

Consecuencias no esperadas y diseño de la Legislación de Protección del Consumidor

Unintended consequences and the design of Consumer Protection Legislation

Shmuel I. BECHER*

RESUMEN: Las políticas que guían la legislación en materia de protección del consumidor aspiran a lograr el equilibrio correcto entre dos fuerzas encontradas. Por un lado, estas políticas buscan intervenir en el mercado para promover los intereses de los consumidores y protegerlos; por otro lado, buscan evitar intervenciones ineficientes que puedan imponer dificultades excesivas a las empresas. La legislación en materia de protección del consumidor puede influenciar —y ser influenciada por— la innovación, la competencia y la eficiencia general del mercado. Como ilustra la Parte II, lograr el sutil equilibrio entre justicia y eficiencia en una intervención legal no es una

* Profesor Asociado, Victoria University of Wellington; LL.M., J.S.D., Universidad de Yale. Me gustaría agradecer, por sus importantes comentarios, a los participantes en el Mesa Redonda Austro-asiática de Protección del Consumidor celebrada en la Adelaide Law School en 2017 y en el Seminario de la Facultad de la Haim Striks School of Law, College of Management Academic Studies, en Israel en 2018. También me gustaría agradecer a William Britton por su asistencia en la investigación y a la Victoria Business School por su amable apoyo financiero. Este Artículo es una traducción del siguiente texto en inglés: Becher, Shmuel I., “Unintended Consequences and the Design of Consumer Protection Legislation”, *Tulane Law Review*, vol. 93, 2018, pp. 105-146. Traductores: Claudia Torres Patiño y Tomás Caparroso Franco. Contacto: shmulikbe@gmail.com
Fecha de recepción: 19/05/20. Fecha de aprobación: 11/08/20.

tarea fácil, en general. Y, en particular, la legislación en materia de protección del consumidor adolece de “ruido” y no es una ciencia exacta. Por lo general, está influenciada por varios jugadores y es impulsada por diversas motivaciones. La legislación —incluso aquella que es bienintencionada— algunas veces no genera los resultados esperados.

La legislación en materia de protección del consumidor, a veces, es no sólo ineficaz, sino también bastante nociva. El proceso legislativo en materia de protección del consumidor no recibe suficiente atención académica. Este artículo busca reducir esta brecha. La Parte III examina el problema de la legislación contraproducente y señala algunos ejemplos sobresalientes. Posteriormente, la Parte IV propone formas de mejorar el proceso de diseño de la legislación de protección del consumidor. La Subparte A sugiere un enfoque más cuidadoso de la legislación, en el que las legislaturas tomen decisiones de manera gradual y moderada. La Subparte B recomienda abordar el proceso legislativo desde un enfoque empírico y multidisciplinario, enfatizando la necesidad de transitar hacia un régimen de creación de leyes de protección del consumidor basado en evidencia. Un régimen legal sobre la protección del consumidor basado en evidencia, aunque ventajoso, no es una panacea. Gran parte de lo que hoy en día asumimos como conocimiento válido y hechos verdaderos resultarán ser falsos dentro de unos años. Por lo tanto, la legislación de protección del consumidor puede probar ser incorrecta y merecer futuras revisiones. Para complementar un régimen basado en evidencia, la Subparte C sugiere adoptar un proceso humilde de toma de decisiones que produzca legislación de protección del consumidor temporal. Por último, la Subparte D recomienda dispersar y delegar cierta responsabilidad legislativa en las oficinas administrativas y las organizaciones de consumidores.

La contribución de este artículo es doble. Descriptivamente, busca resaltar las fallas predominantes en el proceso legislativo y el problema de las consecuencias no esperadas. Normativa y

prescriptivamente, propone una actitud matizada y sin predisposiciones ante las políticas en la materia, uno que se beneficie de un escepticismo saludable. Este enfoque puede minimizar el ruido y la presión destructivos, contrarrestar la “legislación pegajosa”, explicar mejor los prejuicios y errores de las legislaturas, y proporcionar herramientas para hacer frente al dinamismo de los mercados y el avance de los hallazgos empíricos.

PALABRAS CLAVE: derecho del consumidor; protección del consumidor; políticas relacionadas con la protección del consumidor; diseño legislativo; tribunales de reclamos menores.

ABSTRACT: The policy that guides consumer law strives to find the right balance between two conflicting forces. On the one hand, it seeks to intervene in the market to advance consumers’ interests and protect them. On the other hand, it aspires to avoid inefficient interventions that may impose excess hardship on businesses. Consumer law policy may influence—and be influenced by—innovation, competition, and overall market efficiency. As Part II illustrates, finding the subtle balance of fair and efficient legal intervention is not an easy task. Legislation in general and consumer law legislation in particular suffers from “noise” and is not an exact science. It is typically affected by various players and driven by diverse motivations. Inevitably then, the legislative process generates some mistakes. Legislation—even when well-intended—sometimes fails to provide the desired results.

Pro-consumer legislation is at times not only ineffective but also rather harmful. The design and process of consumer protection legislation does not receive sufficient scholarly attention. This Article seeks to narrow this gap. Part III examines the problem of backfiring legislation, pointing out some prominent examples. Thereafter, Part IV proposes ways to improve the process of consumer lawmaking. Subpart A suggests a more careful approach to legislation, where legislatures progress in a gradual and moderate way. Subpart B recommends

employing a multidisciplinary, empirical approach to legislation by emphasizing the need to move to a more evidence-based consumer protection lawmaking regime. Although an evidence-based consumer law regime is advantageous, it is not a panacea. Much of what we believe to be true knowledge and correct facts today will turn out to be untrue within a few years. Therefore, consumer protection legislation can be proved wrong and may merit future revision. To supplement an evidence-based regime, subpart C suggests adopting a modest decision-making process that employs temporary consumer protection laws. Lastly, subpart D further recommends diffusing and delegating some legislative responsibility to administrative agencies and consumer organizations. The contribution of this Article is twofold. Descriptively, it seeks to point to predominant flaws in the legislative process and to the problem of unintended consequences. Normatively and prescriptively, the Article proposes a nuanced and unassuming approach to consumer law policy, one that benefits from healthy skepticism. Such an approach can minimize destructive noise and pressure, counteract “sticky legislation,” better account for legislatures’ biases and mistakes, and better cope with dynamic markets and ever evolving empirical findings.

KEYWORDS: consumer right; consumer protection; consumer law policy; legislative design; small claims courts.

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas que guían la legislación en materia de protección del consumidor aspiran a lograr el equilibrio correcto entre dos fuerzas encontradas. Por un lado, estas políticas buscan intervenir en el mercado para promover los intereses de los consumidores y protegerlos; por otro lado, buscan evitar intervenciones ineficientes que puedan imponer dificultades excesivas a las empresas. Así pues, la legislación en materia de protección del consumidor limita su intervención para no socavar la innovación, la competencia y la eficiencia general del mercado.

Lograr el sutil equilibrio entre justicia y eficiencia en una intervención legal no es una tarea fácil desde varias perspectivas. Para empezar, las empresas buscan tener ganancias económicas, lo que opera como incentivo para explotar a los consumidores. De hecho, gran parte de la literatura se centra en la disparidad entre los intereses de las empresas y los consumidores.¹

Este Artículo, sin embargo, examina el proceso y el diseño de la legislación de protección del consumidor. Como lo ilustra la Parte II, la legislación en general —y la legislación del consumidor en particular— adolece de “ruido” y no es una ciencia exacta. Por lo general, está influenciada por varios jugadores y es impulsada por diversas motivaciones. Inevitablemente, el proceso legislativo genera algunos errores.

La legislación —incluso cuando está bien intencionada— a veces no genera los resultados esperados. Lamentablemente, la legislación en materia de protección del consumidor, a veces, es no sólo ineficaz, sino también bastante nociva. La Parte III examina el problema de la legislación contraproducente y señala algunos ejemplos sobresalientes. Posteriormente, la Parte IV propone formas de mejorar el proceso de diseño de la legislación de

¹ Véase, por ejemplo: WILLIS, Lauren E., “Performance-Based Consumer Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, núm. 3, 2015, pp. 1309-1409.

protección del consumidor. La Subparte A sugiere un enfoque más cuidadoso de la legislación, en el que las legislaturas tomen decisiones de manera gradual y moderada. La Subparte B recomienda abordar el proceso legislativo desde un enfoque empírico y multidisciplinario que permita y aliente a todos los interesados a participar y expresar su opinión. Se ha dado un giro hacia enfoques basado en evidencia en muchos otros ámbitos, como la medicina, la mercadotecnia y la psicología, pero un enfoque similar no ha sido rigurosamente adoptado tratándose de la legislación en materia de protección del consumidor.

Un régimen legal sobre la protección del consumidor basado en evidencia, aunque ventajoso, no es una panacea. Para empezar, gran parte de lo que hoy en día asumimos como conocimiento válido y hechos verdaderos resultarán ser falsos dentro de unos años. En ocasiones, esto ha sido llamado “la vida media de los hechos” o “la vida media del conocimiento”.²

Por lo tanto, para complementar un régimen basado en evidencia, la Subparte C sugiere adoptar un proceso humilde de toma de decisiones que produzca legislación de protección del consumidor temporal. En otras palabras, se propone que la regla predeterminada sea promulgar legislación en materia de protección del consumidor que tenga sólo vigencia temporal. Bajo este marco propuesto, el presupuesto general es que cierta ley puede probar ser incorrecta y merecer futuras revisiones. Por último, la Subparte D recomienda dispersar y delegar cierta responsabilidad legislativa a las oficinas administrativas y a las organizaciones de consumidores.

El proceso legislativo en materia de protección del consumidor no recibe suficiente atención académica. Este artículo busca reducir esta brecha, y su contribución es doble. Descriptivamente, busca resaltar las fallas predominantes en el proceso legislativo y el problema de las consecuencias no esperadas. Normativa y pres-

² Véase ARBESMAN, Samuel, *The Half-Life of Facts: Why Everything We Know Has an Expiration Date*, Nueva York, Penguin Publishing Group, 2012.

criptivamente, propone una actitud matizada que los encargados de formular políticas pueden adaptar en relación con la legislación de protección del consumidor. Tal enfoque puede alentar una legislación más cautelosa y hecha a la medida, que se beneficie de un escepticismo saludable.

En general, el enfoque propuesto para la legislación de protección del consumidor tiene el potencial de abordar varios problemas que actualmente socavan la eficiencia de la protección del consumidor. Entre otras cosas, puede minimizar el ruido y la presión destructivos, contrarrestar la destructiva “legislación pegajosa”, explicar mejor los prejuicios y errores de las legislaturas, y proporcionar a éstas una mejor herramienta para hacer frente al dinamismo de los mercados y el avance de los hallazgos empíricos. El artículo concluye con algunas breves observaciones.

II. LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Las limitaciones institucionales y la falta de conocimiento técnico vuelven susceptible de errores al proceso legislativo.³ En términos generales, la legislación de protección del consumidor puede ser ineficiente o poco óptima por varias razones. Para empezar, la legislación de protección del consumidor requiere el dominio de numerosos conceptos y la familiaridad con temas muy diversos. Sin embargo, no se puede esperar que las legislaturas adquieran el conocimiento técnico necesario para hacer un análisis eficiente de los numerosos mercados y los asuntos que aborda la legislación

³ Véase, por ejemplo, BAXTER Jr., Thomas C., “The UCC Thrives in the Law of Commercial Payment”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 28, núm. 1, 1994, p. 128 (atacando la falta de conocimiento técnico de las legislaturas y declarando que “las leyes... tienden a ser redactadas en salas llenas de humo por generalistas que pueden tener poco conocimiento sobre el tema subyacente”).

de protección del consumidor.⁴ No es realista suponer que las legislaturas tendrán todo el conocimiento relevante al momento de tomar decisiones regulatorias.⁵

Actualmente, poseemos una enorme cantidad de información y conocimiento que no son estáticos. Los mercados se están desarrollando a un ritmo inusitado⁶ En casi todos los aspectos, el mundo se está volviendo cada vez más complejo. Es difícil que la legislación vaya a la par y “refleje los desarrollos económicos y tecnológicos no previstos al momento de su promulgación”.⁷

Del mismo modo, dado que las legislaturas no pueden predecir el futuro, sus respuestas son inherentemente limitadas. Las legislaturas a menudo serán demasiado lentas y rígidas en sus procedimientos para hacer frente de manera eficiente y exitosa a los rápidos cambios de los mercados de consumo modernos.⁸

⁴ Esto de ninguna manera es una observación novedosa. Véase, por ejemplo, Hayek, Friedrich A., *The Use of Knowledge in Society*, *American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, septiembre de 1945, pp. 519-530.

⁵ Peter SCHUCK, por ejemplo, detalla nueve factores prevalentes que frustran las políticas, incluidas la velocidad, la diversidad y las demandas de información sobre los reguladores. Véase Shuck, Peter H., *Why Government Fails So Often*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2014, p. 210.

⁶ *Ibidem*, p. 208.

⁷ BECHER, Shmuel I., “Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met”, *American Business Law Journal*, vol. 45, núm. 4, invierno de 2008, p. 759; véase también Romano, Roberta, “Regulating in the Dark and a Postscript Assessment of the Iron Law of Financial Regulation”, *Hofstra Law Review*, vol. 43, núm. 1, 2014, p. 27 (argumentando que en un entorno dinámico en el que el conocimiento avanzado rápidamente se vuelve obsoleto, “incluso la respuesta regulatoria más informada... será propensa a errores, y es probable que produzca una regulación retrospectiva que apunte al problema percibido de ayer, no al de mañana”).

⁸ La incapacidad de las legislaturas para mantener las leyes actualizadas es un punto ampliamente reconocido. Véase, en general, CALABRESI, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Uni-

Además, a veces los hacedores de política pública ignoran las buenas ideas si éstas pudieran llegar a ser vistas como “extremas”.⁹ En ocasiones, esto se relaciona con la “Ventana Overton”, que sugiere que la aceptación de nuevas ideas está sujeta al deseo de los responsables de las políticas de mantener una imagen pública realista y razonable.¹⁰ Además de eso, los consumidores son heterogéneos y tienen diferentes preferencias y respuestas, lo que hace que las políticas relacionadas con la protección del consumidor sean aún más difíciles de crear.¹¹

Al mismo tiempo, las legislaturas —como muchos otros tomadores de decisiones— padecen de un exceso de confianza en sí mismas.¹² Las legislaturas no siempre admiten la complejidad de la realidad y su confianza en expertos es, en el mejor de los casos, parcial. Por el contrario, las legislaturas sobreestiman su propio conocimiento y su capacidad para tomar buenas decisiones. Al

versity Press, 1982 (haciendo éste y muchos otros argumentos sobre el desarrollo moderno de la legislación). En el contexto de la legislación de protección del consumidor, se ha argumentado que las empresas pueden eludir la legislación y que “pueden ignorar el diseño de la regulación a través de cambios en sus productos que cumplan con la letra, pero no con el espíritu de las leyes”. Willis, Lauren E., “Performance-Based Consumer Law”, *cit.*, p. 1327.

⁹ Para una explicación sencilla de esta tendencia, véase Bregman, Rutger, *Utopia for Realists*, trad. de Elizabeth Manton, Londres, Bloomsbury Publishing, 2017, p. 254-55.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Cfr. BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. extra 1 (especial), 2013, p. 114 (“cuando los consumidores son diversos, un enfoque homogéneo y obligatorio necesariamente perjudica a ciertos subgrupos de consumidores”).

¹² El exceso de confianza es un fenómeno robusto. Para una discusión esclarecedora, véase Chabris, Christopher y Simons, Daniel, *The Invisible Gorilla: and Other Ways our Intuitions Deceive Us*, Nueva York, Crown Publishers, 2010, pp. 80-115.

mismo tiempo, los responsables de las políticas también pueden ser afectados por sesgos cognitivos.¹³ Entonces, por éstas y otras razones, se ha sugerido que los costos impuestos a los consumidores por los esfuerzos regulatorios para remediar las imperfecciones del mercado a menudo exceden sus beneficios.¹⁴ Esto es particularmente cierto tratándose de la protección reguladora *a priori*, que frecuentemente impone costos a los proveedores, quienes luego pasan estos costos a los consumidores.¹⁵

Incluso si relajamos nuestra crítica sobre la falta de conocimiento técnico, sesgos cognitivos y limitaciones institucionales, la legislación aún puede arrojar resultados insatisfactorios.¹⁶ Esto se debe a que el proceso legislativo a menudo está influenciado por grupos de interés, cabilderos y consideraciones políticas coto-placistas. En este sentido, la teoría de la elección pública (EP) proporciona un lente poderoso para considerar estas influencias.

De acuerdo con el marco teórico de la EP, el proceso legislativo puede verse como un mercado en el que la legislación está determinada principalmente por los patrones de la demanda.¹⁷ La

¹³ Tales sesgos cognitivos pueden provenir de los votantes, los medios de comunicación o los políticos mismos. Véase Shuck, Peter H., *Why Government Fails So Often*, *op. cit.*, pp. 154-60 (discutiendo la racionalidad en el contexto de la calidad y la efectividad de la actividad gubernamental).

¹⁴ LETSOU, Peter V., “The Political Economy of Consumer Credit Regulation”, *Emory Law Journal*, vol. 44, núm. 2, primavera de 1995, p. 620.

¹⁵ Véase, por ejemplo, BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, “Regulatory Techniques in Consumer Protection...”, *cit.*, p. 110.

¹⁶ Véase discusión *infra* Parte III.

¹⁷ ESKRIDGE JR., William N. *et al.*, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, 4a. ed., West Academic Publishing, 2007, pp. 55-57 (discutiendo la teoría de la elección pública y la importancia de los grupos en la legislación, así como criticando la visión de la elección pública); Stancil, Paul J., “Assessing Interest Groups: A Playing Field Approach”, *Cardozo Law Review*, vol. 29, núm. 3, enero de 2008, pp. 1273-1318 (discutiendo el poder y la dinámica de los grupos de interés).

base es que la demanda del mercado está dominada por grupos de interés que cooperan para promover intereses compartidos.¹⁸ La organización, el tamaño y los recursos de un grupo son las claves de su efectividad. Las coaliciones más grandes generalmente son más poderosas. Los proveedores —en mercados específicos y en general— a menudo pueden cooperar y crear grupos de interés bien organizados y poderosos.¹⁹

Sin embargo, las coaliciones más numerosas deben hacer más compromisos, y monitorear a sus miembros se vuelve complicado y consume mucho tiempo.²⁰ Por lo tanto, las coaliciones grandes pueden sufrir problemas de coordinación o de “acción colectiva”.²¹ Esto socava la capacidad de grupos grandes, como es el público en general, para presionar a las legislaturas. Es difícil para grupos tan grandes contrarrestar la presión que ejercen los grupos industriales bien organizados.

Ahora, del lado de la oferta, la teoría de EP postula que el comportamiento de las legislaturas se explica por su deseo primordial de ser (re)electos.²² Dada esta estructura, la teoría de la EP plantea que las legislaturas son propensas a crear leyes que concentren beneficios especiales en grupos de interés específicos.²³ No obstante, los costos asociados con estas leyes probablemente se distribuyan al público en general.²⁴

¹⁸ Véase STANCIL, Paul J., “Assessing Interest Groups...”, *cit.*, p. 1277.

¹⁹ Véase ESKRIDGE Jr., William N. *et al.*, *Cases and Materials on Legislation...*, *op. cit.*, pp. 48-53.

²⁰ *Ibidem*, p. 56.

²¹ O’CONNOR, Gary E., “Rendering to Caesar: A Response to Professor O’Reilly”, *Administrative Law Review*, vol. 53, núm. 2, marzo de 2001, p. 370 (“[L]os grupos pequeños (industria) tienen una capacidad organizativa superior a la de los grupos más numerosos (el público/ consumidores)”).

²² Véase ESKRIDGE Jr., William N. *et al.*, *Cases and Materials on Legislation...*, *op. cit.*, p. 57.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 58.

Es probable que las iniciativas legislativas destinadas a empoderar a los consumidores reduzcan la superioridad de las empresas sobre los consumidores. Sin embargo, también es probable que tales iniciativas encuentren una fuerte oposición de las empresas. Al mismo tiempo, es poco probable que las leyes que distribuyen los beneficios en general sean apoyados e impulsados vigorosamente por parte de los grupos de interés.²⁵ Por lo tanto, la EP predice que las legislaturas publicarán pocas leyes que beneficien al público.²⁶ Obviamente, éste es un desafío serio en el contexto de las políticas en materia de protección del consumidor.

Al respecto, una de las principales razones por las que se promulgan muy pocas leyes de protección del consumidor es la falta de representación.²⁷ De hecho, los consumidores no están representados adecuadamente en el proceso legislativo por múltiples razones. Como se señaló, los consumidores individuales están dispersos e insuficientemente incentivados para influir en la legislación.²⁸ Por lo tanto, es bastante difícil organizar a los consumidores como un grupo coordinado.²⁹ Además, es probable que

²⁵ *Ibidem*, p. 59.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Véase, por ejemplo, RUBIN, Edward L., “Thinking like a Lawyer, Acting like a Lobbyist: Some Notes on the Process of Revising UCC Articles 3 and 4”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, 1993, p. 787 (“Sin embargo, en el proceso de redacción y promulgación de las revisiones de los artículos 3 y 4 [del Código Comercial Uniforme] [UCC], una de las fuerzas principales no estuvo presente. Los bancos estaban bien representados; los usuarios corporativos estaban representados de manera intermitente; pero los consumidores prácticamente no estaban representados.”).

²⁸ Véase, por ejemplo, GILLETTE, Clayton P., “Pre-Approved Contracts for Internet Commerce”, *Houston Law Review*, vol. 42, núm. 4, 2005, pp. 975-1013, p. 1007, nota al pie 122; Clayton P. Gillette, Rules, “Standards, and Precautions in Payment Systems”, *Virginia Law Review*, vol. 82, núm. 2, 1996, p. 196.

²⁹ Esto se revela ocasionalmente en desacuerdos entre los propios representantes de los consumidores. Ver, por ejemplo, Kripke, Homer, “Reflections

sufren el clásico problema del polizón.³⁰ Finalmente, podrían no tener los recursos adecuados para participar efectivamente en el proceso legislativo.³¹ Por el contrario, las organizaciones empresariales representan grupos de interés fuertes y generalmente con gran cantidad de recursos económicos, que pueden tentativamente coordinar y lograr una gran influencia en las legislaturas.³² Como resultado, la legislación de protección del consumidor es a menudo ineficiente y desequilibrada.³³

of a Drafter”, *Ohio State Law Journal*, vol. 43, núm. 3, 1982, p. 583 (“Incluso nuestros esfuerzos durante el período de redacción del [Código Uniforme de Crédito al Consumidor] para traer representantes de los consumidores al proceso de elaboración resultaron ser un fracaso, porque los representantes... fueron repudiados por los portavoces más radicales de los consumidores”).

³⁰ Véase, por ejemplo, GILLETTE, Clayton P., “Pre-Approved Contracts for Internet Commerce”, *cit.*, p. 1008.

³¹ Véase, por ejemplo, BAXTER Jr., Thomas C., “The UCC Thrives in the Law of Commercial Payment”, *cit.*, p. 125; Boss, Amelia H., “Foreword: ‘Is the UCC Dead, or Alive and Well? An Introduction to the Practitioners’ Perspectives””, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 28, 1994, pp. 89-100, p. 94; Rubin, Edward L., “Thinking like a Lawyer...”, *cit.*, p. 761 (señalando que cuando finalmente se le pidió a una representante del consumidor que se uniera al proceso de revisión de los artículos 3 y 4 del Código Comercial Uniforme [UCC], ella “no tenía fondos y, por lo tanto, solo pudo asistir a las reuniones celebradas cerca de su casa”).

³² Véase ESKRIDGE Jr., William N. *et al.*, *Cases and Materials on Legislation...*, *op. cit.*, pp. 50-51 (“[La] presión de la comunidad [en Washington] está fuertemente balanceada en favor de las organizaciones empresariales. La representación excesiva de los intereses comerciales tiene lugar a expensas de otros dos tipos de organizaciones: grupos que representan el interés público y grupos que representan a los menos favorecidos” (segunda alteración en el original) (citando a Lehman Schlozman, Kay y Tierney, John T., *Organized Interests and American Democracy*, Nueva York, Harper & Row, 1986, p. 68)).

³³ Véase, por ejemplo, RUBIN, Edward L., “Thinking like a Lawyer...”, *cit.*, p. 767.

Además, las legislaturas pueden estar expuestas a otros tipos de ruido y presión que pueden sesgar los resultados. Consideremos el debate sobre la regulación del crédito a consumidores, en la que las legislaturas frecuentemente imponen restricciones a las prácticas de cobro de los acreedores. En este contexto, las organizaciones de asistencia legal tienen un incentivo para promover la legislación de protección.³⁴ Esto se debe a que limitar el poder de cobranza permite a las organizaciones de asistencia legal lograr acuerdos más favorables para los consumidores en mora.³⁵

sin embargo, limitar los poderes de cobranza no necesariamente sirve a los consumidores como clase, ya que la mayoría de los consumidores no incurren en incumplimiento.³⁶ Por lo tanto, dicha medida de protección puede implicar un subsidio cruzado. Cuando los acreedores están limitados en sus poderes de cobranza, pueden tener que cobrar tasas más altas o de otra forma compensar esta pérdida potencial. Ahora, a todos los consumidores se les cobran tarifas más altas. Sin embargo, aquéllos que no incumplen no ganan nada por la prima adicional que se les exige. Por lo tanto, el trato indulgente que disfrutaban los consumidores morosos es a expensas de los consumidores que no dejan de pagar.

Se puede argumentar que, en muchos casos, los consumidores están, pese a todo, bien representados por las organizaciones de consumidores. De hecho, algunas agencias y organizaciones de consumidores representan, defienden y apoyan con éxito los intereses de los consumidores.³⁷ No obstante, cuando se trata especí-

³⁴ LETSOU, Peter V., “The Political Economy...”, *cit.*, p. 630.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, pp. 629-631.

³⁷ Algunos ejemplos son el Centro Nacional de Derecho del Consumidor [NCLC por sus siglas en inglés], la Comisión Federal de Comercio [FTC] y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor [CFPB] en los Estados Unidos; el Consejo de Consumidores y la Oficina de Asuntos del Consumidor [OCA] en Canadá; la Comisión de Competencia y Consumidor de Australia [ACCC] y CHOICE, anteriormente conocida como Asociación de Consum-

ficamente de legislación, las organizaciones de consumidores son menos activas y efectivas.

Curiosamente, esto puede deberse a varios factores. Primero, las personas a menudo sobrevalúan el tratamiento y la intervención, pero subestiman la prevención.³⁸ Aunque la prevención es a menudo una estrategia preferible,³⁹ el reconocimiento —y a veces la gloria o la fama— se dirige a la intervención. Desde esta perspectiva, resolver problemas *ex post* es mucho más gratificante que evitar que se materialicen. La prevención no tiene una manifestación clara e inmediata. A menudo, ésta implica un sacrificio o inversión que conducirá sólo a ganancias futuras —esto es, distantes. En resumen, contrarrestar los problemas antes de que se manifiesten es, quizás, un trabajo poco reconocido. Por lo tanto, muchas organizaciones de consumidores gastan la mayor parte de sus recursos para ayudar a los consumidores una vez que surgen problemas.

Segundo, incluso cuando las organizaciones de consumidores intentan participar en el proceso legislativo, es probable que encuentren dificultades para competir con los proveedores.⁴⁰ Como

idores de Australia, en Australia; y la Comisión de Comercio y Consumo de Nueva Zelanda [ComCom] en Nueva Zelanda.

³⁸ Véase, por ejemplo, SULLIVAN, Richard *et al.*, “Why Do We Love Medicines So Much? An evolutionary perspective on the human love of pills, potions and placebo”, *Embo Reports*, vol. 11, núm. 8, agosto de 2010, pp. 572-578 (discutiendo la tendencia a sobrevalorar el tratamiento y la intervención, pero la subvaloración de la prevención en el contexto de la medicina).

³⁹ Ejemplos prominentes pueden incluir el control de peso, la reducción del tráfico vehicular, el mantenimiento de la salud física y mental, la prevención del cambio climático y la gestión del conflicto.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, BRAUCHER, Jean, “Defining Unfairness: Empathy and Economic Analysis at the Federal Trade Commission”, *Boston University Law Review Online*, vol. 68, 1988, p. 403 (“[E]n los procedimientos de la Norma de Prácticas de Crédito, las instituciones de crédito y sus asociaciones se opusieron a los consumidores. Un lado, por tanto, consistía en grupos ricos y bien

se señaló, los consumidores y las organizaciones de consumidores carecen de los recursos que disfrutaban los proveedores.⁴¹ Tienen menos acceso a las legislaturas y expertos, y se enfrentan a algunas de las mentes más brillantes y agudas que la industria puede reclutar.⁴²

En conclusión, la teoría de EP demuestra que los consumidores como clase podrían sufrir una legislación desequilibrada o ineficaz. Los consumidores no pueden contrarrestar las poderosas acciones de los grupos de interés que representan a empresas y negocios. Tentativamente, esto podría implicar que las legislaturas deberían, a menudo, delegar la elaboración de leyes en las agencias expertas, que están más aisladas de los grupos de interés y los esfuerzos de cabildeo. Volviendo a esta idea, la Parte IV presenta algunas recomendaciones de política pública.

organizados capaces de hablar el lenguaje convencional de la maximización de beneficios. Del otro lado, consumidores menos organizados y financiados, así como sus representantes, esgrimían argumentos que, por momentos, sonaban poco rigurosos y semejaban, más bien, a súplicas emocionales por resultados particulares” (se omiten las notas al pie de página)); Silber, Norman I., “Substance Abuse at UCC Drafting Sessions”, *Washington University Law Quarterly*, 1997, vol. 75, núm. 1, p. 235 (“Los redactores y especialistas del Código contemporáneos coinciden en que los colectivos de consumidores son mucho menos influyentes con las legislaturas estatales que muchos grupos de interés comercial”).

⁴¹ Véase *supra* notas 28-34 y el texto que las acompaña.

⁴² Cf. SHUCK, Peter H., *Why Government Fails So Often*, *op. cit.*, p. 204 (“La efectividad de las políticas públicas depende significativamente de la calidad de su personal... El punto esencial... es que las empresas privadas superan al gobierno en la competencia para contratar a los mejores trabajadores”).

III. EL PROBLEMA DE LAS CONSECUENCIAS NO ESPERADAS

Como lo demuestra la parte anterior, las legislaturas pueden sufrir de falta de conocimiento técnico, sesgos cognitivos y limitaciones institucionales. Entre otras cosas, la teoría de EP sugiere que el proceso legislativo se caracteriza por una representación insuficiente de los intereses de los consumidores.⁴³ Al mismo tiempo, es probable que los intereses de la industria estén excesivamente representados, creando un desequilibrio aún mayor en el proceso legislativo.⁴⁴

Esta parte, sin embargo, presenta un argumento más sutil y matizado. Sostiene que la legislación de protección del consumidor, a veces, no sólo es parcial o ineficaz, sino que también puede resultar bastante dañina. En pocas palabras, las intervenciones legislativas —incluso las bienintencionadas— a veces no resultan según lo planeado.

Las empresas y los consumidores a veces responden a la legislación de protección del consumidor de maneras que contradicen la intención subyacente de los legisladores. Como se hará evidente en un momento, las medidas clave de las leyes de protección del consumidor pueden devenir contraproducentes. A continuación, esta parte del trabajo se centra en este problema, describiendo brevemente cinco ejemplos de consecuencias no esperadas.

A) PRÉSTAMO, REGULACIÓN CREDITICIA Y PRECIOS MÁXIMOS

Aunque controversial, un ejemplo clásico de consecuencias no deseadas es la imposición de límites máximos a las tasas de interés. A primera vista, se trata de un enfoque sensato en los mercados caracterizados por un poder de negociación desigual. Las legislaturas pueden temer que los proveedores sin escrúpulos se

⁴³ Véase *supra* notas 28-34 y el texto que las acompaña.

⁴⁴ Véase *supra* notas 18-27 y el texto que las acompaña.

aprovechen de los consumidores vulnerables al cobrarles tasas de interés excesivas.

Las tasas de interés excesivas ofenden nuestro sentido de equidad, que es un valor importante en el contexto de la protección del consumidor.⁴⁵ A menudo, las tasas de interés son parte de un esquema manipulador y bien elaborado que aprovecha la racionalidad limitada de los consumidores.⁴⁶ Éste, por ejemplo, es el caso de algunos tipos de tarjetas de crédito, especialmente aquéllas que permiten a los consumidores pagar una pequeña parte de su deuda al mes, mientras que el resto se paga en meses posteriores. Este también podría ser el caso de los prestamistas que buscan atender a consumidores pobres que experimentan escasez, la cual limita la capacidad de las personas para tomar decisiones racionales.⁴⁷

No obstante, limitar las tasas de interés puede no ser el enfoque óptimo, ya que puede hacer que el crédito esté menos disponible para los prestatarios. En el nivel más fundamental, las tasas de interés reflejan riesgos. Los prestatarios pobres se consideran prestatarios riesgosos, y esto se refleja en sus tasas de interés. Siguiendo este razonamiento, en lugar de proteger a los consumidores débiles, limitar las tasas de interés puede dañarlos significativamente. Al limitar las tasas de interés, las legislaturas pueden

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Fair Trading Act 1986 (N.Z.). El concepto de justicia es dominante en muchos contextos, incluidos los términos (in)justos en los contratos de consumo y en la protección de datos. Véase, por ejemplo, Consumer Review Fairness Act of 2016, 15 U.S.C. § 45b (Supp. IV 2016); Clifford, Damian y Ausloos, Jef, *Data Protection and the Role of Fairness*, Documento de Trabajo Núm. 29, KU Leuven Ctr. for IT & IP Law, 2017.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Bar-Gill, Oren, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 51-115.

⁴⁷ Véase BECHER, Shmuel I. *et al.*, “Poor Consumer(s) Law: The Case of High-Cost Credit and Payday Loans”, en Gersen, Jacob y Steckel, Joel (eds.), *Legal Applications of Market Theory*, Cambridge University Press (pendiente de publicación 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3235810.

desencadenar una respuesta del mercado que expulsará del mercado a los consumidores pobres, quienes representan mayores riesgos.⁴⁸

Se han expresado preocupaciones similares con respecto de la regulación de protección del consumidor en los mercados de seguros.⁴⁹ Las restricciones a las tasas de seguros, una herramienta reguladora frecuentemente estudiada, están destinadas a prevenir los precios excesivos. Empero, los estudios muestran que tales restricciones pueden intensificar la volatilidad de la tasa y desalentar su disminución, lo que a la vez resulta en una no reducción de la tasa en el largo plazo.⁵⁰ De manera similar, un estudio reciente argumenta que el requisito de que todos los préstamos estudiantiles se emitan a una misma tasa conduce a prácticas predatorias.⁵¹

Curiosamente, las intervenciones regulatorias a favor del consumidor en los mercados financieros pueden afectar negativamente no sólo a los individuos pobres o desfavorecidos, sino también a los consumidores de clase media. Por ejemplo, la Reforma de Wall Street Dodd-Frank y la Ley de Protección del Consumidor (Dodd-Frank) en Estados Unidos son intervenciones financieras significativas, aprobadas en respuesta a la crisis financiera

⁴⁸ Véase, por ejemplo, PINHEIRO, Tiago y RONEN, Joshua, “Unintended Consequences of the Credit Card Act”, *Journal of Law, Finance & Accounting*, vol. 1, núm. 1, 2016, pp. 95-96.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁰ Véase Harrington, Scott E., “Effects of Prior Approval Rate Regulation of Auto Insurance”, en Cummins, J. David (ed.), *Deregulating Property-Liability Insurance: Restoring Competition and Increasing Market Efficiency*, Washington, Brookings Institution Press, 2002, p. 285; Tennyson, Sharon, *Efficiency Consequences of Rate Regulation in Insurance Markets*, Breviario de Política del Networks Financial Institute, marzo de 2007, p. 1, https://www.indstate.edu/business/sites/business.indstate.edu/files/Docs/2007-PB-03_Tennyson.pdf.

⁵¹ Véase SCHWARTZ, Andrew, *A Harming Hand: The Predatory Implications of Government Backed Student Loans*, mayo de 2018 (manuscrito inédito), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3060059.

de 2008.⁵² En esencia, somete a la industria financiera a mayor regulación. Entre sus objetivos están reducir las tasas hipotecarias y proteger mejor del abuso financiero a los consumidores débiles.

Mientras Dodd-Frank tiene como objetivo general contribuir a la estabilidad financiera y protección del consumidor, su impacto general es matizado y depende del contexto.⁵³ Un estudio de 2016 que explora sus consecuencias encontró que, después su promulgación, los proveedores de hipotecas “redujeron el crédito a hogares de clase media en un 15%”.⁵⁴ Los autores opinan que la ley aumentó los costos de creación de las hipotecas, lo que cambió el comportamiento de los prestamistas.⁵⁵ Como resultado, muchos hogares de clase media fueron expulsados de ese mercado.

Otro problema con los precios máximos puede surgir cuando los proveedores operan en mercados multidimensionales.⁵⁶ Las legislaturas a menudo se centran en temas específicos que obtienen abundante cobertura mediática o atención pública. Los hacedores de políticas se sienten atraídos por iniciativas visibles, especialmente aquéllas dirigidas a resolver problemas apremiantes.⁵⁷ Al

⁵² Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).

⁵³ NEIL BAILY, Martin *et al.*, “The Impact of the Dodd-Frank Act on Financial Stability and Economic Growth”, *The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, vol. 3, núm. 1, enero de 2017, pp. 20-47.

⁵⁴ D'ACUNTO, Francesco y Rossi, Alberto G., *Regressive Mortgage Credit Redistribution in the Post-Crisis Era*, mayo de 2017 (manuscrito inédito), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833961. Al mismo tiempo, los proveedores de préstamos hipotecarios “incrementan el monto del crédito en 21% para los hogares acaudalados y mantienen el monto sin cambios tratándose de consumidores pobres”. *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁶ BAR-GILL, Oren, “Price Caps in Multiprice Markets”, *Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 3, 2015, pp. 453-476.

⁵⁷ ROMANO, Roberta, “Regulating in the Dark...”, *cit.*, p. 27 (“La naturaleza humana, en este contexto, dicta que a los legisladores les resultará imposible

mismo tiempo, hay una escasez de movimientos e iniciativas poco visibles pero importantes.⁵⁸

Por ejemplo, las tasas anuales cobradas por los bancos son, a menudo, un elemento que llama la atención, por lo que las legislaturas pueden tratar de imponer límites para reducir sus montos.⁵⁹ Pero abordar problemas complejos de forma aislada puede dar lugar a conclusiones equivocadas. En este contexto, los bancos tienen un fuerte incentivo para compensar la pérdida de ingresos, preferiblemente aumentando otras cuotas menos notables.⁶⁰ Por lo tanto, los bancos pueden responder a los límites a las tasas anuales aumentando su recaudación en otras áreas, por ejemplo, las comisiones por tipo de cambio.⁶¹ Las legislaturas a menudo no pueden predecir ni atender estas consecuencias.

Como se discutió anteriormente, otra posibilidad legislativa para proteger a los prestatarios es limitar las prácticas de cobranza de los acreedores. A primera vista, la regulación que limita el poder coercitivo que los prestamistas usan para cobrar parece avanzar la protección del consumidor de manera sensata.⁶² Pero, una vez más, tras un examen más detallado, uno se pregunta si las restricciones a los acreedores pueden dañar a los consumidores

no responder a una crisis financiera ‘haciendo algo’, es decir, aumentando la regulación, en lugar de esperar hasta que pueda llegarse, de manera segura, a un acuerdo consensuado de lo ocurrido y, luego, a una solución específica”). Como se señaló, las personas se sienten atraídas por resolver problemas *ex post* en lugar de evitarlos *ex ante*.

⁵⁸ Véase ROMANO, Roberta, “Regulating in the Dark...”, *cit.*, pp. 27-28.

⁵⁹ Véase BAR-GILL, Oren, “Price Caps in Multiprice Markets”, *cit.*, pp. 469-470.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 467-69.

⁶¹ Si, al final del día, dicha legislación resulta benéfica es un asunto complejo. Entre otras cosas, puede depender de la importancia de los diversos cargos impuestos a los consumidores y el grado de competencia dentro del mercado en particular.

⁶² Véase *supra* notas 32-33 y el texto que las acompaña.

como clase.⁶³ Los poderes de cobranza, como las tasas de interés, pueden brindar garantías a los prestamistas. Limitar estos poderes, lo que implica socavar las garantías de los prestamistas, puede generar tasas de interés más altas y montos menores de crédito para los consumidores pobres.

Además de regular a las empresas o instituciones que otorgan préstamos, los gobiernos también pueden iniciar sus propios programas de préstamo y créditos. Esto puede parecer especialmente deseable si el gobierno cree que los préstamos actuales ofrecidos a las personas más desfavorecidas por el mercado son injustos. Sin embargo, tales iniciativas también pueden resultar problemáticas.

Por ejemplo, un estudio reciente examinó el desastre con el programa de Administración de la Pequeña Empresa.⁶⁴ El programa proporciona préstamos gubernamentales a las víctimas de desastres naturales —empresas e individuos (hogares) por igual. El estudio encontró que las solicitudes de préstamos fueron denegados “en una proporción significativamente mayor en los condados con mayor concentración de grupos minoritarios”,⁶⁵ por lo que el programa no llegó a quienes pretendía asistir: aquéllos que más necesitaban el crédito.⁶⁶ Según este estudio, la razón clave que explica esta falla es que el programa de préstamos no es sensible al riesgo, brindando a todos los prestatarios la misma tasa independientemente de su capacidad crediticia.⁶⁷ Dado que el programa no facilita la discriminación de precios, se les negó el crédito a posibles prestatarios que podrían haberlo obtenido a una tasa de interés más alta.⁶⁸ En otras palabras, garantizar un precio de cré-

⁶³ Véase *supra* nota 34 y el texto que las acompaña.

⁶⁴ BEGLEY, Taylor A. *et al.*, *Disaster Lending: The Distributional Consequences of Government Lending Programs*, marzo 21 de 2018 (manuscrito inédito), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3145298.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

dito “justo” entre diferentes prestatarios resulta en otorgar menos crédito a los pobres; sin duda, una consecuencia no esperada.⁶⁹

Otro estudio usó los Puntajes Universitarios del Departamento de Educación para examinar una importante iniciativa del gobierno: los préstamos estudiantiles.⁷⁰ En este contexto, el gobierno subsidia préstamos estudiantiles y requiere que todos los estudiantes, independientemente de su edad y trayectoria académica, reciban las mismas tasas de interés. Esto evita que los estudiantes conozcan el verdadero valor de la calidad de la universidad que eligen en función de sus salarios esperados.

Como los estudiantes no pueden aprender mucho de sus tasas de interés, ellos no se desincentivan de asistir a escuelas con relativamente pobres perspectivas de ingreso posteriores a la graduación,⁷¹ ni se incentivan a asistir a las escuelas que prometen a sus egresados altos salarios posteriores a la graduación.⁷² Esto, a su vez, da como resultado un rendimiento negativo en la inversión en educación superior para un tercio de los estudiantes.⁷³ En resumen, aunque aspira a apoyar a todos los estudiantes, el programa tiene la consecuencia negativa no esperada de disminuir la disponibilidad de información que los estudiantes poseen para determinar el valor de su educación.

B) DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN Y PROMOCIÓN DE TRANSPARENCIA

La Subparte anterior discutió algunas consecuencias no deseadas respecto de la regulación de los mercados financieros. Demostró que las reglas de protección del consumidor pueden cambiar los

⁶⁹ Sin embargo, esto no significa negar el valor social de tener tasas de interés justas aplicadas a todos los tipos de prestatarios.

⁷⁰ Véase SCHWARTZ, Andrew, “*A Harming Hand...*”, *cit.*

⁷¹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁷² *Ibidem*, p. 39.

⁷³ *Ibidem*, p. 3.

esquemas de incentivos de los proveedores en formas complejas. Al final del día, el control regulatorio sobre los mercados financieros puede dañar a los consumidores, en lugar de protegerlos. A lo largo del análisis, la Subparte A se centró en el comportamiento de los proveedores. Sin embargo, los hacedores de políticas también pueden tener dificultades para adaptar las intervenciones legales al comportamiento de los consumidores. Esta Subparte ilustra esta idea mientras aborda el tema de la divulgación de información.

Continuamente, las legislaturas en muchos países se han contentado con proponer y promulgar la obligatoriedad de la divulgación de información de protección del consumidor.⁷⁴ Se supone que los consumidores, como agentes racionales, basan sus decisiones en la información que tienen disponible. La divulgación obligatoria, entonces, informaría a los consumidores y contribuiría al equilibrio eficiente del mercado. En pocas palabras, se presume que la divulgación ayuda a los consumidores al erradicar las brechas de información.

Sin embargo, la divulgación de información puede ser ineficaz y problemática. En primer lugar, es dudoso que los organismos reguladores puedan adaptar los deberes de divulgación a las capacidades y necesidades reales de los consumidores.⁷⁵ A menudo, las divulgaciones de información no están alineadas con la forma en que los consumidores absorben y analizan información.⁷⁶

⁷⁴ LETSOU, Peter V., "The Political Economy..." *cit.*, p. 630.

⁷⁵ BECHER, Shmuel I., "Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts", *Louisiana Law Review*, vol. 68, 2007, pp. 117-179.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 67-77 (discutiendo el problema de la sobrecarga de información y el daño que la información excesiva representa para los consumidores en el proceso de toma de decisiones); Davis, Charles E., y Davis, Elizabeth B., "Information Load and Consistency of Decisions", *Psychological Reports*, vol. 79, núm. 1, 1996 pp. 279-288, p. 279 ("Mientras que existe una creencia de que 'más es mejor', quienes toman decisiones comúnmente se quejan de 'sobrecarga de información' o la incapacidad de responder a la plétora de información disponible").

Esto hace que la probabilidad de que el público lea la información divulgada sea baja. Más todavía, exigir demasiadas revelaciones puede causar sobrecargar a los usuarios también.⁷⁷ Donde enfrentan grandes cantidades de información, los consumidores difícilmente hacen buen uso de ella. Por éstas y otras razones, muchos académicos cuestionan la sensatez de imponer deberes de divulgación de información.⁷⁸

Como vimos antes, parte del problema con los discursos obligatorios proviene de las limitaciones institucionales y la falta de conocimiento técnico.⁷⁹ Es improbable que las legislaturas obtengan el conocimiento técnico necesario para ejecutar un análisis de costo-beneficio o costo-efectividad de las divulgaciones de información. Es cierto que a veces los consumidores, al menos algunos de ellos, se benefician de obtener la información revelada. Pero otros consumidores se confunden con la información adicional. Además, los costos en que incurren los vendedores en el proceso de divulgación de información pueden ser relativamente altos.⁸⁰ Es probable que los costos sean transferidos a los consumidores.

⁷⁷ BEN-SHAHAR, Omri y SCHNEIDER, Carl E., *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2014, pp. 105-06.

⁷⁸ HILLMAN, Robert A., "Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire?", *Michigan Law Review*, vol. 104, núm. 5, 2006, pp. 849-50 ("Muchos comentaristas parecen haber perdido la fe en la divulgación como un remedio para las fallas del mercado en los contratos de adhesión, en parte porque han visto el relativo fracaso de leyes como la Ley de la Verdad en los Préstamos [TILA], y en parte porque ahora entienden mejor las razones por las que las personas, a veces, no responden a la información" (notas al pie omitidas)). Para una revisión interesante, véase Loewenstein, George *et al.*, "Disclosure: Psychology Changes Everything", *Annual Review of Economics*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 391-419.

⁷⁹ Véase *supra* notas 4-17 y el texto que las acompaña.

⁸⁰ HILLMAN, Robert A., "Online Boilerplate...", *cit.*, p. 838.

Cuando los costos son mayores que los beneficios, las divulgaciones de información se vuelven ineficientes.

Para usar un ejemplo específico, el etiquetado de alimentos proporciona información sobre naturaleza de las percepciones de los consumidores. Algunos consumidores leen tales etiquetas, pero a muchos otros les resultan difíciles de leer y entender.⁸¹ Los consumidores no entienden la información revelada y no saben cómo hacer uso de ella. Más aún, la información generalmente no se presenta de una manera intuitiva y “amigable” al usuario.⁸² Recurrentemente, leer las etiquetas requiere un uso significativo de la escasa atención de los consumidores.⁸³ Al mismo tiempo, esta información generalmente se presenta a consumidores cuando tienen prisa y son atosigados por otras tareas o decisiones que demandan atención.

Además de ser costoso y quizás ineficiente, el etiquetado de alimentos puede tener otro efecto secundario negativo. Los distribuidores minoristas se dan cuenta de que el empaquetado se

⁸¹ BLACK, Alison y RAYNER, Michael, *Just Read the Label: Understanding Nutrition Information in Numeric, Verbal and Graphic Formats*, Londres, HMSO, 1992, pp. 3-9; Grunert, Klaus G. *et al.*, “Nutrition Knowledge, and Use and Understanding of Nutrition Information on Food Labels Among Consumers in the UK”, *Appetite*, vol. 55, núm. 2, 2010, pp. 177-189; Jones, Gary y Richardson, Michael, “An Objective Examination of Consumer Perception of Nutrition Information Based on Healthiness Ratings and Eye Movement”, *Public Health Nutrition*, vol. 10, núm. 3, 2007, pp. p.238-244; Hennessy, Maggie “How Much Do Consumers Use (and Understand) Nutrition Labels?”, *Food Navigator-USA*, marzo 4 de 2014, <https://www.foodnavigator-usa.com/Article/2014/03/03/How-much-do-consumers-use-and-understand-nutrition-labels>; “Do Consumers Read the Nutrition Facts Label?”, *Prepared Foods*, junio 1 de 2016, <https://www.preparedfoods.com/articles/118201-do-consumers-read-the-nutrition-facts-label>.

⁸² Véase JONES, Gary y RICHARDSON, Michael, “An Objective Examination...”, *cit.*, p. 238.

⁸³ *Ibidem*, pp. 242-243 (discutiendo la dificultad de interpretar las tablas nutrimentales).

convierte en una fuente potencial de información para los consumidores. Por lo tanto, a menudo transforman el empaquetado para que se convierta en una herramienta de marketing atractiva: una que atraerá la limitada atención de los consumidores.⁸⁴ Esto puede empeorar los problemas asociados con la divulgación de información. En términos más generales, esto refleja la capacidad y el incentivo de las empresas para simplemente cumplir con los requisitos formales de la ley, en lugar de su espíritu.⁸⁵

Además, debido a otras razones contextuales, las legislaturas pueden tener dificultades para predecir la respuesta de los consumidores a la divulgación de información. Por ejemplo, la creencia de los consumidores en cuanto a la motivación de la legislatura puede desempeñar un rol decisivo en el comportamiento de los primeros.⁸⁶ Respecto de la información sobre alimentos genéticamente modificados (AGM), los consumidores pueden atribuir varias motivaciones a las legislaturas, como la salud pública o una creencia ideológica en el derecho a informarse de los consumidores.⁸⁷ La motivación percibida, sin embargo, juega un papel crucial en la forma en que los consumidores responden a la divulgación.⁸⁸ Como explican los autores de un estudio reciente:

Los consumidores que perciben erróneamente la motivación o las motivaciones verdaderas del regulador sacarán conclusiones falsas sobre la obligación de divulgar información. Si los consum-

⁸⁴ *Ibidem*, p. 243.

⁸⁵ Cf. WILLIS, Lauren E., "Performance-Based Consumer Law", *cit.*, p. 1327 (discutiendo la capacidad de las empresas para evadir la ley del consumidor y explotar la confusión del consumidor).

⁸⁶ BAR-GILL, Oren *et al.*, "Drawing False Inferences from Mandated Disclosures", Cambridge, *Behavioural Public Policy*, vol. 3, núm 2, 2019, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/B39AD28C-C0167B80609C433294F29C63/S2398063X17000.124a.pdf>.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 212.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 219.

idores piensan que la divulgación está motivada por evidencia de daño, cuando de hecho está motivada por una creencia en un derecho a la información o por la presión de un grupo de interés, entonces serán disuadidos ineficientemente de comprar el producto.⁸⁹

Sin embargo, las creencias de los consumidores en cuanto a la intención de las legislaturas pueden ser difíciles de predecir y quizás aún más difíciles de corregir.

La naturaleza engañosa de las percepciones de los consumidores se ilustra más a fondo con otro ejemplo: las advertencias en los empaques de cigarro. Por supuesto, estas advertencias están destinadas a minimizar y contrarrestar el tabaquismo. Como ahora está bien establecido, el consumo de tabaco tiene graves consecuencias para fumadores y no fumadores por igual. Por ello, las legislaturas han implementado avisos de advertencia en los productos de tabaco. Muchos de estos avisos, de diversas formas y tamaños, incluyen información destinada a exponer a los fumadores cuáles son los potenciales peligros de fumar.⁹⁰ Estas estrategias incluyen declaraciones como “[Fumar mata]”, “[F]umar obstruye las arterias y produce ataques y paros cardiacos” y “[F]umar... disminuye la fertilidad”.⁹¹

Dichas advertencias están escritas en lenguaje sencillo y directo. Como es de esperarse, los consumidores entienden los riesgos asociados con fumar cuando leen estas advertencias. Sin embargo, uno puede cuestionar la efectividad de la estrategia. Entre otras cosas, las personas pueden ignorar los riesgos por exceso de optimismo. Quienes ya son dependientes o sucumben a la presión social, también pueden tener un autocontrol limitado. Con todo, los proponentes argumentan que estas advertencias pueden

⁸⁹ *Ibidem*, p. 209.

⁹⁰ The Tobacco Products (Manufacture, Presentation and Sale) (Safety) Regulations 2002, SI 2002/3041 (Ing.).

⁹¹ *Ibidem*, pp. 5-10.

al menos ayudar a algunas personas y que no se pierde mucho introduciéndolas.⁹²

Sorprendentemente, éste no es el caso. De hecho, algunos estudios han demostrado que las advertencias de tabaco pueden ser contraproducentes.⁹³ Las personas entienden las advertencias y su finalidad. No obstante, escaneos cerebrales han revelado que las advertencias aumentan el deseo de fumar —es decir, no activaron el miedo o la preocupación de los fumadores.⁹⁴ Más bien, las advertencias hicieron que los fumadores ansiaran fumar.⁹⁵ Esto crea una disparidad explícita entre, por un lado, la perspectiva explícita de los consumidores y, por otro lado, sus deseos internos, reales. Como dijo Martin Lindstrom, la mayoría de los sujetos “reportaron que las etiquetas de advertencia redujeron su antojo por el cigarro, pero sus cerebros contaron una historia diferente”.⁹⁶ En línea con estos resultados, otro estudio encontró que los fumadores compulsivos inhalan más profundamente cuando se enfrentan a advertencias.⁹⁷ Sin duda, esto no es lo que los legisladores tenían en mente al proponer los avisos de advertencia.

⁹² Esto se asemeja a la idea subyacente en la tesis del Paternalismo Asimétrico, según la cual las medidas paternalistas pueden justificarse cuando ayudan significativamente a los consumidores irracionales sin causar demasiado daño a los racionales. Véase Colin, Camerer *et al.*, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, p. 1230.

⁹³ Lindstrom, Martin, “Inhaling Fear”, *New York Times*, diciembre 11 de 2008, <https://www.nytimes.com/2008/12/12/opinion/12lindstrom.html>.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ SIEGEL, Michael, “Gruesome Cigarette-Pack Warnings Say Too Much”, *Bloomberg*, junio 23 de 2011, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2011-06-24/gruesome-cigarette-pack-warnings-say-too-much-michael-siegel>.

C) ALIMENTOS INSALUBRES Y SUSTANCIAS ADICTIVAS

La Subparte B discutió las respuestas de los consumidores al etiquetado de alimentos y las advertencias en las cajetillas de cigarro. Esto, a su vez, nos lleva a inquirir en las consecuencias no esperadas de regular los alimentos insalubres y las sustancias adictivas más generalmente. Un problema importante con la regulación de los productos insalubres está relacionado con los incentivos de las empresas. Si un producto está prohibido o no regulado, las empresas pueden desarrollar productos sustitutos.

En cierto modo, esto está sucediendo ahora con la regulación de los productos derivados del tabaco. La Administración de Drogas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA) inició un plan comprensivo que regula los productos derivados del tabaco y la nicotina.⁹⁸ En respuesta, las empresas comenzaron a vender nicotina sintética, que “actualmente ca[e] en un vacío legal”.⁹⁹ Esto es así porque los productos derivados de la nicotina sintética no se consideran un “derivado del tabaco” en términos de la legislación correspondiente.¹⁰⁰ Esto, por supuesto, socava severamente la iniciativa de la FDA para combatir los productos derivados del tabaco.

Como se señaló, es importante examinar cómo responden a la legislación tanto las empresas como los consumidores. Consideremos el aumento de impuestos sobre la cerveza, que potencialmente reduciría la demanda y el consumo. En especial, esto es cierto para los consumidores que son sensibles al precio —con frecuencia, adolescentes. Empero, ya hemos visto que centrarse en

⁹⁸ Véase ZETTLER, Patricia *et al.*, “Closing the Regulatory Gap for Synthetic Nicotine Products”, *Boston College Law Review*, vol. 59, núm 6, 2018, pp. 1946-1950.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1934.

¹⁰⁰ Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 21 U.S.C. § 321 (2012) (definiendo el producto derivado del tabaco).

sólo una de las piezas del rompecabezas puede no ser suficiente.¹⁰¹ La investigación ha demostrado que gravar la cerveza reduce el consumo por parte de los adolescentes. Sin embargo, estos jóvenes consumidores pasaron a consumir más cannabis.¹⁰² Sin opinar sobre qué consumo es más problemático, esta consecuencia no fue considerada *ex ante*. De hecho, la reducción de la demanda de un producto insalubre puede aumentar la demanda de otro.

En este sentido, las legislaturas a veces imponen impuestos sobre sustancias adictivas como el alcohol para reducir el consumo e internalizar externalidades.¹⁰³ Pero el alcohol y otras sustancias a veces son usadas desproporcionadamente por consumidores de bajos ingresos. Así, un impuesto puede resultar en quitarle dinero a los pobres sin reducir su consumo de alcohol.¹⁰⁴

Por último, la regulación que es efectiva para reducir el consumo de alimentos o sustancias poco saludables pueden desencadenar simultáneamente otros problemas de salud. Por ejemplo, reducir el consumo de cigarros puede aumentar las tasas de obesidad.¹⁰⁵ Aunque no implicamos que un daño es menos importante —o peligroso— que otro, crear una política pública sensible debe tomar en cuenta esos efectos.

¹⁰¹ Véase *supra* notas 57-62 y el texto que las acompaña.

¹⁰² DiNARDO, John y LEMIEUX, Thomas, "Alcohol, Marijuana, and American Youth: The Unintended Consequences of Government Regulation", *Journal of Health Economics*, vol.20, núm. 6, 2001, p. 994.

¹⁰³ Estas externalidades pueden incluir el uso de servicios públicos de salud, consecuencias ambientales, la disminución de la productividad laboral, etc.

¹⁰⁴ TOKELEY, Kate, "Introduction", en Tokeley, Kate (ed.), *Consumer Law in New Zealand*, 2a. ed., Wellington, Nueva Zelanda, Lexis Nexis, 2014, p. 29, nota al pie 131.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 30.

D) TRIBUNALES DE RECLAMOS MENORES

Los consumidores enfrentan varios problemas que pueden limitar su acceso a la justicia.¹⁰⁶ Entre otras cosas, los consumidores comúnmente desconocen sus derechos. A veces, ni siquiera se dan cuenta de que están sufriendo un daño.¹⁰⁷ Incluso si se dan cuenta, iniciar un litigio requiere recursos y dedicación,¹⁰⁸ insumos que los consumidores normalmente no tienen.¹⁰⁹ Además, los consumidores padecen daños que suelen ser nimios y que pueden no justificar la inversión de tiempo, energía y dinero que requeriría una reparación. Los consumidores también pueden ser intimidados por los procedimientos legales y ni qué decir sobre la expectativa de luchar contra grandes y poderosas corporaciones en tribunales.¹¹⁰ Algunos consumidores pueden desconfiar del sistema de justician y otros pueden experimentar barreras culturales y de lenguaje. Éstas y otras razones llevaron a muchos sistemas legales a implementar tribunales de reclamos menores.

Los tribunales de reclamos menores son un componente importante del panorama de protección del consumidor. Por lo ge-

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, PALMER, Jessica, "Access to Justice for Consumers", Tokeley, Kate (ed.), *Consumer Law in New Zealand*, cit., pp. 495-499.

¹⁰⁷ FELSTINER, William L.F. *et al.*, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", *Law and Society Review*, vol.15, núm. 3/4, 1980, p. 631.

¹⁰⁸ En algunos países, los litigios son extremadamente caros. Rubin, Edward L., "Trial by Battle. Trial by Argument", *Arkansas Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2003, p. 288 (discutiendo sobre lo costoso que es el litigio en los Estados Unidos).

¹⁰⁹ RAMSAY, Iain D.C., "Consumer Redress Mechanisms for Poor-Quality and Defective Products", *University of Toronto Law Journal*, vol.31, núm. 2, 1981, p. 117-152.

¹¹⁰ Véase GALANTER, Marc, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law and Society Review*, vol. 9, núm. 1, 1974, p. 103.

neral, estos tribunales son menos formales y, procesalmente, más flexibles que los tribunales tradicionales. Además, dichos tribunales permiten a los consumidores presentar sus casos sin pagar cuotas elevadas. Asimismo, en muchos casos, a las partes involucradas en disputas menores, no se les permite contratar un abogado para que las represente. En resumen, estos tribunales con considerados más rápidos, baratos y convenientes para la gente común.¹¹¹

Teniendo en cuenta que las empresas no pueden ser representadas por abogados en los tribunales de reclamos menores, uno se pregunta quién representa a las empresas que son demandadas. Resulta que, en algunos casos, las empresas buscan evadir al sistema con estrategias astutas. A veces buscan soluciones “creativas”, como la contratación de “semi-expertos”, estudiantes de derecho o pasantes para que representen a las empresas.¹¹² En algunos países, ésta parece ser la norma prevalente.¹¹³

Un estudio empírico examinó las consecuencias de esta práctica en los litigios por accidentes automovilísticos.¹¹⁴ Una muestra de los casos incluyó demandas de individuo a individuo. De acuerdo con las normas que rigen las disputas de reclamos menores, ni demandantes ni demandados estaban representados. La otra muestra incluyó casos donde el demandante era un individuo y el demandado era una compañía de seguros, que siempre iba representada por un “semi-experto”. Todos los casos eran del mismo tipo y naturaleza: daños menores provocados por choques de automóvil.

¹¹¹ CONLEY, John M. y M.O, William, *Rules versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, pp. 26-27.

¹¹² BECHER, Shmuel I. y Klein, Avishay, “The Paradox of Power and Representation in Small Claims Court? Insurance Claims, Power Gaps and the Judge’s Foot”, *Hapraklit Law Review*, vol. 50, 2010, p. 349 (en hebreo).

¹¹³ Este es el caso de Israel. *Idem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 354-66.

Inesperadamente, los demandantes individuales tuvieron más éxito cuando demandaron a las compañías de seguros que al demandar a otros individuos.¹¹⁵ En otras palabras, limitar la capacidad de representación legal de las empresas —una medida que supuestamente protege a los consumidores, que son las partes más débiles— en realidad disminuye la posibilidad de que los consumidores ganen un caso. En resumen, la prohibición de la representación legal puede parecer un mecanismo lógico para nivelar el campo del litigio. Sin embargo, tal exclusión puede, de hecho, disminuir las posibilidades de que las personas de a pie ganen batallas legales.

Otro asunto interesante emerge en la redefinición de la jurisdicción de los casos de demandas menores. En Ontario, Canadá, la legislatura intentó aumentar el acceso a la justicia de los consumidores al incrementar el monto máximo que podía ser reclamado en casos de demandas menores.¹¹⁶ La premisa base de esta propuesta fue que, al incrementar el monto que puede ser reclamado, más individuos podrían llevar su caso a juicio. Desafortunadamente, y sin embargo, esto resultó en desplazar las disputas pequeñas, las cuales parecían necesitar tribunales de reclamos menores como plataforma de litigio, más que otra cosa.¹¹⁷

E) PERIODOS DE REFLEXIÓN Y EL DERECHO DE CANCELACIÓN

Algunas veces los consumidores necesitan iniciar un procedimiento legal para asegurar reparación. Los reclamos menores son de importancia en estos casos. No obstante, la legislatura también concede a los consumidores algunos remedios autónomos. Los consumidores pueden aprovechar estos remedios sin necesidad

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 359.

¹¹⁶ Véase NIBLETT, Anthony y Yoon, Albert H., “Unintended Consequences: The Regressive Effects of Increased Access to Courts”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 14, núm. 1, 2017, p. 6.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 34-35.

de considerar el litigio. Así, otra medida regulatoria importante involucra proveer al consumidor con el derecho de cancelar una transacción —pasado un “período de reflexión”— o salir de ella.

Los periodos de reflexión y el derecho de salida¹¹⁸ permiten al consumidor rechazar una transacción después de haberla realizado. Algunos regímenes, tales como el de Nueva Zelanda y Estados Unidos, permiten esas “puertas abiertas” en circunstancias específicas y, en ocasiones, limitadas.¹¹⁹ Otras jurisdicciones, como las de Israel y Estados Unidos, permiten a los consumidores periodos de reflexión generales.¹²⁰

Proveer a los consumidores con periodos de reflexión y derechos de cancelación puede parecer sensato. Los períodos de re-

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ A los consumidores en los Estados Unidos y en Nueva Zelanda, no se les otorga un período de reflexión general, ya que estos períodos se brindan sólo respecto de transacciones específicas, como las ventas de puerta en puerta. *Ibidem*, pp. 70-71; Truth in Lending Act, 15 U.S.C. §§ 1601-1667 (2012); *id.* § 1635 (exigir un derecho de tres días para rescindir los préstamos con garantía hipotecaria); 16 C.F.R. § 429.1 (2018) (asegurando un período de enfriamiento en las transacciones puerta en puerta). En Nueva Zelanda, a los consumidores se les otorga un período obligatorio de reflexión de cinco días para ventas directas no solicitadas, como las ventas de puerta a puerta. Véase Fair Trading Act 1986 pt. 4A s 36M (N.Z.).

¹²⁰ Por ejemplo, tanto en Israel como en la UE, los consumidores pueden cancelar transacciones en línea y otras ventas a distancia. Véase Becher, Shmuel I. y Zarsky, Tal Z., “Consumers’ Right of Withdrawal: A Well-Reasoned Right or a Pyrrhic Victory?”, *Tel Aviv University Law Review*, vol. 32, 2010, pp. 129-150 (en hebreo) (discutiendo el régimen israelí); Borges, Georg y Irlenbusch, Bernd, “Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol.163, núm. 1, 2007, pp. 84-101, pp. 85-86 (discutiendo el régimen de la UE y comparando las reglas generales de la UE sobre los derechos de retiro de los consumidores con las políticas de los estados miembros). Además, en Israel, los consumidores disfrutan de un período de reflexión general para muchas transacciones directas. BECHER, Shmuel I. y Zarsky, Tal Z., “Consumers’ Right of Withdrawal...”.

flexión presentan a los consumidores más tiempo para reflexionar acerca de la transacción en la cual se involucraron.¹²¹ Este tiempo extra, además, permite la evaluación de otras opciones. Un período de reflexión permite a los consumidores experimentar el bien o servicio, aprendiendo así, más sobre él.¹²² Los consumidores pueden estar seguros, entonces, de que la transacción en cuestión está alineada con sus preferencias.

Adicionalmente, en donde a los consumidores se les permite la salida, los vendedores tienen un incentivo más fuerte para proveer bienes de buena calidad. Sabiendo que los consumidores pueden cancelar la transacción a voluntad, los proveedores están más que dispuestos a satisfacer sus expectativas. Estos derechos también son benéficos en términos de las preferencias del consumidor y la competencia económica, ya que dejar puertas abiertas (el período de reflexión) reduce los costos de cambio de proveedor o servicio. Finalmente, la sola opción de cancelar una transacción —es decir, saber que las acciones y decisiones son reversibles— puede ser psicológicamente reconfortante.

Sin embargo, a pesar de estas ventajas potenciales, los períodos de reflexión frecuentemente son más una trampa que una protección. Primero, los consumidores tienden a sobreestimar y sobrevaluar los periodos de reflexión.¹²³ Algunos consumidores confían demasiado en los períodos de reflexión, sobreestimando sus limitaciones.¹²⁴ Los consumidores también pueden subestimar fácilmente la fuerza de la inercia, que muchas veces los lleva a

¹²¹ Estas puertas abiertas dan la oportunidad de que los consumidores perciban cómo la mercancía se adapta a su hogar u otros productos. Ben-Shahar, Omari y Posner, Eric A., “The Right to Withdraw in Contract Law”, Chicago, *The Journal of Legal Studies*, 2011, pp. 141-44.

¹²² Este suele ser el caso ya que el comprador tiene la posesión del bien. *Ibidem*, p. 137 (refiriéndose, por ejemplo, al equipo musical).

¹²³ Véase BECHER, Shmuel I. y Zarsky, Tal Z., “Consumers’ Right of Withdrawal...”, *cit.*, p. 80.

¹²⁴ *Idem*.

no cancelar una transacción. Ellos también pueden desestimar los costos que conlleva usar esta puerta abierta, tales como el tiempo y la energía necesarios en cancelar la transacción.¹²⁵

Aún más, es de esperarse que los consumidores no serán capaces de predecir correctamente las posibilidades que tendrán de explotar las puertas abiertas.¹²⁶ Después de comprar un bien, los consumidores tienden a sobrevalorar el bien que ahora poseen. Esto está basado en fenómenos psicológicos, tales como el efecto dotación y el sentimiento de compromiso que nace por haber incurrido en costos hundidos. Estos efectos disminuyen el impulso de los consumidores a cancelar o salir de las transacciones. Encima de esto, los hallazgos psicológicos muestran que los consumidores que pueden revertir sus decisiones están más angustiados por ellas después de haberlas tomado y constantemente se plantean alternativas.¹²⁷ En otras palabras, a los consumidores que se les permite el período de prueba pueden experimentar menos contento y más ansiedad. Por último, en los mercados sin puertas abiertas obligatorias, los vendedores pueden voluntariamente ofrecer periodos de prueba a los consumidores para demostrar calidad y confiabilidad. Pero si los periodos de prueba son obligatorios para todos, éstos dejarían de servir como una buena señal.

En resumen, proveer a los consumidores con el derecho de cancelar o salir de transacciones puede llevar al consumo excesivo de bienes y servicios. Demasiados consumidores tienden a confiarse de los períodos de reflexión cuando entran en una transacción. Al mismo tiempo, muy pocos consumidores terminarán

¹²⁵ Por ejemplo, en *Fertel v. Davidson*, después de experimentar muchas dificultades al intentar salir de un contrato y devolver un producto, un consumidor descontento publicó críticas negativas en línea acerca del complicado proceso de devolución de la compañía. Civil No. CCB-13-2922, 2013 WL 6842890, en *1-2 (D. Md. diciembre 18, 2013). Estas críticas negativas llevaron al vendedor a demandar al comprador por difamación.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 82.

ejerciendo esos derechos. Más aún, los periodos de reflexión pueden también disminuir la habilidad del consumidor para experimentar felicidad y disfrutar su compra. Ellos también reducen la posibilidad de usar los periodos de reflexión como un mecanismo indicativo. Desafortunadamente, los hacedores de política pública soslayan la forma en que los periodos de reflexión minan, no aumentan, el bienestar del consumidor.

IV. UN MODELO ALTERNATIVO DE LEGISLACIÓN

Regular óptimamente los mercados del consumidor es una tarea escabrosa. En la Parte II, enfatizamos el hecho de que los legisladores están restringidos por limitaciones institucionales. Ellos carecen del conocimiento técnico necesario para regular efectivamente los mercados del consumidor. Los reguladores, como cualquier otra persona, sufren de, y están expuestos a, sesgos cognitivos. Aun asumiendo racionalidad, el proceso legislativo es no sólo lento y costoso, sino también parcial. Las empresas promueven sus intereses a través de grupos de interés y cabildeo. Al mismo tiempo, los intereses de los consumidores son pobremente representados.

No obstante estos problemas y limitaciones, los reguladores, rutinariamente, introducen mecanismos de protección del consumidor. Generalmente, éstas están dirigidas a empoderar a los consumidores y a nivelar el campo de juego. Pero como la Parte III ilustra, las buenas intenciones regulatorias no siempre se convierten en regulaciones efectivas. Medidas de protección del consumidor importantes pueden llevar a consecuencias negativas. Como hemos visto, los reguladores no tienden a prever las respuestas de proveedores y consumidores a las intervenciones legislativas. Esto lleva por mal camino a las regulaciones de protección del consumidor.

Los errores son ubicuos. Algunos son inevitables; otros no valen suficiente la pena para prevenirlos. Los errores son una gran

fuente de aprendizaje y mejora y “[s]ólo aquéllos que no hacen nada son quienes no se equivocan”.¹²⁸

Pero los errores también tienen un precio, y muy frecuentemente repetimos errores sin haber aprendido de ellos. Tratándose de las políticas en materia de protección del consumidor, los errores pueden resultar hasta perjudiciales. ¿Podemos mejorar el proceso legislativo mientras minimizamos costosos errores y disminuimos las consecuencias inesperadas?

Esta parte propone una mejor ruta para elaborar legislación de protección del consumidor, enfocándose en cuatro ideas principales. En la Subparte A, se sugiere que las intervenciones de política pública deben ser graduales y moderadas. En la Subparte B, recomendamos comprometerse a un análisis interdisciplinario de costo-beneficio, basado en evidencia y datos empíricos. En la Subparte C, se explora la idea de leyes de protección del consumidor de temporalidad limitada. En la Subparte D, recomendamos que las oficinas administrativas y las organizaciones del consumidor asuman un rol más significativo en diseñar y promulgar la legislación de protección del consumidor.

Por supuesto, las sugerencias propuestas a continuación no son exhaustivas.¹²⁹ Cada propuesta es esbozada de manera preliminar y amerita un análisis más profundo. Aunque presentadas brevemente, estas sugerencias en conjunto pueden servir como un punto de partida para un debate más amplio —uno que, se espera, facilite mejoras significativas.

A) PASOS REGULATORIOS GRADUALES Y MODERADOS

Las revoluciones siempre han cautivado la imaginación y la atención humanas. Es fácil ser impresionado por grandes ideas

¹²⁸ CONRAD, Joseph, *An Outcast of the Islands*, London, T. Fisher Unwin, 1907, p. 183.

¹²⁹ Para un análisis integral general, véase SHUCK, Peter H., *Why Government Fails So Often*, *op. cit.*

y apuestas intrépidas. La Revolución Americana, la Revolución Francesa y la Revolución Cubana son todos ejemplos de eventos radicales que propiciaron una plétora de ideas y deliberación. También nos gusta marcar nuevos capítulos en la historia de la humanidad empleando el concepto de revolución, tal como la Revolución Agrícola, la Revolución Industrial, la Revolución Tecnológica o la Revolución Informática.

Nuestra mente es atraída por lo único y excepcional, mientras que soslaya lo mundano. Los sucesos conspicuos son notorios y se anclan mejor en nuestra memoria. Por lo tanto, tendemos a creer que los sucesos dramáticos tienden a ocurrir más de lo que en realidad lo hacen.¹³⁰ Por ejemplo, la percepción de la gente sobreestima el número de muertes causada por animales venenosos, mientras que subestima el número de muertes causadas por animales no venenosos.¹³¹ De la misma manera, no hay correspondencia entre los riesgos o peligros objetivos y el temor que producen. La gente teme a los sucesos dramáticos, como el terrorismo, los ataques de tiburón y los accidentes aéreos. Sin embargo, los riesgos asociados con una dieta pobre, un estilo de vida sedentario o conducir un automóvil son considerablemente mayores.¹³² Por lo

¹³⁰ El fenómeno de la llamada cascada de disponibilidad sugiere que las personas tienden a sobreestimar la probabilidad de eventos extraordinarios. Ver, por ejemplo., Kuran, Timur y Sunstein, Cass R., “Availability Cascades and Risk Regulation”, *Stanford Law Review*, 1999, vol. 51, núm. 4, p. 706.

¹³¹ Véase, por ejemplo, FLORANCE, Loretta, “Forget Spiders and Snakes, Horses Are Most Likely to Kill You, Study of Australian Coronial Data Shows”, *ABC News*, marzo 12 de 2017), <http://www.abc.net.au/news/2017-01-17/horse-more-likely-to-kill-you-than-bees-wasps-snakes-spiders/8188842>; Ramsey, Lydia, “These Are the World’s Deadliest Animals”, *Bus Insider*, septiembre 8 de 2016, <https://www.businessinsider.com/worlds-deadliest-animals-2016-9>; “What Are the Odds of Dying from...”, *National Safety Council*, <https://www.nsc.org/work-safety/tools-resources/injury-facts/chart>.

¹³² Por ejemplo, se ha argumentado que la parte más peligrosa de volar es conducir al aeropuerto. Para estadísticas de accidentes aéreos en los Estados

general, esta inconsistencia se observa por igual en los gobiernos. En este contexto, se ha cuestionado el que los gobiernos inviertan menos en las grandes catástrofes, ya que “entre más mueran, menos nos importa”.¹³³

Esto puede impactar a la legislación de dos formas. Primero, puede incentivar a los hacedores de políticas a centrarse en eventos o problemas vívidos y memorables. Eso puede suceder incluso si tales eventos o problemas no justifican objetivamente una inversión grande de recursos públicos. Segundo, esto puede presionar o incentivar a los hacedores de políticas a proponer grandes esquemas que puedan atraer la atención del público general y los medios. Los legisladores pueden buscar remedios milagrosos que aparenten sofisticación e inteligencia.

Con todo, las soluciones de la noche a la mañana son raras. En cambio, mucho puede decirse a favor de las cosas hechas gradualmente.¹³⁴ De hecho, el progreso significativo a lo largo de la

Unidos en 2015, véase “2015 NTSB US Civil Aviation Accident Statistics”, *Nat’l Transp. Safety Board*, <https://www.nts.gov/investigations/data/Pages/Aviation-DataStats2015.aspx> (última visita: octubre 4 de 2018). Según estos datos, el total de muertes en aviones ascendió a 406 en 2015. *Idem*. Al mismo tiempo, una revisión de los accidentes automovilísticos de ese año indica que “35,092 personas perdieron la vida en accidentes automovilísticos” en los Estados Unidos. *Traffic Safety Facts 2015*, National Highway Traffic Safety Administration, U.S. Department of Transportation, 2017, p. 105 <https://crashstats.nhtsa.dot.gov/Api/Public/ViewPublication/812384>. Para una lista de las principales causas de muerte en Estados Unidos, véase Nichols, Hannah, “The Top 10 Leading Causes of Death in the United States”, *Med. News Today*, <https://www.medicalnewstoday.com/articles/282929.php>. Véase además *Injury Facts*, National Safety Council, 2015, pp. 40-43 (detallando las probabilidades de morir por diversas lesiones).

¹³³ SLOVIC, Paul, “The More Who Die, the Less We Care”, en Michel-Kerjan, Erwann y Slovic, Paul (eds.), *The Irrational Economist: Making Decisions in a Dangerous World*, Nueva York, Public Affairs, 2010, pp. 30-40.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, HOCKING, Wayne, “In Praise of Incremental Steps and Modest Ideas”, *Physics in Canada*, 2011, vol. 67, núm. 3, pp. 177-181; véase

historia se ha hecho de forma incremental.¹³⁵ Para concretar un cambio mayúsculo, se requieren, normalmente, innumerables pasos minúsculos.¹³⁶ Progresar gradualmente (*festina lente*) es un sabio consejo, relevantes para el ahorro a largo plazo, la reversión del sobrepeso, la superación de retos deportivos, la escritura proyectos y muchas otras actividades.¹³⁷

Mientras que algunos académicos urgen a los jueces a adoptar un enfoque incremental, relativamente poco se ha dicho sobre una perspectiva similar adoptada por los legisladores.¹³⁸ Interesantemente, y sin embargo, una aproximación gradual a la legislación ha sido adoptada por el gobierno de Finlandia.¹³⁹ Su diseño de legislación consiste en promulgar nuevas leyes en etapas, mientras que se evalúa la retroalimentación. La idea es empezar “pequeño y simple” y, posteriormente, progresar gradualmente al tiempo que se recogen la retroalimentación y la experiencia. Una observación

además “In Praise of Incrementalism”, *Freakonomics* (octubre 26 de 2016), <http://freakonomics.com/podcast/in-praise-of-incrementalism/> (discutiendo el tránsito progresivo, de pasos incrementales, hacia ideas transformadoras).

¹³⁵ Esto es cierto en matemáticas, arte, física, derechos humanos y muchas otras disciplinas. También se refleja en la idea de “pararse sobre los hombros de gigantes”.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, HIRSHMAN, Linda, *Victory: The Triumphant Gay Revolution*, Nueva York, Harper Collins Publishers, 2012, pp. 353-355 (ejemplificando, respecto del matrimonio igualitario en Estados Unidos, la noción de transformación de un paso a la vez).

¹³⁷ KAY, John, *Obliquity: Why Our Goals are Best Achieved Indirectly*, Londres, Profile Books, 2011, pp. 187-195 (recomendando un proceso gradual de toma de riesgos y de descubrimiento como estrategia para lograr el éxito en muchos aspectos de la vida).

¹³⁸ LEVMORE, Saul, “Interest Groups and the Problem with Incrementalism”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, núm. 3, 2010, pp. 816-817.

¹³⁹ Véase “The Finnish Experiment”, *99% Invisible*, septiembre 19 de 2017, <https://99percentinvisible.org/episode/the-finnish-experiment/>.

a propósito de la propuesta finlandesa de Ingreso Universal Básico decía:

El experimento finlandés en sí es fascinante, no sólo por el *qué* está probando sino por el *cómo* lo está probando. Finlandia está apostando por una forma de pensar acerca del gobierno que es única y se orienta al diseño. Más que sacar leyes de escala masiva, ellos están tratando de diseñar una legislación en etapas, con retroalimentación del usuario, justo como uno crearía una pieza de diseño.¹⁴⁰

Con ese fin, el gobierno finlandés estableció una “unidad de experimentación”, la cual propone “leyes prototipo”.¹⁴¹ Antes de aplicar estos prototipos más ampliamente, la legislatura busca evaluar su efectividad empíricamente.¹⁴² Así, el gobierno finlandés decidió no comenzar por revolucionar el sistema de bienestar social.¹⁴³ En su lugar, comenzó a implementar la idea del Ingreso Básico Universal entre una muestra aleatoria de personas.¹⁴⁴

Los académicos han reconocido el valor de tales experimentos y simulacros.¹⁴⁵ En nuestro contexto, adoptar un enfoque in-

¹⁴⁰ *Idem*; véase además KLEIN, Elise, “Universal Basic Income”, *Arena Magazine*, núm. 42, 2016, p. 8 (señalando que un simulacro como enfoque preliminar “proporcionaría evidencia para informar el diseño general de cualquier esquema de [Ingreso Básico Universal]”).

¹⁴¹ Véase “The Finnish Experiment”, *cit.*

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ En la primera etapa, la legislatura intenta examinar cómo el Ingreso Básico Universal afecta a quienes lo reciben. *Idem.*

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, ABRAMOWICZ, Michael *et al.*, “Randomizing Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, núm. 4, 2011, pp. 929-1005; Romano, Roberta, “Regulating in the Dark...”, *cit.*, p. 28; véase además Tokeley, Kate, “Protecting Consumers from Themselves: A Guide for Policy-Makers”, *Competition and Consumer Law Journal*, vol. 24, pt. 1, 2016, p. 21 (argumentando que, aunque no pueden predecir con certeza, los experimentos siguen siendo valiosos en la evaluación de la regulación experimental).

cremental permite a los hacedores de políticas centrar su atención de forma más efectiva. Acercarse a un asunto incrementalmente reduce el monto y la variedad de la información que necesita ser considerada.¹⁴⁶

Esto hace que el análisis de los asuntos en particular sea más manejable. Es más, muchos de los problemas asociados con las consecuencias no esperadas pueden ser mitigados mediante un enfoque incremental a la legislación. Por ejemplo, la legislatura puede examinar los efectos de la divulgación de información por etapas, observando primero la forma en que los consumidores y los distribuidores minoristas responden en un mercado específico. Sólo después de que se hayan reunido datos empíricos y retroalimentación, la legislatura podría considerar la divulgación más generalmente. Consideraciones similares aplican al caso de la implementación general de los periodos de reflexión. Aquí, también, parece prudente empezar por regular un mercado específico o un tipo de transacción. Después de esta etapa, la legislatura puede examinar empíricamente los efectos de tal regulación. Esto puede servir como punto de partida para la siguiente etapa, cuando una ley más general sea discutida.

B) ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO Y EMPÍRICO

La idea de examinar empíricamente los efectos de la legislación nos lleva a la siguiente propuesta: incorporar un enfoque interdisciplinario y empírico de la legislación. La legislación, la cual busca responder a un mundo y un medio ambiente cambiantes, demanda una amplia gama de habilidades y conocimiento. El término “interdisciplinario” hace referencia a incluir a gente con

¹⁴⁶ Cf. OHLHAUSEN, Maureen K., Comm’r, Fed. Trade Comm’n, Regulatory Humility in Practice: Remarks by FTC Commissioner Maureen K. Ohlhausen, abril 1 de 2015, <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2015/02/Transcript2.pdf> (abogando por la humildad regulatoria para abordar los problemas y resistir la simplificación excesiva).

diversos contextos, experiencias e intereses. Involucrar gente con conocimiento técnico o preliminar diverso puede ayudar a cubrir esta necesidad.¹⁴⁷

Por ejemplo, en la regulación del consumo de alimentos insalubres, un enfoque de política pública prudente podría mezclar las opiniones de economistas, peritos fiscales, especialistas del comportamiento, nutriólogos, personal de salud, historiadores, ingenieros en alimentos, educadores y abogados. Al mismo tiempo, los hacedores de políticas pueden considerar voces distintas, como las de los productores, importadores y proveedores.

Tratar los asuntos de la ley de protección del consumidor desde una perspectiva interdisciplinaria puede ayudar a mitigar algunos de los obstáculos identificados arriba.¹⁴⁸ Primero, involucrar a gente de diversas disciplinas y con puntos de vista variados disminuye la posibilidad de analizar un problema de forma aislada. Esto, a su vez, reduce el riesgo de experimentar consecuencias no esperadas. Segundo, existe un robusto arsenal de conocimiento sobre la legislación de protección del consumidor que aborda el tema desde una multiplicidad de perspectivas.¹⁴⁹ Un enfoque interdisciplinario que parta de este conocimiento reduce el problema asociado con la falta de experiencia institucional. Este enfoque complementa a la legislatura y la ayuda en sus esfuerzos. Tercero, este enfoque permite que más perspectivas sean sopesadas y

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ Véase discusión *supra* Parte II.

¹⁴⁹ Para un excelente análisis de los contratos de consumo desde la perspectiva del comportamiento, véase ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron, *Behavioral Law and Economics*, Nueva York, Oxford University Press, 2018, p. 323. “[L]as técnicas de comercialización y el comportamiento del consumidor han atraído una atención particularmente grande por parte de los psicólogos cognitivos y sociales, incluidos los investigadores de procesos de juicio y toma de decisión” y sus “ricos descubrimientos proporcionan una base razonablemente sólida para la formulación de leyes y políticas en la esfera de los contratos de consumo.” *Idem.*

consideradas, disminuyendo el efecto potencial de los grupos de interés.

El enfoque interdisciplinario propuesto debe ser principalmente empírico. El término empírico implica que los hacedores de las políticas deben, en lo posible, buscar, impulsar, admitir y considerar los hallazgos empíricos. Es tentador y relativamente fácil usar la intuición y el sentido común. También es atractivo escuchar los puntos de vista del público o de los medios de comunicación. Aunque convenientes, estos atajos no deben ser la base del proceso regulatorio. Al respecto, los datos empíricos pueden corregir los sesgos individuales y colectivos. En otras palabras, este enfoque debe permitir a los hacedores de políticas enfocarse en las áreas donde realmente ocurren los daños significativos al consumidor.

La toma de decisiones basada en evidencia es un tema vasto en varias disciplinas, como la administración¹⁵⁰ y la medicina.¹⁵¹ De igual forma, la evidencia debe informar las políticas.¹⁵² Dentro de un marco basado en evidencia, las legislaturas deben integrar pensamiento crítico e información basada en evidencia en el proceso legislativo.

Dentro de este esquema general, la legislatura debe, primero, identificar problemas y definir objetivos. A partir de estos objetivos, la legislatura debe determinar el tipo de información que necesita. Después de eso, los datos deben ser recogidos y analizados,

¹⁵⁰ Ver, por ejemplo, *Ctr. Evidence-Based MGMT*, <https://www.cebma.org> (última visita: octubre 4, 2018) (iniciativas de vanguardia en los campos de la gestión y el liderazgo, cuyas prácticas están basadas en evidencia).

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, *Ctr. Evidence-Based MED*, <http://www.cebmed.net> (última visita: octubre 4, 2018) (buscando desarrollar, enseñar y promover la atención médica basada en evidencia a través de una variedad de métodos).

¹⁵² Al mismo tiempo, las políticas quizás no deberían basarse únicamente en la evidencia. Véase generalmente Lunn, Pete y Ruane, Frances (eds.), *Using Evidence to Inform Policy*, Dublín, Gill & Macmillan, 2013 (examinando la relación entre investigación y formulación de políticas).

para finalmente presentar y discutir los resultados. Finalmente, con base en los datos disponibles, las decisiones deben ser tomadas.¹⁵³

A continuación, mostramos algunos ejemplos que ilustran cómo los datos empíricos pueden impactar las políticas en materia de protección del consumidor. Considerando el papel potencial de los hallazgos empíricos respecto de los organismos genéticamente modificados (OGMs), los datos empíricos pueden abonar a la discusión en al menos tres formas. Primero, los datos empíricos pueden aclarar si los OGMs son peligrosos y, si lo son, en qué grado. Contrario a los temores de mucha gente, parece que la evidencia científica no indica que los OGMs son insalubres.¹⁵⁴ Si los legisladores prohíben o desalientan el consumo de OGMs

¹⁵³ En una línea similar, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico identifica un proceso de seis pasos para la formulación de políticas de consumo: (1) definir el problema, (2) medir su gravedad, (3) preguntar si se requiere acción, (4) identificar las políticas alternativas, (5) evaluar las opciones disponibles y elegir una, y (6) revisar la efectividad de la política elegida. Véase *Organization for Economic Cooperation and Development's Consumer Policy Toolkit*, 2010, p. 114; véase además además Tokeley, Kate, "Protecting Consumers...", *cit.*, pp. 7-8 (proponiendo un enfoque multifactorial hacia las leyes de protección del consumidor paternalistas); Willis, Lauren E., "Performance-Based Consumer Law", *cit.*, p. 1335 (sugiriendo pruebas periódicas y señalando que el funcionamiento de las políticas debe medirse para que los reguladores puedan detectar cambios a lo largo del tiempo y abordar los problemas antes de que ocurra un daño sustancial).

¹⁵⁴ Ver, por ejemplo, World Health Organization, *Frequently Asked Questions on Genetically Modified Foods*, mayo de 2014, http://www.who.int/food-safety/areas_work/food-technology/faq-genetically-modified-food/en/ ("Los alimentos genéticamente modificados actualmente disponibles en el mercado internacional han pasado las evaluaciones de seguridad y no es probable que presenten riesgos para la salud humana. Además, no se han demostrado efectos en la salud como resultado del consumo de dichos alimentos por parte de la población en general en los países donde han sido aprobados").

debido a información inadecuada provista por partes con interés, los hallazgos científicos devienen un imperativo.

Segundo, la evidencia empírica puede iluminar las posibles consecuencias de prohibir o desincentivar el consumo de OGMs. Por ejemplo, los mercados que carecen de OGMs pueden ser más caros y ofrecer a los consumidores menos opciones. Alternativamente, prohibir los OGMs puede resultar en sobrexplotación de la tierra, un aspecto ambiental que vale la pena considerar.

Tercero, la evidencia empírica puede ayudar a los hacedores de políticas a entender cómo los consumidores interpretan y responden a las etiquetas de OGMs. Sorprendentemente, un estudio encontró que los consumidores no toman las etiquetas de OGMs como advertencias.¹⁵⁵ Otro estudio encontró que la comprensión de los consumidores depende de lo que ellos perciben que motivó a las legislaturas.¹⁵⁶ Asumiendo que los hacedores de políticas aspiran a usar las etiquetas de los OGMs para advertir a los consumidores, estos hallazgos pueden ser invaluable

Las advertencias en cajetillas de cigarro pueden también beneficiarse del uso de evidencia en materia de protección del consumidor. Como se dijo previamente, los estudios indican que los anuncios textuales en los paquetes de cigarrillos no han resultado eficientes.¹⁵⁷ Sin embargo, la evidencia empírica apunta a que las advertencias gráficas pueden, de hecho, disuadir a los consumido-

¹⁵⁵ REIDEL, Jon C., “New Study: Consumers Don’t View GMO Labels as Negative ‘Warnings’”, *U. VT.: UVM Today*, julio 26 de 2015, <https://www.uvm.edu/uvmnews/news/new-study-consumers-dont-view-gmo-labels-negative-warnings>.

¹⁵⁶ BAR-GILL, Oren *et al.*, “Drawing False Inferences...”, *cit.*, p. 1; véase además DU, Li, “GMO Labelling and the Consumer’s Right to Know: A Comparative Review of the Legal Bases for the Consumer’s Right to Genetically Modified Food Labelling”, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 8, núm. 1, 2014, pp. 4-38 (examinando el enfoque de las legislaturas sobre los OGM desde una perspectiva comparada).

¹⁵⁷ Véase *supra* notas 93-96 y el texto que las acompaña.

res.¹⁵⁸ Aún más, se ha encontrado que la simplicidad de las cajetillas disminuye la propensión a fumar.¹⁵⁹ Esta evidencia empírica ha conducido a las legislaturas a adoptar herramientas más efectivas para combatir el consumo de tabaco.

Una manera de examinar empíricamente el efecto de los avisos en las cajetillas involucra analizar escaneos cerebrales.¹⁶⁰ Sin duda, cuando se trata de utilizar evidencia para legislar, el campo de la neurociencia es un terreno emocionante de explorar. Escanear las mentes de la gente y analizar sus respuestas tiene un gran potencial en el ámbito legislativo.¹⁶¹ De hecho, esta tecnología puede tener un impacto profundo en los fundamentos de la protección del consumidor.

Para entender por qué, hay que recordar un componente básico de la legislación en materia de protección del consumidor. Los

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, BORLAND, R. *et al.*, “Impact of Graphic and Text Warnings on Cigarette Packs: Findings from Four Countries over Five Years”, *Tobacco Control*, vol. 18, núm 5, 2009-2010, p. 358 (2009) (observando que las advertencias gráficas proporcionan una mejor y más efectiva disuasión que las advertencias escritas); O’Hegarty, Michelle, *et al.*, “Reactions of Young Adult Smokers to Warning Labels on Cigarette Packages”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol.30, núm. 6, 2006, p. 467 (concluyendo “que las anuncios de advertencia con mensajes gráficos son más notorios y potencialmente más efectivos que los anuncios de solo texto”); véase además Whiteman, Honor, “How Graphic Warnings on Cigarette Packets Influence Smokers’ Brains”, *Med. News Today*, febrero 21 de 2016), <https://www.medicalnewstoday.com/articles/306717.php> (confirmando que las imágenes gráficas en las etiquetas de las cajetillas hacen que los consumidores consideren el peligro para su salud).

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, HUGHES, Nicole *et al.*, “Perceptions and Impact of Plain Packaging of Tobacco Products in Low and Middle Income Countries, Middle to Upper Income Countries and Low-Income Settings in High-Income Countries: A Systematic Review of the Literature”, *BMJ Open*, vol.6, núm. 3, 2016, p. 1-10, <https://bmjopen.bmj.com/content/bmjopen/6/3/e010391.full.pdf>.

¹⁶⁰ Véase LINDSTROM, Martin, “Inhaling Fear”.

¹⁶¹ Véase *infra* notas 173-174 y el texto que las acompaña.

legisladores —y los tribunales— necesitan determinar los estándares y el alcance de protección de la legislación del consumidor. Con este fin, alrededor del mundo, las leyes en la materia utilizan conceptos como “consumidor promedio”, “consumidor razonable”, “expectativas razonables” y “sentido común” para contornear los límites de la protección del consumidor.

Por ejemplo, en la UE, se supone que el “consumidor promedio” es capaz de proteger sus intereses cuando se le proporciona información precisa.¹⁶² Se cree que este “consumidor promedio” imaginario está “razonablemente bien informado y es cuidadoso y prudente” en la toma de decisiones.¹⁶³ Con base en esto, los reguladores necesitan determinar cuál sería el nivel de protección razonable para el consumidor promedio, es decir, el consumidor ordinario.

La UE no es la única en concebir al “consumidor razonable” o a sus “expectativas razonables”. En efecto, el estándar de la “expectativa razonable” es una doctrina importante del derecho contractual de los Estados Unidos.¹⁶⁴ Según este estándar, “tratándose de contratos estandarizados, los tribunales tienen que determinar lo que la parte más débil pudo esperar de los servicios de acuerdo con los ‘anuncios’ del prestador, y en qué medida la parte fuerte

¹⁶² *European Fin. Servs. Round Table, Consumer Protection and Consumer Choice*, 2004, p. 31, <http://www.efr.be/documents/publication/09.2004.02%20Consumer%20Protection%20-%20Breaking%20the%20deadlock%201Feb2004.pdf> (discutiendo cómo se cree que cada consumidor es capaz de proteger sus intereses si se le brinda la información correcta).

¹⁶³ *Idem*; véase, por ejemplo, “Consumers”, *Eur. Commission*, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/is-it-unfair/index_en.htm.

¹⁶⁴ MEYERSON, Michael I., “The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts”, *University of Miami Law Review*, vol.47, núm. 5, 1993, pp. 1279-1282.

frustró expectativas razonables basadas en una típica situación de la vida real.¹⁶⁵

Los tribunales sospechan de términos que superen las expectativas razonables y, a veces, se abstienen de hacerlas valer.¹⁶⁶ Esto es especialmente cierto en el caso de los contratos de seguro y las exclusiones de garantía.¹⁶⁷

Hay numerosas doctrinas que ilustran el uso de estándares genéricos e imprecisos que son sensibles al comportamiento y la comprensión del usuario. Un último ejemplo es la doctrina neozelandesa de representaciones infundadas,¹⁶⁸ de acuerdo con la cual los proveedores deben tener “bases razonables” para fundamentar las aserciones que hacen acerca de un bien o servicio antes de difundirlas entre el público.¹⁶⁹ Con todo, una excepción general a esta regla se da cuando la naturaleza de la aseveración es tal que “una persona razonable no esperaría que [ésta] estuviera sustentada”.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Gray v. Zurich Ins. Co., 419 P.2d 168, 172 (Cal. 1966) (Kessler, Friedrich, “Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, vol.43, núm. 5, 1943, p. 637). Del mismo modo, en el contexto de las cláusulas de selección de foro en los contratos de consumo, los tribunales han desarrollado el estándar de “comunicación razonable” para garantizar que el consumidor tenga una oportunidad razonable de observar la cláusula y reflexionar acerca de los efectos sobre sus derechos legales. Véase Das, Kaustuv M., “Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the ‘Reasonably Communicated’ Test”, *Washington Law Review*, vol.77, núm. 2, 2002, pp. 492-496 (discutiendo el estándar de comunicación razonable).

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Darner Motor Sales, Inc. v. Universal Underwriters Ins. Co.*, 682 P.2d 388, 395 (Ariz. 1984) (en banc).

¹⁶⁷ MEYERSON, Michael I., “The Reunification of Contract Law...”, *cit.*, pp. 1304-1306.

¹⁶⁸ *Fair Trading Act* 1986, pt 1 s 12A (N.Z.).

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ *Idem.*

Se ha gastado mucha tinta en normas legales vagas. Usualmente, estas normas son llamadas “estándares” en lugar de “reglas”. Las reglas son específicas, relativamente claras y precisas — por tanto, son una buena guía de conducta. No obstante, las reglas también son rígidas.¹⁷¹ Por el contrario, los estándares son normas dinámicas que dan lugar a la discreción, flexibilidad y adaptaciones. No sirven, sin embargo, como una buena guía de comportamiento *ex ante*.

Términos tales como “razonable”, “promedio” y “de sentido común” son estándares legales. Como tales, facilitan el desarrollo de la legislación de protección del consumidor. No obstante, en ocasiones pueden ser vagos, fácilmente manipulables o inadecuados.¹⁷² Los estándares otorgan a los tribunales mucha discreción, mientras juzgan a los individuos solo en retrospectiva.

Sorprendentemente, la neurociencia podría proporcionar datos empíricos a los legisladores y jueces que podrían hacer innecesario el uso de muchos estándares.¹⁷³ Los escaneos cerebrales pueden ayudar a determinar lo que los consumidores piensan y quieren, cuando están confundidos o cuando han sido engañados. La neurociencia puede demostrar qué es exactamente lo que el consumidor ‘promedio’ o ‘razonable’ entiende. Esa información es superior a simplemente esperar que los reguladores y jueces intuyan los pensamientos y comportamientos de los consumidores.

¹⁷¹ Algunos ejemplos clásicos incluyen una fecha límite para presentar una declaración de impuestos o una apelación, la edad mínima para votar, el salario mínimo y los límites de velocidad para vehículos automotores.

¹⁷² Véase, por ejemplo, WILLIS, Lauren E., “Performance-Based Consumer Law”, *cit.*, pp. 1349 y 1350 (opinando que los estándares actuales de razonabilidad objetiva no consideran lo que los consumidores en realidad entienden).

¹⁷³ Véase BARTHOLOMEW, Mark, “Neuromarks”, *Minnesota Law Review*, vol. 103 (pendiente de publicación diciembre de 2018) (manuscrito en p. 7), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135260. Gran parte del párrafo en el presente texto resuena con el argumento que Bartholomew realiza en el contexto del derecho marcario.

En lugar de suponer cómo usan su “sentido común” los consumidores, los escaneos cerebrales pueden proporcionar evaluaciones acertadas de sus actitudes y respuestas.¹⁷⁴ Si los escaneos cerebrales revelan qué pasa exactamente en las mentes de los consumidores, la legislación y los tribunales deberían usar esta evidencia para alinear la legislación del consumidor con la protección que, en los hechos, los consumidores necesitan. Dadas estas circunstancias, la especulación no sólo resulta ser un enfoque inferior de técnica legislativa, sino uno inadecuado.

B) LEYES TEMPORALES DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En la Subparte A, se argumentó a favor de un proceso gradual y moderado de regulación. En la Subparte B, se propone un enfoque interdisciplinario y empírico a la legislación. En línea con la necesidad de una adoptar una estrategia modesta para hacer legislación, esta Subparte recomienda un régimen que favorezca la legislación temporal. La idea es promulgar leyes temporales que prescriban automáticamente, salvo que sean ratificadas.¹⁷⁵

La idea de promulgar leyes temporales no ha pasado desapercibida. Se ha argumentado, por ejemplo, que “cuando el razonamiento detrás de la regulación es el de superar la dependencia al pasado, no hay necesidad de restringir la libertad de manera permanente y hay varias cuestiones clave para hacer que la re-

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 5 (explicando que la neurociencia está progresando enormemente en el contexto de las marcas registradas y señalando que “[s]egún los investigadores, cada marca tiene una firma neuronal diferente, con actividad en diferentes regiones del cerebro que refleja percepciones como ‘emoción’, ‘fortaleza’ o ‘sofisticación’ tras la exposición al estímulo de la marca”.

¹⁷⁵ Cf. GERSEN, Jacob E., “Temporary Legislation”, *The University of Chicago Law Review*, vol.74, núm. 1, 2007, pp. 247-298 (explorando la legislación temporal en el contexto del riesgo de terrorismo doméstico).

stricción sea temporal”.¹⁷⁶ También ha sido observado que la reversibilidad de la política pública puede permitir a los legisladores avanzar políticas benéficas y evitar las perniciosas.¹⁷⁷ La legislación con horizontes predefinidos también ha sido recomendada para contextos específicos, tales como legislación financiera que se origina “en una atmósfera de crisis”.¹⁷⁸

Aunque se haya discutido e implementado en otras áreas, las leyes temporales han sido generalmente ignoradas en el terreno de la protección del consumidor. La legislación temporal habilita una mejor oportunidad, para los legisladores, “de incorporar una mayor cantidad y calidad de información en el razonamiento legislativo”.¹⁷⁹ La elaboración de leyes temporales puede ser una manera de reconocer los límites inherentes a la legislación, dado que entiende la necesidad de experimentar con las leyes. Aún más, puede minimizar y contrarrestar los resultados negativos del impulso legislativo a tratar sólo temas populares.¹⁸⁰

Uno de los aspectos más problemáticos de la legislación mal encaminada y de sus consecuencias no esperadas es el sesgo en el *statu quo*. Una vez que los reguladores implementan una ley que protege al consumidor, es poco probable que sea derogada. Como se ha visto en otras áreas, los individuos tienen un sesgo fuerte

¹⁷⁶ GINSBURG, Tom *et al.*, “Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol.81, núm. 1, 2014, p. 294.

¹⁷⁷ LISTOKIN, Yair, “Learning Through Policy Variation”, *The Yale Law Journal*, vol.118, núm. 3, 2008, pp. 522-33.

¹⁷⁸ ROMANO, Roberta, “Regulating in the Dark...”, *cit.*, p. 28.

¹⁷⁹ GERSEN, Jacob E., “Temporary Legislation”, *cit.*, p. 248.

¹⁸⁰ Como se señaló anteriormente, estos temas reciben una atención pública extensa, pero a menudo temporal, que puede llevar a los hacedores de políticas a centrarse excesivamente en ellos para cumplir con las expectativas del público. Véase *supra* notas 57-58 y el texto que las acompaña.

a favor del *statu quo* y tienden a conservar su curso de acción.¹⁸¹ La inercia tiene un atractivo poderoso y es altamente resistente al cambio.

De hecho, el sesgo del *statu quo* refleja la idea de que las personas pueden preferir el estado actual, incluso cuando un cambio produciría una condición superior. Esto puede ser así, ya que el cambio puede implicar pérdidas, a lo que las personas son demasiado sensibles.¹⁸² Dado que las pérdidas pesan demasiado, es probable que las personas minimicen el riesgo de pérdida al abstenerse de cambiar su curso de acción. La pérdida puede ser particularmente dolorosa ya que desviarse del *statu quo* parece estar asociado con la decisión proactiva de uno. Cuando la pérdida es un resultado de la acción, no la inacción, de uno, ésta causa mayor insatisfacción.¹⁸³

Dado el sesgo del *statu quo*, es fácil ver por qué una ley promulgada será difícilmente revocada. Debido a su preferencia por la certeza, las personas tienden a seguir reglas predeterminadas. Desviarse de las prácticas establecidas no es fácil, incluso cuando hacerlo es beneficioso. Por ejemplo, los consumidores pueden seguir pagando demasiado por sus servicios, aunque cambiar de proveedor sería más eficiente. Las personas pueden quedarse con

¹⁸¹ Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, pp. 304-305; véase además Thaler, Richard H. y Sunstein, Cass R., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008, pp. 34-35 (discutiendo la tendencia general a seguir con la situación actual).

¹⁸² La aversión por perder se encuentra en el corazón de la economía del comportamiento. Véase Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, *op. cit.*, p. 304.

¹⁸³ KAHNEMAN, Daniel y Tversky, AMOS, "The Psychology of Preferences", *Scientific American*, vol. 246, núm. 1, 1982, p. 160.

el mismo esquema de salud, plan de jubilación o proveedor de datos, incluso cuando cambiar resulta ventajoso.¹⁸⁴

Del mismo modo, es probable que las legislaturas no reválíen las leyes promulgadas.¹⁸⁵ Hacerlo representa un riesgo y una potencial pérdida. Además, requiere una acción, mientras que no reexaminar una ley es simplemente una omisión.¹⁸⁶ Revisar una ley consume energía y requiere atención, mientras que no cuestionar el camino elegido economiza nuestros recursos y habilidades mentales limitadas.

Reexaminar las leyes puede resultar bastante benéfico. Para empezar, la necesidad de poner a prueba y ajustar las políticas en materia de protección del consumidor puede ser esencial debido a cuestiones de información.¹⁸⁷ Vivimos en un mundo dinámico e incierto. En muchos dominios, los hallazgos de hoy pueden devenir falsos o inexactos mañana. Nuestro conocimiento del mundo cambia constante y, cada vez más, rápidamente. Además, en algunos campos, como la medicina y la psicología, la mitad de lo que sabemos hoy será reemplazado o falseado en el transcurso de los próximos cinco años.¹⁸⁸ Con el crecimiento exponencial de conocimiento y técnicas de investigación, es probable que esto se convierta cada vez más en una realidad.¹⁸⁹ Esto justifica, una vez

¹⁸⁴ SAMUELSON, William y ZECKHAUSER, Richard, "Status Quo Bias in Decision Making", *Journal of Risk and Uncertainty*, vol.1, núm. 1, 1988, p. 37.

¹⁸⁵ Cf. SHUCK, Peter H., *Why Government Fails So Often*, op. cit., pp. 172-182 (discutiendo la "inflexibilidad" experimentada por los legisladores en la creación de políticas).

¹⁸⁶ Véase RITOV, Ilana y BARON, Jonathan, "Status-Quo and Omission Biases", *Journal of Risk and Uncertainty*, vol.5, núm. 1, 1992, pp. 49-61.

¹⁸⁷ Véase GERSEN, Jacob E., "Temporary Legislation", *cit.*, pp. 266-278 (discutiendo los costos de la legislación temporal, incluida la dinámica intertemporal).

¹⁸⁸ ARBESMAN, Samuel, *The Half-Life of Facts*, op. cit., p. 30.

¹⁸⁹ GERSEN, Jacob E., "Temporary Legislation", *cit.*, p. 298. (concluyendo que la legislación temporal tiene beneficios informacionales importantes y es

más, promulgar legislación de protección del consumidor de manera prudente.

Sin embargo, la legislación temporal viene con un precio. Las personas se sienten atraídas a la certeza y se sienten bastante incómodas con la indecisión legislativa. La legislación temporal puede causar cierta confusión y reducir la capacidad de los proveedores y consumidores de confiar en ella. También, implica dinámicas legislativas intertemporales y un aumento en los costos de transacción legislativo^{s.190}

En general, el promulgar y el revisar periódicamente la legislación provisional pueden producir ganancias prometedoras.¹⁹¹ Tomar decisiones de manera recurrente tiene importantes beneficios. Puede ayudar a las legislaturas a corregir errores, superar la inercia y examinar nuevos datos y procesos impredecibles. También complementa la idea de que las legislaturas deberían progresar gradualmente y con cuidado. Todas estas consideraciones pueden enriquecer el discurso legislativo y guiar a los hacedores de políticas.

C) DISPERSAR Y DELEGAR RESPONSABILIDADES LEGISLATIVAS

Hemos visto repetidamente que las legislaturas operan dentro de límites institucionales, expuestos al ruido y la presión. En este contexto, otra sugerencia que vale la pena explorar implica dispersar y delegar la responsabilidad legislativa en hacedores de políticas más aislados. Las dependencias y entidades administrativas deberían participar con más fuerza en el proceso legislativo. En ocasiones “los órganos administrativos... bien pueden ser la

preferible con respecto a riesgos recientemente reconocidos).

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 62-66 (discutiendo los costos de transacción de la legislación temporal, incluida la dinámica intertemporal).

¹⁹¹ Para conseguir estas ganancias, el diseño legislativo también debe tener en cuenta el sesgo por omisión, que puede hacer que las legislaturas no revisen las leyes, incluso cuando su vigencia es temporal.

institución adecuada (o, al menos, una institución más) para la articulación, el desarrollo y la reivindicación de los derechos.¹⁹²

Se supone que las oficinas administrativas están mucho más aisladas que los cuerpos legislativos de la presión política, el cabildeo y los grupos de interés. Por supuesto, tales oficinas también pueden caer presa de captura. Sin embargo, la mayoría de las oficinas de protección del consumidor cuentan con personal que no es elegido por el público. A menudo, tienen conocimiento técnico y experiencia profesional relevantes. Muchos eligen servir en estos espacios para mejorar la sociedad y ser buenos ciudadanos. Por lo tanto, las oficinas pueden estar mejor equipadas para enfocarse en asuntos importantes respecto de los cuales la atención pública no está al acecho.

Estos cuerpos son, a menudo, más competentes. En particular, las oficinas de protección del consumidor están constantemente expuestas a los desafíos que plantean los mercados de consumo. A menudo, ellas enfrentan y analizan numerosas quejas de los consumidores. Presumiblemente, estos cuerpos también tienen más acceso a expertos y la capacidad para aprovechar su conocimiento. Como resultado, están posicionados en un punto de partida superior, equipados con mayor conocimiento técnico y una perspectiva más equilibrada y holística.

Esto está estrechamente relacionado con algunas otras ideas discutidas anteriormente, tales como la necesidad de promover una ley de consumo imparcial basada en evidencia. Consideremos, por ejemplo, el fenómeno de la psicología de los grupos. Los humanos son criaturas sociales, y el sentido de pertenencia

¹⁹² DAGAN, Hanoch y Kreitner, Roy, *Relational Regulators: Private Law Thinking for Administrative Agencies*, enero 27 de 2018, manuscrito inédito, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3031886. Los autores se centran en los derechos interpersonales, pero su razonamiento también es pertinente en el contexto de las leyes de protección del consumidor.

es un importante componente de su ser social.¹⁹³ Los individuos pertenecen a varios grupos: religiosos, profesionales, recreativos o étnicos. Mientras que los grupos generan y promueven muchos valores, las presiones que crean también pueden ser bastante significativas y conducir a resultados que vale la pena analizar.¹⁹⁴

Cuando se trata de grupos políticos e ideológicos, las cosas se pueden desviar de muchas maneras.¹⁹⁵ Aquí, el deseo de ser un miembro fiel del grupo político de uno a veces puede triunfar sobre el pensamiento racional y distorsionar el juicio. En otras palabras, cuando hay problemas políticos en juego, muchos preferirían cumplir con las expectativas y el punto de vista del grupo, en lugar de “hacer las cosas bien”.¹⁹⁶

Es fácil ver las políticas en materia de protección del consumidor como un debate político. Cuestiones clave relacionadas con la regulación de los mercados, la adopción de medidas paternalistas para proteger a los consumidores, la nivelación del campo de juego entre empresas y consumidores o el grado en que la sociedad debería responsabilizar a las personas por sus acciones y

¹⁹³ Por ejemplo, los lazos sociales solían ser imprescindibles para la supervivencia y siguen siendo cruciales para la felicidad humana y la salud mental.

¹⁹⁴ Consideremos el famoso experimento de Solomon Asch, que demostró que los sujetos están dispuestos a seguir a la mayoría, incluso sabiendo que la mayoría está claramente equivocada. Véase Asch, S.E., “Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgments”, en Guetzkow, Harold (ed.), *Groups, Leadership and Men*, Pittsburg, Pennsylvania, Carnegie Press, 1951, p. 177.

¹⁹⁵ Véase FEIN, Judith “You Are a Tribal Person”, *Psychology Today*, agosto 6 de 2012, <https://www.psychologytoday.com/us/blog/life-is-trip/201208/you-are-tribal-person>.

¹⁹⁶ Véase HAIDT, Jonathan, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided By Politics And Religion*, Nueva York, Pantheon Books, 2012 (explorando la moral, la política y la religión para comprender por qué nos dividimos tan fácilmente en grupos hostiles, cada uno seguro de tener razón).

decisiones están, todas, influenciadas por la ideología política. En efecto, parece que prácticamente todos los problemas basados en evidencia en el ámbito de la protección del consumidor pueden ser politizados.¹⁹⁷

Al mismo tiempo, las actitudes políticas a menudo permanecen sin cambios, incluso cuando nuevos hechos e información están a la mano. En general, la gente y, más específicamente, los políticos interpretan la información y la evidencia nuevas en formas que respaldan sus creencias preexistentes.¹⁹⁸ La literatura demuestra repetidamente que las personas manipularán los datos que encuentren para que se ajusten a sus creencias previas.¹⁹⁹

Es probable que los legisladores, presionados por su grupo político, presenten cognición cultural.²⁰⁰ En lugar de examinar los datos de manera imparcial, son propensos a basar sus percepciones y opiniones en creencias y valores grupales. Dado el grado de polarización en la política estadounidense actual, es poco probable que los políticos se desvíen de las opiniones de su grupo. Como resultado, si los debates sobre las políticas relacionadas con

¹⁹⁷ Vienen a la mente numerosas cuestiones, incluidos el derecho de los consumidores a cancelar transacciones, la autoridad de los tribunales para eliminar los términos unilaterales en los contratos de consumo, la regulación de los OGMs y la necesidad de una Oficina de Protección Financiera del Consumidor.

¹⁹⁸ Véase KUNDA, Ziva, “The Case for Motivated Reasoning”, 108 *Psychology Bulletin*, vol.108, núm. 3, 1990, p. 488; Westen, Drew *et al.*, “Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints on Partisan Political Judgment in the 2004 U.S. Presidential Election”, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol.18, núm. 11, 2006, pp. 1947-1958 (ofreciendo imagnología cerebral como evidencia del razonamiento motivado en la arena política.).

¹⁹⁹ Véase “The Cultural Cognition Project at Yale Law School”, *Cultural Cognition*, <http://www.culturalcognition.net> (última visita: octubre 4 de 2018).

²⁰⁰ La cognición cultural se define como “la tendencia de los individuos a alinear sus creencias sobre cuestiones de hecho controversiales ... con valores que definen sus identidades culturales”. *Idem*.

la legislación en materia de protección del consumidor se enmarcan principalmente como debates políticos, la elaboración de normas legales correctas será cada vez más difícil, si no imposible.

Empero, los cuerpos administrativos tienen más probabilidades de no convertir cuestiones basadas en evidencia en cuestiones políticas. De hecho, la mayoría de las legislaturas no están equipadas con conocimiento científico y no están entrenadas para buscar precisión y exactitud. Como regla general, su misión no es ser objetivos. Las organizaciones de consumidores, por el contrario, pueden generar un mejor ambiente, donde la evidencia no sea fácilmente contaminada por puntos de vista y valores políticos. Dichas organizaciones fomentan un mayor clima profesional e institucional, en el que personas capacitadas examinan datos de una manera más objetiva y científica, fuera del contexto político y las presiones grupales. También son menos propensas a experimentar parálisis políticas. Más aún, los cuerpos profesionales también tienen más probabilidades de superar la tendencia a simplificar demasiado los problemas complejos y “encuadrarlos en modelos preconcebidos”.²⁰¹

Suponiendo que más trabajo legislativo deba asignarse a los cuerpos administrativos, un punto preliminar importante implica la estructura de gobernanza de las instituciones. Claramente, la composición elegida para cada organización puede influir en la capacidad de una institución para cumplir con su propósito. También, puede afectar la confianza del público.²⁰² Por supuesto, determinar la composición óptima es una tarea compleja. Como primer paso, el análisis anterior sugiere que los miembros de la organización deben incluir personas con conocimiento técnico en

²⁰¹ OHLHAUSEN, Maureen K., *Comm'r, Fed. Trade Comm'n...*, *cit.*

²⁰² Por ejemplo, una institución que está demasiado orientada al consumidor hará que los vendedores rechacen utilizar cualquier mecanismo propuesto. Por otro lado, una institución que está fuertemente influenciada por los intereses de los vendedores y los grupos de interés no conseguirá la aceptación de los consumidores.

derecho, economía, psicología, neurociencia, bienestar, comportamiento del consumidor y mercadotecnia.

Además, el capital social no debe soslayarse. Hay estudios que arrojan luz sobre cómo aumentar la inteligencia de un grupo.²⁰³ Suponiendo que el cuerpo administrativo y el panel de expertos trabajan colectivamente, estos estudios parecen imprescindibles. Al respecto, la investigación sugiere que la inteligencia colectiva del grupo no parece estar relacionada con factores como los coeficientes intelectuales individuales o la presencia de líderes naturales.²⁰⁴ En cambio, los académicos han identificado tres componentes clave para mejorar la inteligencia grupal.²⁰⁵

El primero es la distribución equitativa de las contribuciones. Cuando todos los miembros del grupo hacen aproximadamente la misma contribución, la inteligencia del grupo en general se maximiza.²⁰⁶ El segundo es la calidad de la conversación dentro del grupo. Si las personas muestran empatía y capacidad de leer los estados de ánimo y sentimientos de los demás, la inteligencia grupal se beneficia.²⁰⁷ En otras palabras, la inteligencia o sensibilidad social aumenta la inteligencia grupal.²⁰⁸ Cuando el grupo está formado por personas que se preocupan por los demás, su inteligencia colectiva es mayor.

El tercer factor vital que impacta la inteligencia grupal es la inclusión de más mujeres en el grupo. Según algunos estudios, cuantas más mujeres hay en un grupo, mayor es su inteligencia colectiva.²⁰⁹ Del mismo modo, una encuesta reciente encontró

²⁰³ Véase WILLIAMS Woolley, Anita *et al.*, “Evidence for a Collective Intelligence Factor in the Performance of Human Groups”, vol. 330, núm. 6004, 2010, pp. 686-688.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ *Idem.*

una fuerte correlación entre la proporción de mujeres en puestos de liderazgo y la innovación.²¹⁰ La investigación reveló que una vez que el porcentaje de mujeres supera el 20%, la innovación de la empresa mejora significativamente. Algunos otros estudios han encontrado que las empresas con más diversidad de género y mujeres líderes son más rentables.²¹¹

Por último, pero no menos importante, los cuerpos administrativos y las organizaciones de consumidores están mejor posicionadas para crear soluciones innovadoras a las regulaciones.²¹² En general, tienen una actitud más abierta al cambio. Tienen un mayor grado de conocimiento técnico, poseen grandes cantidades de conocimiento, y están menos comprometidos con los aspectos formales y de procedimiento. También pueden estar dispuestos a correr más riesgos y probar nuevos conceptos e ideas. Además de eso, podrían tener “un nivel [más] alto de conexiones interperso-

²¹⁰ Véase BENKRAIEM, Ramzi *et al.*, “Board Independence, Gender Diversity and CEO Compensation”, Bradford, *Corporate Governance*, vol.17, núm. 5, 2017, pp. 845-860.

²¹¹ SMITH, Nina *et al.*, “Do Women in Top Management Affect Firm Performance? A Panel Study of 2500 Danish Firms”, *The International Journal of Productivity and Performance Management*, vol.55, núm. 7, 2006, pp. 569-593; Noland, Marcus *et al.*, *Is Gender Diversity Profitable? Evidence from a Global Survey*, Documento de Trabajo, núm. 16-3, Peterson Inst. of Int’l Econ., 2016, <https://piie.com/publications/wp/wp16-3.pdf>; véase además “Diversity in the Workplace Stats”, *Innovation Quarterly*, núm. 1, marzo de 2018, p. 39 (señalando que “las empresas cuyos puestos de dirección están compuestos por al menos la mitad de mujeres tienen 19% mayor rendimiento sobre su capital que el promedio” y que “[l]as empresas en el cuartil superior en materia de diversidad de género tienen un 15% más de probabilidades de tener retornos que excedan las medias nacionales de sus países”).

²¹² Para una discusión sobre la necesidad general de legislación innovadora y los requisitos previos para dicha legislación, véase Baum, Ido, “Innovative Regulation Through Competition: A Response to Rapidly Evolving Markets”, *Israel Law Review*, 2016-07, vol.49, núm. 2, p. 199.

nales entre los miembros de la organización”,²¹³ conexiones que pueden ser difíciles de formar dentro de las legislaturas.

V. CONCLUSIONES

Algunos pueden ver la legislación moderna en materia de protección del consumidor como un caso de éxito. Sin duda, la legislación en materia de protección del consumidor ha logrado avanzar la eficiencia y equidad en el mercado. Las leyes del consumidor protegen a los consumidores de varios tipos de manipulaciones. Proporcionan información importante que los puede ayudar a tomar mejores decisiones. Eliminan, al menos en parte, productos peligrosos y riesgosos del mercado. En este sentido, una revisión reciente concluyó que “una de las principales razones por las que la regulación de protección del consumidor tiene un predominante éxito es que, cuando dicha regulación está efectivamente articulada y aplicada, todos ganan: consumidores, debido a la protección de la calidad y la seguridad de los productos y servicios, y negocios, debido a la mayor confianza del consumidor”.²¹⁴

Sin ignorar estos logros, este artículo señaló problemas inherentes y significativos asociados con la legislación de protección del consumidor. Después de estudiar algunas dificultades y explicar el fenómeno de las consecuencias no esperadas, el artículo propuso algunos cambios importantes para el proceso de legislación de protección del consumidor. El sentimiento general reflejado en estas propuestas es uno de precaución.

Sin embargo, la precaución no debe confundirse con desesperación, inacción o pesimismo. Es improbable que la necesidad de protección del consumidor disminuya en cualquier momento

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ WOOD, John TD, “Consumer Protection: A Case of Successful Regulation”, en Drahos, Peter (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australia, Australian National University Press, 2017, pp. 633-652.

pronto. Es probable que los proveedores, armados con conocimiento, experiencia, datos, poder y experiencia, busquen cualquier posible oportunidad para maximizar sus ganancias. Por lo tanto, los proponentes de la protección del consumidor deben mantenerse vigilantes y activos.

En todo caso, las políticas relacionadas con la protección del consumidor parecen enfrentar algunos interesantes desafíos. Un desafío implica el movimiento hacia leyes de consumo más personalizadas y adaptadas a cada consumidor individual. Como se ha sugerido en otros lugares, los macro-datos pueden disminuir “los costos asociados con la creación y administración de reglas legales personalizadas, adaptadas al individuo”.²¹⁵ Ciertamente, la personalización de la legislación de protección del consumidor —especialmente dados los avances en neurociencia y genómica— es un camino estimulante para explorar.

Otro desafío emocionante es la idea de las leyes de conducción autónoma.²¹⁶ Los desarrollos tecnológicos, los macro-datos y el aprendizaje automático pueden mejorar nuestras leyes y, al mismo tiempo, reducir el costo de su producción. De acuerdo con esta visión, uno puede “predecir un mundo de leyes precisamente personalizadas... que especifiquen exactamente lo que está permitido en cada situación específica”.²¹⁷ En términos más generales, los algoritmos pueden mejorar los procesos de toma de decisiones. Combinado con los avances en disciplinas relacionadas con el comportamiento del ser humano, incluyendo la psicología y la neurociencia, esto puede alterar significativamente el papel de los legisladores y el proceso de diseño de la legislación.

Este artículo se centra en los principios del diseño de la legislación del consumidor. Por supuesto, esto es simplemente parte

²¹⁵ “Symposium on Personalized Law”, *University of Chicago Law Review*, <http://lawreview.uchicago.edu/symposium-personalized-law>.

²¹⁶ CASEY, Anthony J. y NIBLETT, Anthony, “Self-Driving Laws”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 66, núm. 4, 2016, pp. 429-442.

²¹⁷ *Ibidem*, p 249.

del rompecabezas, y no debe verse de manera aislada. Por ejemplo, es imprescindible determinar el método y los niveles óptimos de ejecución de la ley. Más todavía, mejorar la eficacia de la legislación de protección del consumidor requiere la adopción de una perspectiva amplia. Como parte de este desafío, es posible que necesitemos reconsiderar el equilibrio entre el uso de la legislación y de los mecanismos meta-legales, como la reputación en el mercado o la educación pública.

Por lo tanto, ninguna de las recomendaciones hechas aquí, sola o en conjunto, debe verse como una panacea.²¹⁸ La implementación de estas recomendaciones probablemente requerirá un cambio significativo en la manera en que los legisladores se aproximan a la protección del consumidor. Esto probablemente llevará tiempo. La activación de estos cambios también requerirá repensar la asignación de recursos públicos. De lo contrario, es poco probable que nivelemos el campo consumidor-vendedor.

Como en muchas otras áreas, el pensamiento claro sobre la legislación exige conciencia y práctica. Requiere pensar sobre el pensamiento. Eso exige una mente abierta, paciencia, energía y repetición. Hay muchos desafíos traicioneros que considerar, y estos desafíos justifican un debate vigoroso alrededor del diseño de la legislación de protección del consumidor.

²¹⁸ LEVMORE, por ejemplo, articula un punto de vista escéptico sobre la legislación incremental al tiempo que señala algunas de sus debilidades. Véase Levmore, Saul, “Interest Groups...”, *cit.* Levmore enfatiza el problema de que “[l]a regulación incremental puede dividir a los grupos de interés y enfrentarlos entre sí” y concluye que “el proceso puede ser bueno o malo para el Estado”. *Ibidem*, p. 857. En el contexto de la legislación de protección del consumidor, creo que esta división a menudo lograría un mejor equilibrio.