

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 19, Número 2, diciembre 2018

2018

Nudges libertarios

Gregory Mitchell

Formato de cita recomendado

Gregory Mitchell, "Nudges libertarios", Revista Argentina de Teoría Jurídica 19 2 (2018)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

Nudges libertarios

Gregory Mitchell*

Resumen

Podemos llamar adecuadamente un número de nudges, nudges libertarios, pero el territorio de los nudges libertarios es más pequeño de lo que a menudo se comprende. El campo de los nudges libertarios está poblado de nudges de elección independiente, o de nudges que solo ayudan en el proceso de decisión y no empujan a quienes eligen hacia ninguna elección en particular. Algunos nudges de elección dependiente no representan una gran preocupación desde una perspectiva libertaria para quienes eligen racionalmente, siempre y cuando haya una forma de bajo costo de evitar la elección favorita del ‘empujador’. Sin embargo, los nudges de elección dependiente intervendrán con la autonomía de los electores irracionales, ya que la opción de exclusión no tendrá sentido para este grupo. Los nudges de elección independiente no deben ser motivo de preocupación para los usuarios irracionales y, de hecho, deben ser bienvenidos dado que pueden promover la capacidad de decisión, fundamental para el libertarismo, pero los nudges de elección dependiente nunca pueden ser realmente nudges libertarios.

Introducción

El paternalismo libertario dio a luz al empujón¹. Bajo la filosofía del paternalismo libertario, una persona en el poder busca crear políticas que conduzcan a las personas hacia resultados que deberían promover su bienestar, pero también permitir que las personas "sigan su propio camino"². El ejemplo clásico de paternalismo libertario es un plan de pensión para empleados en el cual el empleador predetermina la inscripción automática con contribuciones

*Joseph Weintraub - Profesor Distinguido del Bank of America y Profesor de Derecho Thomas F. Bergin, de Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, greg.mitchell@virginia.edu.

¹Ver Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *LibertarianPaternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159 (2003).

²Ver Cass R. Sunstein, *Nudging: A Very Short Guide*, 37 J. CONSUMER POL'Y 583, 583 (2014). La persona en el poder puede estar en una institución privada o pública. Todo lo que uno necesita para ser un paternalista libertario es algún poder sobre el comportamiento de los demás y un deseo de usar ese poder de acuerdo con los dictados de la filosofía. Por lo tanto, el jefe de la cafetería de una escuela que elige organizar los alimentos en una línea de servicio o buffet de una manera que promueva una alimentación saludable sería un paternalista libertario. Ver RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: MEJORANDO LAS DECISIONES SOBRE LA SALUD, LA RIQUEZA Y LA FELICIDAD* 1-3 (2008) (usando el ejemplo de la cafetería para presentar la idea de los nudges).

automáticas anuales para todos los empleados³. Bajo este plan, los empleados predispuestos a aceptar la opción predeterminada, debido a una inercia motivacional o cognitiva, seguramente acumularán algunos ahorros para la jubilación, pero aquellos que quieran dedicar tiempo a deliberar sobre sus opciones pueden elegir un curso alternativo. El planificador paternalista libertario participa en algunos juicios paternalistas al diseñar la política, pero esos juicios no son vinculantes; la elección final finalmente reside en aquellos que deben vivir bajo la política.⁴ Por lo tanto, bajo el paternalismo libertario, el planificador central "empuja" en una dirección útil en lugar de obligar o restringir opciones.⁵

Sin embargo, el empujón ha superado sus orígenes paternalistas libertarios y ahora abarca cualquier política que no implique directamente mandatos, prohibiciones, recompensas o sanciones⁶. Bajo esta concepción más amplia del empuje, no hay ningún requisito de que el empuje busque promover los intereses de los directamente afectados por la política ni que los afectados por la política tengan alguna opción al respecto. Es así que, encontramos intentos de empujar a las personas hacia otras opciones relacionadas con la manipulación de formularios de solicitud de caridad⁷, como así también imponer restricciones en el número de píldoras que se pueden dispensar para reducir el riesgo de sobredosis intencional⁸, ambas etiquetadas como nudges. Incluso las políticas que involucran pagos directos para alentar conductas deseadas han sido descritas como nudges⁹. Un cínico podría argumentar que la etiqueta de empuje a veces se usa de manera oportunista, como fachada del paternalismo común.

Con la proliferación de tantos nudges diferentes, con tantas justificaciones e implicaciones diferentes para el bienestar y la libertad de elección, es un buen momento para

³Ver Sunstein & Thaler, *supra* note 1, en 1172-73.

⁴Sunstein, *supra* nota 2, en 584.

⁵Ver THALER & SUNSTEIN, *supra* nota 2, en 5-6 (explica cómo el empujón se relaciona con el paternalismo libertario).

⁶Por ejemplo, Cass R. Sunstein, Nudges, Agency, and Abstraction: A Reply to Critics, 6 REv. PHIL. & PSYCH. 511, 513 (2015) ("Siempre que un gobierno tenga oficinas, diseñe autopistas o mantenga un sistema judicial y sitios web oficiales, lo empujará". Uno está tentado a equiparar los nudges con la "arquitectura de elección". Ver a Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein y John P. Balz, Choice Architecture, en THE BEHAVIORAL BASES OF PUBLIC POLICY 428,428 (Eldar Shafir ed. 2012), pero algunas cosas llamadas nudges de Sunstein, Thaler y otros parecen tener poco que ver con la forma en que se construyen las situaciones de elección.

⁷Ver Indranil Goswami & Oleg Urminsky, When Should the Ask Be a Nudge? The Effect of Default Amounts on Charitable Donations, 53 J. MARKETING REs. 829, 838-39 (2016); ver también Sunstein & Thaler, *supra* nota 1, en 1185. Originalmente, Sunstein y Thaler distinguieron intervenciones como esta, que son otras referencias, de intervenciones que son egoístas. Los primeros se consideraron ejemplos de benevolencia libertaria y los últimos ejemplos de paternalismo libertario. Ver id. en 1162 ("La noción de paternalismo libertario puede complementarse con la de benevolencia libertaria, mediante la cual las características del diseño del plan, como las reglas predeterminadas, los efectos de encuadre y los puntos de partida se enlistan en el interés de terceros vulnerables".).

⁸Ver DAVID HALPERN, INSIDE THE NUDGE UNIT: HOW SMALL CHANGES CAN MAKE A BIG DIFFERENCE 77 (2015).

⁹Ver HALPERN, *supra* nota 8, en 96 (propone el uso de entradas de lotería basadas en la fecha de presentación para incentivar declaraciones de impuestos anteriores); THALER & SUNSTEIN, *supra* nota 2, en 234 (incluyendo en sus listas de nudges, un programa en el que las adolescentes reciben un dólar por cada día que no están embarazadas).

volver a los orígenes de los nudges y preguntarse si algún empujón puede realmente cumplir la promesa del paternalismo libertario de promover los intereses individuales sin infringir de manera inadmisiblemente la libertad personal¹⁰. Sostengo que una serie de intervenciones que ahora se ponen bajo la etiqueta de "empujón" pueden, de hecho, describirse justamente como "nudges libertarios"¹¹. En particular, los libertarios deben dar la bienvenida a los nudges que buscan promover la elección racional sin favorecer ninguna opción en particular¹².

Los nudges que se ajustan a la definición de nudges verdaderamente libertarios son lo que podríamos llamar casos de nudges de elección independiente: cuando un "arquitecto de la elección"¹³ busca proporcionar información, hacer que el proceso de toma de decisiones sea menos difícil o hacer que la elección propia sea más fácil de implementar, entonces el diseño es de elección independiente. Mientras estos diseños se implementen de manera que puedan mejorar la capacidad en la toma de decisiones en general o la racionalidad de una decisión en particular, y permanezcan agnósticos sobre qué elección se debe hacer, no hay razón para objetar. La motivación detrás de la intervención no tiene por qué ser paternalista: las fuerzas del mercado pueden exigir más información o disponibilidad de dispositivos de compromiso. En cualquier caso, dada la falta de dirección, la motivación detrás de la intervención debe ser

¹⁰Aunque los filósofos a menudo distinguen la libertad, la autonomía personal y la libertad de elección, estos términos se usan aquí de manera más general para referirse a la idea básica de que los individuos deben ser libres para determinar cómo quieren vivir en la mayor medida posible dentro de una sociedad de iguales. Esta idea pretende captar la proposición básica del liberalismo libertario de que los individuos son dueños de sí mismos que no pueden ser tratados como objetos intercambiables. Por lo tanto, cada individuo tiene el derecho de controlar lo que hace y no se puede hacer nada para el individuo sin su consentimiento, lo que implica el derecho a estar libre de (la mayoría de) las intrusiones gubernamentales, independientemente de la intención detrás de la intrusión. Ver en general Peter Vallentyne & Bas van der Vossen, *Libertarianism*, STAN. ENCYCLOPEDIA PHIL. (2014), <http://plato.stanford.edu/entries/libertarianism/>. Una perspectiva de soberanía del consumidor, originada por el escepticismo de la capacidad de los diseñadores de políticas para decidir qué es lo mejor para los consumidores, o una perspectiva de elección pública que se preocupe por la corrupción de los nudges y la captura de la industria, podría llevar a conclusiones similares. Ver, e.j., Brian F. Mannix & Susan Dudley, *The Limits of Irrationality as a Rationale for Regulation*, 34 J. POL'Y ANALYSIS & MGMT. 705 (2015). El tropo libertario, que originalmente fue elegido por Sunstein y Thaler, sirve principalmente como un mecanismo para centrarse en cuándo se debe considerar que los nudges promueven la racionalidad individual y la autodeterminación en lugar de imponer alguna concepción externa de bienestar o buen juicio sobre la persona afectada por la política. La motivación aquí es empírica más que política: ¿existen algunas formas de arquitectura de elección que puedan promover la elección racional y que, por lo tanto, eviten imponer suposiciones sólidas sobre quién comete qué errores de toma de decisiones? Responder a esta pregunta debería ser útil independientemente de la filosofía política de uno.

¹¹Mi discusión inicial sobre el paternalismo libertario reconoció esta posibilidad pero no le dio un tratamiento extendido. Ver Gregory Mitchell, *Libertarian Paternalism Is an Oxymoron*, 99 Nw. U. L. REV. 1245, 1248, 1248 n.10, 1260-69 (2005). Para dos enfoques alternativos para conciliar el empuje con el libertarismo, ver Chris Mills, *The Heteronomy of Choice Architecture*, 6 REV. PHIL. & PSYCHOL. 495, 502-04 (2015) y T. M. Wilkinson, *Nudging and Manipulation*, 61 POL. SEMANTICAL. 341, 353-54 (2013).

¹²Cualquier persona que tenga razones consecuencialistas para infringir la libertad de elección o que de prioridad a algún otro valor que no sea la libertad personal no deberían tener ninguna queja general contra los nudges, ya que es solo otra herramienta más en la caja de herramientas del regulador. Para los consecuencialistas, la pregunta debería ser si un empujón en particular es una mejor manera de lograr las consecuencias deseadas que los enfoques reguladores alternativos.

¹³Ver THALER & SUNSTEIN, supra nota 2, en 3 ("Un arquitecto de la elección tiene la responsabilidad de organizar el contexto en el que las personas toman decisiones").

irrelevante. Más aún, incluso el empujón de elección independiente encubierto no presenta preocupaciones libertarias especiales siempre que el efecto sea fomentar la deliberación en lugar de favorecer un resultado particular.¹⁴

En cambio, muchos nudges buscan dirigir a los escogedores en direcciones particulares¹⁵. Estos nudges de elección dependiente aumentan la dificultad o el costo de elegir una opción por sobre otra, buscan aprovechar los sesgos cognitivos o motivacionales de los que eligen para favorecer una elección por sobre otra, o incluso pueden buscar cambiar las preferencias en una dirección particular¹⁶. Un empujón de elección dependiente aún podría ser aceptable para el libertario si el empujón permite una salida fácil de la elección que ha sido favorecida por el “arquitecto de la elección”¹⁷. Sin embargo, como veremos, esta solución libertaria no tendrá sentido para las personas que no tienen los recursos cognitivos o motivacionales necesarios para superar el empujón¹⁸. Para estas personas, el “empujador” efectivamente hace la elección. Por lo tanto, los nudges de elección dependiente nunca pueden ser nudges verdaderamente libertarios.

Podemos llamar adecuadamente una cantidad de nudges como nudges libertarios, pero el ámbito de estos es más pequeño de lo que a menudo se piensa. Este campo está poblado por nudges de elección independiente, pero una cantidad de nudges de elección dependiente no representan una gran preocupación desde una perspectiva libertaria con respecto al elector racional donde hay una opción de exclusión fácil (por ejemplo, este suele ser el caso de los nudges que dirigen a través de una configuración predeterminada). Sin embargo, los nudges dependientes de la elección interferirán con la autonomía de quienes eligen irracionalmente, ya que la exclusión voluntaria no tendrá sentido para este grupo. Por lo tanto, la mayoría de los nudges, ya sean de elección independiente o dependiente, no deben ser motivo de preocupación con respecto a actores racionales, al menos no si proporcionan una opción de exclusión fácil. Los nudges de elección independiente no deben ser motivo de preocupación con respecto a los actores irracionales y, de hecho, deben ser bienvenidos, pero los nudges de elección dependiente nunca pueden ser nudges libertarios con respecto a actores irracionales.

¹⁴Por ejemplo, informar a los responsables de la toma de decisiones de que se les pedirá que expliquen sus decisiones fomenta una deliberación racional, y este efecto puede obtenerse simplemente por la posibilidad de ser responsabilizado ante otros. Ver generally Jennifer S. Lerner & Philip E. Tetlock, *Accounting for the Effects of Accountability*, 125 *PSYCHOL. BULL.* 255 (1999). Por lo tanto, incluso las amenazas poco sinceras de responsabilidad pueden mejorar la calidad de la toma de decisiones. Mientras el empujón tenga como objetivo promover una elección cuidadosa que el individuo considere mejor para sí mismo, sin favorecer ninguna elección en particular, el individuo seguirá siendo el dueño de sí mismo y el empujón posiblemente promueva la autopropiedad. Sin embargo, si la manipulación de la rendición de cuentas se utilizara para favorecer un resultado en particular, por ejemplo, al decirle a un empleado que sería responsable ante un jefe conocido por favorecer ciertos resultados, entonces se están manipulando las opciones del ‘empujado’.

¹⁵Ver Sunstein, *supra* nota 2, en 583.

¹⁶Ver *Id.*

¹⁷Ver *infra* Parte II.

¹⁸Ver *infra* Parte II.

Luego de una exposición más completa del argumento, este artículo concluye por considerar si los esfuerzos para mejorar la capacidad en la toma de decisiones se pueden reconciliar con la fuerte oposición del liberalismo libertario a las medidas paternalistas¹⁹. Sostengo que los nudges de elección independiente pueden satisfacer el requisito libertario de que el gobierno no interfiera con los intercambios privados, excepto para rectificar las transacciones coercitivas. Específicamente, como los nudges de elección independiente no buscan promover una política diferente a la promoción de la autopropiedad a través de la toma de decisiones competente y dado que los actores privados pueden explotar injustamente a algunos consumidores irracionales, se puede justificar el uso de nudges de elección independiente para prevenir esta explotación.

II. Empujando como libertario

Podemos formular dos rutas alternativas para evitar que los nudges pisen la autonomía personal que los libertarios valoran. Primero, si una intervención está diseñada para ayudar a quien elige a escoger la que se haría sin errores o influencias irracionales, entonces la intervención ha promovido más que impedido la autopropiedad, siendo esta uno de los derechos primarios del liberalismo libertario²⁰.

Como lo explica James Child, está implícita en las concepciones libertarias de la autopropiedad la idea de que los ciudadanos poseen una "aptitud general" o "tienen capacidades suficientes para participar en el razonamiento práctico para ser agentes morales"²¹. La "aptitud general" tal como la usa Child es sinónimo de la capacidad de elección racional:

Al confiar en mucho trabajo reciente sobre la noción de aptitud general y la noción relacionada a la capacidad de autonomía, podemos formular los componentes de la aptitud para ingresar a las transacciones del mercado. Incluirían las siguientes capacidades deliberativas: adquirir, comprender y evaluar información, que incluye considerar su probabilidad de verdad o falsedad y su relevancia; contar con un conjunto estable de preferencias mediante el cual se puede elegir entre varias opciones con diversos beneficios; y, a la luz de esta información y estos valores, considerar las opciones y sopesar los posibles riesgos, costos y beneficios de esas opciones. Esto incluye el riesgo y el costo de actuar sobre información falsa. Estos se combinarían con las capacidades ampliamente volitivas para llegar a decisiones sobre la base de esas deliberaciones y actuar de acuerdo con esas decisiones²².

¹⁹Ver *infra* Parte III.

²⁰Sigo a Child en la designación de la autopropiedad y la propiedad privada como los derechos más básicos bajo una filosofía libertaria, y el derecho a defenderse a uno mismo y a su propiedad de tomas o ataques como derechos de segundo orden. James W. Child, *Can Libertarianism Sustain a Fraud Standard?*, 104 *Ethics* 722, 725-28 (1994). El derecho a la propiedad posiblemente se deriva del derecho de soberanía individual, al menos en la medida en que uno necesita la propiedad para alcanzar sus objetivos. Ver *id.* en 726. O más bien, es difícil pensar que los derechos de propiedad son independientes del derecho a la autodeterminación.

²¹*Id.* en 729.

²²*Id.* en 729-30 (nota al pie omitida).

Dada la importancia de una elección racional para la autopropiedad, si los nudges promueven la elección racional sin controlar cómo se ejerce esa elección, entonces los nudges promueven la autopropiedad²³. Uno todavía puede preocuparse de que una intervención que promueva la elección racional implique una pequeña interferencia con la autodeterminación²⁴, pero la objeción más seria de que el razonamiento y las preferencias de otra persona hayan determinado la elección (es decir, que la política es paternalista) se cumplirá. Como veremos, una serie de nudges toman esta ruta y, por lo tanto, no deben preocupar a los libertarios.

Un segundo camino para defender los nudges del ataque libertario, y el camino que Sunstein y Thaler favorecen, es crear intervenciones de manera que quien decida pueda optar salirse a bajo costo o sin costo alguno²⁵. Si una intervención permite a los electores de manera fácil y económica evitar la elección preferida por otra persona, entonces la intervención no debe considerarse una intrusión seria a la autonomía personal, especialmente porque es inevitable que las situaciones de elección sean estructuradas de manera que favorezca a algunos cursos de acción por sobre otros²⁶. Dada la inevitabilidad de especificar un punto de partida y la posible influencia que podría tener ese punto de partida, ¿por qué no elaborar políticas de manera que promuevan los mejores intereses del elector?²⁷ Mientras quienes eligen puedan seguir su propio camino, no se ha quitado la libertad a nadie²⁸. O eso dice el argumento. Como veremos, este argumento no puede guardar los nudges que buscan hacer algo más que promover una elección racional porque la opción de exclusión no tendrá sentido para las personas sujetas a sesgos cognitivos o motivacionales. Muchos nudges están diseñados específicamente para sacar ventaja en lugar de intentar aliviar estos sesgos.

A. ¿Las preferencias de quién?

Si una intervención mueve a quienes eligen hacia las elecciones que harían si estuvieran libres de sesgos cognitivos y motivacionales, o los deja en libertad de elegir cuando lo consideren oportuno (es decir, que no haya ningún esfuerzo para dirigir), entonces las objeciones libertarias más fuertes a los nudges desaparecen. Pero si una intervención trata de imponer a quienes eligen la concepción objetiva de bienestar del elaborador de políticas, o si éstas buscan promover el interés de un elaborador de políticas sobre la voluntad de quienes

²³Ver *Id.* en 725-29.

²⁴La intervención elimina importantes oportunidades de aprendizaje y desarrollo. Ver en general "Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards, 90 Minn. L. Rev. 1620 (2006). Regreso en la Parte III a la preocupación de intervenir para promover conflictos de elección racional con compromisos libertarios. Ver infra Parte 111.

²⁵Ver Sunstein y Thaler, *supra* nota 1, en 1161 ("El aspecto libertario de nuestras estrategias radica en la insistencia directa de que, en general, las personas deben ser libres de no optar por acuerdos específicos si así lo desean").

²⁶*Id.* en 1162.

²⁷*Id.* en 1165 ("Pero los gobiernos ... tienen que proporcionar puntos de partida de uno u otro tipo; esto no es evitable. Como enfatizaremos, lo hacen todos los días a través de las reglas de contrato y del daño, de una manera que inevitablemente afecta a algunas preferencias y opciones").

²⁸*Id.* en 1161.

eligen, entonces no se puede considerar que la intervención conserve la libertad de aquellos que están sujetos al empujón²⁹.

Muchos nudges buscan aprovechar aspectos de la situación de elección para dirigir a quienes eligen en direcciones particulares. Por ejemplo, el empujón más popular implica establecer una opción predeterminada en un contrato o en un formulario del gobierno (como la pregunta de donación de órganos en una solicitud de licencia de conducir)³⁰ a la opción que prefiere el 'empujador', con la esperanza de que muchas personas se apeguen a ésta, ya que contiene información normativa o por inercia cognitiva o motivacional³¹. El supuesto es que muchas personas caerán presas de "factores supuestamente irrelevantes"³² de la situación de elección, como por ejemplo, qué opción se ha establecido como la predeterminada. Por definición, los actores racionales no deben verse afectados por características irrelevantes del entorno, pero muchas personas no pueden serlo como lo haría un actor racional ideal³³. Cuando el 'empujador' crea políticas para tratar de capitalizar las tendencias irracionales para conducir a las personas hacia un resultado particular, el empujón es de elección dependiente.

Aunque muchos nudges favorecen una elección particular, algunos otros no lo hacen. Algunos nudges se centran en mejorar el proceso de toma de decisiones en sí y son agnósticos en cuanto a la elección "correcta" de hacer. Estos nudges son de elección independiente³⁴. Podemos identificar al menos tres tipos de nudges de elección independiente.

En primer lugar, muchas intervenciones solo buscan educar o informar y pueden defenderse sobre la base de que promueven la elección racional de un individuo. Estos nudges, como proporcionar a los consumidores información nutricional o información sobre la eficiencia del combustible, se ajustan perfectamente a los enfoques económicos tradicionales para la elección racional, que asumen que proporcionar información no puede hacer daño porque los individuos solo usarán la información que consideren relevante para sus elecciones. Mientras la información no se presente de manera de persuadir o influir en las elecciones en una dirección en particular, el empujón no genera ninguna preocupación libertaria seria.³⁵

²⁹Klick & Mitchell, *supra* nota 24, enat 1642.

³⁰Ver, e.j., Richard H. Thaler, *Opting in vs. Opting Out*, N.Y. TIMES (Sept. 26, 2009), <http://www.nytimes.com/2009/09/27/business/economy/27view.html>.

³¹*Id.*

³²Richard H. Thaler, Behavioral Economics: Past, Present, and Future, 106AM. ECON. Rnv. 1577, 1595 (2016).

³³Sunstein & Thaler, *supra* nota 1, en 1168-69.

³⁴Mills analiza tres nudges que pueden ayudar a las personas a evitar elecciones contrarias a su "auténtica voluntad" y, por lo tanto, no infringen la autonomía personal. Ver Mills, *supra* nota 11, en 501-02. Yo sostengo que hay un rango más amplio de nudges que pueden ser reconciliados con la autonomía personal, es decir, aquellos que yo llamo nudges independientes de la elección. Ver *infra* Parte II.A.

³⁵Una posición más estricta sería que los individuos, y no el gobierno, decidan qué información se necesita o desea. Sin embargo, en la medida en que el gobierno está respondiendo a una necesidad o deseo percibido entre los ciudadanos por un tipo particular de información (por ejemplo, el pronóstico del tiempo, la información sobre el retraso de un vuelo), las preocupaciones sobre el "paternalismo informativo" deben ser mínimas. Una preocupación paternalista más grave surge cuando los nudges informativos están diseñados para aprovechar los temores del público para impulsar el comportamiento en direcciones particulares o contener información normativa. Ver, e.j., Lucia A. Reisch & Cass R. Sunstein, *Do Europeans Like Nudges?*, 11 JUDGMENT DECISION MAKING 310,

En segundo lugar, si el empujón solo implica reducir la "fricción" o los costos de transacción, sin favorecer un resultado particular, entonces el empujón también debe ser inobjetable³⁶. Presentar información de manera que sea más comprensible o facilitar la obtención de información que un tomador de decisiones podría desear, debería promover en lugar de interferir con la libre elección.

Tercero, los nudges que involucran procedimientos de decisión dirigidos a fomentar la atención al elegir, o que brindan la opción de implementar una ayuda como los recordatorios por correo electrónico que pueden ayudar a seguir un curso de acción preferido, no deben ser objetables desde una perspectiva de libertad de elección³⁷. El ejemplo más prominente de este tipo de empujón es la elección activa o la necesidad de que quienes eligen reconozcan el proceso de decisión y demuestren que han considerado todas las opciones, como el uso de una prueba de comprensión³⁸.

Estos tres tipos de nudges: educativo, simplificador y deliberativo deben ser bienvenidos incluso para los libertarios comprometidos. De hecho, es difícil ver cómo reducir costos de transacción innecesarios y suministrar información potencialmente útil y de ayuda para la toma de decisiones tenga algo que ver con el uso común del término (i.e., el empujón implica una direccionalidad que aquí falta). Si el individuo es libre de elegir cualquier curso de acción, sin intentar influir en ese curso, entonces el "arquitecto de elección" no está imponiendo su voluntad. Los nudges en la dirección de elección racional deben ser consistentes con la auto-propiedad libertaria.

Uno podría tratar de guardar esos nudges que van más allá de educar, simplificar o alentar la deliberación para guiar a las personas hacia elecciones particulares, i.e. los nudges de elección dependiente, argumentando que estos, si están bien diseñados, deberían ayudar a las personas a tomar las decisiones que su ser racional habría hecho. Pero ese contra fáctico es desconocido³⁹ y, en cualquier caso, es difícil imaginar que cada persona racional tenga preferencias idénticas y, por lo tanto, tome la misma decisión⁴⁰. Un principio fundamental del

314 (2016) (en el que se analiza un empujón de etiquetado de sal que incluye una declaración de peligro para la salud). Estos nudges se incluyen en la categoría de nudges de elección dependiente dado que no plantean ninguna preocupación con respecto a las personas racionales quienes deberían poder ignorarlos, pero serán paternalistas para las personas irracionales, que no pueden resistir el temor o no analizan su propio riesgo derivado del producto o la actividad.

³⁶Para ver ejemplos, Capítulo 3 en HALPERN, *supra* note 8, at 62-79.

³⁷Otro ejemplo de un empujón de compromiso es la auto-prohibición de apostar, según la cual una persona con un problema de juego puede registrarse para que se le prohíba la admisión al casino. Ver THALER & SUNSTEIN, *supra* nota 2, en 233.

³⁸Ver Sunstein & Thaler, *supra* nota 1, en 1194.

³⁹ Uno puede intentar inferir las preferencias "verdaderas" de los quienes eligen inconsistentemente (es decir, aquellos cuyas elecciones cambian en respuesta a cambios aparentemente irrelevantes en una situación de elección), pero a uno siempre le quedarán las mejores conjeturas acerca de cuáles son esas preferencias. Ver Jacob Goldin, Which Way to Nudge? Uncovering Preferences in the Behavioral Age, 125 YALE L.J. 226, 260-69 (2015).

⁴⁰Ver RICCARDO REBONATO, TAKING LIBERTIES: A CRITICAL EXAMINATION OF LIBERTARIAN PATERNALISM 160 (2012). ("Si diferentes individuos 'realmente' prefieren cosas muy diferentes, la dirección del empujón no puede coincidir con las preferencias de toda la población").

liberalismo libertario es que cada individuo determina cómo elige vivir y los demás deben respetar esas elecciones siempre que no infrinjan a los demás⁴¹. Lo que parece un error desde una perspectiva externa puede no serlo desde una perspectiva interna⁴². El hecho de que alguien haga una elección que otra persona no haría no es razón, dentro del marco libertario, para negar a esa persona la libertad de elección. Del mismo modo, solo porque una persona haga lo que parece ser una buena elección dados los supuestos de sentido común, como que más placer es bueno y más dolor es malo, no podemos asumir que otros verían esta elección como una buena opción para ellos mismos⁴³.

No es una respuesta argumentar que un empujón dirige a quienes eligen hacia una preferencia mayoritaria⁴⁴. Primero, rara vez el “empujador” busca realmente determinar las preferencias “verdaderas” de la mayoría⁴⁵. Más bien, generalmente consultan sus propias intuiciones acerca de cuáles son esas preferencias o imponen sus propias opiniones paternalistas sobre lo que es mejor⁴⁶. Segundo, incluso si los datos sobre la preferencia mayoritaria están disponibles, el liberalismo libertario se enfoca en las preferencias del individuo, no en la mayoría:

Un libertario que quiere respetar lo que el 'individuo realmente quiere' no puede confiar en satisfacer el 'deseo promedio de la población': como el respeto por las elecciones individuales está en la raíz del liberalismo libertario, es difícil dar un significado preciso al concepto del 'liberalismo libertario en promedio' ⁴⁷

El hecho de que muchas personas elijan un curso de acción particular, incluso bajo condiciones que promueven la elección racional, no es razón para suponer que todas las personas tomarían la misma decisión racionalmente.

Donde el empujón deja al ‘empujado’ libre para tomar su propia decisión, entonces no se produce ninguna intrusión en la autopropiedad. Los nudges de elección independiente satisfacen este requisito al limitar el proceso de toma de decisiones y no la elección definitiva. Si los nudges de elección dependiente en última instancia dejan a los que los eligen en libertad de tomar sus propias decisiones, ¿entonces estos nudges también son consistentes con la autopropiedad? ¿Por qué no podemos decir que las preferencias del ‘empujado’ en última instancia prevalece incluso cuando el ‘empujador’ favorece una elección sobre otra?

⁴¹Child, *supra* nota 20, en 726-27.

⁴²Ver *id.* en 730-31.

⁴³El placer y el dolor son relativos, además, el liberalismo libertario no es hedonismo. En el liberalismo libertario, el hedonista y el masoquista tienen la oportunidad de tomar sus respectivas elecciones como mejor les parezca. Ver *id.* en 726.

⁴⁴ Las dos sugerencias que Sunstein y Thaler ofrecen a los ‘empujadores’ sobre cómo elegir la dirección del empujón son las decisiones que toma la mayoría de las personas a lo largo del tiempo o de alguna manera determinar qué haría la mayoría en condiciones de elección activa. Ver Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 AM. ECON. REV. 175, 178 (2003).

⁴⁵Ver Goldin, *supra* nota 39, en 232-33.

⁴⁶Ver *id.* en 233.

⁴⁷REBONATO, *supra* nota 40, en 160

B. ¿Evitar el bajo costo?

El rescate libertario de los nudges de elección dependiente a través de la provisión de una opción de exclusión fácil no tiene éxito por dos razones: (a) muchas intervenciones ahora etiquetadas como nudges no permiten la exclusión voluntaria en absoluto; (b) para aquellos nudges dependientes de la elección que aparentemente tienen una opción de exclusión voluntaria, esta no será significativa para quienes eligen irracionalmente.

En primer lugar, muchos nudges no proporcionan ninguna posibilidad de evitación. De hecho, muchos nudges están diseñados para cambiar las preferencias de quienes están cubiertos por la política, a menudo sin el conocimiento consciente del ‘empujado’. Por ejemplo, todo lo siguiente se ha descrito como "nudges" aún cuando pretenden cambiar las preferencias o alterar el costo relativo de las opciones:

- Exigir a las salas de cine que utilicen publicidad subliminal para desalentar fumar y comer en exceso⁴⁸ [intento de cambiar las preferencias];
- Requerir que los cines corran mensajes de educación pública diseñados para desalentar fumar y comer en exceso⁴⁹ [intentar cambiar las preferencias];
- Requerir que las cantinas en instituciones públicas tengan un día sin carne por semana⁵⁰ [cambiando la opción establecida para favorecer alimentos más saludables];
- Alterar las asociaciones afectivas de las personas con frutas y verduras, mediante un cebado implícito (es decir, unir frutas y verduras con palabras o imágenes positivas presentadas de manera subliminal)⁵¹ [intento de cambiar las preferencias];
- Hacer que sea más difícil pedir alimentos poco saludables⁵² [cambiando la accesibilidad];

Con estos nudges, el ‘empujado’ no tiene otra opción en el asunto y solo puede evitarlos eludiendo las situaciones por completo o incurriendo en un precio más alto por la opción desfavorecida. Estos nudges no proporcionan una opción de evitación a bajo costo⁵³.

En segundo lugar, los nudges de elección dependiente que están bien diseñados para aprovechar las tendencias irracionales "engañarán" a muchas personas para que se adhieran a la elección de ‘empujador’. En lugar de tratar de promover la aptitud en la toma de decisiones, como lo hacen los nudges de elección independiente, los nudges de elección dependiente buscan aprovechar los sesgos cognitivos o motivacionales para empujar a las personas a las elecciones que el ‘empujador’ cree que deberían hacer. Con los nudges de elección dependiente, incluso cuando parece que la persona sigue siendo libre de tomar su propia decisión, para muchos solo es una ilusión esa elección. Con nudges bien diseñados, el ‘empujador’ hace exactamente lo que

⁴⁸Reisch & Sunstein, *supra* nota 35, en 314.

⁴⁹*Id.*

⁵⁰*Id.*

⁵¹Anneliese Arno & Steve Thomas, The Efficacy of Nudge Theory Strategies in Influencing Adult Dietary Behaviour: A Systematic Review and Meta-Analysis, 16 BMC PUB. HEALTH 676, 681 (2016).

⁵²*Id.*

⁵³Ver *id.*

las compañías privadas han sido criticadas por hacer: manipular a la gente para tomar la decisión que esta prefiere, usando técnicas de marketing psicológico y de arquitectura de la decisión⁵⁴.

Considere el ejemplo en un plan de jubilación, cambiando una cláusula predeterminada de uno sin participación a uno con. Se ha encontrado que ese simple cambio produce tasas de participación mucho más altas que la obligación de elegir si participar o no, o proporcionar educación financiera sobre las opciones de jubilación⁵⁵. Este aumento en las tasas de participación parece ser principalmente el producto de la simple aceptación de cualquier cláusula predeterminada que se especifique. Para al menos algunos que se apegan a la cláusula predeterminada, la mejor explicación parece ser que ven en esta el status quo y, debido a la aversión a la pérdida, son reacios a alejarse de ella; ergo, se mantendrán con la opción predeterminada, sea cual sea⁵⁶. Para un actor completamente racional, suponiendo que los beneficios de una elección activa superan los costos de la deliberación, la especificación de la opción predeterminada debería ser una característica irrelevante de la configuración de la elección, pero con respecto a algunas otras personas, esta característica parece ser determinante en la elección. Para este grupo de personas, que se apartan del ideal racional, la disponibilidad de una opción predeterminada establecida por el ‘empujador’ será irrelevante.

Sin embargo, si se hubiera impulsado a este grupo de personas a involucrarse en una reflexión racional, podríamos estar mucho más seguros de que sus elecciones reflejan las preferencias reales. El hecho de que los partidarios de los nudges a menudo rechazan la elección activa y la educación financiera al citar evidencia de las tasas más bajas de participación que siguen a estos nudges de elección independiente, revela que la agenda detrás de muchos nudges no es mejorar la autopropiedad sino más bien mover a las personas hacia la concepción de elección correcta que tenga el ‘empujador’.

Se podría argumentar que deberíamos esperar que las elecciones de estos electores inicialmente irracionales se vuelvan racionales con el tiempo y, por lo tanto, mientras exista la opción de cambiar de curso, no se ha hecho ningún daño importante a la autodeterminación. Es

⁵⁴La idea básica es que el planificador central puede usar nudges para bien, en contraste a los supuestos malos nudges de las empresas privadas que intentan manipular la elección del consumidor. Ver Thaler & Sunstein *supra* nota 2, en 252. ("Una de nuestras principales esperanzas es que una comprensión de la arquitectura de elección y el poder de los nudges, llevará a otros a pensar en formas creativas para mejorar las vidas humanas en otros ámbitos"). Para ver ejemplos de compañías que intentan usar la psicología para manipular a los consumidores, consulte Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation, 112 HARV. L. REV. 1420 (1999) y Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, Taking Behavioralism Seriously: A Response to Market Manipulation, 6 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 259 (2000).

⁵⁵Ver HALPERN, *supra* nota 8, en 62-64.

⁵⁶Craig R.M. McKenzie, Michael J. Liersch & Stacey R. Finkelstein, Recommendations Implicit in Policy Defaults, 17 PSYCHOL. Sci. 414, 414 (2006) (discutiendo explicaciones alternativas para la "adherencia" a opciones predeterminadas, incluida la aversión a la pérdida, la evitación de decisiones y la percepción de las opciones predeterminadas como una recomendación de una fuente autorizada).

decir, con suficiente experiencia o con el paso del tiempo, ¿no podemos tratar los fracasos en la exclusión como evidencia de elecciones racionales y autodeterminadas? En este sentido, Sunstein y Thaler citan las bajas tasas de exclusión voluntaria como una forma de evaluar la aceptabilidad de un empujón que manipula las opciones predeterminadas⁵⁷. Sin embargo, si la aceptación pasiva y sostenida de una opción predeterminada señala una verdadera preferencia, debemos respetar las decisiones de las muchas personas que aceptan una opción predeterminada de no participación durante muchos años y, por lo tanto, no pueden optar por los planes de jubilación; aunque Sunstein y Thaler consideran que las bajas tasas de participación bajo una opción predeterminada de no participación como problemáticas⁵⁸. No hay ninguna razón de principio para tratar la aceptación pasiva como normativamente significativa solo cuando favorece el camino elegido por el ‘empujador’. Por lo tanto, en ausencia de una teoría acerca de cuándo la aceptación pasiva señala o no las preferencias "verdaderas", no hay justificación para tratar la aceptación pasiva de elección ‘empujada’ como evidencia de la elección que se habría hecho racionalmente sin el empujón.

Conclusión: mejor que algunas alternativas

Los nudges de elección independiente promueven la elección racional, dejando que cada individuo determine la mejor opción. Los nudges de elección dependiente aprovechan las tendencias irracionales para guiar a las personas en direcciones particulares elegidas por el ‘empujador’. Algunos de elección dependiente no proporcionan ningún modo para evitar el empujón (lo que lo hace engañoso), pero algunos nudges dependientes de la elección proporcionan una opción de evasión. Cuando los nudges de elección dependiente proporcionan una manera de evitar la elección preferida del ‘empujador’, esa cláusula de exclusión puede ser ejercida por personas racionales pero no por personas irracionales si el empujón está bien diseñado para capitalizar sesgos cognitivos o motivacionales. Para el último grupo, incluso los nudges de elección dependiente con cláusulas de exclusión voluntaria son en realidad solo intervenciones paulatinas acompañadas por la ilusión de elección. Podemos concluir, por tanto, que los nudges de elección independiente califican como nudges libertarios para todas las personas, pero los nudges de elección dependiente califican como nudges libertarios solo para actores racionales (es decir, aquellos que son inmunes a los sesgos psicológicos explotados por el empujón).

Los nudges de elección independiente nunca implican la imposición de la concepción que el gobierno tenga sobre el bien en los individuos. Sin embargo, el gobierno puede imponer su

⁵⁷Ver, ej. , Thaler & Sunstein, *supra* nota 44, en 178-79. (“El paternalista libertario puede seleccionar el enfoque que minimice el número de opciones de exclusión. Por ejemplo, muy pocos empleados optan por no participar en el plan 401 (k) cuando son inscriptos automáticamente, aunque muchos optan por el procedimiento normal de inscripción ... Con esos números, hay razones para pensar que la inscripción automática es mejor, solo porque hay más personas que están lo suficientemente satisfechas como para dejarla en su lugar ”.

⁵⁸THALER & SUNSTEIN, *supra* nota 2, en 107-08.

concepción de un buen proceso de toma de decisiones con algunos nudges de elección independiente. La elección activa, por ejemplo, obliga a las personas a deliberar sobre las elecciones en las que preferirían no pasar el tiempo pensando, y de este modo puede verse como una forma de "paternalismo epistémico"⁵⁹. Si alguien ha decidido aceptar lo que sea por defecto, sin deliberación, entonces obligar a un proceso más deliberativo interfiere con el plan original de elección. Sin embargo, este paternalismo epistémico no perjudica la elección final que fue planeada: existe cierta imposición en el proceso, pero ninguna compulsión en los fines.

Solo los nudges deliberativos plantean esta preocupación epistémica paternalista. Los nudges educativos proporcionan información que se puede ignorar fácilmente, y los nudges simplificadores reducen los costos de transacción sin obligar seguir un proceso en particular. Por lo tanto, solo un pequeño subconjunto de nudges de elección independiente plantean inquietudes de paternalismo epistémico.

Para este pequeño subconjunto de nudges de elección independiente, existe una mínima intrusión en el proceso, pero esa intrusión es un pequeño precio a pagar en comparación con otras alternativas que el gobierno podría emprender en un esfuerzo por prevenir la explotación de las debilidades cognitivas o motivacionales de los ciudadanos con métodos más sofisticados de negociación. De hecho, muchos de los nudges de elección dependiente y otras más formas más directas de paternalismo, como la prohibición o el mandato de términos contractuales particulares y las prohibiciones de fraude y engaño en el contrato, están motivadas por preocupaciones sobre la explotación de los psicológicamente vulnerables por parte de los sofisticados, pero estas intervenciones van más allá de los nudges deliberativos para imponer los juicios de bienestar del 'empujador' por sobre el 'empujado'.

Child persuasivamente argumenta que una prohibición de fraude no puede ser apoyada por las principales proposiciones del liberalismo libertario⁶⁰, pero reconoce que su argumento depende de que los individuos tengan la aptitud necesaria para participar en transacciones de libre mercado, es decir, la capacidad de adquirir y evaluar información y sopesar los costos y beneficios de las diferentes opciones⁶¹. "Para adultos generalmente competentes, el principio de la responsabilidad propia los obliga a usar su capacidad al ingresar a las transacciones del mercado ... si, al tener capacidad de mercado, uno no presta atención y piensa en los problemas que le presenta el mercado, el principio de responsabilidad personal excluye el atractivo moral

⁵⁹Mills, *supra* nota 11, en 504.

⁶⁰Algunos sostienen que la prohibición del fraude es una de las incursiones del mercado que los gobiernos pueden hacer para garantizar que estos funcionen correctamente, principalmente al tratar el fraude como una forma de robo. Child rechaza ese punto de vista y argumenta que el liberalismo libertario exige que prevalezca en los mercados un estándar de advertencia fuerte, con solo amenazas de fuerza o robo por sigilo prohibido. Ver Child, *supra* nota 20, al 723-24. Para Child, "el robo por sigilo" se limita a la toma de propiedad por parte de la propiedad de alguien sin conocimiento o la oportunidad de considerar una transacción. *Id.* 732-33. Si uno considera que el "robo por sigilo" abarca el engaño en las transacciones, entonces puede justificar los nudges deliberativos e incluso una protección contra el fraude aún más fuerte por los motivos libertarios tradicionales de protección de la propiedad.

⁶¹*Id.* en 729-30.

fuera de uno mismo "⁶². Por lo tanto, el punto de partida crucial para el liberalismo libertario y su fuerte respeto por las elecciones de un individuo y la reticencia complementaria a intervenir para redistribuir recursos cuando las elecciones van mal, es que los individuos tienen la capacidad de elegir racionalmente. Desde ese punto de partida, un Estado reducido al mínimo se hará necesario para proteger contra la coerción o el robo.

En este marco, el paternalismo epistémico de nudges hacia una elección racional hace innecesarias otras formas de paternalismo más intrusivas, y permite una forma fuerte de advertencia. Un contrato acompañado de un empujón deliberativo debe ser inmune a las reclamaciones posteriores de inadmisibilidad procesal y sustantiva, e incluso fraude. Por lo tanto, el uso de nudges deliberativos hace posible un mayor compromiso con los principios libertarios, y los libertarios deberían, por esta razón, apoyar el uso generalizado de estos.

La conclusión de que los nudges deliberativos y otros nudges de elección independientes son "nudges libertarios" no debería ser terriblemente sorprendente. El campo de los nudges ahora es tan grande que se dice que incluye la difusión pública de grandes conjuntos de datos⁶³, la colocación de etiquetas de uso de energía en los aparatos⁶⁴ y el intento de reducir el tiempo y el esfuerzo necesarios para comprender las regulaciones y mensajes gubernamentales⁶⁵. Si el empujón abarca cualquier divulgación de información que pueda ser de utilidad para los consumidores e incluye esfuerzos dirigidos a reducir los costos de transacción y alentar la deliberación, entonces muchos economistas y otros que dan importancia a la soberanía del consumidor y que buscan promover la elección racional han sido libertarios desde hace tiempo.

⁶² *Id.* en 730.

⁶³ Ver Sunstein, *supra* nota 2, en 583.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ HALPERN, *supra* nota 8, en 69-76.