

**Tipo de documento:** Tesis de maestría

*Maestría en Derecho y Economía*

# “Según su propio juicio”: la inevitable necesidad de reevaluar el estándar básico del paternalismo libertario.

**Autoría:** Pantiga, Yanina Soledad

**Año de defensa de la tesis:** 2021

## ¿Cómo citar este trabajo?

*Pantiga, Y. (2021) "Según su propio juicio": la inevitable necesidad de reevaluar el estándar básico del paternalismo libertario. [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella*  
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12005>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

**Dirección:** <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD  
TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA**

**“SEGÚN SU PROPIO JUICIO”:**

**LA INEVITABLE NECESIDAD DE REEVALUAR EL ESTÁNDAR BÁSICO DEL  
PATERNALISMO LIBERTARIO.**

**PANTIGA, YANINA SOLEDAD**

**LEGAJO: 18B796**

**TUTOR: CARDINALE, JULIANA**

**AÑO 2021**

## **RESUMEN.**

En este trabajo argumento que al margen de la indeterminación conceptual y empírica del set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios para evaluar sus intervenciones, el mayor problema asociado a este programa sería su indeterminación normativa. La clave estaría en que el estándar aplicable para aprobar un Nudge dependería de los efectos probables de los enfoques particulares y de conjeturas empíricas que en ocasiones podrían ser correctas y a veces podrían estar equivocadas. Los planificadores públicos deberían analizar las propuestas concretas y verificar en cada caso en particular si el estándar originariamente propuesto por los paternalistas libertarios tiene fuerza real o es meramente retórico. El set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios le estaría concediendo un amplio margen de apreciación y maniobra a los arquitectos de las decisiones, lo que engendraría serias fallas al delimitar y predecir su responsabilidad y el éxito o fracaso de sus intervenciones, lo cual en última instancia despertaría serias objeciones desde el punto de vista normativo. En definitiva, un estándar que exige una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, y que en ausencia de tal contextualización se volvería meramente retórico, sería inapropiado.

## ÍNDICE.

### INTRODUCCIÓN.

#### SECCIÓN 1. LA SUPUESTA TERCERA VÍA: ¿QUÉ ES Y CUÁLES SON SUS PRINCIPALES SECUELAS?

- 1.A. Fallas conductuales del mercado
- 1.B. El enfoque paternalista en sus múltiples variantes.
- 1.C. Falsa creencia de otra índole.
- 1.D. ¿Es inevitable algún tipo de paternalismo?
- 1.E. Iniciativas informadas empíricamente.
- 1.F. ¿Qué es un Nudge?

#### SECCIÓN 2. EL ESTÁNDAR “SEGÚN SU PROPIO JUICIO” Y SU INEVITABLE NECESIDAD DE CONTEXTUALIZACIÓN.

- 2.A. Desafíos Conceptuales.
- 2.B. Desafíos Empíricos.
- 2.C. Desafíos Normativos.

#### SECCIÓN 3. LA INEVITABLE NECESIDAD DE CONTEXTUALIZACIÓN EXPLÍCITA: SEGUNDA PARTE.

- 3.A. ¿Por qué algunos Nudges son ineficaces?
- 3.B. ¿Por qué algunas reglas por defecto no generan adhesión?
- 3.C. Límites a la eficacia de los Nudges según el tipo de decisor involucrado.
- 3.D. Tipos de Decisores: Rogelio y Homero.
- 3.E. Marionetas del Arquitecto.
- 3.F. La Válvula de Seguridad: una pieza fallada.

### CONCLUSIÓN.

## **INTRODUCCIÓN.**

Durante gran parte del siglo XX, la visión de la racionalidad presentada por la teoría de la elección racional (TER) se convirtió en el modelo principal del comportamiento humano y la toma de decisiones. Justamente, este es el modelo que toma como base el análisis económico del derecho (AED) en su versión tradicional. No obstante, en la década del '70 comenzaron a surgir importantes escuelas críticas de la TER. En pocas palabras, asumiendo que los individuos no emplean los procesos cognitivos racionales de actualización bayesiana de creencias y maximización de la utilidad esperada postulados por la TER, estas nuevas corrientes de pensamiento han venido a cuestionar la medida en que la TER es un buen modelo descriptivo y predictivo desde el cual comenzar el análisis del comportamiento humano y la toma de decisiones. Esencialmente, el nuevo paradigma postula que las personas reales tienen racionalidad limitada, lo que significaría que las personas reales a menudo cometen errores predecibles en los procesos de formación de juicios y toma de decisiones. Naturalmente, el surgimiento de este nuevo modelo ha tenido implicancias significativas en relación con el análisis económico del derecho (AED). Esto es, si la TER no es la base apropiada para comenzar el análisis de las elecciones individuales, entonces tampoco es el punto de partida apropiado para comenzar el análisis del derecho. De este modo, el proyecto central del AED conductual es emprender el análisis del derecho sobre la base de los hallazgos de las ciencias del comportamiento.

Si bien este nuevo paradigma se encuentra en escena desde la década de 1970, fue recién en la década del 2000-2010 cuando comenzó a cobrar notorio protagonismo en la agenda pública. Fundamentalmente, este auge surgió a partir del movimiento o programa que impulsó la aplicación de las ciencias del comportamiento para dar forma a las políticas públicas con el propósito de identificar un enfoque de política pública que pudiera atraer a participantes de todo el espectro político. Originariamente, este programa ha sido presentado como una "Nueva Vía" o "Tercera Vía", que venía a sentar una base prometedora para una política común, y se popularizó bajo la controvertida etiqueta de "Paternalismo Libertario". La idea de calificar de libertario a este tipo de paternalismo se debe a que aspira a diseñar políticas públicas que preserven o aumenten la libertad de elección. La intención de los paternalistas libertarios es que

las personas sean libres para elegir, evitando obstaculizar el ejercicio de la libertad de elección. De ahí que, la principal herramienta de intervención asociada a este programa son los “Nudges”, entendidos como iniciativas que alteran el comportamiento de las personas de manera predecible, sin involucrar coerción y sin cambiar significativamente los incentivos económicos. Para calificar como Nudge, la intervención debe preservar la libertad de elección. Sin dudas, el auge que tuvo este programa fue inmediato y superlativo, mas el entendimiento de su naturaleza y efectos fue relegado a segundo plano.

A saber, en 2009, el entonces presidente de Estados Unidos, Barack Obama, impulsó el uso de las ciencias del comportamiento en la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios con el propósito de mejorar el diseño y ejecución de las regulaciones. En igual sentido, en 2010, el Reino Unido estableció una Unidad de Conocimientos del Comportamiento (BIT) para promover las iniciativas informadas conductualmente. Progresivamente, esta clase de unidades se han ido multiplicando con presencia en ambos lados del Océano Atlántico. Si bien dentro de este movimiento los Nudges parecen haber capturado la mayor parte de la atención, lo cierto es que cualquier política pública puede estar informada por el conocimiento sobre la formación del juicio humano y la toma de decisiones. En efecto, en la esfera pública suelen emplearse las nociones de normativa informada empíricamente o conductualmente y Nudges como sinónimos, aunque en realidad la relación entre ambos conceptos es de género y especie, respectivamente. Incluso, esta confusión puede verse reflejada en la etiqueta informalmente atribuida a los equipos oficiales que aplican las ciencias del comportamiento a las políticas públicas, conocidos como “Unidades de Nudge”, cuya actividad ha colocado a la normativa informada empíricamente en el centro de las políticas públicas.

Si bien los ejemplos de normativas informadas empíricamente o, en particular, de Nudges son variados, los casos más destacados y controvertidos involucran reglas por defecto. Tal es el caso del uso de reglas por defecto para aumentar la participación en planes de ahorro para la jubilación combinado con el uso de incrementos automáticos para fomentar tasas de ahorro más altas, que han tenido un gran impacto en las políticas de ahorro para la jubilación en varios países, incluida la Ley de Protección de Pensiones de 2006 en los EE.UU. y la introducción de la

inscripción automática en las pensiones en Gran Bretaña a partir de 2012. Sin embargo, no todos los casos de Nudges son exitosos. En este sentido, a modo de ejemplo, se puede pensar en el fracaso parcial del esfuerzo regulatorio realizado en 2010 por la Junta de la Reserva Federal de EE.UU. para proteger a los consumidores de las altas comisiones que cargan los bancos a sus clientes por el servicio de descubierto bancario. Definitivamente, los casos de éxito y fracaso, ya sea total o parcial, son diversos.

Aunque el gran impacto que inicialmente generaron estas iniciativas en la esfera pública parece haber eclipsado la comprensión de su naturaleza y alcance, es sabido que con toda acción ocurre siempre una reacción igual y contraria, y la aparición de la supuesta “Tercera Vía” no fue la excepción a esta ley. Así pues, a lo largo de los últimos años han sido varias las críticas que se plantearon acerca de las posibles inconsistencias y los potenciales riesgos asociados a la implementación de la propuesta de los paternalistas libertarios, lo cual ha contribuido a explicar en mayor medida su naturaleza, efectos y limitaciones. En particular, el propósito de este trabajo no es argumentar en contra de la supuesta “Tercera Vía” o los Nudges *per se*, sino profundizar el set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios, cuya evaluación ha sido relativamente poco tratada desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

En especial, en este trabajo argumento que el mayor problema del set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios no sería su indeterminación conceptual o empírica, pues ello no obstaría la posibilidad de que existiera alguna regla implícita que pudiera descubrirse para evaluar su impacto en cada caso concreto. El mayor problema aquí sería su indeterminación normativa. La clave estaría en que el estándar aplicable para aprobar un Nudge dependería en última instancia de la conjunción de varios factores. De manera que, el único enfoque que podría razonablemente adoptarse es el enfoque de “caso por caso”. Los planificadores públicos deberían analizar las propuestas concretas y verificar en cada caso en particular si el estándar originariamente propuesto por los paternalistas libertarios tiene fuerza real o es meramente retórico. De modo que, este set de estándares obstaculizaría de manera significativa la evaluación de la permisibilidad y deseabilidad de cierta interferencia en las elecciones individuales. En estos términos, indago si un estándar que depende de los efectos probables de

los enfoques particulares y de conjeturas empíricas que en ocasiones podrían ser correctas y a veces podrían estar equivocadas, podría alguna vez o de alguna manera estar justificado y, en su caso, sobre qué base podría estarlo. Entiendo que el set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios le estaría concediendo un amplio margen de apreciación y maniobra a los arquitectos de las decisiones, lo que engendraría serias fallas al delimitar y predecir su responsabilidad y el éxito o fracaso de sus intervenciones, lo cual en última instancia despertaría serias objeciones desde el punto de vista normativo. En definitiva, en este trabajo argumento que un estándar que exige una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, y que en ausencia de tal contextualización se volvería meramente retórico, sería inapropiado.

Con tal propósito en mente, este trabajo se divide en 3 Secciones. En la Sección 1 comienzo por delinear la naturaleza y principales efectos de la supuesta “Tercera Vía”, para ello se presenta la noción de fallas conductuales del mercado y se identifican las características fundamentales de los enfoques paternalistas. Luego, se abordan dos de los supuestos típicos del argumento de los paternalistas libertarios, a saber, el supuesto de que la propensión humana a errar encuentra su origen exclusivo en el Sistema 1 y el supuesto de que algún tipo de paternalismo es inevitable. Además, se presenta la “Primera y (única) Ley de la Normativa Informada de Modo Conductual” y, dentro de las iniciativas informadas empíricamente, se identifica a la herramienta de intervención preferida por los paternalistas libertarios, esto es, el Nudge. En lo sucesivo, en la Sección 2 se identifica el set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios para evaluar sus intervenciones y se plantean sus desafíos conceptuales, empíricos y normativos, tomando como caso de referencia la participación automática en los planes de ahorro para la jubilación conocidos bajo el nombre “Ahorre Más Mañana”. Finalmente, en la Sección 3, con el propósito de profundizar la indeterminación normativa del set de estándares identificado en la Sección 2, se evalúan los límites a la eficacia de los Nudges, dirigiendo la atención hacia los casos en que las reglas por defecto no generan adhesión y tomando como referencia la regulación de los programas de descubierto bancario dictada por la

Junta de la Reserva Federal de EE.UU., lo que en última instancia permite reconocer la verdadera naturaleza y riesgos potenciales de la propuesta de los paternalistas libertarios.

## 1. LA SUPUESTA TERCERA VÍA: ¿QUÉ ES Y CUÁLES SON SUS PRINCIPALES SECUELAS?

### 1.A. Fallas conductuales del mercado.<sup>1</sup>

Durante las últimas décadas de investigación sobre la formación del juicio humano y la toma de decisiones se ha identificado que nuestra mente si bien es muy poderosa, también está sujeta a limitaciones. En nuestro intento por procesar, interpretar y simplificar la información disponible en el mundo que nos rodea somos susceptibles de incurrir en sesgos cognitivos, entendidos como desviaciones sistemáticas de las reglas de la elección racional, que encuentran su origen en la forma en que trabaja nuestro sistema cognitivo.

A partir del alud de investigación empírica sobre cómo piensan y actúan los individuos, dentro del campo de las ciencias sociales se ha vuelto familiar plantear la coexistencia de dos procesos de pensamiento o sistemas cognitivos, habitualmente singularizados a través de las etiquetas neutrales de “Sistema 1” y “Sistema 2”. Por un lado, identificamos al Sistema 2, que trabaja lento, es perezoso, realista y calculador y está asociado a los procesos autoconscientes de reflexión y deliberación, a los procesos más complejos que requieren de mayor esfuerzo. Por otro lado, identificamos al Sistema 1, que trabaja rápido, sin esfuerzo y está asociado a los procesos automáticos e intuitivos, a los impulsos inmediatos, a las emociones y a los instintos. Particularmente, el pensamiento rápido e intuitivo es difícil de controlar e incluye diferentes variantes: (a) el pensamiento experto, esto es, las respuestas intuitivas fruto de nuestras aptitudes, entrenamiento y experiencia; (b) el pensamiento heurístico, esto es, atajos mentales para el procesamiento de información y la formulación de juicios y (c) las actividades mentales puramente automáticas de la percepción y la memoria. Con todo, aun no disponemos de una manera sencilla de identificar el origen de una cierta decisión y distinguir entre una respuesta experta y una respuesta heurística.

Una heurística es un atajo mental utilizado para resolver un problema particular, es un algoritmo rápido, informal e intuitivo que utiliza nuestro cerebro para generar una respuesta aproximada a una pregunta difícil. Estos atajos mentales nos ayudan a encontrar respuestas

---

<sup>1</sup> Ver Kahneman, D. (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. 7ª. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Debate.

adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles y nos permiten tomar decisiones rápidas, que pueden ser efectivas e incluso deseables cuando la oportunidad es más valiosa que la precisión. En este sentido, las heurísticas constituyen una herramienta de gran utilidad que facilita nuestra adaptación a las inevitables limitaciones de conocimiento y de tiempo que prevalecen en el mundo que nos rodea. En su mayor parte, las heurísticas son útiles porque nos permiten entender rápidamente un ambiente complejo y adaptarnos a un mundo dinámico, pero hay momentos en que no logran hacer una evaluación correcta del entorno que nos rodea.

Cuando una heurística no produce un juicio correcto, a veces puede dar lugar a un sesgo cognitivo, que es una tendencia a sacar una conclusión incorrecta en una determinada circunstancia sobre la base de factores cognitivos. Las heurísticas son propensas a conducirnos hacia estos errores sistemáticos porque operan con datos muy limitados y, dado que la heurística es un proceso de razonamiento simplificado, el tipo de sesgo cognitivo que se manifiesta como resultado de una heurística refleja las limitaciones de nuestra racionalidad (entendida en el sentido estándar o clásico). Con todo, debemos tener presente que en situaciones familiares y regulares nuestros instintos e impulsos inmediatos funcionan bastante bien. Aquellos ambientes son la norma, no la excepción, y por esta razón nuestras elecciones generalmente tienden a incrementar nuestro bienestar. Como contracara, en situaciones desconocidas o inusuales los atajos mentales pueden fallar. Dicho de otro modo, en muchas ocasiones nuestras heurísticas producen resultados iguales o mejores que aquellos generados en virtud de un cálculo deliberado y reflexivo de todos los costos y beneficios asociados a cierta decisión; sin embargo, en otras situaciones producen resultados no deseados por el propio decisor.

De todos modos, las desviaciones sistemáticas de la racionalidad (entendida en el sentido estándar o clásico) no sólo pueden reconocer como origen fallas en nuestro Sistema 1 (fallas en nuestras intuiciones), sino también fallas en nuestro Sistema 2 (fallas en el monitoreo y control de nuestras intuiciones o fallas en el mismo proceso de razonamiento). Esto es, una falla en cualquiera de nuestros sistemas cognitivos puede dar lugar a la existencia de sesgos cognitivos. Así pues, si bien las heurísticas suelen jugar un rol sustancial en relación con la gestación de sesgos cognitivos, estos errores de pensamiento que afectan nuestras decisiones y juicios pueden

reconocer como causa diferentes factores y procesos mentales, a veces difíciles de distinguir, tales como las presiones e influencias sociales, las motivaciones emocionales y morales, la capacidad limitada para el procesamiento de información, la limitada capacidad de atención, distorsiones en el proceso de almacenamiento y recuperación de la memoria.<sup>2</sup>

A su vez, los distintos tipos de errores sistemáticos pueden afectar diferentes dominios de nuestro sistema cognitivo. Esto es, los sesgos cognitivos pueden afectar, de forma exclusiva o conjunta, la manera en que adquirimos y procesamos información, la manera en que formamos y modificamos nuestras creencias, la forma en que tomamos decisiones, la forma en que efectuamos ciertos cálculos (tales como los cálculos de probabilidades), la manera en que trabaja nuestra memoria, nuestra percepción y nuestro comportamiento social. Finalmente, aunque varios factores de fondo (tales como la edad, el tipo de personalidad y las habilidades cognitivas) pueden incrementar la predisposición de las personas a ciertos sesgos cognitivos, dado que su origen radica en la forma en que trabaja nuestro sistema cognitivo, cualquier ser humano puede experimentarlos. En cualquier caso, no se trata de rasgos inalterables de la naturaleza humana, pues existen diferentes técnicas y estrategias que pueden implementarse para mitigar los efectos de los sesgos cognitivos y aprender a tomar mejores decisiones. Con todo, si bien los sesgos pueden afectar nuestras decisiones y juicios de manera negativa, en ocasiones las heurísticas pueden influenciar nuestro proceso de pensamiento de manera positiva, ayudándonos a tomar decisiones óptimas.

Ahora bien, lo que aquí deberíamos preguntarnos es si el aumento en el conocimiento sobre el pensamiento y el comportamiento de los seres humanos es condición suficiente para abrir paso a la intervención gubernamental. Más precisamente, lo que aquí interesaría indagar es si debería protegerse a las personas de las consecuencias de sus propias decisiones. Según Cass R. Sunstein, el resultado de las investigaciones de las ciencias del comportamiento sobre el error humano no podría justificar por sí mismo un mayor espacio para el paternalismo, para ello resultaría necesario determinar qué se lograría en la vida de las personas a partir de tal

---

<sup>2</sup> Los sesgos ocurren por fallas en nuestro sistema cognitivo, mas detrás de cada sesgo subyacen distintos mecanismos. Esta especificación nos permite capturar la naturaleza de cada sesgo en términos de variaciones en nuestros procesos cognitivos.

intervención. En este contexto, la clave estaría en que si los arquitectos de las decisiones (entendidos como los planificadores sociales del sector público) están provistos de este conocimiento sobre el error humano, entonces estarían en condiciones de ayudar a la gente a tener una vida mejor, a partir de su propio juicio, y justamente por tal razón es que algunas formas de paternalismo estarían justificadas.

Así pues, si bien tradicionalmente la intervención gubernamental ha sido justificada en términos económicos en función de la existencia de “fallas del mercado”, a partir de los descubrimientos de las ciencias del comportamiento se habrían ampliado los supuestos que justificarían la intervención gubernamental, complementándose la explicación estándar de la economía a partir de las llamadas “fallas conductuales del mercado”, entendidas como el conjunto de errores sistemáticos (y, por tanto, predecibles) que las personas suelen cometer en los procesos de formación del juicio humano y toma de decisiones, que pueden afectar negativamente y de manera significativa su propio bienestar.<sup>3</sup> Desde esta perspectiva, en aquellos contextos en los que los individuos son propensos al error, las intervenciones paternalistas harían que su vida fuera mejor (según su propio juicio) y precisamente sobre esta base es que estarían justificadas.

### **1.B. El enfoque paternalista en sus múltiples variantes.<sup>4</sup>**

Según Hausman y Welch<sup>5</sup>, una iniciativa calificaría como paternalista si y solo si tiene como objetivo promover los intereses de una persona a través de cualquiera de los siguientes medios: (a) ejerciendo influencia en sus elecciones, ya sea moldeando sus elecciones en sí mismas o limitando lo que la persona puede elegir, o (b) empleando otros medios que producirían efectos

---

<sup>3</sup> En particular, los paternalistas libertarios suelen señalar varios factores que pueden conducir a errores en el juicio humano y en el proceso de toma de decisiones, tales como la aversión a la pérdida, el sobre-optimismo, el sesgo del status quo, la miopía, la inercia, el encuadre, así como también varias heurísticas, tales como anclaje, representatividad, disponibilidad.

<sup>4</sup> Las iniciativas paternalistas pueden provenir tanto de instituciones públicas como de instituciones privadas, mas este trabajo se focaliza exclusivamente en las iniciativas provenientes del sector público.

<sup>5</sup> Ver Hausman, D. M., & Welch, B. (2010). Debate: To nudge or not to nudge. *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 123-136.

independientemente de lo que la persona haga y en contra de su voluntad. Entonces, lo que caracterizaría al paternalismo serían, por un lado, su objetivo (promover los intereses del propio decisor) y, por el otro, los medios empleados para alcanzar este objetivo, independientemente de que tal objetivo sea alcanzado exitosamente o no.

Ante todo, es preciso aclarar que para Hausman y Welch, la noción de “moldear las elecciones individuales” hace referencia al uso de los errores sistemáticos que las personas suelen cometer en los procesos de formación de juicios y toma de decisiones para que tales personas elijan una alternativa en lugar de otra. Entonces, según estos autores, la noción de “moldear” las elecciones individuales equivaldría a “manipular” y excluiría la idea de “persuadir”, porque la persuasión (a diferencia de la coerción y la manipulación) sí respetaría la libertad del decisor. Desde este punto de vista, al igual que sucede con las iniciativas implementadas para hacer que las personas elijan una cierta alternativa por medio de la fuerza, amenazas o información falsa, la “explotación” de los errores humanos tendría como objetivo la sustitución del juicio del receptor de estas iniciativas por el juicio del planificador acerca de lo que debería hacerse, y cuando estas interferencias tuviesen como objetivo promover los intereses de la persona interferida, entonces calificarían como paternalistas. En cambio, los intentos por persuadir a una persona por medio de argumentos fácticos y válidos, aun cuando tuvieran como objetivo promover los intereses del receptor de tales medidas, no perseguirían sustituir el juicio del decisor por el juicio del planificador acerca de lo que debería hacerse y, de ahí que, no calificarían como paternalistas. Así pues, la cláusula (a) de la definición citada (que, por cierto, sería la única cláusula relevante para los paternalistas libertarios) haría referencia a las iniciativas que persiguen afectar las elecciones individuales, ya sea cambiando el set de alternativas entre las cuales el decisor puede elegir (coercionando) o utilizando las limitaciones en las capacidades deliberativas del decisor para influenciar cómo el decisor elige entre el set inalterado de alternativas disponibles (manipulando).

Por lo que se refiere a la noción de paternalismo, esta conlleva su propio campo de debate. No obstante, a los efectos del presente trabajo se requiere una definición operativa de paternalismo, que permita comprender la esencia de la propuesta de los paternalistas libertarios.

Por consiguiente, como punto de partida se toma la referida concepción de Hausman y Welch, pero se relaja la cláusula (a), en el sentido de que se asume que las iniciativas paternalistas podrían perseguir afectar las elecciones individuales a través de otros medios distintos de la coerción y la manipulación. Además, se asume que para que una iniciativa califique como paternalista no sería condición necesaria que se implemente en contra de la voluntad del decisor cuyos intereses buscaría promover. La cuestión aquí es que la voluntad del decisor sería completamente irrelevante (no sería tomada en cuenta) y, por lo tanto, sería indistinto si la intervención es aprobada o desaprobada por la persona afectada.<sup>6</sup> De cualquier modo, la definición de paternalismo con la que aquí se trabaja incluye a todas las iniciativas que los enfoques tradicionales considerarían paternalistas, mas también abarcaría otras intervenciones que las visiones clásicas de paternalismo, en principio, excluirían.

Desde la perspectiva de Sunstein<sup>7</sup>, la idea central inherente a cualquier enfoque paternalista es que el planificador público no cree que las elecciones de la gente promoverán su propio bienestar y, consecuentemente, adopta acciones para influir o alterar dichas elecciones por el propio bien de la gente. Más precisamente, el planificador público puede perseguir influir en las consecuencias sin afectar las acciones o creencias del decisor, o influir en las acciones sin afectar las creencias del decisor, o influir en las creencias del decisor para alterar sus acciones, o influir en las preferencias del decisor para alterar sus acciones. Así pues, con la finalidad de influir o alterar las elecciones de la gente por su propio bienestar, los oficiales públicos impondrían costos sobre las elecciones.

De este modo, aunque las corrientes tradicionales exigirían como condición necesaria que la intervención involucre coerción para calificar como paternalista, los paternalistas libertarios negarían que las iniciativas deban necesariamente bloquear o restringir las opciones disponibles para las personas o incrementar significativamente los costos de tales opciones para calificar

---

<sup>6</sup> En cambio, desde una perspectiva tradicional y estrecha, Dworkin define al paternalismo como la interferencia por parte del Estado o de un individuo con otra persona, en contra de su voluntad, justificada o motivada sobre la base de que la persona interferida estará mejor o será protegida de algún daño a partir de tal interferencia. Ver Dworkin, G. 2017. 'Paternalism', in Zalta, E.N. (ed.) The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2017 Edition.

<sup>7</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). *Paternalismo Libertario: ¿Por qué un empujoncito?* Barcelona, Herder Editorial S.L., pág. 79.

como paternalistas. En este sentido, parece razonable pensar que si optáramos por reducir el enfoque a la idea de coercionar, estaríamos limitando en exceso la noción de paternalismo y excluyendo muchas intervenciones o iniciativas que, sin coercionar, influyen significativamente en las elecciones de los individuos. Si nos preocupa la libertad en un sentido amplio, esto es, si entendemos la libertad no sólo como ausencia de obstáculos, restricciones o interferencias de otros, sino también como el control que un individuo tiene sobre sus propios juicios, deliberaciones y elecciones<sup>8</sup>; entonces, parece razonable pensar que algunas iniciativas que buscan influenciar o alterar las elecciones, creencias o preferencias de los decisores o los resultados de sus elecciones con el objetivo de promover los intereses del propio decisor, sin invalidar o interferir con las opciones de las personas, también podrían calificarse como paternalistas, ya que estarían interfiriendo (o amenazando con interferir) con la libertad del decisor entendida en un sentido amplio. De ahí que, en el presente trabajo se utilizan estas concepciones de paternalismo y libertad, ambas entendidas en un sentido amplio.

A su vez, dentro de este marco, existen diferentes formas de paternalismo. Algunas variantes respetan los fines de las personas y solo intentan influir en su elección de los medios, en tanto que otras buscan alterar la elección de los fines de los individuos. Al mismo tiempo, algunas formas de paternalismo son consideradas agresivas o duras, mientras que otras son consideradas débiles o suaves.

Así pues, por un lado, podríamos pensar que en la medida en que no se impongan costos materiales significativos sobre los decisores estamos en presencia de un paternalismo débil, mas tal razonamiento sería demasiado restrictivo, pues ciertos costos psíquicos podrían generar un impacto mucho mayor en la conducta que algunos costos materiales. Así las cosas, en lugar de formular la distinción en términos de costos materiales y psíquicos, parecería más razonable entender los costos en términos de un continuo desde lo más duro hasta lo más suave. De este modo, si el planificador público impone costos de cualquier tipo sobre las elecciones de la gente para proteger a los decisores de sus propias elecciones por considerar que las mismas no

---

<sup>8</sup> Ver Carter, Ian, "Positive and Negative Liberty", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

incrementarán su propio bienestar, tal decisión calificaría como paternalista. A su vez, si tales costos son de gran magnitud (sean estos materiales o inmateriales), estaríamos frente a un paternalismo duro; mientras que si tales costos no son significativos, la intervención calificaría como paternalismo suave. No obstante, la distinción entre una variante y otra no es nítida, pues solo tenemos puntos a lo largo de un continuo marcados de acuerdo con la magnitud de los costos.

Por otro lado, el planificador podría partir de concebir que los fines de las personas son “correctos”, pero que es necesario implementar algún tipo de medida para asegurar que los individuos efectivamente alcancen sus fines. Alternativamente, el planificador podría partir de interpretar que los fines de los individuos son “incorrectos” y que es necesario implementar algún tipo de medida para asegurar que los fines “correctos” sean alcanzados. Dicho de otro modo, las intervenciones paternalistas pueden no aceptar los fines de los decisores (paternalismo de fines) o aceptarlos y respetarlos, pero asumir que las elecciones de los individuos no promueven esos fines (paternalismo de medios). Nótese, que el paternalismo de medios puede ser duro o suave, al igual que el paternalismo de fines, y en la mayoría de los casos la línea divisoria entre una variante y otra es difusa. En tal sentido, si el arquitecto de las decisiones define los fines en términos muy generales y abstractos, todas las formas de paternalismo podrían calificar como paternalismo de medios; como contracara, si los fines son definidos en términos muy específicos y concretos, todas las formas de paternalismo podrían calificar como paternalismo de fines.

A su vez, a lo largo de las últimas décadas se ha instalado en el debate público una forma de paternalismo que intentaría ser libertario de espíritu, una supuesta **“Tercera Vía”**<sup>9</sup>. De acuerdo con sus promotores, el “Paternalismo Libertario” sería un tipo de paternalismo que calificaría como relativamente débil y no intrusivo, dado que las elecciones de la gente no serían bloqueadas ni circunvaladas, sino que se impondrían costos triviales sobre quienes persiguieran apartarse de la opción sugerida por el planificador y seguir su propio camino. En cualquier caso,

---

<sup>9</sup> La categorización aquí planteada no es en absoluto exhaustiva, pues existen otras formas de paternalismo (tales como el paternalismo asimétrico) que aquí no son mencionadas. Sin embargo, el tratamiento de cada una de ellas en particular excede el marco del presente trabajo. El foco aquí está puesto en la forma de paternalismo que se ha dado a llamar libertario, por lo tanto, la categorización planteada solo busca contextualizar esta variante.

según sus propios dichos, este enfoque calificaría como paternalista porque los planificadores no estarían tratando de rastrear las elecciones precedentes de las personas, sino que tratarían conscientemente de hacer que la gente gire en torno de direcciones que promuevan su bienestar.<sup>10</sup> Así pues, la clave está en que esta forma de paternalismo implicaría la interferencia por parte de los planificadores públicos en las elecciones de la gente con el objetivo de promover su bienestar y al mismo tiempo preservar su libertad de elección. De ahí que, esta supuesta “Tercera Vía” pretendería asumir un compromiso simultáneo con el bienestar y la libertad de elección de los decisores.

En pocas palabras, los paternalistas libertarios se diferenciarían de las variantes tradicionales de paternalismo porque buscarían promover el bienestar de las personas, “según su propio juicio”. Por su parte, si bien el término “bienestar” conlleva su propio campo de debate, los paternalistas libertarios no adoptarían de manera explícita ninguna visión de bienestar y propondrían emplear este término en un sentido amplio, distinguiendo entre bienestar desde el punto de vista del decisor y bienestar desde la perspectiva del planificador público. Así pues, por bienestar desde el punto de vista del decisor entenderían a cualquier cosa que este considere que haría que su vida fuera mejor; en tanto que por bienestar desde el punto de vista del planificador entenderían a cualquier cosa que este considere que haría que la vida de los individuos fuera mejor.<sup>11</sup> Ahora bien, en estos términos, la propuesta de los paternalistas libertarios parecería excesivamente incompleta. Para poder ser aplicable en la práctica, sería necesario delimitar con mayor claridad y precisión este enfoque. La conceptualización clara y precisa del estándar aplicable es condición necesaria para poder evaluar la naturaleza y efectos de cualquier intervención, y los paternalistas libertarios no están exentos de tal condición. Así pues, a lo largo del presente trabajo se identificarán lo que a mi entender son las concepciones

---

<sup>10</sup> Ver Sunstein, C. R. & Thaler, R. H. (2003) *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, University of Chicago Law Review 1159-1160, Nro. 70.

<sup>11</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). op. cit., págs. 96-98. También ver Sunstein, Cass R. (2018) *Misconceptions about nudges*, Journal of Behavioral Economics for Policy, 2, No. 1, 61-67, 2018: “Sin duda, el concepto de bienestar requiere especificación, pero la mayoría de los Nudges se pueden aprobar sin entrar en aguas filosóficas turbias; podemos tener un “acuerdo teorizado de manera incompleta” de que algunos enfoques promueven el bienestar y otros no, sin resolver las disputas entre Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Amartya Sen.”

implícitas en el paternalismo libertario, que parecerían derivar en serios problemas asociados a la consistencia y permisibilidad de este enfoque.

A su vez, si bien los paternalistas libertarios no sólo aceptarían, sino que pretenderían capitalizar varias de las objeciones clásicas formuladas contra los enfoques paternalistas tradicionales, simultáneamente se preocuparían por dejar en claro que la posición anti-paternalista dogmática estaría fundada en una falsa creencia y en dos concepciones erróneas:<sup>12</sup>

- Falsa creencia: la mayoría de las personas, la mayor parte del tiempo, toman decisiones en función de sus mejores intereses o, al menos, toman mejores decisiones (“según su propio juicio”) que terceros.

- Primera concepción errónea: existen alternativas posibles al paternalismo.

- Segunda concepción errónea: el paternalismo siempre involucra coerción.

A propósito, la “segunda concepción errónea” ya fue abordada y concedida al comienzo de este apartado. Esto es, en el presente trabajo se asume que la existencia de coerción no es condición necesaria para que una cierta iniciativa califique como paternalista. No obstante, la ausencia de coerción no sería condición suficiente para justificar las credenciales libertarias de esta supuesta “Tercera Vía”. El paternalismo libertario podría ser visto como “libertario” sólo por quienes estén exclusivamente preocupados por la libertad entendida en sentido estrecho. De todos modos, si bien niego que la propuesta de los paternalistas libertarios pueda ser compatible con la tradición filosófica liberal, el foco en este trabajo no está dirigido hacia esta potencial incompatibilidad en exceso controvertida, sino que el foco aquí está dirigido hacia los desafíos conceptuales, empíricos y normativos que enfrenta la propuesta de los paternalistas libertarios. Por otra parte, sin perjuicio de la concesión formulada respecto de la “segunda concepción errónea”, no sería posible hacer extensiva tal dispensa a la “falsa creencia” y la “primera concepción errónea” alegadas por los paternalistas libertarios. Por consiguiente, a continuación

---

<sup>12</sup> Ver Sunstein, C. R. & Thaler, R. H. (2003), op. cit.

se abordan ambas cuestiones por separado, primero se evalúa la supuesta “falsa creencia” para luego pasar a evaluar la pretendida “primera concepción errónea”.

### **1.C. Falsa creencia de otra índole.**

Tradicionalmente, la objeción más reconocida formulada a los enfoques paternalistas se apoya en el argumento de carácter instrumental y epistémico elaborado por John Stuart Mill<sup>13</sup>. Desde esta perspectiva, en la medida en que no se haga daño a otros, si el objetivo es asegurar que la vida de las personas vaya bien, la solución correcta para los planificadores públicos es dejar que las personas encuentren su propio camino, llevando a cabo sus propios experimentos de vida con base en sus propios juicios. De este modo, asumiendo que los individuos conocen sus propias preferencias y circunstancias mejor que cualquier observador externo, se concluye que el propio bien del decisor no sería justificación suficiente para la intervención gubernamental, precisamente porque sería más plausible que el error provenga del agente externo que del propio individuo.

Ahora bien, según los paternalistas libertarios, el supuesto de que las elecciones individuales deberían estar libres de interferencia parte esencialmente de asumir que el trabajo que hacen las personas al tomar decisiones que involucran su propio bienestar es superior al trabajo que podrían hacer terceras partes. En oposición al argumento epistémico, con base en los hallazgos de las ciencias del comportamiento sobre la racionalidad de los juicios y las elecciones individuales, los paternalistas libertarios consideran falsa la creencia de que la mayoría de los decisores, la mayor parte del tiempo, toman decisiones en función de su mejor interés o, al menos, toman mejores decisiones (“según su propio juicio”) que terceros. Más precisamente, con base en los resultados de la investigación empírica que demuestran con qué frecuencia las personas no exhiben expectativas racionales, no hacen evaluaciones consistentes con la regla de Bayes, usan heurísticas que pueden llevarlas a cometer errores sistemáticos, exhiben preferencias que no son transitivas y que dependen de la formulación del problema de decisión,

---

<sup>13</sup> Ver Mill, J. S. (2017). *Sobre la libertad* (Vol. 285). Ediciones Akal.

los paternalistas libertarios asumirían que, en ciertas ocasiones, las personas toman decisiones que ellas mismas considerarían subóptimas en términos de su propio bienestar, esto es, elecciones que cambiarían si sus recursos informativos, cognitivos y volitivos no fueran limitados. De ahí que, los paternalistas libertarios asumirían que como resultado de su racionalidad limitada y de los sesgos cognitivos, las personas frecuentemente toman decisiones que, tras una reflexión, considerarían erróneas.<sup>14</sup>

En este contexto, los paternalistas libertarios no parecerían contrariar la creencia de que, generalmente, los individuos son los mejores jueces de lo que significa el hecho de que su vida vaya bien, más bien sugerirían que si los planificadores públicos conocen cuáles son los errores en los que sistemáticamente incurren los decisores, las intervenciones paternalistas podrían hacer que la vida de las personas vaya mejor (“según su propio juicio”). Dicho de otro modo, los paternalistas libertarios sugerirían que los arquitectos de las decisiones, al estar equipados con el conocimiento sobre el error humano, podrían ayudar a que la gente tome decisiones superiores en términos de su propio bienestar (“a partir de su propio juicio”).

A su vez, los paternalistas libertarios se preocuparían por dejar en claro que el hecho de asumir que las elecciones de los individuos no siempre son el mejor medio para promover su propio bienestar (“según su propio juicio”) no implicaría asumir que deba darse preeminencia al Sistema 2 sobre el Sistema 1. Esto es, los paternalistas libertarios no sugerirían que el Sistema 2 debería estar a cargo, ni que deberían desestimarse las demandas legítimas del Sistema 1, sino que asumirían que el Sistema 1 comete errores sobre lo que disfrutaría.<sup>15</sup> Paralelamente, si bien los paternalistas libertarios no desconocerían que la disposición a cometer errores sistemáticos también podría afectar a los planificadores públicos, parecerían asumir que el Sistema 1 es prácticamente irrelevante en el sector público, pues el análisis de costos y beneficios que habitualmente realizan los hacedores de políticas públicas fortalecería en gran medida el rol del Sistema 2.

---

<sup>14</sup> Ver Sunstein, C. R., & Thaler, R. (2003a). Libertarian paternalism. *American Economic Review*; y Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (2003), op. cit.

<sup>15</sup> Ver Sunstein, C.R. (2017), op. cit., págs. 132-133.

Así pues, los paternalistas libertarios parecerían asumir que el Sistema 1 comete errores y, como resultado, los decisores terminan seleccionando los medios incorrectos para alcanzar sus propios fines. De ahí que, una adecuada comprensión de la racionalidad limitada y de los sesgos cognitivos no derivaría en el otorgamiento de prioridad de modo decisivo al Sistema 2, sino que derivaría en el supuesto de que necesitaríamos fortalecer el Sistema 2 sin desatender las demandas legítimas del Sistema 1. Por consiguiente, los paternalistas libertarios no sugerirían que los arquitectos de las decisiones deberían ayudar a las personas a poner a cargo a su Sistema 2, ni conducir a las personas hacia la dirección del “como si”, sino que sugerirían que los arquitectos de las decisiones deberían ayudar a las personas a minimizar la potencialidad de los errores cometidos por su Sistema 1. De manera que, los paternalistas libertarios parecerían asumir que nuestro Sistema 1 sería el origen exclusivo de nuestros sesgos cognitivos y, por lo tanto, que nuestro Sistema 1 sería el origen exclusivo de nuestras “malas decisiones” o “decisiones incorrectas” (decisiones que, tras una reflexión, consideraríamos erróneas). Dicho de otro modo, los paternalistas libertarios parecerían asumir que las fallas conductuales del mercado que justificarían la intervención gubernamental se asientan decisivamente en operaciones características del Sistema 1. Sin embargo, estos supuestos no podrían razonablemente fundarse en las investigaciones empíricas de las ciencias del comportamiento.

Precisamente, con base en las investigaciones de las ciencias del comportamiento, sabemos que los sesgos cognitivos no sólo pueden reconocer como origen fallas en nuestro Sistema 1 (fallas en nuestros impulsos e intuiciones), sino también fallas en nuestro Sistema 2 (fallas en el monitoreo y control de nuestras intuiciones o fallas en el mismo proceso de razonamiento reflexivo y deliberativo). Además, sabemos que los sesgos cognitivos que afectan nuestras decisiones y juicios pueden reconocer como causa diferentes factores y procesos mentales, a veces difíciles de distinguir unos de otros, tales como las heurísticas, las presiones e influencias sociales, las motivaciones emocionales y morales, la capacidad limitada para el procesamiento de información, la limitada capacidad de atención, distorsiones en el proceso de almacenamiento y recuperación de la memoria.

Especialmente, en relación con el Sistema 1 sabemos que no sólo incluye el pensamiento heurístico, sino también el pensamiento experto y las actividades mentales puramente automáticas. Asimismo, sabemos que si bien los sesgos cognitivos pueden afectar nuestras decisiones y juicios de manera negativa, en su mayor parte las heurísticas son útiles porque nos permiten tomar decisiones rápidas que pueden ser efectivas e, incluso, deseables cuando la oportunidad es más valiosa que la precisión. A su vez, sabemos que aun no tenemos una manera sencilla de identificar el origen de una cierta decisión y distinguir entre una respuesta experta y una respuesta heurística. Más aun, sabemos que el Sistema 2 puede no tener un indicio del error, en el sentido de que puede fallar en identificar y corregir los errores que ocurren por motivo de fallas en nuestras intuiciones y también puede constituir el propio origen del error, esto es, puede darnos una solución incorrecta a cierto problema de decisión debido a una falla misma en nuestro proceso de razonamiento reflexivo y deliberativo. Máxime, sabemos que la idea de la convivencia de los dos sistemas cognitivos diferentes es tan solo una simplificación que permite captar sencillamente la distinción entre procesos automáticos e intuitivos, por un lado, y procesos más complejos y de mayor esfuerzo, por el otro, pero esta noción no debe ser interpretada como una distinción entre un sistema o proceso cognitivo normativo (Sistema 2) y uno no-normativo (Sistema 1).

Recapitulando, según los paternalistas libertarios, la idea de que el propio bienestar del decisor no sería justificación suficiente para la intervención gubernamental se basaría en la falsa creencia de que la mayoría de los decisores, la mayor parte del tiempo, toman decisiones en función de su mejor interés o, al menos, toman mejores decisiones (según su propio juicio) que terceros. Desde su punto de vista, esta creencia sería falsa porque en muchas ocasiones nuestro Sistema 1 comete errores y, como resultado, los decisores terminamos seleccionando los medios incorrectos para alcanzar nuestros propios fines. Sin embargo, parecería que la falsa creencia involucrada en este contexto es una de naturaleza bien distinta a la sugerida por los paternalistas libertarios. Esto es, los hallazgos aportados por la investigación empírica sobre cómo piensan y actúan los individuos no justificarían en modo alguno la creencia de que la gente comete errores exclusivamente debido al Sistema 1 y que por ello necesitamos fortalecer el Sistema 2. Contrario al argumento paternalista-libertario, sabemos que el Sistema 1 constituye el origen típico, pero

no exclusivo, de los sesgos cognitivos y que el Sistema 2 también es propenso a cometer errores sistemáticos. Más aun, tales hallazgos conductuales demuestran que aun siendo propenso a cometer errores en ciertas circunstancias, el Sistema 1 es valioso, efectivo y deseable en relación con algunas tareas. Por consiguiente, parece razonablemente concluir que la propuesta de los paternalistas libertarios se basaría en una “falsa creencia de otra índole”, a saber, en el falso supuesto de que la gente comete errores solo debido al Sistema 1.

### **1.D. ¿Es inevitable algún tipo de paternalismo?**

Una característica fundamental de la propuesta de los paternalistas libertarios es que considera erróneo concebir que existen alternativas posibles para el paternalismo. En pocas palabras, los paternalistas libertarios asumen que al ser probable que una cierta arquitectura de la elección sea organizada desde el gobierno, y como tal no sea completamente neutral, entonces algún tipo de paternalismo es inevitable. Así pues, dos premisas y una conclusión constituirían la base de su argumento: asumiendo la inevitabilidad de la arquitectura de la decisión y la inevitabilidad de los efectos marco<sup>16</sup>, los paternalistas libertarios concluirían que algún tipo de paternalismo es inevitable. De este modo, desde que las objeciones anti-paternalistas estarían fundadas en concepciones erróneas, el brazo paternalista de este enfoque no sería abordado como un aspecto problemático de su propuesta, sino como un derivado inevitable. Ahora bien, ¿es inevitable la arquitectura de la decisión? ¿Son inevitables los efectos marco? ¿Es inevitable algún

---

<sup>16</sup> Los efectos marco se producen cuando descripciones extensionalmente equivalentes (sometidas a las mismas restricciones) de un determinado problema de decisión conducen a elecciones diferentes, al modificar la notabilidad relativa de los diferentes aspectos del problema (diferentes representaciones de los mismos resultados realzan algunos rasgos de la situación y ocultan otros). Debido a la aceptación pasiva de la formulación de un problema de decisión dado, los individuos fracasan al momento de “*construir una representación canónica para todas las descripciones extensionalmente equivalentes del estado del asunto considerado*”. De este modo, el supuesto de que las preferencias no se ven afectadas por las variaciones intrascendentes respecto de la descripción de los resultados constituye un aspecto esencial de la racionalidad que no se cumple en los efectos marco. Ver Kahneman, D. (2003) *Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual*, Revista Asturiana de Economía, 1134-8291, Nro. 28.

tipo o grado de paternalismo? En esta instancia es clave indagar si son ciertas o no las premisas del silogismo planteado por los paternalistas libertarios.<sup>17</sup>

Desde esta perspectiva, la arquitectura de la elección, entendida como el contexto respecto al cual se toman las decisiones, es tan ubicua como ineludible (no podríamos eliminarla) y, a su vez, podría ser decisiva en tanto ejerce poder sobre la gente que está sujeta a ella, influyendo de un modo considerable en los resultados. Así pues, dado que la arquitectura de la elección sería inevitable, entonces, según los paternalistas libertarios, cierta influencia sobre las elecciones también lo sería, sea esta deliberada o no, sea el resultado de cualquier tipo de diseño planificado o espontáneo. De este modo, con base en los descubrimientos de las ciencias del comportamiento que evidencian con qué frecuencia sutiles cambios en la forma en que las decisiones son enmarcadas pueden generar notables efectos sobre cómo la gente responde a ellos, los paternalistas libertarios asumirían que los planificadores que determinan el marco de una elección (los arquitectos de las decisiones que determinan la forma en que se presenta un problema de decisión) poseen un inevitable poder para influir en las elecciones o, en el peor escenario, dar forma a las preferencias de los individuos. Por consiguiente, dado que las preferencias serían inevitablemente sensibles a la forma en que se enmarcan las elecciones y dado que algunas decisiones organizativas por parte de los planificadores públicos serían inevitables, entonces los paternalistas libertarios concluirían que alguna forma de paternalismo también lo sería. Como corolario, las objeciones anti-paternalistas no tendrían fuerza real cuando algún tipo de paternalismo es inevitable. Por lo tanto, según los paternalista libertarios, sencillamente deberíamos concentrarnos en seleccionar la mejor alternativa posible dentro de las opciones que ejercen influencia sobre las elecciones.<sup>18</sup>

Pasando a limpio, los paternalistas libertarios parecen asumir que las preferencias son inevitablemente endógenas a la forma en que las elecciones se presentan o enmarcan y, como resultado de esta endogeneidad, los planificadores que determinan el marco o encuadre del problema de decisión inevitablemente darían forma a (o cuando menos influirían en) las

---

<sup>17</sup> Ver Mitchell, G. (2005) *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, Northwestern University Law Review, Vol. 99, No. 3.

<sup>18</sup> Ver Sunstein, C.R. (2017), op. cit., págs. 143-146.

preferencias de los decisores. En este sentido, si bien los paternalistas libertarios se concentrarían en el poder que la arquitectura de la decisión relevante ejerce sobre las elecciones, el énfasis aquí debería estar puesto en las preferencias, justamente porque los efectos marco hacen referencia a las influencias injustificadas de una formulación sobre las preferencias o, lo que es lo mismo, a la dependencia de las preferencias a la formulación de los problemas de decisión.<sup>19</sup> Incluso, uno de los mayores desafíos que enfrenta la propuesta de los paternalistas libertarios es que muchas de las intervenciones por ellos sugeridas terminarían condicionando o moldeando las preferencias del receptor (no sólo sus elecciones). Por ejemplo, cierto decisor podría terminar satisfecho con cualquier regla por defecto seleccionada por el arquitecto y, por esta razón, podría elegir mantenerse en el status quo (cualquier sea este), lo cual derivaría en interrogantes acerca de cuál status quo deberían seleccionar los arquitectos y cuál sería el rol de la libertad de elección real del decisor en este contexto. Con todo, sobre la base de asumir que la inevitabilidad de la arquitectura de la decisión implicaría la inevitabilidad de los efectos marco, los paternalistas libertarios sugerirían que quienes estén comprometidos con los valores de la libertad deberían resignarse a conducir a las personas en direcciones que incrementen su bienestar, según su propio juicio, preservando la libertad de elección.<sup>20</sup>

En esta instancia, resulta crucial no perder de vista que los paternalistas libertarios no parecen focalizarse en el problema de la adaptación de las preferencias en los términos argumentados por Amartya Sen o Martha Nussbaum, en el sentido de que las personas pueden adaptarse a sus condiciones de vida limitadas y pueden autorestringir sus preferencias para poder satisfacerlas fácilmente, lo que vuelve poco confiable la satisfacción de las preferencias como indicador de bienestar. Por su parte, los paternalistas libertarios no parecen asumir que las preferencias son endógenas en el sentido de que son adaptativas a un amplio rango de factores, sino que tratarían la endogeneidad de las preferencias en términos de problemas de racionalidad, más precisamente en términos de los efectos marco. Dicho de otro modo, los paternalistas libertarios no parecen referirse a la construcción social de las preferencias,

---

<sup>19</sup> Ver Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *science*, 211(4481), 453-458.

<sup>20</sup> "La tarea para el libertario comprometido es, en medio de esos efectos, preservar la libertad de elección." Sunstein, C.R. & Thales, R. H. (2003), op. cit.

valoraciones o creencias, sino que parecen focalizarse exclusivamente en las preferencias que son endógenas a (o producto de) la arquitectura de la decisión relevante.

En este sentido, los paternalistas libertarios parecen asumir que las elecciones o las preferencias están generalmente influenciadas o moldeadas por una serie de características del entorno y suelen ser producto de limitaciones cognitivas y volitivas y que, por lo tanto, rara vez existe un ejercicio de una “autonomía verdadera”<sup>21</sup> y sin impedimentos. Sobre esta base, los paternalistas libertarios parecen concluir que las objeciones formuladas a su propuesta desde el punto de vista de la autonomía presuponen una versión idealizada de la “verdadera autonomía”, basada en asumir que las elecciones o las preferencias no están siendo influenciadas o moldeadas y que la toma de decisión es racional e informada. Ahora bien, si asumimos que los efectos marco son inevitables, insuperables e inherentes a cualquier problema de decisión, los paternalistas libertarios estarían en lo cierto al suponer que rara vez existe un ejercicio real de la libertad de elección; pero en tal caso deberían aplicar esta misma lógica respecto de su propuesta.<sup>22</sup> Paradójicamente, los paternalistas libertarios plantearían la inevitable endogeneidad de las preferencias a los marcos de las elecciones y, al mismo tiempo, se propondrían asegurar como regla general que los decisores puedan rechazar fácilmente la opción sugerida por el arquitecto paternalista y seguir su propio camino si así lo prefieren. Mas, ¿cómo se podría razonablemente pensar que la opción sugerida por el arquitecto es fácilmente reversible, si se asume que las preferencias de los decisores son inevitablemente endógenas a las variaciones intrascendentes del contexto respecto al cual se realiza una elección?

En definitiva, asumir que la inevitabilidad de la arquitectura de la elección deriva en la inevitabilidad de algún tipo de paternalismo implicaría asumir que las elecciones individuales no incrementarán el bienestar del decisor, “según su propio juicio”, a menos que la arquitectura de la elección dirija a los individuos a seleccionar la opción que incremente su bienestar. Esto es, habiendo dicho que: (i) la idea central inherente a cualquier enfoque paternalista es que los

---

<sup>21</sup> En este contexto, la idea de “autonomía” referiría al control que un individuo tiene sobre sus propios juicios, deliberaciones y elecciones. Por lo tanto, se superpondría con la noción de libertad en sentido amplio antes mencionada. De ahí que, en este trabajo se utilizan los términos “autonomía” y “libertad” de manera indistinta.

<sup>22</sup> Ver Rebonato, R. (2014). A critical assessment of libertarian paternalism. *Journal of Consumer Policy*, 37(3), 357-396.

planificadores públicos no creen que las elecciones de las personas promoverán su propio bienestar y, por tanto, toman medidas para influir o alterar tales elecciones por el propio bien de las personas, (ii) el mero conocimiento sobre el error humano no alcanzaría para justificar un mayor espacio para el paternalismo, siendo necesario determinar qué se lograría en la vida de las personas a partir de las iniciativas paternalistas y (iii) en este contexto, las intervenciones paternalistas estarían justificadas porque los arquitectos de las decisiones (al estar provistos del conocimiento sobre el error humano) podrían ayudar a la gente a tener una vida mejor, a partir de su propio juicio. Entonces, para que la inevitabilidad de la arquitectura de la elección derivara en la inevitabilidad de algún tipo de paternalismo sería necesario: (a) que la arquitectura de la decisión omnipresente no sólo ejerza influencia o poder sobre las elecciones o preferencias de los decisores, sino que esa influencia o poder impida que las personas tomen por sí solas aquellas decisiones que promuevan su bienestar y (b) que, en tales circunstancias, los arquitectos hagan un mejor trabajo que los propios individuos al tomar decisiones. Por consiguiente, para que la primera premisa del silogismo (la inevitabilidad de la arquitectura de la elección) pudiera derivar de manera coherente en la conclusión de que algún grado de paternalismo es inevitable no sólo debería darse que los planificadores públicos pudieran ayudar a la gente a tomar decisiones superiores en términos de su propio bienestar “a partir de su propio juicio”, sino que además debería darse que la influencia o poder que ejerce la arquitectura de la decisión relevante sobre la gente que está sujeta a ella impida, bloquee u obstaculice significativamente que tales personas puedan tomar por sí solas las decisiones que promuevan su propio bienestar. No obstante, ni los propios paternalistas libertarios justificarían estos supuestos.

En rigor de verdad, los paternalistas libertarios asumen que los efectos marco por lo general son inevitables y admiten que, a pesar de que en muchos dominios las elecciones están fuertemente influenciadas por los detalles del contexto respecto al cual se toman las decisiones, las “verdaderas preferencias” gobiernan las elecciones en ciertos entornos. En tal sentido, admiten que las personas toman mejores decisiones cuando se trata de contextos en los que frecuentemente participan, situaciones en las que tienen experiencia y buena información. Desde esta perspectiva, los efectos marco se debilitan frente elecciones hechas con frecuencia, elecciones que involucran en menor medida la emoción, elecciones sobre las cuales el decisor

tiene tiempo para reflexionar, elecciones que involucran opciones sobre las cuales el decisor está altamente informado y elecciones que involucran un pequeño número de opciones. En suma, de acuerdo con los paternalistas libertarios, tales escenarios favorecerían la expresión de las “verdaderas preferencias”.<sup>23</sup> Máxime, si los paternalistas libertarios efectivamente adoptaran la posición más radical recién postulada sobre la endogeneidad de las preferencias, entonces no quedaría espacio en su argumento a favor de los principios libertarios que enfatizan la autonomía y el autogobierno, porque tal radicalización no dejaría espacio para apelar a los auténticos valores y las auténticas preferencias de los decisores.<sup>24</sup> El marcado énfasis puesto por parte de los paternalistas libertarios en la preservación de la libertad de elección como nota distintiva de su propuesta, más el reconocimiento explícito por su parte del valor intrínseco de la autonomía sugieren que los propios paternalistas libertarios no justificarían realmente la segunda premisa de su silogismo que postularía la inevitabilidad de los efectos marco.

Si bien no podríamos razonablemente desconocer la existencia de los efectos marco, tampoco deberíamos negar la existencia de evidencia considerable que revela la fragilidad y la heterogeneidad de estos efectos. La evidencia empírica sobre estos efectos es mixta, se ha demostrado que los efectos marco no son tan ubicuos ni insuperables como algunos creían. Por el contrario, existen diferencias individuales significativas en relación con estos efectos, que varían según el sujeto, el aquí y el ahora e, incluso, se ha demostrado que existen métodos que permiten disminuir los efectos marco, además de los esfuerzos para contrarrestar los efectos de los sesgos cognitivos.<sup>25</sup> Entonces bien, parece más razonable pensar que la premisa acerca de la inevitabilidad de la arquitectura de las decisiones no derivaría inexorablemente en la inevitabilidad de algún tipo o grado de paternalismo porque no todos los marcos que contextualizan las elecciones serían inadecuados e inmanejables, en el sentido de que inhabilitarían al decisor para identificar sus preferencias, identificar y procesar la información relevante y actuar en función de tales circunstancias. Esto es, que todas las elecciones estén inevitablemente contextualizadas de alguna manera no significaría que las preferencias sean

---

<sup>23</sup> Ver Sunstein, C. R. & Thaler, R. H. (2003), op. cit.

<sup>24</sup> Ver Mitchell, G. (2005), op. cit.

<sup>25</sup> Ver Mitchell, G. (2002) *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 1907, 1961-63, 2005-11

invariable e insuperablemente endógenas a la manera en que se presentan los conjuntos de opciones en un problema de decisión dado. Consecuentemente, siendo que no toda arquitectura de la decisión impediría que los decisores, en ejercicio de su autonomía y dignidad, adoptaran por sí solos aquellas elecciones que promuevan su bienestar “según su propio juicio”, entonces el hecho de que todas las elecciones estén encuadradas o presentadas de alguna manera no sería condición suficiente para garantizar la inevitabilidad de cierta intervención gubernamental.

De este modo, la clave está en poder determinar si una cierta arquitectura de la decisión es manejable por parte del decisor o no. Como bien señala Baldwin<sup>26</sup>, el problema originario no radica en si la decisión está siendo moldeada o no, sino en si el contexto de toma de decisión “pre-Nudge” es considerado manejable y aceptable por el propio decisor o no. Así pues, la clave estaría en evaluar si una cierta arquitectura inhabilita al decisor para identificar sus preferencias, identificar y procesar la información relevante y actuar en función de tales circunstancias o si, por el contrario, esa arquitectura no ejerce una influencia considerable sobre los juicios de los decisores de tal modo que les impide adoptar por sí solos aquellas elecciones que promueven su bienestar, “según su propio juicio”. Sin embargo, hasta el momento no se ha desarrollado una forma confiable de distinguir entre las arquitecturas de la decisión aceptables y aquellas inaceptables por el decisor. Así las cosas, el problema radicaría en que, ante la ausencia de criterio o mecanismo confiable que permita diferenciar con precisión en qué casos las preferencias son endógenas al marco de la elección y cuándo no lo son, se diluye la potencialidad de trabajar sobre cómo mejorar el proceso de toma de decisiones, ayudando a los decisores a resistir o aprender a superar los efectos marco a fin de promover el ejercicio real de la libertad de elección.<sup>27</sup> Aún así, los paternalistas libertarios justificarían la inevitable interferencia en la autonomía de los decisores por parte de los planificadores públicos. De manera que, contrario a sus credenciales libertarias, los paternalistas libertarios parecen otorgarle relativamente poco valor al proceso de elección, enfatizando los resultados por sobre el método.

---

<sup>26</sup> Ver Baldwin, R. (2014). From regulation to behaviour change: giving nudge the third degree. *The Modern Law Review*, 77(6), 831-857.

<sup>27</sup> Respecto a posibles técnicas para contrarrestar los sesgos cognitivos y, en particular, los efectos marco, ver Mitchell, G. (2005), op. cit.

Pasando a limpio, asumir la inevitabilidad del contexto respecto al cual se toman decisiones no constituiría condición suficiente para asumir la inevitabilidad de la adaptación de las preferencias al marco de las elecciones. Esto es, que la arquitectura de la elección sea inevitable no implicaría necesariamente que los efectos que genera esa arquitectura sobre las preferencias sean inmanejables e insuperables por parte del decisor. Aunque la arquitectura de la elección sea inevitable, como tal no necesariamente influiría en, o moldearía, las preferencias de las personas de modo que les impida adoptar por sí mismas aquellas elecciones que incrementen su propio bienestar, “según su propio juicio”. Así pues, sería inconsecuente concluir que algún tipo o grado de paternalismo es inevitable. Entonces, quienes estén comprometidos con los valores de la libertad no deberían resignarse a conducir a las personas en direcciones que incrementen su bienestar, según su propio juicio, preservando la libertad de elección; sino que una mejor alternativa disponible podría ser ayudar a los decisores a aprender a contrarrestar o superar los efectos de los sesgos cognitivos en sus elecciones a fin de mejorar la libertad de elección real y la calidad del proceso de toma de decisiones.

### **1.E. Iniciativas informadas empíricamente.**

**Primera (y Única) Ley de la Normativa Informada de Modo Conductual: ante las fallas conductuales del mercado, los Nudges son, en general, la mejor respuesta por parte de los planificadores públicos, al menos cuando no existe daño a otros.<sup>28</sup>**

De este modo, a través de la Primera (y Única) Ley de la Normativa Informada de Modo Conductual, los paternalistas libertarios buscarían capitalizar varias de las objeciones clásicas formuladas contra los enfoques paternalistas tradicionales. Esto es, los paternalistas libertarios aceptarían que los planificadores públicos podrían estar mal motivados y que, aun siendo benevolentes, podrían cometer errores y también aceptarían que la gente suele tener preferencias heterogéneas, por lo que las soluciones de talla única suelen ser un problema. Además, tendrían presente que el alud de investigación empírica sobre cómo piensan y actúan

---

<sup>28</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). op. cit., pág. 36.

los individuos hace hincapié exclusivamente en los errores humanos en relación con los medios, sin pretender revisar ni juzgar los fines de los decisores. Justamente, con base en todas estas consideraciones es que en presencia de fallas conductuales del mercado y en ausencia de externalidades significativas, en general, las formas de intervención más leves y que más preservan la libertad de elección serían la mejor herramienta de intervención disponible para los planificadores públicos. Estas formas de intervención incluirían a los Nudges, entendidos como iniciativas que, en general, se ajustarían a las categorías de paternalismo de medios y suave. Bajo tales supuestos, dentro de la caja de herramientas del planificador público, los Nudges serían la herramienta de intervención preferida por los paternalistas libertarios.

En este contexto, los paternalistas libertarios promoverían el uso de Nudges asociando la utilidad potencial de estas herramientas de intervención con la funcionalidad de los dispositivos GPS. Según Sunstein, muchos de los problemas que enfrentamos como decisores estarían asociados directamente a problemas de navegabilidad, en el sentido de que muchas veces la vida puede ser difícil de manejar o navegar, y especialmente para la gente pobre estos problemas serían casi omnipresentes.<sup>29</sup> En este orden de cosas, los paternalistas libertarios conectarían la noción de Nudge con la idea central de navegabilidad, asumiendo que muchos Nudges (del mismo modo que un dispositivo GPS) perseguirían incrementar la navegabilidad (promover una navegación más simple) con el objetivo de facilitar al decisor la llegada a su destino preferido. Así pues, al procurar remover los obstáculos para la navegabilidad, muchos Nudges no solo preservarían, sino que incrementarían la libertad de elección.

Por esta razón, el dispositivo GPS sería el emblema del Nudge<sup>30</sup> y los paternalistas libertarios buscarían trabajar sobre la analogía del GPS. Por definición, un dispositivo GPS nos proporciona información sobre cómo llegar de un lugar a otro y si bien podríamos ignorarlo e intentar una ruta alternativa, al apartarnos de la ruta sugerida corremos el riesgo de frustrar la llegada a nuestro destino. Del mismo modo, los Nudges parecerían buscar que las personas accedan a la mejor ruta dado su propio destino preferido. Así pues, en el marco de esta analogía,

---

<sup>29</sup> Ver Sunstein, C. R. (2019). *On freedom*. Princeton University Press.

<sup>30</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). *op. cit.*, pág. 85.

el dispositivo GPS se ajustaría a una forma de paternalismo de medios, en tanto asumiría conocer mejor que el propio conductor cómo llegar al destino preferido por este último, y suave, en tanto los costos que impone sobre el conductor para apartarse de la ruta sugerida y seguir su propio camino serían triviales.

Ahora bien, no debemos perder de vista que un dispositivo GPS esencialmente busca resolver problemas de navegabilidad de índole técnica, para los cuales es posible identificar soluciones eficientes (rutas más cortas, más seguras, en mejores condiciones físicas o más rápidas). En cambio, cuando se piensa en que la vida puede ser difícil de navegar, no estamos pensando en problemas técnicos, sino que estamos pensando en equilibrios más complejos. Cualquiera sea el caso, asumo que al construir la noción de Nudge en torno a la idea de navegabilidad, los paternalistas libertarios pretenderían escindir su propuesta de la idea de sustitución de juicio, lo cual en última instancia buscaría favorecer sus credenciales libertarias. Esto es, la idea de sustitución del juicio del decisor por el juicio del planificador acerca de lo que es bueno para el propio decisor es una idea asociada a diferentes formas de paternalismo que despiertan serias objeciones desde la perspectiva del bienestar, la autonomía y la dignidad. Justamente, de cara a estas objeciones, asumo que a partir de la analogía entre la noción de Nudge y el dispositivo GPS se buscaría insistir en la ausencia de sustitución de juicio.

### **1.F. ¿Qué es un Nudge?**

Según los paternalistas libertarios, los Nudges son iniciativas que conducen por la vía adecuada las decisiones de las personas, “tal y como ellas mismas lo juzgan”, preservando su libertad de elección. Desde esta perspectiva, los Nudges son entendidos como iniciativas que afectan las elecciones sin coerción, esto es, intervenciones que conducen a los individuos en direcciones particulares, preservando (o, incluso, en ocasiones incrementando) su libertad de elección.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*, págs. 20-21.

En principio, los Nudges implicarían el uso de la arquitectura de la decisión para influenciar o moldear las elecciones o las preferencias del receptor de tales iniciativas. En tal sentido, los Nudges constituirían intervenciones diferentes a los mandatos, las prohibiciones y los incentivos económicos. Por una parte, los mandatos y las prohibiciones involucran coerción, interfiriendo esencialmente con el set de alternativas disponibles para el decisor (entendidas como el conjunto de opciones entre las cuales el decisor puede elegir). Por otra parte, los incentivos económicos involucran la imposición de cargas materiales o la concesión de beneficios materiales, distorsionando o sesgando como resultado la elección. En cambio, los Nudges no interferirían con el set de alternativas disponibles para el decisor y si bien podrían distorsionar o sesgar las elecciones de sus receptores, no lo harían imponiendo cargas materiales ni concediendo beneficios económicos. En este sentido, muchos Nudges constituirían formas de arquitectura de la decisión que, sin involucrar coerción y sin alterar significativamente los incentivos económicos de los decisores, decisivamente afectarían sus elecciones o preferencias y, al mismo tiempo, procurarían preservar su libertad de elección. Justamente, los defensores de esta clase de intervenciones insisten en que los decisores deberían ser libres para elegir; entonces, en caso de estar siendo dirigidos por un camino que no prefieren, los decisores deberían poder elegir su propio camino. Particularmente, a los efectos del presente trabajo, esta es la noción de Nudge que se utiliza.

Así pues, es posible identificar una gran variedad de iniciativas que calificarían como Nudges, tales como las opciones predeterminadas o reglas por defecto, provisión y encuadre de información, advertencias, recordatorios, etc. A su vez, el diseño de cualquiera de estas iniciativas puede adoptar múltiples variantes; por ejemplo, no es lo mismo que cierto encuadre de información aspire a la neutralidad que a generar un impacto emocional. En consecuencia, dada la versatilidad de este enfoque y con el objetivo de esclarecer en mayor medida la naturaleza de estas iniciativas, a continuación se profundiza en las diferentes variantes y grados que pueden encarnar los Nudges.

(I) Variantes de Nudge: distintos tipos de herramientas.<sup>32</sup>

- En primer lugar, es preciso distinguir entre los Nudges paternalistas y los no paternalistas. Los primeros están diseñados para proteger a los decisores de errores en sus elecciones que van en contra de su propio bienestar (entendidos los errores y el bienestar desde el propio juicio del decisor). Esto es, los Nudges paternalistas están diseñados exclusivamente para proteger a los decisores de sus propias elecciones que no promueven su bienestar o para “incrementar la navegabilidad”, haciendo más fácil la toma de decisiones que incrementan el bienestar del decisor (según su propio juicio). Dicho de otro modo, estas intervenciones están diseñadas para incrementar la probabilidad de que las elecciones de las personas promuevan su propio bienestar, según su propio juicio.<sup>33</sup> Lo fundamental aquí es la inexistencia de terceras partes afectadas. Si terceras partes son perjudicadas y si los Nudges son diseñados para reducir tales perjuicios a terceros, caemos fuera de los confines paternalistas. Entonces, los Nudges no paternalistas están diseñados para responder a alguna falla clásica del mercado o para promover algún criterio normativo (por ejemplo, justicia, equidad, etc.).

- Adicionalmente, podemos distinguir los Nudges según tengan o no efectos educativos sobre el decisor. Los primeros tienden a informar a los decisores o a desarrollar su competencia decisora para que puedan tomar mejores decisiones. Entonces, los Nudges educativos pueden estar diseñados para superar o corregir los efectos de los sesgos cognitivos, promoviendo el aprendizaje o creando una arquitectura de la decisión en la cual tales sesgos no se manifiesten. Tal es el caso de los períodos de enfriamiento o reflexión que suelen concederse a los consumidores. En cambio, los Nudges que carecen de efectos educativos intentan ayudar a los decisores sin incrementar su conocimiento o entendimiento. Tal es el caso de las reglas por defecto.

- Paralelamente, es preciso distinguir estas iniciativas según qué proceso cognitivo esté siendo involucrado. Por una parte, están los Nudges que intentan fortalecer el Sistema 2 promoviendo

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, pág. 31-35

<sup>33</sup> Según los paternalistas libertarios, esta idea concuerda con la tradición filosófica liberal, desde que otorga autoridad última a las elecciones individuales.

la deliberación consciente y potenciando el rol de los juicios reflexivos de los decisores (evitando cualquier semejanza con la manipulación), ya sea apelando exclusivamente al Sistema 2 o intentando contrarrestar al Sistema 1 y vincular al Sistema 2 (por ejemplo, la exigencia de mostrar en una etiqueta el contenido calórico de los alimentos puede tener esa característica). Por otra parte, están los Nudges que operan de modo subconsciente (a espaldas del decisor), diseñados para activar el Sistema 1 o que, sin estar diseñados para apelar estrictamente al Sistema 1, funcionan como consecuencia de tales operaciones automáticas (por ejemplo, las reglas por defecto).

Según Sunstein, los Nudges más controvertidos son los paternalistas, que no tienen efectos educativos y están diseñados para apelar al Sistema 1, y aquellos que aunque no están diseñados para apelar estrictamente al Sistema 1, funcionan como consecuencia de tales operaciones cognitivas (lo que puede derivar en serios cuestionamientos por ser considerados como mecanismos de manipulación).<sup>34</sup>

Finalmente, en este contexto es clave comprender la relación entre los Nudges y los sesgos cognitivos. De acuerdo con Sunstein, un Nudge puede ser útil incluso para las personas que no se ven afectadas por sesgos cognitivos. Ahora bien, sin perjuicio de que la existencia de un sesgo cognitivo no constituye justificación necesaria para un Nudge, no debemos perder de vista que contrarrestar un sesgo no es lo mismo que explotarlo. Así pues, lo que aquí se debería indagar es si un Nudge que persigue explotar algún sesgo cognitivo podría alguna vez o de alguna manera estar justificado y, en su caso, sobre qué base podría estarlo.

## (II) Grados de Nudge: múltiples formas de uso de las herramientas.

De acuerdo con Baldwin<sup>35</sup>, al adoptarse una definición de Nudge altamente inclusiva, en pos de echar luz sobre esta idea, es necesario diferenciar entre dos cuestiones separadas. Por un lado, es preciso identificar los tipos de iniciativas, esto es, las herramientas de intervención que pueden

---

<sup>34</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). op. cit., pág. 34.

<sup>35</sup> Ver Baldwin, R. (2014), op. cit.

implementarse. Por otro lado, es preciso identificar los diferentes niveles o grados de impacto que los Nudges pueden generar sobre la autonomía de los decisores, esto es, las diferentes formas de implementar una misma iniciativa. Conjugando ambas cuestiones, tenemos que un determinado tipo de Nudge (por ejemplo, provisión y encuadre de información) puede ser utilizado como Nudge de primer, segundo o tercer grado, según el nivel de impacto que genere sobre la autonomía del decisor.

- Los Nudges de primer grado son aquellos que respetan la autonomía para la toma de decisiones y mejoran el ejercicio de elecciones reflexivas. Tal sería el caso de la provisión de información con el objetivo de mejorar la capacidad del receptor de tomar una decisión informada, racional y consciente. Por ejemplo, la provisión de información sobre el contenido calórico de los alimentos podría calificar en algunos casos como Nudge de grado 1, dependiendo fundamentalmente del encuadre que se utilice. No obstante, algunos autores como Hausman y Welch<sup>36</sup> han distinguido entre Nudges e iniciativas que persiguen fomentar la toma de decisiones de modo reflexivo y deliberado. Desde este punto de vista más restrictivo, los Nudges operarían en el dominio del Sistema 1 y perseguirían controlar a los individuos “explotando” sus limitaciones emocionales y cognitivas, en lugar de tratar de mejorar su capacidad para tomar decisiones informadas, racionales y conscientes. De ahí que, según estos autores, las intervenciones diseñadas para fomentar procesos de toma de decisión reflexivos y deliberativos (o de Sistema 2) no calificarían como Nudges. De todos modos, a los fines del presente trabajo se adopta la noción más amplia de Nudge sugerida por los paternalistas libertarios, porque incluso adoptando esta noción más amplia (en lugar de la noción más estrecha sugerida por Hausman y Welch) los desafíos conceptuales, empíricos y normativos que enfrenta el enfoque paternalista libertario no desaparecen.

- Los Nudges de segundo grado se basan en limitaciones conductuales y volitivas para sesgar una decisión en la dirección deseada. Implican un mayor impacto en la autonomía que los Nudges de primer grado, ya que las limitaciones cognitivas y volitivas y las respuestas automáticas del Sistema 1 conducirán al decisor a aceptar el Nudge con limitada consciencia o reflexión. Sin

---

<sup>36</sup> Ver Hausman, D. M., & Welch, B. (2010), op. cit.

embargo, si bien el Nudge influenciaría en, o moldearía, la elección o las preferencias del individuo, este podría (reflexionando) tomar consciencia de que ha sido objeto del Nudge y evaluar su efecto. Tal sería el caso del programa de donación de órganos que establece como regla por defecto la participación automática (opt-out). Las reglas por defecto pueden ser neutrales en algunas ocasiones, aunque muchas veces pueden moldear nuestras preferencias y valoraciones.<sup>37</sup>

- Los Nudges de tercer grado representan una intrusión aún más grave en la autonomía. Estas herramientas pueden implementarse para influenciar en, o dar forma a, las decisiones o preferencias de un individuo de manera tal que sean resistentes al desenmascaramiento, en la medida en que la evaluación de la naturaleza y el alcance del Nudge no se logren fácilmente mediante la reflexión. Más aún, en el caso de configuración de preferencias, la reflexión haría poca diferencia para el individuo, reforzando la búsqueda de las preferencias moldeadas. Entonces, en el caso de los Nudges de tercer grado, el elemento de manipulación proviene del uso de cierta forma de influencia (o combinación de influencias) para bloquear la consideración de todas las opciones y amenazar la capacidad del decisor para actuar de acuerdo con sus propias preferencias (en oposición a las de otra persona). Tal sería el caso del uso de imágenes impresionantes y sobresalientes en los paquetes de cigarrillos.

En definitiva, los Nudges de segundo y tercer grado (por oposición a los Nudges de primer grado) no apelan a involucrar suficientemente las capacidades reflexivas y deliberativas del decisor, cuyas elecciones o preferencias terminarían siendo moldeadas o condicionadas a partir de la intervención del planificador. Ello independientemente de que, ex post tal intervención, el decisor pueda o no tomar consciencia (mediante la reflexión) acerca del impacto que el Nudge ha generado sobre su bienestar, dependiendo del grado de Nudge que se utilice. En este sentido, la distinción entre los Nudges de segundo y tercer grado se traduce en el potencial práctico que tendrían los decisores de descubrir los Nudges de segundo grado y evaluar su impacto mediante la reflexión. En tanto que ese potencial práctico estaría ausente ante un Nudge de tercer grado, desde que existiría un completo bloqueo, obstrucción o neutralización de la reflexión o la

---

<sup>37</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017). op. cit., págs. 23-24.

evaluación mediante la reflexión del alcance y naturaleza del Nudge. De esto se sigue que, si los Nudges de segundo y tercer grado podrían condicionar o moldear no sólo las elecciones, sino también las preferencias del decisor, entonces tendrían el potencial práctico de afectar el control que el decisor tiene sobre sus propios juicios, deliberaciones y elecciones (libertad en sentido amplio). En consecuencia, parecería difícil pensar que estas intervenciones serían realmente respetuosas de la libertad de elección de las personas afectadas. En cualquier caso, los Nudges de segundo y tercer grado serían los Nudges que más preocupaciones despertarían desde la perspectiva del bienestar, la autonomía y la dignidad.

## 2. EL ESTÁNDAR “SEGÚN SU PROPIO JUICIO” Y SU INEVITABLE NECESIDAD DE CONTEXTUALIZACIÓN.

Sabemos que ante las fallas conductuales del mercado, cuando lo único que está involucrado es el bienestar del propio decisor, el tipo de intervención preferida por los paternalistas libertarios es el Nudge, cuyo objetivo es conducir por la vía adecuada las decisiones de la gente, “tal y como ella misma lo juzga”, preservando su libertad de elección. Precisamente, este es el estándar básico propuesto por los paternalistas libertarios: “hacer que la vida de la gente vaya mejor, según su propio juicio”. Desde esta perspectiva, el estándar “según su propio juicio” funcionaría como una heurística: si ex post una cierta intervención los receptores de la misma piensan que su vida va mejor, entonces existirían motivos suficientes para asumir que tal intervención ha incrementado el bienestar de los decisores involucrados.

Contrario a los enfoques paternalistas tradicionales, los paternalistas libertarios sugieren explícitamente que el análisis de bienestar no debería realizarse desde la perspectiva del arquitecto. La cuestión fundamental aquí es que si bien los arquitectos de las decisiones podrían tener sus propias ideas sobre qué haría que la vida de las personas vaya mejor, en general, la estrella polar serían los propios juicios de los decisores, concebidos como una manera razonable y perfectible para testear si las intervenciones de los arquitectos promueven efectivamente el bienestar de los decisores o no. En este sentido, **el estándar “según su propio juicio” le concedería autoridad decisiva a los juicios subjetivos de los decisores sobre su propio bienestar.**<sup>38</sup>

De este modo, al asumir que los individuos están en una posición única (en comparación con terceras partes) para saber qué es lo que hace que su vida vaya mejor, los paternalistas libertarios buscarían construir su propuesta en armonía con el argumento Milleano. Esto es, dado que sus intervenciones concebirían al decisor como soberano (desde que sus elecciones individuales tendrían autoridad última) y respetarían su dignidad y autonomía, el enfoque

---

<sup>38</sup> Desde una perspectiva puramente bienestarista, otorgar autoridad decisiva a los juicios subjetivos de los decisores sobre su propio bienestar podría ser un error. Esto es, la noción de bienestar subjetivo puede ser controvertida dentro del mismo entorno bienestarista: si lo que nos preocupa es el bienestar de los decisores, la clave estaría en si los juicios de los decisores son correctos, no en sus juicios *per se*.

paternalista-libertario pretendería estar en armonía con la tradición filosófica liberal. Con todo, según los paternalistas libertarios, el estándar “según su propio juicio” no estaría diseñado para contrarrestar la carga paternalista, sino que pretendería adoptar una forma suave de paternalismo (de espíritu libertario) y su propósito sería disciplinar el contenido de las intervenciones paternalistas.<sup>39</sup> Ahora bien, en estas condiciones el programa de los paternalistas libertarios engendra varios desafíos conceptuales, empíricos y normativos, que derivarían en serios cuestionamientos acerca de la coherencia y permisibilidad de su propuesta. Por consiguiente, a continuación se abordan los principales problemas asociados al estándar “según su propio juicio”, que es presentado como nota distintiva del enfoque paternalista-libertario.

## **2.A. Desafíos Conceptuales.**

Dado que son los propios juicios del decisor los que proveerían el estándar para evaluar los efectos que producen los Nudges sobre el bienestar del decisor, y que tales juicios representarían la guía para los arquitectos paternalistas al momento de diseñar sus intervenciones y definir en qué dirección conducir a los individuos, entonces los paternalistas libertarios deberían determinar con mayor precisión a qué tipo de juicios se están refiriendo. Esto es, sabemos que la base de la propuesta paternalista-libertaria radica en el supuesto de que los Nudges conducen por la vía adecuada las decisiones de la gente, “tal y como ella misma lo juzga”, preservando su libertad de elección; pero ¿qué significa exactamente “hacer que la vida de la gente vaya mejor, según su propio juicio”? Antes de poder evaluar si el estándar “según su propio juicio” resulta apropiado o no, es necesario saber con precisión qué significa.

En principio, parecería que los paternalistas libertarios utilizan el estándar “según su propio juicio” de manera sistemáticamente ambigua e intuitiva, lo cual dificultaría llevar a cabo una discusión coherente y consistente en torno a la permisibilidad de sus intervenciones. En este sentido, su propuesta adolecería de problemas conceptuales serios, de carácter esencialmente

---

<sup>39</sup> Sunstein, C. R. (2018a). “Better off, as judged by themselves”: a comment on evaluating nudges. *International Review of Economics*, 65(1), 1-8.

previo a cualquier debate acerca de las consideraciones éticas de sus intervenciones. Por consiguiente, lo que se necesita aquí es un claro sentido de lo que implica el estándar “según su propio juicio”, dado un claro criterio de bienestar y un método que nos habilite a formular tales juicios de manera razonable. Sin un criterio claro y consistente para evaluar cuándo es necesario implementar un Nudge, cómo debería diseñarse tal intervención y cómo debería evaluarse el impacto de tal intervención sobre el bienestar del receptor de tal medida, la mejor alternativa disponible para los arquitectos de las decisiones es confiar en sus intuiciones o en sus propios juicios. Por otra parte, si bien la definición clara y consistente del estándar aplicable es una condición mínima que debería ser satisfecha por cualquier intervención gubernamental, que cierto estándar sea claro y consistente no implica que no pueda ser formulado en términos flexibles. Al contrario, los estándares son formulados en términos flexibles de manera que puedan ser aplicados a los casos concretos a partir del ejercicio de juicios evaluativos. No obstante, para poder realizar tales juicios es condición necesaria que los términos del estándar sean lo suficientemente claros y consistentes. Si una cierta herramienta de intervención no cuenta con un estándar claro y consistente para evaluar el éxito o fracaso de tal medida con respecto a un cierto valor u objetivo, entonces no es posible evaluar si la implementación de tal herramienta de intervención efectivamente alcanza o no el valor u objetivo deseado. Si bien, debido a la ausencia de argumentación explícita, parecería que la propuesta de los paternalistas libertarios no cumpliría con esta condición sine qua non<sup>40</sup>, entiendo que existiría una determinada noción de bienestar implícita en su enfoque que nos permitiría realizar juicios evaluativos de manera razonable.

Como primer paso hacia la conceptualización del estándar, sabemos que los paternalistas libertarios rechazarían todo tipo de “perfeccionismo”, en el sentido de que no asumirían que algunas vidas son objetivamente mejores que otras; por lo tanto, el estándar “según su propio juicio” no apelaría a un estándar objetivo. A su vez, sabemos que los planificadores no estarían tratando de rastrear y seguir las elecciones precedentes de las personas, sino que estarían

---

<sup>40</sup> Ver Cartwright, A. C., & Hight, M. A. (2020). ‘Better off as judged by themselves’: a critical analysis of the conceptual foundations of nudging. *Cambridge Journal of Economics*, 44(1), 33-54. La hipótesis central que se plantea en este trabajo es que los paternalistas libertarios no proveen un estándar claro, preciso y consistente.

conscientemente intentando conducir a las personas hacia direcciones que promuevan su bienestar. En este sentido, los paternalistas libertarios asumen explícitamente que las decisiones desinformadas no tienden a incrementar el bienestar del decisor y que las elecciones autónomas requieren cierto grado de conocimiento. Al mismo tiempo, advierten que cuando los decisores están bien informados navegan la vida con mayor facilidad y se minimiza la probabilidad de error. Paralelamente, asumen de manera explícita que en lo cotidiano no queremos que nuestra vida sea dominada por nuestros impulsos si, al reflexionar, pensamos que nuestros impulsos nos conducen en direcciones erróneas o, incluso, perjudiciales para nosotros mismos. Por consiguiente, advierten que el estándar “según su propio juicio” debería hacer referencia a los juicios informados de un individuo que no se ve afectado por ningún problema que debilite su capacidad de autocontrol<sup>41</sup>. Más precisamente, según los paternalistas libertarios, al aplicar el estándar “según su propio juicio”, el arquitecto de las decisiones debería seguir los juicios reflexivos de los decisores (no los juicios formulados en el calor del momento). A su vez, según los paternalistas libertarios, en caso de divergencia entre las preferencias de primer orden (lo que los individuos prefieren) y las de segundo orden (lo que los individuos preferirían preferir), el cuestionamiento que se plantearía sería similar al que se suscitaría en torno a los problemas de autocontrol y afirman que en ambos casos la respuesta general es sencilla: si las preferencias de segundo orden reflejan el Sistema 2 (entendido en este contexto como los juicios reflexivos del individuo, en oposición a sus impulsos o intuiciones inmediatas), esas preferencias tienen autoridad. En pocas palabras, según los paternalistas libertarios, **los juicios informados y reflexivos de los decisores serían los “juicios verdaderos” o las “preferencias claras”<sup>42</sup> del**

---

<sup>41</sup> Los paternalistas libertarios admiten que puede existir una línea delgada entre un problema de autocontrol y un enfoque legítimo en un placer de corto plazo y sugieren que ningún planificador público debería desatender la importancia de los placeres de corto plazo, o placeres en general, que constituyen una parte crucial de una buena vida. Ahora bien, si sabemos que son los juicios reflexivos del decisor los que proveen el estándar, parece razonable pensar que -desde esta perspectiva- los placeres legítimos que no deberían ser desatendidos por el arquitecto de las decisiones serían aquellos placeres supervisados por el Sistema 2, que luego de evaluar todos los aspectos relevantes asociados a los placeres demandados por el Sistema 1 y haberles otorgado apropiada consideración a todos ellos, desestimaría las demandas ilegítimas formuladas en el calor del momento y sólo atendería aquellos placeres entendidos como legítimos.

<sup>42</sup> Las expresiones “preferencias claras” y “preferencias correctas”, son empleadas indistintamente en Sunstein, C. R. & Thaler, R. H. (2003), op. cit. En ausencia de esta clase de preferencias, advierten que “[...] no resulta claro si la gente tiene “valores” sinceros que puedan identificarse realmente.”

**decisor que deberían proveer el estándar “según su propio juicio”<sup>43</sup>** (de aquí en adelante las expresiones “juicios verdaderos” y “preferencias claras” se emplean de manera indistinta haciendo referencia a los juicios que proveen el estándar).

Así pues, en función de los términos en que ha quedado delimitado este enfoque, parecería que los paternalistas libertarios: (i) adoptarían como punto de partida la visión de racionalidad de la Teoría Económica Clásica, (ii) se focalizarían casi exclusivamente en las desviaciones sistemáticas de las reglas de la racionalidad, con base en las investigaciones de las ciencias del comportamiento, y (iii) **definirían el bienestar como el grado en el que los decisores pueden cumplir sus deseos o satisfacer sus preferencias informadas. Entonces, el estándar básico propuesto por los paternalistas libertarios (“hacer que la vida de la gente vaya mejor, según su propio juicio”) significaría promover el bienestar de la gente utilizando como indicador de bienestar el grado de satisfacción de las preferencias informadas del decisor** (visión de bienestar que ha dado lugar a serias objeciones, cuyo tratamiento en particular excede el objeto del presente trabajo<sup>44</sup>). Como resultado, si la promoción de nuestro bienestar supone la satisfacción de nuestras preferencias idealizadas basadas en información completa de los resultados, y si en nuestro intento por procesar, interpretar y simplificar la información disponible en el mundo que nos rodea somos susceptibles de incurrir en errores sistemáticos, entonces difícilmente podríamos tomar decisiones por nosotros mismos en función de nuestro mejor interés. Por consiguiente, como corolario de la relación entre la noción implícita de bienestar que parecerían adoptar los paternalistas libertarios y los resultados de la investigación sobre la formación del juicio humano y la toma de decisiones que sirven de base para su propuesta, el campo de justificaciones para la intervención gubernamental se ampliaría excesivamente. Con todo, a fin de abordar las ambigüedades asociadas al estándar “según su

---

<sup>43</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*. Cambridge University Press, págs. 43-52.

<sup>44</sup> Esta noción de bienestar ha despertado las siguientes críticas fundamentales: (a) Problema de la idealización: adopta una visión poco realista de los seres humanos; (b) Problema de adaptación: no tiene en cuenta que las preferencias se adaptan a las circunstancias en las que se forman y, por lo tanto, la satisfacción de tales preferencias adaptativas no es un indicador de bienestar confiable; (c) Paternalismo: puede soslayar las preferencias reales de los decisores y, por lo tanto, interferir con su autonomía.

propio juicio”, los paternalistas libertarios sugieren que deberíamos distinguir entre tres categorías de casos:<sup>45</sup>

	Categoría 1	Categoría 2	Categoría 3
Tipos de Casos	<p>El decisor tiene <u>preferencias claras ex ante (antes de la intervención)</u>.</p> <p>El decisor sabe lo que quiere y la pregunta se focaliza en cómo alcanzarlo.</p>	<p>El decisor enfrenta algún <u>problema de autocontrol</u>.</p> <p>Existe una diferencia entre lo que el decisor prefiere preferir antes de la elección, lo que prefiere al momento de elegir, y lo que prefiere haber preferido después de la elección.</p>	<p><u>Las preferencias del decisor son endógenas a, o producto de, la arquitectura de la decisión relevante.</u></p> <p>El decisor podría no tener preferencias precedentes o aun teniendo preferencias precedentes, el Nudge puede cambiarlas, es decir, podría suceder que sus preferencias ex post sean producto de, o construidas por, el Nudge, o incluso podría suceder que ambos supuestos estén combinados.</p>
Efectos probables de los Nudges sobre el bienestar del decisor.	<p>Los Nudges implicarían un incremento en la navegabilidad, pues ayudarían al decisor a satisfacer sus preferencias claras ex ante.</p>	<p>Los Nudges implicarían un incremento en la navegabilidad, pues ayudarían al decisor a superar el problema de autocontrol. Por lo tanto, podrían concebirse como una sub-categoría dentro de la Categoría 1.</p>	<p>Ex post la intervención, el decisor estaría satisfecho con los resultados producidos por dos o más Nudges, incluso cuando el decisor no hubiese querido el Nudge precedentemente.</p>
Rol que jugaría el estándar.	<p>El estándar sería plenamente alcanzado.</p> <p>Satisfacer el estándar “según su propio juicio” sería una condición necesaria y suficiente para aprobar un Nudge.</p>	<p>El estándar sería plenamente alcanzado.</p> <p>Satisfacer el estándar “según su propio juicio” sería una condición necesaria y suficiente para aprobar un Nudge.</p>	<p>El estándar “según su propio juicio” no produciría soluciones únicas, por lo tanto, su satisfacción sería condición necesaria, pero no suficiente para aprobar un Nudge.</p>

<sup>45</sup> Ver Sunstein, C. R. (2019), op. cit.

Con base en esta categorización tripartita, los paternalistas libertarios advertirían que, aun cuando el estándar “según su propio juicio” fuera alcanzado, podrían plantearse serias objeciones si la intervención reduce o bloquea, en lugar de incrementar, la capacidad de agencia y autonomía del decisor. Dicho de otro modo, si los Nudges involucran manipulación o colocan al decisor en un estado de servidumbre (de ausencia de libertad), estas intervenciones podrían abrir paso a serias objeciones desde el punto de vista del bienestar y de la autonomía. Entonces, los paternalistas libertarios asumirían que, aunque casi siempre es condición necesaria satisfacer el estándar “según su propio juicio”, la satisfacción de tal estándar no siempre es condición suficiente para aprobar un Nudge. En otras palabras:

- **Decir que satisfacer el estándar “según su propio juicio” es condición necesaria para aprobar un Nudge equivale a decir que es imposible aprobar un Nudge sin satisfacer el estándar “según su propio juicio”.** De modo que, cada vez que se apruebe un Nudge, el estándar “según su propio juicio” estará satisfecho, sin excepción. Dicho de otro modo, **la no satisfacción del estándar “según su propio juicio” garantiza la desaprobación del Nudge en cuestión.** De ahí que, si se aprueba un Nudge, se puede inferir que el estándar “según su propio juicio” ha sido satisfecho. En efecto, una condición necesaria suele llamarse “condición esencial” porque debe estar presente para que cierto resultado ocurra. Ahora bien, **la mera satisfacción del estándar “según su propio juicio” no garantiza el resultado (la aprobación del Nudge).**

- **Decir que satisfacer el estándar “según su propio juicio” es condición suficiente para aprobar un Nudge equivale a decir que la satisfacción del estándar “según su propio juicio” garantiza la aprobación de un Nudge.** Si se satisface el estándar “según su propio juicio”, entonces se debe aprobar el Nudge en cuestión. Es imposible desaprobación un Nudge si satisface el estándar “según su propio juicio”. Ahora bien, la satisfacción del estándar “según su propio juicio” no es la única condición para aprobar un Nudge, pueden existir otras causas alternativas que conduzcan a ese mismo resultado. Así pues, **la aprobación del Nudge no garantiza la satisfacción del estándar “según su propio juicio”.**

- **En conjunto, decir que satisfacer el estándar “según su propio juicio” es condición necesaria y suficiente para aprobar un Nudge equivale a decir que no solo es imposible aprobar un Nudge**

**sin satisfacer el estándar “según su propio juicio”, sino también que la satisfacción de tal estándar garantiza la aprobación de un Nudge. De modo que, decir que satisfacer el estándar “según su propio juicio” es condición necesaria, pero no suficiente para aprobar un Nudge equivale a decir que es imposible aprobar un Nudge sin satisfacer el estándar “según su propio juicio”, pero la satisfacción de tal estándar no garantiza la aprobación de un Nudge.**

En estos términos, en pos de esclarecer el rol que jugaría el estándar “según su propio juicio” al evaluar las interferencias en las elecciones individuales, los paternalistas libertarios sugerirían distinguir entre tres Categorías de casos. Si bien un análisis superficial de tal estándar parecería sugerir que los casos que engendrarían mayores desafíos normativos y empíricos serían los englobados dentro de la Categoría 3, la aplicación del estándar en los casos incluidos en la Categoría 2 podría resultar igual de problemática. Así pues, a continuación se analizan con más detalle estas dos categorías de casos.

Según los paternalistas libertarios, los casos más sencillos de problemas de autocontrol incluidos en la Categoría 2 involucrarían a decisores que tienen una cierta preferencia en el momento 1, hacen una cierta elección en el momento 2 y se arrepienten de tal elección en el momento 3. Estos decisores podrían concebirse como planificadores con preferencias de segundo orden y hacedores con preferencias de primer orden y, bajo tales supuestos, las intervenciones podrían eliminar este conflicto al fortalecer el rol del planificador (de las preferencias de segundo orden). Así pues, dado que las preferencias del decisor ex ante y ex post estarían alineadas (serían consistentes) con la intervención, esto es, dado que las intervenciones apropiadas conducirían a los decisores en las direcciones que sus juicios reflexivos quieren ir, entonces el estándar “según su propio juicio” sería alcanzado. Sin embargo, podríamos preguntarnos por qué las visiones del decisor al momento 1 y al momento 3 tendrían inequívocamente mayor autoridad que la visión del decisor al momento 2. Bien podría suceder que al momento 2 el decisor no estuviere cometiendo un error y que su elección estuviere fundada en información adicional no disponible al momento 1. Así las cosas, no sería posible resolver esta situación preguntándonos qué es lo que el decisor realmente prefiere porque el decisor realmente prefiere diferentes cosas en los diferentes momentos. Entonces, el estándar

“según su propio juicio” presentaría una ambigüedad: ¿según su propio juicio cuándo? En este sentido, **el estándar “según su propio juicio” no permitiría realizar comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar y, por consiguiente, en estos casos los arquitectos de las decisiones deberían recurrir a algún estándar externo para aprobar un Nudge, involucrando algún juicio independiente sobre qué es lo que haría que la vida de la gente vaya mejor.**

Por otra parte, sobre la base de que los juicios de los decisores ex ante (antes del Nudge) podrían diferir de su juicios ex post (después del Nudge), emerge el problema de circularidad asociado al estándar “según su propio juicio”. Si los juicios, preferencias y valoraciones de los decisores son influenciados, moldeados o contruidos por el Nudge, entonces los planificadores públicos estarían diseñando los mismos juicios que deberían proveer el estándar. Por consiguiente, no podría razonablemente aplicarse el estándar “según su propio juicio” para defender o justificar una cierta intervención, cuando tal intervención influye, moldea o construye tales juicios. Precisamente, estos son los casos contemplados en la Categoría 3. El foco aquí estaría puesto en los juicios que serían endógenos a la intervención del arquitecto; por ejemplo, lo que el decisor elige podría ser producto de la regla por defecto o del encuadre del problema de decisión que se implemente. Cualquiera sea la causa de estos resultados<sup>46</sup>, el proceso de endogeneidad hace referencia a la relación causal entre las elecciones de los decisores y la satisfacción de sus preferencias ex post la intervención. En estos casos, los decisores estarían satisfechos con los resultados de sus elecciones y, en este sentido, el estándar “según su propio juicio” estaría satisfecho; pero ¿cuál es el origen de esa satisfacción? El origen no sería la satisfacción de las preferencias claras ex ante del decisor, sino la satisfacción de las preferencias construidas por el Nudge, es decir, el origen de la satisfacción sería un proceso de naturaleza endógena causado por la misma intervención del arquitecto. Justamente, esta endogeneidad de las preferencias del decisor generaría una inconsistencia en relación con el estándar “según su

---

<sup>46</sup> Existen varias posibles razones para este fenómeno: (a) poder de la sugestión, en tanto el decisor podría resultar afectado por cierto tipo de señal transmitida por el Nudge; (b) aprendizaje, en tanto los decisores podrían concebir a su situación ex post la intervención como suficientemente buena; (c) sesgo del “status quo”, entendido como la tendencia a favorecer el punto de referencia, cualquiera sea este; (d) disonancia cognitiva, entendida como el estado mental de incomodidad que atraviesan las personas cuando experimentan una contradicción entre la realidad de los hechos y sus creencias, frente a lo cual tienden a optar por reinterpretar los hechos (cambiar sus creencias) en pos de aliviar ese estado mental de incomodidad y sentirse satisfechos con su situación.

propio juicio”: ¿cómo podríamos distinguir entre diferentes alternativas posibles si la intervención cambia las preferencias de las personas, en el sentido de que las preferencias dependen de la misma intervención? Por definición, los decisores estarían satisfechos cualquiera sea el camino sugerido por el arquitecto, por lo tanto, el estándar no produciría soluciones únicas. En estos casos, según los paternalistas libertarios, la satisfacción del estándar “según su propio juicio” sería, como regla general, una condición necesaria para aprobar un Nudge, aunque no sería condición suficiente pues, aun habiendo satisfecho tal estándar, el arquitecto de las decisiones no sabría en qué dirección debería conducir su intervención. Así pues, **dado que en estos casos el estándar “según su propio juicio” no brindaría soluciones únicas, los arquitectos de las decisiones necesitarían preguntarse cuál enfoque (de los distintos resultados posibles) hace que la vida de la gente vaya mejor y, a tal efecto, necesitarían recurrir a algún estándar externo para aprobar un Nudge.**<sup>47</sup>

En cualquier caso, para poder aplicar el estándar “según su propio juicio” sin caer en el problema de circularidad, los paternalistas libertarios deberían desterrar de su propuesta la segunda premisa de su silogismo (que supone la inevitabilidad de los efectos marco) y proveer un mecanismo confiable que nos permita distinguir en qué casos los juicios, preferencias y valoraciones de los decisores son endógenos y en qué casos no lo son. Esto es, en la sección anterior del presente trabajo se dijo que los paternalistas libertarios asumirían que la arquitectura de la elección sería inevitable y que, por lo tanto, cierto influjo sobre las elecciones también lo sería; entonces, bajo tales supuestos, el problema de circularidad del estándar también sería inevitable. De todos modos, dado que en este trabajo se asume que no todos los marcos de las elecciones son inmanejables por parte del decisor, el problema real radicaría en que hasta el momento no se ha desarrollado una forma confiable de distinguir entre las arquitecturas de la decisión aceptables y aquellas inaceptables por el decisor. Así las cosas, en ausencia de tal mecanismo, difícilmente podría analizarse el problema de circularidad del estándar sin que tal razonamiento deviniera en abstracto.

---

<sup>47</sup> Ver Paul, L. A., & Sunstein, C. R. (2019). 'As Judged By Themselves': Transformative Experiences and Endogenous Preferences. *Available at SSRN 3455421*.

Con todo, ¿cuál sería ese estándar “externo” al que deberían recurrir los arquitectos de las decisiones cuando la satisfacción del estándar “según su propio juicio” no es condición suficiente para aprobar un Nudge? En primer lugar, según los paternalistas libertarios, aunque no especifique un resultado único, el estándar “según su propio juicio” continuaría siendo relevante en tanto limitaría lo que los arquitectos de las decisiones podrían hacer, exigiéndoles atender los juicios de los decisores y no los suyos propios. Desde este punto de vista, en la medida en que exista un compromiso con la noción de bienestar subjetivo, aun cuando las preferencias de los decisores fueran alteradas a partir de cierta intervención, sería relevante que los arquitectos se preguntaran si los decisores aprueban, ex post, el resultado producido por el Nudge. Así pues, si ex post los decisores creen que están mejor, el estándar “según su propio juicio” estaría en parte satisfecho. Ahora bien, si ex post los decisores terminan satisfechos con el resultado producido por dos o más intervenciones diferentes y, por lo tanto, el estándar “según su propio juicio” es indeterminado, ¿cuál intervención deberían seleccionar los arquitectos de las decisiones? En este sentido, según los paternalistas libertarios, podríamos imaginar **dos criterios: (a) seguir a los decisores correctos o confiables (informados y consistentes) o (b) formular un juicio independiente sobre qué promueve el bienestar de las personas.**

(a) Este criterio, elaborado por Jacob Goldin<sup>48</sup>, sugiere indagar sobre las elecciones reales de las personas que están informadas y no están siendo afectadas por el Nudge. Sobre la base de asumir que tales personas están en una excelente posición de saber qué es lo “mejor”, los arquitectos de las decisiones deberían descubrir cuáles son las elecciones reales de los decisores más confiables y seguir estas elecciones. De esta manera, todos los decisores serían conducidos por el Nudge en la dirección de los juicios de los decisores informados y consistentes (consistentes en el sentido de que no están siendo afectados por el Nudge). Así pues, desde este punto de vista, los arquitectos de las decisiones no diseñarían sus intervenciones en base a sus propios juicios, sino en base a los juicios de los decisores confiables, los cuales son considerados confiables justamente por estar informados y ser consistentes.

---

<sup>48</sup> Ver Goldin, J. (2015). Which Way to Nudge: Uncovering Preferences in the Behavioral Age. *Yale LJ*, 125, 226.

(b) Este criterio se focaliza directamente en el bienestar de las personas, sin concederle autoridad a las elecciones de los decisores informados, incluso si estos son libres y consistentes. Desde este punto de vista, se asumiría que las elecciones libres de los decisores informados y consistentes podrían fallar en promover su propio bienestar, es decir, tales decisores podrían estar cometiendo errores (por ejemplo, podrían verse afectados por algún sesgo cognitivo) y, en tal caso, sus propias decisiones no promoverían su propio bienestar. Por consiguiente, en lugar de identificar y seguir el comportamiento de los decisores informados y consistentes, los arquitectos de las decisiones deberían indagar sobre el bienestar “correctamente definido”. Así pues, este criterio sugeriría que los arquitectos deberían preguntarse cuál enfoque promueve el bienestar de las personas, “correctamente definido”.

De cualquier modo, **¿cómo debería elegirse entre estos dos criterios?** De acuerdo con Sunstein, cuando el estándar “según su propio juicio” no brinda soluciones únicas, no tendríamos manera de escapar de cierto análisis bienestarista. De ahí que, para resolver tal indeterminación del estándar “según su propio juicio”, al preguntarse cuál enfoque hace que la vida de la gente vaya mejor, **el criterio último debería ser formular un juicio independiente sobre qué promueve el bienestar de las personas.** Entonces, ¿cuál sería la diferencia entre esta propuesta y los enfoques paternalistas tradicionales? Según los paternalistas libertarios, cualquiera sea el enfoque que adoptaran, los arquitectos estarían operando con un compromiso hacia la libertad de elección, pues estarían permitiendo que los decisores rechacen el Nudge y sigan su propio camino si así lo prefieren. De ahí que, si bien el desafío que enfrentaría el estándar “según su propio juicio” radicaría en que lo que los decisores prefieren podría ser producto del enfoque que se implemente, en la medida en que las personas retendrían la libertad de elección, si el decisor no rechaza el Nudge, los riesgos se minimizarían y las objeciones que podrían plantearse desde el punto de vista del bienestar y la autonomía carecerían de fuerza real. Ahora bien, ¿qué valor tendría la opción de seguir su propio camino si los decisores podrían terminar satisfechos cualquiera sea el camino sugerido por el arquitecto? La respuesta a tal interrogante parecería definitiva, pues la “opción de salida” sería la única “válvula de seguridad” que diferenciaría a los paternalistas libertarios de los paternalistas tradicionales.

Recapitulando, como regla general, según los paternalistas libertarios, la estrella polar que debería guiar a los arquitectos de las decisiones serían los propios juicios informados y reflexivos de los decisores (sus preferencias claras), concebidos como una manera razonable y perfectible para testear si las intervenciones paternalistas promueven efectivamente el bienestar de los decisores o no. No obstante, aunque satisfacer el estándar “según su propio juicio” sería casi siempre condición necesaria para aprobar un Nudge, su satisfacción no siempre sería condición suficiente, en cuyo caso los paternalistas libertarios sugerirían que los arquitectos de las decisiones deberían recurrir a un estándar externo para aprobar un Nudge. Desde este punto de vista, ante problemas de circularidad y de comparación intertemporal subjetiva de bienestar, sin abandonar el estándar “según su propio juicio”, el criterio último para aprobar un Nudge sería formular un juicio independiente sobre qué promueve el bienestar de las personas. De todos modos, según los paternalistas libertarios, en los casos que involucren un serio daño para el propio decisor (cuando sus elecciones libres fallaran seriamente en promover su propio bienestar) estaría justificado abandonar el estándar “según su propio juicio”.

Puesto en otros términos, casi siempre sería imposible aprobar un Nudge sin satisfacer el estándar “según su propio juicio”. No obstante, aunque la no satisfacción del estándar “según su propio juicio” garantizaría (casi siempre) la desaprobación de un Nudge, la satisfacción de tal estándar no siempre garantizaría la aprobación de un Nudge. Ante los problemas de circularidad y de comparación intertemporal subjetiva de bienestar, además de satisfacer el estándar “según su propio juicio”, se debería satisfacer un estándar externo e independiente del decisor para aprobar un Nudge. De todos modos, cuando las elecciones individuales libres fallaran seriamente en promover el propio bienestar del decisor, directamente se debería abandonar el estándar “según su propio juicio” y se debería alcanzar un estándar externo e independiente del decisor para aprobar un Nudge, lo que implica que no siempre sería imposible aprobar un Nudge sin satisfacer el estándar “según su propio juicio”.

Así pues, parecería que en algunos casos deberíamos recurrir exclusivamente al estándar “según su propio juicio” para aprobar un Nudge (en los casos enmarcados en la Categoría 1 y en los casos más sencillos enmarcados en la Categoría 2 que involucran problemas de autocontrol genuinos), en otros casos deberíamos complementar ese estándar con algún estándar externo (en los casos enmarcados en la Categoría 3 y en los casos más complejos enmarcados en la Categoría 2 que exigen comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar) y en otros casos deberíamos incluso abandonar el estándar “según su propio juicio” para aprobar un Nudge (en los casos que involucran un serio daño para el propio decisor). De este modo, parecería que en algunas ocasiones se adoptaría un criterio de bienestar subjetivo, entendido como el grado en el que los decisores pueden cumplir sus deseos o satisfacer sus preferencias informadas, mientras que en otras ocasiones (ya sea de manera complementaria o sustitutiva) se adoptaría un criterio objetivo de bienestar, entendido como un juicio independiente del decisor.

En estos términos, ¿cuáles serían los desafíos empíricos y normativos que presentaría el set de estándares propuesto por los paternalistas libertarios? Por un lado, dado que los paternalistas libertarios sugerirían aplicar diferentes criterios dependiendo de las circunstancias del caso, entonces parecería necesario determinar si existe en la práctica algún mecanismo confiable para poder distinguir entre los distintos tipos de casos, pues esta sería condición sine qua non para poder evaluar el estándar aplicable. Por otra parte, parecería ser que el verdadero problema inherente al estándar “según su propio juicio” no sería el de la circularidad, sino su inevitable demanda de contextualización explícita, en términos de una determinada intervención e, incluso, en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, lo cual derivaría en serios cuestionamientos sobre su permisibilidad. A continuación, serán abordados ambos desafíos por separado.

## **2.B. Desafíos Empíricos.**

En función de los términos en que ha quedado delimitado el enfoque paternalista-libertario, si los arquitectos de las decisiones están intentando conducir a las personas hacia aquellas

direcciones que sus “juicios verdaderos” elegirían, ex ante deberían encontrar algún mecanismo confiable que les permitiera acceder a las preferencias informadas de los decisores y deberían poder identificar no solo cuál o cuáles son los elementos distorsivos en juego, sino también cuál es su dirección y magnitud, segregando la voz del Sistema 2 (juicios reflexivos del decisor) de la voz del Sistema 1 (impulsos o intuiciones inmediatas del decisor) para filtrar las demandas ilegítimas de este último. A propósito, ¿cómo podrían los arquitectos de las elecciones acceder a las complejas funciones de utilidad de cada decisor, a las cuales ni el propio decisor puede tener acceso?

En cualquier caso, para poder aplicar el estándar “según su propio juicio”, los arquitectos de las decisiones deberían disponer de algún mecanismo confiable que les permitiera distinguir en qué casos el decisor tiene preferencias claras y en cuáles no; en qué casos los juicios, preferencias y valoraciones de los decisores son endógenos y en qué casos no lo son; en qué casos el decisor tiene algún problema de autocontrol y en cuáles no; en qué casos el arquitecto de las decisiones enfrenta problemas de comparación intertemporal subjetiva de bienestar y en cuáles no; y en qué casos las elecciones libres del decisor fallan seriamente en promover su propio bienestar y en cuáles no. Si nuestro propósito es averiguar si el estándar “según su propio juicio” es realmente alcanzado, no podríamos razonablemente inferir ninguna conclusión definitiva en relación con este punto.

Como regla general, los paternalistas libertarios sugerirían que si estamos interesados en incrementar el bienestar de los individuos “según su propio juicio”, podríamos querer observar qué hacen los decisores cuando están bien informados, cuando eligen activamente, cuando sus juicios consideran todos los aspectos relevantes asociados a cierto problema de decisión y cuando no están siendo impulsivos. A este respecto, los paternalistas libertarios se preguntan si algún tipo de análisis de principios podría ser utilizado para decidir qué contexto refleja de manera más confiable las “preferencias reales” de los decisores o las preferencias que estos mostrarían bajo condiciones ideales de toma de decisiones. Al mismo tiempo, los paternalistas libertarios advierten que podría existir un peligro real si los arquitectos de las decisiones se apartaran de los “juicios verdaderos” de los decisores y se preguntaran qué es lo que harían los

decisores si estuvieran informados, en cuyo caso el peligro radicaría en que los arquitectos de las decisiones podrían basarse en sus propias valoraciones y creencias en lugar de basarse en las valoraciones y creencias de los decisores y, de ser así, se estaría frustrando por completo el propósito del estándar “según su propio juicio”.<sup>49</sup>

Sin embargo, los paternalistas libertarios no podrían confiar en las preferencias reveladas para conocer lo que el decisor verdaderamente prefiere, es decir, no podrían confiar en que las preferencias reveladas (opciones preferidas) conduzcan al bienestar individual (resultados preferidos). Quizás lo que pueda parecer una elección irracional, un sesgo cognitivo o un problema de autocontrol, es en realidad un sacrificio producto de una evaluación racional de los costos y beneficios asociados a un determinado problema de decisión o un cambio en la valoración a la luz de la experiencia o reflexión. Por ejemplo, una persona podría no estar ahorrando lo suficiente para su jubilación y si bien el origen de este comportamiento podría ser un error sistemático producto de sus limitaciones cognitivas o volitivas, también podría tratarse de una elección racional causada por la existencia de otras necesidades económicas urgentes. Desde la perspectiva del observador externo, las “decisiones racionales” y las “decisiones irracionales” suelen ser idénticas.<sup>50</sup> Por lo tanto, los arquitectos paternalistas no podrían observar las elecciones individuales para acceder a los “juicios verdaderos” del decisor que proveerían el estándar.

Como resultado de la noción de racionalidad y de bienestar que parecerían adoptar los paternalistas libertarios, cuyos requisitos difícilmente podrían ser alcanzados por los seres humanos reales propensos a incurrir en errores sistemáticos, los planificadores no podrían confiar en las preferencias reveladas para conocer lo que el decisor “verdaderamente” prefiere. En este sentido, observar qué hacen los decisores cuando están bien informados, cuando eligen activamente, cuando sus juicios consideran todos los aspectos relevantes asociados a cierto problema de decisión y cuando no están siendo impulsivos, no constituiría evidencia confiable porque los decisores podrían estar cometiendo errores. Entonces, como consecuencia lógica del

---

<sup>49</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., págs. 44-45.

<sup>50</sup> Ver Rebonato, R. (2014), op. cit. y Schwartz, A. (2015). Regulating for rationality. *Stan. L. Rev.*, 67, 1373.

fenómeno de la equivalencia observacional, los arquitectos de las decisiones difícilmente podrían conocer frente a qué tipo de casos se encuentran y, de ahí que, parecería que la categorización planteada por los paternalistas libertarios para determinar el estándar aplicable podría en cierto punto devenir en abstracta.

Con todo, parecería que, según los paternalistas libertarios, en algunos casos lo que el decisor elige sí revelaría sus preferencias. Esto es, según los paternalistas libertarios, en tanto el decisor podría rechazar el Nudge y seguir su propio camino si así lo prefiere, cuando el decisor no rechaza el Nudge no deberían plantearse objeciones desde la perspectiva del bienestar ni desde el punto de vista de la autonomía. Sin embargo, sabemos que aunque en algunos casos el decisor podría terminar satisfecho con la situación en la que se encuentra ex post la intervención, el origen de esa satisfacción podría no ser la satisfacción de sus preferencias claras, sino la satisfacción de las preferencias construidas por el Nudge. Entonces, que el decisor elija no rechazar el Nudge, en principio, no constituiría una guía confiable para los arquitectos de las decisiones.

Por ejemplo, pensemos en uno de los Nudges más reconocidos, la afiliación automática al plan de ahorro para la jubilación conocido bajo el nombre “Ahorre Más Mañana”, diseñado por Thaler y Bernatzi<sup>51</sup>. En este programa, la participación automática es la opción que opera por defecto; por lo tanto, en caso de preferir no participar, el decisor involucrado debería realizar una elección activa en este sentido. En 2003, una empresa norteamericana implementó por primera vez este Nudge, haciendo automática la participación en el plan de ahorro y, como resultado, el 93% de los participantes no hizo nada y quedó adherido a la opción por defecto, tan solo el 6% canceló activamente su afiliación al cabo de un año. En este contexto, ¿qué nos podría sugerir sobre los juicios, preferencias y valoraciones de los decisores la evidencia acerca del aumento inmediato y extremo en las tasas de participación y las tasas de desafiliación extremadamente bajas y sostenidas? Según los paternalistas libertarios, el hecho de que pocos

---

<sup>51</sup> Ver Thaler, R. H., & Bernatzi, S. (2004). Save more tomorrow™: Using behavioral economics to increase employee saving. *Journal of political Economy*, 112(S1), S164-S187.

decisores se desafilien sugeriría fundamentalmente que tales decisores no están ahorrando más de lo que prefieren.

No obstante, en materia de reglas por defecto, entendidas como reglas que gobiernan a menos que los decisores se aparten de ellas y elijan explícitamente la aplicación de otros principios distintos, la adhesión a la opción predeterminada podría deberse a varias razones. A saber, podría ser fruto de un juicio rápido (automático e intuitivo), de un juicio lento (reflexivo y deliberado), de sesgos cognitivos en juego o incluso podría ser producto de una combinación de varios de estos factores. En cualquier caso, no sería posible dilucidar cuál o cuáles de estos factores determinan la adhesión a la regla por defecto en el caso en particular, pues aun no disponemos de una manera sencilla de identificar el origen de una cierta decisión. Entonces, no podríamos razonablemente concluir que el aumento inmediato y extremo en las tasas de participación y las tasas de desafiliación extremadamente bajas y sostenidas constituyen evidencia confiable sobre los “juicios verdaderos” de los trabajadores, pues los extensos efectos que las reglas por defecto tienen sobre los resultados podrían deberse a la existencia de sesgos cognitivos en juego.

Por lo que sigue, parecería que los paternalistas libertarios estarían recurriendo a un análisis intuitivo que les concedería un amplio margen de apreciación para resolver las referidas limitaciones epistemológicas, lo cual podría derivar en serias inconsistencias y objeciones. En este sentido, parecería que los paternalistas libertarios se atribuirían la capacidad para determinar cuándo las preferencias reveladas son una medida aceptable y cuándo no lo son. En resumidas cuentas, parecería que cuando las preferencias reveladas coinciden con el enfoque implementado por el arquitecto, sí constituirían evidencia confiable; de lo contrario, en caso de divergencia, parecería asumirse que no se podría confiar en lo que los decisores eligen para conocer lo que los decisores prefieren porque podrían estar cometiendo errores (por ejemplo, podrían verse afectados por algún sesgo cognitivo). En estos términos, es clave no perder de vista que si el arquitecto de las decisiones se atribuye la capacidad para determinar lo que el decisor “verdaderamente prefiere” e identificar cuál o cuáles son los elementos distorsivos en cada elección, así como también la dirección y la magnitud de tales elementos distorsivos, como

consecuencia, el arquitecto de las decisiones se estaría atribuyendo la capacidad para determinar el resultado último de la elección.

## **2.C. Desafíos Normativos.**

Sabemos que para evaluar cuándo es necesario implementar un Nudge, cómo debería diseñarse tal intervención y cómo debería evaluarse el impacto de tal intervención sobre el bienestar del receptor, es condición necesaria la adopción de un estándar o criterio de bienestar claro y consistente; de lo contrario, la mejor alternativa disponible para los arquitectos de las decisiones es confiar en sus intuiciones o en sus propios juicios. Ahora bien, sin perjuicio de los desafíos conceptuales y empíricos que enfrenta el estándar “según su propio juicio”, parecería razonable pensar que el mayor problema radicaría en que tendríamos la necesidad de contextualizar tal estándar explícitamente y por partida doble, en términos de una determinada intervención e incluso en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención. Esto es, parecería que para poder evaluar cuándo la satisfacción del estándar “según su propio juicio” es condición necesaria y suficiente para aprobar un Nudge, cuándo la satisfacción del estándar “según su propio juicio” no es suficiente y es necesario recurrir a algún estándar externo para aprobar un Nudge y cuándo es necesario abandonar el estándar “según su propio juicio” para aprobar un Nudge, previo necesitaríamos conocer si el decisor tiene preferencias claras o no, si enfrenta problemas de autocontrol o no, si su elección involucra comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar o no, si sus preferencias son endógenas o no y si el caso en cuestión involucra un serio daño para el propio decisor o no. De ahí que, si nuestro propósito es averiguar si el estándar “según su propio juicio” es realmente alcanzado o no, no podríamos razonablemente inferir ninguna regla general al respecto.

Así pues, contrario al argumento paternalista-libertario, el verdadero problema del estándar “según su propio juicio” no radicaría en que en muchas ocasiones no brindaría soluciones únicas o que no permitiría realizar comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar, sino que el foco apuntaría hacia su permisibilidad o deseabilidad. La clave aquí estaría en que el estándar aplicable para evaluar un Nudge dependería en última instancia de la

conjunción de varios factores. De manera que, el único enfoque que podría razonablemente adoptarse es el enfoque de “caso por caso”. Los arquitectos deberían analizar las propuestas concretas y verificar en cada caso en particular si el estándar “según su propio juicio” tiene fuerza real o es meramente retórico. En estos términos, lo que aquí deberíamos preguntarnos es si un estándar que depende de los efectos probables de los enfoques particulares y de conjeturas empíricas que en ocasiones podrían ser correctas y a veces podrían estar equivocadas, podría alguna vez o de alguna manera estar justificado y, en su caso, sobre qué base podría estarlo. En principio, un estándar que exige una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, y que en ausencia de tal contextualización se volvería meramente retórico, parecería ser inapropiado.

De cualquier modo, como primer paso hacia la contextualización, en términos de las diferentes formas en que podrían emplearse las distintas variantes de herramientas de intervención, sabemos que (por definición) los Nudges de primer grado mejoran el ejercicio de elecciones reflexivas, mientras que los Nudges de segundo y tercer grado no apelan a involucrar suficientemente los juicios reflexivos y deliberativos del decisor, cuyas elecciones o preferencias muchas veces terminarían siendo moldeadas o condicionadas a partir de la intervención del planificador. A su vez, sabemos que, en el caso de los Nudges de grado 2, si bien estas intervenciones muchas veces influirían en, o moldearían, las elecciones o preferencias del decisor, este podría (reflexionando) tomar consciencia de que se ha sido objeto del Nudge y evaluar su impacto. Por otra parte, en el caso de los Nudges de grado 3, sabemos que la reflexión haría poca diferencia para el individuo, reforzando la búsqueda de las preferencias moldeadas o construidas por el Nudge. Por consiguiente, en principio, los “juicios verdaderos” del decisor podrían ser involucrados o no ex post un Nudge de grado 2, mientras que tales juicios no desempeñarían ningún rol activo ex post los Nudges de grado 3. Entonces, parecería que el impacto del estándar “según su propio juicio” variaría sustancialmente en función del grado de Nudge que se implemente.

Como regla general, parecería que los Nudges de grado 1 podrían aplicar a las Categorías 1 o 2 de casos antes mencionada, en el sentido de que al mejorar el ejercicio de elecciones reflexivas podrían ayudar al decisor a satisfacer sus “preferencias claras” ex ante (Categoría 1) o a superar problemas de autocontrol genuinos (Categoría 2). Por consiguiente, en principio, la satisfacción del estándar “según su propio juicio” sería condición necesaria y suficiente para aprobar Nudges de primer grado. Por otra parte, parecería que los Nudges de grado 2 podrían aplicar a las referidas Categorías 1 y 2, pero también podrían aplicar a la Categoría 3 de casos (casos en los que las preferencias del decisor son endógenas a, o producto de la arquitectura de la decisión relevante), dependiendo de si los “juicios verdaderos” del decisor terminan siendo involucrados (mediante la reflexión) ex post la intervención o no. Por consiguiente, en principio, la satisfacción del estándar “según su propio juicio” sería condición necesaria y suficiente para aprobar Nudges de segundo grado si y solo si los “juicios verdaderos” del decisor terminan efectivamente cobrando protagonismo (mediante la reflexión) ex post; de lo contrario, el arquitecto de las decisiones terminaría recurriendo a algún estándar externo e independiente del propio decisor para aprobar el Nudge, pues el estándar “según su propio juicio” no brindaría soluciones únicas. Por último, parecería que los Nudges de grado 3 solo podrían aplicar a la referida Categoría 3 de casos, pues la reflexión haría poca diferencia para el individuo que es objeto de este tipo de intervenciones, reforzando la búsqueda de las preferencias moldeadas o construidas por el Nudge. De ahí que, en principio, el problema de circularidad del estándar “según su propio juicio” parecería inevitable en estos casos, por lo que el arquitecto de las decisiones debería necesariamente recurrir a algún estándar externo e independiente del propio decisor para aprobar Nudges de grado 3.

Entonces, si el estándar aplicable depende del grado de Nudge que se implemente, al determinar la forma en que se empleará una cierta herramienta de intervención, el arquitecto de las decisiones estaría determinando el estándar aplicable. A saber, si el arquitecto de las decisiones quisiera aplicar al caso concreto algún estándar externo e independiente de los juicios del decisor para aprobar un Nudge, de antemano sabría que le convendría implementar Nudges de grado 3 (o incluso, en algunos casos, Nudges de grado 2); en tanto que, si quisiera aplicar exclusivamente el estándar “según su propio juicio” para aprobar un Nudge, sabría que le

convendría aplicar Nudges de grado 1. De ahí que, **este enfoque le estaría concediendo un amplio margen de apreciación y maniobra a los arquitectos de las decisiones, lo que engendraría serias fallas al delimitar y predecir su responsabilidad y el éxito o fracaso de sus intervenciones, lo cual en ultima instancia despertaría serias objeciones desde el punto de vista normativo.**

Así pues, parece útil analizar como jugarían todas estas cuestiones en un caso en particular. Por ejemplo, sabemos que las reglas por defecto, entendidas como una variante de Nudge, no tienen efectos educativos y sin estar diseñadas para apelar estrictamente al Sistema 1 funcionan como consecuencia de tales operaciones automáticas. En principio, las reglas por defecto calificarían como Nudges de grado 2, pues se basan en limitaciones cognitivas y volitivas para sesgar la decisión en la dirección deseada. De ahí que, si bien las reglas por defecto podrían influir en, o moldear, la decisión, las preferencias o las valoraciones del individuo, este podría (reflexionando) tomar consciencia de que ha sido objeto del Nudge y evaluar sus efectos. Sin embargo, dado que se hallan involucradas las respuestas automáticas del decisor, este difícilmente podría descubrir el Nudge y evaluar su alcance mediante la reflexión. Por consiguiente, si sabemos que las reglas por defecto podrían no ser neutrales (podrían influir o moldear no solo las elecciones, sino también los juicios, preferencias y valoraciones del decisor) los arquitectos de las decisiones podrían estar diseñando los mismos juicios sobre los cuales proclamarían autoridad (abriendo paso al problema de circularidad). Así las cosas, ¿qué criterio debería aplicarse para evaluar las reglas por defecto? Por un lado, si consideramos que el decisor difícilmente podría descubrir (mediante la reflexión ex post) que ha sido objeto de cierta regla por defecto y evaluar el impacto que tal regla ha generado sobre su propio bienestar, en general, sería necesario recurrir a algún estándar externo para evaluar la interferencia del arquitecto de las decisiones en las elecciones individuales (Categoría 3 de casos). Excepcionalmente, en el caso de que los “juicios verdaderos” del decisor cobraran efectivamente protagonismo ex post tal intervención, la satisfacción del estándar “según su propio juicio” sería condición necesaria y suficiente para aprobar una regla por defecto (Categoría 1 de casos).

A su vez, podría esperarse que los efectos de los Nudges cambiaran no sólo en función de la variante y el grado de Nudge que se implemente, sino también en función del modelo de individuo que actúe como receptor. En este sentido, debería considerarse el impacto que esta clase de intervenciones podría tener sobre los diferentes receptores dependiendo del contexto institucional, social, económico y cultural de cada individuo. Por ejemplo, la evidencia empírica parecería sugerir que es menos probable que las reglas por defecto generen adhesión en el caso de las personas altamente informadas y experimentadas y que, por lo tanto, saben lo que quieren; mientras que es más plausible que adhieran a las reglas por defecto las personas más pobres, menos educadas y menos sofisticadas.<sup>52</sup> Por lo tanto, aunque la intervención en juego sería la misma (reglas por defecto), dependiendo de qué tipo de decisor actúe como receptor de tal intervención, variaría el criterio aplicable para evaluar la interferencia del arquitecto de las decisiones en las elecciones individuales. De este modo, el criterio aplicable dependería de la conjunción de dos factores: el tipo de intervención en juego y el tipo de decisor que actúa como receptor.

Recapitulando, independientemente de que el análisis efectuado en la presente sección exige como condición previa descifrar ciertas concepciones implícitas en la propuesta de los paternalistas libertarios, y sin perjuicio de que como consecuencia lógica del fenómeno de la equivalencia observacional, los arquitectos de las decisiones difícilmente podrían conocer frente a qué tipo de casos se encuentran y, de ahí que, parecería que la categorización planteada por los paternalistas libertarios para determinar el estándar aplicable para evaluar un Nudge podría, en cierto punto, devenir en abstracta. Con todo, el mayor problema aquí no sería la indeterminación conceptual o empírica del set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios, pues ello no obstaría la posibilidad de que existiera alguna regla implícita que pudiera descubrirse para evaluar su impacto en cada caso concreto. El mayor problema aquí sería su indeterminación normativa. En la medida en que el estándar aplicable dependería de una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor, se estaría obstaculizando de manera significativa la

---

<sup>52</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit, pág. 174.

evaluación de la permisibilidad y deseabilidad de cierta interferencia en las elecciones individuales. De ahí que, el set de estándares que sugerirían los paternalistas libertarios parecería ser inapropiado. De todas maneras, en este marco y como segundo paso hacia la referida contextualización, en la sección siguiente de este trabajo se aborda el impacto del estándar “según su propio juicio” en términos del perfil de decisor que actúa como receptor del Nudge, lo cual derivaría inevitablemente en serios cuestionamientos acerca de los riesgos de manipulación que involucrarían ciertos Nudges y el carácter muchas veces nominal de la válvula de seguridad propuesta por los paternalistas libertarios.

### 3. LA INEVITABLE NECESIDAD DE CONTEXTUALIZACIÓN EXPLÍCITA: SEGUNDA PARTE.

En la sección precedente de este trabajo se ha asumido que el set de estándares que sugerirían los paternalistas libertarios no sólo dependería de la contextualización explícita en términos de una determinada intervención, sino también en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de esa intervención. Justamente, por esta razón (por la inevitable demanda de una doble contextualización explícita) es que el referido set de estándares sería inapropiado. Entonces, para esclarecer aún más los desafíos normativos que enfrentaría la propuesta de los paternalistas libertarios, en esta sección se profundiza la segunda instancia de contextualización requerida, que referiría al tipo de decisor involucrado. A tal efecto, se evalúan los límites de la eficacia de los Nudges y los principales efectos que estas intervenciones podrían generar dependiendo del perfil de decisor afectado. En última instancia, la conjugación de ambas fases de contextualización permitiría captar más fácilmente las fuerzas esenciales subyacentes a la supuesta “Tercera Vía”, que si bien pretendería calificar como un tipo de paternalismo relativamente débil y no intrusivo y pretendería asumir un compromiso simultáneo con el bienestar y la libertad de elección de los decisores, en realidad se trataría de un enfoque potencialmente manipulativo y selectivo<sup>53</sup> que despertaría serias objeciones desde el punto de vista del bienestar, la autonomía y la dignidad del decisor.

#### 3.A. ¿Por qué algunos Nudges son ineficaces?<sup>54</sup>

En los últimos años, la evidencia empírica ha demostrado que algunos Nudges no son efectivos o son menos efectivos de lo esperado por los arquitectos de las decisiones. Cuando menos se podrían identificar siete razones independientes que ayudarían a explicar la posible ineficacia de los Nudges en muchos contextos, algunas más comunes que otras. A saber:

---

<sup>53</sup> Ver Hayek, F. A. (2006). Los fundamentos de la libertad, trad. de José Vicente Torrente. *Madrid: Unión Editorial. Icfes*. Este autor advierte acerca de lo especialmente problemáticas que resultan las imposiciones selectivas por parte de los planificadores públicos, por su potencial carácter abusivo. En este sentido, el requisito de que el poder político ejerza sus poderes para no discriminar entre los ciudadanos no constituye simplemente el ideal de justicia en abstracto, sino la protección más efectiva contra la arbitrariedad o insensatez de los planificadores públicos.

<sup>54</sup> Ver Sunstein, C. R. (2017a). Nudges that fail. *Behavioural public policy*, 1(1), 4-25.

(a) Los decisores pueden tener preferencias precedentes fuertes. Por ejemplo, la provisión de información, las advertencias y los recordatorios no funcionarán si las personas están decididas a llevar a cabo el comportamiento subyacente, ya sea fumar, beber, enviar mensajes de texto mientras conducen o comer alimentos poco saludables.

(b) Pueden existir “contra-Nudges” exitosos (medidas efectivas para contrarrestar los efectos del Nudge) que influyen en las personas para que elijan en un sentido que pervertiría los esfuerzos de los arquitectos de las decisiones. Por ejemplo, si las empresas de cigarrillos y los vendedores de bebidas alcohólicas tienen la oportunidad de acceder a sus consumidores e influir en ellos, podrían debilitar o deshacer los efectos de la provisión de información, las advertencias y los recordatorios.

(c) Algunos Nudges pueden producir confusión en la población objetivo. Por ejemplo, si la información que provee el arquitecto de las decisiones es confusa o compleja de procesar, es posible que las personas no se vean afectadas por ella. La provisión de información (o los Nudges educativos en general) puede tener un impacto mucho menor de lo que se esperaría. De hecho, existe un arduo debate sobre la eficacia de este tipo de estrategias.

(d) Algunos Nudges pueden producir solo efectos de corto plazo. Por ejemplo, si las personas reciben un recordatorio o una advertencia es posible que le presten atención, pero solo una vez. Incluso, su comportamiento podría verse afectado, pero ese recordatorio o esa advertencia puede dejar de ser relevante o significativa después de un tiempo. Por el contrario, es más probable que una regla por defecto tenga un efecto de más largo plazo porque la gente tiene que realizar un esfuerzo para cambiarla. De todos modos, después de un tiempo, la señal informativa que conllevan las reglas por defecto podría silenciarse o la inercia podría superarse.

(e) Algunos Nudges pueden producir reactancia. Es posible que las personas se rebelen contra las intervenciones de los planificadores públicos sencillamente porque desean mantener el control. En general, en comparación con los mandatos y prohibiciones, se puede esperar que la reactancia sea menos significativa cuando la intervención es un Nudge. De todos modos, los Nudges pueden resultar ineficaces si la gente está disgustada o resentida por haber sido sometida a esta clase de intervenciones. En este sentido, las personas pueden rechazar un Nudge por el

simple hecho de que es un Nudge. Por ejemplo, invocar las normas sociales podría resultar ineficaz si las personas buscan desafiar tales normas.

(f) Algunos Nudges pueden estar basados en un entendimiento impreciso o equivocado (aunque inicialmente plausible) por parte de los arquitectos de las decisiones acerca de qué tipo de arquitectura de la decisión afectaría a las personas en contextos particulares. Si un Nudge se basa en una comprensión plausible, pero inexacta, del comportamiento y del tipo de variables a las que las personas responden, es posible que no tenga ningún impacto. Por ejemplo, podríamos creer que la comprensión de las normas sociales tendría un gran efecto en el comportamiento de las personas, pero si la población objetivo es indiferente a esas normas sociales, el uso de este Nudge podría no tener ningún impacto. En definitiva, aunque una hipótesis pueda parecer razonable, debe ser probada.

(g) Algunos Nudges pueden producir comportamiento compensatorio y, como resultado, no producir ningún efecto neto. Por ejemplo, este “efecto rebote” puede ocurrir cuando una etiqueta muestra que el contenido calórico de cierto alimento es relativamente bajo, lo que puede conducir a las personas a consumir más cantidad de ese alimento, lo cual puede reducir y potencialmente anular los efectos de las intervenciones diseñadas para reducir la ingesta calórica.

Con todo, el hecho de que en ocasiones los Nudges sean ineficaces no constituye *per se* un problema. Lo que importaría, según los paternalistas libertarios, es el bienestar, no la eficacia. Un Nudge puede ser en gran medida ineficaz y al mismo tiempo producir efectos positivos en el bienestar de las personas. En este sentido, los decisores podrían estar siguiendo su propio camino, y de ser así, la ineficacia de cierto Nudge podría sugerir que no hay ningún problema en términos de bienestar. Una ventaja de los Nudges (en comparación con las herramientas de intervención más agresivas) es que preservarían la libertad de elección y, por lo tanto, permitirían que las personas siguieran su propio camino. En muchos contextos, eso es un beneficio significativo, de modo que la ineficacia de los Nudges no sería un problema en absoluto. No obstante, la ineficacia de un cierto Nudge podría indicar que los decisores están cometiendo errores. Si los arquitectos de las decisiones tienen buenas razones para pensar que las elecciones

de las personas no promueven su bienestar, la ineficacia de los Nudges podría justificar otro tipo de respuestas. En síntesis, el hecho de que un Nudge no haya demostrado ser suficientemente eficaz no es por sí mismo decisivo sobre lo que se debería hacer. La evaluación de estas respuestas dependería de consideraciones normativas.

Por último, antes de analizar cómo juegan estas cuestiones en un caso en concreto, es necesaria una aclaración: las respuestas ante una intervención pueden ser heterogéneas dentro de la población objetivo y, por lo tanto, el efecto agregado puede decir mucho menos de lo que se necesita saber. En estos casos, los subanálisis pueden revelar que los Nudges son altamente efectivos en distintas subpoblaciones, durante distintos períodos de tiempo o en contextos específicos. Por ejemplo, supongamos que el 45% de las personas rechaza cierta regla por defecto. Quizás, las personas que integran ese 45% conforman el grupo que debería rechazar tal regla por defecto, dadas sus preferencias y situaciones. Alternativamente, los números agregados pueden ocultar un problema serio, lo que sucedería, por ejemplo, si la población que no se ve afectada por un Nudge incluye a aquellos que más se beneficiarían de esa intervención.

### **3.B. ¿Por qué algunas reglas por defecto no generan adhesión?<sup>55</sup>**

Si bien las reglas por defecto podrían producir efectos significativos sobre los resultados, en ocasiones es posible que no generen el impacto esperado. Para poder comprender estos fenómenos, a continuación se explica en qué casos las reglas por defecto generarían adhesión y en qué casos podrían ser ineficaces.

Con base en los hallazgos de las ciencias del comportamiento, es posible sugerir cuatro factores que contribuyen a generar los extensos efectos que las reglas por defecto tienen sobre los resultados: (I) sugerencia o respaldo implícito por parte de quienes diseñaron las reglas por

---

<sup>55</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., págs. 169-175; Sunstein, C. R. (2017a), op. cit.; y Willis, L. E. (2013). When nudges fail: Slippery defaults. *The University of Chicago Law Review*, 1155-1229.

defecto, (II) poder de la inercia y tendencia a la procrastinación, (III) sentimiento de culpa y (IV) punto de referencia y aversión a la pérdida.

(I) Por un lado, las personas parecen pensar que las reglas por defecto fueron diseñadas por alguien idóneo y elegidas por alguna buena razón. De modo que, los decisores podrían creer que estos Nudges involucran una sugerencia o recomendación implícita por parte del arquitecto y que no deberían rechazarlos a menos que dispusieran de información confiable que justificare el cambio. Ello así, especialmente si los decisores carecen de experiencia o conocimiento en el área en particular y si la elección involucrada es altamente compleja o infrecuentemente llevada a cabo. En este sentido, existe fuerte evidencia que señala una correlación positiva entre la falta de información por parte del decisor (por ejemplo, falta de información sobre las alternativas disponibles) y su tendencia a adherir a las opciones predeterminadas. Como contracara, las reglas por defecto tienden a generar menor impacto sobre las personas que se consideran ellas mismas como expertas o experimentadas.

(II) Por otro lado, como consecuencia del poder de la inercia (entendida como una tendencia a favorecer el punto de referencia) y de la procrastinación (entendida como la tendencia a postergar actividades o situaciones que deben atenderse, sustituyéndolas por otras situaciones más irrelevantes o agradables), las personas tienden simplemente a conservar el status quo. Así pues, dado que para cambiar la regla por defecto y seguir su propio camino las personas deben realizar una elección activa y rechazar la opción predeterminada, puede resultar tentador aplazar o, incluso, no tomar la decisión en cuestión (especialmente, si la cuestión involucrada es compleja, desde lo técnico o desde lo moral).

(III) Al mismo tiempo, cuando la decisión en juego involucra algún componente moral, apartarse de la norma social vigente puede generar un sentimiento de culpa que muchos individuos preferirían evitar. Justamente, las reglas por defecto pueden presionar esos “interruptores morales” que contribuyen a establecer o reforzar las normas sociales vigentes.

(IV) A su vez, de acuerdo con las características operativas del Sistema 1, que se encuentran en el corazón de la Teoría Prospectiva<sup>56</sup>, sabemos que al evaluar un resultado, las “portadoras” del valor psicológico son las ganancias y las pérdidas evaluadas con relación a un punto de referencia (los resultados mejores que el punto de referencia son ganancias y los que están por debajo del punto de referencia son pérdidas). También sabemos que la respuesta a una pérdida es más intensa que la respuesta a la ganancia correspondiente, lo cual expresa nuestro sentimiento de aversión a la pérdida, entendida esta como una poderosa fuerza conservadora que hace que nuestras vidas se mantengan cerca del punto de referencia. Así pues, sabemos que los gustos de las personas no son inalterables, sino que varían de acuerdo con el punto de referencia, y que las desventajas de un cambio pesan más que las ventajas, generando una tendencia a favorecer el punto de referencia (sesgo del status quo inducido por la aversión a la pérdida). Además, sabemos que la conjunción de estos aspectos cognitivos (la idea del punto de referencia y la idea de aversión a la pérdida) explican el hecho de que la sola posesión de un bien incrementa su valor (efecto dotación) porque al evaluar un resultado la pena de desprenderse del bien es mayor que el placer de conseguir un bien igual de bueno o ligeramente mejor. En este sentido, las reglas por defecto otorgan inicialmente un derecho o una prerrogativa y operan como el punto de referencia con relación al cual se evalúan los cambios, generando como efecto el incremento en la valoración de ese derecho o prerrogativa por parte de su titular. Precisamente, como resultado de estas características operativas de nuestro sistema cognitivo, las reglas por defecto ayudan a establecer o reforzar el estado presente.

Pasando a limpio, sabemos que las reglas por defecto pueden no ser neutrales, esto es, pueden afectar cómo y cuánto una persona valora un bien, influyendo o moldeando no solo las elecciones, sino también las preferencias y valoraciones del decisor. Especialmente, si bien sabemos que los extensos efectos que las reglas por defecto tienen sobre los resultados pueden deberse a la existencia de sesgos cognitivos, también sabemos que no es posible dilucidar cuál o cuáles de los factores antes mencionados determinan la adhesión a la regla por defecto en el caso en particular. Esto es, sabemos que no es posible establecer si la adhesión se explica por el

---

<sup>56</sup> Ver Kahneman, D. (2017), op. cit.

hecho de que el decisor carece de información suficiente que motive el rechazo de la sugerencia del arquitecto, por el poder de la inercia y la tendencia a la procrastinación, el sentimiento de culpa, el punto de referencia y la aversión a la pérdida, si es fruto de un juicio rápido (automático e intuitivo) o lento (reflexivo y deliberado) o si es producto de una combinación de varios de estos factores.

Con todo, sabemos que las reglas por defecto no siempre generan adhesión. Estos Nudges podrían ser ineficaces por dos razones fundamentales: (i) la existencia de fuertes preferencias precedentes contrarias por parte de los decisores, quienes en consecuencia rechazarían la regla por defecto, o (ii) el uso exitoso de contra-Nudges por parte de quienes tienen algún interés económico (o de otro tipo) en convencer a los decisores de rechazar la regla por defecto. A continuación, se abordan cada una de estas razones por separado.

(i) Para empezar, si las personas tienen fuertes preferencias precedentes contrarias a las reglas por defecto, es probable que este Nudge no genere adhesión. Esto es, cuando las personas tienen fuertes preferencias precedentes es menos probable que sean influenciadas por la sugerencia implícita del arquitecto. También es más probable que puedan superar la inercia y que la aversión a la pérdida sea menos relevante porque las fuertes preferencias precedentes (en lugar de las reglas por defecto) constituirían el punto de referencia a partir del cual se evaluarían los cambios. Además, cuando las personas tienen fuertes preferencias precedentes, es menos probable que se sientan culpables por intentar conseguir lo que quieren. Entonces, como regla general, se puede pensar que cuando las reglas por defecto resultan considerablemente incómodas, las personas suelen rechazarlas.

De manera simplificada, se puede pensar que al decidir si rechazar o no las reglas por defecto (o los Nudges de cualquier tipo), los decisores consideran dos factores: los costos de las decisiones y los costos de los errores. Cuando no es especialmente costoso decidir rechazar el Nudge y cuando los decisores creen que rechazar el Nudge reducirá los costos significativos de los errores, el Nudge será ineficaz. Entonces, se puede pensar que cuando los decisores tienen preferencias fuertes contrarias a la regla por defecto, el costo de tomar la decisión relevante de apartarse de la regla por defecto es bajo (porque las personas saben lo que quieren) y el costo de adherir a la

regla por defecto es alto (porque las personas saben que esa regla los conduce en la dirección incorrecta). En cambio, cuando no existe una preferencia precedente o cuando la preferencia precedente es débil, los decisores suelen adherir a la regla por defecto porque los referidos costos suelen presentarse de manera opuesta. Por supuesto, asumir que los decisores están tomando una decisión racional acerca de rechazar la regla por defecto sería una simplificación útil, pero excesiva. En general, cualquier análisis de costos y beneficios sería intuitivo o automático, más que deliberativo y reflexivo, y podría involucrar heurísticas y sesgos. El punto aquí no es que la decisión de rechazar la regla por defecto reflejaría un cálculo preciso, sino que las personas podrían hacer un juicio intuitivo (rápido) o deliberativo (lento) sobre si rechazar o no el Nudge.

A su vez, la evidencia parece sugerir que es menos probable que las reglas por defecto generen adhesión en el caso de las personas altamente informadas y experimentadas y que, por lo tanto, saben lo que quieren. Al mismo tiempo, creciente evidencia demostraría que es más plausible que adhieran a las reglas por defecto las personas más pobres, menos educadas y menos sofisticadas. Por ejemplo, un estudio empírico realizado en Reino Unido reveló que la mayoría de los trabajadores optaron por no participar en un plan de ahorro con una tasa predeterminada de contribución inusualmente alta y, por lo tanto, considerablemente incómoda (12% del salario antes de impuestos). Solo el 25% de los trabajadores (aproximadamente) permaneció en esa tasa al cabo de un año, mientras que el 60% de los trabajadores cambió a una tasa de contribución más baja. Llamativamente, los trabajadores con ingresos más bajos fueron los más propensos a adherir a la regla por defecto (y permanecer en la tasa inusualmente alta). De ahí que, parecería que existe una correlación positiva entre la suficiencia de ciertos recursos (a saber, información, experiencia, dinero, educación) y la existencia de fuertes preferencias precedentes que motiven el rechazo de la regla por defecto.

(ii) Por lo demás, podría suceder que determinados agentes tuvieran fuertes incentivos para convencer a las personas de rechazar la regla por defecto en cuestión. Estos agentes podrían implementar contra-Nudges efectivos que conducirían a las personas a elegir en un sentido que pervertiría los esfuerzos de los arquitectos de las decisiones. Especialmente, la implementación

de contra-Nudges efectivos es una de las principales razones que se emplea para explicar el fracaso parcial del esfuerzo regulatorio realizado en 2010 por la Junta de la Reserva Federal de EE.UU. para proteger a los consumidores de las altas comisiones que cargan los bancos a sus clientes por el servicio de descubierto bancario.

Esta regulación prohibió a los bancos cargar comisiones por descubierto, excepto que el titular de la cuenta bancaria explícitamente eligiera participar en el programa de descubierto bancario. Uno de los objetivos de establecer la “no participación” como regla por defecto era proteger a los consumidores (en particular, a los de bajos ingresos) de tomar el equivalente a un préstamo con intereses extraordinariamente altos. En este contexto, el regulador parece haber asumido que muchas personas terminan pagando altas comisiones esencialmente por ignorancia o inadvertencia. Entonces, al cambiar la regla por defecto en el sentido de que los consumidores no participarían en el programa a menos que eligieran involucrarse, se estaría beneficiando a los consumidores con una protección contra cargos excesivos.

Esta regulación estuvo motivada en parte por el entendimiento sobre el poder de las reglas por defecto y de ahí que, en principio, debería haber producido resultados significativos. Sin embargo, los efectos de esta regulación no fueron los esperados. La realidad muestra que muchas personas rechazan la regla por defecto y eligen activamente participar en el programa de descubierto bancario. Aunque las figuras precisas son poco claras, el nivel general de participación parece estar alrededor del 15% y en algunos bancos alcanza el 60%. Llamativamente, entre las personas que exceden el monto de su cuenta corriente más de 10 veces al mes, el nivel general de participación parece estar por encima del 50%. Entonces, ¿cómo podríamos explicar estos resultados?

De manera simplificada, aquí también puede ser útil pensar que los decisores hacen un juicio lento o rápido sobre los costos de las decisiones y los costos de los errores, con la variable adicional de que las entidades bancarias afectadas podrían estar trabajando para disminuir los costos (reales y percibidos) de las decisiones y aumentar los costos percibidos de los errores, con el objetivo de lograr que el Nudge termine siendo ineficaz. En este sentido, parece razonable pensar que muchos bancos quieren cargar comisiones por descubierto a sus clientes, de modo

que podrían emplear varias estrategias conductualmente informadas para facilitar y promover la participación de sus clientes en tales programas. Justamente, esta puede ser una razón central para el fracaso parcial de la regulación de los programas de descubierto bancario. Sin duda, hay un gran contraste entre los efectos de esta regulación y los resultados de la participación automática en los programas “Ahorre Más Mañana”. En estos programas de ahorro, los proveedores aprobaban la participación automática y no tenían ningún interés en incentivar a las personas a rechazar la regla por defecto. Por el contrario, la Junta de la Reserva Federal implementó la regla por defecto que los bancos desaprobaban.

Así las cosas, se puede pensar que, en general, si las instituciones reguladas se oponen fuertemente a la regla por defecto y tienen fácil acceso a sus consumidores, bien podrían usar una variedad de estrategias para hacer que las personas abandonen la regla por defecto y se muevan en su dirección preferida. En estos casos, la regla por defecto sería ineficaz no porque los decisores independientemente la desaprobaban (fuertes preferencias precedentes contrarias a la regla por defecto), sino porque las instituciones los convencerían de rechazarlas. Entonces, el punto general es claro: cuando las reglas por defecto (u otras formas de arquitectura de la elección) son ineficaces, a veces se debe a que algunos actores tienen el incentivo y la oportunidad de imponer algún tipo de contra-Nudge efectivo.

Ahora bien, sabemos que muchas personas (quizás hasta el 85%) no se inscriben en los programas de descubierto bancario y que la mayor proporción de personas que eligen participar en esos programas son aquellas que realmente superan sus límites de giros bancarios. A su vez, sabemos que los servicios de descubierto bancario son una forma de pedir dinero prestado al banco, entonces si las personas no pueden pedir este préstamo a su banco, es posible que tengan que recurrir a otros tipos de préstamos más inconvenientes (por ejemplo, la alternativa podría ser algún préstamo con pagos diarios a tasas de interés aún más altas). Entonces, estos programas de descubierto podrían ser una buena opción para las personas que eligen participar. De modo que, las personas que rechazan la regla por defecto podrían estar tomando una decisión racional. Bajo estos supuestos, la regulación de la Reserva Federal podría considerarse un éxito significativo. En definitiva, la mayoría de los clientes adhieren a la regla por defecto y no

participan en el servicio de descubierto bancario, lo cual podría estar ahorrándoles dinero; mientras que los clientes que quieren o necesitan ese servicio eligen activamente participar en el programa de descubierto bancario. De esta manera, el Nudge estaría generando resultados exitosos.

Entonces, en buena medida puede ocurrir que las entidades bancarias estén celebrando acuerdos mutuamente ventajosos con sus clientes o puede ocurrir que los bancos estén implementando contra-Nudges exitosos. En este sentido, puede ocurrir que las personas que rechazan la regla por defecto estén cometiendo un error, en cuyo caso podrían terminar peor en términos de su propio bienestar como resultado de haber elegido participar en el programa de descubierto bancario. Quizás estas personas corren el riesgo de girar en descubierto no porque necesitan un préstamo, sino porque no están suficientemente informadas o porque no están prestando suficiente atención al manejo de esas cuentas bancarias. Quizás, estas persona no comprenden el programa y sus costos, o tal vez estén siendo manipuladas por las estrategias implementadas por la entidad bancaria.

Recapitulando, el caso de la protección contra descubiertos bancarios podría ser un ejemplo de falla regulatoria o de un éxito al menos incompleto. Las cosas no están claras. Esto es, si la regla por defecto está bien diseñada para proteger a las personas de sus propios errores y termina siendo ineficaz, estaríamos en presencia de una falla regulatoria. Alternativamente, la regla por defecto podría fallar en generar adhesión porque no se ajusta a las preferencias y situaciones de las personas, en cuyo caso no habría ningún problema y estaríamos frente a un ejemplo de éxito regulatorio. En definitiva, el hecho de que las personas hayan elegido rechazar la regla por defecto no es decisivo. Para evaluar la situación real, es necesario disponer de mucho conocimiento sobre la población de personas que eligen participar en el programa. Este conocimiento es de naturaleza empírica y suele ser la cuestión clave en estos casos.

Por último, al margen de los desafíos empíricos, sabemos que la ineficacia de las reglas por defecto no constituiría *per se* un problema, lo que importaría aquí es el bienestar de las personas afectadas. De modo que, lo que aquí deberíamos preguntarnos es cómo se evaluaría el impacto de las reglas por defecto (o cualquier otro tipo de Nudge) sobre el bienestar de los

receptores de tal medida. Si lo que importa es el bienestar, entonces la clave estaría en el criterio aplicable. Si una cierta herramienta de intervención no cuenta con un estándar claro y consistente para evaluar el éxito o fracaso de tal medida con respecto a un cierto valor u objetivo, no sería posible evaluar si la implementación de tal herramienta de intervención efectivamente alcanza o no el valor u objetivo deseado. Por consiguiente, con el propósito de poder evaluar el éxito o fracaso de las interferencias en las elecciones individuales, a continuación se avanza un paso más hacia la contextualización del set de estándares del programa de los paternalistas libertarios.

### **3.C. Límites a la eficacia de los Nudges según el tipo de decisor involucrado.**

Según Robert Baldwin<sup>57</sup>, para evaluar si un determinado Nudge efectivamente produce el resultado buscado por el arquitecto de las decisiones, debería considerarse el impacto que esta clase de intervenciones podría tener sobre los diferentes receptores dependiendo del contexto institucional, social, económico y cultural de cada individuo. De modo que, podría esperarse que la eficacia de este tipo de iniciativas cambiara no sólo en función de la variante y el grado de Nudge que se implemente, sino también en función del modelo de individuo que actúe como receptor.

Para evaluar los límites de la efectividad de los Nudges, Baldwin toma la categorización habitualmente empleada para analizar los enfoques regulatorios tradicionales e identifica cuatro modelos de individuos diferentes: (1) Bien Intencionado y Alta Capacidad, (2) Mal Intencionado y Alta Capacidad, (3) Bien Intencionado y Baja Capacidad y (4) Mal Intencionado y Baja Capacidad. En este contexto, un individuo será “bien” o “mal” intencionado según apruebe o desaprobe (respectivamente) el comportamiento que el arquitecto de las elecciones persigue lograr a través del Nudge en cuestión. En tanto que, la capacidad de un individuo será “alta” o “baja” según este tenga o no (respectivamente) la habilidad para recibir y absorber mensajes de manera efectiva (incluso mensajes complejos) y ajustar su comportamiento en respuesta a tales

---

<sup>57</sup> Ver Baldwin, R. (2014), op. cit.

mensajes. Así pues, un individuo mal intencionado y con alta capacidad no estaría dispuesto a actuar en conformidad con el Nudge y podría ajustar su comportamiento para rechazar tal iniciativa y actuar de manera inconsistente con la misma. Por el contrario, un individuo mal intencionado y con baja capacidad carecería de habilidades suficientes para rechazar el Nudge que desapruueba y actuar de manera inconsistente con tal intervención. Entonces, aunque la evidencia empírica en este terreno es aun escasa, Baldwin ofrece las siguientes estimaciones plausibles que serían de gran utilidad para evaluar los Nudges:

(A) Puede esperarse que diferentes grados y variantes de Nudge conlleven diferentes perfiles de efectividad. Esto es, se puede esperar que el uso exitoso de un Nudge de grado 1 dependa de la capacidad del receptor en mayor medida que un Nudge de grado 2 o 3, puesto que los Nudges de primer grado dependen de estimular la toma de decisiones consciente y de alta calidad. Por otra parte, se puede esperar que los Nudges de grado 2 y 3 conlleven un potencial especial respecto a los individuos de baja capacidad. Por ejemplo, un individuo de baja capacidad tendría grandes dificultades para descubrir y resistir las reglas por defecto.

(B) Puede esperarse que los Nudges de grado 1 sólo sean efectivos en relación con un pequeño número de receptores. Por ejemplo, la simple provisión de información nutricional en un envase alimentario sería altamente efectiva sólo en el caso de individuos bien intencionados y de alta capacidad.

(C) Puede esperarse que los individuos mal intencionados y con alta capacidad sean difíciles de influenciar con un alto grado de efectividad, independientemente de cual sea el grado y variante de Nudge que se implemente. Por ejemplo, un individuo de alta capacidad tendría habilidades suficientes para descubrir y resistir las reglas por defecto.

Antes de analizar cómo juegan estas cuestiones en relación con la indeterminación normativa del enfoque paternalista-libertario, es necesaria una aclaración: cuando pensamos en decisores de “baja/alta capacidad”, es importante considerar los recursos de los que disponen las personas para tomar una cierta decisión. Si entendemos la cuestión de la capacidad solo en términos de una condición mental especial, estaríamos distorsionando significativamente el análisis. De modo que, con base en la teoría sobre la escasez postulada por Anuj K. Shah, Sendhil

Mullainathan y Eldar Shafir<sup>58</sup>, en este trabajo se entiende que la misma persona podría abordar la misma elección de manera distinta según se encuentre en alguna situación de escasez o no, justamente porque la escasez de recursos causa estragos en la toma de decisiones y capacidad cognitiva de las personas. En contextos o situaciones de escasez (en oposición a situaciones en las que disponen de medios suficientes) las personas son más propensas a cometer errores y tomar malas decisiones.

Por cierto, la referida teoría sobre la escasez y las estimaciones formuladas por Baldwin parecerían ser consistentes con los descubrimientos sobre los niveles de opt-out analizados en el apartado anterior. Por un lado, sabemos que sería menos probable que las reglas por defecto generen adhesión en el caso de las personas altamente informadas y experimentadas y que, por lo tanto, saben lo que quieren. Por otro lado, sabemos que sería más plausible que adhieran a las reglas por defecto las personas más pobres, menos educadas y menos sofisticadas. De modo que, se podría pensar que existe una correlación positiva entre la suficiencia de ciertos recursos (a saber, información, experiencia, dinero, educación) y la existencia de fuertes preferencias precedentes que motiven el rechazo de la regla por defecto. Entonces, como **regla general, parece razonable pensar que las personas con baja capacidad (causada por algún contexto de escasez o por cualquier otra razón) tendrían menos posibilidades de rechazar la regla por defecto o cualquier otro Nudge relevante y actuar de acuerdo con sus propias preferencias en oposición a las de otra persona.**

De todos modos, el objetivo de esta sección no es listar exhaustivamente las variaciones en efectividad que podrían presentar los distintos grados y variantes de Nudges, según los

---

<sup>58</sup> Ver Shah, A. K., Mullainathan, S., & Shafir, E. (2012). Some consequences of having too little. *Science*, 338(6107), 682-685. La hipótesis planteada por estos autores se focaliza en la escasez en un sentido amplio, refiriéndose a la insuficiencia de dinero, tiempo, calorías o cualquier otro recurso. La primera parte de su teoría se centra en cómo la escasez cambia la forma en que las personas asignan su atención: las personas se focalizan en los problemas en los que la escasez es más notoria. En tanto parecen más relevantes, estos problemas consumen en gran medida nuestra atención, dejando menos atención disponible para el resto de los problemas en los que la escasez no es tan notoria. De este modo, la segunda parte de su teoría se deriva de la primera parte: dado que la escasez causa un incremento de la concentración en, o un mayor compromiso con, algunos problemas, conduce a descuidar o desatender otros. Dado que este patrón es similar en muchos contextos, una vez que advertimos hacia dónde es conducida la atención en situaciones de escasez, podemos entender las consecuencias cognitivas de este fenómeno y explicar ciertos comportamientos.

diferentes perfiles de decisores. Sin dudas que la eficacia del Nudge dependerá en parte del perfil de decisor que actúe como receptor. Sin embargo, ese no es el problema. El verdadero problema radicaría en que la evaluación del impacto de la intervención del arquitecto de las decisiones sobre el bienestar del receptor de tal medida variaría significativamente según el tipo de decisor afectado. Justamente, las estimaciones acerca de los efectos probables que conllevarían las distintas variantes y grados de Nudge dependiendo del perfil de decisor involucrado resultarían una pieza clave para evaluar cuan selectivo podría resultar el estándar “según su propio juicio”. Así pues, con base en el set de estándares propuesto por los paternalistas libertarios, a continuación se estima el criterio que se aplicaría en cada caso para evaluar las interferencias en las elecciones individuales.

### **3.D. Tipos de Decisores: Rogelio y Homero.**

Con el propósito de estimar el estándar aplicable en cada caso, parecería útil concentrarse en los perfiles de decisores con alta y baja capacidad, que de aquí en adelante serán identificados a través de las etiquetas neutrales de “Rogelio” y “Homero”, respectivamente.<sup>59</sup> Por cierto, la intencionalidad del decisor se deja parcialmente de lado porque lo que haría la diferencia en términos del estándar aplicable sería la capacidad del decisor, no su intencionalidad. Entonces, a continuación se profundizan los efectos probables de los Nudges según el tipo de decisor involucrado y se estima cómo se evaluarían tales efectos partiendo del set de estándares analizado en la sección anterior de este trabajo.

---

<sup>59</sup> Ciertamente, en la práctica nos encontraremos con decisores cuyo perfil quizás no sea tan marcado y, por lo tanto, no sería tan evidente si califican como Homero o Rogelio. La cuestión aquí es que al igual que sucede con cualquier modelización, el ahorro de recursos al momento de analizar la relación entre los tipos de decisores y los tipos de intervenciones no persigue individualizar cada una de las situaciones potenciales (suponiendo que tal tarea fuera posible o deseable), sino que pretende exclusivamente minimizar la cantidad de elementos involucrados en pos de capturar la esencia de la problemática bajo análisis. Las interacciones sociales abordadas en el presente trabajo son de una complejidad tal que, en ausencia de simplificación, las fuerzas básicas que están en juego pueden no ser del todo visibles. Como resultado, si no nos concentráramos en los elementos esenciales, terminaríamos corriendo el foco de análisis hacia detalles irrelevantes, lo cual dificultaría la comprensión de la verdadera naturaleza de la propuesta de los paternalistas libertarios.

Por un lado, cuando se trata de Homero, se puede esperar que los Nudges de grado 1 tengan bajo grado de efectividad. Homero difícilmente podría beneficiarse de los Nudges que intentan fortalecer o vincular sus juicios reflexivos y deliberativos (evitando cualquier semejanza con la manipulación), pues la efectividad de estas intervenciones depende en gran medida de la capacidad de que dispone el decisor para procesar y actuar en respuesta al mensaje recibido. De todos modos, se podría esperar que en algunos casos Homero responda de alguna manera a este tipo de intervenciones. Sin embargo, estos últimos casos parecerían más la excepción que la regla. De manera que, en general, los Nudges de grado 1 no parecerían relevantes para Homero, quien quedaría indiferente ante los esfuerzos que intentan involucrar su Sistema 2.

A su vez, se podría esperar que los Nudges de grado 2 y 3 conlleven un potencial especial para Homero, quien tendería a quedar atrapado en la “sugerencia” del arquitecto de las decisiones por carecer de los medios suficientes para descubrir y resistir el Nudge. Justamente, la baja capacidad que caracteriza a Homero reduciría las oportunidades del decisor para sortear las influencias externas que apelan a sus respuestas automáticas e intuitivas o que actúan como consecuencia de tales operaciones cognitivas. En este sentido, las elecciones o preferencias de Homero terminarían siendo influenciadas o incluso moldeadas a través de los Nudges de grado 2 y 3, sencillamente porque Homero carecería de los medios suficientes para ajustar su comportamiento a los efectos de rechazar el Nudge y actuar de manera inconsistente con la intervención del arquitecto de las decisiones. Por consiguiente, en tales casos, el resultado de la elección terminaría siendo determinado por el arquitecto de las decisiones. De manera que, en general, los Nudges de grado 2 y 3 parecerían ser los Nudges relevantes para Homero, en términos de los efectos potenciales de estas intervenciones sobre su bienestar.

Por otra parte, Rogelio representaría al tipo de decisor sobre el cual podrían impactar efectivamente los Nudges de grado 1. De todas formas, Rogelio sería difícil de influenciar con alto grado de efectividad a través de los Nudges, cualquiera sea la variante y grado de Nudge que se implemente. Así pues, si los juicios, preferencias y valoraciones de Rogelio fueran consistentes con la intervención del arquitecto de las decisiones, Rogelio podría beneficiarse de tal iniciativa. Sin embargo, parecería que este beneficio no sería del todo significativo, pues el decisor por su

propia cuenta podría arribar al mismo resultado sin necesidad de ayuda externa, ya que tendría la capacidad para identificar sus preferencias, identificar y procesar la información relevante y actuar en función de tales circunstancias. En cambio, en los casos en que Rogelio no estuviera dispuesto a actuar en conformidad con el Nudge, tendría que afrontar un costo para sortear tal intervención y seguir su propio camino (para actuar de acuerdo con sus propias preferencias en oposición a las de otra persona). Aunque tal costo podría ser trivial para Rogelio, es un costo que no asumiría de no existir el Nudge. Por consiguiente, cuando los juicios, preferencias y valoraciones de Rogelio fueran inconsistentes con la intervención del arquitecto de las decisiones, el Nudge representaría una desutilidad (aunque sea mínima) para Rogelio.

Así las cosas, sabemos que Homero no podría ajustar su comportamiento para actuar de manera inconsistente con la intervención del arquitecto de las decisiones, y que las elecciones o preferencias de este tipo de decisor terminarían siendo influenciadas o incluso moldeadas a través de los Nudges relevantes. Entonces, parecería que el problema de circularidad del estándar “según su propio juicio” sería inevitable cuando Homero es el decisor afectado (al menos en relación con los Nudges relevantes). Por lo tanto, como regla general, **los propios juicios de Homero no proveerían el estándar para evaluar las interferencias en sus elecciones individuales y en estos casos sería necesario recurrir a algún estándar externo para aprobar un Nudge, involucrando algún juicio independiente sobre qué es lo que haría que la vida de Homero vaya mejor.**

En contraste, sabemos que Rogelio podría ajustar su comportamiento para actuar de manera consistente o inconsistente con el Nudge, según apruebe o desapruebe (respectivamente) tal intervención. Entonces, parecería que el problema de circularidad del estándar “según su propio juicio” sería insustancial en estos casos. **Cuando el decisor involucrado es Rogelio**, se puede pensar que como regla general y dejando al margen los potenciales problemas asociados a las comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar, **serían los propios juicios del decisor los que proveerían el estándar para evaluar las interferencias en sus elecciones individuales. De manera que, parecería que el estándar “según su propio juicio”**

**propuesto por los paternalistas libertarios sólo podría alcanzarse cuando el decisor involucrado es Rogelio.**

Pasando a limpio, sabemos que, al contrario de lo que sucede con Rogelio, para quien los Nudges no despertarían grandes preocupaciones, se puede esperar que el bienestar de Homero se vea significativamente afectado o alterado a partir de esta clase de intervenciones. Así pues, si consideramos el potencial práctico de estas iniciativas con respecto al bienestar de los decisores que podrían verse afectados a partir de su implementación, parece que el destinatario real de los Nudges sería Homero. Por lo tanto, parecería razonable que estas intervenciones estuvieran esencialmente diseñadas para este tipo de decisor más que para Rogelio. Sin embargo, sabemos que cuando se trata de Rogelio, son sus propios juicios los que proveerían el estándar; en cambio, cuando se trata de Homero, el estándar estaría dado por juicios externos e independientes del decisor. Entonces, parece que los juicios y preferencias del decisor cuyo bienestar sería realmente afectado o alterado por el Nudge no serían tenidos en cuenta por los arquitectos de las decisiones. En este sentido, parecería existir una divergencia en términos de guía y destinatario real de los Nudges. Esto es, los juicios que los arquitectos tomarían como base para diseñar y evaluar los Nudges diferirían de los juicios de los receptores reales de tales intervenciones, y esta divergencia estaría naturalmente asociada a la relación que existe entre la noción implícita de bienestar que parecerían adoptar los paternalistas libertarios y los resultados de la investigación sobre la formación del juicio humano y la toma de decisiones que sirven de base para su propuesta. De este modo, **Homero, cuyos juicios, preferencias y valoraciones no proveerían el estándar, sería el tipo de decisor realmente expuesto a los efectos de las intervenciones de los arquitectos de las decisiones.**

Finalmente, deberíamos preguntarnos qué somos la mayoría de nosotros (¿Homeros o Rogelios?) y deberíamos indagar si en la cotidianeidad existe un intercambio de roles dinámico o si, por el contrario, en esta historia los papeles son asignados en una única oportunidad y con carácter permanente. Quizás la línea divisoria no es tan clara ni estable, quizás en algunos escenarios nos desempeñamos como decisores informados con preferencias claras y en otros no. Naturalmente, parece razonable pensar que nuestro perfil de capacidad mutaría a lo largo del

tiempo y a través de los diferentes escenarios. Por lo tanto, podemos asumir que el cambio de roles es relativamente dinámico y que un mismo individuo podría encarnar los distintos tipos de decisores según el contexto en el cual esté participando y el tipo de decisión de que se trate. Para ponerlo en términos sencillos, todos somos Rogelio y Homero, según el aquí y el ahora.

En cualquier caso, de cara a los desafíos empíricos abordados en la sección precedente, los arquitectos de las decisiones difícilmente podrían conocer frente a qué tipo de decisor se encuentran. Aun así, los paternalistas libertarios parecerían atribuirse la capacidad para determinar si el decisor involucrado en cada caso concreto es Homero o Rogelio. En este sentido, los paternalistas libertarios parecerían lidiar con el fenómeno de la equivalencia observacional recurriendo a un análisis intuitivo que les concedería un amplio margen de apreciación para resolver las referidas limitaciones epistemológicas, lo cual podría derivar en serias inconsistencias y objeciones. Esto es, si el arquitecto de las decisiones se atribuye la capacidad para determinar frente a qué tipo de decisor se encuentra, consecuentemente se estaría atribuyendo la capacidad para determinar el resultado último de la elección y, en última instancia, estaría obstaculizando de manera significativa la evaluación de sus interferencias en las elecciones individuales. De todos modos, el mayor problema de la propuesta de los paternalistas libertarios no serían los desafíos empíricos, sino su indeterminación normativa.

Recapitulando, la clave aquí estaría en que el estándar aplicable dependería en última instancia de la conjunción de varios factores. De manera que, el único enfoque que podría razonablemente adoptarse es el enfoque de “caso por caso”. Los arquitectos deberían analizar las propuestas concretas y verificar en cada caso en particular si el estándar “según su propio juicio” tiene fuerza real o es meramente retórico. Entonces, lo que aquí deberíamos preguntarnos es si un estándar que depende de los efectos probables de los enfoques particulares y de conjeturas empíricas que en ocasiones podrían ser correctas y a veces podrían estar equivocadas, podría alguna vez o de alguna manera estar justificado y, en su caso, sobre qué base podría estarlo. En principio, un estándar que exige una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, y que en ausencia de tal contextualización se volvería

meramente retórico, parecería ser inapropiado. Insisto, el verdadero problema del estándar “según su propio juicio” no radicaría en que en muchas ocasiones no brindaría soluciones únicas o que no permitiría realizar comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar, sino que el foco apuntaría hacia su permisibilidad o deseabilidad.

### **3.E. Marionetas del Arquitecto.**

Al margen del criterio aplicable, parecería que la manipulación es una característica típica del enfoque paternalista-libertario. Por consiguiente, parece necesario precisar qué influencias calificarían como manipulativas y cuáles no, y en qué condiciones. En este sentido, aunque no existiría un concepto unitario de manipulación, todos los intentos de definición apuntarían hacia un tipo de influencia que buscaría soslayar o subvertir la capacidad racional del decisor. De ahí que, sería posible identificar una gran variedad de iniciativas de diferente tipo que podrían calificar como actos o acciones manipulativas.

Para empezar, se puede advertir que existe una gran diferencia entre persuadir y manipular, pues cuando se busca persuadir a alguien, se le proporcionan hechos o razones presentados de una manera lo suficientemente justa y neutral. En cambio, manipular implicaría algo distinto. Además, parecería claro que una acción no calificaría como manipulativa simplemente porque es un esfuerzo para influenciar el comportamiento de las personas. Nuevamente, manipular implicaría algo distinto. A su vez, podríamos identificar un solapamiento entre mentir, engañar y manipular o, incluso, podríamos concebir a la manipulación como un concepto magistral que incluye mentir y engañar o entender a los tres como un continuo. No obstante, parecería que el concepto de manipulación es específico, en el sentido de que en sus formas estándares podría ocurrir sin mentiras y engaños.<sup>60</sup>

Según Sunstein, **un esfuerzo para influenciar las decisiones de los individuos sería manipulativo cuando no involucra o apela suficientemente a las capacidades reflexivas y**

---

<sup>60</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., pág. 80.

**deliberativas del decisor (Sistema 2).** En estos términos, para determinar si existe o no manipulación, sería necesario indagar sobre la capacidad del decisor para deliberar sobre la elección en cuestión. De ahí que, la palabra “suficientemente” dejaría de manera adecuada un cierto grado de apertura y ambigüedad para adaptarse a la heterogeneidad en el entendimiento de los diferentes decisores. De cualquier forma, se puede esperar que existan arduos debates respecto de si una determinada iniciativa vincula de manera suficiente las capacidades reflexivas y deliberativas del decisor o no.<sup>61</sup>

Por su parte, Joseph Raz sugeriría que **la manipulación (a diferencia de la coerción) no interferiría con las opciones de las personas, sino que pervertiría la manera en que las personas toman decisiones, forman sus preferencias o adoptan sus objetivos.**<sup>62</sup> En este contexto, la idea de “pervertir” podría ser interpretada como haciendo referencia a métodos que no apelan o producen el grado o el tipo correcto de reflexión deliberativa. Bajo estos supuestos, muchas iniciativas calificarían como manipulativas porque apelarían al Sistema 1 e intentarían subvertir el Sistema 2, mientras que otras formas de manipulación involucrarían la sobrecarga del Sistema 2 sin apelar en absoluto al Sistema 1. A su vez, algunas formas de influencia intentarían soslayar completamente la capacidad de deliberación, en tanto que otras simplemente intentarían influenciar la capacidad de deliberación del decisor provocando los procesos cognitivos automáticos esperados. En cualquier caso, el manipulador estaría ejerciendo cierta influencia que subvertiría la capacidad de deliberación racional del decisor.<sup>63</sup>

Por cierto, el hecho de que varias de nuestras decisiones encuentren su origen en el Sistema 1 y que usualmente no tengamos un cabal sentido y conocimiento acerca de las fuentes de nuestras decisiones, en general, no representaría un problema. Sin embargo, la cuestión sería muy distinta según la acción estuviera determinada por nuestros propios impulsos o instintos o si, en cambio, estuviera determinada por factores intencionalmente diseñados por otros agentes para ejercer influencia sobre nuestras decisiones. Con todo, sabemos que no sería posible dilucidar si una determinada decisión es el auténtico reflejo de los juicios reflexivos y

---

<sup>61</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., págs. 82.

<sup>62</sup> Ver Raz, J. (1986), *The morality of freedom*, Clarendon Press, págs. 377-379.

<sup>63</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., págs. 88-89.

deliberativos del decisor o si, por el contrario, es el reflejo de sus impulsos o intuiciones inmediatas o si está fundada en algún tipo de error sistemático. Entonces, menos aun podríamos distinguir si la acción está siendo determinada por nuestros propios impulsos o instintos o si, en cambio, está determinada por factores intencionalmente diseñados por otros agentes para ejercer influencia sobre nuestras decisiones. De ahí que, no sería para nada sencillo determinar en qué casos la persona está siendo manipulada y en qué casos no.

Con todo, ¿cuál sería el problema que despertarían las iniciativas manipulativas? Si bien existe desacuerdo respecto de qué influencias son manipulativas y cuáles no y en qué condiciones, se puede pensar que, en general, la manipulación sería problemática porque insulta, interfiere o pervierte el poder de los individuos para tomar decisiones y se aprovecha de factores o variables que la gente preferiría que no influenciaran sus procesos de formación del juicio y toma de decisiones. En presencia de manipulación, el decisor estaría siendo dirigido a tomar una cierta decisión sin evaluar suficientemente, en función de sus propios juicios, los costos y beneficios asociados a tal elección. Por consiguiente, luego de reflexionar y descubrir que ha sido objeto de manipulación, el decisor podría considerar que no ha sido tratado con respeto. En la medida en que mi elección está siendo utilizada por otro como un mero medio para mis propios fines, la manipulación ofende mi dignidad<sup>64</sup>, y en la medida en que me convierte en instrumento de la voluntad ajena, la manipulación ofende mi autonomía. En este sentido, Sunstein admitiría que el problema con la manipulación se plantea cuando los decisores pueden, con razón, quejarse de no haber tenido la justa chance de decidir por ellos mismos como consecuencia de las acciones intencionales del manipulador.<sup>65</sup>

Entonces, ¿sobre qué base podría argumentarse a favor de la existencia de Nudges manipulativos? Según Sunstein, algunos actos de manipulación podrían incrementar el bienestar del decisor y, por esta razón, podrían estar justificados. Así pues, al evaluar el impacto de la manipulación sobre el bienestar del decisor deberíamos sopesar, por un lado, la desutilidad que

---

<sup>64</sup> Existe un serio problema si mi elección está siendo utilizada por otro como un mero medio para mis propios fines, estando la misma decisión influenciada por ese otro. En tal caso, ese otro estaría insultando mi dignidad, entendida como la consciencia respecto de nuestro propio valor como decisores. Ver Waldron, Jeremy (2014). *It's All For Your Own Good*. New York Review of Books.

<sup>65</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., pág. 83-84.

representaría en términos de pérdida de autonomía y dignidad y, por el otro, la utilidad que representaría en términos de incremento de bienestar. Si como resultado neto la manipulación realmente incrementa el bienestar de los decisores, **debería** estar justificada. A saber, el uso deliberado de la aversión a la pérdida para diseñar el marco de un riesgo podría constituir un esfuerzo por activar los sentimientos negativos asociados a las pérdidas y esta aversión podría activar el Sistema 1. Por esta razón, este encuadre de riesgo podría ser considerado un Nudge manipulativo. Si bien la información sobre el riesgo se podría presentar de forma tal de aspirar a la neutralidad, según los paternalistas libertarios, el uso de la aversión a la pérdida en el encuadre podría estar justificado si produce grandes ganancias en términos de cantidad considerable de vidas salvadas dentro una extensa población, beneficios económicos o para la salud.<sup>66</sup>

Recapitulando, tomando como base la definición de manipulación adoptada por Sunstein y teniendo en consideración los tipos de intervenciones y los tipos de decisores analizados a lo largo del presente trabajo, podrían postularse varias estimaciones interesantes que servirían para evaluar la propuesta de los paternalistas libertarios. A saber:

(a) Por un lado, para dilucidar si un cierto Nudge es manipulativo o no, sería condición necesaria y suficiente determinar si la intervención en cuestión apela o involucra suficientemente la capacidad de deliberación racional del decisor o no. Entonces, si sabemos que (por definición) los Nudges de grado 2 y 3 no apelan a involucrar suficientemente las capacidades reflexivas y deliberativas del decisor, deberíamos concluir que esta clase de iniciativas necesariamente calificarían como manipulativas.<sup>67</sup>

(b) Por otra parte, sabemos que (por definición) Homero no tendría oportunidad de sortear las influencias externas que apelan a sus respuestas automáticas e intuitivas o que actúan como consecuencia de tales operaciones cognitivas. De ahí que, las elecciones o preferencias de

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, págs. 89-101.

<sup>67</sup> Ver Sunstein, Cass R. (2018), *op. cit.* Según este autor, si bien algunos Nudges podrían calificar como esfuerzos manipulativos, ello no implicaría reconocer que los Nudges como tales constituyan iniciativas manipulativas, puesto que la mayoría de ellos no involucrarían manipulación. Ahora bien, este supuesto no estaría respaldado por evidencia alguna. En efecto, los ejemplos que los paternalistas libertarios utilizan para argumentar a favor de su propuesta suelen ser Nudges de grado 1 (como la simple provisión de información), que a fin de cuentas son las iniciativas menos problemáticas sobre las que ni siquiera existe consenso acerca de que califiquen como Nudges paternalistas.

Homero terminarían siendo influenciadas o moldeadas a través de los Nudges de grado 2 y 3. Entonces, necesariamente deberíamos concluir que los Nudges relevantes<sup>68</sup> para Homero calificarían como iniciativas manipulativas.

(c) Por último, en relación con los Nudges relevantes (Nudges de grado 2 y 3) para el receptor real de esta clase de intervenciones (Homero), el problema de circularidad asociado al estándar “según su propio juicio” parecería inevitable. Entonces, como regla general, el estándar “según su propio juicio” no podría ser alcanzado en relación con los Nudges que involucrarían manipulación, los cuales serían evaluados aplicando algún estándar externo e independiente del decisor (por ejemplo, cantidad de vidas salvadas dentro una población, beneficios económicos o para la salud).

Así pues, al margen de que la propuesta de los paternalistas libertarios dependería de asumir como válida la idea de autonomía y dignidad como meros componentes del bienestar, y por encima de los formidables problemas de medición que se presentarían en este punto, la clave aquí estaría en que siempre que nuestras elecciones o preferencias estén siendo condicionadas o configuradas por factores intencionalmente diseñados por los arquitectos de las decisiones, se estaría socavando nuestra autonomía y dignidad y, además, habremos perdido el ancla para evaluar el impacto del Nudge sobre nuestro bienestar, según nuestro propio juicio. Entonces bien, si se pretende justificar un acto manipulativo sobre la base de que deja en mejores condiciones al decisor, estaríamos evaluando ese incremento de bienestar en función de algún criterio distinto al originariamente propuesto por los paternalistas libertarios. Consecuentemente, la manipulación no solo socavaría la autonomía y dignidad del decisor, sino que también representaría una amenaza contra su bienestar, puesto que los manipuladores suelen carecer del conocimiento relevante acerca de la situación particular de cada decisor (sus preferencias y valoraciones) y aún así subvierten el proceso de toma de decisiones y no colocan

---

<sup>68</sup> Los Nudges relevantes son los que podrían impactar significativamente sobre el bienestar del decisor. Entonces, los Nudges relevantes para Homero son los de grado 2 y 3, pues ya se ha dicho que, en general, Homero quedaría indiferente frente a los esfuerzos que intentan fortalecer o vincular sus juicios reflexivos y deliberativos (evitando cualquier semejanza con la manipulación).

a los decisores en la posición de elegir por ellos mismos aquello que refleje sus propios juicios, preferencias y valoraciones.

### **3.F. La Válvula de Seguridad: una pieza fallada.**

En principio, sabemos que para calificar como tal, un Nudge **debe** preservar la libertad de elección. Entonces, si una determinada intervención impone costos significativos sobre los decisores, no calificaría como Nudge y solo podría estar justificada con base en un enfoque distinto al paternalismo libertario. Justamente, este “derecho a optar por el no” que tendrían los decisores (la oportunidad que tendrían las personas de rechazar el Nudge para seguir su propio camino si así lo prefieren) o también conocido como la “opción de salida” constituiría la válvula de seguridad típica de la propuesta de los paternalistas libertarios, que pretendería aliviar algunos problemas asociados al bienestar y a la autonomía de los decisores. Así pues, que las personas puedan realmente representarse de manera oportuna la posibilidad de usar esta válvula de seguridad sería clave en todos los casos, pero más especialmente en la medida en que los riesgos de manipulación parecen reales y significativos.<sup>69</sup>

Ahora bien, parece razonable pensar que para poder hacer uso de la opción de salida y seguir su propio camino, sería condición necesaria que el decisor, ex post la intervención, pueda tomar consciencia (mediante la reflexión) acerca del impacto que la influencia externa ha generado sobre su elección y sus preferencias o, en términos más amplios, sobre su bienestar. No obstante, sabemos que (por definición) los Nudges manipulativos no apelan o involucran suficientemente la capacidad de reflexión deliberativa del decisor, quien estaría siendo dirigido por el manipulador hacia una elección en particular sin evaluar suficientemente (en los propios términos del decisor) sus costos y beneficios. Entonces, bajo estos supuestos, ¿podría el decisor representarse realmente y de manera oportuna la existencia de la supuesta válvula de seguridad? En efecto, cuando el decisor no se encuentra en condiciones de descubrir el Nudge y evaluar sus efectos mediante la reflexión, ya sea porque carece de los recursos suficientes para ajustar su

---

<sup>69</sup> Ver Sunstein, C. R. (2016), op. cit., pág. 94; y Sunstein, C. R. (2017), op. cit., pág. 169.

comportamiento y actuar de manera inconsistente con la intervención del arquitecto o porque el modo en que se implementa cierta herramienta es suficiente para obstruir o neutralizar, transitoria o permanentemente, la reflexión o la evaluación mediante la reflexión del alcance y naturaleza del Nudge, se puede pensar que la opción del decisor de “seguir su propio camino” se devalúa.

Pasando a limpio, sabemos que Rogelio podría ajustar su comportamiento y rechazar el Nudge según lo prefiera, pues este tipo de decisor sería difícil de influenciar con un alto grado de efectividad, sea cual fuere la herramienta de Nudge que se emplee y el modo en que se implemente. De ahí que, como regla general, se puede pensar que la opción de salida estaría efectivamente disponible para Rogelio. En cambio, sabemos que Homero no tendría los medios suficientes para poder (en retrospectiva y reflexionando) tomar consciencia de que ha sido objeto de manipulación y sortear las intervenciones de los arquitectos de las decisiones. Por lo tanto, los costos de rechazar los Nudge relevantes no parecerían triviales para Homero, sino todo lo contrario. En definitiva, parece razonable pensar que la opción de “seguir su propio camino” no estaría disponible para todos los perfiles de decisores en igualdad de condiciones. Para Homero, la libertad de elección parecería tener un valor nominal más que real.

Por ejemplo, revisemos los resultados de la primera vez que se implementó la participación automática al plan de ahorro para la jubilación conocido bajo el nombre “Ahorre Más Mañana”: el 93% de los participantes no hizo nada y quedó adherido a la opción por defecto, tan solo el 6% canceló activamente su afiliación al cabo de un año. En este contexto, ¿qué nos podría sugerir sobre los juicios, preferencias y valoraciones de los decisores la evidencia acerca del aumento inmediato y extremo en las tasas de participación y las tasas de desafiliación extremadamente bajas y sostenidas? Según los paternalistas libertarios, el hecho de que pocos decisores se desafilien sugeriría fundamentalmente que tales decisores no están ahorrando más de lo que prefieren. Sin embargo, del mismo modo que no es concluyente que las personas hayan elegido rechazar la regla por defecto establecida por la Junta de la Reserva Federal de EE.UU. para proteger a los consumidores de las altas comisiones que cargan los bancos a sus clientes por el servicio de descubierto bancario, el hecho de que las personas no rechacen la participación

automática en el programa “Ahorre Más Mañana” tampoco es decisivo. Para evaluar la situación real, es necesario disponer de mucho conocimiento sobre la población de personas afectadas. Este conocimiento es de naturaleza empírica y suele ser la cuestión clave en estos casos. Particularmente, la evidencia acerca del aumento inmediato y extremo en las tasas de participación y las tasas de desafiliación extremadamente bajas y sostenidas, en lugar de ser un auténtico reflejo de los propios juicios de los decisores, podría brindarnos información sobre el valor real de la “opción de salida”.

Según Mitchell<sup>70</sup>, las personas que carecen de los medios para determinar sus verdaderas preferencias en un entorno dado no podrían hacer un uso real de la “opción de salida” y simplemente se apegarían a la recomendación del arquitecto de las decisiones. Por lo tanto, para estas personas, el paternalismo libertario sería solo paternalismo. Y aunque algunos individuos tendrían una mentalidad lo suficientemente crítica como para poder revertir la ingeniería de la elección implementada por los paternalistas libertarios, probablemente estos individuos se aprovecharían fácilmente de su libertad de elección antes de que se haya implementado cualquier Nudge. Entonces, ¿cuál sería el valor real del “derecho a optar por el no” si habitualmente ese derecho no es ejercido por la mayoría de los receptores reales de los Nudges? ¿Cuál es el valor real de la “opción de salida” cuando los Nudges resultan tan efectivos y sólo podrían ser revertidos por aquellos individuos que no necesitarían del Nudge en primer lugar?<sup>71</sup>

Según Baldwin, el “derecho de optar por el no” no solo sería vulnerable por asumir un nivel de competencia, racionalidad y control volitivo incompatible con los supuestos subyacentes a la economía del comportamiento y psicología cognitiva, sino que además subestimaría en qué medida discrimina a las personas menos capaces de ejercer tal derecho. Desde este punto de vista, los Nudges serían efectivos en la medida en que impactan en los decisores con capacidad cognitiva, información y autocontrol limitados. En el caso de Nudges de segundo grado, sería poco probable que esos decisores estuvieran en condiciones de ejercer su “derecho de optar por el no”, precisamente como resultado de sus limitaciones. En el caso de Nudges de tercer grado,

---

<sup>70</sup> Ver Mitchell, G. (2005), op. cit.

<sup>71</sup> Ver Rebonato, R. (2014), op. cit.

la situación sería aún peor porque la opción de salida habría quedado bloqueada de facto para el decisor a partir de la intervención del arquitecto. En definitiva, cuando la intervención moldea las preferencias del receptor (por ejemplo, cuando se emplea una imagen vívida de un daño para activar la aversión a la pérdida) la opción de salida quedaría fuera de juego.<sup>72</sup>

El punto general es claro: el “derecho a optar por el no” no sería ejercido por la mayoría de los receptores reales de los Nudges (Homero) y quienes realmente podrían revertir estas intervenciones serían aquellos individuos que no necesitarían del Nudge en primer lugar (Rogelio). Entonces, los diferentes perfiles de decisores no estarían en igualdad de oportunidades para representarse realmente y de manera oportuna la existencia de la supuesta válvula de seguridad. De modo que, la magnitud real de los costos que la intervención del arquitecto de las decisiones impondría sobre las elecciones de las personas dependería no sólo del tipo de intervención que se implemente, sino también del tipo de decisor involucrado. De ahí que, parecería que los Nudges serían realmente respetuosos de nuestros juicios, preferencias y valoraciones dependiendo de qué rol nos hallemos representando.

Recapitulando, en función del receptor real de las intervenciones de los arquitectos de las decisiones (Homero) y en relación con los Nudges relevantes (Nudges de grado 2 y 3), parece que estas interferencias en las elecciones individuales no calificarían esencialmente como un tipo de paternalismo de medios y suave, sino que constituirían un mecanismo de manipulación que eventualmente podría hacer que la vida del decisor vaya mejor, según algún criterio distinto a su propio juicio. En definitiva, si bien la propuesta de los paternalistas libertarios pretendería calificar como un tipo de paternalismo relativamente débil y no intrusivo, y pretendería asumir un compromiso simultáneo con el bienestar y la libertad de elección de los decisores, en realidad podría concebirse como un enfoque potencialmente manipulativo y selectivo que discrimina a las personas menos capaces de ejercer el “derecho a optar por el no”, cuyos juicios no proveerían el estándar para los arquitectos de las decisiones.

---

<sup>72</sup> Ver Baldwin, R. (2014), op. cit.

Entonces, ¿cuál sería la diferencia entre la propuesta de los paternalistas libertarios y los enfoques paternalistas tradicionales? En teoría, la clave estaría en que, cualquiera sea la iniciativa que adoptaran, los arquitectos de las decisiones estarían operando con un compromiso hacia la libertad de elección, pues estarían permitiendo que los decisores rechacen el Nudge y sigan su propio camino si así lo prefieren. En la medida en que las personas retendrían la libertad de elección, si el decisor no rechaza el Nudge, los riesgos se minimizarían y las objeciones que podrían plantearse desde el punto de vista del bienestar y la autonomía carecerían de fuerza real. Esencialmente, esta pretendería ser la diferencia entre la propuesta de los paternalistas libertarios y los enfoques paternalistas tradicionales. Ahora bien, considerando que para la mayoría de los receptores reales de esta clase de intervenciones la “opción de salida” no tendría valor real, dado que Homero tendería a quedar atrapado en la “sugerencia” del arquitecto de las decisiones, entonces las diferencias entre un enfoque y otro parecen diluirse significativamente en la práctica, con la salvedad de los componentes manipulativo y selectivo típicos de la supuesta “Tercera Vía”.

## CONCLUSIÓN.

En las últimas dos décadas, la propuesta de los paternalistas libertarios ha irrumpido notoriamente en la esfera pública, mas esta irrupción no fue acompañada de suficiente precisión conceptual sobre su naturaleza y alcance. Este trabajo no ha buscado argumentar en contra de esta supuesta “Tercera Vía” o los Nudges *per se*, sino que se ha focalizado en sus deficiencias con el propósito de determinar lo que a mi entender es el mayor problema que presenta el enfoque paternalista-libertario, a saber, su indeterminación normativa.

Para empezar, he señalado que la propuesta de los paternalistas libertarios se asienta sobre dos supuestos controvertidos: (i) la creencia de que nuestro Sistema 1 sería el origen exclusivo de nuestras “malas decisiones” o “decisiones incorrectas” (decisiones que, tras una reflexión, consideraríamos erróneas) y (ii) la idea de que no existen alternativas posibles al paternalismo. Contrario al argumento de los paternalistas libertarios, entiendo que efectivamente existen alternativas posibles al paternalismo y que el origen de nuestras “malas decisiones” puede encontrarse en cualesquiera de nuestros sistemas cognitivos.

Según los paternalistas libertarios, la idea de que el propio bienestar del decisor no sería justificación suficiente para la intervención gubernamental se basaría en la falsa creencia de que la mayoría de los decisores, la mayor parte del tiempo, toman decisiones en función de su mejor interés o, al menos, toman mejores decisiones (según su propio juicio) que terceros. En este sentido, tal creencia sería falsa porque en muchas ocasiones nuestro Sistema 1 comete errores y, como resultado, los decisores terminamos seleccionando los medios incorrectos para alcanzar nuestros propios fines. Sin embargo, los hallazgos aportados por la investigación empírica sobre cómo piensan y actúan los individuos no justificarían en modo alguno la creencia de que la gente comete errores exclusivamente debido al Sistema 1, y que por ello necesitamos fortalecer el Sistema 2. Contrario al argumento paternalista-libertario, tales hallazgos conductuales demostrarían que el Sistema 1 constituye el origen típico, pero no exclusivo, de los sesgos cognitivos y que el Sistema 2 también es propenso a cometer errores sistemáticos. Más aun, sabemos que aun siendo propenso a cometer errores en ciertas circunstancias, el Sistema 1 es valioso, efectivo y deseable en relación con algunas tareas. Por consiguiente, entiendo que la

propuesta de los paternalistas libertarios se basaría en una “falsa creencia de otra índole”, a saber, en el falso supuesto de que la gente comete errores solo debido al Sistema 1.

Además, contrario al argumento de los paternalistas libertarios, entiendo que la inevitabilidad de la arquitectura de la decisión no derivaría razonablemente en la inevitabilidad de algún tipo de paternalismo. Aunque la arquitectura de la elección sea inevitable, como tal no necesariamente influirá en, o moldeará, las preferencias de las personas de modo que les impida adoptar por sí mismas aquellas elecciones que promuevan su propio bienestar, “según su propio juicio”. Que la arquitectura de la elección sea inevitable no implicaría necesariamente que los efectos que genera esa arquitectura sobre las preferencias sean inmanejables e insuperables por parte del decisor. Consecuentemente, el hecho de que todas las elecciones estén presentadas de alguna manera no sería condición suficiente para garantizar la inevitabilidad de cierta interferencia en las elecciones individuales por parte de los planificadores públicos. Para que la inevitabilidad de la arquitectura de la elección pudiera derivar coherentemente en la inevitabilidad de algún tipo de paternalismo, no sólo debería darse que los planificadores públicos pudieran ayudar a la gente a tomar decisiones superiores en términos de su propio bienestar “a partir de su propio juicio”, sino que además debería darse que la influencia o poder que ejerce la arquitectura de la decisión relevante sobre la gente que está sujeta a ella impida, bloquee u obstaculice significativamente que tales personas puedan tomar por sí solas las decisiones que promuevan su propio bienestar. No obstante, ni los propios paternalistas libertarios justificarían estos supuestos. Entonces, quienes estén comprometidos con los valores de la libertad no deberían resignarse a conducir a las personas en direcciones que incrementen su bienestar, según su propio juicio, preservando la libertad de elección; sino que una mejor alternativa disponible podría ser ayudar a los decisores a aprender a contrarrestar o superar los efectos de los sesgos cognitivos en sus elecciones, a fin de mejorar la libertad de elección real y la calidad del proceso de toma de decisiones.

En esencia, entiendo que el problema aquí radicaría en que ante la ausencia de criterio o mecanismo confiable que permita diferenciar con precisión en qué casos las preferencias son endógenas al marco de la elección y cuándo no lo son, se diluye la potencialidad de trabajar sobre

cómo mejorar el proceso de toma de decisiones, ayudando a los decisores a resistir o aprender a superar los efectos marco, a fin de promover el ejercicio real de la libertad de elección. Aún así, los paternalistas libertarios justificarían la inevitable interferencia en la autonomía de los decisores por parte de los planificadores públicos. De manera que, contrario a sus credenciales libertarias, los paternalistas libertarios parecen otorgarle relativamente poco valor al proceso de elección, enfatizando los resultados por sobre el método.

Por encima de estos dos supuestos controvertidos, el argumento central de este trabajo se focaliza en el set de estándares que parecerían proponer los paternalistas libertarios, el cual no solo enfrentaría desafíos conceptuales y empíricos, sino principalmente normativos. En principio, el estándar básico propuesto por los paternalistas libertarios sería *“hacer que la vida de la gente vaya mejor, según su propio juicio”*, el cual parece ser utilizado de manera sistemáticamente ambigua e intuitiva, lo cual dificultaría llevar a cabo una discusión coherente y consistente en torno a la permisibilidad de sus intervenciones. Si bien debido a la ausencia de argumentación explícita, parecería que la propuesta de los paternalistas libertarios no cuenta con un estándar claro y consistente para evaluar el éxito o fracaso de sus intervenciones con respecto a un cierto valor u objetivo, entiendo que existiría una determinada noción de bienestar implícita en su enfoque que nos permitiría evaluar las interferencias en las elecciones individuales de manera razonable.

En pocas palabras, según los paternalistas libertarios, en algunos casos debería recurrirse exclusivamente al estándar *“según su propio juicio”* para aprobar un Nudge, en otros casos debería complementarse ese estándar con algún estándar externo y en otros casos debería incluso abandonarse el estándar *“según su propio juicio”*. Esto es, como regla general, la estrella polar que debería guiar a los arquitectos de las decisiones serían los propios juicios informados y reflexivos de los decisores (sus preferencias claras), concebidos como una manera razonable y perfectible para testear si las intervenciones paternalistas promueven efectivamente el bienestar de los decisores o no. No obstante, aunque satisfacer el estándar *“según su propio juicio”* sería casi siempre condición necesaria para aprobar un Nudge, su satisfacción no siempre sería condición suficiente, en cuyo caso los arquitectos de las decisiones deberían recurrir a un

estándar externo para aprobar un Nudge. Así pues, ante problemas de circularidad y de comparación intertemporal subjetiva de bienestar, sin abandonar el estándar “según su propio juicio”, el criterio último para aprobar un Nudge sería formular un juicio independiente sobre qué promueve el bienestar de las personas. De todos modos, en los casos que involucren un serio daño para el propio decisor (cuando sus elecciones libres fallaran seriamente en promover su propio bienestar) estaría justificado abandonar el estándar “según su propio juicio”. En consecuencia, en algunas ocasiones se adoptaría un criterio de bienestar subjetivo, entendido como el grado en el que los decisores pueden cumplir sus deseos o satisfacer sus preferencias informadas; mientras que en otras ocasiones (ya sea de manera complementaria o sustitutiva) se adoptaría un criterio objetivo de bienestar, entendido como un juicio independiente del decisor.

Dado que el estándar aplicable dependería de las circunstancias del caso, sería necesario disponer en la práctica de algún mecanismo confiable para poder distinguir entre los distintos tipos de casos. Sin embargo, como consecuencia lógica del fenómeno de la equivalencia observacional, los arquitectos de las decisiones difícilmente podrían conocer frente a qué tipo de casos se encuentran y, de ahí que, parecería que la categorización planteada por los paternalistas libertarios para determinar el estándar aplicable podría en cierto punto devenir en abstracta. Por lo que sigue, parecería que los paternalistas libertarios estarían recurriendo a un análisis intuitivo que les concedería un amplio margen de apreciación para resolver las referidas limitaciones epistemológicas. En efecto, parecería que cuando las preferencias reveladas coinciden con el enfoque implementado por el arquitecto, entonces sí constituirían evidencia confiable; de lo contrario, en caso de divergencia, parecería asumirse que no se podría confiar en lo que los decisores eligen para conocer lo que los decisores prefieren porque podrían estar cometiendo errores. En estos términos, si el arquitecto de las decisiones se atribuye la capacidad para determinar lo que el decisor “verdaderamente prefiere” e identificar cuál o cuáles son los elementos distorsivos en cada elección, así como también la dirección y la magnitud de tales elementos distorsivos, como consecuencia se estaría atribuyendo la capacidad para determinar el resultado último de la elección. Con todo, el mayor problema del set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios no sería su indeterminación conceptual y empírica, pues

ello no obstaría la posibilidad de que existiera alguna regla implícita que pudiera descubrirse para evaluar su impacto en cada caso concreto. El mayor problema aquí sería su indeterminación normativa.

Contrario al argumento paternalista-libertario, el verdadero problema del estándar “según su propio juicio” no radicaría en que en muchas ocasiones no brindaría soluciones únicas o en que no permitiría realizar comparaciones intertemporales subjetivas de bienestar, sino que el foco apuntaría hacia su permisibilidad o deseabilidad. La clave aquí estaría en que el estándar aplicable para evaluar un Nudge dependería en última instancia de la conjunción de varios factores. De manera que, el único enfoque que podría razonablemente adoptarse es el enfoque de “caso por caso”. Los arquitectos deberían analizar las propuestas concretas y verificar en cada caso en particular si el estándar “según su propio juicio” tiene fuerza real o es meramente retórico. De modo que, el set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios obstaculizaría de manera significativa la evaluación de la permisibilidad y deseabilidad de sus interferencias en las elecciones individuales. En estos términos, el cuestionamiento clave radicaría en si un estándar que depende de los efectos probables de los enfoques particulares y de conjeturas empíricas que en ocasiones podrían ser correctas y a veces podrían estar equivocadas, podría alguna vez o de alguna manera estar justificado y, en su caso, sobre qué base podría estarlo. El set de estándares que propondrían los paternalistas libertarios le estaría concediendo un amplio margen de apreciación y maniobra a los arquitectos de las decisiones, lo que engendraría serias fallas al delimitar y predecir su responsabilidad y el éxito o fracaso de su intervención, lo cual en última instancia despierta serias objeciones desde el punto de vista normativo. En principio, entiendo que un estándar que exige una doble contextualización explícita, en términos de una determinada intervención y en términos del perfil de decisor que actúa como receptor de tal intervención, y que en ausencia de tal contextualización se volvería meramente retórico, parecería ser inapropiado.

En lo sucesivo, dirigiendo la atención hacia la segunda instancia de contextualización requerida, entiendo que las estimaciones acerca de los efectos probables que conllevarían las distintas variantes y grados de Nudge dependiendo del perfil de decisor involucrado son

funcionales para evaluar cuan selectivo podría resultar el estándar “según su propio juicio”. En este sentido, entiendo que la variación de la eficacia de cada Nudge en función del tipo de decisor afectado no representaría un problema *per se*. El verdadero problema radicaría en que el criterio que se aplicaría en cada caso para evaluar las interferencias en las elecciones individuales variaría significativamente según el tipo de decisor involucrado: cuando se trata de Rogelio, serían sus propios juicios los que proveerían el estándar; en cambio, cuando se trata de Homero, el estándar estaría dado por juicios externos e independientes del decisor.

Especialmente, al considerar el potencial práctico de estas iniciativas con respecto al bienestar de los decisores que podrían verse realmente afectados a partir de su implementación, entiendo que el destinatario real de los Nudges sería Homero. Al contrario de lo que sucede con Rogelio, para quien los Nudges no despertarían grandes preocupaciones, se puede esperar que el bienestar de Homero se vea significativamente afectado o alterado a partir de esta clase de intervenciones. Por lo tanto, parecería razonable esperar que estas intervenciones estuvieran esencialmente diseñadas para este tipo de decisor, más que para Rogelio. Sin embargo, los juicios que los arquitectos tomarían como base para diseñar y evaluar los Nudges diferirían de los juicios de los receptores reales de tales intervenciones, y esta divergencia estaría naturalmente asociada a la relación que existe entre la noción implícita de bienestar que parecerían adoptar los paternalistas libertarios y los resultados de la investigación sobre la formación del juicio humano y la toma de decisiones que sirven de base para su propuesta. De este modo, Homero, cuyos juicios y preferencias no proveerían el estándar, sería el tipo de decisor realmente expuesto a los efectos de las intervenciones de los arquitectos de las decisiones.

Como regla general, los Nudges relevantes (Nudges de grado 2 y 3) calificarían como iniciativas manipulativas para el receptor real de esta clase de intervenciones (Homero), los cuales serían evaluados aplicando algún estándar externo e independiente del decisor. Entonces bien, si se pretende justificar un acto manipulativo sobre la base de que deja en mejores condiciones al decisor, se estaría evaluando ese incremento de bienestar en función de algún criterio distinto al originariamente propuesto por los paternalistas libertarios. Consecuentemente, la manipulación no solo socavaría la autonomía y dignidad del decisor, sino

que también representaría una amenaza contra su bienestar, puesto que los manipuladores suelen carecer del conocimiento relevante acerca de la situación particular de cada decisor (sus preferencias y valoraciones) y aún así subvierten el proceso de toma de decisiones y no colocan a los decisores en la posición de elegir por ellos mismos aquello que refleje sus propios juicios, preferencias y valoraciones.

Además, entiendo que, para el receptor real de los Nudges, la válvula de seguridad propuesta por los paternalistas libertarios sería una pieza fallada, ya que este “derecho a optar por el no” no sería ejercido por la mayoría de los receptores reales de los Nudges (Homero) y quienes realmente podrían revertir estas intervenciones serían aquellos individuos que no necesitarían del Nudge en primer lugar (Rogelio). Entonces, los diferentes perfiles de decisores no estarían en igualdad de oportunidades para representarse realmente y de manera oportuna la existencia de la supuesta válvula de seguridad. De modo que, la magnitud real de los costos que la intervención del arquitecto de las decisiones impondría sobre las elecciones de las personas dependería no sólo del tipo de intervención que se implemente, sino también del tipo de decisor involucrado. De ahí que, parecería que los Nudges serían realmente respetuosos de nuestros juicios, preferencias y valoraciones dependiendo de qué rol nos hallemos representando.

Recapitulando, en función del receptor real de las intervenciones de los arquitectos de las decisiones (Homero) y en relación con los Nudges relevantes (Nudges de grado 2 y 3), parece que estas interferencias en las elecciones individuales no calificarían esencialmente como un tipo de paternalismo de medios y suave, sino que constituirían un mecanismo de manipulación que eventualmente podría hacer que la vida del decisor vaya mejor, según algún criterio distinto a su propio juicio. En última instancia, la conjugación de ambas fases de contextualización (tipo de intervención y tipo de decisor involucrado) permitiría captar más fácilmente las fuerzas esenciales subyacentes a la supuesta “Tercera Vía”, que si bien pretendería calificar como un tipo de paternalismo relativamente débil y no intrusivo y pretendería asumir un compromiso simultáneo con el bienestar y la libertad de elección de los decisores, en realidad se trataría de

un enfoque potencialmente manipulativo y selectivo, que discrimina a las personas menos capaces de ejercer el “derecho a optar por el no”.

Por último, ¿cuál sería la diferencia entre la propuesta de los paternalistas libertarios y los enfoques paternalistas tradicionales? En teoría, la diferencia clave entre uno y otro estaría en que, cualquiera sea la iniciativa que adoptaran, los arquitectos de las decisiones estarían operando con un compromiso hacia la libertad de elección, pues estarían permitiendo que los decisores rechacen el Nudge y sigan su propio camino si así lo prefieren. Ahora bien, considerando que para la mayoría de los receptores reales de esta clase de intervenciones la “opción de salida” no tendría valor real en la práctica, entonces, contrario al argumento paternalista-libertario, entiendo que los riesgos no se minimizarían y que las objeciones que podrían plantearse contra sus intervenciones desde el punto de vista del bienestar y la autonomía no carecerían de fuerza real. Por consiguiente, las diferencias entre un enfoque y otro parecen diluirse significativamente en la práctica, con la salvedad de los componentes manipulativo y selectivo típicos de la supuesta “Tercera Vía”.

Con todo, nada de lo argumentado hasta aquí pretende desalentar o desfavorecer el uso de Nudges en general. Que una determinada herramienta de intervención sea defendible o justificable depende fundamentalmente del criterio o estándar que se adopte. Precisamente, el problema con la propuesta de los paternalistas libertarios es el estándar que invocan, no los Nudges *per se*. De modo que, para que su propuesta sea coherente y permisible, entiendo que los paternalistas libertarios tendrían que reevaluar el estándar básico que adoptan.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Amir, O., Ariely, D., Cooke, A., Dunning, D., Epley, N., Koszegi, B., & Silva, J. (2005). Behavioral economics, psychology, and public policy. *Marketing Letters*, 16(3-4), 443-454.
- Baldwin, R. (2014). From regulation to behaviour change: giving nudge the third degree. *The Modern Law Review*, 77(6), 831-857.
- Carter, Ian, "Positive and Negative Liberty", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.)
- Cartwright, A. C., & Hight, M. A. (2020). 'Better off as judged by themselves': a critical analysis of the conceptual foundations of nudging. *Cambridge Journal of Economics*, 44(1), 33-54.
- Conly, S. (2013). *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge University Press.
- Conly, S. (2014). Against autonomy: justifying coercive paternalism. *Journal of Medical Ethics*, 40(5), 349-349.
- Conly, S. (2014). Against Autonomy: response to critics. *Journal of medical ethics*, 40(5), 354-356.
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas, (2016). "Law and Economics, 6th edition". *Berkeley Law Books*. Book 2.
- Dworkin, G. (2014). Against autonomy response. *Journal of medical ethics*, 40(5), 352-353.
- Dworkin, G. (2017). 'Paternalism', in Zalta, E.N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2017 Edition.
- Goldin, J. (2015). Which Way to Nudge: Uncovering Preferences in the Behavioral Age. *Yale LJ*, 125, 226.
- Hausman, D. M., & Welch, B. (2010). Debate: To nudge or not to nudge. *Journal of Political Philosophy*, 18(1), 123-136.
- Hayek, F. A. (2006). *Los fundamentos de la libertad*, trad. de José Vicente Torrente. Madrid: Unión Editorial. Icfes.

- Kahneman, D. (2003) *Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual*, Revista Asturiana de Economía, 1134-8291, Nro. 28.
- Kahneman, D. (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. 7ª. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Debate.
- Loewenstein, G., & Chater, N. (2017). Putting nudges in perspective. *Behavioural Public Policy*, 1(1), 26.
- Ly, K., Mazar, N., Zhao, M., & Soman, D. (2013). A practitioner's guide to nudging. *Rotman School of Management Working Paper*, (2609347).
- Mill, J. S. (2017). *Sobre la libertad* (Vol. 285). Ediciones Akal.
- Mitchell, G. (2002) *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 1907, 1961-63, 2005-11.
- Mitchell, G. (2005) *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, Northwestern University Law Review, Vol. 99, No. 3.
- Mullainathan, S., & Shafir, E. (2016). *Escasez: ¿Por qué tener muy poco significa tanto?*. Fondo de Cultura Económica.
- Mullainathan, S., & Thaler, R. H. (2000). *Behavioral economics* (No. w7948). National Bureau of Economic Research.
- Paul, L. A., & Sunstein, C. R. (2019). 'As Judged by Themselves': Transformative Experiences and Endogenous Preferences. *Available at SSRN 3455421*.
- Pugh, J. (2014). Coercive paternalism and back-door perfectionism. *Journal of Medical Ethics*, 40(5), 350-351.
- Qizilbash, M. (2009). *Well-being, preference formation and the danger of paternalism* (No. 0918). Papers on economics and evolution.
- Raz, J. (1986), *The morality of freedom*, Clarendon Press.
- Rebonato, R. (2012). *Taking liberties: A critical examination of libertarian paternalism*. Palgrave Macmillan.
- Rebonato, R. (2014). A critical assessment of libertarian paternalism. *Journal of Consumer Policy*, 37(3), 357-396.
- Schwartz, A. (2015). Regulating for rationality. *Stan. L. Rev.*, 67, 1373.

- Shah, A. K., Mullainathan, S., & Shafir, E. (2012). Some consequences of having too little. *Science*, 338(6107), 682-685.
- Sugden, R. (2018). 'Better off, as judged by themselves': a reply to Cass Sunstein. *International Review of Economics*, 65(1), 9-13.
- Sunstein, C. R. (2012). The storrs lectures: behavioral economics and paternalism. *Yale LJ*, 122, 1826.
- Sunstein, C. R. (2015). The ethics of nudging. *Yale J. on Reg.*, 32, 413.
- Sunstein, C. R. (2016), *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*. Cambridge University Press.
- Sunstein, C. R. (2016a). Do people like nudges. *Admin. L. Rev.*, 68, 177.
- Sunstein, C. R. (2017). *Paternalismo Libertario: ¿Por qué un empujoncito?* Barcelona, Herder Editorial S.L.
- Sunstein, C. R. (2017a). Nudges that fail. *Behavioural public policy*, 1(1), 4-25.
- Sunstein, Cass R. (2018) *Misconceptions about nudges*, Journal of Behavioral Economics for Policy, 2, No. 1, 61-67, 2018.
- Sunstein, C. R. (2018a). "Better off, as judged by themselves": a comment on evaluating nudges. *International Review of Economics*, 65(1), 1-8.
- Sunstein, C. R. (2018b). Nudging: a very short guide. In *The Handbook of Privacy Studies* (pp. 173-180). Amsterdam University Press.
- Sunstein, C. R. (2019). On freedom. Princeton University Press.
- Sunstein, C. R. & Thaler, R. H. (2003) *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, University of Chicago Law Review 1159-1160, Nro. 70.
- Sunstein, C. R., & Thaler, R. (2003a). Libertarian paternalism. *American Economic Review*
- Thaler, R. H., & Benartzi, S. (2004). Save more tomorrow™: Using behavioral economics to increase employee saving. *Journal of political Economy*, 112(S1), S164-S187.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2009). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin.
- Thaler, R. H., Sunstein, C. R., & Balz, J. P. (2013). Choice architecture. *The behavioral foundations of public policy*, 428-439.

- Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *science*, 211(4481), 453-458.
- Ulen, T. S. (1999). Rational choice theory in law and economics. *Encyclopedia of law and economics*, 1, 790-818.
- Ulen, T. (2014). The importance of behavioral law. *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, 93.
- Ulen, T. S. (2015). Behavioral Law and Economics: An Introduction. In *Handbook of Contemporary Behavioral Economics* (pp. 693-710). Routledge.
- Ulen, T. S. (2017). *Methodologies of law and economics*. Edward Elgar Publishing.
- Velleman, J. D. (1993). The story of rational action. *Philosophical topics*, 21(1), 229-254.
- Waldron, Jeremy (2014). *It's All For Your Own Good*. New York Review of Books.
- Wertheimer, A. (2014). Against autonomy?. *Journal of medical ethics*, 40(5), 351-352.
- Willis, L. E. (2013). When nudges fail: Slippery defaults. *The University of Chicago Law Review*, 1155-1229.