Economics Research Paper [en línea], n.º 342, 2006. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=959177>
- KAHNEMAN, DANIEL y FREDERICK, SHANE. *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment*. En *Heuristics of Intuitive Judgment: Extensions and Applications* [en línea], 2002. Disponible en http://pisis.unalmed.edu.co/vieja/cursos/analisis_decisiones/ComportamientoDelUsuario/racionalidadLimitada/kahneman/heuristics%2520copyedit.pdf
- KAHNEMAN, DANIEL y TVERSKY, AMOS. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. En: *Science*. [en línea], vol. 185, n.º 4157, septiembre, 1974. Disponible en http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf
- KAHNEMAN, DANIEL y TVERSKY, AMOS. Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo, (GAMBARRA, HILDA, Trad.). En: *Estudios de Psicología: Infancia y Aprendizaje*, n.º 30, 1987.
- KAHNEMAN, DANIEL. Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual, En: *Revista Asturiana de Economía RAE* [en línea], n.º 28, 2003. Disponible en <http://www.scribd.com/doc/21644368/Mapas-de-Racionalidad-Limitada-Psicologia-para-una-Economia-Conductual-Kahneman>
- KOROBKIN, RUSSELL. Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual, (PALACIOS, ANDRÉS, Trad.). En: *Revista Derecho Privado: Contrato de adhesión: Análisis económico*, vol. XVIII, n.º 37, diciembre, 2006.
- LEON, ORFELIO G. La toma de decisiones individuales con riesgo, desde la psicología, En: *Estudios de Psicología: Infancia y Aprendizaje* [en línea], n.º 30, 1987. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=65980>
- MCKEAN, KEVIN y PLA, LIDIA. La Ciencia de Tomar Decisiones: Kahneman y Tversky. En: *Revista Algo* (Traducido de la revista *Discover*) [en línea], septiembre, 1985. Disponible en http://gestionemprededora.files.wordpress.com/2007/11/ges_la-sicologia_de_las_expectativas.pdf
- Ministerio de Protección Social, Grupo Gestión Contractual. [en línea] Septiembre de 2009. Disponible en <http://www.minproteccionsocial.gov.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo18324Document-10929.pdf>
- MOLINA, JORGE A. Sobre Popper y la interpretación realista de las probabilidades. En: *Episteme* [en línea], n.º 9 (julio-diciembre, 1999). Disponible en http://www.ilea.ufrgs.br/episteme/portal/pdf/numero09/episteme09_artigo_molina.pdf
- MORALES, MÓNICA; RAMÍREZ, GUILLERMO y ROMANO, LUZ E. Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional En: *REVISTA e-Mercatoria* vol. 8, n.º 2, 2009.
- Organisation For Economic Co-Operation And Development – OECD. *Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* [en línea] (1994). Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/ImprovingLawQuality.pdf>
- POLINSKY, MITCHELL. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Ariel, 1985.

- POSNER, RICHARD. *El Análisis Económico del Derecho*. Segunda Edición en Español. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RACHLINSKI, JEFFREY J. y FARINA, CYNTHIA R. *Cognitive Psychology and Optimal Government Design*. En: *Cornell Law Review* [en línea], vol. 87 (2002). Disponible en [http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Rachlinski%20Jeffrey%2087%20Cornell%20L.%20Rev.%20549%20\(2002\).pdf](http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Rachlinski%20Jeffrey%2087%20Cornell%20L.%20Rev.%20549%20(2002).pdf)
- RUBIO, MAURICIO. *Economía Jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. 1.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SALAZAR, DIEGO. *Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*. En: *Revista Derecho Privado: Contrato de adhesión: Análisis económico*, vol. XVIII, n.º 37, diciembre, 2006.
- SUSTEIN, CASS R. *Riesgo y Razón: Seguridad Ley y medio ambiente*, (LEBRÓN, JOSÉ A., Trad.). Buenos Aires: Katz Editores, 2006.
- SUSTEIN, CASS R. y THALER, RICHARD H. *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*. En: *University of Chicago Law Review*. [en línea] vol. 30, n.º 4 (Otoño, 2003). Disponible en <http://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/research/pdf/LlbpLatLaw.pdf>
- URIBE TOBON, EVAMARÍA. *La Valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía*. En: *Colección Documentos SSPD*. Bogotá: Imprenta Nacional. (2009).
- VÉLEZ, ANTONIO. *SESGOS, ilusiones y otras fallas cognitivas*. En: *Revista Universidad de Antioquia*. [en línea] n.º 249 (julio-septiembre, 1987). Disponible en <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/SESGOS%20CONOCIMIENTO.pdf>

APÉNDICE

EL CASO DE LA PANDEMIA DE GRIPE A(H1N1) EN COLOMBIA

En el mes de abril de 2009 en México, empezaron a generarse los primeros casos de lo que más tarde se denominó la gripe A(H1N1), ninguna persona se anticipó al efecto que en el futuro, el hallazgo de algunos casos en el estado Veracruz, tendría a nivel global, el panorama, un mes después de la confirmación de los primeros casos, no podría ser más desalentador.

El diario El País de España (para tener un referente internacional), tuvo entre sus titulares de finales de abril de 2009, los siguientes: **La OMS alerta de un brote de gripe porcina en México**-24 de Abril; **Alerta mundial ante la propagación del virus** 26 de Abril; **El mundo se prepara para la pandemia**-27 de Abril; **La OMS reconoce que no puede frenar la expansión de la gripe porcina**-27 de Abril; **Hora de armarse contra la pandemia**-29 de Abril; **La UE estima que la gripe puede afectar de forma "leve" al 50% de la población europea** 30 de abril; **El H1N1 puede mutar a mayor o menor virulencia**-30 de abril.

Para el caso de Colombia y por las mismas fechas, el diario El Tiempo titulaba: **Alerta verde en Atlántico y Barranquilla por influenza porcina mejicana**-26 de Abril; **La gripe porcina es un nuevo virus híbrido de alta patogenicidad**-27 de Abril; **La Pandemia Es Inminente: OMS**-30 de Abril; **Un país con tapabocas**-1 de Mayo.

Los titulares resaltados daban la impresión, y en efecto así fue, de un ambiente absolutamente apocalíptico para el mundo entero, el incremento de los controles fronterizos, la reducción de los vuelos internacionales⁹⁰, y la consecuente reducción del

turismo fueron muy graves, solamente para el caso de México, se estima que la gripa A(H1N1) provocó una caída de al menos el 1% del PIB en el año 2009⁹¹.

Las medidas, políticas, reacciones de los gobiernos a nivel global no se hicieron esperar, particularmente para Colombia, se pueden resaltar, entre otras, las siguientes medidas: La Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, estableció que los niños que estén entre los grados de transición y tercero en colegios públicos entrarían a estudiar a las 7:30 a.m. y no a las 6:30 a.m. "Según la Secretaría de Salud, es imprescindible y, si es necesario, podría estar vigente durante el resto del año"⁹². Por su parte, el Ministerio de Protección Social contrató la realización de una campaña de comunicaciones y movilización social nacional para la prevención de la gripa A(H1N1), por valor de 4.700 millones de pesos⁹³; así mismo adquirió en el mes de Marzo de 2010 dos millones de dosis de la vacuna contra el virus de la gripa por valor de 30.000 millones de pesos⁹⁴, particularmente, esta compra coincidió con algunas noticias internacionales en las que se manifestaban críticas al gobierno francés por la reventa de 89 millones de dosis (excedentarias) de la vacuna⁹⁵.

Ahora, si se observa en detalle, las cifras de enfermos y muertes reales asociadas a la gripa A(H1N1) en Colombia, puede encontrarse algunas particularidades. Un año después de haber sido detectado el primer caso de contagio en el país, se presentaron un total de 3.572 casos positivos y 205 muertes asociadas a la enfermedad⁹⁶, esto es que por cada 100 enfermos, murieron menos de 6 personas durante un año, sin que se les hubiera aplicado la vacuna. En un escenario, absolutamente optimista y pretendiendo que los programas implementados por el

Ministerio de Protección Social lograran un 100% de efectividad y que por tanto no se presentara ni un solo caso de contagio por la gripa, ello no es cosa diferente a plantear que con la inversión de 30.000 millones de pesos en vacunas se hubiesen podido prevenir los 3.572 casos positivos y/o las 205 muertes indicadas, lo que es equivalente a 8 millones de pesos por contagio evitado o 146 millones de pesos por muerte evitada, ¡parece mucho dinero!

De otra parte, si se examinan las causas recurrentes de muerte en Colombia, se puede verificar que el número de muertes anuales asociadas al virus A(H1N1) es levemente inferior al número de muertes anuales asociadas a la fiebre reumática aguda y enfermedades cardíacas reumáticas crónicas, 276 muertes año 2006 y 258 muertes en el año 2007 según el DANE⁹⁷, igualmente representa una cuarta parte más de las muertes asociadas a exposición al humo, fuego y llamas (165 muertes en el año 2006 y 153 muertes en el año 2007⁹⁸) y un 10% aproximado, respecto de las muertes asociadas a cáncer de útero (2.023 muertes en el año 2006 y 2037 muertes en el año 2007⁹⁹), no obstante, si lo que se pretende es salvar la mayor cantidad de vidas posibles, no se observa que los amplios esfuerzos del gobierno para controlar la gripa A(H1N1) se replique en causas de muertes más recurrentes como el cáncer de útero, el cáncer de próstata (2.402 muertes año 2007), la tuberculosis (1.102 muertes año 2007) o enfermedades crónicas del hígado (2.060 muertes año 2007).

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 31, 2010, pp. 9 a 53.

1 WEINGAST, JOHN. *Waste is a terrible thing to mind*, NEWARK, N.J., Center for Analysis in Public Issues, 2001 En: SUSTEIN, CASS R. Riesgo y Razón:

- Seguridad Ley y medio ambiente, (LEBRÓN, JOSÉ A., Trad.). Buenos Aires: Katz Editores, 2006 p. 119.
- 2 Si bien el término "regulación" puede tener muchas definiciones, entenderemos para efectos de este trabajo, que la regulación incluye toda la gama de instrumentos jurídicos y decisiones, incluyendo, las constituciones, las leyes, la legislación subordinada, decretos, órdenes, normas, licencias, planos, códigos, e incluso las orientaciones e instrucciones - a través de las cuales el estado o el gobierno establece las condiciones sobre el comportamiento de los ciudadanos y las empresas en una sociedad. Esta definición es consecuente con el concepto de "regulación" defendido por OECD en su "Programa de Reforma Regulatoria" iniciado en la década de los 90s; para mas detalles sobre la construcción de esta definición, se puede consultar los diferentes documentos publicados por la OECD, por ejemplo, Organisation For Economic Co-Operation And Development – OECD. *Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* [en línea] (1994) [consultado el 11 de julio de 2010] Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/ImprovingLawQuality.pdf>, pp. 8-10.
 - 3 Riesgo. En *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, Vigésima segunda edición, Recuperado el 6 de julio de 2010, en www.rae.es. Primera acepción del término.
 - 4 Más adelante defenderemos que lo relevante en riesgos es cuando existe una potencialidad de generar daños, perjuicios, pensar en riesgos de generar beneficios no tiene mucho sentido y de hecho no es común, no obstante si esto último sucede, la regulación debería encauzarse para que los beneficios se concreten y no para restringirlos o controlarlos como sucede en el caso de los daños.
 - 5 Esta definición es amplia, pero no por ello simplificadora, pues de hecho es la misma definición que toman otros artículos científicos como: URIBE TOBON, EVAMARÍA. La Valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía. En: Colección Documentos SSPD. Bogotá: Imprenta Nacional. (2009) p. 9. o el reciente artículo de MORALES, MONICA; RAMÍREZ, GUILLERMO y ROMANO, LUZ E. Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional En *REVISTA@e – Mercatoria*, vol. 8, n.º 2 (2009) p. 5.
 - 6 El Código Penal colombiano al fijar criterios sobre las penas, indica que para su establecimiento debe tenerse en cuenta la magnitud del daño causado con el delito (n.º 3 art. 38, n.º 3 art. 39, art. 61 inc 3., n.º 3 art. 65), igualmente, cuando el Código Penal se refiere al problema de la responsabilidad civil derivada de las conductas punibles (art. 94 y ss.) lo que podemos interpretar es que frente a la materialización de una contingencia debe hacerse responsable a su autor por los daños causados.
 - 7 Cuando la Ley 1341 de 2009 establece como función de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la de establecer el régimen de regulación que "maximice el bienestar social de los usuarios", ello es aceptar implícitamente que existe el riesgo de que en el mercado de las telecomunicaciones, las empresas asuman comportamientos (tomen decisiones) que pueden perjudicar a los usuarios, lo cual se considera como no deseable, así mismo cuando la Ley 142 de 1994 establece como obligación de las empresas la de prestar el servicio de manera continua y eficiente, de no abusar de la posición dominante, facilitar el acceso a subsidios a los usuarios de menores ingresos, ello en el fondo se justifica por el hecho de que en ausencia de este tipo de regulación, existiría el riesgo que las empresas generaran situaciones que perjudican a los usuarios.
 - 8 El artículo 13 del Código Sustantivo de Trabajo establece que este estatuto contiene el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, ello se constituye como una forma de limitar las decisiones de los empleadores que puedan perjudicar a los trabajadores.
 - 9 El AED tradicional se conoce también como AED ortodoxo o la misma Escuela de Chicago, En RUBIO, MAURICIO Economía jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 26, se describe la aproximación tradicional del AED como "la aplicación directa de la microeconomía, y en particular de la teoría de precios neoclásica, al análisis del sistema jurídico"; en esta Escuela la racionalidad individual (el homo oeconomicus) es la piedra angular pero a su vez uno de los temas de mas amplio debate. De otra parte, el AED tradicional sugiere analizar las normas y las decisiones judiciales desde la perspectiva de la eficiencia económica, lo cual también es cuestionado, finalmente esta aproximación indica que las normas (jurídicas) establecen sanciones que en últimas se comportan como incentivos para los individuos y que en efecto pueden asimilarse a los precios, así, si se manipulan estos últimos (por el legislador o

- el juez), se puede alterar el comportamiento de los individuos.
- 10 RICHARD POSNER (1998), por ejemplo, analiza el problema de los riesgos para explicar situaciones tales como: aversión al riesgo e incentivos de los litigantes y abogados para optar por arreglos en lugar de litigios, pp. 860, 869, reducción de riesgos de accionistas en las sociedades de responsabilidad limitada, pp. 632, 651, honorarios contingentes como forma de remuneración de abogados (pp. 881-884) y tiene una llamativa crítica a la teoría de la justicia (distributiva) de RAWLS construida a partir de la toma de decisiones en escenarios de riesgo, pp. 721-723.
 - 11 Cuando el texto utilicemos este término o el "análisis jurídico tradicional" estamos haciendo alusión a los estudios sobre el derecho que no incorporan (al menos explícitamente) los elementos propios del Análisis Económico del Derecho.
 - 12 Buena parte del enfoque de RUBIO (2007) critica la visión del AED tradicional, paradójicamente no desde la visión de los juristas sino de los mismos economistas, citando a SUSTEIN (1998), THALER y MULLANAITHAN (2000) y THALER (1996), indica que las críticas están agrupadas en tres categorías referentes a las limitaciones en i. En la racionalidad; ii. En la voluntad y la estabilidad de las preferencias, y iii. En el egoísmo.
 - 13 Como se describe en JOLLS, CHRISTINE. *Behavioral Law and Economics*, En: Yale Law School, Public Law Working Paper [en línea] n.º. 130, y Yale Law & Economics Research Paper [en línea] n.º 342 (2006) [consultado el 7 de abril de 2010]; Disponible en <http://ssrn.com/abstract=959177>, el *Behavioral Law and Economics* o el AED conductual para nuestro caso, involucra la incorporación de ideas conductuales derivadas de diversos ámbitos de la psicología. Citando trabajos de ALLAIS (1952) y ELLSBERG (1961), JOLLS indica que el AED conductual cuestiona algunas de las premisas fundamentales del AED tradicional, especialmente las mismas que se le cuestionan a la economía neoclásica, así "El AED conductual intenta mejorar el poder predictivo del análisis económico del derecho al construyendo teorías más realistas sobre el comportamiento de los agentes" JOLLS, Ob. cit., p. 3. (traducción propia)
 - 14 ELSTER, JON. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión. Cap. I. Cuando fracasa la racionalidad, Barcelona: Gedisa Editorial. 1991. p. 11.
 - 15 POSNER, RICHARD. El Análisis Económico del Derecho. 2ª Edición en Español. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 162.
 - 16 COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 265.
 - 17 Una aproximación similar a esta es propuesta por BEJARANO, JESÚS ANTONIO. En El Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos. En Rev. Economía Institucional, n.º 1 (noviembre, 1999) p. 165.
 - 18 BULLARD, ALFREDO. Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, (2003), p. 262.
 - 19 SALAZAR, DIEGO. Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual, En: Revista Derecho Privado: Contrato de adhesión: Análisis económico, vol. XVIII, n.º 37 (diciembre, 2006); pp. 13-14.
 - 20 RUBIO, Ob. cit., p. 581, considera que la función primordial del sistema de responsabilidad por accidentes es provisionar de incentivos a los individuos para prevenir el daño y para hacerlo a un costo social mínimo. COOTER, Ob. cit., p. 371, 384 indica que el propósito económico de la responsabilidad extracontractual es inducir a los victimarios a internalizar los costos asociados a los daños que se encuentran por fuera de los acuerdos privados.
 - 21 COOTER y ULEN, Ob. cit., p. 407.
 - 22 Conforme lo descrito por COOTER y ULEN, Ob. cit., pp. 259-260 "... el remplazo de los términos contractuales ineficientes por términos eficientes crea un excedente. De igual modo, el remplazo de términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes crea un excedente" más adelante los autores señalan que "En general, las partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores replazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes", todo lo anterior para deducir que uno de los propósitos del derecho de contratos es "la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes", lo cual no es diferente a considerar que al existir términos de omisión eficientes, ello permite a las partes omitir tales términos en los contratos, lo cual genera eficiencia.
 - 23 Otro ejemplo más práctico de esta situación se puede deducir del artículo 2341 del Código Civil Colombiano, norma respecto de la cual parte la doctrina para construir diversas teorías en materia de responsabilidad extracontractual, para nuestro

- caso podemos interpretar que, si jurídicamente se debe hacer responsable a un tercero por los daños que cause con culpa, ello mismo podría sustentarse en términos económicos indicando que quien causa daño con culpa (victimario) está generalmente en mejor posición de controlar sus actuaciones (le resulta menos costoso) que quien sufre el daño (víctima). Si no existiera el artículo citado y en un escenarios sin de costos de transacción, es muy probable que víctimas y victimarios llegaran a acuerdos explícitos de la misma manera como la regulación de manera anticipada (*ex-ante*) lo hace.
- 24 En este punto, los autores se refieren a un ejemplo de COOTER y ULEN (1998), en el cual *"la propietaria de un restaurante (YVONNE) contrataba con un constructor (XAVIER) la ampliación de su edificio, con una fecha de entrega determinada. Si YVONNE encargaba más mercaderías para el día de la entrega, esa conducta tendía a maximizar el valor de lo recibido en el contrato (la entrega de la ampliación), pero ello se produciría siempre y cuando la entrega se efectuara en tiempo y forma y, caso contrario, esa compra de mercadería adicional tendería a incrementar proporcionalmente las pérdidas"*.
- 25 ACCIARRI, HUGO; CASTELLANO, ANDREA y BARBERO, ANDREA. Daños, Instituciones e Incentivos: hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual, En: Asociación Argentina de Economía Política Annual Papers [en línea] (Enero, 2001); p. 12. [consultado el 6 de julio de 2010]. Disponible en http://www.aaep.org.ar/esp/anales/pdf_01/acciarri_castellano_barbero.pdf
- 26 La Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la adolescencia, por ejemplo, indica como finalidad de la regulación garantizar a los niños y adolescentes un desarrollo en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, lo cual no es diferente que considerar que estos recursos "sentimentales" son escasos y por tanto deberían maximizarse.
- 28 Aun después que COASE publicara hace cincuenta años su artículo sobre el problema del costo social, los sistemas jurídicos (especialmente los de tradición civilista) se empeñan en perder de vista esta situación, así si A. daña o contamina a B. los jueces y/o los legisladores comúnmente se preguntan ¿Cómo restringimos la actividad de A.? esto según COASE (1960) es erróneo, pues aquí se trata de un caso de naturaleza recíproca, evitar los daños respecto de B causará un perjuicio a A. Por ello lo que debe preguntarse los jueces y/o los legisladores en este caso es si ¿Debe permitirse que A. dañe a B. o que B. dañe a A.?, la cuestión es evitar el daño mayor, reducir el costo social.
- 28 BULLARD, Ob. cit., p. 500.
- 29 *Ibíd.*, p. 502.
- 30 CALABRESI, GUIDO. El Coste de los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Primera Edición. Barcelona: Editorial Ariel, (1984) p. 45.
- 31 En RUBIO (2007) se defiende fuertemente esta posición indicando entre otras cuestiones que promover la eficiencia como objetivo primordial del derecho se basa en supuestos no aceptados ni por juristas ni por otras ciencias sociales, que para obtener eficiencia, el economista parte de un presupuesto falso y es que el poder político, los violentos, los corruptos y los oportunistas ya están debidamente "domesticados" (p. 269), no obstante el mismo profesor RUBIO (2007) acepta que obtener la eficiencia, crear mecanismos para maximizar la riqueza de los individuos, si bien no puede ser el único o el más importante objetivo del derecho, si se debe tener en cuenta en algunas áreas (p. 260).
- 32 Regulado para el caso colombiano en términos generales por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil y entendido según BONIVENTO, JOSE ALEJANDRO. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Decimasexta Edición: Librería del Profesional, (2004) p. 577, como *"aquel en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación o representación"*.
- 33 Conforme a BONIVENTO, Ob. cit., pp. 577-578, los elementos del contrato de obra son: Acto jurídico; la realización o ejecución de obras materiales; la remuneración y, inexistencia de subordinación o representación.
- 34 Lo anterior es consecuencia de la ampliamente conocida Regla de Sucesión de PIERRE-SIMON LAPLACE, la cual se formuló en siglo XVIII por dicho matemático para expresar la probabilidad de que el Sol saliera por el horizonte. Esta regla es aplicada hoy en día para estimar eventos sobre los cuales existe escasa información y constituye uno de los antecedentes que justifican el razonamiento inductivo. Para una explicación mas amplia de este modelo se puede consultar MOLINA, JORGE A. Sobre POPPER y la interpretación realista de las probabilidades. En: EPISTEME [en línea] n.º 9 (julio – diciembre, 1999); p.63-65 [consultado el 8 de Julio de 2010] Disponible en [http://www.ilea.ufrgs.br/episteme/portal/pdf/numero09/episte-](http://www.ilea.ufrgs.br/episteme/portal/pdf/numero09/episte)

- me09_artigo_molina.pdf o CHUAQUI, ROLANDO. Escuelas de Interpretación del Concepto de Probabilidad. En: Revista Colombiana de Estadística [en línea] n.º 5 (1982); pp. 29-30 [consultado el 8 de Julio de 2010] Disponible en <http://www.revista.unal.edu.co/index.php/estad/article/view-File/9814/10342>
- 35 Provisión significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigésima tercera edición, en su segunda acepción "Prevención de mantenimientos, caudales u otras cosas que se ponen en alguna parte para cuando hagan falta.", así mismo reserva se define como "Guarda o custodia que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo", esta aclaración es importante por cuanto en el ejemplo desarrollado pueden coincidir con lo que contablemente se denomina provisiones y reservas (contables), no obstante, en adelante se utilizaran los términos indistintamente, aunque en efecto, contablemente no sea así.
- 36 Esta formulación es consecuente con la teoría de la utilidad esperada formulada por BERNOULLI (1738) en la que se supone que los diferentes niveles de riqueza tienen una utilidad concreta y propone que la regla de decisión en las elecciones tomadas en un contexto de riesgo fuera la de maximizar la utilidad esperada de la riqueza, de esta forma es descrito en KAHNEMAN, DANIEL. Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual, En: Revista Asturiana de Economía Rae [en línea] n.º 28 (2003); pp 191-193. [consultado el 6 de Julio de 2010] Disponible en <http://www.scribd.com/doc/21644368/Mapas-de-Racionalidad-Limitada-Psicologia-para-una-Economia-Conductual-Kahneman>. En el caso concreto, si el contratante hace 10 contratos de similares características al del ejemplo, podrá deducir correctamente que la provisión de \$150 de los 10 contratos, suplirán los sobrecostos de \$300 del 50% de ellos; obsérvese que en todo caso es necesario hacer la provisión, por tanto no sería lógico que un contratante asuma parte de los riesgos de un contrato sin hacer la provisión respectiva, la asignación del riesgo tiene un claro efecto económico.
- 37 Si bien en economía no se suele asumir una actitud neutral frente al riesgo por parte de los individuos, con mucha frecuencia se suele suponer que las empresas, como sucede en el ejemplo que estamos desarrollando, se comportan de manera neutral frente al riesgo. Para ampliar este punto, se puede consultar COOTER y ULEN, Ob. cit., p. 73.
- 38 Si se asignan los riesgos en un contrato al contratista, debería haber una compensación económica por dicha asunción a favor del contratista de este, si el riesgo es asumido por el contratante, no se da la compensación económica al contratista, pero al menos si se debería provisionar tal cantidad de recursos que permitan suplir la eventual pérdida asumida.
- 39 Este fenómeno es reconocido por la literatura económica clásica como el denominado "riesgo moral", particularmente este se ha descrito como un caso particular del problema de información asimétrica y que consiste (en materia contractual) en que una vez establecido un contrato entre un principal y un agente, el primero no puede controlar las acciones del segundo ni ciertos aspectos del entorno. Y lo que es esencial, las acciones del agente no se pueden especificar en los términos del contrato, en este sentido es explicado en ARÉVALO, JULIAN Y OJEDA, JAIR. Riesgo Moral y Contratos: Cierta Evidencia Experimental, En: Revista Economía Institucional, vol. 6, n.º 10 (junio, 2004); pp 49-50.
- 40 Los profesores ACCIARRI, CASTELLANO y BARBERO, Ob. cit., pp. 5-6, resaltan un caso que ilustra y refuerza nuestra idea, el ejemplo se describe como la ocurrencia de un accidente en la vía pública en el cual una persona se lesiona y queda inconsciente, un médico que se encontraba coincidentalmente en el lugar procede a atenderlo, pero una falla en la actividad profesional derivada de su negligencia produce un daño en el lesionado; en la situación alternativa, la persona se lesiona pero no pierde el conocimiento y al ver al médico acuerda que éste lo atienda, pero se produce igualmente el daño por negligencia. En el primer caso no hubo contrato, en el segundo caso, sí; sin embargo, el hecho que haya o no contrato parece algo más incidental que de fondo, la razón por la que ocurrió el daño se hubiera presentado con o sin contrato, no obstante la existencia o no de la transacción tiene consecuencias muy relevantes para el derecho pues la responsabilidad contractual obedece a una lógica diferente a la responsabilidad extracontractual, cualquier camino que se tome podrá llevar a una respuesta diferente, las normas que regulan ambos sectores de la responsabilidad son distintas, entonces dos casos con características de hecho prácticamente idénticas se juzgarían por reglas diversas y previsiblemente inconsistentes.
- 41 Se puede argumentar que si por ejemplo, se va a tratar de controlar el riesgo de que los arrenda-

dores generen posibles daños a los arrendatarios, una forma de hacerlo es regulando el valor de los cánones de arrendamiento, lo cual reduciría la incertidumbre en el mercado y por tanto también los costos de transacción; para el caso concreto, particularmente cuando se trata de vivienda urbana, el regulador estableció entre muchas otras reglas, que los cánones de arrendamiento, no pueden exceder el 1% del valor comercial del inmueble, a su vez este último valor no puede exceder dos veces el avalúo catastral vigente (Artículo 18 de la Ley 820 de 2003), bajo este criterio regulatorio, los arrendatarios tienen la oportunidad *ex-ante* de conocer los límites máximos que pueden tener los cánones, una aparente buena forma de proteger a los arrendatarios, de hacer más equitativo el mercado, de reducir la posibilidad de posibles daños generados por las decisiones de los arrendadores que pretendan abusar de sus contrapartes (control de riesgos), de facilitar la toma de decisiones de los arrendatarios, entre otras posibles virtudes, no obstante lo cierto es que no es claro si dichos objetivos se logran pues exigiría que se cumplieran todas las siguientes condiciones: De parte de la regulación que, 1.- Objetivamente se pueda justificar que el límite es en general el 1% del valor comercial del inmueble ¿Por qué no es el 0.5%, el 2% o una tasa variable de acuerdo a las circunstancias de cada caso?, 2.- Que los avalúos catastrales existan y que además sean confiables; a su vez de parte de quienes participan en el mercado de arrendamiento se debe cumplir: 1.- Que las partes (arrendatarios y arrendadores) conozcan la existencia de la norma, además que puedan y deseen aplicarla, 2.- Que al menos el arrendamiento tenga acceso a la información relacionada con el valor comercial del bien o al menos su valor catastral. Somos sumamente escépticos de que todas estas condiciones se cumplan, de hecho es sumamente difícil encontrar casos (aceptamos pruebas en contrario) en los cuales se haya aplicado explícitamente esta norma.

- 42 El desarrollo completo de este punto se puede consultar en HIDALGO, ALBERTO. El Principio de Racionalidad Limitada de H. A. SIMÓN y el Premio Nobel de Economía, En *El Basilisco*. [en línea] n.º 4 (septiembre – octubre, 1978) p. 69, 73, 75 y 77. [consultado el 6 de Julio de 2010]. Disponible en <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas10407.pdf>
- 43 Considérese por ejemplo el caso de un potencial arrendatario de un local comercial que se pone en contacto con un potencial arrendador y se está tra-

tando de llegar a un acuerdo acerca del contrato; el arrendatario deberá decidir si el canon de arrendamiento propuesto maximiza o no su utilidad, para ello deberá obtener información relacionada, por ejemplo con: posible flujo de clientes, precios de arrendamientos de locales del mismo sector, personas que en el sector ofrezcan similares servicios a los ofrecidos por el arrendatario, etc. En ese caso, de no concretarse el acuerdo entre las partes, el arrendatario no recuperará los costos iniciales a menos que la información obtenida hasta ese momento sea de utilidad para un futuro contrato.

- 44 La explicación completa de esta aproximación puede consultarse en KOROBKIN, RUSSELL. Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual, (PALACIOS, ANDRÉS, Trad.) En: *Revista Derecho Privado: Contrato de adhesión: Análisis económico*. vol. XVIII, n.º 37 (diciembre, 2006); pp. 182-183.
- 45 La descripción del mercado de los limones efectuada en AKERLOF, GEORGE. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, En: *The Quarterly Journal of Economics*, [en línea] vol. 84, n.º 3 (agosto, 1970); p 488-500 [consultado el 6 de Julio de 2010]. Disponible en <http://www.jstor.org/pss/1879431>, es un claro ejemplo de este punto.
- 46 KAHNEMAN, DANIEL Y TVERSKY, AMOS. Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo, (GAMBARRA, HILDA, Trad.) En: *Estudios de Psicología: Infancia y Aprendizaje* n.º 30 (1987); p. 96. Se debe resaltar que esta definición de aversión al riesgo formulada por KAHNEMAN y TVERSKY, es tomada por los autores para criticarla, particularmente probando con una serie de experimentos como se viola de manera sistemática los principios de la teoría de utilidad esperada, parte de los resultados encontrados los ilustraremos someramente en este mismo texto.
- 47 POSNER, Ob. cit., p. 36.
- 48 En POSNER, Ob. cit., p. 36. se indica un ejemplo que es muy ilustrativo al respecto: "*Supongamos que [el lector] tiene un patrimonio neto un millón de dólares. ¿Estaría dispuesto a apostarlo con probabilidad 50-50 para ganar dos millones? Si no está dispuesto, ello significa que su primer millón vale más para usted de lo que valdría el segundo millón*"
- 49 En COOTER y ULEN, Ob. cit., pp. 74-78, se indica explícitamente que el mercado de los seguros existe precisamente como una consecuencia de la generalizada aversión al riesgo por parte de los individuos. En el mismo texto citado, los autores desarrollan algunas aplicaciones de este mercado

- en el marco de los ilícitos culposos (pp. 412, 422) y una llamativa explicación de cómo los seguros privados pueden contribuir a disuadir el delito (p. 574).
- 50 El efecto certidumbre provoca que los individuos subestimen los resultados que son solo probables en comparación con los resultados que son obtenidos con seguridad, bajo esta anomalía de la racionalidad, los individuos al enfrentarse a la decisión respecto de dos eventos posibles y excluyentes, ambos con altas probabilidades de ocurrencia, tienden a escoger aquel evento en el cual la utilidad es mayor, restándole importancia a la magnitud de la probabilidad, no obstante, cuando las probabilidades de ocurrencia son bajas, tienden a adquirir mayor importancia la magnitud de las probabilidades. Bajo este esquema, la gente toma decisiones respecto de escenarios con riesgos de la siguiente manera: En $0.45u(6000) = B: .90u(3000)$, no obstante, los individuos tienden a escoger B. Mientras en $0.001u(6000) = B: .002(3000)$, no obstante, los individuos tienden a escoger A. El efecto de reflexión nos indica que sosteniendo las mismas probabilidades indicadas y al mantener las magnitudes de las utilidades, pero de manera negativa (pérdidas), la elección de los individuos tiende a ser diametralmente opuesta, así: En $0.45u(-6000) = B: .90u(-3000)$, no obstante, los individuos tienden a escoger A. Mientras en $0.001u(-6000) = B: .002(-3000)$, no obstante, los individuos tienden a escoger B. Finalmente, el efecto de aislamiento según LEON, ORFELIO G. La toma de decisiones individuales con riesgo, desde la psicología, En: Estudios de Psicología: Infancia y Aprendizaje [en línea] n.º 30 (1987); P. 90 [consultado el 7 de Julio de 2010] Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=65980>, se describe como aquel en el cual los individuos tienden a ignorar, aislar los componentes que son compartidos por todas las alternativas o en otro sentido que, las decisiones que toman los individuos no se aíslan de los estados intermedios, aunque las probabilidades o valores finales sean los mismos.
- 51 La explicación extensa de los dos heurísticos expuestos puede consultarse en KAHNEMAN, DANIEL y TVERSKY, AMOS. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. En: *Science*. [en línea] vol. 185, n.º 4157 (septiembre, 1974); pp. 1124-1131. [consultado el 9 de Julio de 2010] Disponible en http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf
- 52 VELEZ, ANTONIO. Sesgos, ilusiones y otras fallas cognitivas. En: *Revista Universidad de Antioquia*. [en línea] n.º 249 (julio-septiembre, 1987) p. 10. [consultado el 7 de Julio de 2010] Disponible en <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/SESGOS%20CONOCIMIENTO.pdf>
- 53 BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En: *Cuadernos de análisis jurídico: Colección derecho privado*. n.º 1 (2004); p. 151.
- 54 *Ibíd.*, p. 151.
- 55 *Ibíd.*, p. 152.
- 56 No es este el espacio para contrastar o discutir las diferentes teorías económicas y políticas acerca de la intervención o no del Estado en la economía y particularmente en los mercados, pues de hecho diferentes teorías detentan diferentes enfoques de cuando y como debe haber intervención estatal en un mercado, para efectos, se consultó la descripción formulada en GARAY, LUIS JORGE. *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Bogotá. Biblioteca Virtual del Banco de la República, [en línea] 2004. Parte III [consultado el 7 de Julio de 2010] Disponible en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/economia/industrialatina/indice.htm>
- 57 Así por ejemplo, según los mismos casos expuestos por KAHNEMAN y FREDERICK (2002) la pregunta ¿Qué proporción de las relaciones a larga distancia pueden romperse dentro de un año?, se responde haciendo una "sustitución" por la pregunta ¿Cuántos casos de rupturas rápidas de relaciones a larga distancia vienen a la mente?, una típica aplicación del heurístico de disponibilidad. Así mismo si un profesor ha oído la charla de un candidato a un empleo en su departamento, la pregunta ¿Qué tan probable es que este candidato podría ser titular en nuestro departamento? Puede responder sustituyéndola por una mucho más fácil del tipo: ¿Qué impresionante fue la charla del candidato?. una típica muestra del heurístico de representatividad. La descripción completa de los ejemplos indicados se encuentra en KAHNEMAN, DANIEL y FREDERICK, SHANE. *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment*. En *Heuristics of Intuitive Judgment: Extensions and Applications* [en línea] (2002); p. 4. [consultado el 7 de junio de 2010] Disponible en http://pisis.unalmed.edu.co/vieja/cursos/analisis_decisiones/ComportamientoDelUsuario/racionalidadLimitada/kahneman/heuristics%2520copyedit.pdf

- 58 Un claro ejemplo del sesgo de disponibilidad.
- 59 En JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. *Debiasing through Law*. En: *Journal of Legal Studies* [en línea] Volumen 35 (Enero, 2006) [consultado el 14 de Abril de 2010]. Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/jolls/pdfs/Debiasing%20Through%20Law.pdf>, p. 233. Se habla específicamente de los "Burócratas Conductuales", indicando que los gobernantes también usan heurísticos y son sujetos de los sesgos en la toma de decisiones, situación que se ve agravada por el hecho que son susceptibles a la influencia de grupos de presión y de la misma racionalidad limitada de los ciudadanos.
- 60 La explicación extensa de los argumentos presentados en esta parte, así como la información que se tuvo en cuenta, pueden ser observados en el apéndice del presente trabajo.
- 61 Según el artículo del periodista FRANK JORDANS (2010), de la Agencia "The Associated Press", reproducido por varios medios de comunicación a nivel mundial, un grupo de expertos externos examinará a partir de abril de 2010 las medidas tomadas por la OMS ante la gripe A(H1N1), entre ellas, examinar si el organismo mundial podría haber sido más claro cuando se declaró una epidemia de lo que ha resultado ser una enfermedad relativamente leve. De hecho, en el artículo indicado se establece que el Dr. KEIJI FUKUDA, Subdirector General interino de Seguridad Sanitaria y Medio Ambiente de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y Asesor Especial sobre la influenza pandémica de la OMS, ha reconocido que encontrar cuál es la mejor manera de transmitir la magnitud del riesgo, sería una de las cuestiones clave a examinar por el grupo de expertos con el fin de mejorar la comunicación para situaciones futuras. El artículo completo fue consultado el 4 de Abril de 2010, se encuentra disponible en línea en: <http://www.daytondailynews.com/lifestyle/ohio-health-news/outside-experts-to-review-whos-swine-flu-response-626700.html>, y http://www.msnbc.msn.com/id/36081000/ns/health-cold_and_flu/
- 62 Sobre este aspecto en RACHLINSKI, JEFFREY J. y FARINA, CYNTHIA R. *Cognitive Psychology and Optimal Government Design*. En: *Cornell Law Review* [en línea] vol. 87, (2002); [consultado el 13 de Abril de 2010]. Disponible en [http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Rachlinski%20Jeffrey%2087%20Cornell%20L.%20Rev.%20549%20\(2002\).pdf](http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Rachlinski%20Jeffrey%2087%20Cornell%20L.%20Rev.%20549%20(2002).pdf), pp. 551-554, se indica que varios teóricos identifican problemas de la motivación humana como la principal causa de las malas decisiones públicas; los autores citados defienden, para el caso de EEUU, que los problemas generados por fallas cognitivas se pueden encontrar de manera reiterada en diferentes instituciones gubernamentales y que ello determina que muchas veces las políticas públicas fallen.
- 63 Equivalente al término *Debiasing Through Law* de JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. Ob. cit., (2006), traducción propia.
- 64 Para sustentar la manera errática como los individuos toman decisiones en materia de riesgos, en SUSTEIN, CASS R. RIESGO y RAZÓN: Seguridad Ley y medio ambiente, Ob. cit., (2006) pp. 78-79. se identifican las siguientes causas: 1.- Cuando se contempla un riesgo de escasa probabilidad, el nivel de preocupación de los individuos aumenta en la medida que se conozca, se manifieste información y análisis que demuestre que en efecto la probabilidad de materialización del riesgo es escasa. 2.- Se tiende a exigir, pagar mas, sobrevalorar los seguros (valor de la transferencia del riesgo), en los casos en que dichos riesgos se contemplan bajo el "sesgo de disponibilidad" (v. g. seguro contra terrorismo) que aquellos seguros que ofrecen coberturas mas amplías (v. g. seguros todo riesgo, incluyendo terrorismo). 3.- En los casos en que se muestran diversos escenarios de materialización de riesgos, la gente tiende a dar mayor nivel de ocurrencia, tiende a dar como mas cierto, aquel escenario en el que se muestran las peores consecuencias. 4.- Cuando la materialización de un riesgo, la imagen mental que se proyecta, es fácilmente recordable, el individuo tiende a preocuparse de manera desproporcionada por el riesgo y considera que la posibilidad de ocurrencia es constante. 5.- Si la concreción de un resultado esperado o riesgoso, contiene un alto grado de impacto afectivo asociado, positivo o negativo (v. g. una toma guerrillera, un secuestro, el beso de un galán de televisión, el gol de nuestro equipo de futbol), el individuo tiende a insensibilizarse a los cambios en las probabilidades de ocurrencia, aun si el cambio es grande.
- 65 En un sondeo realizado por el Diario El Universal de Cartagena publicado como "Según usted, ¿de cuánto debería ser el aumento del salario mínimo para vivir dignamente?". [en línea] sin fecha [consultado el 15 de Abril de 2010] Disponible en <http://www.eluniversal.com.co/v2/general/segun-usted-¿de-cuanto-deberia-ser-el-aumento-del-salario-minimo-para-vivir-dignamente>, se pregunta

- a los lectores acerca de ¿cuánto debería ser el aumento del salario mínimo en Colombia para el año 2010?, entre las respuestas publicadas se observa que la opinión que indica el menor aumento es la cifra de \$600.000, suma equivalente a un incremento del 21%, (casi 6 veces el incremento del 3.64% que finalmente se dio para el año 2010), aunque algunos lectores opinaron que el salario mínimo debería ser \$1'200.000, equivalente a un incremento del 142% (39 veces el incremento que finalmente se dio), respuestas estas que divergen ampliamente de lo que sucede en la realidad.
- 66 En una nota editorial publicada como "El debate anual del mínimo" El Tiempo.com. [en línea] 16 de diciembre de 2009 [consultado el 15 de Abril de 2010] Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6801032>, el economista Álvaro Montenegro describe que el único consenso que existe entre economista es que los incrementos del salario mínimo deben ser moderados para que su efecto en el empleo sea moderado y por tanto que no genere muchas distorsiones.
- 67 Conforme los resultados de la investigación de ARANGO, LUIS E.; HERRERA, PAULA y POSADA CARLOS E. El salario mínimo: aspectos generales sobre los casos de Colombia y otros países. En *Ensayos sobre Política Económica*. vol. 26, número 56 (junio, 2008) p. 227, se estima que para el año 2006, 1.612.783 de trabajadores ganaban el salario mínimo en Colombia. En el mismo sentido Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3248. Renovación de la Administración Pública. 2003. p. 13, indica que para el año 2002 existían 805.512 funcionarios públicos en Colombia, sin incluir los funcionarios de entidades departamentales, municipales o distritales.
- 68 SUSTEIN, CASS R., Ob. cit., (2006) p. 119
- 69 *Ibid.*, p. 119
- 70 El Decreto n.º 3770 de 2003 y el Decreto 4686 de 2005, constituyen los únicos casos desde el año 2000 en los cuales se ha llegado a un acuerdo entre los diferentes miembros de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales para fijar el salario mínimo legal para el siguiente año.
- 71 Sobre este punto estamos asumiendo que la posición de los integrantes de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, diferentes al gobierno, entre estos, los representantes de los gremios, las confederaciones sindicales, los pensionados y los desempleados, recogen parte de la opinión pública en relación con la fijación del salario mínimo legal en el país.
- 72 Creado mediante Decreto 663 de 1993.
- 73 Según lo indicado por JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. Ob. cit., (2006) p. 204, el sesgo optimista constituye un típico error de juicio que consiste en que los individuos creen que su probabilidad de enfrentarse a un resultado negativo es más bajo de lo que en realidad es.
- 74 Esta estrategia típica del derecho tradicional es descrita en JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. Ob. cit., (2006) p. 200 y JOLLS, CHRISTINE. Ob. cit., (2006) p. 34 como aquella en la cual las normas se diseñan para reducir o incluso bloquear la elección de los individuos, con el objetivo de que estos no se conviertan en víctimas de los problemas propios de la racionalidad limitada, citando un estudio de RACHLINSKI (2003), los autores indican que los problemas de la racionalidad limitada justifican, casi sin excepción, la restricción de las libertades individuales, lo que es equivalente a aislar a los individuos de la toma de decisiones en un intento de proteger los objetivos de la regulación de los efectos de la racionalidad limitada de las personas.
- 75 JOLLS (2006) y JOLLS y SUSTEIN (2006), referencian una investigación realizada por NEIL D. WEINSTEIN, y WILLIAM M. KLEIN, publicada en el año 2002 en *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, en la cual se demuestra con una serie de experimentos practicados con varias personas y estudiantes en New Jersey, la posibilidad de reducir en ellos los efectos del sesgo optimista en procura de aumentar su interés en la protección de la salud.
- 76 Fondo de Prevención Vial. Nuestras Campañas: No más estrellas negras [en línea] 2008 [consultado el 20 de Abril de 2010] Disponible en http://www.fonprevial.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=200:no-mas-estrellas-negras&catid=65:nuestras-campanas&Itemid=63
- 77 Las cifras de accidentalidad desde el año 1998 hasta el año 2007 en el país y realizadas por el Fondo de Prevención Vial se encuentran disponibles en Fondo de Prevención Vial. Zona de Descargas: Estadísticas y Accidentalidad [en línea] 2008 [consultado el 20 de Abril de 2010] Disponible en http://www.fonprevial.org.co/index.php?option=com_rubberdoc&view=category&id=107:estadisticas&Itemid=81
- 78 Los índices de muertes por accidentes de tránsito en Bogotá indicados, pueden consultarse en Cá-

- mara de Comercio de Bogota. Recomendaciones al Plan Distrital de Seguridad Vial [en línea]. 2009 [consultado el 20 de Abril de 2010]. Disponible en http://camara.ccb.org.co/documentos/4626_recomendacionesplandesseguridadvial.pdf y en Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Forensis 2009: Datos para la Vida [en línea]. 2009 [consultado el 20 de abril de 2010]. Disponible en <http://www.medicinalegal.gov.co/drip/for2009.html>
- 79 FORERO, SANDRA S., *et al.* Prevención de Lesiones: una Estrategia de Salvación para la Sociedad Moderna En: Revista Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia [en línea] vol. 54, n.º 3 (julio, 2006); [consultado el 20 de Abril de 2010]. Disponible en <http://www.revmed.unal.edu.co/revistafm/v54n3/v54n3a07.html> y http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-00112006000300007&script=sci_arttext
- 80 Según una nota publicada para la empresa Táctica & Estrategia, empresa consultora especializada en medición de procesos de comunicación corporativa y generación de indicadores de gestión en este campo elaborada por CHÁVEZ, SANDRA V. Las Estrellas Negras: Más Allá del Impacto de una Campaña Publicitaria <http://www.comunikandonos.com> 8 de Mayo de 2006 [consultado el 20 de Abril de 2010]. Disponible en http://www.comunikandonos.com/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=108:las-estrellas-negras-ms-alldel-impacto-de-una-campa-publicitaria&catid=5:comunicacixterna&Itemid=12 se destaca la opinión de muchos expertos en el tema comunicativo y publicitario en éxito de la campaña "estrellas negras" por haber logrado ubicarse en el "TOP of mind" de casi el 98% de los colombianos. Adicionalmente la nota resalta la opinión de Mario Huertas, asesor del Fondo de Prevención Vial y experto en marketing y comunicación, el cual indica que la campaña "estrellas negras" generó altísima recordación e impacto, pero generando "miedo" en los individuos.
- 81 La información publicitaria sobre esta nueva campaña puede consultarse en el sitio web <http://www.inteligenciavial.com>
- 82 Se debe tener en cuenta que la obra de SUSTEIN se enmarca mayoritariamente en la regulación de riesgos en materia ambiental, sin embargo buena parte de sus argumentos son aplicables a otras áreas.
- 83 Una descripción mas completa de estas estrategias puede consultarse directamente en SUSTEIN, CASS R. Riesgo y Razón: Seguridad Ley y medio ambiente, Ob. cit., (2006) p. 338, no obstante, buena parte de la obra citada desarrolla plenamente cada una de ellas.
- 84 En SUSTEIN, CASS R. Riesgo y Razón: Seguridad Ley y medio ambiente, Ob. cit., (2006) pp. 342-347, en lo relacionado con la eficiencia se argumenta que la divulgación puede constituir a menudo una estrategia útil y eficaz respecto de los costos. En lo relacionado con la democracia, el autor indica que la ignorancia de las personas respecto a los riesgos a los que se enfrentan, crea un gran obstáculo no solo respecto de las decisiones individuales (v. g. consumir o no consumir) sino también para el ejercicio ciudadano.
- 85 Este límite concuerda con lo planteado en SUSTEIN, CASS R. Riesgo y Razón: Seguridad Ley y medio ambiente, Ob. cit., (2006) p. 351, en lo relacionado con las "Distorsiones Motivacionales" en las cuales las personas a menudo se consideran inmunes a riesgos que reconocen son importantes y reales pero respecto de otras personas.
- 86 Si bien en este problema no se puede identificar claramente la obra de heurísticos, si se describe como el uso de un atajo mental en el cual las opiniones del público en general en materia de riesgos difieren ampliamente de las opiniones de expertos en la misma materia, así por ejemplo, en muchas actividades, la gente quiere saber solamente si determinada actividad es 100% segura o no (una cuestión de todo o nada), así las probabilidades asociadas al riesgo pierden todo efecto, una actividad muy riesgosa y otra poco riesgosa se califican igualmente como actividades "no seguras", para mas detalle se puede consultar SUSTEIN, CASS R. Riesgo y Razón: Seguridad Ley y medio ambiente, Ob. cit., (2006) pp. 66-67, 350-351.
- 87 La forma como funcionan este tipo de normas y la explicación del ejemplo indicado es citado por en JOLLS, CHRISTINE. Ob. cit., (2006) p. 7. Una explicación mas extensa se encuentra en SUSTEIN, CASS R. y THALER, RICHARD H. *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*. En: *University of Chicago Law Review*. [en línea] vol. 30, n.º 4 (Otoño, 2003); p. 1190-1191 [consultado el 5 de mayo de 2010] Disponible en <http://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/research/pdf/LlbpLatLaw.pdf>. La evidencia empírica verificada en el artículo indicado, demuestra que los trabajadores son más propensos a mantenerse inscritos a un plan de ahorro si la inscripción se da por defecto y deben tomar acciones afirmativas para excluirse del plan, que

- si la no inscripción es la opción por defecto y los empleados deban tomar acciones afirmativas para poder inscribirse, así se demuestra que si lo que se pretende es fomentar el ahorro es preferible optar por una regla o cláusula que por defecto efectúe una inscripción automática que una cláusula por defecto de no inscripción automática.
- 89 Sobre este punto JOLLS, CHRISTINE y SUSTEIN, CASS R. Ob. cit., (2006) p. 231, indican que cuando la estrategia de "desesgo" a través del derecho es implementada en una sociedad, puede llevar a manipular a los ciudadanos en beneficio de los intereses del mismo gobierno, lo cual irrumpe arbitrariamente en la autonomía de los mismos destinatarios de las normas.
- 90 Diario El Tiempo. "Tráfico aéreo de pasajeros se redujo un 7,2% en junio pasado por la nueva influenza" El tiempo. com [en línea]. 30 de julio de 2009 [consultado el 5 de abril de 2010]. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5737207>
- 91 Diario de Yucatan. "La gripe A H1N1 impactó a México y lo aisló del mundo" yucatan.com.mx [en línea]., 6 de abril de 2010. [consultado el 6 de abril de 2010] Disponible en [http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9\\$1051040000\\$4277788&f=20100406](http://www.yucatan.com.mx/noticia.asp?cx=9$1051040000$4277788&f=20100406)
- 92 Diario El Tiempo. "A Partir Del Martes, Niños Entrarán Más Tarde A Clase" El tiempo. com [en línea]. 17 de julio de 2009 [consultado el 5 de abril de 2010]. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3529998>
- 93 Ministerio de Protección Social, Grupo Gestión Contractual. [en línea] Septiembre de 2009. p. 3 [consultado el 6 de Abril de 2010] Disponible en <http://www.minproteccionsocial.gov.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo18324DocumentNo10929.pdf>
- 94 Diario El Tiempo. "Antes Del 15 De Marzo Llegan Vacunas Para La Nueva Gripe" El tiempo. com [en línea]. 6 de Enero de 2010 [consultado el 5 de Abril de 2010]. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3784396>
- 95 Diario El Tiempo. "Critican a Francia por excedente de 89 millones de dosis de vacuna contra nueva gripe compradas" El tiempo. com [en línea]. 4 de Enero de 2010 [consultado el 5 de Abril de 2010]. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6883848>
- 96 Diario El Espectador. "Se inicia aplicación masiva de vacuna contra Ah1N1 en Bogotá" elespectador. com [en línea]. 19 de Marzo de 2010. [consultado el 6 de Abril de 2010]. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo193913-se-inicia-aplicacion-masiva-de-vacuna-contra-ah1n1-bogota>
- 97 Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE. Defunciones 2006: Cuadro 5. Defunciones, por grupos de edad y sexo, según lista de causas agrupadas 6/67 CIE-1 de OPS. [en línea] 2006 [consultado el 7 de Abril de 2010] Disponible en http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=204:defunciones-2006&catid=118:estadisticas-vitales&Itemid=1 y Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE. Defunciones 2007: Cuadro 5. Defunciones, por grupos de edad y sexo, según lista de causas agrupadas 6/67 CIE-1 de OPS. [en línea] 2007 [consultado el 7 de Abril de 2010] Disponible en http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=205:defunciones-2007&catid=118:estadisticas-vitales&Itemid=1
- 98 *Ibíd.*
- 99 *Ibíd.*