

Cass R. Sunstein

Paternalismo libertario

¿Por qué un empujoncito?

Conferencias *Storr* sobre Jurisprudencia
Escuela de Derecho de Yale, 2012

Traducción de
Martha Palacio Avendaño

Herder

Título original: Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism

Traducción: Martha Palacio Avendaño

Diseño de la cubierta: Gabriel Nunes

© 2014, Cass R. Sunstein

© 2017, Herder Editorial, S. L., Barcelona

ISBN: 978-84-254-3810-3

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir

algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com)

Imprenta:

Depósito legal:

Printed in Spain - Impreso en España

Herder

www.herdereditorial.com

Índice

AGRADECIMIENTOS	13
INTRODUCCIÓN	
PATERNALISMO INFORMADO POR EL CONDUCTISMO	17
1. MOTIVOS PARA EL PATERNALISMO	45
Dos sistemas de la mente: humanos y <i>econs</i>	45
Fallos conductuales del mercado	54
<i>Sesgo hacia el presente, inconsistencia temporal</i> <i>y autocontrol</i>	55
<i>Ignorar los atributos velados (pero importantes)</i>	61
<i>Optimismo poco realista</i>	67
<i>Problemas con la probabilidad</i>	71
2. LA CAJA DE HERRAMIENTAS DEL PATERNALISTA	75
Elecciones y bienestar	77
¿Qué es duro y qué es suave?	79
Medios y fines	85
¿Medios o fines?	87
Un breve resumen	95
<i>Sobre el bienestar</i>	95
<i>El alcalde Bloomberg ¿era una niñera?</i>	99

<i>El daño a otros</i>	103
La gran caja de herramientas del paternalista	106
3. PATERNALISMO Y BIENESTAR	111
Cinco objeciones bienestaristas: un quinteto	
antipaternalista	114
<i>El argumento epistémico en detalle</i>	114
<i>Competencia</i>	115
<i>Aprendizaje</i>	117
<i>Heterogeneidad</i>	120
<i>Elección pública y burócratas conductuales</i>	124
El bienestar revisado	127
<i>Muchas elecciones ya están hechas para nosotros</i>	129
<i>Elegir los medios erróneos: la excepción del puente</i>	130
De las elecciones y las experiencias	132
<i>¿Los impuestos pueden hacerte feliz?</i>	135
El quinteto antipaternalista: reconocido,	
pero escarmentado	138
Mundos imaginables y el antipaternalismo	
consecuencialista de la norma	140
La arquitectura de la elección y los empujoncitos	
inevitables	142
4. PATERNALISMO Y AUTONOMÍA	147
Autonomía: la versión tenue	148
Autonomía: la versión densa	151
De nuevo, tenue	152
<i>Balance</i>	152
<i>La arquitectura de la elección y la libertad</i>	154
Denso, de nuevo	157
Una explicación	163
5. EL PATERNALISMO SUAVE Y SUS DISGUSTOS	169

De la transparencia, la visibilidad y las garantías políticas	170
<i>De la reversibilidad sencilla</i>	177
<i>¿Qué hace que la vida merezca ser vivida?</i>	
<i>Las demandas legítimas del sistema 1</i>	180
El problema de las motivaciones inadmisibles	184
EPÍLOGO	
LAS VIDAS QUE SALVEMOS PUEDEN SER LAS NUESTRAS	187
ÍNDICE ANALÍTICO	191

Para Eddie Bourke

.

Agradecimientos

Este libro es una versión revisada de las conferencias *Storr* en Jurisprudencia, las cuales fueron impartidas en la Escuela de Derecho de Yale los días 12 y 13 de noviembre de 2012. Un especial agradecimiento al decano Robert Post y a la Facultad de la Escuela de Derecho de Yale por el gran honor de haberme invitado a impartirlas. Gracias a la audiencia de la Escuela de Derecho de Yale por su gentileza y amabilidad, y por la cantidad de ideas y sugerencias valiosas. Este libro es mucho mejor debido a su ayuda.

Estoy agradecido con muchos colegas y amigos por sus ideas y comentarios, entre ellos Bruce Ackerman, Esther Duflo, Elizabeth Emens, Christine Jolls, Martha Nussbaum, Eric Posner, Richard Posner, Lucia Reisch y Adrian Vermule. Daniel Kanter me proporcionó excelentes comentarios y asistencia en la investigación. El trabajo de Duflo sobre el paternalismo, el cual se puede encontrar en sus *Tanner Lectures*, fue una gran ayuda de principio a fin. El manuscrito mejoró mucho como resultado del excelente informe de lectura de Sarah Conley y una cantidad de sugerencias por parte de los participantes en el estupendo taller del Departamento de Economía de Harvard, la Escuela de Gobierno de Harvard y la Escuela de Negocios Booth de la Universidad de Chicago. En las etapas finales, Talia

Gillis me proporcionó una espléndida asistencia en la investigación.

Tengo una deuda particular con Richard Thaler, por sus comentarios y los muchos años de discusión sobre estos tópicos. Thaler no está de acuerdo con todo lo expresado aquí (aunque espero finalmente convencerlo) y, por lo tanto, nada en este libro debe tomarse como reflejo de una opinión compartida acerca de los empujoncitos y el paternalismo.

Debo un agradecimiento especial a William Frucht por la fantástica edición y por su sabio consejo sobre cuestiones mayores y menores. También agradezco especialmente a mi agente Sarah Chalfant por su sabio consejo sobre este proyecto. Estoy agradecido con mi encantadora esposa Samantha Power, por el apoyo moral y las discusiones de muchos de estos asuntos.

Una versión preliminar fue publicada como «Las Conferencias Storr: Economía conductual y paternalismo», *Yale Law Journal* 122:1826-1899 (2013). Estoy muy agradecido con los editores de la revista por sus inmensamente valiosas sugerencias editoriales y por el permiso de reimprimir el material aquí. Algunas partes de las conferencias originales aparecieron también en *Simpler: The Future of Government*.¹ También estoy agradecido con Thomas LeBien por la asistencia editorial en esa ocasión.

1. Cass R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, Nueva York, Simon y Schuster, 2013 [trad. cast.: *(más) Simple. El futuro del Gobierno*, Madrid, Marcial Pons, 2014].

La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo.

JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*.

El enigma central ha sido llamado la Paradoja de la energía en este escenario (y en muchos otros). En pocas palabras, el problema es que los consumidores no parecen comprar productos que formen parte de su propio interés económico.

Hay fuertes razones teóricas de por qué esto podría ser así:

- Los consumidores podrían ser miopes y, por lo tanto, subestimar el largo plazo.
- Los consumidores podrían carecer de información o de una apreciación completa

de la información aun cuando esta les sea presentada.

- Los consumidores podrían ser especialmente reticentes a las pérdidas a corto plazo, asociadas a los precios elevados de los productos energéticamente eficientes relativos al futuro incierto del ahorro de combustible, aun si el valor presente esperado de ese ahorro de combustible excede el coste (el fenómeno conductual de «aversión a la pérdida»).
- Incluso si los consumidores poseen un conocimiento relevante, los beneficios de los vehículos energéticamente eficientes podrían no ser tan evidentes para ellos en el momento de la compra, y la ausencia de esta evidencia podría conducirlos a ignorar una característica que, según su interés económico, habrían de tener en cuenta.

ORGANISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL
MEDIOAMBIENTE DE ESTADOS UNIDOS

DE AMÉRICA,

*Normativa final sobre la reducción de emisión de
gases con efecto invernadero en vehículos ligeros
y estándar empresarial promedio de ahorro de
combustible.*

Introducción

Paternalismo informado por el conductismo

En la avenida Wisconsin, en Washington D.C., puedes encontrarte con The Daily Grill, un restaurante que ha incluido en su carta un menú especial de platos, conocido como «Solo 600», para la comida y la cena. Estos platos tienen 600 calorías o menos. Si quieres, puedes pedir el pollo Marsala servido sobre pasta de cabello de ángel, el cangrejo relleno de salmón con rúcula y tomate asado o (mi favorito) la trucha asada Idaho.

El menú «Solo 600» está ubicado en una sección muy visible de la amplia carta del The Daily Grill y, fuera del restaurante, un gran expositor destaca con letras grandes la frase «Solo 600» junto a fotografías llamativas de las diferentes opciones del menú especial.

¿Está siendo paternalista The Daily Grill? Quizá no. Quizá solo está sirviendo aquello que la gente quiere y permitiendo que sus consumidores, conscientes de su salud, sepan que allí tienen lo que están buscando. Tal vez crea que las preferencias de la gente no son estáticas y busque alterar esas preferencias para atraer más clientes. Quizá crea que los consumidores estarían mejor si eligen comidas saludables bajas en calorías, y tal vez

desee ayudarlos a hacerlo, aunque no las escogieran sin una pequeña ayuda de The Daily Grill.

Suponiendo que en realidad así sea, la última explicación es la correcta. De acuerdo con esto, el restaurante no está forzando a nadie a escoger algo. Si la gente desea comida con alto contenido calórico, puede conseguirla, incluso en The Daily Grill. Pero la cuestión del menú «Solo 600» es hacer que las opciones saludables sean notorias y sencillas —y de esta forma empujar a los consumidores no solo a decidir que coman en The Daily Grill sino, además, hacer que elijan esas mismas opciones—. Si esto es así, parece que tiene que ver con un caso de paternalismo.

Ciertamente, el paternalismo es leve y no proviene del gobierno. Pero si este fuera paternalista, ¿en realidad sería desagradable como tal? ¿Las cosas serían diferentes, o peores, si los gobiernos adoptaran menús «Solo 600» en sus propias cafeterías? ¿Son las cosas diferentes o peores si el gobierno busca promover la comida más saludable al exigir que los menús cuenten con la información de las calorías como, de hecho, ya lo hace la Ley de Cuidado de Salud Asequible* con las cadenas de restaurantes y otros establecimientos de comidas similares? ¿Qué pasa si el gobierno se lanza a una agresiva campaña educativa, incluso con gráficos, diseñada para promover la comida sana —grava con impuestos la comida poco sana, como lo han hecho o considerado seriamente en Francia, Finlandia, Dinamarca, Gran Bretaña, Hungría, Irlanda y Rumania?

El paternalismo provoca emociones fuertes. Muchas personas lo aborrecen. Piensan que los seres humanos deben estar en libertad de actuar a su manera incluso si acaban en una zanja. Cuando la gente corre riesgos, hasta los riesgos más estúpidos, no es asunto de nadie si lo hace. La gente tiene derecho a ser

* Ley aprobada por mayoría simple en el Senado de Estados Unidos y promulgada el año 2010 por el presidente Barack Obama. También es conocida por la opinión pública estadounidense como *Obamacare*. (N. de la T.)

tonta. El paternalismo es especialmente molesto si proviene del gobierno: ¿qué es lo que da derecho a los funcionarios a interferir en las decisiones privativas de los adultos tanto si la cuestión es la salud, la riqueza, el sexo o la religión?

Aunque fuera controvertido en el siglo XIX, el argumento central de John Stuart Mill en *Sobre la libertad* tiene numerosos seguidores en el siglo XXI. En su gran e inspirador ensayo, Mill insistió en que por norma el gobierno no puede coaccionar de modo legítimo a la gente si su meta es protegerla de sí misma.¹ En un pasaje decisivo, Mill sostuvo que:

La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. [...] La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.²

Este es, pues, el «Principio del daño» de Mill (a veces llamado el «Principio de libertad»). A menos que exista daño a otros, el

1. Es importante subrayar que a Mill le preocupaban todos los tipos de coerción, incluidas las formas que provienen del sector privado y las normas sociales.

2. J. S. Mill, *On Liberty*, Nueva York, Dover Thrift Editions (Kathey Casey ed.), 2002 [1859], p. 8 [trad. cast.: *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2009, p. 68. La edición de la que hace uso Sunstein está basada en la primera publicación de esta obra por J. W. Parker el año de 1859 en Londres (*N. de la T.*)].

gobierno no puede usar el poder sobre el pueblo. La idea del «consumidor soberano», central en la economía moderna y en gran parte del debate político, es prima cercana del Principio del daño. Aunque las propias consideraciones de Mill parecen girar en torno a la legislación moral, deberíamos ser capaces de ver enseguida que el Principio del daño genera serias dudas acerca de muchas leyes y regulaciones, incluidas aquellas que exigen a la gente tener una receta médica antes de adquirir ciertas medicinas; prohibir a los empleados trabajar en lugares inseguros (aunque corrieran esos riesgos de forma voluntaria) y promover la seguridad alimentaria. En todos estos casos, el poder es ejercido sobre la gente en gran medida para promover su propio bien. Cuando los requisitos son los adecuados, la gente no es del todo soberana respecto a su propio cuerpo y su mente.

Mi meta en este libro es desafiar el Principio del daño sobre la base de que en ciertos contextos la gente es propensa al error y las intervenciones paternalistas harían que su vida fuera mejor. En estas circunstancias, existe un argumento sólido y rotundamente *moral* en nombre del paternalismo. También plantearé que influencias importantes sobre nuestra conducta, en grave tensión con el Principio del daño, son esencialmente inevitables hasta el punto de que el principio no puede llevarse a cabo. Como veremos, el Principio del daño regularía muchas prácticas razonables que hoy están en uso y prohibiría gran cantidad de reformas potencialmente benéficas. Está claro que es sumamente importante limitar el poder del gobierno y, por supuesto, cuando a menudo los individuos cuentan con un mejor conocimiento. Los adultos no deben ser tratados como niños. Por estas razones, Mill todavía tiene mucho que enseñarnos,³ a pesar de que

3. Una discusión valiosa es la de D. O. Brink, *Mill's Progressive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

desde su época hemos aprendido un montón de cosas que él no supo ni pudo conocer, especialmente sobre el error humano y los fallos en algunos de los fundamentos del Principio del daño.⁴

En Estados Unidos, en Europa y en otros países, mucha gente apoya el Principio del daño. Consideran a las niñeras nacionales como intrusos molestos en el mejor de los casos —y quizá como tiranos—. En las últimas épocas, las naciones democráticas se han visto involucradas en discusiones tanto prácticas como teóricas sobre los límites legítimos del paternalismo. Actualmente, hay controversias acaloradas sobre las medidas para reducir el hábito de fumar e incrementar el ejercicio físico, y también sobre la «policía de la comida», presuntamente responsable de los recientes esfuerzos por reducir los riesgos asociados con la obesidad y la alimentación poco saludable. El menú «Solo 600» no ha generado mucha controversia, pero si el gobierno intentara exigirlo o incluso lo fomentara, sería inevitable una protesta generalizada.

En Estados Unidos han estallado debates públicos sobre leyes que, por lo visto, son razonables (y protegen la vida), que piden a la gente que se abroche el cinturón de seguridad o utilice el casco cuando conduce una motocicleta. Muchos creen que el «mandato individual» de la Ley de Cuidado de Salud Asequible, que exige a todos los adultos tener un seguro de salud, es una forma de paternalismo inaceptable.⁵ El contenido específico de las discusiones cambia con el tiempo, pero las cuestiones fundamentales perduran. Y, en este dominio, no hay

4. Véase S. Conly, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; C. Coons y M. Weber (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

5. Sin duda, el mandato individual puede ser, y ha sido, poderosamente defendido a partir de bases no paternalistas; esto debe entenderse como un esfuerzo por superar el problema del oportunista (*free-rider*) que existe cuando la gente no adquiere un seguro de salud (pero es subsidiada cuando necesita ayuda médica).

divisiones partidistas simples. El paternalismo a veces es favorecido por aquellos en la izquierda política (que quizá buscan mejorar la dieta de la gente) y a veces por aquellos de la derecha (que tal vez persiguen aumentar la castidad o el matrimonio). Según Mill, solo cuando

existe un perjuicio definido o un riesgo definido de perjuicio, sea para un individuo o para el público, el caso se sustrae del campo de la libertad y entra en el de la moralidad o la ley.⁶

Mill ofreció un número de justificaciones independientes para el Principio del daño, y una de las más importantes es que los individuos están en la mejor posición de saber lo que es bueno para ellos. Según la visión de Mill el problema con los que están en los márgenes, incluyendo a los funcionarios del gobierno, es que carecen de la información necesaria. Mill insiste en esto porque el individuo

es la persona más interesada en su propio bienestar: el interés que cualquiera otra pueda tener en ello, excepto en casos de una íntima adhesión personal, es insignificante comparado con el que él mismo tiene.

Mill argumenta que

el hombre o la mujer más vulgar tiene, respecto a sus propios sentimientos y circunstancias, medios de conocimiento que

6. J. S. Mill, *On Liberty*, *op. cit.*, p. 8 [trad. cast.: *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 162]. [Sunstein no aporta la información relativa a las páginas de las que extrae el pasaje citado. No obstante, se ha recurrido a identificarlos en la edición castellana y se añaden las páginas correspondientes aquí y en las sucesivas referencias donde resulte preciso. (*N. de la T.*)]