



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

Análisis Económico y Conductual del Derecho Procesal

Autor/es

David Dueñas Ochoa

Director/es

Javier Usoz Otal

Programa Conjunto Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Facultad de Derecho

Año 2023/2024

Índice

Introducción.....	3
1. El Derecho Procesal.....	4
1.1 Orígenes.....	4
1.2. Evolución del Derecho Procesal.....	7
1.3. El Derecho como sistema dinámico.....	11
1.4. Cambios en el comportamiento humano.....	12
2. El Análisis Económico del Derecho.....	14
2.1 Análisis económico del Derecho Procesal.....	16
2.2 La Economía del comportamiento.....	19
3. Análisis conductual del Derecho.....	26
3.1. Racionalismo vs Emotivismo. Superando la Teoría de la Elección Racional.....	26
3.2. La revolución cognitiva. Sesgos y heurísticas.....	29
3.3. El Análisis Conductual del Derecho Procesal. Sesgos procesales.....	31
4. Nuevo enfoque del Derecho Procesal. Conclusiones.....	34
4.1 Nueva legislación.....	36
4.2 Los “Nudges”.....	39
Bibliografía.....	42

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the meaning and reason of Procedural Law as we know it in the West. We will make a brief tour of its birth and development up to the present day. The main objective will be to understand and analyze the effectiveness of justice through its ideal representation in the process. This, in turn, will be drawn in the form of the procedure orchestrated by the legislator and carried out by the procedural subjects. Our analysis will deal, in essence, with Procedural Law. It will be explained from two prisms, two interrelated and complementary disciplines: economics and the other that involves the implementation of areas such as psychology, neuroscience or sociology, to understand the meaning of human action and try to achieve greater effectiveness of the law. Around Procedural Law and with human behavior as the backbone, we will seek to accommodate, explain and justify those advances and incorporations, which, originating in various social areas, have been occurring and should occur in the regulation and execution of the process.

With the right to effective judicial protection as a beacon, we will try to understand throughout this essay the consequences of rejecting the absolute rationality of homo sapiens. We will study -in general- the change of the traditional paradigm that this implies in social sciences such as Law and Economics, and more specifically in the factual representation of that protection, of that justice, changing, temporary and necessarily dynamic: the judicial procedure. How could this be designed to achieve the greatest possible justice?

Introducción

En el presente trabajo se pretende analizar el sentido y la evolución del Derecho Procesal occidental. Realizaremos un breve recorrido desde su nacimiento en la Antigüedad hasta llegar a nuestros días. Así, podremos entender de mejor manera el Derecho Procesal actual, e incluso aquel del futuro. El objetivo principal consistirá en comprender y evaluar la efectividad de la *justicia* a través de su representación ideal en el *proceso*. Este último, a su vez, se dibujará en la realidad jurídica en forma del *procedimiento* que orquesta el legislador y el cual llevan a cabo los sujetos procesales. Nuestro análisis versará, en esencia, sobre el Derecho Procesal. Será explicado desde dos prismas, dos disciplinas interrelacionadas y complementarias: la economía y aquella otra que supone la puesta en funcionamiento de áreas como la psicología, la neurociencia o la sociología, para entender el sentido del obrar humano y tratar de alcanzar de la ley su mayor eficacia. Alrededor del Derecho Procesal y con el comportamiento humano

como columna vertebral, buscaremos acomodar, explicar y justificar aquellos avances e incorporaciones, que, con origen en las diversas áreas sociales, vienen produciéndose y habrían de producirse en la regulación y ejecución del proceso.

Con el derecho a la tutela judicial efectiva como faro, trataremos de comprender a lo largo del ensayo las consecuencias que supone rechazar (nada menos que) la racionalidad absoluta del *homo sapiens*. Estudiaremos el cambio del paradigma tradicional que ello supone en las ciencias sociales como el Derecho y la Economía, y más concretamente en la representación fáctica de aquella tutela, de aquella justicia, tan cambiante, temporal y necesariamente dinámica: el procedimiento judicial. ¿Cómo ha de diseñarse este para alcanzar la mayor justicia posible?

1. El Derecho Procesal.

1.1 Orígenes.

La Antigua Grecia

Mucho antes de ser considerada por los expertos como una rama científica del Derecho, antes de extraerse meticulosamente del Derecho germánico, el origen del Derecho Procesal, en cuanto a concepto –y no en cuanto a ciencia-, habita, como sucede con la gran mayoría de disciplinas (jurídicas y no jurídicas), en la Antigua Grecia. Sí, son los *griegos*, quienes, en ejercicio de una enseñanza para las civilizaciones futuras, aprehendieron las artes y ciencias que funcionaban, entre otras virtudes, para permitir una convivencia digna del humano de la época y señalar significantes vías de actuación para generaciones venideras. El Derecho Procesal no es una excepción.

No era sino a plena luz del día, en la plaza pública de la *polis*, donde se reunía el Tribunal Heliástico¹ para debatir acerca de las sentencias pertinentes para cada litis pendiente. Los dos principios que regían el funcionamiento jurisdiccional de la época pudieran ser la especialidad y la colegialidad. Los asuntos se clasificaban por materia específica, y, una vez formado el

¹ Tribunal Heliástico o Helica: tribunal popular compuesto por 6000 ciudadanos -mayores de 30 años y repartidos en diez clases de 500 ciudadanos-, que se reunían en la plaza de la Helica (en el ágora de las polis) al salir el sol. Hoy sería el equivalente al Tribunal Supremo.

tribunal por un quórum suficiente como para garantizar la imparcialidad, se procedía a debatir y juzgar a cada presunto agresor.



Imagen 1.1: La Hetera Friné²

La sentencia, por tanto, que condenaba al “encausado”, debía responder a unos mínimos formales para que tuviera *legitimidad y eficacia*. Entre otros, el Tribunal Heliástico debía estar formado por personas respetadas y elegidas por el pueblo, que además no tuvieran deudas con el fisco. De otro lado, el debate había de ser lo más transparente y libre posible, en aras de acercar la *iustitia*³ a la pena concreta. Estas reglas primigenias contienen el origen del Derecho Procesal, que entonces apenas se configuraba como algo más que unos principios básicos y comunes que daban formalidad a los primeros juicios griegos. Cabe matizar que no podemos hablar de “sistema jurídico griego”, puesto que cada *polis* tenía sus propias leyes, bajo los principios de la autonomía y autosuficiencia. Siendo ello cierto, adquirió gran relevancia la ley ateniense, replicada por el resto de los ordenamientos jurídicos en virtud de la influencia que ejercía la capital helénica.⁴

Sin embargo, el profesor estadounidense Michael Gagarin, autor de varias obras sobre el Derecho en la Antigua Grecia, nos recuerda el fundamental papel de la oratoria griega, por

² La Hetera Friné es mostrada a los jueces de Atenas, que, ante su belleza, propia de Afrodita, la absuelven de la acusación de impiedad. Mito representado al óleo por J.-L. Gérôme. 1881. Museo de Arte, Hamburgo. Foto: BRIDGEMAN

³ Del latín *Iustitia*: ya por aquel entonces, filósofos teorizaban acerca de la idea de la justicia como valor supremo. Sócrates (470-399 A.C) nos decía que la justicia debía ser el valor de verdad adherido a las conductas humanas, independientemente del pensamiento mayoritario. Solo así nos alejaríamos del peligro de cometer injusticias. Posteriormente, en una de las mayores y más ricas aportaciones a la ética y política, Aristóteles (384-322 A.C) la eleva como una de las virtudes supremas del hombre en particular, así como el bien supremo que debe regir las relaciones sociales en conjunto, en cuanto a justicia universal. (*Ética a Nicómaco*, Gredos Biblioteca Clásica, Madrid, 1993)

⁴ Información extraída de: https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_en_la_Antigua_Grecia

encima de normas y reglas jurídicas procesales. Apunta –a tal efecto-, que los procesos judiciales de los atenienses eran «esencialmente, luchas retóricas» que eran «en general indiferentes a la estricta aplicación de la ley».⁵ Y, si bien es cierto que los griegos desarrollaron las primeras leyes significativas de la Historia⁶, en la Atenas clásica, los juicios adquirieron pronto tintes de puro espectáculo. Es Aristófanes, en su obra *Las avispas* (422 A.C), quien ofrece una ácida versión de aquello.⁷ El mismo autor, dibuja una Atenas convertida en un “nido de pleitos”.

La Antigua Roma

Los *romanos antiguos*, alrededor del siglo V A.C., emprendieron sus andaduras en el Derecho Procesal y en el Derecho en general, para posteriormente, como sabemos, elaborar una infinidad de ideas, principios y reglas jurídicas que incluso hoy en día se siguen estudiando como “Derecho Romano” en las carreras universitarias de Historia o Derecho, así como configuran las bases de las principales áreas jurídicas en la actualidad. Caracterizado (el Derecho Romano) por ser precedente de la separación de poderes, del concepto bilateral del Derecho entre Estado y pueblo o por no tratar a toda la población como igual (los esclavos eran tratados como propiedades de la nobleza), nos centraremos en cambio en las características básicas con las que se erigió uno de los primeros derechos procesales de la historia.

En primer lugar, la ley procesal romana diferenciaba entre procesos penales y procesos civiles, en función de la naturaleza del delito (y de la pena). Hablemos ahora de los primeros. Durante la República (509-27 A.C.), el juicio penal era presidido por un pretor o magistrado encargado de imponer la pena, el veredicto era otorgado por un jurado y el procedimiento era acusatorio, donde las partes se defendían solas o mediante abogados (*advocatus*). Aparecen entonces las **primeras garantías de defensa** del acusado, como el derecho a ser oído, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas.

⁵ Michael Gagarin, «*Telling Stories in Athenian Law*». *Transactions of the American Philological Association* (1974, pp 198-199).

⁶ Fueron los sumerios, en Mesopotamia, quienes elaboraron el Código Legal más antiguo (descubierto) de la Historia, datado en el año 2380 A.C. Se trata del “Código de Urukagina” (regía en la antigua ciudad de Uruk), un conjunto de leyes que regulaban diversos aspectos de la sociedad sumeria, incluyendo asuntos familiares, comerciales y penales. (<https://administrativando.es/el-derecho-no-viene-de-los-romanos/>)

⁷ De hecho, el motivo principal de la crisis del teatro ateniense durante el siglo IV es que los juicios se convirtieron en un fenómeno público más excitante que la mera ficción.

Posteriormente, se limaron ciertos derechos durante el Imperio (27 A.C- 476 D.C [Occidente]), donde el procedimiento tornó a ser inquisitorio y secreto, se podía aplicar el tormento⁸ sobre el acusado y los poderes del juez eran cada vez más exorbitantes. Las sentencias mantuvieron su forma *oral* en las dos etapas.

En cuanto a los procedimientos civiles, estos se tramitaban a través de las **acciones procesales** que incoaban los particulares o que se ejercían mediante formularios -si se trataba de procedimientos entre romanos y peregrinos-. El Derecho Procesal Civil Romano estaba regido por el concepto de *Actio* (acción) como la existencia del poder de reivindicar un derecho amparado por el *ius Quiritium*⁹. Las acciones se dividían en 5 tipos principales, donde sobresalía -tanto por uso como por formalidad- *el Sacramentum*, consistente en una declaración jurada por las partes litigantes donde cada una defendía una posición jurídica determinada (ser esposo, ser propietario o poseer un crédito). El sistema de las *Legis Actiones* fue sustituido por el de los formularios durante la República, seguramente debido al exagerado formalismo de las primeras. Este segundo procedimiento (formulario) asienta los precedentes de un sistema de demanda y contestación a la demanda (*Litis Contestatio*), donde el Juez debe ceñirse únicamente a los aspectos contenidos en estas. Aún hoy, este principio, que no es otro que la **congruencia**, permanece vigente en cantidad de sistemas judiciales y ordenamientos jurídicos como el nuestro. De esta manera, se establece que las partes son las únicas que pueden introducir en el juicio las pretensiones, defensas, pruebas y cuestiones a debatir durante la tramitación del mismo.¹⁰

1.2. Evolución del Derecho Procesal

El Derecho Procesal como rama autónoma del Derecho

A partir del Derecho Romano, el Derecho Canónico (o Eclesiástico) y las influencias del *Common Law* proveniente de Inglaterra, se va construyendo un Derecho Procesal occidental ecléctico que cuele los vestigios y principios en desuso y cristaliza las normas y principios

⁸ Tormento: pena corporal grave, infligida como castigo o para hacer confesar o declarar. (<https://dile.rae.es/tormento>)

⁹ El “*Ius Quiritium*” hace referencia solo a los ciudadanos patricios “*Quirites*”, “*Ingenuos*”, “*Gentiles*”, los cuales comprenden los solos ciudadanos romanos del tiempo, es decir, los patricios con exclusión de los plebeyos.

¹⁰ Información extraída de: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1389/La%20congruencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

procesales modernos a través de la codificación positivista. A finales del siglo XIX, nace el Derecho Procesal como una verdadera rama autónoma del Derecho, en concreto del germánico, en el seno de la escuela pandectística¹¹.

Proveniente de la Escuela Histórica del Derecho, que origina Savigny (1779-1861), se abre en ella una vertiente conocida como jurisprudencia de conceptos o pandectística, donde podemos destacar autores como el alemán G.F. Puchta (1798-1846) o F.L. von Keller (1799-1860), teórico suizo pupilo de Savigny y autor de *Ueber Litiskontestation und Urteil*.¹²

Esta corriente de juristas se dedicaba grosso modo a analizar los textos del Derecho Romano a través de la metodología de la dogmática jurídica: extraer principios comunes y desarrollar nuevos conceptos a través de la abstracción de los anteriores. A tal fin, sus representantes elaboraban manuales donde realizar construcciones doctrinales atendiendo a las necesidades actualizadas de la época, combinando dogmática e historia¹³.

Actualidad

Hoy en día, el Derecho Procesal, podemos definirlo propiamente como “la rama del derecho público que estudia el conjunto de *normas y principios* que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos (...) que fijan el *procedimiento* que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las *personas* que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla”¹⁴.

De un modo más sintético lo define Alejandro Alberto Fiorenza¹⁵ como el conjunto de normas que conducen al juez hacia el **efectivo conocimiento de los hechos** en aras de una sentencia lo más fidedigna posible. Este conocimiento se erige pues como razón de ser y objetivo fundamental del proceso. Para ello, el legislador se vale de una serie de reglas o normas procesales que velarán por los principios fundamentales del procedimiento, el cual consiste en

¹¹ Pandectismo o pandectiscia: doctrina jurídica europea posterior al humanismo jurídico y anterior a la codificación, que alcanzó su apogeo en Alemania en el siglo XIX.

¹² Elaborado en Zurich a lo largo de los años veinte del siglo XIX (1827), engloba diversas construcciones y reflexiones teóricas acerca de la impugnación y contestación de litigios, valorando, entre otros, el citado sistema romano de la *Litis Contestatio*. Así, *Ueber Litiskontestation und Urteil* reúne las principales características de un texto *pandectístico* al uso, resultando un ejemplo perfecto de estos.

¹³ Información extraída de: http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf

¹⁴ A.A.Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, Bosch Editor, España, 2023, pp. 15-16

¹⁵ Autor de *Introducción al análisis económico y conductual del derecho procesal*, Bosch Editor, 2023, España, guía del presente trabajo.

la materialización del proceso como ideal abstracto.¹⁶ Así, mientras el proceso ha de entenderse como un concepto *ideal* en busca de la verdad que persigue el juez, el procedimiento supone el *trámite* que lo plasma en la realidad, “el conjunto de normas que regulan cada uno de los pasos y diligencias que hay que recorrer en el proceso hasta su conclusión”.¹⁷

En esta línea, para entender el *espíritu* del Derecho Procesal, nos recuerda oportunamente Couture que “derecho” proviene etimológicamente de *directus*, participio del verbo latín *dirigere*, que no es sino dirigir, **conducir a algo**. En nuestro caso, el calificativo “procesal” resulta cristalino en cuanto a la especificación de lo que queremos dirigir o conducir: un proceso judicial, un juicio.¹⁸ Esta dirección (o conducción) que ha de entenderse fundamentalmente realizada por parte del *legislador*, es ejecutada por el *Juez* y administrada por el *Estado*.

A tales efectos, para el autor A. A. Fiorenza, el objetivo del legislador procesal no es otro que procurar el **funcionamiento efectivo del proceso**. La consecución del objetivo -mayor aproximación posible a la verdad de los hechos-, maximizando los beneficios y minimizando los costes. Una efectividad que aúna los conceptos de eficacia y eficiencia (donde mucho tiene que aportar el Análisis Económico del Derecho), en relación con la tutela judicial **efectiva** proclamada en el artículo 24 de la CE.¹⁹ Parece entonces claro que, solo si un proceso judicial es *efectivo*: justo y razonable en términos de logros y pérdidas (tiempo y dinero fundamentalmente), así será la *tutela judicial* que este concretiza. La misma que consagra la Constitución. De poco sirve, en muchos casos, una sentencia favorable cuando ha transcurrido demasiado tiempo, o ha fallecido el demandante, o cuando la sentencia, aun siendo favorable, no cubre todos los costes invertidos en el proceso.

Imaginen, por ejemplo, que litigan por la titularidad de un inmueble sito en su respectivo pueblo, y ustedes lo quieren vender. Con los años el juez les otorga la propiedad de la casa, pero dicho inmueble se ha deteriorado tanto que ha disminuido sensiblemente su valor, o bien el mercado inmobiliario se ha disparado de tal manera que resulta imposible venderlo. Quizá

¹⁶ Como indica M. Taruffo en su obra *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal* (Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 53), procedimiento y proceso no son exactamente lo mismo. El proceso ha de entenderse como una “suerte de abstracción”, mientras el procedimiento es la concreción real de aquella idea abstracta.

¹⁷ A.A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal* (España, Bosch Editor, edit. 2023, p. 36)

¹⁸ Couture, Eduardo J., “Interpretación de las leyes procesales”, en *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 32.

¹⁹ 24.1 CE (Constitución Española, 1978): “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>)

les pareciese una sentencia eficaz, pero poco *efectiva* (pues no se han minimizado los costes). Peor es la situación de aquellas personas que esperan una sentencia crucial cuando quizá ya no tienen demasiado tiempo para estar esperando.



Imagen 1.2: Dinámica de la oratoria griega (*La muerte de Sócrates*, 1787, Jacques-Louis David)



Imagen 1.3: Juicio al guerrero romano Horacio (*Juramento de los Horacios*, 1784, Jacques-Louis David)

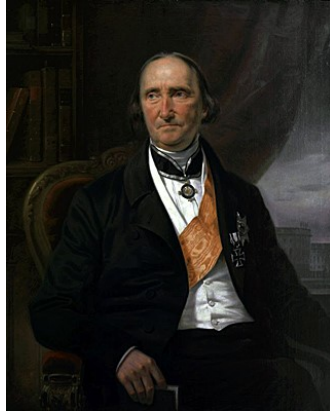


Imagen 1.4: Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), fundador de la Escuela Histórica del Derecho alemán

1.3. El Derecho como sistema dinámico

Claro lo anterior acerca de la tutela judicial efectiva, parece razonable entender, como siguiente escalón deductivo, que la *efectividad judicial* no puede convertirse en un concepto estancado o una referencia inerte del pasado. Así como el lenguaje tiene vida y acompaña el ciclo de la sociedad humana, igual ha de comportarse el Derecho (lenguaje jurídico), como disciplina dinámica, adaptándose permanentemente a la efervescente realidad. De un modo similar a la imposibilidad fáctica que surge a la hora de juzgar comportamientos actuales con normas y conceptos aún no inventados, resulta inadecuado aplicar a dichos comportamientos normas, conceptos y métodos desfasados, antiguos, inadaptados... de otra época. **Norma y conducta** han de estar, en la medida de lo posible, **acompañadas**.

Si bien es cierto que hay muchos elementos, inventos e ideas que vertebran el andamiaje y camino de las ciencias (entre las que incluimos el Derecho) que resultan principios perennes y casi atemporales (el *in dubio pro reo*, la separación de poderes o el uso de la fuerza o poder sistematizado y controlado por el Estado); hay otros aspectos mucho más maleables, volátiles, de carácter temporal, coyuntural y, por ende, perecederos. Difícilmente podríamos alegar, en esencia, que *justicia* tenga el mismo significado hoy en día, en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, que un día cualquiera en el Antiguo Egipto (donde no existían siquiera los abogados), en los tribunales de Estados Unidos antes de abolirse la esclavitud por completo o en los Estados europeos del Antiguo Régimen. No parece haber un gran debate al respecto.

Todo evoluciona. O, al menos, cambia. El Derecho, como disciplina estudiosa de la realidad humana, ha de hacerlo también. ¿En su totalidad? No, habría de buscar el ideal de que lo hiciera

en la misma proporción que lo hace la sociedad, dado que la regula. Estamos lejos de dicho ideal, ya que alcanzarlo resulta fácticamente imposible; entre otras razones, porque hay cada día infinidad de avances cuyas consecuencias jurídicas pueden ser indirectas, inexactas, ambiguas, encubiertas o desconocidas. Además, habrán escuchado que “la justicia va lenta”. No solo va *muy lenta*, sino que también va lenta la legislación y la administración que la distribuye. Basta observar cómo se regulan situaciones actuales con leyes decimonónicas. Entre otros, sigue vigente gran parte del Código Civil español de 1889, varios artículos del Código de Comercio de 1885 o 66 leyes franquistas sin reseñable alteración. Pero siempre va modificándose. Es necesario e inevitable. Lento, pero inevitable.

Un ejemplo bastante gráfico de cómo el Derecho puede quedar prescrito en sí mismo, puede ser un artículo (de entre los muchos desfasados) del Código Civil español de 1889, prácticamente inaplicable en la actualidad: el art. 612 CC dice así: “El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él”. Más allá de su aplicabilidad entonces, parece claro que hoy en día no es un artículo que suscite grandes polémicas en el Congreso. Ni en ningún lado.

1.4. Cambios en el comportamiento humano

En lo que se refiere al Derecho Procesal, nuestra normativa actual difiere en prácticamente todo respecto de aquellas reglas que confeccionaron los primeros griegos que vivieron en una *pseudodemocracia*²⁰. Los tiempos crean y destruyen a pasos agigantados, pues los avances y descubrimientos obligan a no mirar hacia otro lado, en aras, presuntamente, de alcanzar una vida humana mejor. O, como mínimo y casualmente, más *efectiva*.

Un juicio hoy en día no tiene nada que ver con aquellos primigenios de la Antigüedad, ni siquiera con los que regulaban las primeras normas germánicas de finales del siglo XIX. Ha cambiado el sistema judicial y legal como fruto subsumido en un cambio general de todo el contexto humano-social: ha ido variando el sistema económico y político de los países (de

²⁰Un sustantivo quizá demasiado peyorativo para la democracia griega, la denominamos de esta manera debido a la inabarcable distancia entre dicho régimen entendido en la Antigüedad, y aquél que promulgan las normas supremas contemporáneas. Tómese como una mera diferenciación entre ambas épocas.

proteccionismo a libre cambio en Occidente), los valores y la moral de las sociedades, el poder de las religiones y dogmas, las artes, el ocio, las ciencias naturales y, sobre todo, las ciencias sociales y los avances tecnológicos y digitales. Como resultado, tenemos un animal tecnológico (ser humano) que convive con otros seres vivos (humanos, animales, vegetales) en un contexto globalizado que fluctúa frenéticamente y que va imponiendo y deteriorando los usos y costumbres sociales. Como ejemplo, los nuevos descubrimientos esclarecedores de la novedosa **neurociencia**, diversificada en diversas ramas (neuroética, neuro-política...) que han revolucionado la economía, la psicología, el derecho y el resto de las ciencias del comportamiento. (Después analizaremos sus efectos, principalmente en el Derecho Procesal).

En el aspecto humano, en menos de un siglo, nuestra esperanza de vida se ha visto doblada (de rondar los 40 años a superar los 80), ingerimos alimentos muy distintos a los de la economía agraria de antaño, tomamos medicamentos y tratamientos de última generación, trabajamos en oficios que no cabían en la mente de ningún genio ilustrado, empleamos nuestro tiempo de ocio en actividades en constante actualización y, sobre todo, **nos comportamos como nunca nos habíamos comportado**. Todo ello, que parece obvio (de lo contrario “seguiríamos viviendo en los árboles”), resulta tremendamente útil para justificar la evolución del Derecho, como sistema artificial o *tecnología*, confeccionada por y para el ser humano.

Nada tiene que ver el Derecho Canónico con los últimos decretos leyes que publica diariamente el BOE, o muy poco. Poca similitud tiene el “ojo por ojo” de la Antigüedad con los sistemas penales contemporáneos (afortunadamente). De esta manera, debemos entender el Derecho como un sistema institucionalizado de poder que permite a ciertos individuos llevar a cabo conductas con base o respaldo legal, aun en contra de la voluntad de otros individuos. Y, que esas **conductas**, al igual que las **leyes** que las regulan, difieren de una época o región a otra, en función de la época, pero también de la cultura, tradición, país y circunstancias. Más allá de los principios más básicos que podemos relacionar con los derechos humanos fundamentales, pocas normas van a gozar de universalidad. Tampoco de atemporalidad.

Y es que el Derecho, como bien dice C.S. Nino²¹, por un lado, hace referencia al ordenamiento jurídico de cada territorio, mientras que por otro señala el estudio de la realidad jurídica en manos de las ciencias sociales. Una realidad jurídica, como imaginan, cambiante. El Derecho ha de dictar lo loable y lo evitable, lo permitido y lo prohibido, las conductas lícitas y aquellas que deben ser perseguidas... dicta **cómo hemos de comportarnos** en base a unos mínimos y

²¹ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 14.

objetivos. Como resultado, la labor de legislar, atendiendo a los objetivos de *observancia* y *eficacia* de las normas (labor del poder legislativo y ejecutivo), así como la labor de juzgar y ejecutar lo juzgado (función del poder judicial) han de estudiar con lupa, constantemente, el **comportamiento humano**. Si decíamos que nos comportamos como nunca lo habíamos hecho, también puede asegurarse que tenemos más herramientas que antes para analizar dicho comportamiento. Y, finalmente, ver si ha cambiado la conducta o solo la manera de entenderla. De una forma o de otra, lo que parece claro y clave a partes iguales, es que ha de actualizarse la forma de *teorizar* el comportamiento humano, la forma de *explicarlo* y la forma de *regularlo*. En este sentido, habrán de complementarse derecho, economía, psicología, sociología y el resto de las ciencias que versan sobre la mente humana para perfeccionar la comprensión, previsión y modificación de nuestras acciones.

Consecuencia de ello, el consiguiente nivel deductivo se arma necesariamente entendiendo que, si no adaptamos las reglas y normas a la ‘rabiosa’ actualidad, a la conducta del ser humano del presente, a las novedosas explicaciones de esta, nos iremos alejando progresivamente de aquella efectividad tan perseguida y consagrada. De *aquella* justicia, que, de alguna manera, ha de ser *esta*.



Imagen 1.5



Imagen 1.6

2. El Análisis Económico del Derecho

En la labor precisamente de acercar la realidad al Derecho y de incorporar los últimos avances científicos al prisma jurídico, ha ido adquiriendo relevancia en las últimas décadas un nuevo método de análisis del Derecho, proveniente de una ciencia social hermana como es la Economía: es el *Análisis Económico del Derecho*.

La razón de aplicar una metodología económica al sistema legal viene de mano del objetivo perseguido por la Administración de la Justicia y *cómo* se quiere materializar: la **tutela judicial, efectiva**. Recordemos que esta efectividad surge de la simbiosis entre eficacia (alcanzar el logro) y eficiencia (maximizando beneficios y minimizando los costes). Es decir, en última instancia, tal objetivo no puede verse desvinculado del punto de vista económico que supone el reto de equilibrar y balancear costes y beneficios para perfeccionar la aprehensión de los hechos dentro de los recursos limitados de los que echa mano tanto el juez como el legislador, para la averiguación cuasi exacta de los hechos.

Este prisma económico no pierde de vista la esencia del proceso judicial -alcanzar la verdad-, ni la perspectiva teórica tradicional de la disciplina legal, pero toma en mayor consideración los elementos más **prácticos** del Derecho. Se centra en aquellos que más se dan en la realidad y más pueden influir en la pretensión de una tutela judicial plausible. Por ejemplo, aquellos sistemas de notificación a las partes que reducen los riesgos de indefensión e irregularidad, mecanismos como deberes y cargas procesales que promueven el avance del procedimiento en casos de inactividad de las partes (tramitación del proceso en rebeldía ante la incomparecencia del demandado), la obtención y presentación efectiva de las pruebas o la supresión de plazos “muertos” que favorece la celeridad del proceso. Es decir, busca la minimización de los *costes* de un procedimiento: **tiempo, dinero y errores de aplicación del Derecho**.

En palabras de J.K. Galbraith y N. Salinger²², la economía es la ciencia social que “se dedica específicamente al estudio de la conducta cotidiana de la humanidad”. El principal objetivo de la economía, por lo cual Richard Posner la considera la “ciencia de la elección”, es comprender y prever cómo el ser humano soluciona el problema de asignar los recursos limitados atendiendo a sus necesidades ilimitadas. Cómo decide, cómo toma decisiones en base a la maximización *racional* de sus fines en la vida, sus satisfacciones y su interés propio. Qué mejor disciplina de la que extraer sus principios y metodología, por tanto, que la economía, si lo que se pretende no es sino la maximización de la función y labor del Derecho, de manera efectiva.

23

Hay que tener claro a la par que, como señala Fiorenza, este particular método de estudio económico no reemplaza la tradicional dogmática jurídica, sino que la complementa. Ofrece al jurista, legislador... un nuevo punto de vista de estudio de la realidad jurídica: el sociológico.

²² J.K. Galbraith y N. Salinger, *Introducción a la economía*, Barcelona, trad. Gustau Muñoz, 1997, p. 17.

²³ Posner, Richard, A., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 11.

Como pilar fundamental de las ciencias sociales, la economía es la **ciencia de la elección**. Aquella que versa sobre el comportamiento humano para realizar análisis que puedan conducir a hipótesis y teorías. Y estas, a su vez, mediante la experimentación u otros métodos de prueba, sirvan para realizar predicciones. Veamos cómo se da, entonces, esta simbiosis entre Economía y Derecho.



Imagen 2.1

2.1 Análisis económico del Derecho Procesal

Siendo cierto que en las últimas décadas el análisis económico viene dejando impregnadas variadas y no desdeñables novedades en la interpretación del Derecho, incluido el Procesal, debemos destacar, como apunta A.A.Fiorenza, que el Derecho Procesal, representado en la figura del **legislador**, desde prácticamente sus inicios, ha dibujado en ocasiones (y supuesto en otras) la figura del sujeto procesal –el individuo sobre el que recaen las normas del procedimiento- como un ser racional: buscador de maximizar su beneficio. Una definición o descripción de un sujeto y de un comportamiento que entroncan en su totalidad con la economía.²⁴

El legislador procesal, en uso de mencionado arquetipo, sitúa al sujeto en situaciones procesales en las que deberá elegir atendiendo a su beneficio propio, entre aquellas acciones, vías o decisiones que le produzcan mayor o menor utilidad. Por ejemplo, la parte, unas veces deberá decidir si contestar a una demanda o no (admitiendo los hechos tácitamente), recurrir o no a una resolución concreta, comparecer a una citación o declararse en rebeldía, contar con

²⁴ A.A.Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, 2023. Bosch Editor, España, p.124.

asistencia letrada o carecer de ella, agotar la vía administrativa antes de ir a juicio, llegar a algún acuerdo, etc. O el Juez, también se verá en situaciones cuyas diatribas le obliguen a tomar una decisión “racional”: requerir una nueva prueba para probar un hecho dudoso, o desestimar una de ellas por ilicitud o impertinencia, motivar suficientemente una sentencia, permitir el testimonio de terceras personas o establecer los plazos y fechas para las vistas. La más importante, seguramente, será fallar a favor o en contra del demandado, imponiendo la respectiva pena.

Pero bien, ¿cuál es el “**objetivo**” que maximizar por el sujeto procesal? Lógicamente, dependerá de la concreción de este. Si hablamos del *juez*, ha quedado claro que es la firme búsqueda de la verdad a través del procedimiento judicial. Para los sujetos *partes* del proceso, será obtener la mejor resolución en vista de sus intereses y posibilidades. De una manera menos directa, tendrán sus intereses puestos en el juicio aquellos terceros perjudicados, beneficiarios, o incluso aquellos “desinteresados” (como puede ser un perito o un testigo), en tanto querrán llevar a cabo su función procesal de la manera que mejor “les salga a cuenta”. El ideal que ha de perseguir el legislador será, por tanto, la subsunción de cada uno de los objetivos e intereses personales de los sujetos procesales en el objetivo que ha de erigirse común a todos ellos: la tutela judicial efectiva. No resultará sencillo.

Un ejemplo de la labor “arquitectónica” del legislador son las **cargas y deberes** procesales que establece. Es común encontrar en los diferentes ordenamientos procesales normas formales donde se estipula que la falta de contestación a la demanda o a la reconvencción implica el reconocimiento de los hechos presentados por el actor o demandante, sin perjuicio de la prueba que alegara el demandado. En esta norma, no se obliga ni se prohíbe el hecho de contestar o no contestar, sino que el legislador implanta una consecuencia perjudicial que disuadirá al sujeto de tomar la elección que la desencadena. Es decir, lo motivará para responder a la demanda (o reconvencción), y de esta manera favorecer el ideal –o como mínimo correcto– funcionamiento del proceso. Una muestra clara de los incentivos y castigos propios de la configuración del comportamiento del hombre económico²⁵.

Es importante añadir que, para algunos autores como R. Cooter o T. Ulen²⁶, la economía no se limita a analizar el Derecho en sí mismo, sino que ayuda a explicar aspectos de este que antes no

²⁵A.A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*. 2023, Bosch Editor, España, pp. 120 y ss.

²⁶R. Cooter y T. Ulen, *Derecho y Economía*. Trad. Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p.7.

se podían explicar. Gracias al análisis económico del Derecho Procesal, podremos entender, desde los distintos prismas subjetivos, todas las posibilidades y situaciones que puede adquirir un procedimiento y seleccionar aquella que sea preferible para cumplimentar el objetivo común. Pero ¿Cómo podemos favorecer o incluso elegir, *a priori*, un procedimiento efectivo?

En primer lugar, la posibilidad de rediseñar el proceso nace entrañada en la **naturaleza cultural** de este. El académico Molina Galicia nos recuerda en este sentido que “el derecho es un sistema de reglas e instituciones, evaluativo y práctico, que se construye socialmente y pretende guiar la conducta para ayudar a los seres humanos a vivir mejor juntos. Es un sistema que ha de dar buenas razones, por tanto, para que las personas se comporten de un modo determinado.”²⁷ Así, el legislador, representado como un *arquitecto de las decisiones*, diseñará un procedimiento que ayude a mejorar el sistema legal y jurídico, en pro del aumento de bienestar general considerable que propicia un sistema jurídico y una justicia más clara, eficiente, útil y amigable.²⁸

La causa necesaria de este rediseño normativo será que el legislador actúe como un verdadero arquitecto de las decisiones, en un sentido similar al que resalta Sunstein en *Paternalismo libertario*²⁹, debiendo identificar los problemas de comportamiento y el comportamiento objetivo (deseado), para diseñar una respuesta normativa coherente materializada en un cambio provocado en el comportamiento a mejorar. En otras palabras, el legislador habrá de actualizar, rediseñar y configurar los actos, de tal manera que desencadenen las situaciones procesales encaminadas a las consecuencias deseadas -a través de la elección que tome el individuo-. Para todo ello, parece razonable entender que el legislador, como arquitecto decisonal, habrá de prever, de manera más o menos fiable, las acciones y decisiones de los agentes racionales, de los sujetos procesales. Es decir, tendrá que **conocer su comportamiento**. De esta forma, habrá de utilizar las reglas jurídicas: actos procesales, plazos, poderes, derechos, cargas y deberes, requisitos formales, etc.... como instrumentos que conduzcan al proceso a erigirse como una herramienta necesaria en la búsqueda inherente de un mejor desempeño de la **función jurisdiccional**.

Acercándonos al ecuador del trabajo, recuperemos las principales ideas expuestas hasta aquí, con la siguiente recapitulación.

²⁷ Molina Galicia, *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 49.

²⁸ Hagan. Margaret, *Law by design*, 2017. (<https://lawbydesign.co/>.)

²⁹ Cass Sunstein, *Paternalismo Libertario*, Herder, Barcelona, 2018, pp. 110 y ss.

El denominado por A.A. Fiorenza como Análisis Económico del Derecho Procesal (ACDP), nos proporciona sobre todo herramientas para pronosticar los efectos que puedan tener las políticas legislativas sobre la eficacia y la eficiencia del proceso. Servirá, en virtud de su condición económica -predictiva-, para *predecir* la conducta de los sujetos procesales (por ello viene de la mano del análisis conductual del derecho procesal o ACDP, que analizaremos en las siguientes páginas). Empleará, el legislador, como arquitecto de la elección, recursos escasos y aquellos institutos y mecanismos que aseguren mayor eficiencia en el proceso o, dicho de otra manera, más información para el juez con el menor costo.³⁰ Preponderarán aquellos aspectos más prácticos sobre los puramente teóricos o dogmáticos. Así, se considerará aquellas situaciones en las que la parte no precise de representación o defensa (en juicios de menor importancia o de menor cuantía), la notificación telemática en detrimento de la física, las condiciones para continuar con un procedimiento en el que el demandado se encuentra en rebeldía, los requisitos de audiencia previa para llevar a cabo ciertas resoluciones de trascendencia por parte del juez, la necesidad o no de requerir numerosas pruebas para probar un solo hecho, los modos óptimos de ejecución de la sentencia en aras de su efectividad y se contemplará a través del prisma económico, en búsqueda de la eficiencia, los diversos momentos en los que un juicio puede desembocar. Así mismo, adquirirán gran relevancia viejos principios como la congruencia, la motivación, la sumariedad³¹, la eficacia o la defensa efectiva.

2.2 La Economía del comportamiento

Dentro de la amalgama de áreas humanas que nos concierne (derecho, economía, psicología, sociología), se presenta propicio exportar los métodos y conocimientos provenientes de las ciencias sociales más avanzadas al Derecho, completándolo eclécticamente. Y es que no solo la economía tradicional ha realizado novedosas y extendidas aportaciones al Análisis del Derecho Procesal, también la *economía conductual* o *del comportamiento*, de mano de la psicología y la neurociencia, han iluminado cavidades hasta entonces inhabitadas por las artes jurídicas. Han permitido, entre tantas cosas, abrir posibilidades como la de entender que el

³⁰ A.A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*. 2023, Bosch Editor, España, p. 144).

³¹ Se dice que en un proceso rige el principio de sumariedad cuando lo que impera en las actuaciones procesales es la celeridad, la brevedad y la eficacia. Suele ir unido al principio de economía procesal. (<https://www.expansion.com/diccionario-juridico/principio-de-sumariedad>)

comportamiento humano, en contra de lo que defendía la microeconomía tradicional con uñas y dientes, es, gran parte del tiempo, *irracional*.

Démonos cuenta de la importancia y lo que supone entender que los seres humanos podemos tomar decisiones que no responden a ningún criterio objetivo ni observable, que podamos comportarnos sin atender a “ninguna razón”. Este es uno de los aportes fundamentales de la economía del comportamiento; aquella que, gracias a las investigaciones de la neurociencia y los estudios psicológicos y sociológicos realizados, es capaz de bucear en el fondo de la mente humana con herramientas hasta ahora inutilizadas por el derecho y la economía.

Una de las áreas en las que este “descubrimiento” ha generado severos efectos es, sin duda, la economía tradicional. Partiendo de que la microeconomía (área de la economía que estudia las decisiones de los agentes económicos tomados individualmente) basaba sus explicaciones en la **teoría de la elección racional**, podemos imaginar el cambio de paradigma que conlleva la negación de dicho principio. Hasta ahora³², entendíamos al ser humano como un ser racional, que siempre que tuviera libertad de elección, iba a elegir, en uno de su razón, aquello que maximizara sus beneficios y minimizara sus costes (¿les suena?). A partir de estos descubrimientos y las nuevas aplicaciones de la ciencia conductual, no podemos predecir con las técnicas tradicionales comportamientos actuales, pues seguiríamos incurriendo en errores y sesgos graves - de otro lado, cada vez más evitables-.

Como señala Cass Sunstein en su libro “*La Conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones*”, el comportamiento humano responde, gran parte del tiempo, a influencias ajenas a nuestro raciocinio o voluntad más racional, radicando en cambio en una suerte de deseos, inercias, presiones, creencias e intuiciones que distan mucho del proceso deductivo y reflexivo propio de la argumentación racional. Así, la mayoría de nuestras decisiones responden a motivos que plagan nuestro subconsciente y direccionan nuestra forma de actuar de un modo muchas veces oculto hasta para nosotros mismos³³.

El motivo pilar, para Sunstein, no es sino la **conformidad**. La conformidad como actitud vital del ser humano que cede ante la presión social -acrítico-, y ansía por encajar en una sociedad permanentemente estimulante (y estimulada). Ello explica, entre otros, el origen de las

³² La economía del comportamiento echa sus primeras raíces en el trabajo de los psicólogos israelíes Amos Tversky y Daniel Kahneman sobre la incertidumbre y el riesgo, en las décadas de 1970 y 1980.

³³ *La Conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones*, Cass. R. Sunstein, México, Grano de Sal, 2019, pp. 66-68.

convenciones y tendencias sociales, las modas, las conspiraciones o el fenómeno social de la **devaluación reactiva**³⁴.



Imagen 2.2

Hasta ahora, el Derecho parece haber vencido -o contenido- estos *sesgos* tan peligrosos y llamativos como la conformidad o la devaluación sistemática, limándose a lo largo de su trayectoria en la historia civilizada. Normas tan básicas como la igualdad o la libertad reconocidas como derechos fundamentales (en la mayoría de los ordenamientos modernos), son buen ejemplo de ello. Así, la libertad de expresión, de información, de prensa, de conciencia, de circulación o de residencia. Más adelante nos adentraremos en los sesgos que —compartiendo un mismo origen— dificultan el encauzamiento eficiente del objetivo del Derecho y del Derecho Procesal, mencionado antes como el lograr aproximarse cuanto sea posible a la verdad fáctica, aquella gran anhelada. Serán tratados, los sesgos, como fallas en el comportamiento humano, errores en la conducta analizada por economía y derecho, aunque más adelante veremos que pueden predecirse e incluso paliarse.

Retomando la línea de Sunstein, una de las demostraciones más esclarecedoras de que nuestro comportamiento y decisiones ceden ante la **presión social** y la influencia de los demás (desatendiendo nuestra voluntad personal, nuestro raciocinio), es el que viene de la mano del

³⁴ La devaluación reactiva es la reacción visceral que surge de nosotros cuando rechazamos sin aparente motivo aquellas ideas del exterior o ajenas a nuestro círculo de confianza. La misma que, de forma contraria e igualmente peligrosa, nos lleva a aceptar “con una venda en los ojos” todo tipo de información -que no deja de ser opinión en su mayoría- proveniente de las personas más preciadas o cercanas a nosotros.

psicólogo Solomon Asch³⁵, quien confeccionó una serie de reveladores experimentos en la década de los 50. Uno de los más sencillos consistía en lo siguiente: cada participante, siguiendo su turno asignado, se invitaba a responder preguntas simples, por ejemplo, qué línea de una cierta figura era más larga, o que de todas las presentadas concordaba con la línea de referencia. (Ver figura 2.3).

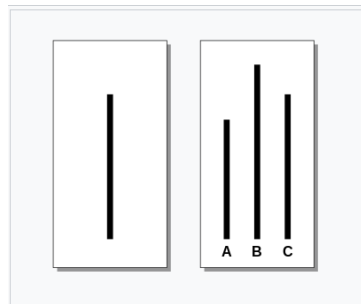


Figura 2.3

Sólo uno de los participantes era en realidad inocente y genuino en el experimento, el resto eran cómplices de los experimentadores, cuidadosamente instruidos para dar respuestas preseleccionadas. En un principio, los participantes cómplices dieron una variedad de respuestas correctas para no despertar sospechas sobre la naturaleza del experimento; luego fueron adicionando respuestas erróneas. De esta manera, Asch podía medir como actuaba la presión social sobre la decisión del individuo de manera progresiva. Los experimentos dieron fructíferos resultados: cuando el individuo no tenía contradicciones entre su opinión y la del resto, acertaba una media de 34 de 35 respuestas, donde el único error respondía seguramente a la naturaleza experimental del estudio. En cambio, cuando la poderosa mayoría daba una respuesta incorrecta, aunque pareciese evidente el fallo, los sujetos cambiaban su decisión en un 33%, en contra de su propia percepción.³⁶ Muchos autores denominan este fenómeno como la *dictadura del resto*, escondida en la penumbra de las democracias y sistemas plurales, también en ambientes socio-grupales, donde la mayoría tiene una exagerada legitimidad para

³⁵ Solomon Asch (Varsovia, Polonia, 14 de septiembre de 1907-Haverford, Pensilvania, 20 de febrero de 1996) fue un psicólogo polaco-estadounidense, mundialmente conocido y prestigioso debido a sus trabajos pioneros en psicología social. Sobre todo, reconocido por sus experimentos de conformidad, en los que demostró la influencia de la presión del grupo en las opiniones. (https://es.wikipedia.org/wiki/Solomon_Asch)

³⁶ Asch trata de mostrar cómo seres humanos perfectamente normales pueden ser presionados hasta mostrar un comportamiento inusual ligado a la fuerza ejercida por las figuras de autoridad, o por el consenso de la opinión de otros que les rodean. (<https://explorable.com/es/el-experimento-de-asch>)

tomar todo tipo de decisiones -y para presionar hacia la toma de estas-, aunque se olvide por completo de la opinión minoritaria.

Esta *conformidad*, generadora de fenómenos como las cascadas de información (que funcionan como un “teléfono roto social”) o el efecto rebaño, también es causa de la citada devaluación reactiva o de fenómenos sociales como la polarización de grupo y los fanatismos, las conspiraciones, las tendencias irracionales o el miedo a expresarnos tal y como somos, estemos donde estemos y con quién. Es conveniente matizar que no es la única fuerza generadora de estos fenómenos, más si los favorece enormemente.

En el mundo jurídico, la conformidad puede llevar a que los jueces tomen decisiones siguiendo la férrea línea de sus predecesores sin atender otras alternativas, se dejen llevar por su ideología o la presión mediática, o ejerzan su labor atendiendo únicamente a la recompensa económica y demás intereses separados en esencia de la función judicial.³⁷ Igualmente, un legislador conformista (que tenga una actitud vital de conformidad) se limitará a juzgar nuevos actos con las mismas leyes, por analogía y tradición, contribuyendo a la solidificación y estatismo del sistema legal. Mucho tendrá que decir aquí también, por suerte o por desgracia, la opinión mayoritaria, que guiará en ocasiones la labor legislativa y judicial hacia un lado o hacia otro. Donde reina la mayoría, el peligro habita en el momento en el que se disiente de ella. Una sociedad conformista estará, por tanto, abocada al conservadurismo y racionalización absoluta del ser humano, mientras se resguarda escéptica de todo soplido de aire fresco.

Fundamentalmente por las razones explicadas, de acuerdo con los revolucionarios avances y descubrimientos de la neurociencia, teóricos como el propio Sunstein o Richard Thaler, premio nobel de economía por sus aportaciones a la economía conductual, buscan introducir **medidas correctoras** de este comportamiento irracional o alejado de nuestra voluntad original (ya sea por presión social o por otros sesgos cognitivos). Aportaciones, por otro lado, no exentas de la polémica que arrastra universalizar el comportamiento “racional” y entrar a modificar (sin consentimiento expreso) las actitudes y acciones que se separen de este. Una materialización de estas medidas de corrección son los revolucionarios *Nudges*, creados por Thaler, en los que nos sumergiremos más adelante. Baste indicar, por el momento, que suponen novedosos instrumentos de política pública que buscan influenciar de manera no coactiva los comportamientos menos loables de la gente, (tirar basura al suelo, conducir de forma temeraria,

³⁷ Cass R. Sunstein. *La Conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones*. 2019, Grano de Sal, México, pp. 186-187.

comer alimentos no saludables, descuidar los espacios públicos, etc.) para, de un modo fundamentalmente subliminal, llevarlos hacia decisiones que redundan en beneficio propio y social, aunque se hayan tomado, en último momento, inconscientemente. El debate ético, efectivamente, está servido.

Algo exento de toda polémica es que los humanos tenemos errores. Lo novedoso, es que no solo somos imperfectos, sino que a veces no podemos o no queremos evitarlo. Aquí entraría el tinte “irracional”, o, mejor dicho, irrumpiría con fuerza. ¿O acaso, si siempre nos comportáramos como seres racionales ocurrirían desastres y hecatombes humanas como siguen sucediendo, crisis económicas impredecibles o sucesos sociales inexplicables? Como explican R. Thaler y C. Sunstein, los humanos padecen infinidad de sesgos (la mayoría inconscientemente) que los llevan a comportarse de diversas maneras, casi siempre divergentes de la manera “más racional”³⁸. El problema, señalado enérgicamente por el teórico Mark D. White, es quién decide qué es racional y qué es irracional. ¿El Estado? ¿Los expertos? ¿Cada uno? ¿Es acaso ético, o incluso posible, universalizar un comportamiento “a seguir”?³⁹

Aunque parecen preguntas retóricas formuladas “sin maldad”, sus respectivas respuestas encierran las distintas maneras de entender y de actuar sobre el comportamiento humano. Goza de gran relevancia, sobre todo, sabiendo que las diversas políticas e ideologías van a echar mano inevitablemente de las técnicas del comportamiento para, bien analizarlo en vistas de regularlo y modificarlo, bien elevarlo hasta convertirlo en una realidad intocable y justificable de todo tipo de acción humana. Esta es una de las grandes batallas entre los propulsores del “paternalismo libertario”, que emplea la economía del comportamiento para corregir comportamientos “irracionales” (como promueven Richard Thaler y Cass Sunstein) y los defensores radicales de la libertad de elección humana imperturbable por el Estado (Mark D. White). Recordemos que el Estado legisla la vida humana, administrando la justicia a todos nosotros mediante los órganos jurisdiccionales. Por ello adquiere tanta importancia la comprensión del comportamiento humano y la connotación que esconde definirlo como *racional* o *irracional*, pues determinará también el tratamiento de este. Para evitar polémicas, al comportamiento instintivo lo llamaremos a partir de ahora, -no por casualidad-, comportamiento *irreflexivo*.

³⁸ Cass Sunstein y Richard Thaler, *Nudges, el empujón que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, 2012, Bosch Editor, España p. 34.

³⁹Mark D. White, *La manipulación de la elección. Ética y paternalismo libertario*, 2013, Palgrave Macmillan, Nueva York, pp. 76-77.

Y es que así describe uno de los padres de la economía del comportamiento como es Daniel Kahneman⁴⁰ al obrar humano que *no* responde a argumentos complejos, teóricos o reflexivos. En una de sus obras más trascendentales, *Pensar rápido, pensar despacio*⁴¹, el psicólogo divide el modo de pensar en dos sistemas, el sistema 1 -rápido, instintivo, emocional- y sistema 2 – lento, deliberativo, lógico-. A lo largo del texto, Kahneman nos descubre que la mayoría de las decisiones que toma el ser humano en su día a día las elabora el **sistema irreflexivo**, semiautomático. Este sistema padece los sesgos cognitivos y de información que habitan en nuestra realidad de forma latente. Entre otras, es la explicación de cómo afectan las primeras impresiones en nuestra forma de pensar y actuar, cómo influyen nuestras emociones y sentimientos más internos, nuestros deseos y fobias que mudan del subconsciente a la realidad. De ello hablaremos más adelante, más hemos de tener presente que este sistema de pensamiento es el que originará también desvíos cognitivos en el sujeto procesal, en el contexto de un juicio.

Sea como fuere, la realidad es que el Derecho no puede “mirar hacia otro lado”, pues, como dijimos anteriormente, mientras que el derecho a la tutela judicial efectiva vive incrustado en la inamovible norma suprema (artículo 24 de la CE), su significado sí varía y las normas han de hacerlo con él. ¿Cómo se resuelve esto? Quizá modificando las normas para alcanzar la mayor efectividad posible en vistas de los nuevos descubrimientos y teorías de la acción humana. La gama de posibilidades es amplia, desde elaborar instrumentos de políticas públicas de influencia social no coactiva (como los *Nudges*, que trabajan utilizando la vía del subconsciente), hasta modificar los preceptos normativos vigentes o elaborar nuevos ordenamientos (leyes derogatorias y nuevas leyes en materias no reguladas hasta entonces) que tengan en cuenta la naturaleza humana tal y como es -un ejemplo de esto podrían ser las disruptivas leyes de cambio de género, que seguramente respondan más a la necesidad de cubrir un profundo sentimiento insatisfecho de una gran minoría que a los argumentos más teóricos de la razón humana-. ¿Cómo se introduce esta necesaria actualización y reconfiguración, en el Derecho Procesal concretamente?

⁴⁰ Daniel Kahneman (Tel Aviv, Palestina británica, 5 de marzo de 1934 - 27 de marzo de 2024) fue un psicólogo israelí-estadounidense reconocido por su trabajo sobre la psicología del juicio y la toma de decisiones, así como sobre la economía del comportamiento. Sus hallazgos empíricos desafían el supuesto de la racionalidad humana que prevalece en la teoría económica moderna. La mayoría de sus experimentos y teorías se erigieron de mano de su compañero Amos Trevisky, psicólogo y coautor de numerosos ensayos elaborados por ambos. (https://es.wikipedia.org/wiki/Daniel_Kahneman)

⁴¹Obra fundamental de Daniel Kahneman, Premio Nobel de Economía, que reúne el resultado de décadas de investigación del autor, a menudo en colaboración con el psicólogo Amos Tversky. Publicada en 2011 por la editorial DEBATE en España.

(https://es.wikipedia.org/wiki/Pensar_r%C3%A1pido,_pensar_despacio)

De una u otra forma, esta labor se deberá ejercer necesariamente de mano de la economía conductual, cuyo objetivo fundamental no es otro que el de conocer y entender mejor al ser humano. El Derecho Procesal importará sus métodos e innovaciones en la normativización eficiente en vistas de la nueva concepción acerca de nuestro comportamiento.⁴² Y este conocimiento resultará inasumible sin las aportaciones de la psicología cognitiva y la experimentación sociológica (Asch, Loftus)⁴³.



Imagen 2.4 Daniel Kahnemanⁱ



Imagen 2.5 Solomon Asch

3. Análisis conductual del Derecho

3.1. Racionalismo vs Emotivismo. Superando la Teoría de la Elección Racional.

Hasta ahora, hemos definido, de un modo similar al que explica Fiorenza, la nueva rama denominada Análisis Económico del Derecho Procesal, que emplea la metodología propia de la economía para *predecir* y así *regular* de manera más efectiva la conducta y las decisiones

⁴² Podemos ser o comportarnos de forma poco razonada, pero aún sesgado, el comportamiento será igualmente previsible, "racional" a ojos de las ciencias cognitivas modernas y de la economía conductual. Sencillamente porque se puede explicar, gracias en parte a la magistral diferenciación de Daniel Kahneman entre los dos sistemas de pensamiento. Como veremos, esta característica (previsibilidad) será incorporada por el análisis conductual del Derecho con la finalidad de perfeccionar la regulación del comportamiento humano.

⁴³ En referencia al citado experimento de Asch y al que mencionaremos más adelante de la psicóloga estadounidense Elisabeth Loftus. Sin embargo, señalar la cantidad de experimentos realizados en este campo por psicólogo/as y sociólogo/as. Por temas de espacio no podremos referenciar todos los debidos.

que toman los sujetos que intervienen dentro de un proceso judicial. Pero, como señala el autor, no acaba aquí la (r)evolución en la materia, dado que en los últimos años se han puesto en entredicho, de mano de la psicología cognitiva y de la neurociencia, los cimientos más sólidos de la economía tradicional. Es el caso de la racionalidad del ser humano, que, tras descubrirse su endeble consistencia en la realidad, se ha despegado forzosamente de la teoría que hasta entonces sostenía el comportamiento económico del individuo; la **teoría de la elección racional**.⁴⁴

Ya hemos ido avanzando, en párrafos anteriores, la novedosa modificación del paradigma económico y jurídico que ha de suponer un cambio en la comprensión de la arquitectura y toma de decisiones del tamaño descrito. Ahora, es momento de adentrarse en los cambios concretos que ha producido, en el Derecho y en el Derecho Procesal, *negar* la racionalidad del ser humano como fuerza imperante en todo momento. O, mejor dicho, el *ampliar* la concepción tradicional de esta racionalidad.

Hasta el último tiempo, la Teoría de la Elección Racional (TER) definía con firmeza una acción racional como “la acción que el agente decide llevar a cabo porque cree que maximiza su utilidad esperada”. Asumía, para cada agente racional, la capacidad mental de tomar en consideración las distintas utilidades, resultados y consecuencias de todas las acciones posibles. Su ambición, que por otro lado la condena, la llevaría a considerar que el ser humano goza de una capacidad ilimitada para almacenar y analizar una cantidad desproporcionada de información con la que “calcular las probabilidades de todos los posibles estados del mundo”.

⁴⁵ Es decir, idealiza el ser humano hasta el punto de considerarlo una especie de ser, que, en homenaje a su condición puramente económica, ha sido denominado *homo economicus*. El *homo economicus* es capaz de analizar igual que una computadora toda la información que percibe, para transformarla luego en los estímulos que dirigen su pensar y actuar. Se dirige en todo momento por la razón y el sistema de pensamiento reflexivo de Kahneman (sistema 2) y no cede ante los sesgos cognitivos. Es absolutamente racional y predictivo. Es, como puede intuirse, tremendamente divergente del *homo sapiens*, o, si me permiten, del ser humano real.

⁴⁴ Patente a lo largo del trabajo, la TER es la principal corriente teórica en la microeconomía y supone que el individuo o agente tiende a maximizar su utilidad-beneficio y a reducir los costos o riesgos. Según ella, como prueba de la racionalidad que defiende, los individuos siempre prefieren más de lo bueno y menos de lo que les cause mal. La desarrollaron economistas en la década de 1950.

⁴⁵ A.A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, 2023, Bosch Editor, España, pp.154 y 155.

En esta misma línea reivindican Sunstein y Thaler la consideración del ser humano como un **ser emocional**, pasional a la par que racional, con errores y carencias cuya negación no lleva sino a evidenciarlas y entorpecer el tratamiento y análisis de su voluntad original y consecuente comportamiento.⁴⁶ Tampoco creo que sea posible negar con rotundidad a estas alturas, por ejemplo, aquellas ideas que defendían autores como Hume o Freud (aun si se quiere matizadas) acerca del papel de las emociones, sueños, ilusiones, sentimientos y deseos frustrados en nuestro comportamiento, muchas veces sobreponiéndose a la razón, tanto nos demos cuenta de ello como si no.⁴⁷ Más allá del implícito debate entre las corrientes racionalistas vs emotivitas, defendemos aquí con la solidez requerida el hecho de que no dejará de existir una grieta abismal entre el ser humano y la máquina. Y es que aun dando por hecho que el ser humano actúe guiado por mente y corazón, de acuerdo con la razón y también con la pasión... ni siquiera cortando el hilo emocional y basándonos únicamente en el pensamiento más argumentativo y reflexivo, estaríamos a salvo de errores e incongruencias que habitan en cada acción que tomamos. La *razón* deviene limitada desde que entendemos que, un comportamiento racional, puede tomarse automáticamente, desde el subconsciente, sin reflexión alguna. Paradójico, ¿no creen?

Superando (o, al menos, completando) la teoría de la elección racional, la *psicología cognitiva* y las *neurociencias* han evidenciado que, como muchos autores figuraban, la **racionalidad del ser humano** está limitada, acotada, *sesgada*... La TER, a partir de este momento, dejará de brindarnos “recetas inequívocas” y resultará “inapropiada” para explicar comportamientos de personas que no siguen sus recetas (en la medida en que se comportan ‘irracionalmente’).⁴⁸ Habremos de profundizar en las cavidades de las mencionadas disciplinas, y en las modificaciones que han supuesto, en colaboración con la economía del comportamiento, para el terreno jurídico.

⁴⁶ Cass Sunstein y Richard Thaler, *Nudges, el empujón que necesitas para tomar mejores decisiones en temas de salud, dinero y felicidad*, 2012, Bosch Editor, Madrid, pp. 12-13).

⁴⁷ Ideas vigentes en corrientes como el emotivismo, cuyo mayor exponente es David Hume, autor del *Tratado sobre la naturaleza humana* (1739-1740) o en el psicoanálisis, cuyo padre fundador es Sigmund Freud (*La interpretación de los sueños*, 1899).

⁴⁸ Elster, Jon. *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Gedisa, Barcelona, 1999, p.11.

3.2. La revolución cognitiva. Sesgos y heurísticas

Cuando hablamos de psicología cognitiva nos referimos a la corriente que estudia la conducta humana y los procesos mentales. La utilización del adjetivo “*cognitiva*” la relaciona con aquellos procesos mentales que están implicados en los distintos actos de *conocimiento*. Serían la **percepción, la memoria, la atención, el lenguaje y el razonamiento**. Analiza, en resumen, cómo los seres humanos entienden el mundo y transforman la información sensorial almacenada para utilizarla en función de sus intereses.

En cuanto al paradigma decisonal, la psicología cognitiva ha venido a cuestionar las bases de la elección racional, en particular la de la *intencionalidad*. Autores como Thomas Ulen o Richard Thaler alertan de que la mayoría de los responsables de tomar decisiones tienen limitaciones cognitivas que causan “desvíos en su conducta con respecto a lo predicho por la teoría de la elección racional”.⁴⁹ A estos desvíos, conocidos popularmente como sesgos, les debemos la explicación de que “tomemos decisiones fatales, creamos cosas irrisorias, ignoremos evidencias científicas o nos guíemos por planes que carecen del menor sentido”.⁵⁰

Estos sesgos cognitivos plagan la vida social y nacen cuando el ser humano, incapaz de procesar toda la información y de evitar los baches decisonales derivados, promueve la creación de “estratagemas mentales específicas, inercias, consideraciones generales o determinados procesos mentales”⁵¹ (desprovistos de toda complejidad argumentativa) que se conocen como **heurísticas**. Su finalidad es colmar esa laguna de conocimiento de un modo sencillo y resolutivo. Son originadas en el sistema 1 de pensamiento de Kahneman o en aquel sistema que genera respuestas automáticas, de manera espontánea. Están estrechamente relacionadas con los desvíos o sesgos cognitivos y de información que padecemos, pues estos habitan en cada comportamiento heurístico, al ser espontáneo, irreflexivo.

Sin embargo, Kahneman señala que las heurísticas no deben ser interpretadas como fallas o imperfecciones en el proceso decisonal, sino como parte “de un sistema diferenciado del que suele valerse también el agente inconscientemente”⁵². Si bien es cierto, de un lado, que mientras estas reglas suponen beneficios en términos de eficiencia cognitiva –agotan menos energía, menos glucosa, debido a la menor actividad cerebral que suponen-, ello no implica

⁴⁹ Thomas Ulen, “*Rational Choice theory in law and Economics*”, pp. 790 y ss.

⁵⁰ A. A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, pp. 160-161

⁵¹ A. A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, pp. 100 y 101.

⁵² Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2011, Debate, España, pp 250-251.

necesariamente una mayor eficacia de la decisión -como apunta Fiorenza-; por el contrario, “en muchos casos sucede que ellas terminan generando errores que llevan a un resultado final alejado del esperado por el individuo.”⁵³ Seguramente por ello se las tacha de *irracionales*.

Pensemos, por ejemplo, que queremos comprarnos el primer coche. Al ser nuestra primera compra (decisión) de este tipo en concreto, no poseeremos la información íntegra y detallada acerca de lo que supone un precio justo, ideal o una mínima relación exigible entre calidad y precio. (Tampoco si fuera nuestra segunda o tercera compra de este tipo, aunque sí iríamos reduciendo el oasis de conocimiento). ¿Qué haríamos, entonces? Ante esta gran ausencia de información (sesgo), difícilmente un ser humano llevará a cabo la investigación, análisis y predicción que argumentaría un *homo economicus* para tomar la decisión “más acertada”. La ausencia de tiempo, recursos y capacidad de procesamiento llevará, al individuo, exigido de respuesta, a tomar un atajo. Y no es otra cosa que un **atajo mental** el comportamiento heurístico. Quizá elijamos preguntar a nuestros padres o familiares cercanos, basarnos en la recomendación del vendedor, o comprar directamente el automóvil más barato/caro en función de nuestra predilección o de ideas preconcebidas acerca de la relación calidad precio. Pues bien, cada una de estas alternativas está plagada de sesgos que funcionan como un hoyo oculto en el camino hacia la decisión correcta, pongamos hacia la más “racional”.

En el primer caso, consultar a otras personas cercanas puede parecer lógico, y de hecho lo es. Sin embargo, es importante saber que, al igual que nosotros, aquellas pueden padecer (y seguramente padezcan) los mismos desvíos cognitivos que nosotros u otros distintos, lo que resultaría contraproducente a todas luces -aunque quisieran darnos, de buena fe, el mejor de sus consejos-.

En el segundo caso, obedeciendo al vendedor estaríamos incurriendo en un sesgo evidente de **confirmación**. Este sesgo supone escuchar o considerar solamente los argumentos de un lado, de una misma opinión (la del comercial). Sería en el que incurriría un Juez si sólo escuchara o creyera a una de las partes. En el ejemplo dado, parece obvio además que el vendedor mostrará, aun subliminalmente, sus propios **intereses** en oposición (y predominancia) a los nuestros. De nuevo, “irrational”. Ojo, no digo que sea mejor ni peor, pues fiarse de un especialista en ocasiones suele ser la decisión acertada, pero no resulta así analizándola a priori desde nuestro

⁵³ A. A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, p. 236.

prisma, el cual ha de ser buscar la decisión más ‘racional’, es decir, argumentada desde nuestro núcleo *reflexivo y personal*.

En la última toma de decisión (generalizar), habitual por otra parte, podríamos caer en diferentes errores como el de creer que aquello que es más barato/caro es siempre peor/mejor, cuando realmente no es así (pues el mercado presenta infinidad de vértices que reconfiguran la posición de las empresas por diversos motivos, no solo la calidad o el precio). Quizá acabemos comprando un coche carísimo que no nos salga rentable con el tiempo, o un coche barato que resulte tener un rendimiento “inesperado” y lo rentabilicemos rápidamente.

Como estos ejemplos podemos encontrar infinidad de ellos en la realidad social cotidiana, aunque reciente sea su descubrimiento. El peligro, o bache, de equivocarnos –divergir de nuestra voluntad original-, resulta gigantesco y, dependiendo de la importancia de la decisión, puede ser definitivo. ¿Cuál es el comportamiento, entonces, adecuado? ¿Qué sesgos podemos evitar? ¿Cuáles afectan, en mayor medida, al legislador procesal? ¿Es realmente útil actuar según las heurísticas? Descubrámoslo.

3.3. El Análisis Conductual del Derecho Procesal. Sesgos procesales

El Derecho, como realidad artificial concebida por y para el ser humano, no se halla exento, en absoluto, de los riesgos y problemas que portan consigo los sesgos cognitivos. Padecerán necesariamente limitaciones **el Juez, el legislador y cada uno de los sujetos procesales**.

Por ello deberá analizarse, desde un prisma conductual actualizado a la revolución cognitiva, las consecuencias de que el sujeto procesal normativo, el agente... se comporte a menudo de manera instintiva, y por ello -seguramente- sesgada. Es la labor que encarna el Análisis Conductual del Derecho Procesal, que ilumina al legislador acerca de la condición falluta del comportamiento humano para adaptar las leyes y normas procedimentales.

Ya son cientos los sesgos cognitivos que hasta el momento se han logrado identificar a través de distintos estudios de campo y trabajo sobre muestras poblacionales. Mencionaremos, a modo de ejemplo, algunos de ellos.

Sesgos Procesales

Pensemos por ejemplo en los *jueces* elegidos por uno u otro partido político dentro del Consejo del Poder Judicial (recientemente desbloqueado). Pese a la supuesta consagración y edificación

de un sistema de separación de poderes (en ejecutivo, legislativo y judicial), nos cuesta bastante imaginar que la decisión, doctrina o línea de pensamiento del magistrado electo difiera en exceso de la del partido que lo escoge. Y hacemos bien. La influencia política en el poder judicial es una triste realidad. No por nada llevaba bloqueada desde diciembre de 2018 una institución constitucional como el CGPJ, -tremendamente politizada-, máximo órgano gubernativo de jueces y magistrados.⁵⁴

Los jueces y magistrados, como funcionarios públicos (y sobre todo como seres sociales), aun si nos quisiéramos “aferrar” a su presunta imparcialidad e independencia, padecerán las consecuencias de fenómenos como la polarización de grupo (radicalización y separación progresiva de dos posturas que chocan frontalmente, habitual en los debates político-sociales o en cuestiones de ideología) o el efecto rebaño (seguir al resto, a la opinión mayoritaria, sin ningún tipo de actitud crítica o reflexión). No resulta precipitado alegar que esta clase de fenómenos seguramente lleven a decisiones judiciales cuanto menos cuestionables, ya sea por radicalidad o alejamiento de la verdad, por ausencia de motivación jurídica o por atender más a la presión mediática (o a terceros intereses) que a los hechos. Sea como fuere, habrán caído en los sesgos cognitivos. Muchas veces serán sus **emociones**, otras sus **prejuicios o estereotipos (sesgos ideológicos)** los que les jueguen una “mala pasada”. No podemos olvidar, en este sentido, que los jueces, magistrados, legisladores, etc., aunque sobre el papel se les exijan—y se les confieran- valores y principios de una rigidez propia del *homo economicus* (véase las garantías de independencia, imparcialidad, profesionalidad, rigor o prudencia); no dejan de ser personas, ajenas a la perfección de la máquina, sometidas a las corrientes sociales y conducidas por la amalgama razón-corazón.⁵⁵

De un modo igualmente sesgado, el *legislador* (a fin de cuentas, el político encargado de dar forma al diseño normativo) será mucho más propenso a regular un aspecto en la línea que se ha venido haciendo hasta ahora, por mera tradición, o un Juez a no desviarse de la jurisprudencia dominante y de la doctrina de sus predecesores. No deviene desacertado vislumbrar en estos comportamientos un nido de sesgos de **confirmación, status quo o de conformidad**.⁵⁶

⁵⁴ CGPJ: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/>

⁵⁵ En este sentido, los autores Facundo Manes y Mateo Niro explican la trascendental labor de los aportadores multidisciplinares para estudiar si efectivamente la toma de decisiones de los jueces es “equitativa y racional al momento de la resolución de conflictos”. *El cerebro del futuro*, Planeta, Buenos Aires, 2018, p. 431.

⁵⁶ Explicados el sesgo de confirmación y el de conformidad, definamos sucintamente el sesgo de status quo. Este sesgo supone la preferencia por mantener o permanecer en el estado vigente. En el ámbito jurídico y procesal, es el culpable del carácter conservador o estático a la hora de modificar o interpretar alguna normativa. Las personas

Tampoco es complicado reconocer diferentes leyes y decretos actuales, que, en representación del comportamiento guiado por el **sesgo de la disponibilidad**, responden a situaciones coyunturales o que adquieren relevancia por un motivo efímero y seguramente ajeno a la buena administración. (Ya sea para adquirir nuevos votos electorales, por miedo a perderlos, por movilizar a la gente o para “calmar las aguas”). Sin ir más lejos, podemos pensar en las numerosas decisiones ejecutivas o judiciales que se han tomado últimamente atendiendo a la situación puntual del país: nos referimos a leyes y resoluciones “reaccionarias” como las proclamadas contra el terrorismo, la violencia de género, la inmigración, el movimiento “ocupa” o contra la fractura socio-territorial de un país. Un ejemplo tan reciente como mediático pudiera ser la sentencia del famoso “procès”, la cual estableció ya en 2019 penas de entre 9 y 13 años por el delito de sedición (actualmente suprimido del Código Penal en virtud de la armonización con el ordenamiento de la UE), cuando la misma pena se estipula en la misma norma (CP) para condenar conductas tipificadas como ‘homicidios dolosos’. Más allá de la ideología y tinte político del asunto en cuestión, parece que la sentencia no es ajena (o más bien responde) al panorama sociopolítico tan candente del momento, en detrimento de la interpretación objetiva de los hechos y de las normas. Algo parecido sucede, pero al revés, al valorar fríamente los motivos del ulterior indulto y las razones de la parcial amnistía otorgada a los encausados, reconocidos, así, como presos políticos. Y esto, desgraciadamente, es lo normal, tanto en política como en aquellos ámbitos perpetrados por intereses político-económicos. La justicia, tampoco es una excepción.

La consecuencia más próxima de los comportamientos afectados por el sesgo de la disponibilidad suele ser la incursión en gastos desproporcionados en medidas, leyes o decisiones cuya vigencia no supera el carácter coyuntural. Gasto entendido como concentración de recursos, tiempo y dinero. Por todo ello, no conviene legislar en base a hechos que pueden no volver a darse, o en función de una situación llamativa, puntual o poco habitual -dando lugar a la regularización masiva y normativización desproporcionada, alarmante en áreas jurídicas como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo-.

sesgadas por el status quo (jueces, legisladores) tenderán a aplicar las normas de la misma manera. Sucede en la elección del legislador por los anticuados juicios monitorios, para determinados casos, donde la sentencia inaudita parte del demandado y la eficacia condicionada a la posterior actitud de este, condicionan, en perjuicio del demandado, la probabilidad de impugnación de la condena (de defensa). Seguramente un cambio de procedimiento ayudaría a contribuir a una tutela más efectiva, pero el legislador tiende a mantener este tipo de procedimientos porque sencillamente es el ‘estado vigente’. <https://thedeclarationlab.com/es/biases/anchoring-bias>

Por último, otro de los sesgos que más acaece y aturde a los sujetos procesales es el famoso **sesgo del anclaje**. El sesgo de anclaje supone la conducción del pensamiento hacia un juicio o estimación (valorar en 100.000 euros un ‘precio justo’ para la compraventa de una casa) a partir de un valor inicial o ‘ancla’ (que tendemos a creer razonable sin mayor justificación) el cual va ajustándose (siempre de forma sesgada) conforme adicionamos información. En los procedimientos, un experimento realizado por la psicóloga Elizabeth Loftus reveló la existencia de este sesgo en los testimonios. A tal efecto, se comprobó como “las declaraciones tornaban frágiles y susceptibles de verse influenciadas por sugerencias o preguntas (anclas) realizadas por quien dirigiese la entrevista, así como por la forma de hacerlas”. Ello provoca un cambio en la prueba de los hechos que, en función de meros formalismos o intenciones (preguntas capciosas o enrevesadas, ambigüedades, etc.) pueden suponer (si no lo impide el Juez) un giro sensible en la consideración de los hechos.

Resumiendo, todos estos sesgos tienen cabida en el ámbito procesal debido a la puesta en funcionamiento de las heurísticas, de comportamientos llevados a cabo en virtud del “sistema 1”, por parte del sujeto procesal, el sujeto normativo (ya sea Juez o parte). Aquél sujeto que adoptaba en el Análisis Económico del Derecho las motivaciones y restricciones propias de un agente económico a la hora de decidir y tomar una decisión dentro de un procedimiento judicial. Aquel individuo del que se suponía una inconmensurable capacidad de raciocinio y al cual le invaden ahora las limitaciones y sesgos cognitivos de un ser que no deja en manos de la más pura razón cada acción, cada reacción, sino que gran parte de ellas vienen motivadas por un impulso intuitivo y ajeno a toda forma compleja de pensamiento.

4. Nuevo enfoque del Derecho Procesal. Conclusiones.

Llegados a este punto, hemos de considerar que el comportamiento humano goza de diversas aristas y el mismo no se puede explicar en su totalidad según la Teoría de la Elección Racional, la cual entendía razonadas y razonables todas las elecciones del ser humano, el cual llegaba a cada decisión a través del proceso lógico-deductivo que, hoy en día, sabemos que pertenece únicamente a uno de los dos sistemas de pensamiento que poseemos, el “sistema 2” que define Kahneman en *Pensar rápido, pensar despacio*. ¿Qué sucede, entonces, con aquellas respuestas o decisiones, tomadas en virtud de la actividad del sistema 1?

Hasta ahora, hemos explicado que aquellas son el fruto de deseos, sesgos, heurísticas... que vienen marcadas por la ausencia de reflexión, de raciocinio. Se ha dicho, aún a regañadientes, que adoptaban la cualidad de ser “irracionales”, aunque se señalaba la denominación más acertada acuñada al efecto por el economista israelí: “irreflexivas”.

Pues bien, en la línea de autores como Fiorenza, Thaler o Ulen, las decisiones y el comportamiento armado a través de sesgos y heurísticas, siguen siendo “racionales”, dado que, como señala Kahneman, son fruto de un sistema de pensamiento que, aún intuitivo o emocional, activa el funcionamiento de la razón, entendida como la facultad que emplea el ser humano para llevar a cabo una decisión. Aunque hasta ahora la TER no podía explicar este tipo de comportamientos, los mencionados autores entienden que no es necesario una modificación absoluta de la misma, sino más bien un giro de 180 grados. Un nuevo enfoque. Más completo.

Este enfoque, radica en ampliar el concepto hasta ahora vigente de “racionalidad”, que abarque también aquellos comportamientos sesgados, nacidos de las limitaciones del ser humano, pero asimismo predecibles, igualmente racionales. Como dijimos anteriormente y a tal fin apunta Cabieses⁵⁷, las heurísticas no son sino atajos mentales que responden a la racionalidad de las personas, al pensar rápido de Kahneman, a un proceso mental distinto (más igualmente válido) para la toma de decisiones.

La TER explica cómo el ser humano, atendiendo a un orden de preferencias basado en la utilidad de cada alternativa, configura su toma de decisiones ordenando así las diferentes opciones, en búsqueda de maximizar su utilidad, su beneficio. Este proceso mental es el que aporta la racionalidad argumentada a lo largo de este ensayo. La capacidad de elegir en base a un criterio lógico y razonado. Lo más valioso de la revolución cognitiva consiste en entender que aquellas decisiones tomadas de forma irreflexiva (antes irracional), responden igualmente a una ordenación del ser humano, esta vez elaborada casi intuitivamente, pero que guarda en su interior una razón, un criterio que justifica cada acción, un “por qué”. Se sigue buscando, pues, maximizar una utilidad, aunque sea de forma **inconsciente**.

Por ende, la respuesta de cómo debemos entender los sesgos en el comportamiento puede ser definida, en la línea de autores como Sunstein o Fiorenza, como la influencia sobre “la visión que podemos tener en torno de lo que, en una cierta situación, vendría a ser más o menos

⁵⁷ Guillermo Cabieses: Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho. Revista *Ius et Veritas*, nº 49, diciembre 2014, Lima, pp. 322-340.

beneficioso; o como la influencia sobre el criterio por el cual efectuamos esa ordenación de preferencias”. Este cambio de percepción puede ser, no obstante, definitivo.

Un giro trascendental en la toma de decisiones y, por tanto, en el curso del proceso, dependerá, a fin de cuentas, de la información que se posea, de las ideas preconcebidas y de las convicciones personales. De esta manera, los sesgos serán la explicación de que se establezcan sentencias conservadoras en determinados casos, se declare inmunes o inocentes -por razón de su cargo, familia o condición- a ciertas personas culpables, se llegue a acuerdos económicos en perjuicio del demandado (cifras establecidas muy al alza por desconocimiento del afectado), tiendan a ganar los juicios aquellos más pudientes o con mejor defensa letrada (al margen de que las pruebas estén a su favor o no) o prevalezcan unos testimonios frente a otros, como si se estableciera una escala de verosimilitud en función de quién testifique. Por no hablar de los sesgos (parecidos a los comentados a lo largo del ensayo) que padecerán todos y cada uno de los miembros del Jurado. Así también, un Juez que condene desproporcionadamente a una persona por ser extranjera o por razón de etnia, sexo, religión o ideología, personificará un comportamiento intuitivo, no argumentativo o si se quiere visceral, pero igualmente predecible y, por tanto, *racional* y *modificable*. Veamos, a modo de conclusión, las posibilidades reales de modificar estos comportamientos, pongamos, ‘injustos’ o, si se prefiere, ‘equivocados’.

Partiendo de las bases tradicionales del Análisis Económico del Derecho, y adicionando los avances y aportaciones conductuales descritas hasta ahora, intentaremos dibujar un enfoque procesal construido eclécticamente y adaptado a la nueva concepción del comportamiento humano, pues aún quedan matices por añadir e implementar en la ciencia jurídica. Con ello, realizaremos una aproximación concreta al denominado Análisis Conductual del Derecho Procesal, -a modo de conclusión del presente trabajo-, a través de dos vías empíricas por las cuales materializar toda la teoría presentada, **una**: nuevas normas y **dos**: medidas correctoras de influencia en el comportamiento humano (esta vez de forma no coactiva): los *nudges*.

4.1 Nueva legislación

En la incansable búsqueda de la tutela judicial efectiva que mencionábamos al principio, establecida como fin último del Derecho Procesal, aparecen de forma revolucionaria las también citadas ciencias del comportamiento. Estas, materializadas en aportes y aplicaciones, resultan “clave para comprender y predecir la reacción humana –decisiones, comportamientos-

frente a las normas y políticas públicas”. Pues la realidad jurídica no se desarrolla de otra forma que gracias a las personas que reaccionan de diversa manera ante una norma.⁵⁸ La diferencia pues, entre la economía y el derecho, radica en que la primera se dedica generalmente a observar y describir comportamientos, mientras que el segundo los *prescribe*.

En el ámbito jurídico, el objetivo o función concreta de la economía conductual habrá de ser analizar las normas, procedimientos y teorías legales para aprehender el funcionamiento, eficacia y observancia de las reglas jurídicas. Y, como recuerda Fiorenza, esta labor adquiere especial relevancia en el Derecho Procesal, en el ámbito procedimental. ¿Por qué? Esencialmente porque este versa sobre un conjunto de normas que colocan a los sujetos procesales frente a situaciones donde cuentan con diferentes posibilidades de actuación, entre las cuales deberán elegir según su interés o conveniencia particular.⁵⁹

La innovación, el *nuevo enfoque*, consistirá fundamentalmente en tener en cuenta, por parte del legislador, los sesgos y emociones que, sistemática y necesariamente, afectan a la decisión del sujeto. Una nueva concepción del obrar humano que no ha de pasar inadvertida por el sistema jurídico, en tanto tecnología que, diseñando el procedimiento, ha de resaltar la previsibilidad del sujeto normativo como parte necesaria del razonamiento jurídico. Se ha de indagar, en resumen, “para qué clase de hombre el derecho se halla dispuesto”⁶⁰.

En lenguaje práctico, lo anterior explicado supone la implantación de una nueva forma de concebir al destinatario de la norma y de elaborar las reglas, de acuerdo con las ciencias del comportamiento y las demostraciones empíricas que han de establecer nuevos modos sostenidos de actuación, a la par que nuevos prismas con que mirar aquellos tradicionales. Tendrán una novedosa cabida, para el legislador, los diversos sesgos y emociones del Juez y de las partes; en un intento, bien de soliviantar los conflictos emocionales, bien de suavizar su manifestación, bien de abrirles un camino o vía que interese al legislador, a través de la función expresiva del lenguaje jurídico⁶¹. Así, el legislador podrá ordenar eficazmente ciertas acciones en el individuo, orientando su conducta en un sentido u otro en uso de la carga emotiva del lenguaje normativo jurídico, al igual que aprovechará los ‘túneles mentales’ que cruza

⁵⁸ En la línea de Hugo A. Aciarri en *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*, SAIJ, Buenos Aires, 2019, pp 13-37.

⁵⁹ A.A. Fiorenza, *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho Procesal*, pp. 207-208.

⁶⁰ Gustav Radbruch. *El hombre en el derecho*. Depalma, 1980, Buenos Aires, p. 101.

⁶¹ Es Sigmund Freud quien destaca esta función de las palabras, como herramientas que evocan y expresan sentimientos, pensamientos, y que crean consecuentes imágenes que suscitan emociones. La interpretación de los sueños, 1899, pp. 65-66.

inconscientemente el sujeto para provocar una conducta concreta, una situación procesal que le interese. El legislador contará, sencillamente, con más variables que antaño a la hora de pronosticar el comportamiento judicial (aquellas decisiones de todos los que participan en un juicio, incluido el propio legislador, como una suerte de voz en off) y con él habilitar un diseño normativo **completo y eficiente**.

Uno de los ejemplos más disruptivos, aún en fase de prueba, sería establecer normativamente el uso de aparatos neurocientíficos para medir la actividad eléctrica cerebral del sujeto procesal al tomar una decisión. Serviría, aventurándonos no demasiado, para valorar la reflexión del juez al momento del fallo –evaluando la exigida motivación y la argumentación sopesada-, la de los miembros del jurado o incluso los movimientos sinápticos que intercambian la información y que se activan, por ejemplo, a la hora de prestar declaración. Podría discernirse de esta manera el predominante papel de la razón o de las emociones/sesgos cognitivos en cada decisión y comportamiento en el proceso, tendiendo hacia este un nuevo puente de entendimiento.

Imaginen que se pudiera comprobar incluso la verosimilitud de un testimonio estudiando las variables fisiológicas y neuronales del llamado a declarar, los flujos sanguíneos, el ritmo cardíaco, etc. Aunque no está generalizada la permisión hoy en día de la incorporación de aparatos como el detector de mentiras o polígrafos, sí se admiten como prueba en países como Estados Unidos, Rusia, Inglaterra, Canadá, Holanda, Japón o Israel. La aplicación de la neurohermenéutica⁶² iría en la misma línea, ensanchando el camino para aquellas aplicaciones de las ciencias del comportamiento que buenamente añadirían rigor y exactitud de implantarse con resultados probados fehacientemente.

Pero los preceptos y normas no son la única forma de extrapolar los avances conductuales a la ciencia jurídica, sino más bien aquellas que guardan una forma tradicional. Prohíben, obligan, incentivan y disuaden de forma explícita e inequívoca. Por otro lado, aparecen novedosos mecanismos públicos que aprovechan el comportamiento sesgado del ser humano – fundamentalmente el subconsciente- para desembocar el curso del proceso en acciones deseadas y beneficiosas para la aprehensión cuasi exacta de la ‘verdad’, empleando para ello la influencia social no coactiva. Son los denominados *Nudges*.

⁶² La neurohermenéutica es la lectura de la actividad cerebral de los jueces, a través de innovaciones en el campo de la resonancia magnética, con la finalidad de medir los flujos sanguíneos en las diversas zonas de aquel. En este ensayo, nosotros proponemos la ampliación de estos instrumentos a los restantes sujetos procesales, con la finalidad de descubrir y moldear los estímulos e influjos que configuran las decisiones de aquellos.

4.2 Los “Nudges”

Podemos definir *los nudges* como instrumentos de política pública que pretenden direccionar el comportamiento de la gente en beneficio común. La característica fundamental de estos es que ejercen la influencia social de forma no coactiva, subliminal, a través del subconsciente. Creados recientemente (principios de siglo) por el economista Richard Thaler y desarrollados también por su compañero de autoría en diversas obras como es Cass Sunstein, los nudges empiezan a ser utilizados en diferentes zonas de Norte América y Gran Bretaña, más aún suponen medidas que encierran gran incertidumbre dentro del panorama ético y político actual. Sin ir más lejos, el ético kantiano Mark D. White desarrolló en 2013 (poco más tarde que la presentación al mundo de los Nudges por parte de Sunstein y Thaler en su obra *Nudges, el empujón que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*) seguramente la mayor contraposición y respuesta crítica frente a estos inventos públicos y frente a su utilización por parte del Estado. Veamos de qué se tratan con algunos ejemplos.

A diferencia de las normas tradicionales, expresas, que prescriben comportamientos imperativamente, los nudges no obligan, sino que empujan⁶³, ayudan a tomar la decisión deseada de una forma más indirecta, tácita. Pensemos por ejemplo en los paquetes de tabaco. Las desagradables imágenes que portan consigo son un nudge muy evidente (quizá más de lo normal) como para hacernos una idea. Estas imágenes no nos obligan a no fumar, sino que nos recuerdan las consecuencias negativas -de forma gráfica- de tomar la decisión de consumir tabaco. Recuerdan y manifiestan una información con el interés de que reconsideremos nuestra decisión y, en un supuesto ideal, dejemos de fumar. Eso sí, esta decisión será tomada, en su caso, por nosotros mismos. Pero ¿libremente?

En los comedores sociales, una de las medidas más efectivas para motivar la ingesta de alimentos saludables en detrimento de los calóricos, consiste en modificar intencionalmente la disposición de los alimentos, de manera que se coloquen los saludables primero y los productos de bollería o con grandes cantidades de azúcar, colesterol, sal... al final, casi apartados, alejados del primer vistazo del comensal. Curiosamente, ello tiene mayor eficacia que la prohibición del consumo de estos últimos, y a la vez nadie ha sido coartado ni obligado a tomar esa decisión. De ahí su ubicación (la de los nudges) en la corriente llamada paternalismo libertario, haciendo

⁶³ “Nudge”, que significa “empujoncito”, es una palabra inglesa empleada para definir el movimiento que hacemos con el codo para empujar suavemente en las costillas de la persona que queremos incentivar o mover a algo. *Nudges, el empujón que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, riqueza y felicidad*. P. 12.

gala de la condición que trae consigo tutelar un comportamiento sin coaccionarlo. De este modo trabajan los ‘empujoncitos’, en la búsqueda de una decisión racional de acuerdo con quien la toma y en beneficio común.

¿Pero qué aportaciones nos puede traer el uso de los nudges a un procedimiento judicial? Bien, el papel fundamental de los nudges no es otro que el de evitar sesgos o redirigir las acciones que se alejan de la voluntad original de la persona. Serían ‘la cura’ de los desvíos cognitivos que padecemos, en una forma de presentarlos optimistamente. Así, cuando una persona no tenga una información relevante para tomar una decisión (recurrir una resolución o no, agotar la vía administrativa o acudir directamente a la contenciosa), un **nudge** se la puede recordar (mensajes telemáticos que ilustren las potestades y posibilidades que se tiene en un momento judicial dado, así como los costes y beneficios de cada una de las alternativas, alarmas telefónicas que recuerden la finalización de un plazo...) o incluso puede plantear un contexto en el que el individuo se incline hacia la decisión correcta sin pensar (al igual que sucede cuando se configura intencionadamente la disposición de los alimentos en un comedor o bufet libre, o cuando se configura el paisaje lateral más próximo de una carretera haciendo creer al conductor que circula más rápido de lo que realmente conduce –ver imágenes 4.2 y 4.3-), dando por hecho que el sujeto, *por defecto*, va a tomar aquella decisión que más le conviene –apelar, recurrir, reconvenir, declararse en rebeldía, comparecer, demandar, etc.-, aunque al final se le olvide tomarla de forma activa. Es lo que sucede, por ejemplo, en programas públicos de pensiones en EE. UU., donde la opción por defecto beneficia al consumidor, ya que habitualmente se olvida de dar una respuesta expresa o de revisar su elección anterior.

En cuanto a los sesgos de información jurídica en los que es habitual incurrir, un nudge muy útil podría ser recordar precedentes a la hora de marcar un precio o cifra estimada para llegar a un acuerdo, o cuando ha de fijarse el valor de una multa, reparación o indemnización. De esta manera, tanto el Juez como las partes tienen un punto de partida que, a diferencia del anclaje, sí se sostiene en uno o varios casos reales de similares características, que, por tanto, emiten valores análogos y aplicables. Esta medida, la de acudir a precedentes o jurisprudencia, suele ser una labor de investigación del letrado, más no todo el mundo se puede permitir uno. Es más, incluso en estos casos serían de gran ayuda datos con los que colmar alguna que otra laguna de conocimiento. En resumen, información utilísima.

Otra de estas disruptivas medidas podría ser la representación de un juicio sin la sobrecarga de formalismos que predominan actualmente, desde el hábito característico de los jueces y

letrados hasta los turnos y lenguaje que se emplea; los cuales, apartados de la realidad social, - quizá anticuados-, incomodan e incluso cohíben a los testigos o aquellas personas que deben testificar, quienes seguramente se desinhibirían en un contexto más amable y menos redicho. En este ejemplo, destacaría la mencionada cualidad subliminal de citados mecanismos: el mismo cambio de percepción que generan los sesgos cognitivos, más esta vez en la dirección correcta.

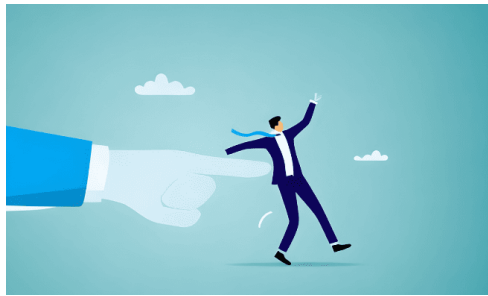


Imagen 4.1

La aplicación sistemática de estas ayudas no conllevaría, desde mi punto de vista, ni una reconfiguración ni un gasto necesariamente desproporcionados, pues la mayoría de nudges adolecen de complejidad técnica (el problema alrededor de ellos es fundamentalmente de carácter ético). En cada momento en que el sujeto procesal, juez, parte o incluso el legislador, se equivoque predeciblemente, habrá de estar dispuesto uno de estos instrumentos para devolver la decisión al camino deseado, para paliar los sesgos perjudiciales o frenar las emociones irracionales, devolviendo la vista del sujeto normativo a la opción preferible por el legislador *prudente* (ya no nos servirá “racional”).⁶⁴

Concluyendo este ensayo, cabe matizar que en el **subconsciente** está, no solo la vía de estos instrumentos correctores tan disruptivos o el camino utilizado por los túneles mentales que sesgan nuestro obrar de forma contraproducente, sino también servida la polémica: nadie presta consentimiento a esta modificación intencionada de la decisión personal que traen consigo los “empujoncitos”, aquella modificación que se pretende justificar en un supuesto beneficio ‘público’ del cual solo nos queda confiar ciegamente. A ello, Mark D. White suma la inexistente legitimidad que le achaca al Estado para modificar sin consentimiento las

⁶⁴ Como diría Aristóteles, (*Ética a Nicómaco*), la prudencia es la virtud más preciada del ser humano. Huelga resaltar su importancia dentro de la conjunción de cualidades que hemos de exigirle, al menos, a un arquitecto decisonal como es el que diseña el procedimiento judicial. Es decir, al legislador. La prudencia asegurará el *rigor* y sobre todo la *humildad* que se precisa para evitar sesgos como el de conformidad y confirmación; además de servir para procurar la adición de todo aquel conocimiento que resulte útil y complete la concepción normativa del procedimiento, en aras de su eficiencia.

decisiones de la gente, perturbando su libertad. ¿Quién decide lo que es correcto para todos, o “para mí”? Acabamos de ver que cuando tomamos decisiones inconscientemente también pueden ser llamadas racionales, así predecibles. ¿Y si quiero elegir aquello que a priori resulta equivocado, ilógico o incluso irracional? ¿Y si no quiero seguir la norma establecida, o en un momento dado mi racionalidad disiente de ella? ...

Como pueden imaginar, allí se alberga un amplio debate realmente interesante –y recomendable- entre los paternalistas libertarios (como pueden ser Sunstein y Thaler) y los economistas liberales (desde J.S.Mill, padre y autor de *El Utilitarismo*, hasta el propio Mark D. White), en el que ciertamente entraríamos en una cuestión progresivamente divergente – colateral si se quiere-, de la que nos ocupa en este trabajo, para la cual, seguramente, nos faltaría *tiempo*. Y aquí, se nos ha acabado el *espacio*. Por el momento, ‘contentémonos’ con la justificación de que en un procedimiento judicial ya es el Estado, personificado en la figura del legislador, quien nos restringe y dirige de forma expresa, normativamente, nuestro comportamiento; mientras que las decisiones personales cuya libertad reivindica Mark D. White, se refieren fundamentalmente a disyuntivas que no escapan a la cotidianidad.



Imagen 4.2



Imagen 4.3

Bibliografía

Aciarri, Hugo A., *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (2019, SAIJ, Buenos Aires)

Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Edit. 1993, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid)

Cabieses, G., *Discusión sobre los aportes de la psicología conductual y las neurociencias en el Derecho*, revista *Ius et Veritas* (N.º 49, diciembre, 2014)

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1958, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires)

Couture, Eduardo J., “Interpretación de las leyes procesales”, en *Estudios de derecho procesal civil*, (1950,t. III, Ediar, Buenos Aires)

Cooter, R., y Ulen, T., *Derecho y Economía*. (Trad. Eduardo L. Suárez, 2002, Fondo de Cultura Económica, México)

Elster, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, (1999, Gedisa, Barcelona)

Fiorenza, A.A., *Introducción al análisis económico y conductual del Derecho procesal* (2023, Bosch Editor, Madrid)

Freud, S., *La interpretación de los sueños* (1899, Berlín)

Gagarin, M, «*Telling Stories in Athenian Law*». *Transactions of the American Philological Association* (1974)

Galbraith, J.K. y Salinger, N., *Introducción a la economía*, (1997, Editorial Crítica, Barcelona, trad. Gustau Muñoz)

Galicía Molina, *Neurociencia y proceso judicial*, (2013, Marcial Pons, Buenos Aires)

Hagan, M., “*Law by design*” (2017)

Hume, D., *Tratado sobre la naturaleza humana* (1738-1740, Londres)

Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio* (2011, Debate, España)

Manes, F. y Niro, M, *El cerebro del futuro* (2018, Planeta, Buenos Aires)

Nino, Carlos, S., *Introducción al análisis del derecho*, (2003, Astrea, Buenos Aires)

Posner, Richard, A., *El análisis económico del Derecho*, (2000, Fondo de Cultura Económica, México)

Radbruch, G., *El hombre en el Derecho* (1980, Depalma, Buenos Aires)

Sunstein, Cass R., *La Conformidad. El poder de las influencias sociales sobre nuestras decisiones* (2019, Grano de Sal, México)

Sunstein, Cass, R., *Paternalismo Libertario* (2018, Herder, Barcelona)

Sunstein, Cass, R. y Thaler, R., *Nudges. El empujón que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad* (2012, Bosch Editor, Nueva York)

Taruffo, M., *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal* (2012, Marcial Pons, Madrid)

Ulen, T., “*Rational choice theory in law and economics*” (1999, Illinois)

White, Mark D., *The Manipulation of choice. Ethics and libertarian paternalism.* (2013, Palgrave Macmillan, Nueva York)

Páginas web consultadas:

https://historia.nationalgeographic.com.es/a/ir-a-juicio-gran-pasion-atenienses_11774

<https://humanidades.com/derecho-romano/>

https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_romano

<https://www.revistamisionjuridica.com/>

<https://www.fbbva.es/diccionario/tormento/>

<https://es.wikipedia.org/wiki/Heliea>

https://cuci.udg.mx/sites/default/files/1_carlos_peru_listo.pdf

https://es.wikipedia.org/wiki/Experimento_de_Asch

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732008000200009

<https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1389/La%20congruencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/derecho-y-economia>

ⁱ Daniel Kahneman fue un psicólogo israelí-estadounidense reconocido por su trabajo sobre la psicología del juicio y la toma de decisiones, así como sobre la economía del comportamiento. Sus hallazgos empíricos desafían el supuesto de la racionalidad humana que prevalece en la teoría económica moderna. Las aportaciones a la economía conductual acerca del juicio humano y el comportamiento en contextos de incertidumbre le valieron el Premio Nobel en Economía en 2002.

<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/biographical/>