

Revista de  
**Neurociencias & Derecho**

Nº 2 / Agosto 2021

Director: **Dr. Fernando Shina**



**PRESENTACIÓN  
ENSAYOS DOCTRINARIOS  
COLUMNAS DOCTRINARIAS  
OTRAS MIRADAS**

**NOTAS DE ACTUALIDAD  
NEUROCIENCIAS Y EDUCACIÓN  
LIBROS & COMENTARIOS**

## 1. PRESENTACIÓN.

Presentación Revista de Neurociencias & Derecho - Segundo Número - por Fernando Shina .....	03
--	----

## 2. ENSAYOS DOCTRINARIOS.

2.1. ¿Discernimiento o intuición? Las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman, por Fernando Shina.....	10
2.2. La mentira origina el miedo y el miedo, la mentira: fake news en un mundo de pandemia, por Verónica Elvia Melo.....	18

## 3. COLUMNAS DOCTRINARIAS.

3.1. De la ilusión financiera a la tragedia del sobreendeudamiento, por Milagros Zannini. ....	30
3.2. Cuenta DNI: ¿una solución digital que incluye y conviene o una invitación al consumo impulsivo?, por Rubén E. Chirizola.....	34
3.3. Mediación e interdisciplina, por Myriam Janneth Silva Pabón.....	37

## 4. OTRAS MIRADAS.

4.1. Tiempos violentos (Pulp Fiction), por Vanina Botta. ....	41
4.2. Pistas para cuestionar lo establecido en la psicología forense y no morir en el intento, por Denise Nigro.....	45
4.3. La corrupción como norma social, por Cynthia Tamara Castro. ....	49
4.4. Neuroeducación en inteligencia emocional. El equilibrio entre inteligencia y emoción, por María Laura Blanco.....	52

## 5. NOTAS DE ACTUALIDAD.

5.1. Las encuestas electorales y la racionalidad de las pasiones, por Ezequiel Raimondo.....	55
---	----

## 6. NEUROCIENCIAS Y EDUCACIÓN.

6.1. ¿Son importantes las neurociencias para la educación? ¿Cómo podemos enseñar mejor?, por Carolina E. Szmoisz.....	58
--	----

## 7. NEUROCIENCIAS, LIBROS & COMENTARIOS.

7.1. Un pequeño empujón, por Silvina Amestoy.....	61
7.2. Las neurociencias en la obra de Shakespeare. Un análisis diferente de “El Mercader de Venecia”, por Fernando Shina.....	65



## Presentación Revista de Neurociencias & Derecho - Segundo Número -

POR FERNANDO SHINA<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16090-AR](#) | [MJD16090](#)

Me complace presentar este segundo número de la revista Neurociencias & Derecho con la alegría de estar cumpliendo el compromiso que asumimos de abrirle la puerta a otras disciplinas un poco más alejadas del vecindario del Derecho.

En esta edición, a las columnas de política, derechos humanos, psiquiatría y literatura, con las que habíamos inaugurado la revista, se agregan nuevos espacios que incluyen la psicología forense, la inteligencia artificial y el impacto de las neurociencias en la educación, entre otras novedades.

Es difícil hacer un sumario de tantos artículos que contienen enfoques tan diversos y enriquecedores. No obstante, vale la pena hacer un breve recorrido por cada uno de ellos para que el lector organice mejor su lectura.

La Dra. Verónica Melo nos describe, en su brillante ensayo doctrinario, el inquietan-

te tema de las fake news. Las noticias falsas se propagan en la red como el fuego en un incendio descontrolado, nos sugiere la autora en el arranque de su artículo; sin embargo, su análisis no se detiene allí. Verónica, poco a poco, y una por una, analiza las ventajas, los inconvenientes y las limitaciones, legales y jurisprudenciales, implicadas en la intervención de los contenidos que circulan sin parar por las redes. Es que, cualquiera sea la posición que se asuma, no debe perderse de vista que los entornos digitales, a pesar de sus peligros, están amparados por el irrevocable derecho a la libertad de expresión.

Las redes sociales se han convertido en el principal medio para obtener la información que antes solo recibíamos de los medios tradicionales de comunicación. En nuestros días, ya no hay pausa entre el suceso y su difusión masiva. Todo ocurre y se sabe en forma simultánea y bajo el ritmo

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas, UCA, 2019. Director de la Revista Neurociencias & Derecho, Microjuris

descontrolado que impone la red de redes. Tal es el vértigo de la transmisión simultánea que poco nos importa determinar si lo ocurrido, realmente ocurrió como lo estamos leyendo en algún post de Facebook o en un hilo de Twitter. Las redes nos permiten elegir las noticias que queremos ver y también seleccionar quién y cómo nos relata ese suceso. Esa amplitud aparente, lejos de ensanchar nuestro criterio lo restringe peligrosamente: cuanto más confirmamos nuestra idea, más despreciamos la perspectiva alternativa y menos queremos conocer la opinión de ese otro que aprendimos a despreciar.

En sumario; el artículo de Verónica está lleno de ideas inquietantes y habrá que leerlo entero para entender cómo las «fake news» son el combustible de la inmensa hoguera Internet, donde arden sin piedad las viejas noticias de los diarios.

En este número, nos vuelve a acompañar la Dra. Vanina Botta (médica psiquiátrica). En esta ocasión, Vanina nos explica la «pequeña» gran diferencia que hay entre la agresión y la violencia, dos conceptos que solemos confundir cuando el resultado de uno y otro hace más difícil y necesaria tarea de diferenciarlos.

La agresión es explicada por la autora como un impulso directamente asociado a los particulares estímulos contextuales del sujeto; la violencia, en cambio, es la dificultad del sujeto para controlar esa inercia destemplada de la ira.

La mirada de Botta, sin abandonar los rigores científicos de la psiquiatría y la neurología, se adentra en el lado más profundo y humano del tema para concluir que. La empatía es el inhibidor más potente que se conoce contra la violencia y la crueldad y que no somos ni esclavos de la biología,

ni es imposible que logremos cambiar las conductas más oscuras que a menudo subordinan al sujeto.

Denise Nigro, Lic. en Psicología, nos ofrece una columna en la que explora el mundo de la psicología forense en la actualidad. En su columna, Denise advierte que ciertas técnicas evaluativas que se utilizan habitualmente en las pruebas periciales son poco confiables y bastante imprecisas, toda vez que su resultado depende, en gran medida, de la interpretación particular y subjetiva que cada perito haga de ellas. Con lenguaje sencillo y comprensible para legos, la autora de a poco nos introduce en el universo de la llamada neuropsicología. Esta modalidad científica emplea métodos evaluativos y diagnósticos más rigurosos. Algunas de estas nuevas técnicas, disruptivas de la arraigada tradición del psicoanálisis freudiano, ofrecen —según la autora— información más precisa. Por ejemplo, ellas permiten detectar con mayor precisión la existencia de una simulación de la conducta, o las alteraciones cerebrales asociadas al comportamiento violento o agresión impulsiva.

Se trata, sin dudas, de un artículo de suma utilidad para los litigantes y magistrados que deban ponderar pruebas periciales para explicar determinadas conductas o calificar la personalidad de un sujeto. Además, termina confirmando lo que muchos de nosotros apenas intuíamos: las neurociencias también impactan en el derecho procesal.

Le damos la bienvenida a la Dra. Myriam Janneth Silva Pabón, abogada y mediadora colombiana que está trabajando y realizando tareas investigativas en nuestro país.

Apenas comienza su columna, Myriam nos señala la estrecha vinculación que existe



entre la mediación y otras disciplinas que también dependen de las reacciones emocionales de las personas. Con detalle y lectura llana, la autora explica cómo las neurociencias son fundamentales en los procesos de mediación, donde las decisiones que se toman para resolver o tramitar el conflicto expuesto no son racionales. En ese sentido, la autora explica que «Los actores tienen generalmente un sesgo confirmativo que es la tendencia de buscar evidencias para confirmar sus propias creencias. Pero, por otra parte, las llamadas «neuronas espejo», permiten que surja la empatía<sup>2</sup>, que los pueden llevar a conseguir acuerdos».

El artículo de la Dra. Silva Pabón, al igual que las otras columnas que tratan sobre cuestiones procesales y probatorias, será de gran utilidad para el profesional que deba comenzar su demanda en la oficina de un mediador o que decida evitar los tribunales, confiando en las técnicas de la mediación.

A su turno, la Dra. María Laura Blanco explica que el ser humano, desde su concepción, está integrado por un universo de emociones que no puede ser disociado de los aspectos racionales que nos caracterizan y distinguen de las demás criaturas vivientes. El mundo emocional es tan preponderante en nuestras vidas que hasta la ansiedad puede ser transmitida durante el período de gestación.

En un muy interesante artículo, María Laura nos muestra investigaciones internacionales que muestran cómo la mayor ansiedad registrada por la madre durante el embarazo aumenta considerablemente el riesgo de que el niño manifieste el síndrome de déficit de atención o dificultades de aprendizaje en su vida escolar.

La ansiedad durante el embarazo debe ser analizada con cuidado porque es determinante para los primeros años del niño. En ese sentido, la autora se interroga retóricamente: «¿nosotras, las mujeres reservamos turno con el médico antes de quedar embarazadas o recién pensamos en la consulta médica ante el resultado positivo del test de embarazo? ¿El médico obstetra hace un seguimiento, un control mediante estudios de rutina, pero por qué no suele preguntar sobre nuestro estado emocional?». Es sumamente interesante poner el foco en los estados emocionales desde la misma concepción de la persona en el seno materno.

La Dra. Cynthia Tamara Castro, con la audacia que le conocemos de trabajos anteriores, se mete en el pantano de un tema que nos desafía a todos: la corrupción y, sobre todo, la tolerancia que como sociedad tenemos frente a este fenómeno tan nocivo.

La autora señala, sin ambages, la existencia de una relación de proporciones directas entre la corrupción individual y la tolerancia social que se le dispensa. Cynthia sostiene una preocupante ecuación de términos que arroja el siguiente resultado: a mayor corrupción mayor aceptación social de este flagelo que arrasa con la construcción de los valores más importantes del individuo y de la sociedad. Con mirada rigurosa y sin soslayar los fenómenos neurológicos y medioambientales que rodean al tema, Cynthia sostiene que, en última instancia, es el sujeto libre y librado a su arbitrio quien voluntariamente toma la decisión de corromperse: La conciencia, inexcusablemente hace responsables a quienes gozan de ella. Si alguien en su interior, en su intimidad, vive la vida con responsabilidad,

2 Según el neurocientífico italiano Marco Lacoboni

no podrá entrar en contradicción con la ley y tendrá respeto por el derecho, concluye Castro en un artículo que seguramente nos hará reflexionar sobre nosotros mismos.

Nos vuelve a visitar el politólogo Ezequiel Raimondo.

En este caso, Ezequiel nos regala un tema de absoluta actualidad en todos los países democráticos del mundo: las encuestas electorales y la racionalidad del votante.

La brevedad de la nota, un poco más de mil palabras, no fue un obstáculo para que el autor deje flotando en el aire dos formulaciones cuya condición retórica las vuelve preocupantes. La primera es que el votante pocas veces, si es que alguna, elige a sus candidatos en forma racional. La segunda cuestión impacta sobre las encuestas, o, mejor dicho, sobre los encuestadores que pronostican, con magros resultados, las tendencias electorales de la sociedad que analizan.

Raimondo parece sugerir que los encuestadores modernos, antes que anticipar resultados electorales, van y vienen desde la mesa chica del candidato que los contrató hacia la mesa grande de los electores que los deben votar llevando y trayendo mensajes bastantes confusos. La descripción del autor desnuda una verdad indisimulable: las encuestas de opinión antes que vaticinar resultados electorales procuran constituirlos.

Para terminar, el autor no ahorra críticas en contra de algunos analistas políticos y señala a quienes: «sucumbieron a la tentación de pasar de ser asesores anónimos a panelistas consagrados de la televisión. Cruzar la línea del anonimato al servicio de determinado cliente para transformarse en

gurúes televisivos degradó a la profesión partidizando a las consultoras».

Habría que leerlo completo, porque la columna de Raimondo no tiene desperdicio.

Las colaboraciones de los Dres. Rubén Chirizola y Milagros Zannini merecen una mención aparte. Rubén y Milagros son dos profesionales que se desempeñan como directores de oficinas municipales de defensa del consumidor en distintas ciudades de la Provincia de Buenos Aries.

Estos jóvenes funcionarios, como tantos otros distribuidos en cada punto del país, integran la primera línea de la defensa de los usuarios y consumidores que viven en la Argentina. El solo hecho de que estos entusiastas servidores públicos dediquen esfuerzos al estudio y difusión de las neurociencias es la señal más clara y esperanzadora de un futuro mejor en las castigadas relaciones de consumo de nuestro país. Es ese, precisamente, el esfuerzo que necesitan los cientos de usuarios y consumidores que diariamente concurren a sus oficinas en busca de soluciones rápidas, eficientes y tranquilizadoras.

En su artículo, el Dr. Rubén Chirizola se ocupa del consumo compulsivo y allí nos describe cómo funciona una aplicación que, escondida detrás de beneficios aparentes, cumple su única finalidad real: estimular artificialmente el consumo con «tentaciones» imperdibles. Esas tentaciones, huelga decirlo, cubren todos los rubros imaginables y se ofrecen en forma incesante en el celular del usuario que descargó esa aplicación.

El consumo compulsivo, inducido con el uso de esta clase de herramientas informáticas, cada vez más sofisticadas, más inteligentes

y más artificiales, es uno de los mayores problemas del consumo y del preocupante sobreendeudamiento que padecen millones de personas en todo el mundo.

Chirizola nos explica estos mecanismos, citando, como base de sus argumentos, al premio Nobel de Economía y figura indiscutida de las neurociencias Daniel Kahneman. La columna de Rubén seguramente despertará el interés de los distintos usuarios de esta clase de aplicaciones.

Por su parte, la Dra. Milagros Zannini, aborda un tema complicado como pocos: las trampas más habituales que nos pueden llevar al descalabro financiero. Con el sugestivo título de la columna: De la ilusión financiera a la tragedia del sobreendeudamiento, la autora explica con detalle las denuncias que su oficina recibe de personas que al intentar cobrar el sueldo de sus cuentas bancarias ya no encuentran saldos disponibles. Se trata de trabajadores que en los primeros días del mes ya han agotado todo su salario pagando los créditos que, poco tiempo atrás, pensaron que eran atractivos, convenientes y fáciles de pagar.

Milagros, con buena pluma y mejores ejemplos, describe el infortunio del trabajador endeudado más allá de sus posibilidades, pero que al mismo tiempo es inducido a seguir tomando créditos que tampoco podrá pagar en tiempo y forma. El artículo nos invita a explorar y conocer un poco más ese submundo de las financieras informales que operan en el intrincado océano de internet (las llamadas Fintech). Así, citando a autores de fuste y renombre internacional, como Cathy O’Neill y Daniel Kahneman, Zannini concluye que: «Es altamente probable que ese consumidor tome otro crédito para pagar el anterior y altamente improbable que pueda pagar la nueva obli-

gación asumida. Es así como se genera lo que Cathy O’Neill denomina «bucle de re-  
troalimentación negativa».

La nota que reseñamos nos invita a reflexionar sobre el oscuro mundo de las «Fintech» cuyo crecimiento exponencial exige que estemos alertas a estos desarrollos tan peligrosos para las clases más desaventajadas de la sociedad: ellas son la clientela favorita de las codiciosas compañías financieras digitales.

En este número nos ponemos al día con una deuda que arrastrábamos desde que comenzamos a pensar en la revista: incluir, entre sus contenidos principales, una columna referida a la educación. Es que pensamos que las neurociencias también son determinantes para mejorar la forma y los contenidos de la educación en todos sus niveles.

La Dra. Carolina E. Szmoisz, que hoy inaugura este espacio, es especialista en estos temas. En su artículo que, casi retóricamente, llama ¿Son importantes las neurociencias para la educación? ¿Cómo podemos enseñar mejor?, Carolina nos muestra sin metáforas la importancia real que las neurociencias tienen en los procesos de aprendizaje.

Ya de entrada, la autora nos recuerda que nuestro cerebro tiene aproximadamente cien mil millones de neuronas y que todas ellas están involucradas en cada uno de los procesos cognitivos que vamos a emprender a lo largo de nuestra vida.

Sin mayores prolegómenos Szmoisz nos presenta un concepto novedoso: la «neuroeducación», a la que define como un método de enseñanza que se organiza a partir del conocimiento de las funciones el cerebro humano y cuya finalidad es optimizar el aprendizaje. El éxito del proceso educativo, que involucra, en simultáneo, al acto de

enseñar y aprender (la ruta del aprendizaje, como más detalladamente se explica en el artículo) está directamente relacionado con las funciones del cerebro y su incesante actividad neuronal.

Es urgente que empecemos a capacitar más y mejor a nuestros docentes porque sin educación de calidad, desmejora el futuro individual del sujeto que no aprende, pero también el porvenir de una sociedad relegada por la carencia educativa. Como bien dice Carolina para terminar su breve y sustantiva columna: «En definitiva, la calidad de la educación está directamente relacionada con la calidad del educador y quien conoce cómo y bajo qué condiciones se modifica el cerebro al aprender puede enseñar mejor».

De esta manera, queda inaugurado el espacio que queríamos darle en la revista a la educación. Es que, pese a la insistencia de los dirigentes políticos, los encuestadores de opinión, los consultores de imagen y los medios masivos de comunicación, es la educación, y no una jornada electoral, la Madre de todas las batallas.

La revista concluye con su habitual espacio dedicado a la literatura. En este caso, se ofrece el comentario de un libro que es clave para entender cómo funcionan y cómo se articulan las neurociencias y el Derecho. Asimismo, se presenta un breve ensayo que analiza un texto clave en la obra del inimitable William Shakespeare: «El Mercader de Venecia». Se sorprenderá el lector al comprobar la vigencia que este texto, que fue presentado por primera vez en el año 1600, tiene en nuestros días.

La Dra. Silvina Amestoy tuvo a su cargo reseñar el maravilloso libro de Richard Taher y Cass Sunstein, «Un pequeño empujón». Entre los muchos aportes de esta obra fun-

damental destaca una idea central que nos presentan sus encumbrados autores: el Paternalismo Libertario. Como bien señala Silvina, el paternalismo libertario no es una categoría ideológica que enfrenta partidos políticos de derechas e izquierdas, ni a gobiernos democráticos y de signo republicano. Se trata, de una noción que, procura superar esas antinomias para alcanzar equilibrios y convivencias razonables entre los participantes del mercado.

En este número, también he participado como autor de la revista. En primer lugar, comparto el espacio doctrinario con la Dra. Verónica Melo y presento un artículo que analiza someramente la obra de Daniel Kahneman, quien, a mi modo de ver, es el autor más importante para comprender la estrecha relación que existe entre el Derecho y las Neurociencias.

Los estudios y experimentos que Kahneman viene desarrollando desde hace cincuenta años resultan determinantes para entender que nuestros actos voluntarios están muy lejos de parecerse a la descripción que nos ofrece el art. 260 del CCyC.

Las neurociencias ponen en crisis la Teoría General del Acto Jurídico y, por añadidura, también los ejes que sostienen la teoría del contrato y la responsabilidad. En definitiva, entendemos que nos encontramos en un momento histórico en el que debemos repensar y reorganizar las teorías basales del Derecho Privado clásico.

Asimismo, comparto la sección la sección literaria con la Dra. Silvina Amestoy, aportando un análisis de la inmortal obra de Shakespeare, «El Mercader de Venecia» (1600). Esa magnífica pieza teatral, que ya tiene más de cuatro siglos, sigue tan vigente como las mismas pasiones humanas que en forma excelsa expone Shakespeare.



Los seres humanos, a pesar de lo difícil que nos resulta asumirlo, estamos más subordinados por emociones descontroladas que por el discernimiento que las pueda contener. «El mercader de Venecia» nos muestra cómo es posible caer en sobreendeudamiento sin necesidad de

que existan banqueros codiciosos y publicidades engañosas; también nos muestra cómo el Derecho siempre dio respuestas tardías, poco eficaces y, casi siempre, alejadas de la equidad.

Hasta el próximo número.



## ¿Discernimiento o intuición? Las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman

POR FERNANDO SHINA<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16083-AR](#) | [MJD16083](#)

**Sumario:** I. Introducción. II. Los dos sistemas que organizan nuestra mente. III. ¿Discernimos antes o racionalizamos después? IV. La verdad como fenómeno ilusorio. V. Terminaciones.

### I. INTRODUCCIÓN

El recorrido de las neurociencias aplicadas al derecho tiene un punto de partida indiscutido: Daniel Kahneman. En otros trabajos nos hemos ocupado de este autor que, según nuestra opinión, marca un antes y un después en el estudio de estos tópicos<sup>2</sup>.

Lo que más destaca en Kahneman es su capacidad de hacer asombrosamente fácil de entender los temas más complejos. Este autor, básicamente, sostiene que nuestra capacidad intelectual reposa sobre una organización bicéfala de dos sistemas que se atienden distintas actividades. Por decirlo de una manera sencilla: nuestra organización mental tiene dos autoridades; una es más racional y la otra es más impulsiva.

1 Doctor en Ciencias Jurídica, UCA, 2019. Director de la Revista Neurociencias & Derecho, Microjuris

2 SHINA, Fernando: Una nueva teoría general de los contratos, Publicado en: SAIJ, 5 de abril de 2019, Citar: Id SAIJ: DACF 190067

## II. LOS DOS SISTEMAS QUE ORGANIZAN NUESTRA MENTE

En primer lugar, existe en nuestra mente lo que Kahneman denomina el sistema 1, que es intuitivo y subordinado a reglas más emocionales que racionales. En segundo lugar, existe un sistema 2 que es racional y reflexivo y más apto para la toma de aquellas decisiones complejas que requieren más concentración.

El acto jurídico voluntario, como noción teórica que exige la concurrencia del discernimiento y la manifestación de una intención, es una típica operación del sistema 2 en la teoría de Kahneman. Más aún, si un acto jurídico se llega a concretar por patrones más intuitivos que racionales lo más probable es que ese acto jurídico sea declarado nulo.

El Derecho, tanto como nosotros mismos, nos pensamos como sujetos más racionales que intuitivos, sobre todo a la hora de decidir cuestiones importantes, sean patrimoniales o de la vida familiar<sup>3</sup>. No obstante, el gran protagonista de nuestra vida es el sistema 1 de impulsos automáticos y emociones poco racionales. De hecho, el sistema 2, solo interviene cuando los excesos de la emoción y los impulsos nos llevan a cometer notorias imprudencias. Como dice Kahneman: Describo también las circunstancias en las que el sistema 2 toma las riendas, anulando los irresponsables impulsos y asociaciones del sistema 1<sup>4</sup>.

Esto nos permite afirmar que somos más impulsivos y menos racionales de lo que el sistema normativo piensa que somos. La ciencia jurídica ha quedado tan a trasmano de los últimos estudios de la psicología conductual; rara vez, si es que alguna, actuamos simultáneamente con discernimiento, intención y libertad. En líneas generales podemos advertir que la doctrina habla de una idílica sincronización entre el discernimiento y la intención que se materializa en el llamado acto jurídico voluntario. Así, autores de gran prestigio, como Tobías sostienen que: Puede decirse, en definitiva, que hay intención cuando el comportamiento de la persona se corresponde con el preciso propósito que tuvo y, desde ese aspecto, no hay inconveniente en aceptar que discernimiento e intención no son escindibles como si fueran compartimientos estancos: el discernimiento se concreta con el propósito de realizar el acto<sup>5</sup>.

La jurisprudencia, que sigue esa dirección, sostiene, como presunción legal, el pleno discernimiento de los actos que damos<sup>6</sup> (5).

3 Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide qué pensar y qué hacer. Aunque el sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista de este libro es el sistema 1. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido*, p. 35).

4 KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido*, p. 35.

5 TOBÍAS, José W., ALTERINI, Jorge (Dir. Gral.): *Código Civil y Comercial Comentado*, T I, p. 178.

6 (1) El solo hecho de que la vendedora por boleto haya tenido 75 años de edad al momento de suscribir el mismo -o incluso que a esa fecha estuviera viviendo en un geriátrico- no puede llevar a concluir sobre su discernimiento a la hora de realizar un negocio inmobiliario. En efecto,

Ello, a pesar de que la ciencia informa que la mayoría de los actos que realizamos carecen de discernimiento y se materializan de manera impulsiva, automática, intuitiva. La racionalidad que tenemos disponible (que no abunda) solo entra a jugar cuando las situaciones se hacen más complejas y nos exigen poner en marcha nuestra concentración. Como explica Kahneman: El sistema 2 es movilizado cuando detecta que estamos a punto de cometer un error. Recuerde el lector aquella vez en que estuvo a punto de soltar una frase ofensiva y lo difícil que le resultó recuperar el control. En suma, la mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (sistema 2) se originan en el sistema 1, pero el sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra<sup>7</sup>.

Dicho en otros términos: lo que el art. 260 del CCyC define como acto voluntario se parece más a una quimera jurídica que a una descripción del comportamiento humano.

Esta incongruencia entre la realidad humana y los postulados normativos son indicios insoslayables de que toda la teoría general del acto jurídico perdió el rumbo porque se ha obstinado en sostener un principio general falso. Lo cierto es que la conducta humana esencialmente impulsiva y raramente es la conclusión de un discernimiento completo.

---

la sola consideración de la avanzada edad de una persona no puede llevar al juzgador a inferir sin más una merma en sus aptitudes intelectuales, o en su capacidad para desenvolverse en el ámbito negocial, o más concretamente, su falta de discernimiento para realizar un acto jurídico de disposición patrimonial. (Lacovelli, Luisa y otro vs. Sucesores de Marisa E. Sagraria s. Escrituración -CCC Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 22/03/2019; Rubinzal Online; 149430; RC J 2112/19).

(2) El consentimiento, para tener efectos jurídicos debe expresarse con discernimiento, intención y libertad y se presumirá válido cuando no estuviese viciado por error, dolo o violencia. Si concurre alguno de esos vicios, el acto es anulable porque supone la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, la intención, mientras que, en el último, la libertad (Borda, Guillermo, «Tratado de Derecho Civil», Ed. L.L., 2008, Bs. As., Parte General, T. II, págs. 297/8). (Sistema Integrado de Extensión Médica Preventiva Siempre S.A. vs. YPF S.A. s. Ordinario - Siempre S.A. s. Concurso preventivo - Incidente de revisión por la concursada al crédito de YPF S.A. - CNCom. Sala E; 29/08/2012; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 9651/12)

(3) Pues los actos humanos se presumen («juris tantum») efectuados con intención; de manera que para que tal actuación dolosa fuera suficiente para justificar la nulidad del acto, el actor debió acreditar que reunía los recaudos exigidos por el Cciv: 932; mas, nada de esto ha sido acreditado por el accionante, por lo que cabe confirmar la sentencia de primera instancia. (Del voto en disidencia del Dr. Vasallo).(Pereyra, Sergio Daniel vs. Provincia Seguros S.A. s. Ordinario - CNCom Sala D; 03/08/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 24950/09).

(4) En principio el acto lícito debe considerarse válido, por ello dependerá de la prueba, si es anulable. (art. 921, Código Civil). Hasta aquí la enunciación de los vicios de la voluntad mientras que los vicios de los negocios jurídicos son la simulación, el fraude y la lesión. Mientras los primeros producen la anulabilidad de probarse su existencia, el fraude causa la inoponibilidad y la lesión, el reajuste o la nulidad. (R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad - CNCiv. Sala J; 07/06/2016; Rubinzal Online; 49065/2014; RC J 3677/16).

7 KAHNEMAN, Daniel: Pensar rápido, p. 40.



Como explica Kahneman, normalmente tomamos decisiones en base a intuiciones y deseos, siendo muy infrecuente que subordinemos nuestro deseo impulsivo a un proceso de discernimiento más complejo.

La mayoría de las veces, probablemente sin darnos cuenta, confundimos nuestros deseos impulsivos con acciones nacidas al amparo del discernimiento, la intención y la liberad.

Esa mecánica, propia de las decisiones que tomamos y de las acciones que tomamos, se repite porque, como explica Kahneman, el sistema 1 actúa automáticamente y el sistema 2, que es bastante perezoso, sólo se pone en funcionamiento cuando advierte algo notablemente infrecuente. Vale la pena leer detenidamente al propio autor cuando señala que: El sistema 1 actúa automáticamente y el sistema 2 se halla normalmente en un confortable modo de mínimo esfuerzo en el que solo una fracción de su capacidad está ocupada. El sistema 1 hace continuamente sugerencias al sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias. Si todo se desarrolla sin complicaciones, como ocurre la mayor parte del tiempo, el sistema 2 acepta las sugerencias del sistema 1 con escasa o ninguna modificación. Generalmente damos crédito a nuestras impresiones y cumplimos nuestros deseos, y eso está bien por lo común<sup>8</sup>.

Dicho de otro modo: normalmente el sistema 2 convalida las intuiciones que parten del sistema 1. La mayoría de las acciones que suponemos voluntarias no son más que un deseo impulsivo que fue convalidado por el sistema de control más racional que poseemos y que actúa con mucha pereza. Estos mecanismos mentales, que pueden parecer inquietantes, son la verdadera explicación de las acciones y las decisiones que tomamos incesantemente.

### III. ¿DISCERNIMOS ANTES O RACIONALIZAMOS DESPUÉS?

Con otra mirada, el psicólogo John Bargh (1955, Illinois, Universidad de Yale) nos explica este mecanismo, que describe un deseo impulsivo que luego es lavado por la razón, con coloridos ejemplos. En un caso nos muestra a un padre devoto que, para llegar a tiempo a comer con su familia, acelera peligrosamente su automóvil por la ruta. Sin embargo, cuando llega a su pueblo se dirige —antes que a su casa— al supermercado donde compra una botella de vino minutos antes del cierre del local: ¡llegó a tiempo!

En otro ejemplo, Bargh describe una entrevista laboral en la que se elige al candidato físicamente más atractivo, pero luego se explica, con argumentos irrefutables, las aptitudes profesionales que le valieron el éxito. En un tercer ejemplo, aparece una mujer tomando ingentes cantidades de licor mientras se tranquiliza alegando que solo se está relajando tras un día muy estresante. En definitiva, en todos estos casos, que seguramente se repiten y reformulan en cada una de nuestras vidas, se ve un impulso que origina la

8 KAHNEMAN, Daniel: *Pensar rápido*, p. 39.

conducta (el alcohol, la conquista amorosa) y razones buenas que justifican ese obrar. Es importante que entendamos que funcionamos así, pero también que advirtamos los problemas relacionados con esa forma de actuar tan humana y tan difícil de corregir: «El problema de ignorar las razones por las que hacemos lo que hacemos es que a todos se nos da muy bien pensar razones positivas que expliquen nuestra conducta a posteriori. Bob no contrató a aquella mujer a causa de su aspecto, por supuesto, sino por sus cualificaciones. Mary no se bebió tres wiskis porque sea adicta al alcohol, sino porque quería y se merecía relajarse un poco después de un duro día en el trabajo. Y yo no volví a toda velocidad a mi casa para llegar a la tienda de licores antes de que cerrar. Todo esto son racionalizaciones, y a nuestra mente consciente se le dan muy bien»<sup>9</sup>.

En resumen: la mayoría de las veces, primero actuamos y luego tratamos de justificar nuestra conducta, impulsada por el deseo, con razones buenas que la justifiquen.

#### IV. LA VERDAD COMO UN FENÓMENO ILUSORIO

Entre los muchos tópicos que trata Kahneman en *Pensar rápido, pensar despacio*, aparece uno que nos llama la atención. Se llama las ilusiones de verdad. Este fenómeno es descrito como una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud; es decir, sobre aquellas características del enunciado falso que permitan que sea percibido como verdadero. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del sistema 2.

Las falsedades bien armadas, casi siempre pasan el examen rápido y superficial del sistema 1 porque se presentan como formulaciones fáciles de comprender, por un lado, y que resultan familiares o parecidos a experiencias anteriores. Se trata de afirmaciones que, por tener esas características, no generan una tensión y son aceptadas sin ser sometidas a una prueba de veracidad más exhaustiva. Ese enunciado que solo en apariencia es verdadero no podría pasar el examen más riguroso del sistema 2. Es decir, para crear una ilusión de verdad exitosa la mentira debe ser lo suficientemente creíble para no levantar sospechas en el primer nivel del sistema cognitivo. Como explica Kahneman, el enunciado falso debe ser amigable y generar facilidad cognitiva: Uno de estos indicadores es la facilidad cognitiva, y su rango se encuentra entre «facilidad» y «tensión». La facilidad es un signo de que las cosas van bien; no hay riesgos, no hay novedades importantes, no hace falta reconducir la atención o emplear esfuerzo. La tensión indica que existe un problema que requerirá mayor movilización del sistema 2. Sucede entonces lo contrario: experimentamos tensión cognitiva<sup>10</sup>.

9 BARGH, John: ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018.

10 KAHNEMAN, Daniel: *Pensar rápido*, p. 84.

Un método sencillo para crear las ilusiones de verdad consiste rodear una mentira de otras mentiras que sean percibidas como notablemente más mentirosas. El truco consiste en esconder un enunciado falso entre otros que, por ser manifiestamente falsos, no podrían pasar ni siquiera el examen más superficial del sistema 1. Los enunciados notablemente falsos (Un perro de tres patas) generan tensión cognitiva mientras que aquellos que son dudosos (Un pollo cuadrúpedo) tienen más probabilidades de no activar los controles del sistema 2. En resumen: si se rodea a un enunciado falso de otros que son manifiestamente falsos, el menos falso tiene más chances de ser percibido como verdadero. Veamos un ejemplo.

Si se debe elegir entre dos afirmaciones, una que dice «El plazo para presentar determinada prueba judicial será de cinco días» y otra que dice, «El plazo para presentar determinada prueba judicial será de 13 días», la mayoría de los abogados elegirá la primera opción (sin consultar si es cierta) porque el plazo de cinco días le es familiar mientras que el de 13 días es absolutamente inusual en el sistema procesal que conocemos los abogados. Ello determina que, aun siendo falsas las dos alternativas, mayoritariamente se elija como verdadera a la primera que nos es más familiar, más amigable y más homogénea con nuestra experiencia procesal. Las informaciones que aparentan familiaridad pasan desapercibidas y no exigen el control más riguroso de nuestro aparato cognitivo.

Kahneman nos ofrece un ejemplo mucho más descriptivo que involucra a un supermercado que vende pollos de cuatro patas, que son verdaderos, y pollos de tres patas que son falsos. Por más que todos sepamos que el pollo tiene dos patas, es más creíble el pollo cuadrúpedo que el motorizado por tres patas. Ello se debe a que conocemos cientos de especies animales que caminan a cuatro patas, pero sabemos, hasta intuitivamente, que ninguna especie camina en tres patas. Así, el pollo trípodo genera incomodidad cognitiva y pone en alerta los mecanismos de control dispuestos por el sistema 2 mientras que un pollo de cuatro patas, debido a su familiaridad con las especies cuadrúpedas, tiene más chances de pasar desapercibido<sup>11</sup>

La ilusión de verdad, entonces, describe cómo funcionan algunos de los mecanismos mentales que utilizamos para asignar valor de verdad o falsedad a distintas afirmaciones. La cuestión asume mayor importancia cuando debemos decidir rápidamente si la calidad de un producto anunciada en la publicidad es verdadera (al menos parcialmente) o si es deliberadamente falsa. La compra de un producto en gran medida depende de la eficacia de la IV expuesta en las publicidades lo promociona. Ese es el motivo por el cual los grandes proveedores gastan fortunas en publicidades; todos saben que, sin la creación de una ilusión de verdad convincente, el producto no puede prevalecer en un mercado que es salvaje, no solamente para los consumidores sino para los proveedores que compiten entre sí.

11 Hemos de observar, sin embargo, que la frase 'Un pollo tiene tres patas' es más obviamente falsa que 'Un pollo tiene cuatro patas'. Nuestra maquinaria asociativa ralentiza el juicio sobre la última frase anunciando el hecho de que muchos animales tienen cuatro patas, y quizá también el de que en los supermercados a menudo se venden patas de pollo en bandejas de cuatro. El sistema 2 ha dejado pasar esta información (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido*, p. 87).

La ilusión de verdad que describe Kahneman pone en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad. Hay técnicas específicas para lograr que un mensaje confuso, o directamente falso, sea recibido como si fuera verdadero.

Una buena forma de crear una ilusión de verdad es enviar un mensaje sencillo de entender, fácil de recordar, escrito con letras claras y revestido con colores convocantes. Así, el citado autor se permite dar consejo acerca de cómo crear una buena ilusión de verdad: Otro consejo: si su mensaje va a imprimirse, utilice papela de buena calidad para maximizar el contraste entre los caracteres y el fondo. Si usa colores, es más probable que le crean si su texto aparece impreso en azul celeste o en rojo que en todos medios de verde, amarillo o azul pálido. Además de hacer que su mensaje resulte sencillo, procure que sea un mensaje que pueda recordar. Ponga sus ideas en verso, si puede; será más probable que se consideren verdaderas. Finalmente, si cita una fuente, elija una con un nombre que sea fácil de pronunciar<sup>12</sup>.

En un experimento, especialmente diseñado para comprobar cómo funcionan a gran escala estos fenómenos de la ilusión, se mostraban dos fechas que consignaban el año en el que murió Hitler. Las dos fechas anotadas eran falsas; sin embargo, una estaba escrita con letra más clara que la otra. Esta circunstancia resultó ser determinante para que la mayoría de las personas dijeran que la fecha escrita en forma más entendible era la verdadera. La claridad del texto y las letras utilizadas habían generado esa ilusión de verdad.

Otra de las claves para generar una eficaz ilusión de verdad consiste en que el mensaje sea fácil de recordar utilizando palabras pegadizas o frases que rimen. Eso explica el éxito y la larga duración los aforismos. Decir al que madruga Dios lo ayuda, tiene un valor de verdad que supera cualquier otro intento de convencer a una persona para que se levante más temprano. En definitiva: los mensajes creíbles deben ser sencillos para que se comprendan sin requerir la intervención del sistema 2<sup>13</sup>.

## V. TERMINACIONES

A modo de conclusión y resumen de las muchas ideas expuestas en este trabajo, puede decirse que:

a.- Según Daniel Kahneman, nuestra estructura mental se organiza por medio de dos sistemas que conviven. El sistema 1, es intuitivo y está condicionado por reglas más emocionales que racionales. El sistema 2 que es racional y reflexivo y se utiliza para tomar decisiones complejas .b.- La mayoría de las decisiones que tomamos están impulsadas

12 KAHNEMAN, Daniel: Pensar rápido, p. 89-90.

13 Recuerde que el sistema 2 es perezoso, y el esfuerzo mental causa aversión Los receptores de mensajes preferirán estar lejos de todo lo que les sugiera esfuerzo, incluida una fuente de nombre complicado (KAHNEMAN, Daniel, Pensar rápido, p. 90).



por el sistema 1, que es puramente emocional, sin intervención del aparato más racional de nuestra mente. Sin embargo, el acto jurídico voluntario, que requiere discernimiento e intención del sujeto, implica una intervención del sistema 2 en la teoría de Kahneman.

Si un acto jurídico se concreta por reacciones más emocionales que racionales lo más probable que ese acto jurídico tenga vicios de nulidad insalvables.

Sin perjuicio de lo dicho, el Derecho está pensado en función de un sujeto que es más racional que intuitivo. Eso genera una tensión entre el funcionamiento real de las personas y el sistema normativo.

El acto voluntario que define el art. 260 del CCyC se parece más a una quimera jurídica que a una descripción inherente al quehacer humano. Este divorcio entre el sujeto real y el postulado por la ley tiene graves implicancias. Implica, en primer término, que buena parte de la Teoría General del Acto Jurídico está equivocada porque parte de un principio general falso: los actos humanos tienen menos discernimiento que impulsos.

La mayoría de las operaciones de consumo se concretan por un deseo impulsivo antes que por un discernimiento intencionado. Eso justifica que el sistema normativo haya diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian las consecuencias negativas del consumo impulsivo. La ley de defensa del consumidor (art. 34, LDC) y el Código Civil y Comercial (arts. 1110 a 1116, CCyC) han previsto una herramienta jurídica protectora, comúnmente denominada derecho al arrepentimiento, que permite revocar los actos luego de celebrados. Este arrepentimiento funciona como un discernimiento retroactivo que permite hacer primero la compra y luego discernir acerca de su conveniencia.

La ilusión de verdad es una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del sistema 2. Las ilusiones de verdad ponen en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad.

Las publicidades engañosas o falsas repotencian la idea de dolo en tanto, deliberadamente, disimulan lo verdadero y afirman una falsedad.

Siguiendo los lineamientos genéricos contenidos en el Código Civil y Comercial, nos parece que sería posible y necesario que una futura reforma de la ley de defensa del consumidor incluya a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.



## La mentira origina el miedo y el miedo, la mentira: fake news en un mundo de pandemia

POR VERÓNICA E. MELO<sup>1</sup>

MJ-DOC-16080-AR | MJD16080

**Sumario:** I. Introducción. II. Las redes sociales como fuentes de información. III. El flujo de fake news en las redes sociales. IV. La autorregulación en Internet. V. La dificultad de prevenir la difusión de fake news. VI. Posibles abordajes. VII. Palabras finales.

*«Tenía usted que vivir, y en esto el hábito se convertía en instinto, con la seguridad de que cualquier sonido emitido por usted sería escuchado por alguien y que, excepto en la oscuridad, todos sus movimientos serían observados»,*

1984, GEORGE ORWELL

### I. INTRODUCCIÓN

La situación de confinamiento surgida como consecuencia de la pandemia de COVID 19, con medidas de encierro obligatorio, prohibiciones de circular libremente, interdicciones de interactuar con otras personas, ha contribuido a que se desarrollaran teorías conspirativas, posiciones negacionistas y fundamentalmente, han abonado la generación y circulación de fake news al respecto. La cuestión se torna especialmente sensible porque algunas falsedades son dañinas en la medida que pueden inducir a las personas a tomar riesgos innecesarios o a no protegerse de peligros ciertos.

Desde el comienzo de la pandemia de COVID 19, empezando por el dióxido de cloro, la Ivermectina, la Hidroxicloroquina, el metanol, el etanol hasta el té de moringa, de jengi-

<sup>1</sup> Abogada (UCA). Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral). Especialista en Derecho de Alta Tecnología (UCA). Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños (UCA Rosario).

bre y el Arsenicum Album, han sido impulsados por comerciantes, políticos e influencers sin bases científicas que justifiquen la efectividad de estos tratamientos. No caben dudas que la persona que genere este tipo de noticias falsas podrá ser responsabilizada civil y penalmente<sup>2</sup>. Ahora, ¿resulta posible regular la propagación de fake news en las redes sociales? ¿Podemos pensar en alguna medida preventiva que impida la circulación de fake news o mitigue su propagación?

Las mentiras se vuelven virales en un abrir y cerrar de ojos, y por razones que permanecen desconocidas, las afirmaciones falsas circulan más rápido que las verdaderas<sup>3</sup>. En consecuencia, parecería que Facebook, Twitter, YouTube y las demás plataformas de redes sociales deberían enderezar mayores esfuerzos para controlar el flujo de noticias falsas, con el fin de proteger los procesos democráticos, las reputaciones de las personas y de las instituciones y, más ampliamente, la norma social que favorece el respeto y el reconocimiento de la verdad, una cuestión de hecho incontestable<sup>4</sup>.

Cuando sugerimos que las afirmaciones falsas deberían ser prohibidas, queremos significar que la prohibición no proviene de la falsedad en sí misma sino de la capacidad que tiene esa aseveración falsa de provocar un daño. Cass Sunstein apela a un ejemplo clásico para ilustrar que las afirmaciones falsas pueden no estar protegidas, tal es el caso de gritar ¡fuego! en un teatro colmado de gente cuando no hay un incendio<sup>5</sup>: esa falsa alarma de incendio no solamente es falsa, sino que representa una amenaza de daño, y dadas las circunstancias del ejemplo, parecería imposible tomar alguna medida para prevenir dicho daño. Está claro que ciertas afirmaciones falsas tienen aptitud para crear situaciones de daños o de peligros, como los ejemplos mencionados más arriba acerca de los supuestos beneficios de ingerir determinadas sustancias para la cura del COVID 19. Sin embargo, resulta más difícil pensar en supuestos de prohibición de discursos falsos cuando éstos son inocuos.

## II. LAS REDES SOCIALES COMO FUENTES DE INFORMACIÓN

Hace ya unos veinte años que venimos asistiendo a una revolución tecnológica y cultural que involucra a las redes sociales, entendiendo por tales al conjunto de aplicaciones

---

2 A modo de ejemplo, se ha denunciado penalmente a una periodista argentina en los términos del art. 208 del Código Penal Argentina por incentivar la ingesta de dióxido de cloro como medida sanitaria contra el COVID, disponible online en <https://www.telam.com.ar/notas/202008/503574-viviana-canosa-coronavirus-dioxido-de-cloro.html> (consultado el 2/7/2021).

3 LAZER, David M. et al., *The Science of Fake News*, 359 *Science*, 2018, disponible online en <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094> (consultado el 2/7/2021).

4 SUNSTEIN, Cass: *Falsehoods and the first amendment*, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.33, Nro.2, 2020, págs.388-426.

5 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919) (« La más rigurosa protección de la libertad de expresión no protegería a un hombre que diera una falsa alarma de incendio en un teatro, causando pánico entre los presentes), citado por Sunstein, C. *Falsehoods...*, cit., p. 405

basadas en Internet que permiten la creación y circulación de contenidos generados por los usuarios<sup>6</sup>. Las redes sociales han transformado drásticamente el modo de vincularnos con la tecnología y con los demás, ya sea por las publicaciones de fotos, opiniones, estados de ánimo, noticias o actividades. En la actualidad hay millones de publicaciones diarias en las redes sociales, lo que representa un incremento sin precedentes en la capacidad de expresarse por parte de la humanidad<sup>7</sup>.

Hoy encontramos variadas plataformas de redes sociales, por ejemplo, Facebook, Twitter, YouTube, LinkedIn, Google+, Reddit, Pinterest, Instagram, Snapchat, Tik Tok, y todas ellas permiten que el usuario interactúe con otros usuarios compartiendo textos, imágenes, opiniones, y también, noticias. Hay estudios que muestran que el 85% de los temas discutidos en plataformas como Twitter están relacionados con noticias<sup>8</sup>.

Las redes sociales también han servido para informar en tiempo real algunas crisis, emergencias o catástrofes naturales. La inmediatez, sumado a la facilidad de acceso y el uso extendido de los canales de Facebook y Twitter convierten a estas plataformas en un entorno óptimo para la generación de primicias<sup>9</sup>. Efectivamente, las redes sociales resultan idóneas para suministrar información que no cubre la radio o la televisión, son las primeras en mostrar detalles de primera mano de cualquier acontecimiento en cualquier parte del mundo. No existe otro medio que pueda competir con las redes sociales en ese aspecto<sup>10</sup>.

Parecería, entonces, que las redes sociales de hecho funcionan, como si fueran canales de noticias, haciendo desaparecer la distinción entre redes sociales y medios masivos de comunicación. En este sentido, un fallo norteamericano del año 2014 sostuvo que los bloggers (autores de sitios web en los que se comenta e informa sobre diferentes temas) tienen la misma protección que le otorga la primera enmienda al periodista de buena fe<sup>11</sup>.

Ahora bien, a diferencia de los informes periodísticos, en las publicaciones que encontramos en las redes sociales no se revisa su veracidad o su exactitud, y dado el anonimato

6 KAPLAN, Andreas M. y HAENLEIN, Michael: «Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media, Business Horizons, 2010, vol. 53 ps.59-68, [https://econpapers.repec.org/article/eeebushor/v\\_3a53\\_3ay\\_3a2010\\_3ai\\_3a1\\_3ap\\_3a59-68.htm](https://econpapers.repec.org/article/eeebushor/v_3a53_3ay_3a2010_3ai_3a1_3ap_3a59-68.htm) (consultado el 2/7/2021).

7 SHAW, Jonathan: «Why 'Big Data' Is a Big Deal», Harvard Magazine, marzo-abril de 2014, <https://harvardmagazine.com/2014/03/why-big-data-is-a-big-deal> (consultado el 5/7/2021).

8 TOMPROS, Louis; CRUDO, Richard PFEIFFER; Alexis y BOGHOSSIAN, Rahel: «The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post Álvarez social media obsessed world», Harvard Journal of Law & Technology, 1, vol. 31, otoño 2017, p. 69.

9 TOMPROS, Louis; CRUDO, Richard PFEIFFER; Alexis y BOGHOSSIAN, Rahel, cit., p.69

10 TOMPROS, Louis; CRUDO, Richard PFEIFFER; Alexis y BOGHOSSIAN, Rahel, cit., p. 70.

11 «Obsidian Fin. Grp. v. Cox», 740 F.3d 1284 (9th Cir. 2014), <https://www.casemine.com/judgement/us/5914f5f6add7b0493498cfea> (consultado el 4/7/2021)



que muchas veces reina en Internet, gran parte del contenido generado en las redes sociales es inexacto o falso<sup>12</sup>.

### III. EL FLUJO DE FAKE NEWS EN LAS REDES SOCIALES

Las noticias falsas circulan rápidamente por el ciberespacio, como si se tratara de un incendio digital<sup>13</sup>. Se ha argumentado que existen al menos tres razones para explicar por qué las redes sociales propagan falsedades. En primer lugar, es más fácil mentir en las redes sociales que en la vida real: las redes sociales les permiten a los usuarios crear personalidades que quizás no asumirían en la vida real, los ayuda a crear un mundo de fantasía, siempre protegidos por la pantalla del dispositivo de los riesgos que generan las mentiras en la vida real<sup>14</sup>. En segundo lugar, las redes sociales posibilitan la provisión de noticias en tiempo real, provenientes de personas comunes que justamente se encuentran en el lugar de los acontecimientos. En este contexto, muchos usuarios se jactan de ser los primeros en dar la noticia<sup>15</sup>. La estructura propia de las redes sociales alienta la inmediatez por sobre la exactitud. En tercer lugar, las redes sociales tienen incontable cantidad de suscriptores de modo que las publicaciones se propagan con frecuencia y fácilmente. Este vasto alcance de las redes sociales es lo que Sunstein denomina efecto cascada social, en el cual los rumores y las mentiras se propagan con un solo click<sup>16</sup>.

Como han señalado algunos estudios, las publicaciones que circulan en las redes sociales en tiempos caóticos, como la actual crisis sanitaria, provocan que los usuarios propaguen contenidos falsos, bajo la influencia del miedo, ansiedad o desconocimiento propios de los estados de crisis<sup>17</sup>. Sin embargo, si bien las redes sociales facilitan la circulación de rumores y falsedades a gran velocidad, también es cierto que pueden disiparlos a la misma velocidad<sup>18</sup>. La realidad es que las redes sociales pueden corroborar la veracidad o falsedad de una noticia, o de una publicación en cuestión de segundos, al menos realizando alguna búsqueda de Google. En este sentido, el costo de corroborar la veracidad

12 TOMPROS, Louis; CRUDO, Richard PFEIFFER; Alexis y BOGHOSSIAN, Rahel, cit., p.73

13 WEBB, Helena; JIROTKA, Marina; STAHL, Bernd C. y HOUSLEY, William, et al., «Digital wildfires: hyper-connectivity, havoc and a global ethos to govern social media», <http://wrap.warwick.ac.uk/75724/> (consultado el 4/7/2021)

14 MEYER, Robinson: «The Grim Conclusions of the Largest-Ever Study of Fake News», <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/03/largest-study-ever-fake-news-mit-twitter/555104/> (consultado el 5/7/2021).

15 TOMPROS, Louis; CRUDO, Richard PFEIFFER; Alexis y BOGHOSSIAN, Rahel, cit., p. 76.

16 SUNSTEIN, Cass R.: «Republic.com 2.0», Princeton University Press, New Jersey, 2007, p. 80.

17 LUCKERSON, Victor: «Fear, Misinformation, and Social Media Complicate Ebola Fight», <https://time.com/3479254/ebola-social-media/> (consultado el 28/6/2021).

18 RICHARDS, Jonathan R. y LEWIS, Paul: «How Twitter Was Used to Spread -and Knock Down- Rumours During the Riots», <https://www.theguardian.com/uk/2011/dec/07/how-twitter-spread-rumours-riots> (consultado el 2/7/2021).

de un contenido en el ciberespacio es prácticamente inexistente. Entonces, mientras que las mentiras que circulan por las redes pueden provocar daños, también es cierto que las redes sociales cuentan con mecanismos para mitigar tales daños, al menos en algunos supuestos.

Teniendo en cuenta las reservas que genera la posibilidad de regulación estatal de las fake news por el temor (fundado) a sufrir una merma o pérdida de la libertad de expresión, es menester, considerar si la acción privada, o dirigida por el mercado, puede llegar a resolver el problema de la desinformación.

Igualmente, no deberíamos confiar ciegamente en que Facebook, Twitter o Google vayan a gestionar exitosamente la problemática de las fake news, ya que, estos actores privados también tienen sus prejuicios y sesgos a la hora de elegir qué discurso van a eliminar<sup>19</sup>. A este respecto David Kaye se pregunta: «¿Quién decidirá qué es falso, y qué es basura? ¿Quién decide qué es verdad, y qué es propaganda? ¿Queremos que estas empresas tomen este tipo de decisiones? ¿Van a establecer (las empresas) tribunales administrativos para quienes quieran apelar las remociones de los contenidos? Y aunque, nos sintiéramos cómodos cediéndole ese poder de censurar a una empresa privada ¿Quién creará el software que distinga entre mentiras y sátiras?»<sup>20</sup>.

#### IV. LA AUTORREGULACIÓN EN INTERNET

A la hora de abordar la posible regulación de los distintos actores de Internet, recordemos a Cass Sunstein en su obra *Republic.com 2.0*, en la que formula un exhaustivo análisis acerca de los efectos de Internet en las democracias deliberativas<sup>21</sup>. Si bien el autor aprecia todos los beneficios que vienen de la mano de Internet, no deja de advertir algunas consecuencias poco deseables.

Sunstein podría encuadrarse en una segunda generación de académicos estudiosos de Internet: donde los primeros académicos vieron todos los aspectos encomiables de la web, esta segunda generación comenzó a advertir sobre los costos sociales de la innovación. Y así, mientras la primera generación alababa el estilo anárquico de Internet y

19 Un ejemplo reciente de este poder de las empresas tecnológicas se vio plasmado en la suspensión permanente de las cuentas de Facebook, Twitter e Instagram de Donald Trump, lo que torna sumamente actual la temática de la moderación de contenidos. Ver «Trump Twitter ban 'raises regulation questions'», <https://www.bbc.com/news/uk-politics-55609903> (consultado el 28/6/2021). También: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e74eb9a2f-3b070e/20200526> (en este asunto el Tribunal de Palma de Mallorca se pronuncia sobre la cuestión de la legitimidad de Twitter para eliminar cuentas).

20 KAYE, David: «The False Promise of Banning Fake News», *Freedex* (nov. 25, 2016), <https://freedex.org/2016/11/25/the-false-promise-of-banning-fake-news/> (consultado el 3/7/2021).

21 SUNSTEIN, Cass R.: «*Republic.com 2.0*», cit.

sostenía que cualquier regulación al respecto era imposible o inútil<sup>22</sup>, la segunda generación de estudiosos enfatiza que la regulación de Internet es posible, e incluso, deseable. Mientras que la primera generación parecía tener tintes libertarios, los nuevos autores dejan un sabor más pragmático.

Así, Sunstein señala que Internet posibilita dos fenómenos que pueden jaquear la democracia deliberativa. Primero, disminuye significativamente los costos para las personas de buscar y acceder a la información, lo cual lleva inexorablemente a crear métodos para filtrar dicha información obtenida. Así, los usuarios emplean métodos de filtrado de información de manera que solamente les llegue aquella información que concuerda con sus posturas, a la vez que descarta la información que lo contradice. Asimismo, este creciente filtrado de información favorece la polarización, en la que las ideas de un grupo autodefinido se van acercando a las versiones más radicales dentro del mismo grupo. Ambas tendencias, filtrado y polarización, aíslan a los individuos, a la vez que reducen el intercambio de opiniones y disminuyen el ámbito de experiencias sociales compartidas, que es en parte, lo que cohesiona a las sociedades<sup>23</sup>.

En Republic.com 2.0, Sunstein llama la atención sobre la aptitud de Internet para facilitar que las personas pueden filtrar y descartar la información indeseada. Para el autor, el mercado de las noticias, entretenimiento e información es perfecto: el consumidor puede ver exactamente lo que quiere, es decir, cuando las posibilidades de filtrado son prácticamente ilimitadas, las personas pueden decidir de antemano, y con exactitud, qué es lo que quieren (o no quieren) encontrar; pueden diseñar un universo de comunicaciones a su propio gusto<sup>24</sup>. Esta habilidad es lo que en su momento Nicholas Negroponte denominó «The Daily Me (el diario yo)»<sup>25</sup>.

A su turno, esta homogeneidad que proviene del mecanismo de filtrado que nos ofrecen las redes sociales disminuye la tolerancia hacia los enfoques diversos, amplifica la polarización de las opiniones y potencia la posibilidad de aceptar solamente las informaciones

22 JOHNSON, David R. y POST, David: «Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace», Stanford Law Review, 5, vol. 48, 1996, ps. 1367-1402, JSTOR, [www.jstor.org/stable/1229390](http://www.jstor.org/stable/1229390). (consultado el 27/6/2021).

23 SUNSTEIN, C.: Deliberative Trouble? Why Groups Go To Extremes. The Yale Law Journal. 110. 10.2307/797587., 2000, págs. 71-119. SUNSTEIN, C., Republic. , cit., capítulo 1, especialmente págs.6-9

24 NEGROPONTE, Nicholas: «Being digital», Knopf Doubleday Publishing Group, 1995, p.153. El autor se refiere a que cada uno puede crear un Daily me adaptando las noticias que quiere ver de acuerdo con su gusto. Esta predicción de Negroponte del año 1995 la podemos ver realizada, por ejemplo, cuando algunos sitios web nos presenta artículos sugeridos, basados en nuestro historial de navegación, o en servicios como Paper.li, que selecciona links en las redes sociales de acuerdo con los intereses del usuario.

25 LAZER, David; BAUM, Matthew y SUNSTEIN, Cass et al.: «The science of fake news», Insights Policy Forum, vol.359, edición 6380, marzo 2018.

o noticias compatibles ideológicamente con nuestras opiniones<sup>26</sup>. En forma simultánea se va generando la polarización afectiva, es decir, el desagrado o rechazo del que piensa distinto. Y estas tendencias han contribuido a crear un contexto óptimo para que las fake news consigan una audiencia masiva.

## V. LA DIFICULTAD DE PREVENIR LA DIFUSIÓN DE FAKE NEWS

La dificultad de tomar medidas preventivas a la hora de impedir la difusión o la propagación de fake news estriba en que quedan involucradas las normas tuitivas de la libertad de expresión.

El marco regulatorio correspondiente a Internet y a las redes sociales es el propio de la libertad de prensa y de expresión, resguardadas convencional y constitucionalmente, mediante una pluralidad de fuentes normativas de distinta jerarquía (arts. 14, 32 y 42 de la CN; arts.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 (ref:LEG47377.19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Entre las fuentes de derecho interno, podemos citar la ley 26.032 que extiende la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión a la búsqueda y difusión de información e ideas a través de Internet; la ley 25.690 que establece que los proveedores de Internet tienen la obligación de ofrecer software de protección impidiendo el acceso a sitios específicos; la ley 25.873, que imponía a los prestadores de servicios de Internet la obligación de captar y derivar comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en la causa «Halabi», el Código Penal (en los delitos cuyo bien protegido son el honor, la integridad sexual, la privacidad, cuando proscribía el acceso ilegítimo a una «comunicación electrónica» o «dato informático de acceso restringido» (arts. 2º y 3º de la ley 19.798); la ley 27.078 sobre Tecnologías de la Información y las Comunicaciones procura «garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones» (art. 2º); y el Reglamento para la administración de dominios de Internet (según res. 43/2019 de la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, y res.977/2019 del Ministerio de Seguridad de la Nación, que aprueba el «Plan Federal de Prevención de Delitos Tecnológicos y Ciberdelitos -2019-2023»)<sup>27</sup>.

Siguiendo con las normas tuitivas de la libertad de expresión, es indispensable destacar que en marzo de 2017, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comuni-

26 Para un análisis exhaustivo de estas normas, ver: GALDOS, Jorge: La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales, Publicado en: EBOOK-TR 2021 TOBÍAS, 21/01/2021, 126, LALEY AR/DOC/3462/2020.

27 Texto completo disponible online en [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos\\_basicos/declaraciones.asp](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp) (consultado el 30/6/2021)

cación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) adoptaron la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y «Noticias Falsas», Desinformación y Propaganda, dado que ya habían advertido la creciente propagación de la desinformación (a veces, referida como noticias «falsas» o fake news) y la propaganda en los medios tradicionales y sociales, impulsada tanto por Estados como por actores no estatales, y los diversos perjuicios a los cuales contribuyen en parte o de manera directa (26). En dicho marco, el grupo destacó que el derecho humano a difundir información e ideas no se limita a declaraciones «correctas», que el derecho también protege la información e ideas que puedan causar consternación, ofender o perturbar, y que las prohibiciones sobre desinformación podrían violar los estándares internacionales de derechos humanos y que, a la vez, esto no justifica la difusión de declaraciones falsas de manera deliberada o por negligencia, por parte de funcionarios o actores estatales. Por tal motivo, fomenta el acceso irrestricto a una gran variedad de fuentes de información e ideas y también a oportunidades de difundirlas, y de que exista diversidad de medios en una sociedad democrática, incluso en cuanto a facilitar los debates públicos y la confrontación abierta de ideas en la sociedad, y actuar como contralor del gobierno; todo sin desconocer que el rol transformador de Internet, que facilita que las personas puedan acceder a información e ideas y difundirlas, lo cual posibilita las respuestas a la desinformación y la propaganda aunque, a la vez, facilita su circulación.

La importancia de garantizar la libertad de expresión en los entornos digitales es de tal envergadura que el documento le dedica una serie de directivas, cuya finalidad es garantizar un entorno con criterios transparentes y equilibrados. La moderación de contenidos, entendida como un sistema de restricciones previas, es en cierto deseable en el contexto de las comunicaciones en Internet. La consiguiente necesidad de ajustar cierto nivel de moderación de contenidos repercute significativamente en el esfuerzo para controlar los excesos en la censura<sup>28</sup>. En este sentido, podrían considerarse un abanico de políticas aplicables para moderar los contenidos online en las redes sociales<sup>29</sup>.

Es fácil anticipar que, en este marco conceptual de protección de la libertad de expresión, el documento en análisis es sumamente estricto a la hora de fijar los estándares sobre desinformación y propaganda. En tal sentido, se prevé lo siguiente:

Las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos «noticias falsas» («fake news») o «información no objetiva», son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión.

Las leyes penales sobre difamación constituyen restricciones desproporcionadas al derecho a la libertad de expresión y, como tal, deben ser derogadas. Las normas de derecho

28 LANGVARDT, Kyle: Regulating Online Content Moderation, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, p. 1357.

29 LANGVARDT, Kyle, cit., p. 1357

civil relativas al establecimiento de responsabilidades ulteriores por declaraciones falsas y difamatorias únicamente serán legítimas si se concede a los demandados una oportunidad plena de demostrar la veracidad de esas declaraciones, y estos no realizan tal demostración, y si, además, los demandados pueden hacer valer otras defensas, como la de comentario razonable («fair comment»).

Los actores estatales no deberían efectuar, avalar, fomentar, ni difundir de otro modo declaraciones que saben o deberían saber razonablemente que son falsas (desinformación) o que muestran un menosprecio manifiesto por la información verificable (propaganda).

En consonancia con sus obligaciones jurídicas nacionales e internacionales y sus deberes públicos, los actores estatales deberían procurar difundir información confiable y fidedigna, incluido en temas de interés público, como la economía, la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

La regulación de todos los aspectos relativos a las noticias falsas o fake news como factor de desinformación no debería constituirse como una causal de justificación para recortar o coartar la libertad de expresión, que es un derecho fundamental que todo estado democrático tiene la obligación de garantizar. Finalmente, el documento exhorta a todos los actores interesados (incluyendo intermediarios, medios de comunicación, académicos, sociedad civil) a formular iniciativas participativas y transparentes que favorezcan una mayor comprensión del impacto que tienen la desinformación y la propaganda en la democracia, la libertad de expresión, el periodismo y el espacio cívico, así como respuestas adecuadas a estos fenómenos.

Podríamos concluir provisoriamente que la regulación de las noticias falsas podría llegar a ser legítimo, pero solo hasta cierto punto: lo que debe evitarse es el desarrollo de un doble estándar según el cual solamente sean ilegales las noticias falsas propagadas por «los otros». En este sentido, cualquier parámetro legal que se aplique a las fake news debería ser universal de modo que resulte aplicable independientemente de ciertos valores particulares o de inclinaciones geopolíticas. Los estados de derecho constitucional surgidos a partir de la segunda posguerra han defendido la idea que una prensa libre y pluralista es la mejor garantía contra las fake news<sup>30</sup>. Sin embargo, tomando en consideración la complejidad de la era de la información, es necesario encontrar estrategias para manejar el fenómeno de las fake news. La confianza y la desconfianza son las herramientas básicas que nos permiten abordar la información; por tal motivo, resultaría beneficioso si se pudiese facilitar la verificación de la información en los medios y en las redes sociales. Con el objeto de promover la transparencia con relación a los medios de comunicación es necesario, por un lado, fomentar tanto la alfabetización mediática y digital y, por otro, la información debe ser fácilmente accesible European Commission, «A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation (2018)», <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/a-multi-dimensional-approach-to-disinformation-report-of-the-independent-high-level-group-on-fake-news-and-online-disinformation>

30 BAADE, Björnstjer: «Fake News and International Law», *European Journal of International Law*, 4, vol. 29, nov. 2018, ps. 1357-1376, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy071> (consultado el 4/7/2021).



[pa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation) (consultado el 5/7/2021)<sup>31</sup>. La estrategia de combatir la información distorsionada con una contraofensiva de información, también distorsionada, crearía un entorno de mayor desconfianza, que es precisamente la finalidad que persiguen las fake news<sup>32</sup>.

## VI. POSIBLES ABORDAJES

Hemos señalado la dificultad de una regulación estatal que controle la circulación de fake news, fundamentalmente, por el peligro que conlleva para la libertad de expresión. Por tal motivo, se han individualizado dos tipos de abordajes a los fines de paliar este problema. En primer lugar, se habla de intervenciones enderezadas a dotar a las personas de elementos para evaluar las fake news que encuentren, y, por otro lado, también se han sugerido cambios estructurales dirigidos a prevenir que las personas se expongan a estos contenidos falsos<sup>33</sup>.

La idea de dotar a los usuarios de herramientas o elementos para evaluar las fake news se vincula con los sitios de fact checking<sup>34</sup>, o con la comparación de las noticias con las publicadas por medios confiables. Igualmente, la práctica de fact checking no alcanza para abordar las fake news. La realidad muestra que las personas no tienden a cuestionar la credibilidad de una información, salvo que contradiga sus creencias previas al respecto o que sean, de alguna manera u otra, incentivadas a desconfiar. Asimismo, cuando hablamos del filtrado y de la polarización que aparejan las redes sociales, hemos sostenido que las personas tienden a alinear sus creencias u opiniones con las del resto de miembros de su comunidad.

Las investigaciones demuestran que las personas prefieren la información que confirma sus opiniones preexistentes, tema que se trató al hablar del filtrado de la información. Asimismo, los usuarios consideran más confiables las informaciones que confirman sus opiniones previas antes que aquellas que las contradicen —sesgo de confirmación<sup>35</sup>— y

31 European Commission, «A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation (2018)», <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation> (consultado el 5/7/2021)

32 <http://www.lefigaro.fr/politique/2017/05/29/01002-20170529ARTFIG00274-devant-poutine-macron-denonce-la-propagande-des-medias-pro-russes.php> (visto el 29/6/2021).

33 LAZER, David; BAUM, Matthew y SUNSTEIN, Cass et al., cit., p. 3.

34 Puede consultarse una lista de fact checkers, confeccionada por la Universidad de Berkeley en <https://guides.lib.berkeley.edu/c.php?g=620677&p=4333407> (consultado el 5/7/2021)

35 El concepto de sesgo cognitivo lo introdujeron en economía Kahneman (Premio Nobel de Economía en el 2002) y Amos Tversky en 1972 a raíz de una investigación sobre cómo procesa nuestra mente las grandes cifras en lo que se conoce como la ley de los pequeños números. Los investigadores llegaron a la conclusión de que existen influencias emocionales y patrones que hacen que no seamos capaces de interpretar adecuadamente la información que recibimos.

se inclinan a creer la información que los satisface —sesgo de aceptabilidad—. Por eso, las creencias políticas o ideológicas pueden llevar al consumidor de noticias a prescindir de los fact checkers, y, el sesgo de familiaridad en política muestra que las personas tienden a recordar la información o cómo se sienten al respecto, pero olvidan el contexto en que encontraron dicha información, y peor aún, tienden a asociar esa información que les es familiar con información verdadera<sup>36</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha propuesto un enfoque de detección e intervención en materia de fake news que está basado en los algoritmos empleados por las plataformas. Se sabe que las plataformas de Internet constituyen el vehículo principal para la circulación de noticias falsas, ya que, Internet no solamente proporciona el medio para publicar fake news, sino que también ofrece herramientas para su propagación masiva y las redes sociales son claves para esta difusión<sup>37</sup>. La pregunta es cómo pueden contribuir las redes sociales y los buscadores para reducir el avance de las fake news. En general las plataformas de Internet tienen un modelo de negocios que consiste en monetizar la atención por medio de la publicidad y utilizan para ello, modelos estadísticos que predicen y maximizan el marketing con el contenido<sup>38</sup>. Ahora, sería posible, y deseable, que las plataformas ajustaran dichos modelos para que el énfasis recaiga en las informaciones de calidad: podrían incorporar alguna señal sobre las fuentes de calidad en los resultados de las búsquedas o en los contenidos<sup>39</sup>. Asimismo, las plataformas podrían detener la propagación automática de contenidos falsos mediante el uso de bots. Por ejemplo, Facebook anunció un intento de desplazar su algoritmo hacia un criterio de calidad en su proceso de curación de contenidos<sup>40</sup>.

La regulación estatal de una materia tan sensible como las fake news no parece, al menos en Argentina, recomendable dado que sería ingenuo suponer que el gobierno mantendría una postura imparcial, objetiva y transparente con validez para todos los operadores<sup>41</sup>. En general, cualquier intervención gubernamental o de las plataformas que les

36 LAZER, David; BAUM, Matthew y SUNSTEIN, Cass et al., cit., p. 4.

37 ALLCOTT, M.y GENTZKOW, J.: Trends in the diffusion of misinformation on social media, *Research and Politics*, abril/junio 2019, págs. 1-8, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053168019848554> (consultado el 5/7/2021).

38 LAZER, David; BAUM, Matthew y SUNSTEIN, Cass et al., cit., p. 4.

39 LAZER, David; BAUM, Matthew -y SUNSTEIN, Cass et al., cit., p. 4.

40 COOPER, Paige: «How the Facebook Algorithm Works in 2020 and How to Make it Work for You» <https://blog.hootsuite.com/facebook-algorithm/> (consultadp el 14/6/2021).

41 En Argentina la creación de «Nodio», un observatorio cargo de la defensoría del pueblo, para monitorear los contenidos y determinar qué es verdadero y qué no, se asemeja al temible Ministerio de la verdad del que hablaba George Orwell en su célebre distopía 1984. Véase, entre muchos otros: <https://www.lanacion.com.ar/politica/preocupacion-iniciativa-del-gobierno-monitorear-desinformacion-nid2476502> (consultado el 15/6/2021), <https://www.lanacion.com.ar/politica/nodio-argentina-pais-consagra-miopia-observadores-nid2479174> (consultado el 15/6/2021).

impida a los usuarios acceder a determinados contenidos genera la sospecha de censura, ya sea estatal o corporativa<sup>42</sup>.

## VII. PALABRAS FINALES

El desafío es hoy tratar de responsabilizar a los gigantes tecnológicos por su participación en la difusión de noticias falsas, tarea nada sencilla dado el marco normativo y jurisprudencial. En Estados Unidos, la Communications Decency Act (conocida por sus iniciales CDA) les garantiza inmunidad a los intermediarios de Internet.

En Argentina no contamos con una norma análoga, pero de los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, podemos inferir el mismo criterio de no atribución de responsabilidad a los intermediarios. En Europa el derecho al olvido<sup>43</sup> aplicado a los motores de búsqueda está sometiendo a prueba estas cuestiones<sup>44</sup>. Este tipo de intervenciones estructurales suelen aparejar preocupaciones con relación a las empresas privadas y a la intervención humana pero, así como los medios de comunicación del siglo veinte moldearon la información a la que accedía el público, los gigantes tecnológicos hoy, moldean la experiencia humana a escala global<sup>45</sup>.

Quizás llegó el momento de repensar y rediseñar nuestro ecosistema de información en el siglo veintiuno y tratar de crear un sistema robusto que pueda enfrentar la invasión de fake news. En este contexto, creemos —junto a Sunstein<sup>46</sup>— que el objetivo sería crear un ecosistema de noticias y una cultura que valore y promueva la verdad.

42 «Trump Twitter ban raises regulation questions' Hancock», <https://www.bbc.com/news/uk-politics-55609903> (consultado el 15/6/2021), Timberg, Craig, Twitter ban reveals that tech companies held keys to Trump's power all along», <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/14/trump-twitter-megaphone/> (consultado el 15/6/2021).

43 Puede consultarse al respecto: Melo, Verónica E., «El derecho al olvido en Internet frente a la libertad de expresión», ED 10/6/2020.

44 LAZER, David; BAUM, Matthew y SUNSTEIN, Cass et al., cit., p. 4.

45 Idem

46 ídem., p. 5



## De la ilusión financiera a la tragedia del sobreendeudamiento

POR MILAGROS ZANNINI<sup>1</sup>

MJ-DOC-16089-AR | MJD16089

**Sumario:** I. Presentación. II. El mercado de los créditos informales. III. Los peligros de la inteligencia artificial en las relaciones de consumo asimétricas. IV. Epílogo: un final previsible.

### I. PRESENTACIÓN

Cuando tenía 10 años, miré una película que me marcó a futuro, se llamaba «The Truman Show» (El Show de Truman), cuyo personaje principal, Truman, incluso antes de nacer, se encontraba frente a las cámaras, que transmitían el desarrollo de su vida en vivo para todo el mundo, las 24 horas, los 365 días del año. Del otro lado, Truman vivía en una realidad simulada, manipulada por productores del programa televisivo, hasta que accidentalmente, choca contra una parte de la «escenografía» montada, y se da cuenta que todo era falso.

Luego de ver esa película, varias veces me pregunté si mi vida era una realidad simulada, manejada por productores de televisión, que conocían mis gustos, mis debilidades, mis defectos, y cualidades. Para mi sorpresa, el paso del tiempo no hace más que confirmarme que estoy en lo cierto, sólo que quienes conocen mi vida no son productores de televisión, sino los investigadores que desarrollan algoritmos.

Seguramente muchos de los lectores en algún momento del día se preguntarán, ¿cómo es posible que apenas termino de expresar el deseo de comprar un producto aparecen

<sup>1</sup> Abogada por la UNLP, Directora, Dirección Municipal de Defensa del Consumidor de General Juan Madariaga, Cursó, en forma completa, las Diplomatura en Derechos del Consumidor y Defensa del Competencia, ESEADE

anuncios de ese producto por todas mis redes sociales y buscadores de internet sobre las mejores ofertas existentes de ese producto? ¿A caso me están escuchando?

## II. EL MERCADO DE LOS CRÉDITOS INFORMALES

En la Dirección de Defensa del Consumidor de General Juan Madariaga (actualmente me desempeño como Directora del organismo) recibimos permanentemente denuncias de personas que, al cobrar su sueldo a fin de mes, no encuentran ni un centavo porque el salario se evaporó en innumerables débitos de origen desconocido.

Luego de largas investigaciones, que no siempre son sencillas, pudimos llegar a la conclusión que, en la mayoría de los casos las personas defraudadas, habían solicitado préstamos a compañías financieras apócrifas, estableciendo contacto a través de internet. En todos los casos, las condiciones que ofrecían y los requisitos que exigían esas «pseudofinancieras» eran muy tentadores. En general se accedía al crédito completando un simple formulario, estilo cupón de sorteo y en aproximadamente 48 horas la financiera depositaba el dinero solicitado.

Desde luego, los suscriptores ignoraban que, al poco tiempo, la fantasía del «crédito fácil», se convertiría en una pesadilla. La mayoría de los suscriptores relatan que luego de celebrado el acuerdo comenzaban a sufrir descuentos de más de una cuota por mes y de conceptos desconocidos. En muchos casos, estos descuentos agotaban por completo el saldo de la cuenta sueldo. Lo más habitual que las personas terminaban pagando sumas que triplicaban o incluso cuadruplicaban los montos recibidos.

Como parte de la investigación que realizamos desde el organismo, logramos determinar que estas ofertas de crédito aparecían, cual bombardeo de guerra, en las redes sociales, páginas web y Smartphones, pero de un público determinado: todos los clientes buscados contaban con un ingreso fijo, sea por jubilación o por sueldo (mínimo). Es decir: se trataba de personas que necesitaban imperiosamente ese dinero (para cubrir sus necesidades básicas de alimentación y el pago de servicios, de salud, entre otros).

Una vez que lográbamos dar con cada «pseudofinanciera» para solicitarles que acrediten el documento de la operación de venta de crédito (es decir, para que cumplan con los requisitos dispuestos por el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor), ese documento, sencillamente, no existía. En el mejor de los casos, acompañaban «contrato de adhesión», repleto de estipulaciones abusivas que contenían cálculos indescifrables cuya única finalidad era justificar las injustificables tasas de interés aplicadas al préstamo. Con gran sorpresa advertimos que, sobre todo, las empresas que lideran el complejo y a veces poco transparente mercado de los créditos informales, aplican tasas de interés nominal anual (TNA) equivalente al 556,6%. En todos los casos, esas empresas alegaban que el consumidor prestaba su consentimiento y aceptaba las cláusulas, no por la firma de un contrato (al cual seguramente nunca tuvo acceso), sino por completar con sus datos aquellos formularios web.

Ahora bien, reparemos en el consumidor que, en definitiva, es el tomador de este crédito. En el caso de que haya tenido la suerte de tener acceso a este irregular contrato antes de firmarlo, ¿sabía calcular la tasa de interés? ¿Sabía cuánto dinero le prestaban y cuánto terminaría devolviendo? Son, naturalmente, preguntas retóricas que tienen una sola respuesta: NO.

### III. LOS PELIGROS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO ASIMÉTRICAS

Hoy, los antiguos productores de televisión, pasaron a ser productores de algoritmos, transforman esos datos que reclutan en patrones de información que permiten automatizar tareas y elaborar predicciones a través de la tecnología. Este nuevo amigo del que hablamos, el algoritmo «realiza en apenas dos segundos una búsqueda por todo internet del interesado en un préstamo y sabe si lo pagará o no. Lo determina en función a dónde vive, quienes son sus amigos, los likes de sus redes, si aparece en la Wikipedia, si tiene un perfil en una red profesional»<sup>2</sup>. Son productores de lo que Cathy O'Neil llama Armas de Destrucción Matemáticas<sup>3</sup>, cuyas víctimas, son nada más y nada menos que los tomadores de aquellos créditos.

Hace tiempo que las Tecnologías de la Información y la Inteligencia Artificial irrumpieron en nuestra vida. Sin embargo, quienes más las utilizan, son las empresas que prestan servicios financieros.

Los implacables proveedores de la economía informal, manejan lo que se conoce como el «Big Data», y diseñan sus productos, contratos y publicidades conforme a la información que reciben en forma cuantiosa e incesante. En este contexto, se suman dos factores trascendentales que terminan «creando» lo que la citada Cathy O'Neil llama un Arma de Destrucción Matemática. El primero es que los consumidores no reciben educación financiera durante su escolaridad, y, en segundo lugar, los proveedores brindan escasa información, opaca e incompleta sobre sus productos.

La falta de información y educación induce a los individuos a asumir riesgos que evitarían si conociesen todas amenazas probables que rodean a estos créditos. El Psicólogo y premio Nobel de Economía Daniel Kahneman se ocupa de estas cuestiones a las que denomina «sesgo del optimismo». Para el citado autor, las personas a menudo deciden llevar a cabo proyectos arriesgados porque son demasiado optimistas respecto a las contingencias que habrán de afrontar<sup>4</sup>.

2 BRUNTE, Rober: Big Data Scoring (startup).

3 «Armas de destrucción matemática: Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia», Cathy O'Neil, Madrid, Ed. Capitán Swing, 2017.

4 «Pensar Rápido, Pensar Despacio», («Thinking, Fast and Slow»), Daniel Kahneman, New York, Ed. Farrar, Straus and Giroux, 2011, pág. 253.



En el caso de estas falsas compañías financieras, sabemos que utilizan el Big Data para venderles esos créditos abusivos a una clientela que, de antemano saben, que difícilmente podrán pagar las cuotas en tiempo legal y que desconocen cómo calcular los intereses aplicados al préstamo que solicitan.

Esta clientela será captada a través de las publicidades de estas «Fintech», dirigidas y diseñadas especialmente para impulsar al consumidor actual, más impulsivo y «previsiblemente irracional»<sup>5</sup>, a confiar en que podrá pagar ese crédito que fue tentado a tomar. La creación de esa tentación imprudente es la mayor responsabilidad del proveedor de estos servicios financieros depredadores.

#### IV. EPÍLOGO: UN FINAL PREVISIBLE

Es altamente probable que ese consumidor tome otro crédito para pagar el anterior y altamente improbable que pueda pagar la nueva obligación asumida. Es así como se genera lo que Cathy O’Neill denomina «bucle de retroalimentación negativa» difícil de frenar. Las empresas, por ejemplo, utilizan cada vez más las calificaciones de solvencia crediticia para evaluar a los posibles candidatos. Se basan en la creencia de que las personas que pagan pronto sus facturas tienen más probabilidades de llegar puntualmente a su puesto de trabajo y de cumplir las normas. Aunque en realidad hay muchas personas responsables y buenos trabajadores que tienen mala suerte y cuya calificación crediticia cae en picado. No obstante, esta idea de que una mala calificación crediticia está relacionada con un mal rendimiento en el trabajo hace que las personas que tienen una calificación más baja tengan menos probabilidades de encontrar trabajo. El desempleo los empuja a la pobreza, lo que a su vez empeora aún más sus calificaciones de solvencia, con lo que les resulta aún más difícil encontrar trabajo. Es una espiral que se retroalimenta<sup>6</sup>.

Es así, como sin darnos cuenta, o sin querer darnos cuenta, navegamos distraídos por la red, completando inofensivos formularios y clickeando en todas las ofertas que aparecen sin parar en nuestro celular. Nunca nos ponemos a pensar que, del otro lado de la pantalla, hay un «productor» o más bien un «reclutador» de todos los datos que nosotros mismos ponemos al alcance de nuestro verdugo financiero.

Nuestra vida, intervenida por intrincados algoritmos que apenas entendemos, cada vez se parece más a esa película que tanto me horrorizaba cuando era niña.

5 Trad. Esp.«Las trampas del deseo», Ariely Dan, Barcelona, Planeta, 2008, pág. 17 .

6 Armas de destrucción matemática: Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia», Cathy O’Neil, Madrid, Ed. Capitán Swing, 2017, págs. 14 y 15.



## Cuenta DNI: ¿una solución digital que incluye y conviene o una invitación al consumo impulsivo?

POR RUBÉN E. CHIRIZOLA<sup>1</sup>

MJ-DOC-16085-AR | MJD16085

**Sumario:** I. Presentación. II. Las neurociencias y el consumo impulsivo.

### I. PRESENTACIÓN

Desde no hace mucho tiempo a esta parte, el Banco de la Provincia de Buenos Aires (BAPRO) lanzó al mercado la aplicación (app) conocida como «cuenta DNI». Se trata de una aplicación que se descarga desde la tienda (app Store y/o Google Play) de cualquier teléfono celular y cuya principal —no la única— virtud es brindar descuentos en las operaciones de consumo que se concretan desde esta plataforma.

Una vez descargada, entre sus beneficios se destacan los siguientes: Es gratis, 100% digital y se obtiene en el momento; se pueden adherir todas las tarjetas a la app y elegir con cuál pagar; permite retirar dinero de cajeros automáticos sin necesidad de utilizar la tarjeta de débito; pagar impuestos y en comercios sin tarjeta ni efectivo; enviar y recibir dinero en el momento; recargar el celular y hasta las tarjetas de transporte.

Estos beneficios brindan la pauta de que se trata de una suerte de «banco digital las 24 hs» y al alcance de un «clic». Ciertamente se le parece. No obstante, es conveniente que los eventuales usuarios consideren algunas cuestiones antes de adherirse al servicio y, más todavía, al utilizarlo, porque es tan ancha la avenida del consumo como angosta la reflexión que determina ese accionar. Es conveniente estar aprestos y discernir, para poder diferenciar necesidad real de consumo inducido.

<sup>1</sup> Abogado, UCALP, Director de la Oficina Municipal de Información al Consumidor de Lezama. Actualmente cursando Posgrado en Riesgos del Trabajo y Daños, Universidad Nacional de Mar del Plata

En primer lugar, es importante advertir que, apenas se descarga la aplicación, el usuario comenzará a recibir, en forma incesante y creciente, tentadores mensajes con «promociones» con «imperdibles» descuentos para determinados productos. Estas promociones, —¡cuándo no!— solo son válidas si se «aprovechan» en determinado lapso de tiempo, que, va de suyo, es sumamente breve. Las promociones incluyen diversos rubros como ropa; combustible; y otros productos comestibles, entre otros.

Mensajes como: «Ahorrá 30% en tus impuestos; Hoy es viernes de 15% de ahorro pagando en comercios adheridos. Te devolvemos hasta \$250; Aprovechá, 45% de ahorro! Pagá con la app y te devolvemos hasta \$1.000 en cada comercio destacado!, etc, abundan y se repiten con asiduidad.

Las frases como «ahorrá»; «te devolvemos; aprovechá, etc» no son elegidas al azar; por el contrario, son cuidadosamente seleccionadas, para estimular el consumo: el consumo impulsivo que, por tal razón, es menos reflexivo.

## II. LAS NEUROCIENCIAS Y EL CONSUMO IMPULSIVO

De acuerdo a lo dicho en la presentación, nos parece oportuno destacar, más allá de los evidentes beneficios que ofrece esta aplicación, que es una forma de consumo inducido por las notificaciones que, en algunos casos, resultan verdaderamente. Es decir: la aplicación viene a consolidar una de las formas más distorsivas del consumo: el que procede de las ofertas de los proveedores y no de las necesidades de los consumidores.

Daniel Kahneman<sup>2</sup> uno de los pensadores más importantes del mundo, premiado con el Nobel de Economía en 2002 por su trabajo pionero en psicología sobre el modelo racional de la toma de decisiones, postula que nuestra mente toma decisiones mediante la utilización de dos sistemas que el autor, de manera ficticia, denomina como: «El sistema 1», de pensamiento rápido, automático, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario, y el «sistema 2», que centra la atención en actividades mentales esforzadas, asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse.

Llevando la postura del insigne autor al ejemplo que tratamos, podríamos afirmar que las promociones ofrecidas en la app activan el sistema 1 que, tentado por irresistibles ofertas, nos haga adquirir productos o servicios que no necesitábamos o que no estábamos dispuestos a adquirir. Y es claro que nada resulta más caro que invertir en lo superfluo.

Por ello, siguiendo a Kahneman, creemos que, aunque resulte fatigoso, es necesario poner en marcha el «autocontrol» y el «esfuerzo cognitivo», cualidades inherentes al sistema 2 al que el citado autor se refiere.

Dice este autor: «La evidencia es persuasiva: actividades que exigen mucho al sistema 2 requieren autocontrol, y ejercer el autocontrol es fatigoso y desagradable»<sup>3</sup>. No obstante, exigir nuestra mente a fin de evitar el impulso que conduce al consumo innecesario,

2 KAHNEMAN: «Pensar Rápido, Pensar Despacio», Debate, 2020, pág., 35

3 KAHNEMAN. Op., Cit., pág. 62.

aparecería lo suficientemente justificado en comparación con el daño patrimonial al que nos exponemos cuando el consumo se vuelve una actividad acaparada por la publicidad inductiva y la escasa reflexión. De hecho, esta combinación llevada al extremo, deriva las más de las veces en serias situaciones de sobreendeudamiento del consumidor, flagelo de notoria actualidad y de alta entidad dañosa.

Para evitar lo que Kahneman describe como el «salto a las conclusiones»<sup>4</sup>, el usuario quizás debiera formularse un puñado de sencillas preguntas, tales como: ¿Qué es lo que estoy necesitando?; ¿Es una oferta realmente conveniente? ¿He comparado esos precios?, a fin de formarse un contexto más explícito antes de decidir, habida cuenta que, como refiere el citado autor: «En ausencia de un contexto explícito, el sistema 1 genera solamente un contexto probable»<sup>5</sup>.

Es posible que con estos simples interrogantes se pueda llegar más fácilmente al pensamiento deliberado del sistema 2 que, muy probablemente, nos auxilie desaprobando, o al menos atenuando, la pulsión consumista del sistema 1, alentando con ello un consumo más coherente y razonable.

No tratamos de demonizar esta aplicación en particular que, como ya hemos dicho, otorga algunos beneficios y descuentos reales. Empero, nos parece importante resaltar que cuando el sujeto descarga la app inmediatamente será «asediado» por ofertas que lo incitan a consumir diferentes cosas más allá de su necesidad y deseo de consumo.

De modo que, conviene tener esto presente, toda vez que juega la noción de voluntariedad dentro del marco del acto jurídico de consumo y, como bien sostiene Fernando Shina<sup>6</sup> «Hasta que no se comprenda que el acto jurídico está más vinculado a reacciones bioquímicas del organismo que al discernimiento individual y autónomo, no podremos ayudar verdaderamente al débil de la relación jurídica».

4 KAHNEMAN. Op., Cit., pág. 109

5 KAHNEMAN. Op., Cit., pág. 110

6 SHINA, Fernando E.: «Las Neurociencias en la actuación profesional», Tº 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, pág. 105.



# Mediación e interdisciplina

POR MYRIAM J. SILVA PABÓN<sup>1</sup>

MJ-DOC-16087-AR | MJD16087

**Sumario:** I. Introducción. II. Origen de la Mediación y la resolución de conflictos. III. Modelos de resolución de conflictos y sus relaciones con otras disciplinas. III.a. Lineal o modelo de Harvard. III.b. Circulares. IV. Modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos (Modelo Estratégico). V. Las emociones y la toma de decisiones en la Mediación. VI. Neurociencia y Mediación.

## I. INTRODUCCIÓN

Es imposible pensar en la práctica de la mediación sin relación con otras disciplinas. Los abogados que nos dedicamos a la resolución de conflictos no podríamos ayudar a las personas, sin conocer otras disciplinas y sin la colaboración de otros profesionales, porque somos conscientes de la influencia que tienen las emociones en los conflictos y en la toma de decisiones.

Para continuar debo aclarar que la mediación es solo uno de los métodos que existen para solucionar conflictos, pero no es el único. En los EE.UU. existen más de 20 métodos de resolución de conflictos. Todos los conceptos que veremos a continuación pueden ser aplicados a todos estos métodos<sup>2</sup>.

1 Abogada y conciliadora de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes de Colombia. Con formación en Mediación y Arbitraje. Profesora de Negociación, Resolución de Conflictos y Arbitraje de la Universidad CAECE de Argentina. Miembro del Seminario Permanente de Investigación Teoría del Conflicto del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA

2 La resolución de conflictos es el término general para referirse a la prevención, análisis o mapeo del conflicto, gestión o administración del conflicto, solución o resolución del conflicto.

En la mayoría de las oportunidades, las personas que tienen un conflicto acuden a la mediación porque han prevalecido las reacciones emocionales sobre los análisis racionales, para que el mediador les ayude a tomar decisiones conscientes que involucren reflexión.

El Sociólogo y Filósofo Julien Freund<sup>3</sup> presenta al conflicto como una especie de relación social y el abogado Remo Entelman le adiciona a este concepto, que los miembros de esa relación social tienen incompatibilidad de objetivos<sup>4</sup>.

## II. ORIGEN DE LA MEDIACIÓN Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La resolución de conflictos surgió fuera del ámbito del derecho. En Estados Unidos durante la época colonial británica algunos peregrinos la usaron para mantener la paz dentro de sus comunidades. En la segunda mitad del siglo XX muchas leyes federales y estatales establecieron derechos a favor de las minorías, los trabajadores y los consumidores, el número de casos de divorcios creció y esto hizo que hubiera una creciente congestión de los Tribunales. Warren Burger, Presidente del Corte Suprema de Justicia, preocupado por la situación que se estaba viviendo en los Tribunales, convocó a la «Pound Conference» en 1976, e invitó a los jueces, abogados y profesores más importantes del país para proponer algunas soluciones para la insatisfacción general con la administración de justicia. Uno de los conferencistas, Frank Sander, profesor de la Universidad de Harvard, propuso una posible solución, que con el paso del tiempo, fue conocida como «El Sistema Multi-puertas», esta fue la idea más importante e influyente que salió de la «Pound Conference» y se considera el origen del movimiento de las Alternative Dispute Resolution (ADR). Hoy en cada Estado existe alguna forma de este sistema. De allí provienen los llamados mecanismos de resolución de conflictos, como los conocemos en la actualidad, entre ellos la mediación.

## III. MODELOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SUS RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS

Existen distintos modelos de resolución de conflictos, donde se puede evidenciar las relaciones con otras disciplinas.

**III. a. Lineal o modelo de Harvard:** en este modelo lo que se busca es que las partes manifiesten sus emociones en una primera etapa llamada de «aeración de las emociones». La metodología consiste en disminuir las diferencias a partir de la comunicación bilateral efectiva, buscando intereses que puedan ser compatibles.

**b. Circulares:** surgen como reacción al modelo lineal y centran toda su atención en los aspectos relacionales de los actores en conflicto, para modificar los patrones de interacción y hacer cambios en la relación. En estos modelos se reconocen las emociones

3 FREUND, Julien: Sociologie du conflit, Presses Universitaires de France. París. 1983.

4 ENTELMAN, Remo F.: Teoría de Conflictos. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005.



de las partes y son controladas con el objetivo de fomentar la reflexión. Entre ellos está el Transformativo<sup>5</sup>: busca que las partes restablezcan la relación, así no lleguen a un acuerdo entre ellas; el Circular Narrativo<sup>6</sup>: busca a través de la Teoría de las narrativas, escuchar la visión que tiene cada parte del conflicto (narrativa) y el mediador elabora una historia alternativa, que reconozca los aspectos a los que las partes le han dado mayor importancia, para poder construir un acuerdo; y el Estratégico, del que hablaremos a continuación.

#### **IV. MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS (MODELO ESTRATÉGICO)**

Considera el conflicto como un sistema complejo que, como todos los sistemas, tiende a la interdisciplinariedad, tratando de permitir que las diferentes disciplinas comprometidas en el sistema se vayan integrando a lo largo del desarrollo del conflicto<sup>7</sup>. En este modelo existen cuatro ejes, uno de análisis del conflicto donde se integra la Teoría de las narrativas, la Teoría del Conflicto, que podría ser objeto de otro artículo sobre este tema. Luego encontramos la Teoría de la Comunicación, que está presente en todo el modelo, que le permite al mediador comunicarse con las partes, ayudarles a comunicarse entre ellas y lograr la transformación de la relación de conflicto.

En el segundo eje se utilizan los diferentes recursos que permitan asegurar la comunicación, legitimar a las partes o solucionar los problemas de significación.

En el tercer eje, las partes tratan de co-construir una solución o resolución del conflicto, una etapa de negociación que tiene como base la Teoría de juegos<sup>8</sup> (especialmente antes de que existiera una Teoría del Conflicto), decidirán el método más adecuado para solucionar o resolver su conflicto y si llegan o no a un acuerdo.

El cuarto eje, que atraviesa a todos los tres anteriores, es denominado proceso decisonal, fundamentado en la Teoría de la decisión. En la etapa de análisis de manera descriptiva muestra cómo venían tomando decisiones los actores, en el segundo eje de gestión, de manera prescriptiva muestra cómo deberían decidir los actores, haciendo cambios en la relación. En el eje de la co-construcción de la solución o resolución, finalmente con toda la información de los ejes anteriores, permite que los actores tomen una decisión informada, involucrando la reflexión y tratando de lograr decisiones racionales o complejas.

5 Puede ampliarse en el libro de BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P.: La promesa de mediación. Ediciones Gránica. 2006.

6 Desarrollado ampliamente por la Profesora Sara Cobb de la Universidad de George Mason de EE.UU.

7 Modelo creado por el abogado argentino Rubén Alberto Calcaterra, teniendo como base la Teoría del Conflicto de Remo Entelman. CALCATERRA, Rubén. Mediación estratégica. Editorial Gedisa. Barcelona. 2002.

8 Cuando la resolución de conflictos tomaba la teoría de juegos. Hoy revaluado su uso, porque las decisiones no siempre son racionales, especialmente en las relaciones de conflicto.

## V. LAS EMOCIONES Y LA TOMA DE DECISIONES EN LA MEDIACIÓN

Los actores del conflicto cuando llegan a una mesa de mediación están influenciados por sus emociones, han prevalecido las reacciones emocionales, han venido tomando decisiones automáticas, que no son siempre racionales. En la mediación se busca que las partes reflexionen sobre las decisiones que venían tomando, para poder transformar la relación y para que tengan toda la información necesaria que los lleve a tomar decisiones más racionales o complejas, que sean a largo plazo y que eviten acuerdos forzados que pueden luego incumplirse. Teniendo en cuenta que no se pueden separar las emociones y el razonamiento.

## VI. NEUROCIENCIA Y MEDIACIÓN

La teoría del conflicto tiene en cuenta que no todas las decisiones de las partes son racionales. Que las partes se sientan en una mesa de mediación porque algo importante para ellos está en juego.

Los actores tienen generalmente un sesgo confirmativo que es la tendencia de buscar evidencias para confirmar sus propias creencias. Pero, por otra parte, las llamadas «neuronas espejo», permiten que surja la empatía<sup>9</sup>, que los pueden llevar a conseguir acuerdos.

La toma de decisiones está presente en todas las etapas de la mediación. La corteza prefrontal del cerebro es imprescindible para la toma de decisiones conscientes que involucren una reflexión y la solución de problemas difíciles o complejos. A la vez las partes del cerebro que regulan las emociones siempre están involucradas y no se puede prescindir de ellas. A modo de conclusión, es imprescindible la interdisciplinariedad en el sistema del conflicto, en la práctica de la resolución de conflictos y por lo tanto en la mediación. Las personas cuando se encuentran en una situación de conflicto están condicionadas por emociones y esto influye en la toma de decisiones en todas las etapas del conflicto.

9 Según el neurocientífico italiano Marco Iacoboni.



## Tiempos violentos (Pulp Fiction)

POR VANINA BOTTA<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16077-AR](#) | [MJD16077](#)

**Sumario:** *I. Presentación: agresión y violencia. II. La impulsividad. III. ¿Por qué somos agresivos?. IV. ¿Es posible controlar los impulsos violentos?. V. Intolerancia y empatía.*

La diferencia entre agresión y violencia basada en criterios de utilidad biológica.

### I. PRESENTACIÓN: AGRESIÓN Y VIOLENCIA

El primer término, agresión, se refiere a una conducta normal, fisiológica que ayuda a la supervivencia del individuo y su especie.

Valzelli (1983) en «Psicobiología de la agresión y la violencia»

Alhambra, Madrid (1983), la considera como un componente de la conducta normal que se expresa para satisfacer necesidades vitales y para eliminar o superar cualquier amenaza contra la integridad física y/o psicológica.

Hay que remarcar que si esta conducta se ha preservado a lo largo de la evolución es porque tiene un valor adaptativo, sobre todo en ambientes hostiles o de escasez de recursos.

La agresión impulsiva es generalmente una respuesta inmediata a un estímulo del medioambiente y está muy relacionada con las emociones básicas (o primarias) de ira y cólera.

<sup>1</sup> Médica (Universidad Nacional de Rosario). Especialista en psiquiatría. Especialista en Medicina Legal (UBA). Actual médica forense de circunscripción judicial Puerto Madryn. Chubut. MP 25

En cambio, violencia se utiliza para formas de agresión en las que el valor adaptativo se ha perdido y que reflejan una disfunción de los mecanismos neurales relacionados con la expresión y control de la conducta agresiva.

El objetivo de la violencia es el daño extremo, incluso llegando a la muerte de la víctima y representa un problema clínico grave que acarrea consecuencias negativas para las personas y la sociedad.

La violencia ha penetrado todos los escenarios de la vida individual, social, institucional y comunitaria. Si bien, existen varias clasificaciones de la conducta agresiva, la de mayor solidez y también más empleada en la actualidad es la diferenciación entre agresión premeditada y agresión impulsiva (o reactiva). Es muy probable que se acompañen de mecanismos neurobiológicos subyacentes distintos.

La reactiva o impulsiva suele estar asociada con actividad emocional intensa, con emociones negativas fuertes (como ira o miedo) y se expresa como respuesta a una amenaza percibida en el medio. Es una reacción abrupta, en «caliente», como una respuesta a una percepción de provocación o amenaza y lleva a importantes consecuencias negativas para el propio agresor. La agresividad premeditada y controlada (predatoria, instrumental) es característica de los sujetos psicópatas y se explica según investigaciones por correlatos neurobiológicos distintos.

## II. LA IMPULSIVIDAD

Otro término importante para este análisis es el de impulsividad, la misma se ha definido como la tendencia a emitir una respuesta de forma rápida (sin mediar reflexión) y se caracteriza por comportamientos inadecuados, poco planificados y que por lo tanto ponen en riesgo a la persona y a terceros.

La impulsividad es uno de los factores explicativos más importantes de la conducta violenta, pero también de otras conductas (la hiperactividad, el alcoholismo, el suicidio, las adicciones).

Si bien no existe aún una comprensión completa de los mecanismos que subyacen a las conductas agresivas y violentas, debemos, para su comprensión (aunque sea parcial), tener en cuenta la interacción de variables biológicas con aspectos psicosociales y de aprendizaje; o sea, tiene una lógica compleja, casi nunca tiene una única causa.

## III. ¿POR QUÉ SOMOS AGRESIVOS?

Los hallazgos acumulados hasta la fecha indican fuertemente la existencia de un correlato neuroanatómico que ayuda a explicar las conductas agresivas e impulsivas.

Algunas cuestiones podrían intentar explicarla:

La violencia se genera en el cerebro, como bien dijo Ghiglieri, esa hermosa máquina capaz de crear las más bellas melodías y esculturas se transforma en oscuridad, irracionalidad, violencia y muerte bajo un coctel de circunstancias sociales.

En la violencia participan varias estructuras que incluyen: el sistema límbico (cerebro emocional); estructuras no límbicas, tallo cerebral (tronco encefálico, la parte más primitiva de nuestro cerebro) y la médula espinal.

La disfunción de los circuitos prefrontales (este nombre es el nombre de la parte del cerebro que está detrás de nuestra frente) está probablemente acompañada de un funcionamiento inadecuado en varias estructuras subcorticales, sus interconexiones y en el equilibrio en la actividad de estas regiones. Esta red incluye regiones del lóbulo prefrontal (las zonas orbitofrontal y ventromedial), el córtex cingulado anterior y estructuras subcorticales (la amígdala y el hipocampo).

Son estas áreas, las relacionadas con dos funciones sumamente importantes para vivir en sociedad, como son las funciones ejecutivas (se encuentran en la región anterior de los lóbulos frontales y son responsables de la planificación, flexibilidad, memoria de trabajo, monitorización e inhibición para la obtención de metas; y también están implicadas en la regulación de estados emocionales) y el control emocional.

Los últimos avances y estudios apuestan por un posible desequilibrio funcional de estructuras corticales frontales y regiones subcorticales en la manifestación de comportamiento agresivo de carácter reactivo.

El procesamiento de información de carácter social y los aspectos relacionados con la inhibición del comportamiento y la reflexividad son capacidades bajo el control del área orbitofrontal. La desregulación de este tipo de procesos probablemente contribuirá a la aparición de conductas impulsivas de diversa índole, pudiendo desembocar en comportamientos agresivos.

De hecho, la agresión impulsiva se relaciona con la falta de inhibición que la corteza orbitofrontal ejerce sobre la amígdala, involucrando circuitos de un neurotransmisor llamado Serotonina (así, una disminución de la actividad de serotonina correlacionaría con agresión impulsiva).

Cada vez existen más artículos y datos de estudios que correlacionan una baja actividad en la corteza prefrontal como factor causal de violencia, ya que un funcionamiento del área prefrontal disminuido lleva a una pérdida de la inhibición de algunas estructuras más primitivas filogenéticamente (como la amígdala cerebral).

#### IV. ¿ES POSIBLE CONTROLAR LOS IMPULSOS VIOLENTOS?

Raine<sup>2</sup> dice que la inmadurez de los lóbulos frontales puede conducir a comportamientos violentos, ya que habría un funcionamiento ejecutivo deficitario (con problemas también

2 «RAINE, A.: Psicopatía, violencia y neuroimagen. En Raine A, Sanmartín J., eds. Violencia y psicopatía. Barcelona: Ariel; 2002. p. 59-88»

en atención sostenida, flexibilidad ante el cambio de contingencias, autorregulación y toma de decisiones). Recordemos que los lóbulos frontales son la última región del cerebro en madurar y lo hace alrededor de los 20 años de edad.

¿La pregunta es, entonces, quién puede atenuar estos circuitos y a esta amígdala cerebral y limitar algunas emociones y conductas violentas? La respuesta es la corteza prefrontal, un área de cerebro que inhibe las conductas agresivas y desadaptadas, una zona que como ya mencioné, es la última en madurar y que es donde se encuentran funciones muy importantes para la vida en sociedad.

Para no entrar en un reduccionismo neurobiológico y porque todos/as sabemos que el todo (la integridad) de una persona está condicionado por los genes y el ambiente. El contexto socio cultural (que incluye las situaciones, condiciones, relaciones, etc.), así como la inequidad, constituyen una condición estructural y posibilitadora de la violencia.

## V. INTOLERANCIA Y EMPATÍA

Otra condición estructural para la violencia es la intolerancia que tiene que ver con incapacidad para tramitar las diferencias.

No puedo dejar de mencionar las drogas ilegales, los narcóticos (con todas sus implicancias económicas, políticas, culturales y éticas) que contribuyen al aumento de las violencias.

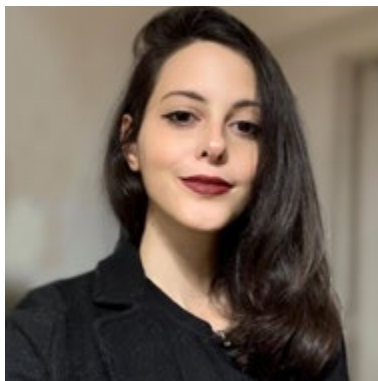
Es que, la violencia, es tan cotidiana que muchas veces no podemos ver sus dimensiones reales. Nos acostumbramos a vivir como si ella no existiese o como si fuese un problema ajeno, casi un espectáculo televisivo.

Lo interesante es que, sabiendo sus múltiples factores explicativos se pueden pensar estrategias, es posible modificar ambientes de riesgo (generadores de violencia) si se tratan algunas de sus causas, como la pobreza, el machismo, la desigualdad, la falta de acceso, la inequidad, la exclusión, etc.).

La empatía es el inhibidor más potente que se conoce contra la violencia y la crueldad. Existen un grupo de neuronas, denominadas, neuronas espejo, que podrían estar en la base de la empatía y presentar algún tipo de alteración en los agresores, en los violentos y, en alguna medida, en la génesis de todas las conductas antisociales que futuras investigaciones habrán de estudiar.

Por último, es clave recordar que gracias al proceso de neuro plasticidad no somos esclavos de nuestra biología y que tanto la biología como el comportamiento son susceptibles al cambio.





# Pistas para cuestionar lo establecido en la psicología forense y no morir en el intento

POR DENISE NIGRO<sup>1</sup>

MJ-DOC-16081-AR | MJD16081

**Sumario:** I. Presentación. II. Las técnicas empleadas. III. Las técnicas proyectivas. IV. Críticas a las técnicas proyectivas. V. El carácter pseudo-científico de las técnicas proyectivas. VI. Hacia el uso de las neurociencias en las pericias judiciales. VII. La Neuropsicología Forense (NF).

## I. PRESENTACIÓN

La función del perito psicólogo, como profesional experto en materia de psicología, es la de realizar una evaluación pericial que sirva para esclarecer cómo ocurrieron los hechos. Para ello, realiza un análisis del psiquismo de una persona empleando las técnicas de exploración psicológicas que sean idóneas para realizar la tarea en los fueros civil, comercial, laboral y penal. Por lo tanto, es muy importante seleccionar las técnicas más apropiadas.

## II. LAS TÉCNICAS EMPLEADAS

Las técnicas referidas en la presentación deben cumplir requisitos mínimos que hacen a su buena calidad. Deben poseer propiedades científicas, conocidas como confiabilidad y validez.

Veamos un poco más de cerca qué quiere decir todo esto.

1 Denise Nigro, Psicóloga (M.N. 73168), Universidad de Buenos Aires, estudiante del Profesorado de Enseñanza Media y Superior en Psicología (Universidad de Buenos Aires), alumna en la Maestría en Neurociencias en la Universidad Favaloro

**Confiabilidad:** que una prueba sea confiable, quiere decir que debe ser consistente y precisa. Si una prueba no es confiable, su inconsistencia repercutirá negativamente en la validez del instrumento. Por ejemplo, cuando sentimos que podemos tener fiebre, el instrumento que buscamos es un termómetro, dado que mide la temperatura corporal. Si nos tomamos la temperatura y nos arroja 38 grados, pero repetimos la medición diez minutos después y nos arroja 32 grados, y una tercera vez diez minutos más tarde nos da 41 grados, el instrumento no está siendo preciso, no es confiable y esto afecta su validez.

**Validez:** La validez permite decir de una prueba que mide lo que se propone medir. Hay varios tipos de validez, pero no nos adentraremos en ello en este artículo.

Los peritos psicólogos deben conocer la fiabilidad y validez de las técnicas de evaluación psicológicas que emplean, así como su uso y aplicación adecuada.

### III. LAS TÉCNICAS PROYECTIVAS

Dicho esto, damos un paso más. Las técnicas que se emplean más habitualmente se denominan «técnicas psicométricas» y «técnicas proyectivas». Estas últimas están incluidas en el marco teórico del psicoanálisis freudiano y la psicología de la forma. El término

«proyección», según Freud, es entendido como una forma subjetiva de representar la realidad. La organización interna de una persona condiciona una percepción proveniente del mundo exterior. Esta noción es el soporte conceptual de las técnicas proyectivas.

Es probable que el lector conozca algunas. Trate de recordar si en algún momento, quizás para ingresar a un trabajo, le han requerido un estudio psicotécnico. ¿Le han pedido que dibuje una persona bajo la lluvia? ¿Le han pedido que ordene unas tarjetas de colores? Si es así, le han administrado técnicas proyectivas.

¿Pero qué tiene que ver todo esto con la confiabilidad y validez? ¿Las técnicas proyectivas, que hemos dicho se usan en el ámbito forense, tienen confiabilidad y validez conocida?

Lo cierto es que desde hace décadas se discute su utilización, ya que no cumplen con los requisitos de confiabilidad y validez, o en el mejor de los casos, son cuestionables. El consenso internacional recomienda no usarlas en procesos judiciales y pericias precisamente por la controversia que hay.

### IV. CRÍTICAS A LAS TÉCNICAS PROYECTIVAS

En el año 2011, Susana Sneiderman<sup>2</sup> mencionaba cuáles son las principales críticas de estas técnicas administradas en el ámbito forense, cuyos resultados se emplean como elementos probatorios.

2 SNEIDERMAN (2011): Consideraciones acerca de la confiabilidad y validez en las técnicas proyectivas. Revista Subjetividad y Procesos Cognitivos, Vol. 15, N° 2. 93-110. ISSN electrónico: 1852-7310.

Primeramente, su modalidad de interpretación es siempre «subjetiva» y por lo tanto no científica. Esto significa que su resultado dependerá de cómo las entienda cada perito. En segundo lugar, presentan una gran dificultad para llegar a generalizaciones válidas. También se cuestiona la falta de estandarizaciones y normas suficientes que aumenten su confiabilidad.

Dicho en otras palabras; se cuestiona la confiabilidad de las técnicas proyectivas por no acercarse al concepto de precisión. Por el contrario, se parte de un material ambiguo e inestructurado: formas, dibujos, colores, láminas, si el dibujo de la persona lleva paraguas o no, si la lluvia es demasiada o no.

## V. EL CARÁCTER PSEUDO-CIENTÍFICO DE LAS TÉCNICAS PROYECTIVAS

En el año 2002, Lohr, Fowler y Lilienfeld<sup>3</sup> analizaron la utilización de técnicas de evaluación que no poseen validación científica, denominándolas «pseudocientíficas», entre las que consideran que se encuentra el Test de Rorschach. Seguramente algunos lectores habrán visto, en más de una película, «la prueba de las manchas de tinta», en donde un psicólogo sostiene unas láminas con manchas ambiguas, sin estructura ni forma y una persona debe responder a la pregunta de «¿qué ve en esta lámina?». Este test contiene una técnica proyectiva psicoanalítica que utilizan algunos peritos y pretende medir, entre otras cosas, la personalidad del sujeto partiendo desde la ambigüedad.

En síntesis, el status científico de las técnicas proyectivas psicoanalíticas es altamente polémico, especialmente en Estados Unidos, Canadá y algunos países europeos.

## VI. HACIA EL USO DE LAS NEUROCIENCIAS EN LAS PERICIAS JUDICIALES

Conforme lo dicho en los antecedentes, cabe que nos preguntemos: ¿por qué razón se siguen empleando las técnicas reseñadas en el ámbito forense si hace décadas que, en todo el mundo, se cuestiona su uso?

No es novedad el atraso científico que padecen las ciencias jurídicas. Así como tampoco es novedoso que el psicoanálisis freudiano es la orientación predominante en Argentina; empero, al mismo tiempo, se erige como una «pseudociencia».

Hay numerosos enfoques y terapias basadas en la evidencia y con enfoque científico, tales como la cognitivo comportamental (TCC), la terapia interpersonal (TIP), la terapia dialéctico conductual (DBT), el modelo transteórico (MT), la psicooncología, entre otras.

3 PEÑAS, M.R. (2019): El test de Rorschach en la evaluación psicológica: fiabilidad y validez. [Tesis de Grado, Universidad Pontificia Comillas]. FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES El test de Rorschach en la evaluación psicológica: fiabilidad y validez

Sin embargo, el psicoanálisis freudiano continúa siendo dominante y hegemónico en el área de la salud mental en general y en el ámbito forense de la mano de las técnicas proyectivas, fuertemente cuestionadas.

## VII. LA NEUROPSICOLOGÍA FORENSE (NF)

Hemos dicho que los peritos psicólogos también usan las técnicas psicométricas, las cuales no son objeto de crítica en cuanto a su confiabilidad, estandarización ni modalidades de interpretación. Algunas de ellas son la Escala de Trauma de Davidson, la Escala de Impulsividad de Barratt, la Escala de Desesperanza de Beck, el Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota (MMPI-2), entre otras.

Estas técnicas difieren de las proyectivas desde el marco teórico (no se apoyan en el psicoanálisis freudiano, sino en psicología científica), las hipótesis subyacentes y las modalidades de interpretación. Se suelen combinar con técnicas proyectivas bajo una pretendida complementariedad en las pericias.

Cabe preguntarnos, ¿qué consecuencias puede acarrear el uso de técnicas poco confiables en el ámbito forense? ¿El perito auxiliar del Juez, aporta elementos probatorios precisos o sujetos a la interpretación subjetiva? ¿Qué consecuencias se desprenden de auxiliar a la Justicia desde la pseudociencia?

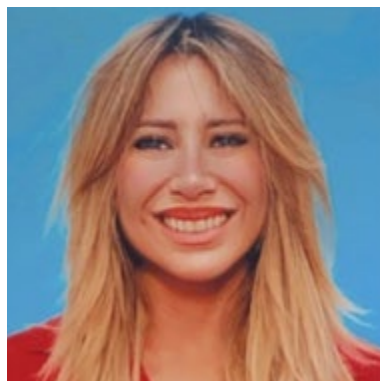
No pretendemos sugerir que debe abandonarse el uso de las técnicas proyectivas sin buscar alternativas avaladas internacionalmente para las pericias psicológicas. En este sentido, es oportuno señalar que en el año 2019 realicé, para mi tesis de grado, una investigación bibliográfica sobre los aportes teóricos y prácticos que podrían tomarse de la neuropsicología en el ámbito legal: esto se conoce como neuropsicología forense (NF).

En Argentina se desconoce esta posibilidad. La NF permite orientar una decisión judicial analizando las alteraciones cognitivas y conductuales de una persona en relación con el ambiente. Esto, a su vez, permite dar cuenta de la existencia de déficits neuropsicológicos (por una lesión cerebral conocida o sospechada).

Estas técnicas ofrecen información muy precisa; como por ejemplo la posibilidad de que exista una simulación, o alteraciones cerebrales asociadas al comportamiento violento o agresión impulsiva.

En la NF se emplean técnicas estandarizadas y reconocidas por su confiabilidad y validez. Lo más importante, es que permiten ampliar el abanico de herramientas del perito. Si bien la NF es una disciplina relativamente joven, numerosos trabajos subrayan el innegable potencial de los conocimientos de la neuropsicología en el ámbito legal. Efectivamente, se erige como una herramienta que permite articular la neurociencia y el derecho desde una perspectiva actualizada.

Se trata, entonces, de no dejar de cuestionar lo establecido y de empezar a abrazar una praxis más responsable y comprometida con la interdisciplina.



## La corrupción como norma social

POR CYNTHIA T. CASTRO<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16075-AR](#) | [MJD16075](#)

Existe una relación de proporciones directas entre la mayor corrupción y la tolerancia social porque hay una sociedad que justifica la acción corrupta. Al no haber sanción social el delito se naturaliza en la sociedad.

Mención aparte merece el tratamiento de la desconfianza social en el sistema judicial por la impunidad que aparenta «tener» el corrupto.

En un trabajo anterior señalamos que cualquier valor que se construye en la infancia resulta muy difícil de modificar en la edad adulta<sup>2</sup>.

Ahora bien, ¿es viable deconstruir valores adquiridos en la infancia cuando tienden a ser deshonestos? Esto no implica estigmatizar a quien toma la decisión de ser corrupto impidiéndole ejercitar su libre albedrío sin permitirle la posibilidad de cambio, aunque, debe señalarse, implica mucha voluntad para modificarse a sí mismo, para modificar el entorno porque las decisiones que cada uno toma influyen en el contexto.

La voluntad según la Real Academia Española es definida como un «acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola o aborreciéndola y repugnándola». Este acto o la decisión debe ser tomado con total libertad. En definitiva, la voluntad es la capacidad humana para decidir con libertad lo que se desea.

Sin embargo, ¿cómo es posible actuar con libertad en un contexto donde la corrupción es tolerada socialmente?

Lejos de tener una raigambre genética, la corrupción tiene una dimensión personal y esto incluye en qué medio crece el cerebro y cuál es la dinámica mente-emoción por la que atraviesa una persona hasta llegar a ser corrupta. La corrupción tiene que ver con los valores, con la educación y con el contexto porque el entorno no le es indiferente al corrupto. Las neurociencias sostienen que, por la repetición de los actos se llegan a

1 Abogada, Triple Master en Derechos Humanos, Derecho Internacional y Cooperación Internacional, Instituto Stellae, España

2 CASTRO, Cynthia: Corrupto ¿se nace o se hace en Neurociencias & Derecho, n° 1, Microjuris, mayo de 2021, p. 51

modificar redes neuronales relacionadas a las tomas de decisiones, y eso ocasiona el desarrollo de los llamados «patrones de conductas». Además, el cerebro replica acciones, sentimientos y emociones observadas a través de las neuronas espejo.

Advierta el lector que tanto las acciones, como los sentimientos y las emociones son observadas implicando la decisión del sujeto de hacerlo ya que la observación implica, necesariamente, prestar atención a algo o alguien.

La voluntad y la libertad de repetición de los actos genera redes neuronales. Así, cuanto más frecuente es la repetición el cerebro se vuelve más flexible a la adaptación de cambios siendo esto el soporte biológico de los hábitos. Pero, implica una decisión inicial (voluntad), libre de presiones (libertad). Para Baruch Spinoza, el hombre alcanza la libertad a medida que desarrolla su conocimiento intelectual, por lo que el conocimiento y la autodeterminación van de la mano<sup>3</sup>.

Ahora bien, las presiones sobre el elemento volitivo son externas tanto para inclinarse o no hacia actos de corrupción. Si no hay reproche social se pierde el mecanismo de premios y castigos naturalizándose el delito.

Mediante el estudio de nuestro comportamiento evolutivo y la resolución de dilemas morales se observó que, sin importar cultura, edad, clase social o religión, el hombre es corrupto por naturaleza: piensa primero en el bien propio y luego considera reglas morales y sociales; sus castigos y percepciones.

No realizar actos de corrupción implica una actitud prosocial frente a una actitud exclusivamente en pos del bien individual. La ley y la mirada social influyen positivamente en nuestra conducta<sup>4</sup>.

Por este motivo, pensamos que no es posible encuadrar a la corrupción como una cuestión netamente biológica u orgánica; ello equivaldría a estructurarla como un problema mental y no como uno de tipo socio-jurídico. En este contexto, sostenemos que existen redes neuronales formadas por cadenas de complicidad familiar, política, social y cultural que propician la corrupción y a su efecto, la impunidad.

Mientras no comprendamos qué motiva al corrupto y al corruptor, esto es, qué se esconden en su entramado psíquico, qué los lleva a romper sus obligaciones sociales y cívicas, a comportarse de manera contraria a lo que predica, no podremos diseñar herramientas adecuadas para combatir la corrupción.

Como hemos advertido, las neurociencias y las ciencias de la conducta tienen mucho que aportar al tema<sup>5</sup>. Especialmente porque nos permiten una comprensión de la realidad personal y social, y es precisamente allí donde nos volvemos conscientes, ya que una de

3 BARTRA ROGER: «Determinismo vs. Libertad» Letras Libres, num.147, 11 de marzo de 2011

4 MANES, Facundo: «El cerebro corrupto», El País, 10 de junio de 2016.

5 MARQUEZ GÓMEZ, Camarillo C.: «Para enfrentar la corrupción. 'Volver a las mismas cosas'. La necesidad de la diasdoralogía». Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



las características determinantes de los corruptos es la incapacidad de conciencia individual y social. Está convencido de que sus delitos están justificados y, por lo tanto, su accionar es no ocasiona consecuencias y de ahí surge el accionar deliberado de impunidad.

Solo es posible convertir en conciencia este flagelo que nos atraviesa a todos si se analiza la corrupción, y las herramientas para combatirla, desde diversas disciplinas.

A tenor de las interdisciplinas reparo en la siguiente cita que está basada en la obra de Albert Einstein: «Un ser humano es una parte del todo, llamado por nosotros «Universo», una parte limitada en tiempo y en espacio. Él se experimenta a sí mismo, sus pensamientos y sensaciones como algo separado del resto, una especie de ilusión óptica de su consciencia. Esta ilusión es una especie de prisión para nosotros, que nos restringe a nuestros deseos personales y al afecto por unas cuantas personas cercanas a nosotros. Nuestra tarea debe ser liberarnos de esta prisión al ampliar nuestro círculo de compasión para abrazar a todas las criaturas vivientes y a toda la naturaleza en su belleza. Nadie es capaz de lograr esto por completo, pero el esfuerzo por tal logro es en sí mismo parte de la liberación y una base para la seguridad interna»<sup>6</sup>.

La conciencia, inexcusablemente hace responsables a quienes gozan de ella. Si alguien en su interior, en su intimidad, vive la vida con responsabilidad, no podrá entrar en contradicción con la ley y tendrá respeto por el derecho.

El respeto por el derecho lo debemos tener todos, y pesa por quien administra justicia llevar adelante esta custodia. Sin embargo, ¿cómo atraviesa la corrupción a quienes deben juzgar?

¿Existe la corrupción judicial?

Estas preguntas las iremos examinando y tratando de resolver en los próximos artículos.

---

6 The New Quotable Einstein por Alice Calaprice (Princeton University Press, ISBN 0691120749), p.206



## Neuroeducación en inteligencia emocional. El equilibrio entre inteligencia y emoción

POR M. LAURA BLANCO<sup>1</sup>

MJ-DOC-16078-AR | MJD16078

*«Me gusta la gente sentipensante. Que no separa la razón del corazón. Que siente y piensa a la vez. Sin divorciar la cabeza del cuerpo ni la emoción de la razón» -*

EDUARDO GALEANO.

La persona humana es un ser emocional, energético, magnético, espiritual, racional- racionalizador. Este ser complejo que primero siente y luego piensa requiere ser estudiado en su totalidad (cerebro: mente y emociones, cuerpo, espíritu), de forma integral y no en partes aisladas (sistema nervioso central, sistema cardiovascular, sistema digestivo, sistema inmunológico, sistema respiratorio, sistema reproductivo). Nótese que en el siglo XVII se hablaba de cuerpo humano, no ser humano (siglo XIX-XX) y la Organización Mundial de la Salud define a la salud como «el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente ausencia de afecciones o enfermedades».

Desde la concepción (entendida esta como la implantación del embrión en el útero de la mujer o persona gestante) comienza el desarrollo del ser humano. El corazón empieza a latir antes de formarse el cerebro (mente emocional y mente racional). Los nutrientes que recibe dependen exclusivamente de la alimentación de su madre o persona gestante y percibe sus emociones que producen un impacto positivo o negativo en su desarrollo y crecimiento.

Un estudio en Bristol, Londres, reunió a 14.000 mujeres embarazadas, a quienes se les hizo un seguimiento midiendo su ansiedad durante el período gestacional. El 15% de las madres más ansiosas duplicaba el riesgo de que el niño manifieste el síndrome de déficit de atención o dificultades de aprendizaje, trastorno de hiperactividad y problemas con-

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, con especialización en niñez y adolescencia. Profesional perteneciente al Programa de abogados/as de infancia -adolescencia (PR. AB.I.A) que nace de una alianza interinstitucional entre CASACIDN y Asociación Amanecer- casa taller- programa abogados por los pibes

ductuales. Vivette Glover, psicobióloga, profesional interviniente en este estudio demostró que: «se ha descubierto que en mujeres más ansiosas se reduce el flujo sanguíneo que llega al bebé», «y hemos visto que cuanto más alto es el nivel de cortisol (hormona del estrés) en el líquido amniótico que rodea al bebé más bajo es el nivel de coeficiente intelectual, esto prueba que los niveles más altos de cortisol en la matriz afecta al cerebro y por ende afecta el aprendizaje». En otras palabras, Vivette nos dice que, si bien la placenta parece ser una barrera eficaz frente al cortisol que procede de la madre y llega al feto, en caso de ser la madre más ansiosa, el cortisol atraviesa la placenta y afecta el desarrollo cerebral del embrión<sup>2</sup>.

Los expertos (pediatras, obstetras, psicólogos, neurólogos, psiquiatras) afirman que los niveles de ansiedad en la mujer embarazada o persona gestante afecta no solo el desarrollo y crecimiento del embrión sino también durante toda su vida.

Los profesionales parecen encontrar fundamento en la hipótesis o teoría de la programación fetal, según la cual las estructuras del cerebro, los cambios metabólicos, los patrones fisiológicos, la nutrición y los factores ambientales programan la vida adulta. Lo que se programa en el desarrollo del embrión y es afectado o alterado por la ansiedad prenatal y el estrés se manifiesta en la salud durante la vida adulta.

Los efectos del estrés y ansiedad son diferentes según el periodo gestacional de que se trate. En el primer trimestre se presenta el riesgo de tener un aborto espontáneo, alteraciones congénitas por alteración del desarrollo de la cresta neural (labio leporino, por ej.) o malformaciones, esquizofrenia. En la segunda mitad del embarazo el síndrome del déficit de atención o dificultades de aprendizaje, hiperactividad y trastornos conductuales (alteraciones cognitivas, conductuales y emocionales), el parto prematuro y bajo peso.

Los factores de riesgo que inciden en el estrés son diversos; problemas económicos, embarazo no planeado, crisis en la relación de pareja, el fallecimiento de un familiar, tipo de trabajo que desempeña, sumado a las tareas del hogar, el cuidado de sus otros hijos (en caso de no tratarse de madre primeriza) y de adultos mayores, entre otros. Sienten tristeza, angustia, ira, sensación de no poder con todo, culpa por creer que van a fracasar como madre.

Algunos autores sostienen que la ansiedad durante el embarazo debe ser analizada o estudiada de forma diferenciada a la ansiedad generalizada porque el embarazo en sí mismo puede ser una causa de ansiedad que se manifiesta a través de la fobia o miedo al parto, a las contracciones, al miedo a tener un hijo/a con discapacidad.

La evolución de la ansiedad en el embarazo y su continuidad en el puerperio es una cuestión a considerar porque la ansiedad de la mujer embarazada o persona gestante incrementa tres veces la posibilidad de tener depresión post parto. Disminuir el estrés y

2 GLOVER VIVETTE: psicobióloga perinatal, «educación emocional desde el útero». Entrevista con Eduardo Punset programa redes, emitida el día 4 de octubre de 2009.

la detección junto al tratamiento precoz de la ansiedad o depresión se torna crucial para el bienestar de ambos<sup>3</sup>.

Ahora bien, ¿nosotras, las mujeres reservamos turno con el médico antes de quedar embarazadas o recién pensamos en la consulta médica ante el resultado positivo del test de embarazo o negativo porque pese a los intentos no se ha logrado la fecundación de forma natural? ¿El médico obstetra hace un seguimiento, un control mediante estudios de rutina, pero por qué no suele preguntar sobre nuestro estado emocional. El contexto familiar y el entorno social son fundamentales en el desarrollo y crecimiento de la persona por nacer, y en su vida como bebé, niño, adolescente y adulto? ¿decidimos tener un hijo/a por elección personal o por mandato cultural de que por nacer hombre o mujer servimos para reproducir nuestra especie y formar una familia?

En el sube y baja de la mente humana, a medida que la emoción sube la inteligencia baja. No obstante, pueden estar en el mismo nivel mediante el equilibrio entre inteligencia y emoción.

Daniel Goleman, reconocido como uno de los creadores de la teoría de la inteligencia emocional nos dice que la cognición y la emoción se encuentra en la misma área cerebral, por lo que podemos ejercitar, entrenar nuestras emociones mentalmente y decidir con consciencia.

Como hemos visto la educación emocional comienza en el útero de nuestra madre o persona gestante. Luego, al nacer, en nuestra infancia, adolescencia e incluso en la adultez tenemos que aprender a identificar emociones ¿Qué sentimos? Alegría, amor, sorpresa, miedo, aversión, tristeza, vergüenza, ira. Una vez detectada la emoción, hay que regularla. No se trata de controlar sino de gestionar emociones.

Prestar atención a nuestro estado emocional parece ser la clave para entrenar la inteligencia emocional. Lograr ese equilibrio emocional es importante aún antes de decidir quedar embarazadas, durante el periodo gestacional e incluso antes del nacimiento de nuestro hijo/a para prevenir o evitar las consecuencias señaladas.

---

3 OLZA FERNÁNDEZ y GAINZA TEJEDOR: «la teoría de la programación fetal y el efecto de la ansiedad materna durante el embarazo en el neurodesarrollo infantil», España, revista de Psiquiatría infanto juvenil, número 2-3-4/2007, pág. 2,3 y 4.



## Las encuestas electorales y la racionalidad de las pasiones

POR EZEQUIEL RAIMONDO<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16082-AR](#) | [MJD16082](#)

Se puede afirmar que las encuestas electorales de carácter científico, es decir, con toda una metodología específica que las sustenta, nacieron durante la década de 1930 en los Estados Unidos a impulso del periodista y matemático George Gallup. Desde aquellos tiempos hasta la actualidad su evolución y proliferación ha sido verdaderamente notable. De ser trabajos «de laboratorio» en búsqueda de predicciones de comportamientos políticos pasaron, en apenas 40 años (hacia fines de los 70), a transformarse en elementos de las campañas políticas en sí.

De ser instrumentos orientadores para la toma de decisiones políticas o para la evaluación del impacto de determinadas políticas públicas en «mesas chicas» a las que se sentaban analistas, candidatos y funcionarios, las encuestas pasaron a ser investigaciones cuyos resultados son de dominio público gracias a la intervención de los medios de comunicación y, por supuesto, a intereses políticos circunstanciales que empujan hacia su publicitación.

La tradicional lógica del mercado electoral «piensa» a los electores como seres racionales que maximizan sus beneficios. Las encuestas nacieron a la luz de esta premisa y el tiempo ha demostrado con creces que la supuesta autonomía de la voluntad de los votantes no es más que eso: una mera suposición por demás falaz.

Si los electores se comportaran según este patrón actitudinal, los encuestadores no se equivocarían tanto y las democracias se hubieran vuelto previsibles, aburridas y, consecuentemente, menos democráticas.

1 Politólogo, USAL, Asesor en el Senado de la Nación Argentina

Como bien afirmaba el economista Albert O. Hirschmann no todo es racionalidad ni libertad absoluta en el comportamiento humano ya sea a la hora de elegir un jabón en el supermercado o entre papeletas de varios candidatos a introducir en la urna. Existe una «racionalidad de pasiones»<sup>2</sup> que interviene como un objetivo mar de fondo que desplaza a la pura racionalidad a la hora de optar entre distintas posibilidades. Son las pasiones subyacentes las que «sabotean» la racionalidad clásica que fue el cimiento de los primeros desarrollos de las escuelas fundadoras de la metodología de la investigación social tendiéndoles trampas indescifrables a los encuestadores.

A ello se le suma el avance irrefrenable de los medios por los cuales la gente se comunica y a las dificultades que acarrea para la metodología el abordaje de tres factores clave: la aceleración de la movilidad comunicacional, la necesidad de abaratar costos y el aumento de la inseguridad ciudadana (fundamentalmente en los países latinoamericanos).

La aparición de la telefonía celular y el progresivo abandono de las líneas telefónicas fijas son un problema difícil de superar con éxito por parte de los encuestadores. Desde esta perspectiva, el nomadismo acelerado es enemigo del sedentarismo de antaño; la velocidad y la densidad del tráfico con el que lidiamos para comunicarnos, reforzada por nuestra más amplia y rápida capacidad de desplazamiento sumada a la más intensa conexión con el trabajo (para quien tenga la suerte de poseerlo) vuelven a los potenciales entrevistados más esquivos. Antes era más fácil realizar entrevistas domiciliarias; hoy esto se ha vuelto prácticamente imposible porque el tiempo apremia tanto para investigadores presionados por la coyuntura como para los impacientes sujetos investigados. Los elevados costos que implican los trabajos «de campo» y la inseguridad, que se ha vuelto una sombra objetiva tanto para encuestadores como para encuestados que temen ser víctimas de robos o desagradables hechos de violencia, es otro obstáculo.

La popularización de las encuestas también es un factor interviniente. Antes, ser entrevistado suponía una distinción halagadora, hoy representa una molestia que resta tiempo sin que apareje ningún beneficio para quien acepte responder.

Del gran prestigio que supieron tener las encuestas a la mutación negativa que supone el dicho popular que explica que la palabra «encuesta» en francés se dice «Lepifié», mucho tuvieron que ver las propias consultoras y sus titulares que sucumbieron a la tentación de pasar de ser asesores anónimos a panelistas «consagrados» de la televisión. Cruzar la línea del anonimato al servicio de determinado cliente para transformarse en gurúes televisivos degradó a la profesión partidizando a las consultoras.

Hay quienes defienden la tesis de que la publicación de los resultados de las encuestas no influye sobre el comportamiento electoral. Rebatir esto es muy sencillo: Es imposible que no incida sobre la formación de la conducta electoral si esos mismos resultados influyen poderosamente en la actitud política de los propios partidos o coaliciones al punto que logran que «suban» o «bajen» candidaturas modificando, de ese modo, el propio mercado electoral.

2 HIRSCHMANN, Alberto: Las pasiones y los intereses. Fondo de Cultura Económica 1978.



Es claro que las encuestas políticas deberían ser un instrumento indispensable para la planificación y el monitoreo de las campañas políticas modernas. Pero cuando una encuesta escapa del escritorio del político/candidato y toma estado público desvirtúa su función primitiva. Cada vez que una investigación se publica, se transforma en noticia y pasa a cumplir otra función que es la de incidir sobre la conformación del escenario simbólico-político de confrontación electoral.

En los últimos 30 años el fetichismo que se ha construido entorno a las encuestas es tan notorio que en más de una oportunidad el lector habrá visto a candidatos discutir sobre metodología y la probidad de tal o cual consultor y, de seguro, habrán sido testigos de consultores cuyos resultados de investigaciones calzan como anillo al dedo de candidatos determinados que —¡oh casualidad!— son quienes los contratan.

En un artículo que publiqué hace un tiempo, sostuve que «cuando los consultores juegan a los políticos y cuando los políticos juegan a los consultores, pierden ambos: unos arriesgando hasta límites poco convenientes su rol de asesoramiento técnico profesional, los otros apareciendo inseguros frente a la opinión pública como meros esclavos de la numerología»<sup>3</sup>.

Esta discusión, que sobreviene cada vez que se aproximan las elecciones, se vuelve cada vez más evidente aportando a la confusión general.

La famosa «guerra de encuestas» no hace más que alterar el humor social predisponiéndolo de manera negativa hacia ellas. De allí que muchas personas cada vez sean más reticentes a participar de estas investigaciones, que la racionalidad de pasiones se encrespe, y que los encuestadores se parezcan cada vez más a adivinadores militantes que a científicos de profesión.

---

3 «Las encuestas modifican opiniones». Artículo publicado por el Diario Clarín, 5/5/95, en la sección Opinión/Debates.



## ¿Son importantes las neurociencias para la educación? ¿Cómo podemos enseñar mejor?

POR CAROLINA E. SZMOISZ<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16088-AR](#) | [MJD16088](#)

Cada ser humano tiene al nacer unas cien mil millones de células nerviosas, una cantidad que va disminuyendo ligeramente a lo largo de la vida. En los dos primeros años de vida aumentan sobre todo las terminaciones por las que cada neurona envía señales a más de otras mil. Los lugares de contacto, las sinapsis, transmiten las informaciones entre las células. Más de cien billones de tales conexiones sinápticas unen las neuronas a las redes locales, que se pueden comunicar entre sí incluso a distancias algo más largas.

Cuando ciertas neuronas reaccionan ante unas características que con frecuencia aparecen asociadas y que suelen dispararse de forma sincrónica, se refuerzan las sinapsis entre dichas células nerviosas y se mantienen a largo plazo. Por ejemplo, un chocolate caliente presenta varias características que estimulan a sentidos distintos: es líquido, marrón, tiene un olor característico, un sabor amargo (si no se le ha agregado azúcar) y uno puede quemarse la lengua al probarlo. Cada taza que bebe un niño refuerza la conexión sináptica entre los grupos de neuronas que están activados en ese momento. Después

<sup>1</sup> Doctora en Derecho. Especialista en Derecho Internacional. Fundadora de academika. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente invitada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador; de la Licenciatura del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, campus Guadalajara, México y del Centro de Investigación de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Perú. Autora de distintos artículos en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos publicados en revistas jurídicas de Argentina y en la revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, México

de unas cuantas tazas, el cerebro ha encadenado de ese modo las informaciones aisladas en una imagen de conjunto. El niño conoce ahora cómo sabe un buen chocolate y puede apelar, una y otra vez, a este conocimiento. Y a la inversa, se rescinden, con el paso del tiempo, las conexiones existentes entre células nerviosas que nunca trabajan al mismo tiempo.

Así lo explican Gerhard Friedrich y Gerhard Preiss y agregan a lo dicho, que los procesos de aprendizaje modelan el cerebro. Tal como se ve en el ejemplo dado, todo lo que aprendemos modifica nuestras redes neuronales.

Pero ¿qué es la neuroeducación? En pocas palabras, es una nueva mirada en el proceso de enseñanza-aprendizaje desde los conocimientos de la neurociencia aplicada. Esto quiere decir, que la neuroeducación relaciona la información que se tiene de cómo funciona el cerebro para lograr un aprendizaje significativo y efectivo, es decir, para obtener en el estudiante un mejor aprendizaje.

Antes había que esperar a que la persona muera para estudiar su cerebro; pero ahora, las neurociencias —ciencias que estudian al sistema nervioso y al cerebro desde aspectos estructurales y funcionales— han posibilitado una mayor comprensión del proceso de aprendizaje. Las investigaciones, utilizando neuroimágenes, lograron un mayor conocimiento sobre las funciones cerebrales superiores y complejas, como el lenguaje, la memoria y la atención.

En efecto, la Resonancia Magnética Funcional (RMF) es una técnica de neuroimagen capaz de detectar los cambios fisiológicos ocurridos en el cerebro relacionados con procesos mentales y dentro de las neurociencias, tiene dos grandes campos de aplicación: la investigación básica de los procesos cognitivos y la práctica clínica.

Aplicada a la investigación de las funciones cognitivas, esta técnica permite adentrarse en la relación entre el cerebro y la conducta, posibilitando explorar desde la percepción sensorial hasta los procesos mentales más complejos, tales como la resolución de problemas matemáticos o los juicios morales. También posibilita el hacer distinciones de funcionalidad entre regiones cerebrales específicas y permite explorar diferencias entre poblaciones clínicas con la finalidad de identificar el correlato neuronal de un trastorno neurológico o psiquiátrico.

Ahora podemos conocer, en tiempo real y de manera más amplia al cerebro: cómo es, cómo aprende, cómo procesa, registra, conserva y evoca una información, entre otras cosas.

Por otro lado, varios especialistas sostienen que el cerebro es el único órgano del cuerpo humano que tiene la capacidad de aprender y a la vez de enseñarse a sí mismo.

En este sentido, una de las reglas más simples que gobiernan o dirigen el aprendizaje, nos enseña que es la práctica la que lo incrementa. Tal como hemos visto en el ejemplo, durante el desarrollo de nuevas vías neurales, nuestras sinapsis cambian y es así como recordamos una u otra experiencia o vivencia y este aprendizaje se refuerza o debilita

por medio de nuevos estímulos, vivencias, pensamientos y acciones; lo que da lugar a un aprendizaje permanente.

Es importante destacar, en esta primera aproximación a la temática, que el desarrollo del cerebro se encuentra bajo influencias genéticas y ambientales. El entorno adecuado y enriquecido despierta al cerebro para el aprendizaje y lo desarrolla. Asimismo, varios factores ejercen influencia en el cerebro y por ende en el aprendizaje: el factor nutricional, factores de índole genética, el entorno socioeconómico y cultural, el ambiente emocional familiar del alumno, lesiones cerebrales, aprendizajes previos consolidados, entre otros. Esto implica que, para un mejor aprendizaje, el educador necesita obtener mayor información, no sólo de cómo aprende el cerebro, sino acerca de la historia de vida de sus alumnos, si es que quiere aportar de manera significativa y asertiva al proceso de desarrollo desde su práctica pedagógica.

Entonces, podemos decir que el cerebro establece una ruta para el aprendizaje. De las principales investigaciones relacionadas al proceso de enseñanza-aprendizaje, podemos ver que el cerebro para aprender necesita percibir y codificar una información y para ello utiliza sus recursos multisensoriales, el cuerpo, la motivación y todos los conocimientos previos almacenados en un sistema de memoria en especial. A partir de allí, se desencadena una serie de acontecimientos a nivel neurológico como, por ejemplo, la activación del mecanismo de atención, que permitirá que el alumno procese la información más relevante ignorando otros estímulos (externos o internos) y empiece a adquirir de manera directa o indirecta el aprendizaje.

Sintéticamente, podemos sostener que el éxito de la enseñanza afecta directamente las funciones del cerebro modificando y variando las conexiones. Podríamos decir entonces que el ambiente afecta tanto la estructura del cerebro como su funcionalidad; un ambiente apropiado es esencial para conformar partes sustanciales del mismo. Y esta afirmación podríamos trasladarla con total confianza al ambiente de una clase y, aun, a una situación de aprendizaje más amplia.

Entonces, si el aprendizaje responde a estímulos tanto internos como externos, el profesor debe fomentar estímulos externos positivos que refuercen el autoconocimiento del estudiante y les permitan modificar sus estímulos internos hacia lo que se quiere aprender.

En definitiva, la calidad de la educación está directamente relacionada con la calidad del educador y quien conoce cómo y bajo qué condiciones se modifica el cerebro al aprender, puede enseñar mejor.

Inaugurando esta columna de neurociencias y educación, además de agradecer profundamente la invitación, espero contribuir al interés por la temática y poder desarrollar a lo largo de los números siguientes, conceptos, teorías y sobre todo herramientas que generen en quienes tengan estas líneas entre sus manos, habilidades útiles para transformar y transformarse en el marco del mágico proceso de enseñanza-aprendizaje.



## Un pequeño empujón

POR SILVINA AMESTOY<sup>1</sup>

MJ-DOC-16076-AR | MJD16076

**Sumario:** I. *Presentación.* II. *La toma de decisiones y el Paternalismo libertario.* III. *Los Econs o consumidores racionales.* IV. *El autocontrol.* V. *El efecto rebaño.* VI. *La privatización del matrimonio.* VII. *Conclusión.*

### I. PRESENTACIÓN

«Un pequeño empujón», escrito por dos catedráticos estadounidenses, uno de ellos el galardonado premio nobel de economía 2017 Richard H. Thaler, profesor de Economía de la Universidad de Chicago; y el profesor, especialista en derecho constitucional y político, Cass R. Sunstein. Este último autor, es, en la actualidad, uno de los profesores más citados de los Estados Unidos.

Un pequeño empujón es un libro elocuente y profundo, pero escrito en un lenguaje sencillo. De lectura rápida y amena en pocas páginas nos revela el profundo conocimiento de la psicología humana que los autores tienen.

Sin dudas, la finalidad del libro es mostrarnos cómo la toma de decisiones está sesgada por infinidad de razones en las que casi nunca reparamos.

<sup>1</sup> Abogada. Candidata a Master en Derecho Patrimonial Civil, UCA. Titular de estudio jurídico especializado en derecho civil patrimonial.

## II. LA TOMA DE DECISIONES Y EL PATERNALISMO LIBERTARIO

Un pequeño empujón nos proporciona una visión real de cómo se construye la voluntad y la posterior decisión, es decir, cómo el llamado paternalismo libertario nos orienta a la hora de tomar decisiones.

El denominado paternalismo libertario es una noción muy novedosa que combina conceptos que en apariencia son contradictorios: la libertad del sujeto y la intervención moderada del Estado en la toma de decisiones (de consumo, por ejemplo). Así, los cultores del paternalismo libertario sostienen la libertad individual, pero permiten una intervención moderada e inteligente de entidades (sobre todo del sector público) que nos ayudan a tomar las decisiones convenientes, alertándonos de las habituales ‘trampas’ de mercado.

Los autores explican que no se trata de crear normas o regulaciones legales complejas, sino de tolerar una intervención institucional que nos ayude a tomar mejores decisiones. En el libro se ofrecen cientos de ejemplos que contienen este tipo de advertencias o sugerencias institucionales.

En este punto, es importante resaltar que paternalismo libertario no es una categoría ideológica que enfrente a derechas con izquierdas, ni a gobiernos democráticos y de signo republicano. Se trata de una noción que busca equilibrios entre los participantes centrales del mercado donde se trafican los bienes y servicios ofrecidos y demandados.

## III. LOS ECONS O CONSUMIDORES RACIONALES

Ya entrados a la primera parte de la obra, titulada Humanos y Econs, resulta apasionante su descripción acerca del funcionamiento del cerebro humano, que los autores califican como desconcertante.

Siguiendo el pensamiento de autores como Daniel Kahneman, entre otros, Thaler y Sunstein explican la existencia de dos tipos de pensamientos: uno intuitivo y automático y otro más reflexivo y racional, considerando al sistema automático como la reacción visceral y al reflexivo como el pensamiento consciente. Así los jugadores de ajedrez y los atletas, dicen los autores, tienen una intuición extraordinaria porque sus sistemas automáticos les permiten evaluar rápidamente situaciones complejas y responder con una precisión asombrosa a una velocidad excepcional.

Los autores efectúan reflexiones interesantes sobre el pensamiento humano de manera amena, recurriendo a ejemplos cargados de un sentido del humor muy inteligente, lo que facilita la lectura y hace que sean más comprensible algunas ideas muy profundas referidas al funcionamiento de la mente humana.

En resumen, nos muestran hasta qué punto los humanos somos falibles y cómo el mundo complejo en el que vivimos nos obliga a tomar decisiones sin pensar demasiado y sin prestar demasiada atención a lo que realmente nos están ofreciendo.



## IV. EL AUTOCONTROL

Otro de los temas importantes que aborda el libro está relacionado con el autocontrol.

En el capítulo 2 hablan de «Cómo resistir la tentación» y cómo los seres humanos fácilmente caemos en las tentaciones desde tiempos remotos. Ello sin perjuicio de admitir que las personas, en general, son conscientes de la tentación. Sin embargo, como bien explican Thaler y Sunstein, el problema de autocontrol surge cuando subestimamos los efectos de las tentaciones. Según su teoría, el autocontrol se halla dividido en dos sistemas y así, algunas partes del cerebro sufren la tentación mientras que otras nos permiten resistirla evaluando cómo deberíamos reaccionar ante ella. Lo más interesante es que muchas veces ambas partes del cerebro entran en conflicto haciendo muy difícil tomar decisiones acertadas.

## V. EL EFECTO REBAÑO

En el tercer capítulo, que se titula «Seguir al rebaño», los autores reflexionan acerca de cómo lo que los otros hagan o digan influye en forma determinante sobre nuestras opiniones y modos de actuar.

Introducen el concepto de «nudges sociales» que han considerado hallazgos de varias investigaciones. Y concluyen que los humanos nos vemos influidos fácilmente por otros humanos porque buscamos la conformidad y, sobre todo, parecemos al rebaño.

## VI. LA PRIVATIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Ya en la tercera parte del libro dedicado a «La sociedad», un capítulo que llamó mi atención es titulado Privatizar el matrimonio. Aquí los autores analizan al matrimonio utilizando la idea del paternalismo libertario y exploran algunas de las controversias suscitadas con relación al matrimonio igualitario.

La idea de los autores a fin de proteger la libertad individual —abarcando también la religiosa— es precisamente el matrimonio debe ser «privatizado», ya que desde el punto de vista legal no es más que un estatus oficial creado por el Estado y acompañado de derechos y obligaciones de fuente legal.

## VII. CONCLUSIÓN

A lo largo del libro los autores reflexionan sobre esta idea del «paternalismo libertario», y a través de ella nos ofrecen nuevas formas de pensar sobre muchos viejos problemas.

Es importante que podamos pensar cómo el paternalismo libertario puede ser determinante en las llamadas relaciones de consumo, donde la formación del consentimiento

nos obliga a tomar en cuenta una serie de actos y modalidades que no tenían tiempo atrás la trascendencia que hoy adquieren, tales como la publicidad comercial, tanto en sentido amplio, es decir, a través de medios masivos de comunicación, como las técnicas de marketing directo. Este desbordamiento del concepto tradicional de publicidad comercial hace que, en muchos casos, la publicidad no sea reconocida como tal y, por ende, los mecanismos psíquicos defensivos de sus destinatarios no operen, aprovechándose entonces de la propia inexperiencia de los individuos en el marco de la relación de consumo.

En definitiva: se trata de un libro altamente recomendable porque brinda una visión moderna que permite reflexionar acerca de qué se nutre el pensamiento humano a la hora de tomar decisiones.



## Las neurociencias en la obra de Shakespeare. Un análisis diferente de «El Mercader de Venecia»

POR FERNANDO SHINA<sup>1</sup>

[MJ-DOC-16084-AR](#) | [MJD16084](#)

**Sumario:** I. Presentación. II. El odio dialéctico. III. Las apariencias que ocultan las pasiones. IV. La tasa de interés, el riesgo, la necesidad y el abuso. V. La cláusula abusiva. VI. El endeudamiento, el optimismo y la necesidad. VII. Obligatoriedad v. Equidad. VIII. La libertad individual y la intervención oficial. IX. La solución del caso y un nuevo pacto abusivo. X. Conclusión.

### I. PRESENTACIÓN

La obra de William Shakespeare (1564 - 1616) es, desde cualquier ángulo que se la examine, extraordinaria. Es lo mismo analizarla en clave de humor o de tragedia porque lo banal y lo profundo son tratados por el autor con la misma inteligencia.

El mercader de Venecia (1596) nos hipnotiza con el pulso de las oscilaciones humanas que no respetan ningún género literario. La obra contiene, además, otro ingrediente que aumenta importancia para este trabajo: toda la tragedia gira en torno del contrato más usurario, más abusivo y más famoso de la historia universal de la literatura.

La pieza, además de ser un alegato demoledor contra el odio racial y la usura, desarrolla los temas más sensibles del derecho; así, en menos de cincuenta páginas, echa mirada crítica sobre la discriminación, el encono religioso, el derecho al propio cuerpo, la exageración del individualismo, el estado de necesidad, y el abuso de derecho.

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídica, UCA, 2019. Director de la Revista Neurociencias & Derecho, Microjuris.

Es aleccionador comprobar que la seguridad jurídica, representada por el cumplimiento de un contrato absurdo, prevalece sobre la equidad. La palabra equidad no se usa en toda la obra, como si no existiera en la conciencia de ninguno de los personajes.

El contrato celebrado entre Antonio y Shylock ocupa el lugar de la equidad y se convierte en la ley que subordina a los contratantes. Así, los protagonistas se disponen, casi indolentes, a cumplir el destino trágico de una ley desunida de la justicia. Quizás esa sea la moraleja escondida de la obra: mostrarnos la desdicha que traen las leyes que no son justas.

El Mercader de Venecia también expone las exageraciones de una codicia emocional que se muestra equidistante entre el odio y la venganza. Dice bien Carolina Doliani, en el estudio preliminar de la versión que examinamos: El tema principal de la obra es el conflicto religioso y social, la discriminación y el odio entre el cristiano Antonio y el judío Shylock, sin olvidar que esta querrela particular dialoga con la realidad histórica y con un conflicto universal entre el Cristianismo y el Judaísmo<sup>2</sup>.

Como paradoja adicional, la obra nos muestra cómo ese odio ancestral, que los protagonistas se profesan, engendra el optimismo insano de Antonio que, sin evaluar riesgos, garantiza el pago de la deuda con una parte de su cuerpo. El desprecio del empresario hacia el financista es tan inconmensurable que no le permite ver el riesgo que asume al endeudarse<sup>3</sup>.

El drama que protagonizan Antonio, Shylock, Porcia y Bassanio es muy sencillo; casi no tiene dobleces. Su éxito inmortal se debe la profundidad de los temas que plantea, a la simpleza de los recursos lingüísticos que utiliza, y a la elocuencia de los personajes de ese universo tan ficticio y tan real que nos regala el autor.

Bassanio, a pesar de moverse en círculos sociales acomodados, es pobre. Eso no le impide enamorarse de Porcia que, además de ser una mujer hermosa, es rica. Para salir de ese trance, vuelve a endeudarse con su amigo Antonio con quien ya estaba endeudado. Este personaje, que es presentado como un joven enamorado y romántico, es, en verdad, un deudor compulsivo que no duda en comprometer el patrimonio de su amigo, primero para mantener su vida holgada de soltero y luego para asegurarse un matrimonio acomodado: Os debo mucho, y como tuve una juventud alocada, perdí lo que os debía<sup>4</sup> reconoce Bassanio. Pero, inmediatamente vuelve a pedirle más dinero, estaba vez para

2 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 4

3 Desde las neurociencias se explica que el optimismo irracional es una de las causas más frecuentes de la toma de decisiones ruinosas. Richard Thaler, Premio Nobel de economía 2017, explica este comportamiento señalando que: El optimismo no realista es un rasgo universal de la vida humana; caracteriza a la mayoría de las personas de casi todas las categorías sociales. Cuando sobreestiman su inmunidad personal, la mayoría de las personas dejan de tomar medidas preventivas razonables. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 50).

4 SHAKESPEARE, William: *Obras Completas, Comedia, T 1.*, Madrid, Edimat, p. 400.

concretar su romance con Porcia: En Belmont hay una rica heredera, que es muy bella, más bella de lo que la palabra misma dice. Oh Antonio mío, si tuviera siquiera los medios para ser rival contra ellos, siento el presagio dentro de mí de que sería, sin duda, el afortunado<sup>5</sup>. Bassanio, ya endeudado con su amigo, no vacila en reclamarle más dinero sin ofrecer otra garantía que no sea su voluntad de pago<sup>6</sup>.

Antonio, que en ese momento no puede socorrer a su amigo (tenía toda su fortuna invertida en un emprendimiento comercial marítimo) decide endeudarse para darle el dinero que le pedía. Así es como se pone en tratativas con Shylock, un usurero judío con quien mantiene una relación de odio visceral y recíproco. Mientras Antonio es generoso, austero, bueno, compasivo, caritativo, honrado, melancólico y patético; Shylock es avaro, codicioso, cruel, no compasivo, egoísta, infame y materialista. Más allá de la intensidad de este contraste, existen algunos aspectos en los que el cristiano y el judío se parecen: los dos sienten un odio recíproco, extremo e implacable<sup>7</sup>.

La reciprocidad del rencor que ambos personajes se prodigan los iguala en su odio y ese empate hace que sean tan desiguales las obligaciones que un contratante le impone al otro. Es la igualdad en el odio lo que determina la desigualdad en el derecho; así, en la confusa frontera límites de un aborrecimiento simétrico, Antonio y Shylock se disponen a celebrar el contrato más asimétrico de la historia.

## II. EL ODIO DIALÉCTICO

Antonio y Shylock son, en simultáneo, víctima y victimario de un mismo enemigo: el odio. Ese resentimiento ancestral es lo que guía el acuerdo de voluntades que firman. Shylock parece conocer todo esto y goza anticipadamente la concreción jurídica de su venganza: Señor Antonio, un montón de veces me has agraviado en el puente de Rialto por mis préstamos y usuras, y siempre lo he soportado con paciencia y he bajado la cabeza, porque ya se sabe que el padecimiento es virtud de nuestro linaje. Me has llamado traidor y perro; y todo por tu capricho y porque saco el jugo a mi caudal, como es mi derecho. Como ahora me necesitas, viene a decirme: Shylock, dame dinero<sup>8</sup>.

Antonio, por su parte, tampoco escatima la violencia que su espíritu benevolente disimula: Volveré a ofenderte, a odiarte y a escupirte el rostro. Y si me prestas el dinero, no lo haces como amigo, porque si lo fueras, no pedirías usura por un metal vano e infecundo.

5 SHAKESPEARE, William: Obras Completas, Comedia, T 1., Madrid, Edimat, p. 400.

6 Es indudable que, al menos desde las neurociencias, Bassanio es el personaje más importante de la obra porque nos revela cómo las tentaciones y el deseo prevalecen sobre la razón y la solidaridad. No vacila en pedir plata para saciar los deseos de su 'alocada juventud' y tampoco para asegurarse un matrimonio conveniente.

7 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 4.

8 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 17.

Préstalo como quien presta a su enemigo, de quien puede vengarse a su antojo si no cumple el pacto<sup>9</sup>.

Este diálogo resume, además del odio que se profesan, algunos aspectos jurídicos de notable interés. En primer lugar, vemos al acto voluntario convertido en la ley exclusiva y excluyente que fija los alcances del contrato y la extensión de la pena. La indemnización no es concebida como una reparación que alivia los padecimientos de la víctima de un daño, sino un castigo para el ofensor y una venganza para el ofendido.

En el juicio donde se exige el cumplimiento del contrato Shylock le dice al juez: Su Alteza conoce mi propósito, y he jurado por el sábado alcanzar la merecida venganza. Se me la niega, ¡vergüenza eterna para las leyes y libertades venecianas! Me preguntarán porque aprecio más una libra de carne de este hombre que tres mil ducados. Porque así se me antoja. ¿Le satisface esta respuesta? Si en mi casa hubiera un ratón molesto y yo insistiera en pagar diez mil ducados para matarlo, ¿creería que eso es incorrecto? Hay hombre que no soportan ver en su mesa un lechón asado, otros que no resisten la vista de un gato, animal tan útil e inofensivo, y algunos que orinan cuando escuchan la melodía de una gaita. Efectos de la aversión que todo lo domina. Y así como ninguna de estas cosas tiene razón de ser, yo tampoco la puedo dar para seguir este litigio repulsivo, excepto por la intensidad del odio que me provoca hasta oír el nombre de Antonio. ¿Le gusta esta respuesta?<sup>10</sup>.

Shylock lo dice con absoluta claridad: la ley y la libertad de la sociedad dependen del cumplimiento de los contratos celebrados entre particulares. La frase postula el dominio absoluto de la libertad individual sobre la Equidad y la seguridad jurídica sobre la justicia misma.

### III. LAS APARIENCIAS QUE OCULTAN LAS PASIONES

En una primera lectura de la obra, la frontera que separa el bien del mal parece definida por los rasgos de la personalidad de cada uno de los personajes. Sin embargo, en un estudio más profundo, la línea fronteriza se muestra más aparente y menos real: Shylock no es solo un usurero y Antonio tampoco es un sujeto generoso eximido de los reveses de la pasión.

Ambos simulan ser lo que no son; y construyen una apariencia que finge las tinieblas de su espíritu. Bassanio tiene interesantes reflexiones sobre lo aparente y lo real: Las apariencias engañan muchas veces. ¿Ha habido alguna causa tan mala que un abogado persuasivo no pudiera hacer probable buscando excusas para el crimen más repugnante? ¿Hay alguna herejía religiosa que no posea fanáticos y que no pueda ocultarse con citas de la Escritura o con adornos retóricos que disimulan su falsedad? ¿Acaso no existe un vicio que no pueda disfrazarse con la máscara de la virtud? ¿No han visto muchos cobar-

9 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 17.

10 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 48.



des, tan falsos y movedizos como piedra sobre arena, y que por fuera muestran el rostro agresivo de Hércules y las barbas erizadas de Marte, y por dentro tienen los hígados tan blancos como la leche? Los maquillajes son como la playa de un mar borrascoso; como el velo de seda que oculta el rostro de una hermosura india; como la verdad, cuya máscara roba el embuste para engañar a los más sensatos<sup>11</sup>.

Antonio aparenta la generosidad que no tiene porque su espíritu está intoxicado de odio religioso y desprecio. Shylock prepara su venganza, y defiende su linaje, pero lo hace escondido en la trinchera de su riqueza que la usura incrementa; como si cada punto del interés que cobra fuera un puntazo de acero que lastima al ofensor y repara la ofensa sin sentido. En el carrusel de las apariencias, Antonio es un falso héroe y Shylock un falso villano; permanentemente invierten sus roles y el idealista de un diálogo es el inescrupuloso del siguiente.

La reflexión de Bassanio nos advierte que no debemos caer en la tentación de resumir esta comedia dramática y llena de suspicacias en un enfrentamiento de contrastes; no hay un debate entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo puro y lo impuro. El Mercader de Venecia no es otro de los panfletos anti semitas, tan difundidos en aquella época intolerante de la historia. El usurero de esta obra, a diferencia de otros personajes de caricatura, tiene un discurso crítico que reivindica a los despojados más que el cristiano generoso que los humilla con su confort desmedido. En varios momentos aparece un prestamista más atento a censurar el estatus social injusto que a las rentas de sus préstamos. Shylock es astuto en los negocios, y sin dudas su codicia exaspera, pero también es muy agudo cuando acusa las hipocresías de los que fingen una bondad que no existe en su corazón:

Antonio: Mira que estás hablando con un judío. Te sería más fácil parlamentar a las olas de la playa cuando están más violentas y conseguir que amansen, o preguntar al lobo por qué come a la oveja y deja huérfano al cordero. En consecuencia, es más probable que logres cualquier imposible antes de que consigas sensibilizar el pétreo corazón de este hebreo.

Shylock: Si no lastimo a nadie, ¿qué temeré? Usted tiene tantos esclavos, que pueden servirlo como mulos, perros o asnos en los oficios más ruines y ordinario. Son suyos, le han costado su dinero. Si yo le dijera que los deje en libertad, que los case con sus hijas, que no los haga dudar bajo la carga, que tengan camas tan nuevas como las tuyas y manjares tan finos como los que usted come, seguramente me contestaría: ¿son suyos? Entonces yo le doy la misma respuesta. Esa libra de carne que pido me pertenece, y tuve que pagar un precio elevado por ella. Si no me la da, maldigo las leyes de Venecia y pido justicia. ¿Ma la da? ¿Sí o no?<sup>12</sup>.

Shylock es, desde luego, odioso y cruel; pero también es mártir de una persecución racial que lo victimiza. Graciano: ¡Maldición sobre ti, infame perro! ¡Maldita sea la justicia que te permite vivir! Cuando te veo, casi confirmo la doctrina pitagórica que enseña la trans-

11 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 38.

12 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 48.

migración de las almas de los brutos a los hombres. Estoy convencido de que tu alma ha pertenecido a algún lobo sacrificado por homicida, y que desde la horca fue volando a subyugar tu cuerpo cuando todavía estabas en las entrañas de tu madre desleal; ya que tus instintos son depredadores, malvados y sanguinarios como los del lobo<sup>13</sup>.

#### IV. LA TASA DE INTERÉS, EL RIESGO, LA NECESIDAD Y EL ABUSO

Otra de las cuestiones que se ven claramente es como la tasa de interés siempre va asociada a la tasa de riesgo. En otras palabras: es más caro el dinero para quien tiene menos chances devolverlo que para quien le sobra para prestarlo. Esto, inevitablemente, hace que el negocio del préstamo vincule a quien necesita capital con quien lo tiene de sobra y para lucro<sup>14</sup>. En ese punto, estrictamente jurídico y financiero, Shylock es un hombre de negocios correcto, casi formal: analiza los riesgos de su negocio, antes de ponerle precio a su odio.

El financista realiza un análisis racional y jurídico del patrimonio de Antonio y de los riesgos implicados en el préstamo: No tengo ninguna razón; quiero decir que es un buen pagador, sin embargo, su hacienda corre demasiado peligro. Ha enviado un barco a Trípoli y otro a las Indias. Recién me dijeron que en el puente Rialto que prepara una nave para México y otra para Inglaterra. De esta forma, sus negocios y su caudal se encuentran esparcidos por el mundo. No obstante, a fin de cuentas, los barcos son tablas; y los marineros hombres. Hay ratas de tierra y ratas de mar, ladrones y piratas y también ventiscas, olas y bajíos. Pero repito que es buen pagador. Tres mil ducados. Creo que aceptaré la fianza<sup>15</sup>.

El discurso de Antonio, es opuesto al de Shylock, y contiene toda la tradición del cristianismo, y el pensamiento de Santo Tomás de Aquino en materia de usura: cualquier préstamo de moneda que suponga el cobro de intereses es usuario. Aunque no soy usurero y ni presto ni pido prestado, esta vez rompo mis principios para ayudar a un amigo»<sup>16</sup>.

13 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 49.

14 Sobre este punto, tan actual como lo era en la época en la que transcurre la obra de Shakespeare, la investigadora, matemática y analista financiera, Cathy O'Neil dice: «Reflexionemos sobre el cruel bucle de retroalimentación que crean las calificaciones electrónicas. Es altamente probable que el sistema le asigne. asigne a los residentes de la zona más dura de. una calificación más baja. Seguro que a muchas de las personas que viven ahí les cuesta hacer frente a los plazos de sus préstamos. De modo que la oferta de tarjeta de crédito que aparecerá en sus pantallas estará dirigida a un grupo demográfico de mayor riesgo. Esto significa que precisamente las personas que ya tienen dificultades económicas tendrán menos crédito disponible y pagarán tipos de interés más altos» O'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática*, Violeta Arranz de la Torre (Tr ad.), Madrid, Captain Swing Libros, 2017, p.178.

15 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 17.

16 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 17.

## V. LA CLÁUSULA ABUSIVA

Como en nuestros días, el abuso de derecho se materializa través de su ejercicio irregular. Shylock recita de memoria la cláusula abusiva que reivindica su desprecio: ¡Qué enojado estás! ¡Pensar que yo quería ganar tu amistad olvidando las agresiones con las que me has humillado! Pienso prestarte mi dinero sin ningún interés. Ya ves que mi intención no puede ser más generosa. Entonces ven a casa de un escribano. Debes firmar un recibo prometiendo que, si para el día convenido no has pagado, saldarás la deuda entregando una libra justa de tu carne, que cortaré yo mismo del lugar de tu cuerpo que más me plazca<sup>17</sup>.

Shylock, como decíamos antes, no debe ser juzgado como un simple usurero que únicamente busca dinero. Por el contrario, él no quiere los intereses del préstamo sino la sangre de su enemigo. No lo inspira el lucro sino el rencor.

Bassanio: En vez de tres mil ducados toma seis.

Shylock: Aunque dividieras cada uno de ellos en seis, no lo aceptaría. Quiero que se cumpla el pacto<sup>18</sup>.

Para obtener el premio de la venganza, hace que Antonio sea el deudor de un acuerdo demencial. Un contrato que, sin embargo, es válido por ser libre, y exigible por más que sea injusto. El acuerdo formal es deliberadamente usado por Shylock para disimular su verdadero objetivo. Salarino: De todos modos, aunque no cumpla el contrato, no te apoderarás de una libra de su carne. ¿Para qué te sirve?

Shylock: Me servirá para darla de cebo a los peces. Y si no sirve de alimento para nada más, al menos alimentará mi venganza. Me servirá para satisfacer mis odios. Me ha arruinado. Por él he perdido medio millón, él se ha mofado de mis ganancias y de mis pérdidas; ha humillado mi raza y mi linaje, ha incitado a mis enemigos y ha desalentado a mis amigos. Y todo, ¿por qué? Porque soy judío<sup>19</sup>.

Antonio no retrocede ni se desanima: Acepto el trato y te doy la fianza<sup>20</sup>.

Y así se firmó el acuerdo donde el usurero apuesta todo el caudal de su odio a la carta de la venganza, y el noble dispone de su propio cuerpo para garantizar el dinero que necesita su amigo.

## VI. EL ENDEUDAMIENTO, EL OPTIMISMO Y LA NECESIDAD

La tragedia que se vislumbra desde el comienzo se completa con un hecho fortuito: una tormenta hace naufragar los barcos y el dinero y la dicha de Antonio se hunden en un

17 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 17.

18 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 48.

19 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 34.

20 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 18.

océano neutral y ajeno a las pasiones humanas. Corren noticias de que un barco de Antonio, cargado de opulentas mercancías, ha naufragado en los estrechos de Goodwins, que son unos obstáculos de los más temibles, y donde han muerto muchas naves soberbias. Esto es lo que ocurre, si es que la chismosa fama no miente y se porta hoy como mujer de bien<sup>21</sup>.

Sobre ese hecho incierto y futuro reposaba la voluntad del tomador del dinero. Uno de los contratantes midió el riesgo de su inversión y le puso precio; el otro contratante le puso optimismo a su capacidad de pagar el precio de sus necesidades.

La relación entre el endeudamiento y el optimismo para desendeudarse es una cuestión que nos sigue hasta nuestros días, y los estudios sobre insolvencia nos dan cuenta de esta situación<sup>22</sup>.

Por eso antes de firmar el pacto, Antonio le dice a su amigo: No tengas miedo. El plazo es bastante largo para que mis barcos vuelvan antes de cumplirse<sup>23</sup>. Nos es sumamente dificultoso tomar decisiones racionales que no estén empañadas de un optimismo que pocas veces está justificado en razones. Daniel Kahneman (Premio Nobel de economía, 2003), explica este fenómeno desde las neurociencias: La falacia de la planificación es solo una de las manifestaciones de un sesgo optimista omnipresente. Casi todos los humanos vemos el mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son y los fines que perseguimos más fáciles de lograr que lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro lo cual fomenta un optimista exceso de confianza, dice el prestigioso investigador citado<sup>24</sup>.

Y también el optimismo, más emocional que racional, lleva a Bassanio a tomar deudas imprudentes: En Belmonte hay una rica heredera. Es bellísima y, además, es admirada por todas sus virtudes. El brillo de sus ojos me ha hablado más de una vez con la lengua del amor. Se llama Porcia, y no tiene nada que envidiarle a la hija de Catón, esposa de Bruto. Todo el mundo sabe que su valía es inconmensurable; de hecho, viene de los sitios más recónditos a pretender su mano ¡Oh, Antonio mío! Si yo tuviera medios para competir con cualquiera de ellos, tengo el presentimiento de que alcanzaría la victoria<sup>25</sup>.

21 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 34.

22 El «exceso de optimismo» puede también ser una respuesta pertinente. Una persona que toma uno de estos préstamos puede ser demasiado optimista sobre su capacidad para reembolsarlos. Ella puede subestimar la necesidad del crédito rotativo sobre saldos impagos muy costosos (rollover), algo así como el descubierto bancario. La posibilidad de tener una pequeña suma de dinero (y a veces no tan pequeña) en las manos en pocos minutos y sin necesidad de llenar abundantes formularios (apenas basta con la autorización de descuento o la firma de un pagaré), actúa agresivamente sobre la diagonal de optimismo y el Willpower. (Anchaval, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 169.

23 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 18.

24 KAHNEMAN, Daniel: *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2018, p. 334.

25 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 22.

La tentación de la belleza y el deseo de poseerla en forma inmediata priva de razón al enamorado de razón, como a tantos de nosotros nos ocurre: lo que queremos, lo queremos ahora. La tentación no acepta aplazamientos temporales y nos hace caer en la peligrosa desidia. Esta reacción, tan habitual de la conducta humana, y que consiste en despreciar las consecuencias del porvenir para saciar apetencias presentes, es también explicada desde las neurociencias<sup>26</sup>.

## VII. OBLIGATORIEDAD V. EQUIDAD

El Mercader de Venecia nos permite ver, una vez más, como la Equidad desaparece cuando predomina la autonomía de la voluntad sin atenuantes. En una carta a su amigo, Antonio, ya derrotado, le dice: Querido Bassanio: mis barcos naufragaron, me acosan mis acreedores; he perdido toda mi fortuna; ha vencido el plazo de mi escritura con el judío, y es evidente que, si cumple la cláusula del contrato, no tengo otra opción que morir en sus sucias manos. Toda deuda entre nosotros queda saldada si vienes a verme la hora de mi muerte. Sin embargo, haz lo que quieras. Si nuestra amistad no te obliga venir, tampoco te impulsará esta carta<sup>27</sup>.

Antes de referirnos al problema implícito en una autonomía de la voluntad que, lejos de generar libertad individual ocasiona inequidad por doquier, es necesario advertir algo propio del fenómeno causal o, dicho de otra manera, acerca de las causas que son posibles aunque sean escasamente probables.

Es cierto que el naufragio de más de un barco en forma simultánea es un evento raro, pero quizás no sea tan raro como a priori pensamos. Como bien señala Nassim Taleb, tendemos a despreciar la posible ocurrencia de eventos por el mero hecho de que ellos raramente ocurren. Sin embargo, esta infravaloración de la ocurrencia de rarezas ha causado innumerables tragedias como la que reseña Antonio en la carta que le envía a su amigo. «La sencilla prueba de la que acabamos de hablar indica la presencia en los seres humanos de una tendencia innata a subestimar las rarezas, o Cisnes Negros. Abandonados a nuestros propios recursos, solemos pensar que lo que ocurre cada diez años en realidad sólo ocurre una vez cada cien»<sup>28</sup>. Pensar que el evento improbable es imposible incrementa peligrosamente nuestro muy humano optimismo irracional y no pocas veces es la causa misma de un infortunio. Retóricamente, Taleb se pregunta: ¿No es extraño ver que un suceso se produce precisamente porque no se esperaba que fue-

26 Dicen que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. Prometemos ahorrar para la jubilación, pero nos gastamos el dinero en irnos de vacaciones. Juramos hacer dieta, pero nos rendimos al atractivo del carrito de los postres. Prometemos que controlaremos nuestro colesterol, pero luego acabamos cancelando siempre la visita al médico. ¿Por qué perdemos la lucha contra la desidia con tanta frecuencia? Renunciar a nuestros objetivos de largo plazo por una gratificación inmediata, mis queridos amigos, es desidia (Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Ariel, Barcelona, 2009, p. 128).

27 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 42.

28 TALEB, Nassim N. El cisne negro, Roc Filella Escola (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2018, p. 212.

ra a ocurrir?<sup>29</sup>. En efecto, la defectuosa predictibilidad de los eventos es lo que no hace tomar las peores decisiones.

El otro aspecto que nos interesa destacar está relacionado con la autonomía de la voluntad, el cumplimiento de los contratos y su exigibilidad. Estas meras reglas jurídicas aparecen como instancias trascendentes del contrato o el negocio jurídico celebrado entre particulares; se constituyen, en verdad, como verdaderas cuestiones de Estad. Esto se revela particularmente en un diálogo en el cual Antonio, ya en la cárcel, le explica a un amigo su situación jurídica.

Salanio: No creo que Dux permita que se cumpla un contrato tan engañoso.

Antonio: El Dux debe cumplir la ley, porque el crédito de la República perdería mucho si no se respetasen los derechos del extranjero. Toda riqueza, éxito y esplendor de esta ciudad depende de su comercio con los extranjeros<sup>30</sup>.

Este diálogo explica una de las claves del derecho privado: la certeza jurídica de los contratos asegura el tráfico de riquezas; si los acuerdos no fueran absolutamente seguros (exigibles con la fuerza de la ley) el sistema de intercambio de riqueza entraría en una crisis sin remedio. Sin embargo, el desafío es lograr que los contratos sean seguros, sin ser injustos.

Pero en la obra no se habla de justicia, y tampoco de equidad, como si ambas nociones se hallaran desplazadas y pudieran ser sustituidas por la clemencia. Un contrato abusivo se resuelve aplicando reglas de equidad y no apelando a la clemencia de quien, al proponer el negocio usurario, dio sobradas muestras de la escasa ponderación que tiene de esa virtud.

En un diálogo, el improvisado y apócrifo abogado de Antonio (Porcia) intenta una defensa basada en la indulgencia: Todos los días en la oración pedimos clemencia, pero la misma plegaria nos enseña a perdonar como anhelamos que nos perdonen. Tes digo esto sólo para incitarte a conmisericordia, porque si te empeñas en tu demanda, no habrá otra solución, conforme a las leyes de Venecia, que sentenciar el litigio en favor tuyo y contra Antonio<sup>31</sup>. Shylock no tarda en dar la previsible respuesta: Yo cargo con la responsabilidad de mis actos. Pido que se ejecute la ley y que se cumpla el contrato<sup>32</sup>.

## VIII. LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y LA INTERVENCIÓN OFICIAL

Una de las características del contrato paritario, que continúa vigente en nuestros días, es la imposibilidad de la intervención del Estado en la contratación privada. Esta circuns-

29 TALEB, Nassim N., *El cisne negro*, p. 26.

30 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 42.

31 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 50.

32 SHAKESPEARE, William, *El Mercader*, p. 42.



tancia se ve con dramática claridad en la obra. El abuso del prestamista está a la vista de todos; es manifiesto; sin embargo, ninguna autoridad puede intervenir para corregirlo.

El Dux, que debe impartir la justicia en el litigio entre Antonio y Shylock, describe con detalle el acuerdo abusivo, pero quiere subsanarlo apelando a la misericordia porque no tiene herramientas legales para modificar el contrato aberrante. ¡Todos atrás! ¡Que se presente Shylock! El mundo cree, y yo con él, que quieres exacerbar tu crueldad hasta el paroxismo, luego, cuando sea pronunciada la sentencia, jactarte de ser piadoso y calmo, cometiéndolo de este modo una infamia todavía más odiosa que tu maldad primera. La gente cree que en vez de pedir el cumplimiento del contrato que te concede una libra de carne de este desafortunado mercader, desistirás de tu demanda, tendrás algo de compasión, le perdonarás la mitad de la deuda al tener en cuenta las pérdidas enormes que ha tenido en poco tiempo y que alcanzarían para arruinar al más rico mercader monarca y a conmovir entrañas de bronce y corazones de pedernal, aunque fuesen de turcos o tártaros selváticos, ajenos de toda moderación y urbanidad. Todos esperamos de ti una respuesta amable<sup>33</sup>.

Por su parte Shylock nos explica, con simpleza y contundencia, qué ocurre cuando el Estado tiene vedada toda intervención en el ámbito de la contratación privada: ¡Oh, qué felicidad! Disfrutaré al atormentarlo. Mi venganza será excesiva<sup>34</sup>.

## IX. LA SOLUCIÓN DEL CASO Y UN NUEVO PACTO ABUSIVO

Finalmente, llega la solución del caso y el desenlace de la obra. El pleito toma un giro inesperado y termina siendo favorable al buen Antonio y adverso para el denostado usurero.

Sin embargo, la solución no es justa. No se hizo justicia. Al contrario, se extendió al máximo la validez de ese contrato absurdo para lograr que su cumplimiento sea imposible. La solución del caso vino por el lado del ingenio y no de la Equidad.

No se decretó la injusticia de pagar los intereses del préstamo con las vísceras del deudor. Por el contrario, se intimó al prestamista a realizar la mutilación, como lo indicaba el contrato, pero evitando derramar siquiera una gota de sangre porque ese líquido no estaba incluido en el acuerdo. En pocas palabras: el contrato es justo porque es voluntario, pero es imposible de cumplir porque la carne no sale del cuerpo sin derramar algo de sangre.

Porcia: Según la ley y la decisión del tribunal, te pertenece una libra de su carne

Porcia: Un momento más. El contrato te cede una libra de su carne, pero ni una gota de su sangre. Toma la carne, que es lo que te pertenece; no obstante, si llegas a derramar una gota de su sangre, tus bienes serán confiscados de acuerdo a la ley de Venecia.

33 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 47.

34 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 36.

Porcia: ¡Deténgase! El hebreo tendrá completa justicia. Se cumplirá el contrato.

Porcia: Prepárate ya a cortar la carne, pero sin derramar la sangre, y de ser una libra exacta, ni más ni menos. Si tomas más, aunque sea la vigésima parte de un adarme, o inclinas por poco que sea, la balanza, perderás la vida y la fortuna.

Como si todo esto fuera poco, el azorado lector asiste a un final que lo remite al comienzo de la obra; a poco de terminar la pieza, nace otro pacto inmoral y abusivo.

Antonio le ofrece clemencia al prestamista, pero el perdón está subordinado a la firma de un pacto que contiene condiciones abusivas e inmorales. Nuevamente vemos que la indulgencia de Antonio está atada a sus prejuicios y rencores; la voracidad material que domina a Shylock es idéntica al fanatismo resentido de Antonio:

Antonio: Si el Dux y el tribunal lo eximen del pago de la mitad de su fortuna al tesoro público, yo le perdono la otra mitad, con dos condiciones: la primera, que renuncie a sus equivocaciones y se haga cristiano; la segunda, que a través de una escritura firmada en esta misma audiencia deje como herederos de toda su hacienda a su hija y a su yerno Lorenzo.

Dux: Juro que lo haré, o de lo contrario, revocaré el poder que le he concedido. Porcia: ¿Aceptas, judío? ¿Estás satisfecho?

Shylock: Estoy satisfecho y acepto<sup>35</sup>.

## X. CONCLUSIÓN

Cuando la Seguridad Jurídica predomina sobre la Equidad, el Derecho desaparece.

35 SHAKESPEARE, William, El Mercader, p. 53 - 54.

# Valor MJ

Más Información, Mejores Resultados



NOVEDADES VIRALES



LÍNEA EXCLUSIVA



NEWSLETTER DIARIO



PODCAST DE ACTUALIDAD