

# RAZONAMIENTO JURÍDICO Y TOMA DE DECISIÓN. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial\*

por Juan Pablo Lionetti De Zorzi\*\*

## RESUMEN

En nuestro día a día nos encontramos constantemente con alguien que quiere que actuemos de determinada manera; podemos encontrarnos inducidos tanto por el Estado, como por nuestros hijos, por nuestros socios de toda la vida o por el nuevo cliente que acabamos de conocer. Y lo mismo hacemos con los demás.

La actividad judicial no escapa a esta circunstancia: intentamos lograr que el juez actúe de determinada manera, es decir, haciendo lugar a nuestra pretensión. Ahora bien, ¿hay diferencias en el modo de lograrlo?, ¿qué tipo de argumentos tienen prioridad, los lógicos o los falaces?, ¿qué nos trae mejores resultados, apelar al raciocinio o al sentimiento? En este trabajo se intenta explicar que, en algunas circunstancias, cuando creemos que apelamos a la racionalidad en realidad nos movemos por sentimientos y que, a su vez, cuando apelamos a los sentimientos lo hacemos racionalmente.

## PALABRAS CLAVE

Racionalidad, Psicología Cognitiva, Jueces, Motivación

## SUMARIO

I. Introducción. II. ¿Qué paso con la racionalidad? III. ¿Es posible una sentencia estrictamente racional?, el caso Sanadik. IV. Un nuevo actor aparece en escena. V. Breve reseña de ideas. VI. Palabras Finales

“Hegel hizo célebre su aforismo de que todo lo racional es real y todo lo real racional; pero somos muchos los que, no convencidos por Hegel, seguimos creyendo que lo real, lo realmente real, es irracional; que la razón construye sobre irracionalidades” .

Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida*.

## I. Introducción

A medida que nos adentramos en el derecho, percibimos que en cierto sentido, podríamos catalogarlo como la ciencia de la motivación de conductas.

Los legisladores motivan a los ciudadanos mediante leyes a que se comporten de determinada manera. Los abogados a los jueces para que dicten sentencia de acuerdo a los intereses de sus respectivos clientes. Los jueces

---

\* Cabe un especial agradecimiento al Prof. Jorge I. Catenacci por introducirme en el tema; al Prof. Dr. Fernando M. Racimo por sus comentarios, colaboraciones, correcciones y su tiempo para mostrarme un tema nuevo; al Prof. Dr. Martín Diego Farrell por sus consejos, al Prof. Roberto-Marino Jiménez Cano por sus correcciones e interés demostrado, a la Srta. Magalí J. Osella por su ayuda y por último (y no menos importante) a mi querido colega: Miguel Ángel Sardegna, por pulir, disimular y corregir mis errores. Cabe destacar que cualquier defecto o equivocación en el presente, corre por exclusiva responsabilidad del autor.

\*\* Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires en donde imparte clases de la asignatura “Derecho y Argumentación” (Argentina).

(mediante un control constitucional) a los miembros del ejecutivo para que solo actúen dentro de cierto ámbito, etc.

En todo ámbito donde se manejan reglas (desde los juegos de mesa y deportes hasta las normas jurídicas) se motiva determinada conducta a fin de lograr un objetivo común (los cuales pueden ser divertirse, brindar seguridad, etc.).

Ahora bien, ¿qué motiva al juez<sup>1</sup> cuando lleva a cabo su función de decisor?, ¿es acaso la ley proclamada por el legislativo? De ser así, sería muy lógico, ya que el juez es un ciudadano más, es decir, el juez, al igual que el ciudadano común, se ve motivado por la ley.

Pero muchas veces la ley no es clara, o no existe y, sin embargo, el juez debe decidir obligatoriamente. ¿Qué motiva realmente a un juez?, ¿será lo mismo que al resto de los seres humanos?, ¿cómo intentan los abogados captar su voluntad para insinuar un resultado favorable?

Como puede verse, el tema es lo suficientemente extenso como para escribir un tratado, aquí solo nos delimitaremos a desarrollar de manera extensa esta simple pregunta.

## II. ¿Qué paso con la racionalidad?

La racionalidad, como herramienta del pensamiento, tiene un gran reconocimiento a la hora de tomar una decisión, tal como lo muestra su uso en uno de los ámbitos más sensibles de la realidad humana como lo es el conflicto armado. En ese ámbito no hay lugar a las decisiones intuitivas o al ensayo de prueba y error ya que de esas decisiones dependen vidas humanas, recursos económicos y objetivos políticos.

Así, por ejemplo, en Argentina (y probablemente en el resto de los países), a fin de tomar la mejor decisión, los oficiales de Estado Mayor utilizan un procedimiento que se denomina *Proceso de Planificación de Comando*, (PPC) cuyo objetivo es “guiar el pensamiento a través de un esquema lógico, para facilitar el hallazgo de la mejor solución y al mismo tiempo uniformar la presentación de problemas”<sup>2</sup>.

El sistema funciona (en una manera muy simplificada) de la siguiente forma:

I. Se define el problema y, al mismo tiempo, se delimita qué se pretende y cuál es la finalidad de lo pretendido.

II. Se analiza el problema. Este segundo paso, más extenso que el primero, incluye a su vez:

---

<sup>1</sup> Cabe aclarar que cuando hablamos de juez, nos referimos exclusivamente a los organismos unipersonales, dejando de lado a todo tipo de órganos colegiados como lo son las Cámaras de Apelaciones, Tribunales Supremos, Tribunales Constitucionales, etc. Es decir hacemos hincapié exclusivamente a los jueces de primera instancia en donde generalmente, predomina la argumentación a través de los hechos (las pruebas).

<sup>2</sup> Ver REGLAMENTO MILITAR PÚBLICO, *Organización y Funcionamiento de los Estados Mayores*, Ejército Argentino, 1998., citado por el TCNL (Res) CONDOMÍ ALCORTA, José María, en *Guía para la toma de decisiones- De lo militar a la empresa*, [ref. 10/8/2004], en [http://www.unor.mil.ar/UNOR\\_frame.htm](http://www.unor.mil.ar/UNOR_frame.htm)

a) Lo relativo su historia, es decir, recabar toda la información tendiente a saber el origen, los motivos, si es reiterativo, etc.

b) Establecer las relaciones y los límites que el problema y su solución requerirán. De ese modo, se acota el problema y, al mismo tiempo, se lleva a cabo una relación entre su solución y la situación actual.

c) El uso de suposiciones a fin de entre otras cosas, encontrar soluciones alternativas y anticiparse a posibles hechos que puedan modificar la situación inicial.

d) Se analiza la situación y los factores que la han determinado, se estudia de qué modo inciden esos factores sobre el problema a resolver, etc.

e) Se analizan posibles soluciones, primero enunciándolas, luego comparándolas entre sí. Se elige la mejor de todas ellas a través de distintos enfoques (ya sea basados en simulaciones, en el pasado, en el juicio profesional, a través de un análisis de aptitud, factibilidad y aceptabilidad, etc.).

f) A partir de ese momento surge la acción recomendada.

En vista de que "... la teoría de la elección social supone que la toma de decisiones es racional cuando cumple con cuatro criterios básicos: coherencia, individualismo, mecanicismo y consecuencialismo"<sup>3</sup>, esta especie de modelo cartesiano pareciera cumplir con el criterio de elección racional y al mismo tiempo ser suficiente como para resolver cualquier tipo de problema y de situación, siendo por entonces la racionalidad el imperante absoluto a la hora de tomar una decisión.

Aparece entonces el *Law and Economics*<sup>4</sup>, en donde se busca la eficiencia desde el derecho. En este ámbito debemos entender a la eficiencia como "... buscar -por medio de la interpretación jurídica- el máximo beneficio posible en el marco de las circunstancias del caso, para el mayor número posible de sujetos comprometidos en dicho caso, a los menores costos posibles"<sup>5</sup>.

El proceso mediante el cual se realiza es el siguiente: "... parte del individualismo metodológico, es decir, de las elecciones que haría el individuo a fin de maximizar su utilidad; se vale de las reglas de la Economía para predecir esa conducta; construye un modelo sobre esas premisas, y a partir de ello obtiene un poderoso instrumento de análisis modélico para el estudio de situaciones empíricas"<sup>6</sup>. Vale decir que es la aplicación del análisis microeconómico a las normas e instituciones jurídicas.

---

<sup>3</sup> Ver RACIMO, Fernando M. *El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)*. Revista de Doctrina y Jurisprudencia EL DERECHO, Universidad Católica Argentina, 7 de Abril de 2004, pág. 2.

<sup>4</sup> O como suele ser denominado en el ámbito de lengua española, "análisis económico del derecho".

<sup>5</sup> Ver DI CHIAZZA, Iván G., y MARZETTI, Maximiliano. *Mitos, prejuicios y nuevas alternativas de reflexión en torno al análisis económico del derecho en la Argentina*. Revista de Doctrina y Jurisprudencia EL DERECHO, Universidad Católica Argentina, 9 de Febrero de 2004, pág. 4.

<sup>6</sup> Ver LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis Económico del Derecho: Valoración, Crítica* en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21, Derecho y Economía, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 62.

Es por eso que el análisis económico del derecho otorga más argumentos para pensar en una decisión racional por parte de los individuos, y especialmente del juez.

Ahora bien, si uno considerara el conflicto jurídico como un "... complejo sistema de incertidumbres y de intereses que las más de las veces se pueden maximizar mutuamente y no enfrentar"<sup>7</sup>, entonces, no se puede obviar que en el ámbito del *Law and Economics* se busca reducir esa incertidumbre a través de "... la posibilidad de predecir ciertos efectos no deseados de tal o cual normativa en relación con la comunidad"<sup>8</sup>.

Una de las formas de reducir la incertidumbre es guiando conductas a través de la norma jurídica, la cual es un "... promotor de situaciones de acción de las personas. Esto quiere decir que este tipo de lenguaje tiende a crear en las personas una idea (e inclusive sentimientos) de obligación a realizar el estado de cosas señalado (por los enunciados normativos) que simplemente es deseado y no existente realmente"<sup>9</sup>.

Por último, si se busca predecir efectos no deseados, es porque se sabe qué es lo deseado y se actúa en consecuencia, es decir porque se adoptan decisiones racionales.

Sin embargo, hablar de racionalidad no es algo simple, hay más de un modelo de racionalidad<sup>10</sup>, y más de un inconveniente.

El modelo más simple es el de *racionalidad instrumental*<sup>11</sup>. En palabras de Calvo Soler "La racionalidad instrumental establece la selección de una acción en virtud de, por un lado, las consecuencias que esta genera y, por otro lado, las preferencias de los individuos respecto de dichas consecuencias".<sup>12</sup> Como comenta el profesor español, la principal característica reside en que cada acción está relacionada con un solo fin. El problema reside en que este modelo no brinda una explicación satisfactoria en aquellas circunstancias en donde hay una pluralidad de acciones que conllevan al fin deseado, ya que de darse el caso no encontraríamos una explicación al por qué de entre las dos alternativas posibles eligió una y no otra<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver DI CHIAZZA, Iván G., y MARZETTI, Maximiliano. Op. Cit., pág. 4.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Ver GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. *¿Por qué la Práctica del Derecho por parte del Juez es Absolutamente Irrealizable?*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 6, 2002/03, [ref. 20/1/2004] en [www.filosofiyderecho.com/rtd/numero6/racional\\_ficha.htm](http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero6/racional_ficha.htm)

<sup>10</sup> Cabe distinguir entre "racionalidad" y "modelo de racionalidad". La primera, tiene varias acepciones, ya sea como función explicativa, evaluativa, etc., para este caso lo tomaremos como "... un procedimiento en virtud del cual se pasa de una pluralidad de informaciones criteriosales a una única ordenación de las alternativas". Ver CALVO SOLER, Raúl. *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 63. En cuanto a los modelos son formas de entender la racionalidad.

<sup>11</sup> Si bien hay varios modelos de racionalidad instrumental, utilizaremos el modelo más estándar.

<sup>12</sup> Ver CALVO SOLER, Raúl. Op. Cit., pág. 64.

<sup>13</sup> Es el caso de un auto que se encuentra en medio de un cruce con solo unos pocos litros de nafta en su tanque, en el cruce ve un letrero que indica que para su derecha a solo 2 km hay una estación de servicio, y otro cartel indica que a su izquierda también hay una estación a solo 2 km, cuando el conductor decida, este modelo no podrá decirnos porque tomo un camino y no el otro.

Un modelo algo más complejo es el de *racionalidad en sentido débil*. Este modelo parte del principio de que es imposible reducir los criterios a una única medida, es entonces que "... frente a la pluralidad de acciones surge la pluralidad de criterios a los efectos de conformar una preferencia extrínseca"<sup>14</sup>. De esa preferencia surgirá un criterio y habrá tantos criterios como niveles hay hasta llegar a un último criterio ordenador al que llamaremos metacriterio<sup>15</sup>, pero entonces se plantea "... si no será necesario conceder que, en última instancia, el nivel de ordenación de los criterios se reduce a una mera cuestión de preferencias intrínsecas del agente"<sup>16</sup>. Siendo entonces que encontraríamos una gran dificultad al explicar de donde surge el metacriterio, salvo una respuesta poco racional de "porque lo prefiero". A lo que hay que agregarle el problema que deviene cuando la dificultad del problema a resolver no permite crear un metacriterio, o porque por la naturaleza del problema solo hay una solución posible, en síntesis casos en donde como dice Calvo Soler "... no tiene sentido predicar la racionalidad de las acciones"<sup>17</sup>.

Aparece entonces el modelo de *racionalidad agregativa*, este nuevo modelo propuesto por el profesor Calvo Soler, parte del principio que es necesario una metapreferencia cuando hay insuficiencia de información, pero si se contara con una regla de agregación, se podrá resolver el problema mas allá de contar o no con un metacriterio<sup>18</sup>, de hecho podrá resolverse sin él. Pero entonces, habrán de establecerse una serie reglas a fin de establecer una estructura deliberativa, de este modo encontraríamos un método para que la regla agregativa sea racional, ya que este método de agregación de preferencias se basa en los criterios, pero al mismo tiempo no asume la existencia de un último nivel ordenador (metacriterio).

A tal fin utiliza dos condiciones propuestas por Kenneth Arrow; el de universo irrestricto (establece que se debe resolver el problema de pluralidad de alternativas con independencia de cómo estén conformada las funciones) y el de dictadura (esta condición niega la posibilidad de establecer prioridades entre diferentes informaciones criteriosales) a la que les suma una propuesta de Amartya Sen, el de neutralidad, que estipula que la única información relevante es la que resulta de las proyecciones de los criterios sobre las alternativas.

---

<sup>14</sup> Ver CALVO SOLER, Raúl. Op. Cit., pág. 126.

<sup>15</sup> Volviendo al ejemplo del conductor, este debe hacer un largo viaje y tiene para elegir tres autos, pero por lo heterogéneo de los mismo veremos que el mismo deberá moverse en distintos niveles de decisión. Finalmente y utilizando distintos criterios se arriba a que el auto A tiene una gran comodidad y confort, el auto B tiene un motor muy potente que en pocos segundos logra una fuerte aceleración, y el auto C es el que mas ahorra combustible. El conductor entonces evalúa los distintos autos sobre los tres criterios, debiendo por entonces arribar a un metacriterio. Es entonces que el conductor lleva a cabo una decisión y decide que es mejor para un viaje contar con un auto con potencia por su aceleración por sobre las demás características. Con esta nueva información, el decisor será irracional si decidiendo eso se lleva el mas confortable.

<sup>16</sup> Ver CALVO SOLER, Raúl. Op. Cit., pág. 127/128.

<sup>17</sup> *Id.*, pág. 129.

<sup>18</sup> Siguiendo con el caso del conductor todo se vería simplificado si al mismo se le dijera que debe elegir un auto que no gaste mas de tantos litros de combustible para el viaje.

La idea de estas reglas es la de "... establecer que tipos e información son tenidos en cuenta y cuáles no a los efectos de conformar la preferencia agregada"<sup>19</sup>.

Finalmente, el profesor español culmina diciendo: "La valoración del decisor se relaciona con la siguiente cuestión: en qué medida las informaciones criteriosales no conocidas pueden modificar la decisión a tomar sobre la base de las informaciones conocidas. Sin embargo, la respuesta a este interrogante, dado el problema epistémico que enfrenta el decisor, no puede darse, obviamente atendiendo a los criterios que el desconoce. En cambio, una respuesta posible a este interrogante puede asentarse en las propias experiencias del decisor respecto de las decisiones anteriores, es sobre la base de este conjunto de experiencias que el individuo establece una valoración del nivel de información con el que cuenta para tomar una decisión"<sup>20</sup>.

Como consecuencia, el profesor español concluye que este tipo de racionalidad (por lo menos en el ámbito de la toma de decisión del seguidor de normas jurídicas) si bien supera a los anteriores en muchos aspectos, resuelve solo parcialmente algunos argumentos como el de la insuficiencia de las nociones usadas y el de la irracionalidad del cambio<sup>21</sup>.

### III. ¿Es posible una sentencia estrictamente racional?, el caso Sanadik

Como se sabe, de todas las ciencias pocas se ven más vinculadas a la racionalidad en un sentido tan puro como las matemáticas. Veamos entonces un ejemplo encontrado en la literatura, en donde un matemático deberá tomar una decisión con respecto a la condena de un contrabandista, ¿Podrá arribar a una solución justa contando con la racionalidad como único instrumento?.

"- El contrabandista Sanadik, de Basora, preso hace cuatro años en la frontera, fue condenado a prisión perpetua. Esa pena acababa de ser reducida a la mitad por justa y sabia sentencia de nuestro gloriosos Califa, Comendador de los Creyentes y sombra de *Allah* en la tierra...

Designemos por  $x$  el período de la vida de Sanadik, el período que va desde el momento que quedó preso y condenado hasta el término de sus días. Sanadik fue condenado por tanto a  $x$  años de prisión, esto es, a prisión perpetua. Ahora, en virtud de la regia sentencia, dicha pena se reducirá a la mitad. Si dividimos el tiempo  $x$  en varios periodos, importa decir que a cada periodo de prisión debe corresponder igual periodo de libertad.

¡Perfectamente!, exclamo el visir con aire inteligente. Comprendo muy bien tu razonamiento.

Ahora bien, como Sanadik ya estuvo preso durante cuatro años, resulta claro que deberá quedar en libertad durante igual periodo, es decir durante cuatro años.

---

<sup>19</sup> Ver CALVO SOLER, Raúl. Op. Cit., pág. 188

<sup>20</sup> Íd., pág. 208.

<sup>21</sup> La explicación de ambos argumentos y los problemas que plantean excederían los objetivos del presente trabajo, sin embargo invitamos a los interesados en el tema a profundizar la lectura del autor citado.

En efecto. Imaginemos que un mago genial pudiera prevenir el número exacto de años de la vida de Sanadik, y nos dijera: “Este hombre tenía solo por delante 8 años de vida cuando fue detenido”. Pues bien, en ese caso tendríamos que  $x$  es igual a 8, es decir Sanadik habría sido condenado a 8 años de prisión y esta pena quedaría reducida ahora a 4. Pero como Sanadik ya está preso desde hace cuatro años, el hecho es que ya ha cumplido toda su pena y debe ser considerado libre. Si el contrabandista, por determinaciones del Destino, tuviera que vivir más de 8 años, su vida  $-x$  mayor que 8- podrá ser descompuesta en tres periodos: uno de 4 años de prisión  $-ya$  transcurrido-, otro de 4 años de libertad, y un tercero que deberá ser dividido en dos partes, prisión y libertad. Fácil es concluir que para que cualquier valor de  $x$   $-$  desconocido-, el detenido tendrá que ser puesto inmediatamente en libertad, conforme demostré, de acuerdo con la ley.

Finalizado ese plazo, o mejor, terminado ese periodo, deberá volver a la prisión y quedar recluido durante un tiempo igual a la mitad del resto de su vida.

Sería fácil tal vez encerrarlo un año y devolverle la libertad al año siguiente. Quedaría, gracias a esa resolución, un año preso y otro libre, y de ese modo pasaría la mitad de su vida en libertad conforme manda la sentencia del rey.

Tal solución, sin embargo, solo sería cierta si el condenado viniera a morir el último día de uno de sus periodos de libertad.

Imaginemos que Sanadik, después de pasar un año en la cárcel, fuera puesto en libertad y muriera por ejemplo en el cuarto mes de libertad. De esta parte de su vida  $-un$  año y cuatro meses- “un año preso” y “cuatro meses libre”. Esto no sería correcto, habría un error de cálculo. Su pena no habría sido reducida a la mitad.

Más simple sería detener a Sanadik durante un mes y concederle la libertad al mes siguiente. Tal solución podrá, dentro de un periodo menor, conducir a error análogo. Y esto acontecería  $-con$  perjuicio para el condenado- si él, después de pasar un mes en la prisión, no tuviera luego un mes completo de libertad.

Podrá parecer, diréis, que la solución del caso consistirá al fin en detener a Sanadik un día y soltarlo al otro, concediéndole igual periodo de libertad, y proceder así hasta el fin de la vida del condenado.

Tal solución no corresponderá, con todo, a la verdad matemática, pues Sanadik  $-como$  fácil es comprender- podrá ser perjudicado en muchas horas de libertad. Basta para eso que muera horas después de un día de prisión.

Tener detenido al condenado durante una hora y soltarlo luego, y así sucesivamente hasta la última hora de la vida del condenado, sería la solución acertada si Sanadik muriera en el último minuto de una hora de libertad.

De lo contrario su pena no habría sido reducida a la mitad que es lo que dispone el indulto.

La solución matemáticamente cierta, consistirá pues en lo siguiente:

Detener a Sanadik un instante de tiempo y soltarlo al instante siguiente. Es preciso, sin embargo, que el tiempo de prisión  $-el$  instante- sea

infinitamente pequeño, esto es indivisible. Lo mismo ha de hacerse con el periodo de libertad que siga.

En realidad, tal solución es imposible, ¿Cómo detener a un hombre durante un instante indivisible y soltarlo en el instante siguiente? Hay pues que apartar esta idea y considerarla como imposible. Solo veo ¡oh, Visir!, una manera de resolver el problema: que Sanadik sea puesto en libertad condicional bajo vigilancia de la ley. Esa es la única manera de tener detenido y libre un hombre al mismo tiempo”<sup>22</sup>.

Tal como se desprende del texto anterior, la más pura racionalidad no puede dar solución por sí sola a los problemas que el escenario jurídico nos plantea. Cuando al célebre matemático se le preguntó el por qué recomendaba esa decisión, su respuesta distó un poco de la racionalidad. “Al día siguiente le pregunte [...] que motivos le habían llevado a dar tan original solución al problema del condenado. Y me respondió:

- Sólo quien ya estuvo, aunque sólo fuera por un momento, entre los muros de una mazmorra, sabe resolver esos problemas en que los números son partes terribles de la desgracia humana”<sup>23</sup>. Entonces, ¿qué más nos mueve a decidir, cuándo con sólo la racionalidad no alcanza?

#### IV. Un nuevo actor aparece en escena

La psicología cognitiva puede ayudarnos. Es sabido la importancia que ha devenido en el área de la economía<sup>24</sup>, el derecho y todo campo concerniente a los juicios humanos y a la toma de decisiones.

Su vinculación con los argumentos y la motivación podemos percibirla con el siguiente ejemplo: en una campaña llevada a cabo por la administración pública para promover el ahorro de energía, se presentan dos líneas argumentales que contienen exactamente la misma información: (a) si usted utiliza los métodos de conservación de energía, ahorrara \$X por año, (b) si usted no utiliza los métodos de conservación de energía, perderá \$X por año. Al respecto los comentarios son unánimes, el segundo argumento será mucho más efectivo que el primero<sup>25</sup>.

Este resultado se debe a que: “... las preferencias de los individuos son elaboradas sobre ciertas tendencias (biases)[...] y se sustentan en un marco contextual que –en una sociedad de consumo- se encuentra profundamente afectado por los marcos de referencia que suministran los productores y vendedores de artículos de consumo. A partir de estas posiciones, el modelo conductista considera que los seres humanos usan métodos de búsqueda

---

<sup>22</sup> Ver TAHAN, Malba. *El hombre que calculaba*. Veron/Editor, Barcelona, 1984, págs. 116/117.

<sup>23</sup> *Id.*, pág. 117.

<sup>24</sup> En el año 2002 la academia Sueca de Ciencias le otorgó el Premio Nóbel de Economía a Daniel Kahneman, por integrar estudios de economía con estudios de psicología.

<sup>25</sup> Ver ARONSON, Elliot. *The Social Animal* 124-26 (Freeman 6<sup>th</sup> ed 1996), comentado por SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Analysis of Law*. The University of Chicago Law Review, Vol. 64, pág. 1177.



defectuosos para simplificar sus elecciones en condiciones de incertidumbre  
...<sup>26</sup>.

Para tal fin, tomaremos como referencia los trabajos de Fernando M. Racimo<sup>27</sup> y Cass R. Sunstein<sup>28</sup> en donde encontramos, entre otras cosas:

Si bien excedería las intenciones del presente trabajo desarrollar la aplicación de los conocimientos de la teoría conductista en el derecho, es sin embargo materia obligatoria en lo atinente a ciertas tendencias que lo vinculan con la toma de decisión.

Aversión a los extremos (extremeness aversion): significa que la gente es reacia a los extremos. El autor comenta que si se diera a elegir entre una radio pequeña (A) y una mediana (B), muchos elegirían la pequeña (A), pero si se le agrega una tercera opción, una radio más grande que las dos anteriores (C), muchos que antes prefirieron la radio pequeña (A) ahora elegirían la intermedia (B)<sup>29</sup>.

Aversión a las pérdidas (loss aversion): esto significa que la gente es reacia a las pérdidas, tal como se comentó anteriormente con el ejemplo del ahorro de energía. El punto de referencia es el status quo, la gente prefiere cometer errores de omisión que de acción<sup>30</sup>, por tal motivo es muchas veces manipulada a fin de transformar una posible ganancia en una pérdida. Tal como ocurre con las leyes, en donde en vista a promover algo se producen mejores resultados al utilizar penalidades como multas a la conducta no deseada, en lugar de otorgar subsidios para la deseada.

Optimismo irreal (unrealistic optimism): esta tendencia muestra que la gente en general es sistemáticamente optimista y tomará demasiado en cuenta sus propios juicios. Así, las personas mayores subestiman la probabilidad de que en un futuro se vean envueltas en un accidente de tránsito o que contraigan graves enfermedades<sup>31</sup>.

Exceso de confianza (overconfidence): esta tendencia de exceso de confianza se manifiesta por ejemplo, en que la mayoría de la gente cree que tiene menos probabilidades que otros de ser víctimas de un accidente de auto, contraer SIDA, ataques al corazón, etc. En otro ámbito se manifiesta en que el 90 % de los conductores consideran que su desempeño es por encima del promedio<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> Ver RACIMO, Fernando M. *El análisis conductista del derecho (sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)*. Revista de Doctrina y Jurisprudencia EL DERECHO, Universidad Católica Argentina, 7 de Abril de 2004, pág. 2.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> Ver SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Analysis of Law*. The University of Chicago Law Review, 1997, Vol. 64, págs. 1175-1195.

<sup>29</sup> *Íd.*, pág. 1182.

<sup>30</sup> "Status quo bias is related to the phenomenon of "commission bias": people would much prefer to make an error of omission than one of commission". Ver RITOV, Iliana and Baron, Jonathan. *Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity*, 3 J Behav Decision making 263, 263 (1990), comentado por SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., pág. 1180.

<sup>31</sup> Ver TAYLOR, Shelley E. *Positive Illusions: Creative Self- Deception and the Healthy Mind*, 33 (Basic 1990) comentado por SUNSTEIN, Cass R. Op. Ci., pág. 1183.

<sup>32</sup> Ver WEINSTEIN, Neil D. *Optimistic Biases About Personal Risks*, 246 Science 1232 (1989) y TAYLOR, Shelley E. *Positive Illusions: Creative Self- Deception and the Healthy Mind*, 10-11 (Basic 1990), comentados por SUNSTEIN, Cass R. Op. Ci., pág. 1183.

Anclaje (anchoring): esta tendencia pone de manifiesto que frecuentemente las personas formulan estimaciones sobre la base de un valor inicial o anclaje, el cual puede ser caprichoso o irracional, pero desde donde los ajustes no serán suficientes para arribar a una cifra acorde a la situación<sup>33</sup>. Es así que, en el ámbito del derecho, “Los montos reclamados en una demanda - aunque sean desproporcionados para el caso específico- pueden llevar a un juez a fijar una indemnización excesiva por la influencia de esta tendencia del comportamiento humano”<sup>34</sup>.

Disponibilidad (availability): esta tendencia muestra como los individuos responden a ciertos riesgos de acuerdo a su disponibilidad mental, es decir, con datos que por alguna razón sobresalen en su memoria y son por tanto recuperables. Así, a la hora de medir costos, la gente recurre a ideas accesibles a su mente mas que a los datos que verdaderamente necesita. Lo mismo ocurre en otras circunstancias: por tener una disponibilidad mayor en su mente para los accidentes aéreos, una persona puede pensar que es más peligroso viajar en avión que en auto, cuando es totalmente falso (y por mucho)<sup>35</sup>.

Representatividad (representativeness): esta tendencia muestra “... que los individuos no siempre recolectan todos los datos necesarios para llegar a una solución racional. En verdad, lo que las personas hacen es extraer o seleccionar un conjunto de datos que consideran representativos para llegar a una conclusión”<sup>36</sup>. Esta manera de tomar referencias constantes en vez de interiorizarse completamente<sup>37</sup> no sólo parecería verse acrecentada a raíz de la globalización y la escasez cada vez mayor de tiempo (antes el problema era conseguir información, ahora se tiene tanta información que el problema es saber cuál elegir para informarse, porque los tiempos de hoy no permiten adquirirla toda), sino que parece típico de la lectura de los contratos. Es común que las personas al leer un contrato no lean todas las cláusulas, sino solo aquellas que, a su entender, resumen toda la información. El problema surge cuando hacen ciertas asociaciones que nada denotan con el espíritu del contrato, por ciertas frases que aisladas significan una cosa pero que en contexto, en una cláusula concreta significan otra cosa.

Mas precisamente en el ámbito judicial, se perciben ciertas tendencias vinculadas a la toma de decisión tanto de jueces como de jurados. Siguiendo el trabajo de Prentice Robert A. & Koehler Jonathan J.<sup>38</sup> se destacan los siguientes tipos de tendencias (entre otras):

Tendencia a la omisión (omission bias): esta tendencia denota que, según investigaciones realizadas a jueces y jurados en EE.UU., la gente encuentra más reprochable malos resultados derivados de actos, que los malos

<sup>33</sup> Ver SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., pág. 1188.

<sup>34</sup> Ver RACIMO, Fernando M. Op. Cit., pág. 3.

<sup>35</sup> Ver KAHNEMAN and TVERSKY, *Conflict Resolution*, in Arrow, et al, eds, *Barriers to Conflict Resolution* at 47-48 (cited in note 33); VISCUSI, *Fatal Tradeoffs* (cited in note 15). Comentado por SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., pág. 1188.

<sup>36</sup> Ver RACIMO, Fernando M., Op. Cit., pág. 3.

<sup>37</sup> “Judgments about probability are in large part judgments about whether some process A will bring about some event B”. Ver SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., pág. 1188.

<sup>38</sup> Ver PRENTICE, Robert A. & KOEHLER Jonathan J. *A Normality Bias in Legal Decision Making*. Cornell Law Review, 2003, Vol. 88, pags. 583-650.

resultados derivados de otras omisiones equivalentes<sup>39</sup>, según investigaciones realizadas a jueces y jurados en U.S.A.. En vista a que la gente distingue entre actos y omisiones aun en los casos en donde sus rasgos distintivos no se encuentran<sup>40</sup>, este rasgo psicológico<sup>41</sup> puede colaborar al resultado de ciertas decisiones. Es probable que un juez encuentre responsable a un asistente social que transfiere a un menor de su hogar de crianza, para ponerlo en un hogar en donde se lo somete a abusos; pero ese mismo juez quizá se pronuncie de distinta manera si el caso fuera de un asistente social que negligentemente no transfiere a un menor de un hogar en donde se lo somete a abusos. En el segundo caso el asistente social tomó una decisión igual de mala que el primero, sólo que en este caso la decisión fue la de no actuar<sup>42</sup>. Similares características podría llegar a tener el caso de los corredores de bolsa con poder discrecional de manejar la cartera de sus clientes. El corredor #1 vende las acciones que su cliente tenía en la empresa ABC, para comprar acciones de la empresa XYZ. El corredor #2 decide cambiar las acciones que posee su cliente en la empresa XYZ por acciones de la empresa ABC, pero finalmente nunca lleva a cabo la operación. Suponiendo que las acciones de la empresa ABC aumenten notablemente su rendimiento y que las de XYZ bajen de manera sustancial, ambos clientes han sufrido el mismo detrimento económico. Sin embargo, las investigaciones realizadas sugieren que el jurado vera una conexión mas fuerte entre un mal resultado y la decisión de actuar que entre el mal resultado y la decisión de no hacerlo. Por lo tanto, el jurado estará proclive a asignarle más responsabilidad al corredor #1, y por tanto atribuírsele a su cliente una indemnización mayor<sup>43</sup>.

Tendencia a la normalidad (normality bias): es la tendencia a reaccionar con mayor fuerza ante los malos resultados que surgen de circunstancias anormales, que ante otros idénticos resultados que surgen de circunstancias más ordinarias<sup>44</sup>. Esta preferencia de lo usual a lo inusual<sup>45</sup> no solo puede percibirse ante la reticencia de los jueces a abandonar una corriente jurisprudencial establecida, sino también en hechos cotidianos. Los autores comentan que si el señor X es atacado mientras toma su ruta habitual de su casa al trabajo, y en un incidente paralelo el señor Y es atacado de idéntica manera y con idénticas consecuencias, en una ruta inusual hacia su trabajo, el atacante del señor Y pasaría mas tiempo en la cárcel que el atacante del señor X. Esto se debe a que la gente percibe una conexión más cercana entre malas

---

<sup>39</sup> Íd., pág. 587.

<sup>40</sup> "...people continue to distinguish acts and omissions [...] even when the feature that typically makes them different is absent". Ver BARON, Jonathan. *Nonconsequentialist Decisions*, 17 BEHAV. & BRAIN SCI. 1,3 (1994) citado por PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 592.

<sup>41</sup> "Acts and nonacts, if not ontologically or logically distinct, are psychologically distinguishable". Ver LANDMAN, Janet. *Regret and Elation Following Action and Inaction: Affective Responses to Positive to Negative Outcomes*, 13 PERSONALITY & SOC. BULL. 524,526 (1987), citado por PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 593.

<sup>42</sup> Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pags. 593/594.

<sup>43</sup> Íd., pág. 587.

<sup>44</sup> Íd., pág. 588.

<sup>45</sup> "To be normal is to be acceptable, right, and in step with the world". Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 595.

consecuencias y estados anormales que entre malas consecuencias y estados normales<sup>46</sup>.

Teoría del arrepentimiento (regret theory): de todos los sentimientos que influyen<sup>47</sup> en la toma de decisiones<sup>48</sup>, el arrepentimiento es el más estudiado. Se lo define como “El sentimiento doloroso que experimenta una persona después de determinar que pudo haber obtenido un mejor resultado si hubiera decidido o se hubiera comportado de forma diferente”<sup>49</sup>. Siguiendo con el caso de los corredores de bolsa anteriormente nombrado y las fluctuaciones de las empresas ABC y XYZ, se demostraría que aun si no hubiera juicio de por medio el corredor #1 se sentiría más arrepentido por su accionar que el corredor # 2 por su omisión<sup>50</sup>. Es decir, minimizar el arrepentimiento es más importante para la toma de decisión que minimizar el riesgo, y vinculado con otras tendencias se percibe que la gente tiende a arrepentirse más por acciones que por omisiones y que aparecen más por consecuencias de situaciones anormales que por situaciones normales.

Teoría de la atribución (*attribution theory*): la teoría de la atribución señala que la gente organiza sus pensamientos sobre el mundo físico y social en términos de relación de causalidad y que es particularmente importante en este proceso determinar a qué causa o conjunto de causas pueden ser atribuidos determinados efectos<sup>51</sup>. Así, en un estudio la gente encontró la eutanasia activa más reprochable que la pasiva<sup>52</sup>.

Estas son sólo algunas de las tendencias. Este nuevo enfoque del derecho que surgió como respuesta al *Law and Economics*, (quienes sostienen que las personas realizan decisiones racionales), esta forjando nuevos movimientos dentro del derecho. Sin embargo, para algunos la psicología cognitiva todavía no da una explicación satisfactoria, para la toma de decisiones<sup>53</sup>.

<sup>46</sup> Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 587.

<sup>47</sup> “...people do not behave the way of that rational actors do because people also feel emotions and this emotions drive behavior”. Ver HUANG, Peter H. *Reasons Within Passions: Emotions and Intentions in Property Rights Bargaining*, 79 OR. L. REV. 435, 435 (2000) citado por PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., note 104.

<sup>48</sup> A lo largo de distintas investigaciones se han estudiado la influencia en la decisión de: la culpa, la vergüenza, la pena, el pánico y la esperanza.

<sup>49</sup> “The painful feeling a person experiences upon determining she could have obtained a better outcome if she had decided or behaved differently”, (La traducción al castellano es nuestra). Ver GUTHRIE, Chris. *Better Settle than Sorry: The Regret Aversion Theory of Litigation Behavior*, 1999 U. ILL. REV. 43, 65-66 citado por PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pags. 606-607.

<sup>50</sup> “... expert have concluded that the fact that people experience more regret over negative outcomes stemming from action than negative outcomes stemming from inaction”. Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pags. 610/611.

<sup>51</sup> Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 613.

<sup>52</sup> “In one study, people found active euthanasia more blameworthy than passive euthanasia, even in situations that were comparable in terms of the physician’s motive (to minimize patient suffering) and the end result (the patient’s death)”. Ver PRENTICE, R. A. & KOEHLER J. J. Op. Cit., pág. 614.

<sup>53</sup> “Some cognitive phenomena that BDT\* describes cannot easily be characterized as producing errors in judgment. For example, some phenomena produced by the disparate treatment of gain and losses are not clearly errors. Because of this disparity, people get attached to the status quo and value things that they own more than things that they do not. This phenomenon is called the endowment effect. It is not entirely clear that the endowment

## V. Breve reseña de ideas

Ahora bien, es sabido que la aplicación del derecho es algo universal, incluso las tribus de estructura social más simple tienen un sistema por medio del cual imparten justicia, pero también es sabido que su aplicación varía de acuerdo al sistema, corriente, etc.

En Europa Occidental existen cuatro corrientes de pensamiento jurídico: el Anglosajón, el Escandinavo, el Francés y el Alemán. Generalmente cuando se habla de sistema continental se hace referencia a la corriente francesa y alemana ya sea por su trascendencia o por la cantidad de países que le han dado cabida<sup>54</sup>.

Estas variaciones provocan que al momento de resolver un problema, se razone y decida de distinta manera. Así, por ejemplo, a la hora de reflexionar para un sistema como el anglosajón, se utiliza un modelo lógico parecido a la inducción<sup>55</sup>, mientras que en sistemas como el continental pareciera que se utiliza mayoritariamente la deducción<sup>56</sup>.

Esto se debe a que en el sistema anglosajón no existen los Códigos (salvo Louisiana en EE.UU) por lo que la jurisprudencia tiene un factor más trascendental que en el sistema continental.

Por tal motivo, es necesario abrir un poco el espectro y ver qué es lo que pareciera promover la decisión a los jueces de un sistema distinto al continental. Por ese motivo nos limitaremos a seguir diversos comentarios de un trabajo de Neil S. Siegel<sup>57</sup> en donde se resumen los distintos focos de discusión en lo referente a la toma de decisión de los jueces en buena parte de la doctrina anglosajona.

Comencemos con H.L.A. Hart. Para este autor, lo que promueve a que el juez decida en un sentido particular y no en otro, son las reglas institucionales de juzgamiento. Siegel sigue algunos de los conceptos vertidos por Hart en *The Concept of Law*, y sugiere que no es que los jueces no tengan preferencias o que éstas no intervengan en la decisión, sino que si esas preferencias no siguen reglas institucionales o incluso se las eligiera por sobre las reglas institucionales se estaría comportando de manera ilegítima<sup>58</sup>.

---

effect leads to unwanted outcomes, and it might even be consistent with rational-choice theory". Ver RACHLINSKI, Jeffrey J. *The "New" Law and Psychology: A reply to critics, skeptics, and cautious supporters*. Cornell Law Review, 2000, Vol. 85, pags. 758/759. (\* BDT son las iniciales de "behavioral decision theory").

<sup>54</sup> Así, el Derecho Francés basado en el Código Napoleónico de 1804 escrito por Jean Jacques Cambacérès y una comisión compuesta por cuatro juristas, ha influenciado el derecho de países como: Holanda, Bélgica, Polonia, España, Portugal, toda Latinoamérica, Indonesia, Indochina, etc. El Alemán en cambio esta basado en el Bürgerliches Gesetzbuch de 1896 y consta de una notable influencia por parte de Friedrich Karl von Savigny, sirvió de base para el derecho de países como: Austria, Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Suiza, Yugoslavia, Turquía, Japón, Corea del Sur, etc.

<sup>55</sup> En 1910 la Corte ante el caso X fallo Y, en 1958 la Corte ante el caso X1 (muy parecido a X) fallo Y, en 1983 la Corte ante el caso X2 (muy parecido a X) fallo Y, el 7/5/2005 sucedió un caso muy parecido a X, probablemente la Corte falle Y.

<sup>56</sup> El que matare será condenado de 8 a 25 años de prisión, el señor W mató, por lo tanto será condenado de 8 a 25 años de prisión.

<sup>57</sup> Ver SIEGEL, Neil S. *Sen and the Hart of Jurisprudence: A Critique of the Economic Analysis of Judicial Behavior*. California Law Review, 1999, Volume 87, págs. 1581-1606.

<sup>58</sup> Íd., pág. 1585, nota 17.

El autor continúa diciendo que, para Hart, la condición mínima necesaria para la existencia de un sistema legal consiste en esas “reglas de adjudicación”<sup>59</sup> (es decir, aquellas reglas secundarias que confieren poder judicial y status especial sobre las declaraciones judiciales). Las reglas de adjudicación deben ser efectivamente aceptadas como estándar público común de comportamiento oficial por los propios oficiales<sup>60</sup>. En caso de haber decisiones contradictorias y arbitrarias todo resultaría en un caos.

Según Siegel, el proceso de razonamiento judicial descrito por Hart consiste en dos elementos, a saber: (1) el punto de vista interno asociado con las reglas sociales, a las cuales también llama estándares de conducta, y (2) el fenómeno de obligación<sup>61</sup>.

Sin embargo, se encarga de diferenciar una regla social de un hábito general. En síntesis, si se concibe una regla no es sólo como un signo de que el individuo se debe comportar de determinada manera sino también una razón para hacerlo, aceptándose los aspectos internos de las reglas desde el punto de vista interno. Concluye diciendo que el hecho de que una persona se encuentre bajo una obligación presupone la existencia de una regla<sup>62</sup>.

Por todo eso, los jueces no pueden hacer lo que quieran, ya que cuando deben tomar decisiones, están sujetos a reglas institucionales de juzgamiento que deben seguir, aceptado los principios de construcción reglamentaria y de interpretación constitucional como estándar de conducta y obligación<sup>63</sup>. Incluso en los casos en donde un juez siguiendo las reglas obligatorias de juzgamiento lleva a cabo una elección en donde revela su preferencia personal y maximiza su beneficio, son las reglas y no sus preferencias las que explican su comportamiento. Es decir, son las reglas institucionales de juzgamiento y no las preferencias del juez las que proveen las razones para su decisión<sup>64</sup>.

Si bien Amartya K Sen no es abogado<sup>65</sup>, sus estudios vinculados a la toma de decisión lo convierten nuevamente en una cita obligada.

Para Sen (siempre siguiendo a Siegel) la elección de los jueces según su propio interés podría no existir porque el comportamiento en la elección

---

<sup>59</sup> “Hart argues that a minimum condition necessary for the existence of a legal system consist in its rules of adjudication”. Ver SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1586.

<sup>60</sup> “Effectively accepted as common public standards of official behavior by its officials”. Ver HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2º ed. 1994, pág. 116.

<sup>61</sup> Ver SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1586.

<sup>62</sup> Íd., pág. 1587.

<sup>63</sup> Íd., pág. 1588.

<sup>64</sup> “When a judge follows the obligatory rules of judging in making a choice that reveals her preferences and maximizes her welfare, it is still the rules and not her preferences that explain her behavior [...] The institutional rules of judging, not the judge’s preferences, provide the reason for her decision”. SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1595.

<sup>65</sup> Profesor Hindú establecido en U.S.A. durante varios años donde impartió clases de Economía y Filosofía, fue galardonado con el premio Nóbel de Economía en 1998 por su contribución a la microeconomía en todo lo vinculado a la teoría de la elección social, sus principales investigaciones se han desarrollado en forma de crítica a la teoría de la elección racional. Luego de ganar el Nóbel se estableció en Inglaterra para impartir clases en Cambridge.

podría no revelar sus preferencias y si así lo hiciera, dicha elección preferencial podría no satisfacer su interés personal<sup>66</sup>.

Desde el punto de vista forense, también se percibe una concepción similar: "Cuando un juez estudia la causa para dictar sentencia tiene en mente todos estos criterios. Examina, por cierto, la credibilidad individual de las pruebas (esto es, la correspondencia que pueda atribuírseles con los hechos reales); pero ese examen se practica en un marco formal muy estricto. Ésta es, para el magistrado, la "verdad del expediente": la imagen de los hechos no como ellos sucedieron, ni siquiera como el mismo juez llega a suponer que sucedieron, sino *como el juez se siente obligado a decir que sucedieron* de acuerdo con las pruebas presentadas, interpretadas de acuerdo a ciertas reglas procesales y aplicadas sobre un panorama de presunciones legales"<sup>67</sup>.

En un principio, parece haber cierta similitud tanto con la idea vertida por Sen como por los conceptos anteriores de Hart; sin embargo, el Profesor Guibourg (quien en Argentina se desempeña como juez de 2º instancia en el fuero laboral ) agrega: "Todos sabemos que hay una industria del testigo falso, desde la artesanal ejercida por nuestro vecino quien jura habernos visto trabajar dieciocho horas diarias en la otra punta de la ciudad hasta la que se ofrece a gran escala para los accidentes de tránsito en los bares aledaños a los tribunales. Es una industria tan antigua que uno de los diez mandamientos se digna disponer `No levantarás falso testimonio`"<sup>68</sup>.

A raíz de eso comenta : "La primera pregunta que nos formulamos ante el relato que se nos propone es, pues, si su autor tiene algún interés personal en los hechos que cuenta"<sup>69</sup>, siendo por tanto el interés personal una de las figuras principales del proceso judicial, no sólo entre las partes (lo cual es obvio) sino para todos los involucrados (abogados, peritos, testigos, etc). Pero si entonces, a diferencia de las partes, el juez no buscara su propio interés, ¿qué buscaría entonces?, Quizás esta última frase nos responda: "El proceso judicial, en todos los casos, busca llegar a una *verdad del expediente* a la que puede atribuirse, con cierta plausibilidad conjetural, alguna semejanza con la verdad de los hechos"<sup>70</sup>.

¿Es acaso un indicio? ¿Acaso el juez escapa a la tentación de buscar su propio interés? ¿Acaso cuando dicta sentencia se pronuncia por lo que se siente obligado a decir y no por lo que cree realmente?

Esto viene a colación de que para Sen (y dando la sensación de que participa de una postura de ética Kantiana) el compromiso es la prueba de que las elecciones de las personas no se basan en el interés personal. Para él, una de las maneras de identificar el compromiso es cuando una persona elige actuar de un modo, sabiendo que le producirá menor beneficio, que otras

---

<sup>66</sup> "First, a judge's choice behavior may fail to reveal her preferences [...] Second, even if a judge's choice does reveal her preferences, her self-interest may not be identifiable with satisfaction of that preference". Ver SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1583.

<sup>67</sup> Ver GUIBOURG, Ricardo A. *Proceso y verdad*, Revista *Jurisprudencia Argentina*, Volumen 2004-I, Lexis Nexis, pág. 1114.

<sup>68</sup> Íd., pág. 1115.

<sup>69</sup> Íd., pág. 1116.

<sup>70</sup> Íd., pág. 1115.

alternativas también disponibles<sup>71</sup>. El ejemplo que brinda es la votación. El acto de votar de un ciudadano (recordemos que en EE.UU el voto es optativo, a diferencia de Argentina por ejemplo, donde el voto es obligatorio), tiene un costo (el tiempo invertido en pensar el voto, conocer las distintas plataformas, ir efectivamente al lugar a emitirlo, etc.) que no reporta un beneficio individual acorde con el costo que le deriva a la persona que votó, y la probabilidad de que el voto de esa persona sea el decisivo es prácticamente nula. Sin embargo, mucha gente se acerca a votar en las elecciones nacionales porque lo considera un deber. También podría trasladarse el ejemplo a un activista, ya sea político o de una institución de bien público.

Es decir, que para Sen, el sentido del deber o de la responsabilidad puede hacer que una persona priorice un objetivo por sobre otro que le reportaría un beneficio personal mayor.

En cambio, Richard Posner (aquí Siegel toma como referencia "Overcoming Law"), hace referencia a una teoría centrada en el juez ordinario y no en el juez Titán, en vista de que la mayoría del derecho no está aplicado por los grandes juristas sino por el común de los jueces<sup>72</sup>.

Para Posner es totalmente aplicable al derecho la teoría de la elección racional, que tanto auge ha tenido en la economía, y es una herramienta muy útil para explicar y predecir el resultado de las decisiones judiciales, ya que para él (como comenta Siegel) la mayoría del comportamiento judicial es, en el fondo, interés personal. De ese modo, coloca sobre el tapete cuestiones tales como salario, prestigio, popularidad, reputación, etc.<sup>73</sup>

Si bien admite la existencia de reglas institucionales, para él, no habría una obligación de seguirlas y, en caso de hacerlo, obedecería a una causa externa que puede ser tan variable como factores sociales o el simple hecho de encontrarlo placentero. Sea como fuere, para Posner, el seguir esas reglas de juzgamiento se debe a una maximización de utilidad y no a una heroica abnegación por parte de los jueces<sup>74</sup>. Es decir, si los jueces siguen las reglas de juzgamiento es para su propio deleite, a fin de que disfrutaran siguiéndolas.

<sup>71</sup> "One way of defining commitment is in terms of a person choosing an act that he believes will yield a lower level of a personal welfare to him than an alternative that is also available to him". Ver SEN, Amartya K. *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, 6 PHIL.& PUB. AFF.(1977) pág. 327, citado por SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1593.

<sup>72</sup> "... most law is made not by the handful of great judges but by the mass of ordinary ones ...". Ver POSNER, Richard. *Overcoming Law*, (1995), pág. 110, citado por SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1597.

<sup>73</sup> Cabe destacar que en cuanto a la función judicial hay países como la Argentina por ejemplo en donde el cargo de juez es vitalicio, mientras en otros países el cargo es por un tiempo determinado, a su vez hay otros cargos como el de fiscal en donde en algunos países como U.S.A. es por elección democrática, mientras que en otros es por concurso de antecedentes. Por eso cuestiones como el prestigio y la reputación puede tener mas importancia para los jueces de ciertos países que en otros.

<sup>74</sup> "The judicial game has rules that lawyers learn in law school and then in practice or teaching. Both self-selection and the careful screening of federal judicial candidates help to assure that most lawyers who become federal judges will be lawyers who enjoy this particular game. They are therefore likely to adhere, more or less, to the rules limiting the considerations that enter into their decisions. This is just Wittgenstein's point that rules bind because they are accepted, rather than being accepted because they bind. Nothing *in* a rule imposes an obligation to follow it. The decision to obey comes from outside, from force or socialization or the fact that the rules is constitutive of a pleasurable activity [...] Most judicial decisions do have a "ruled" quality. The



De todo lo expuesto, Siegel concluye que, para Posner, las reglas no proveen un indicio por el que el juez decide, sino que es el interés del decisor en seguirlas, (por placer, etc) la razón de su decisión<sup>75</sup>.

## VI. Palabras Finales

Cabe aclarar que, tras lo expuesto, no queremos implicarnos en una discusión filosófica que contradiga la concepción de que el hombre es un ser racional, sólo pretendimos aclarar que ser racional no significa ser la racionalidad misma.

A modo de ejemplo, tomaremos la elección con respecto al amor<sup>76</sup>.

En ese ámbito<sup>77</sup>, se aprende rápidamente que uno no se enamora<sup>78</sup> de lo que más le conviene, es decir, si los padres tuvieran la oportunidad de arreglar el matrimonio de su hijo, probablemente buscarían una persona ordenada, paciente, calma y prudente para educar y contrastar el desorden, ímpetu y mal carácter de su descendiente.

Sin embargo, eso no será obstáculo para que el muchacho se enamore de una persona de carácter extremadamente fuerte y que, de tanto en tanto, se arme la Tercer Guerra Mundial entre ellos dos. Eso a simple vista, no es lo que mas le convendría desde un punto de vista objetivo, pero si subjetivo, ya que es quien eligió por sobre todas las demás, es la persona que quiere y es quien hace crecer ese sentimiento en él.

Eso se debe a que el amor es por sobre todas las cosas una afirmación “que bueno que existas” pero también incluye una aprehensión, es decir incluye el ver a la otra persona como un bien.

---

analogy to games helps show how this is consistent with utility maximization and how it therefore does not presuppose heroic self-abnegation on the part of the judges”. Ver POSNER, Richard. *Overcoming Law*, (1995) pags. 131,133, citado por SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1598.

<sup>75</sup> “According to Posner’s theory of judicial behavior, the relevant rules do not provide the *signal* for the judge to decide a case in the manner they require; instead, the judge’s self-interested pursuit of enjoyment constitutes the *reason* for her decision”. Ver SIEGEL, Neil S. Op. Cit., pág. 1600.

<sup>76</sup> “Amar es una elección, la más importante y la mas radical que el hombre pueda ser llamado a cumplir. En ella se sitúa plenamente su libertad de criatura racional, capaz de orientar el propio destino”. Ver SAVAGNONE, G. *L`amicizia nel pensiero di S. Tommaso D`Aquino*, en «Sapienza» XXXIV (1981), págs. 432/433, citado por URRUTIGOYTI PITHOD, Diego. *El amor: Un acercamiento antropológico desde Tomás de Aquino*. Excerpta e Dissertationibus in Philosophia, Vol. VIII, N°.6, Facultad Eclesiástica de Filosofía, Universidad de Navarra, Pamplona 1998, pág. 480. “...El amor es siempre un preferir [...] ser amado quiere decir ser tratado como una excepción”. Ver PIEPER, Josef. *Las virtudes fundamentales*, Ed. Rialp en coedición con Grupo Editor Quinto Centenario, 3º edición, Bogotá, 1988, pág. 471.

<sup>77</sup> Cabe aclarar que si bien haremos referencia al amor de pareja hacia un miembro de otro sexo, el amor es aplicable a muchas cosas todo el mundo ama algo, el dinero, el prestigio, sus hijos, su carrera, su país. A pesar que para algunos el nombre que correspondería para tales objetos no es amor, sino dilección, amistad, etc.

<sup>78</sup> Somos conscientes que para varios estudiosos del tema el amor es un sentimiento y el enamorarse un estado, razón por la cual cuando hay amor se está enamorado, pero se puede estar enamorado sin que haya amor, siendo por tanto ambos, conceptos distintos. Sin embargo en este trabajo los usaremos como sinónimos. Para profundizar con respecto al tema recomendamos: *Los cuatro amores*, C.S. Lewis; *El amor o la fuerza del sino*, G.K. Chesterton; *Las virtudes fundamentales*, J. Pieper; *Amor y responsabilidad*, K. Wojtyla.

Desde los antiguos griegos hay, en cuanto al amor, dos componentes que rondan a la par: eros y ágape, el amor de recibir o de poseer y el amor de dar. Uno al que podríamos llamar egoísta y otros al que podríamos llamar desprendido.

Muchos autores se han desgañitado en superponer uno al otro o en sobrevalorar el ágape por sobre el egoísta eros. Pero a pesar de eso, la realidad es que salvo el amor de la madre hacia su hijo recién nacido, no existe un amor que carezca totalmente de eros.

Ya San Agustín se preguntaba cómo podríamos amar a Dios de una manera totalmente desprendida, sabiendo que de él somos lo que somos, que le debemos la vida, la existencia y la salvación y que, al mismo tiempo, podemos seguir solicitándole cosas por medio de la plegaria.

Obviamente que contenga eros no significa que sea lo fundamental, sino sólo que es un hecho inevitable.

Trasladado al ámbito del Derecho, la discusión en la doctrina norteamericana entre el *Law and Economics* y el *behavioralism* me recuerdan al viejo comentario del fallecido Profesor Nino cuando decía que la discusión entre positivistas e iusnaturalistas era una confusión conceptual<sup>79</sup>.

A nuestro modo de ver aquí se repite el error, trasladando el eros (el ansia de poseer) como un paralelo del racionalismo maximizador del *Law and Economics* y el ágape como un desprendimiento que contradice la postura de maximizar el propio beneficio para desprenderse en el pensar en el otro (por deber, moral, etc.).

Es decir, de la misma manera que el amor se compone de una cuota de eros y otra de ágape (aunque no estén en la misma medida) las decisiones tienen un componente tanto racional como irracional (las cuales, probablemente, tampoco estén en la misma medida). No por nada el ser humano cuenta con dos hemisferios del cerebro distintos.

Algo similar ocurre en la teoría de la argumentación jurídica expuesta por el Profesor Atienza,<sup>80</sup> en éste caso, el silogismo lógico deductivo final, es el fin de un proceso que comienza con una serie de premisas, las cuales podrían llegar a ser elegida de manera casi caprichosa.

Pensamos, que el origen de la decisión puede ser algo tan caprichoso como un defecto humano. Al principio se necesita recolectar información: es en ese momento donde se elige cuál es la información prioritaria, donde las irracionalidades del ser humano, toman participación. Es decir, la información proveniente del discurso puede ser seleccionada por azar, por relevancia, por gustos, etc. Luego, con toda esa información seleccionada se realiza un

---

<sup>79</sup> “Respecto del Derecho, por supuesto, hay la controversia tradicional entre positivismo e iusnaturalismo. En la defensa del Derecho Natural aparece esta controversia como una controversia sobre la relación entre Derecho y Moral. Lo que yo he intentado hacer en algunos de mis escritos es disolver esta controversia, porque lo que trato de mostrar es que esta controversia en parte corresponde a una confusión conceptual”. Ver NINO, Carlos Santiago. *Derecho Moral y Política*. Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Numero 14-1993, pág. 39.

<sup>80</sup> Ver ATIENZA, Manuel. *Para una Teoría de la Argumentación Jurídica*, Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, págs. 39-61.

proceso racional, y una vez arribado a un resultado la voluntad decide, confirmando el resultado y, al mismo tiempo, llevándolo a la práctica.

Es decir: "... la libertad ejercida por el hombre, con su voluntad, está influenciada en su operar, directamente, por la capacidad "racional" del intelecto humano. El entendimiento humano es racional, es decir que consta de un "proceso cognoscitivo". La verdad no es conocible con la sola mirada, sino a través de un proceso discursivo. Esto también sucede en la "dimensión práctica" de la razón, ya que ésta para definirse sobre la bondad de algo debe hacerlo a través de un juicio o deliberación [...] La deliberación o consejo del entendimiento es la que influye en "la elección" de la voluntad. Este modo de aconsejar no impone necesidad en la elección. Así, el hombre con el entendimiento delibera y con la voluntad elige"<sup>81</sup>.

En síntesis, el hombre es un maximizador de sus intereses, e intenta hacerlo mediante la racionalidad. Ahora bien, no mediante una racionalidad objetiva y universal, sino que mediante los muchos o pocos elementos de información con los que cuenta; es decir, mediante una racionalidad que podríamos llamar subjetiva<sup>82</sup>, intenta arribar a una respuesta racional.

Si para mí el honor es lo más importante que hay, es racional que lo priorice por sobre las demás cosas y quiera pagar mis impuestos. Si para mí el dinero es lo más importante, es racional que priorice mi beneficio económico y no quiera pagar mis impuestos.

Ambos hombres son igualmente racionales. La elección de uno u otro criterio no hace al hombre racional sino el medio para lograrlo.

Tal como decía Chesterton: "Si otro dice ser el legítimo monarca de Inglaterra, no basta contestarle que las autoridades lo tendrán por loco; porque si realmente fuera el rey de Inglaterra, declararlo loco es lo más cuerdo que podrían hacer las autoridades. Si aquél sueña que es Jesucristo, no basta objetarle que los hombres negarán su divinidad, porque la humanidad ha negado también al Cristo"<sup>83</sup>.

Los locos son locos no por carecer de racionalidad, sino por perder el sentido de la realidad, es decir, por carecer de total sentido común a la hora de seleccionar la información que deben más tarde utilizar para el razonamiento, pero no por su razonamiento mismo.

Si yo, como el behavioralism nos comenta, creo que soy mejor conductor que el promedio de las personas, es racional que piense que difícilmente tenga un accidente de auto. Si el común de las personas nunca han sufrido un accidente y yo manejo mejor que ellos, es coherente pensar que las probabilidades de que me vea envuelto en un accidente sean remotas.

Ahora bien, nadie discute que ese sentimiento de superioridad al volante se deba a un alto grado de soberbia, y que esa soberbia es irracional, sin fundamento, irresponsable, etc. Pero los soberbios sabemos que, precisamente

---

<sup>81</sup> Ver URRUTIGOYTI PITHOD, Diego. Op. Cit., pág. 481.

<sup>82</sup> Denominamos racionalidad subjetiva, no porque cada persona tenga un modelo de racionalidad distinta, sino porque la información siempre es limitada y es subjetiva, es decir varía con cada persona (de momento que la experiencia que es información acumulada varía con cada persona) la cantidad de información que maneja para tomar una decisión.

<sup>83</sup> Ver CHESTERTON, Gilbert Keith. *Ortodoxia*. Ed. Calleja, Madrid, 1917, pág. 32.

por ser soberbios, es racional creernos mejores conductores que nuestros vecinos.

La guerra es algo irracional, pero si yo priorizo el poder por sobre todas las cosas es lógico que mande a la muerte 10.000.000 de personas a fin de mantenerlo.

No es racional que una madre en un parto de la vida por su hijo, salvo que para ella la vida de su hijo valga más que la propia.

Es por eso que, quizás, los motivos de las decisiones de los seres humanos, y especialmente de los jueces que son decisores de profesión, no la encontremos en la mente e incluso en la psiquis y sea necesario buscar en otra parte.

De la racionalidad absoluta del positivismo, distintas corrientes nos mueven a considerar al juez como un ser psicológico, quizás en un futuro se produzca el advenimiento del espíritu del juez. Algo similar a lo que algunos juristas llamaron en el pasado “el alma de la toga”.