

## Introducción

El Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), se constituye, por sí mismo, además de la labor propia de investigación, docencia y vinculación, en una editorial con reconocimiento no sólo nacional sino internacional, con un alto estándar de calidad académica de sus publicaciones y con un impacto no sólo por el número de ellas sino por la divulgación de éstas.

A esta labor editorial, el doctor Pedro Salazar Ugarte, director del IIJ-UNAM, en su plan de trabajo 2018-2022 incluyó un proyecto editorial especial titulado “Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional” coordinado por la doctora Nuria González Martín, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo, al congregar *i*) temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; *ii*) vinculados con la Agenda Nacional; *iii*) con una extensión breve; *iv*) dirigido a un público no necesariamente especializado; *v*) con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación *per se*, y *vi*) que amerita celeridad en su redacción y publicación para que se consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Por las razones de excepcionalidad por las que estamos transitando en este inicio de 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar este canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla

pero veraz sobre el estado del arte, las consecuencias y las propuestas lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico.

En contraste con otros números de este importante proyecto editorial, el presente tiene la peculiaridad de constituir una investigación interdisciplinaria en la que especialistas de diversas ciencias, provenientes de distintas instituciones académicas nacionales y extranjeras hemos entrelazado nuestros conocimientos a partir de los mismos supuestos teóricos y metodológicos que caracterizan al novedoso enfoque denominado “gobierno conductual”. El problema que abordamos consiste en la falta de seguimiento de las políticas públicas indicadas por el gobierno para contender la emergencia sanitaria, por parte de importantes núcleos de la población. Revertir esta situación adquiere una relevancia especial dada la falta de vacunas y tratamientos provenientes de las ciencias biológicas y biomédicas. Uno de los supuestos fundamentales del que partimos para afrontar el problema de investigación, lo constituye la profunda crisis del concepto de la racionalidad humana generado a partir de los resultados experimentales obtenidos por las actuales ciencias del comportamiento, especialmente las ciencias cognitivas.

Durante muchos siglos fuimos plenamente antropocentristas. Teníamos la creencia de que ocupábamos un lugar privilegiado sobre los demás seres vivos por ser los únicos agentes racionales. Esta propiedad no sólo hizo que nos consideráramos superiores, también la colocamos como la base de nuestra voluntad de decisión y nuestra libertad.

Como suele suceder con supuestos epistémicos paradigmáticos, esa creencia fue el cimiento transversal de prácticamente todas las disciplinas relacionadas con el hombre. En el ámbito económico, por ejemplo, dio sustento a la teoría del maximizador racional cuyas decisiones, para poder ser calificadas de “racionales”, podían y tenían que ser el producto de una fría ponderación entre costos y beneficios. Sin embargo, al mismo tiempo la conducta humana ofrecía (y ofrece) contraejemplos cotidianos.

El derecho no fue la excepción. El supuesto de la fría racionalidad fue y sigue siendo el presupuesto central de la manera en que creemos que opera o puede operar el sistema jurídico. Con base en él aspiramos a regular la conducta social y hacer que los destinatarios de las normas se comporten conforme a las expectativas de la ley, después de haber realizado un balance de los beneficios que reportaría realizar un acto ilícito, superados por los costos que implicaría la sanción correspondiente, o determinamos si alguien es o no responsable de haber “decidido” actuar en contra de lo que dice la ley después de un frío proceso inferencial. Al igual que en otros ámbitos, lo que sucede en la realidad jurídica refuta estas idealizaciones acerca de papel que juega la racionalidad en el derecho. El número de actos delictivos que engrosan cotidianamente las estadísticas de las instituciones da buena cuenta de ello, así como una zona de “intersección de irracionalidad” entre la conducta que debería haberse evitado como resultado de ponderar las sanciones del derecho y la autopreservación o supervivencia tanto propia como de seres queridos. En nuestro país, por ejemplo, a diario somos testigos de actos de un salvajismo escalofriante perpetrados por miembros del crimen organizado que ponen en jaque el supuesto de la racionalidad: ¿cómo explicar que a pesar del bombardeo constante de imágenes dantescas en todos los medios de comunicación, nuestros jóvenes se sigan enrolando en los cárteles de la droga?, ¿cómo a pesar de conocer el infierno que significa ingresar a vivir en un reclusorio?, ¿por qué los directivos de industrias contaminantes prefieren dar “mordida” en vez de respetar las normas que impedirían que sus propios hijos respiraran lo que su negocio genera? Ante nuestro asombro, la explicación que dábamos a estas conductas consistía en la simplista etiqueta de ser “conductas irracionales” y habría que agregar, contrarias a la “naturaleza” humana.

Tardamos en hacerlo, pero finalmente tomamos estas conductas en serio, el supuesto de la racionalidad se puso bajo el microscopio de la ciencia y, como sucediera en otros tiempos con la creencia en la existencia del flogisto o que el Sol giraba alrededor de la Tierra, se mostró que el persistente supuesto de la racionalidad, tal como se entendía desde hace siglos, es insostenible. Los avances en los terrenos de las ciencias cognitivas y las neurociencias

cias nos lo han mostrado con una sólida base experimental. Hoy día sabemos que muchos de los que eran considerados “errores” del pensamiento forman parte de nuestra manera natural de procesar y corresponden a sesgos cognitivos que todos tenemos; que previo a la toma de conciencia de una decisión se activan mecanismos a nivel neuroendocrino que nos llevan a suponer que nuestras decisiones son epifenómenos de procesos inconscientes sobre los que no tenemos control; que nuestra vida mental no es algo que ocurra en una dimensión distinta a nuestros procesos fisiológicos; que nuestra cognición es corporeizada y no ocurre sólo en el interior de la fría bóveda craneal; que nuestros procesos de razonamiento no pueden desligarse de las emociones y un largo etcétera.

En contraste con todos estos descubrimientos que están modificando la forma en que nos entendemos a nosotros mismos, el derecho, cuyo núcleo central consiste en regular la conducta social, le ha dado la espalda a los avances científicos sobre el comportamiento. Curiosamente en el derecho seguimos operando a partir de teorías fundadas en supuestos psicológicos generados en la mente especulativa de los juristas, que asumen el supuesto de la racionalidad y con base en los cuales privamos de la libertad, determinamos con quien deben vivir los hijos de una pareja que se divorcia, privamos a alguien de su patrimonio, entre otras.

Una de las paradojas que trae aparejada esta manera de pensar se vincula con uno de los conceptos jurídicos fundamentales más importantes el cual, incluso, es considerado condición de existencia de los sistemas jurídicos: el concepto de eficacia jurídica que a pesar de su importancia ha sido más postulado que desarrollado por la teoría jurídica dominante. En efecto, resulta paradójico suponer que reformas en los textos legales van a modificar la dinámica social de agentes racionales que no tienen incorporado al derecho en su espacio mental, ni podrían tenerlo de manera “objetiva” dado que siempre está abierto a múltiples interpretaciones técnicas. También es paradójico el reconocimiento del desconocimiento del derecho y que al mismo tiempo actuemos con base en el principio conforme al cual la ignorancia de la ley no exime el cumplimiento de ésta. Por si lo anterior no fuera suficiente, solemos pensar

que los textos normativos (que los destinatarios no conocen), establecen los elementos a partir de los cuales, ellos, en tanto agentes racionales (supuesto insostenible), habrán de realizar los balances costo-beneficio que los inclinarán a actuar conforme a lo que el derecho exige. Con base en lo anterior, asumimos que el Estado cumple con su función reguladora al emitir textos legales y aplicar sanciones cuando procede, pero que no requiere, ni debe, intervenir en el libre albedrío de los destinatarios del derecho que, a fin de cuentas, acatarán sus normas en tanto agentes racionales. Pero este no intervencionismo no está libre de discusión, como sucede respecto del derecho a la libre autodeterminación del cuerpo. Algunas esferas de esta discusión gravitan en torno a si los sujetos tienen o no derecho a la automutilación, o a consumir sustancias adictivas que ponen en riesgo su salud.

El problema del no intervencionismo del Estado tiene una faceta más complicada: ¿hasta dónde queda legitimado a intervenir cuando los sujetos, en ejercicio de su libre albedrío, ponen en riesgo no sólo su salud, sino también a terceros y, peor aún, a toda una comunidad? Con base en el supuesto de la racionalidad, el derecho no tendría de que preocuparse más allá de la expedición de las normas que establezcan condiciones para que el comportamiento racional tenga lugar y con base en ellas diseñar políticas públicas a partir de las cuales implementar campañas informativas. Sin embargo, la terca realidad, nuevamente entra en escena.

Como todos sabemos la llegada de la COVID-19 ha generado una turbulencia internacional que nos ha afectado a todos. La característica más saliente y peligrosa de esta enfermedad es la falta de vacunas y medicamento para enfrentarla, lo que hace que el único recurso para mitigar su efecto dependa de la conducta de una sociedad, presumiblemente constituida por agentes racionales que harán lo necesario para preservar sus valores más preciados que son la vida y la salud no sólo propias, sino también de la sociedad en general. Sin embargo, no ha sido el caso.

El surgimiento de la COVID-19 se conecta con lo dicho precedentemente porque muestra que la simple emisión de leyes, de decretos o de políticas públicas transformadas en

campañas de mercadotecnia social son insuficientes para hacer que las personas se comporten de acuerdo con su autointerés. Ante esta situación se abre la pregunta: ¿el Estado debe pasar el límite del no intervencionismo y el respeto al libre albedrío de agentes (i) racionales en el caso de la pandemia?; lo que da lugar a otras preguntas: si se abre esa puerta a la intervención del Estado ¿hasta dónde puede intervenir en éste y otros casos con el pretexto de estarlo haciendo por el bien de sujetos que no son capaces de actuar ni siquiera en favor de sus propios intereses?, y ¿cuál va a ser la estrategia motivacional para hacer que los ciudadanos se ajusten a lo que se esperaría de agentes racionales? Desde luego la herramienta motivacional característica del derecho es la sanción ¿pero es aconsejable en un contexto en el que la pandemia está generando estragos en el estado de ánimo de quienes tenemos que estar en aislamiento?

Ante esta situación, la alternativa idónea sería encontrar un punto medio que permitiera inclinar la balanza de las decisiones de los agentes hacia las conductas deseadas sin vulnerar coercitivamente su decisión y sin dejarla a su total libre albedrío.

El objetivo de este trabajo es presentar un marco teórico y metodológico que satisficiera la idoneidad referida, junto con propuestas específicas dirigidas a los diseñadores e implementadores de políticas públicas de nuestro país responsables de hacer frente a la pandemia.

Dicho marco, tanto teórico como metodológico, es producto de los avances en ciencias cognitivas y queda comprendido bajo el término “gobierno conductual” que denota al uso de los avances en las ciencias del comportamiento para el diseño e implementación de políticas públicas orientadas a incidir en las decisiones de los ciudadanos de tal suerte que actúen en su propio beneficio dentro del marco de derecho y a partir de un “paternalismo libertario”.

Uno de los recursos más importantes de este nuevo enfoque corresponde a la economía conductual y, dentro de ella, al concepto de *nudge*, entendido como un “empujón” en

las tendencias de nuestra arquitectura cognitiva y en especial nuestros sesgos cognitivos para que actuemos en nuestro favor, sin necesidad de coerción.

En ese sentido, los integrantes del Laboratorio de Constructivismo Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas y miembros del Seminario de Filosofía de la Economía del Instituto de Investigaciones Filosóficas nos hemos constituido en equipo de investigación con el fin de presentar este novedoso enfoque y, con base en él, hacer propuestas concretas para el diseño e implementación de políticas públicas sobre cómo hacer que se sigan las indicaciones propuestas por el gobierno ante la COVID-19 por quienes han mostrado resistencia a respetarlas.

Se trata de una investigación interdisciplinaria en la que hemos tejido una red de conocimientos pertenecientes a la economía conductual, la economía y gestión de la innovación, la antropología, la sociología, la filosofía de la ciencia, la psicología y la teoría constructivista del derecho. Como es característico de la investigación interdisciplinaria contemporánea, también es interinstitucional en el sentido de incorporar académicos formados en diversas instituciones tanto nacionales como extranjeras: la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, la Universidad Complutense de Madrid y la Escuela Noruega de Economía (NHH).

Hasta donde tenemos conocimiento ésta constituye una investigación de vanguardia, no sólo en el país, sino también internacional. Conecta explícitamente a la teoría general del derecho con los diversos marcos teóricos y metodológicos del gobierno conductual y muy especialmente con la economía conductual y los *nudges*.

A pesar de su fuerte contenido teórico, el faro que ha dirigido nuestra navegación ha sido siempre proporcionar propuestas de soluciones prácticas, lo que hace que esta investigación también pueda ser catalogada como traslacional.

Nuestra aventura intelectual inició hace unas cuantas semanas, pero ha sido sumamente fructífera e interesante. De pronto, de nuestras distintas formaciones comenzó a emerger una sinfonía en la que los conocimientos de unos y otros se intercambiaban y articulaban coherentemente con el objetivo de responder a nuestra pregunta de investigación principal: ¿qué podría hacer el gobierno para que la sociedad se comporte de conformidad con las directrices de la campaña para contender la COVID-19, considerando que la normatividad explícita y la supuesta racionalidad de los agentes no ha mostrado ser suficientemente efectiva?

Desde luego, en las condiciones actuales no ha sido posible realizar una investigación descriptiva y su grado de compromiso epistémico es exploratorio. Sin embargo, al final de este trabajo ya contamos con lo necesario para dar el segundo paso a una investigación descriptiva: una encuesta que estará disponible para ser contestada en línea y cuya liga se encuentra en el apéndice de este trabajo.

Antes de concluir, debo señalar que la presente investigación forma parte del proyecto PAPIIT IG101520: “Conductoma: un nuevo paradigma” con sede en el Centro de Ciencias de la Complejidad y el Instituto de Investigaciones Nucleares de la UNAM y de la cual soy corresponsable junto con los doctores Christopher Stevens y Rolando Díaz-Loving.

Para finalizar esta ya larga introducción, no me queda sino agradecer a la doctora Carmen Patricia López Olvera, por haber aceptado ser la primera lectora de diversas versiones “definitivas” de este trabajo y enriquecerlo con sus comentarios y observaciones, así como a mi asistente de investigación Conacyt, el licenciado Carlos Olace, por su apoyo en la preparación del texto final, pero de manera especial a la doctora Nuria González por el entusiasta apoyo brindado al proyecto y sobre todo darle abrigo en la estupenda serie *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional. Emergencia Sanitaria por COVID-19* que dirige en el IIJ-UNAM.

Enrique CÁCERES NIETO