

# El Paternalismo Libertario no es un Oximorón\*

Cass R. Sunstein\*\*  
Richard H. Thaler\*\*\*

La idea de paternalismo libertario podría parecer un oximorón, pero es posible y, a la vez deseable, para las instituciones públicas y privadas, ejercer influencia en el comportamiento y a la vez respetar la libertad de elección. A menudo, las preferencias de las personas son inciertas e incorrectas, y sus elecciones inevitablemente serán influenciadas por las reglas tradicionales o por defecto (*default rules*), efectos marco (*framing effects*), y puntos de partida (*starting points*). En estos casos, no es posible evitar una forma de paternalismo. Provistos de un entendimiento de hallazgos conductistas de racionalidad limitada y de autocontrol limitado, los paternalistas libertarios deben tratar de conducir las elecciones de las personas en direcciones que promuevan el bienestar, procurando conservar la libertad de elección.

También es posible mostrar de qué manera un paternalista libertario puede elegir entre las opciones posibles y evaluar cuántas posibilidades de elección existen. Muestras de ello se presentan en distintas áreas, incluyendo el comportamiento de ahorro, la legislación laboral, y la protección al consumidor.

## Introducción

Considere dos estudios sobre comportamiento del consumidor:

• Con la idea de incrementar los ahorros de los trabajadores, muchos empleadores han aplicado una estrategia simple. En lugar de que los empleados puedan elegir si participan en un plan de 401(k), se asumirá que los trabajadores han dado su consentimiento para su participación en dicho plan, y por tanto serán inscritos automáticamente en el programa, a menos que decidan de otro modo específicamente. Este simple cambio en la regla tradicional aumentado la inscripción considerablemente.<sup>1</sup>

• En lugar de cambiar la regla tradicional, algunos empleadores han proporcionado a sus empleados una opción novedosa: Destinar una parte de sus incrementos salariales futuros a los ahorros. Los empleados que elijan este plan tienen la libertad de retirarse (opt-out) en cualquier momento. Muchos empleados han decidido probar este plan, y sólo unos cuantos se han retirado. El resultado se ha traducido en incrementos importantes en las tasas de ahorros.<sup>2</sup>

\* El presente artículo, cuyo título original es "Libertarian Paternalism is not an Oximoron", fue sedido personalmente para su publicación por el autor. La traducción es libre. En algunos casos se mantiene fraces en el idioma original a fin de no desvirtuar el contenido.

\*\* Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor, Law School and Department of Political Science, The University of Chicago.

\*\*\* Robert P. Gwinn Professor of Economics and Behavioral Science, The University of Chicago Graduate School of Business.

Expresamos nuestro agradecimiento a las siguientes personas: Gary Becker, Bryan Caplan, Richard Epstein, Carolyn Frantz, Daniel Gilbert, Robert Hahn, J.B. Heaton, Christine Jolls, Howard Kunreuther, Owen Lamont, Brigitte Madrian, Jane Mansbridge, Eric Posner, Richard Posner, Matthew Rabin, y David Strauss por sus valiosos comentarios en un anteproyecto anterior. También agradecemos a Caryn Campbell por su invaluable cooperación en la investigación y a los participantes en discusiones en la Facultad de Gobierno de la Universidad de Harvard, la Wharton School of the University of Pennsylvania, y un trabajo en curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Finalmente, agradecemos a los participantes del un panel en el que se presentó una primera versión de este Artículo en las reuniones 2003 de la American Economic Association.

<sup>1</sup> Véase James J. Choi, et al, *Defined Contribution Pensions: Plan Rules, Participant Choices, and the Path of Least Resistance*, en James M. Poterba, ed, *16 Tax Policy and the Economy* 67, 70 (MIT 2002); Brigitte C. Madrian and Dennis F. Shea, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior*, 116 Q J Econ 1149, 1149-50 (2001).

<sup>2</sup> Véase Richard H. Thaler and Shlomo Benartzi, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, J Polit Econ (forthcoming), disponible en línea en <http://gsbwww.uchicago.edu/fac/richard.thaler/research/SMarT14.pdf> (visited May 10, 2003).

Los libertarios aceptan la libertad de elección, y por tanto deploran el paternalismo.<sup>3</sup> Se cree que los paternalistas son escépticos respecto a la libertad de elección irrestricta y deploran el libertarianismo.<sup>4</sup> Según la sabiduría convencional, los libertarios no pueden aceptar la idea del paternalismo, y los paternalistas detestan el libertarianismo. La idea de paternalismo libertario parece una mezcla de términos en sí.

Generalizado a partir de los dos estudios recientemente descritos, deseamos descomponer el conocimiento convencional. Proponemos una forma de paternalismo que sea libertario de espíritu y que pueda ser aceptable para aquellos que están firmemente comprometidos con la libertad de elección basándose en su autonomía o bienestar.<sup>5</sup> De hecho, deseamos que el paternalismo libertario proporcione la base para comprender y repensar varias áreas de la legislación contemporánea, incluyendo aquellos aspectos relacionados al bienestar del trabajador, la protección al consumidor y la familia.<sup>6</sup> En el proceso de defender estos argumentos, pretendemos objetar algunas creencias sostenidas por mucho tiempo referentes a la libertad de elección y al paternalismo.<sup>7</sup> Ponemos énfasis en el hecho que en muchos campos, la gente carece de una clara, estable o bien orientada preferencia. Lo que eligen se encuentra fuertemente influenciado por los detalles del contexto en el cual realizan su elección, por ejemplo reglas tradicionales, efectos marco (es decir, las formas de expresar las posibles opciones), y puntos de partida. Estas influencias contextuales hacen que el significado del término "preferencias" sea ambiguo.

Considere la pregunta respecto a la posibilidad someterse a un procedimiento médico riesgoso. Cuando la gente escucha, "De aquellos que se someten a este procedimiento, 90% vive luego de cinco años," estarán más propensos a aceptar el procedimiento que cuando se les dice "De aquellos que se someten a este procedimiento, 10% muere luego de cinco años."<sup>8</sup> Por tanto, ¿cuáles son las "preferencias" de los pacientes

con respecto a este procedimiento? Se espera que las experiencias repetidas con dichos problemas eliminen este efecto marco, pero los doctores también son vulnerables a ello.<sup>9</sup> O, retornemos a la pregunta del ahorro para la jubilación. Ahora está claro que si un empleador requiere que sus empleados realicen una elección a favor del sistema de ahorros, con la regla tradicional destinando el 100 por ciento de los sueldos al ingreso actual, el nivel de ahorros sería mucho menor que si el empleador adopta un programa de registro automático en el cual los empleados tienen la libertad de no participar.<sup>10</sup> Se puede decir entonces que los trabajadores tienen preferencias bien definidas sobre cuánto deben ahorrar? Este simple ejemplo se puede aplicar en muchas situaciones relacionadas al comportamiento de trabajadores y consumidores.

Tal como lo ilustra el problema del ahorro, las características de diseño de las reglas legales y organizacionales tienen una influencia sorprendente en la elección de las personas. Necesitamos que dichas reglas se elijan con la intención de mejorar el bienestar de las personas afectadas por las mismas. El aspecto libertario de nuestras estrategias reposa en la simple insistencia que, en general, las personas deben tener la libertad de elegir no continuar con acuerdos específicos si esa fuera su voluntad. Prestándonos una frase, diríamos que los paternalistas libertarios tienen la necesidad de que la gente "tenga libertad de elegir"<sup>11</sup> Por tanto, no intentamos defender ningún enfoque que no permita hacer elecciones individuales.

El aspecto paternalista afirma que es legítimo, tanto para instituciones privadas como para instituciones públicas, intentar influenciar en el comportamiento de las personas aún cuando no haya efectos por parte de terceros. Dicho de otro modo, nosotros argumentamos en favor de esfuerzos autorreflexivos, por parte de instituciones privadas y públicas, para conducir las elecciones de las personas a fin de mejorar el propio

3 Véase, por ejemplo, David Boaz, *Libertarianism: A Primer* 16–19 (Free Press 1997).

4 Véase, por ejemplo, Robert E. Goodin, *Permissible Paternalism: In Defense of the Nanny State*, 1 *Responsive Community* 42, 44 (Verano de 1991) (justificando el paternalismo tradicional basándose en que "es mejor que los funcionarios públicos respeten sus propias preferencias que lo que usted habría hecho mediante sus propias acciones").

5 Un breve ensayo diseñado para una audiencia económica y que no trata con la ley, investiga algunos de los asuntos explorados aquí. Véase Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 *Am Econ Rev* 175 (May 2003).

6 Nuestra defensa del paternalismo libertario está estrechamente ligada a los argumentos de "paternalismo asimétrico" esclarecedoramente discutido por Colin Camerer, y otros, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, 151 *U Pa L Rev* 1211 (2003). Camerer, y otros, manifiestan que los gobiernos deben considerar una forma de paternalismo débil— una forma que intente ayudar a aquellos que cometen errores, mientras que se imponen mínimos costos a aquellos que son completamente racionales. Id en 1212. Nuestro artículo, escrito al mismo tiempo, tiene motivaciones similares, aunque el paternalismo libertario podría o no ser asimétrico en el sentido identificado por Camerer y sus co-autores.

7 Véase, por ejemplo, Dennis F. Thompson, *Political Ethics and Public Office* 154–55 (Harvard 1987), que enumera tres criterios para el paternalismo justificable: criterio afectado inversamente, intención temporal y reversible, y prevención de daños e irreversibles daños. Pensamos que esta explicación apunta a muchas direcciones sensatas, pero rechaza los efectos inevitables de las reglas tradicionales, efectos marcos y puntos de partida en las elecciones.

8 Véase Donald A. Redelmeier, Paul Rozin, y Daniel Kahneman, *Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives*, 270 *JAMA* 72, 73 (1993).

9 Véase id ("The framing effect was just as large with physicians as with lay people:").

10 Véase la nota 1 y el texto adjunto.

11 Véase Milton Friedman y Rose Friedman, *Free to Choose: A Personal Statement* (Harcourt Brace Jovanovich 1980). Con el fin de estar más seguros, sería posible imaginar una mayor comprensión del libertarianismo, una que trate de minimizar las influencias en la libertad de elección, o maximizar la libertad de elección sin restricción. Párrafos abajo sugerimos que a menudo es imposible evitar las influencias en la libertad de elección. Asimismo ofrecemos razones para creer que el hecho que haya más elecciones es siempre mejor que el hecho que las haya en menor cantidad. Debemos mostrar que, una política que requiera elecciones activas, promueve una forma de elección, pero tiene problemas en sí. Esperamos no tener problemas reales con los libertarios, simplemente por el hecho que nuestro enfoque permite que la gente pueda decidir no participar (*opt-out*) en cualquier acuerdo especial.

bienestar de quienes hacen la elección. A nuestro entender, una política, por tanto, es considerada como “paternalista” si trata de influenciar en las elecciones de las partes afectadas de modo que haga que quienes hacen la elección se vean beneficiados.<sup>12</sup> De acuerdo a unos hallazgos bien establecidos sobre economía del comportamiento y psicología cognitiva, enfatizamos la posibilidad que en algunos casos, los individuos toman decisiones inferiores en términos de su propio bienestar – decisiones que cambiarían si contaran con toda la información, o si tuvieran habilidades cognitivas ilimitadas y no les faltara autocontrol.<sup>13</sup> Además, la noción de paternalismo libertario no puede complementarse con la de *benevolencia libertaria*, a través de la cual las características del diseño del plan como las reglas tradicionales, los efectos marco, y los puntos de partida se logran para el beneficio de terceros vulnerables. Debemos avocar una discusión a esta posibilidad.

El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y no intrusivo, debido a que las elecciones no son bloqueadas ni cercadas. En su forma más cautelosa, el paternalismo libertario impone costos triviales a aquellos que buscan apartarse de la opción preferida del planificador. Pero el enfoque que sugerimos sin embargo es considerado como paternalista, debido a que los planificadores privados y públicos<sup>14</sup> no están tratando de rastrear las elecciones anticipadas de las personas, sino que tratan conscientemente de hacer que la gente gire en torno direcciones que promuevan el bienestar. Algunos libertarios son más propensos a tener muy pocos o ningún problema con nuestro respaldo al paternalismo para instituciones privadas; su objeción principal es respecto a la ley o gobierno paternalista. Pero como debemos mostrar, los mismos puntos que apoyan al paternalismo privado que promueve el bienestar, también se aplican a los gobiernos. Podemos concluir

que uno de nuestros objetivos fundamentales es el anti-paternalismo dogmático de numerosos analistas legales, incluyendo a muchos economistas y abogados con orientación económica.<sup>15</sup> Creemos que este dogmatismo se basa en una combinación de una falsa creencia y en dos concepciones erróneas.<sup>16</sup> Para obtener una alegación similar a la nuestra, véase Ted O’Donoghue y Matthew Rabin, *Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes*, 93 Am Econ Rev 186 (May 2003):

La falsa creencia radica en que la mayor parte de las personas, la mayor parte del tiempo, realizan elecciones según sus mejores intereses o, por lo menos eligen mejor, según sus propias ideas, que terceros. Esta afirmación es tautológica y, por tanto, poco interesante, o puede someterse a prueba. Sostenemos que ésta puede someterse a prueba y es falsa, absolutamente falsa. De hecho, no creemos que alguien pueda creer en ella luego de analizarla. Supongamos que un novato del ajedrez se enfrentará a un jugador experimentado. Si hacemos una predicción, el novato perderá precisamente porque tomará decisiones inferiores, producto de su inexperiencia– decisiones que podrían mejorarse mediante consejos acertados. En general, la pregunta sobre cuán bien elige la gente es empírica, y quien la responda es probable que varíe a lo largo de muchos campos.<sup>17</sup> Como primera aproximación, parece razonable decir que las personas toman mejores decisiones en contextos en los cuales cuentan con experiencia y están mejor informadas (por ejemplo, elegir los sabores de un helado) que en contextos en los cuales carecen de experiencia y de conocimiento (por ejemplo, elegir entre tratamientos médicos u opciones de inversión). En tanto que las personas no estén en la capacidad de hacer una correcta elección, es aceptable, por lo menos, que exista alguna política que haga que las personas puedan beneficiarse mejorando sus decisiones.

12 Para obtener una definición similar, véase Donald VanDeVeer, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence* 22 (Princeton 1986).

13 La racionalidad limitada y el auto-control limitado son descritos en Christine Jolls, Cass R. Sunstein, y Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stan L Rev 1471, 1477–79 (1998).

14 Cuando en el presente artículo utilizamos la palabra “planificador”, nos referimos a cualquier persona encargada de diseñar características institucionales como reglas, procedimientos, paquetes de información o similares. Una empresa grande con muchos empleados normalmente tendrá empleados que hagan las funciones de “planificadores”, desde el gerente de recursos humanos que elige el grupo de opciones de seguros de salud hasta el Presidente, que decide si pagar la equivalencia en el plan 401(k) en las acciones de la empresa. En la mayoría de nuestros ejemplos, los planificadores no son funcionarios del estado, aunque los argumentos también se aplican a esta clase de planificadores.

15 Véase, por ejemplo, Richard A. Epstein, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U Chi L Rev 947 (1984).

16 Para obtener una alegación similar a la nuestra, véase Ted O’Donoghue y Matthew Rabin, *Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes*, 93 Am Econ Rev 186 (May 2003):

Al referirse explícitamente a cuándo y cómo las personas siguen o no sus mejores intereses, los economistas estarán mejor capacitados para contribuir a debates políticos. Con el fin de contribuir a los debates sobre la regulación de decisiones financieras privadas, debemos estudiar si las decisiones financieras se basan en un razonamiento estadístico falaz y si los problemas de auto-control son la causa de que la gente se haga grandes préstamos; con el propósito de contribuir a los debates sobre jóvenes fumadores, debemos estudiar si los jóvenes se vuelven fumadores contra su mejor interés. Los economistas serán, y deberían ser ignorados si continuamos insistiendo en que es indiscutible que el hecho de comercializar activos constantemente o acumular deudas de consumidor, o volverse un adicto a la heroína debe ser óptimo para la gente que hace esto básicamente debido a que han decidido hacerlo.

17 En algunas áreas definitivamente será difícil llegar a conclusiones que no desaten controversia basándonos en un estudio puramente empírico, debido a que habrán juicios de valor muy disputados en un segundo plano. ¿La gente toma la mejor decisión cuando decide casarse joven, o elige mejor si decide convivir por largo tiempo antes de casarse? ¿Las jovencitas solteras eligen bien cuando optan por el aborto? Los estudios empíricos son bastante importantes aquí, pero casi no contribuirán a resolver todas las controversias sociales que nacen con esas preguntas. Aquí no estamos tratando de decir algo controversial acerca del bienestar, ni estamos tomando partido por controversias razonables sobre cómo comprender ese término. Para obtener mayor información sobre estos temas de índole normativa, véase Amartya Sen, *Development as Freedom* 74–76 (Knopf 1999) (que sustenta que el bienestar debe verse en términos de las libertades sustantivas de la gente para elegir una vida que ellos tengan razón para valorar); Daniel Kahneman, Ed Diener, y Norbert Schwarz, *Preface*, en Daniel Kahneman, Ed Diener, and Norbert Schwarz, eds, *Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology* ix, xi–xii (Russell Sage 1999) (presentan una perspectiva del bienestar humano que va más allá de los indicadores económicos tradicionales para incluir “bienes deseables como amor, reto mental y estés”).

La primera concepción errónea es que hay alternativas posibles para el paternalismo. En muchos casos, alguna organización o agente *debe* tomar una decisión que afectará el comportamiento de otras personas. En esos casos, no hay alternativas para un tipo de paternalismo –al menos en la forma de una intervención que afecte lo que la gente elige. Por tanto, hacemos énfasis en la posibilidad de que las preferencias de la gente, en ciertos campos y en un cierto rango, se ven influenciadas por las decisiones tomadas por los planificadores.<sup>18</sup> El punto se aplica tanto a actores públicos como a actores privados y, por tanto, a aquellos que diseñan reglas legales como a aquellos que atienden a los consumidores. Ponemos el ejemplo de la cafetería de una organización, en donde hay una necesidad de tomar una serie de decisiones, como qué comidas servir, qué ingredientes utilizar, y en qué orden colocar lo que han elegido. Supongamos que el director de la cafetería se percata que hay una tendencia por parte de los clientes a elegir los ítems que se presentan primero. ¿Cómo debe decidir el director en qué orden debe presentar los ítems? En otras palabras, considere estas estrategias alternativas que el director puede tomar en cuenta al decidir qué ítems colocar primero:

1. Puede optar por alternativas que considere serán para el mejor beneficio de los clientes, tomando en cuenta todo.
2. Puede decidir al azar.
3. Puede elegir los ítems que harían que los clientes se vuelvan lo más obesos posible.
4. Puede ofrecerle a los clientes lo que cree que ellos elegirían por sí solos.

La opción 1 pareciera ser paternalista, pero ¿alguien defenderá las opciones 2 ó 3? La opción 4 es lo que muchos anti-paternalistas elegirían, pero su implementación es más difícil de lo que aparenta ser. A lo largo de múltiples posibilidades, los consumidores a menudo carecerán de preferencias bien establecidas, entendiéndose por preferencias firmemente sostenidas ex ante a las propias elecciones del director respecto a cómo ordenar los ítems relevantes. Si la organización de alternativas tiene un efecto importante en las selecciones de los clientes, entonces sus “preferencias” verdaderas no existen formalmente.

Es claro que las presiones del mercado impondrán una disciplina en las decisiones egoístas de aquellos

directores de cafeterías que enfrentan una competencia. A ese punto, aquellos directores deberán ofrecer a la clientela las opciones que ella desee. Una cafetería que enfrenta una competencia y ofrece comida saludable pero de un sabor horroroso no tendrá éxito.

Los libertarios con orientación de mercado requerirán que la cafetería trate de maximizar sus ganancias ofreciendo menús que posibiliten el incremento de sus ingresos netos. Sin embargo, la maximización de ingresos no es la meta apropiada para las cafeterías que tienen un grado monopolio, por ejemplo, las cafeterías de colegios, residencia de estudiantes, o algunas compañías. Además, aún aquellas cafeterías que enfrentan la competencia notarán que en algunos momentos, el éxito del mercado vendrá no del seguimiento de las preferencias ex ante de las personas, sino de ofrecerles bienes y servicios que terminarán, en la práctica, promoviendo su bienestar, considerando todas las posibilidades. Es posible que los clientes terminen sorprendiéndose con lo que elijan finalmente; de hecho, es probable que sus preferencias cambien como resultado del consumo.<sup>19</sup> Y, en algunos casos, la disciplina marcada por las presiones del mercado, sin embargo, permitirán que el director tenga un campo de manejo amplio, en vista que las preferencias de las personas no son correctas a lo largo de los campos concernientes.

Mientras que algunos libertarios aceptarán gustosamente este punto para las instituciones privadas, éstos objetarán los esfuerzos del gobierno para influenciar en la elección de las personas a nombre de beneficio. El escepticismo en torno al gobierno podría basarse en el hecho que las presiones del mercado ejercen la menor o ninguna disciplina en los gobiernos. O, tal vez dicho escepticismo podría basarse en el temor que intereses parroquiales conducirán a los planificadores del gobierno hacia sus propios intereses (el problema de la elección pública).<sup>20</sup> Estamos de acuerdo en que para el gobierno, los riesgos de errores y de extralimitación son verdaderos y algunas veces preocupantes. Pero los gobiernos, tanto como las cafeterías (a menudo administradas por los gobiernos), tienen que proporcionar puntos de partida de uno u otro tipo; esto no se puede evitar. Debemos enfatizar que ellos lo realizan todo el tiempo, mediante las normas de contratos y perjuicios, de una manera que afecta algunas preferencias y elecciones inevitablemente.<sup>21</sup> Sobre este punto, la posición antipaternalista no contribuye –es inútil literalmente.

18 Para obtener argumentos sobre este punto, véase Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 Cornell L Rev 608, 675 (1998) (afirmando “the preference exogeneity assumption, implicit in all law-and-economics theories of efficient contract default rule selection, is probably false”); Cass R. Sunstein, *Endogenous Preferences*, *Environmental Law*, 22 J Leg Stud 217, 224 (1993) (argumentando que la demanda de una regulación ambiental se ve afectada por la asignación inicial de derechos hecha por planificadores del gobierno). Calificaciones importantes provienen de Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Harvard 1991) (discutiendo sobre ambientes en que la gente organiza sus asuntos sin referirse a la ley). Pero aún con dichas calificaciones, no hay objeción al paternalismo libertario; en los contextos explorados por Ellickson, la regla tradicional es irrelevante, no dañina.

19 Véase generalmente Gary S. Becker, *Accounting for Tastes* (Harvard 1996).

20 Para obtener un ejemplo clásico, véase Bruce A. Ackerman and William T. Hassler, *Clean Coal/Dirty Air: Or How the Clean Air Act Became a Multibillion-Dollar Bail-Out for High-Sulfur Coal Producers and What Should Be Done about It* (Yale 1981).

21 Véase Korobkin, 83 Cornell L Rev en la página 611 (en la nota 18) (sugiriendo que “cuando los legisladores aplican a algún término del contrato el lo tradicional, las preferencias substantivas de las partes contratantes cambian—el término se vuelve más deseable, y otros términos equivalentes se vuelven menos deseables”).

La segunda concepción errónea es referente a que el paternalismo siempre involucra coerción. Según lo ilustrado mediante el ejemplo de la cafetería, la elección del orden como presentar los ítems de comida no ejerce coerción en alguien para hacer algo, ni tampoco uno debe preferir un orden determinado en lugar de otros basándose en que son paternalistas, en el sentido que utilizamos el término. ¿Alguien se opondría a colocar las frutas y las ensaladas antes de los postres en una cafetería de escuela primaria si de lo que se trata es de aumentar la tasa de consumo de manzanas en lugar de las tartaletas? ¿Esta pregunta es fundamentalmente distinta si los clientes fueran adultos? En vista que no hay coerción de por medio, pensamos que algunos tipos de paternalismo deben ser aceptables aún para el más ardiente libertario. En el campo importante del comportamiento de ahorros, debemos presentar una serie de ejemplos. Para aquellos anti-libertarios que dudan de la libertad de elección y que preferirían optar por el bienestar, insistimos en que a menudo es posible que los planificadores paternalistas hagan una causa común con sus adversarios libertarios adoptando políticas que prometan promover el bienestar y que también den cabida a la libertad de elección. Para planificadores seguros, sugerimos reducir los riesgos de planes confusos, o con una motivación no acorde con la real, si las personas tienen la oportunidad de rechazar las soluciones del planificador.

La idea central de nuestro argumento es que el término "paternalista" no sea considerado peyorativo, sino sólo descriptivo. Una vez que se haya comprendido que algunas decisiones organizacionales son inevitables, que una forma tal de paternalismo no puede evitarse, y que las alternativas para paternalismo (como la elección de opciones que coloquen a las personas en una situación inferior a la actual) no son atractivas, podemos abandonar la pregunta menos interesante sobre si ser paternalista o no, y saltar hacia la pregunta más constructiva de cómo elegir entre las posibles opciones de influencia en la elección. Para este propósito, sugerimos dos posibilidades. En primer lugar, los programas deben diseñarse utilizando un tipo de análisis de bienestar, uno en el cual se haga un serio intento para medir

los costos y beneficios de los resultados (en lugar de confiar en estimados de disposiciones de pagar). Los electores contarán con más posibilidades de elección si los beneficios del bienestar exceden los costos del mismo. En segundo lugar, se deben utilizar algunos resultados de la psicología de la toma de decisiones para proporcionar directrices *ex ante* a fin de apoyar criterios razonables sobre cuándo los consumidores y clientes ganarán más al incrementar sus opciones. Argumentamos que aquellos que están generalmente inclinados a oponerse al paternalismo deben considerar que estas sugerencias no causan controversia.

Lo que resta de este Artículo está organizado de la siguiente manera. En la Parte I referimos que las personas no necesariamente tomarán decisiones que promuevan su propio bienestar. La Parte II, de algún modo el corazón conceptual del Artículo, pregunta si es inevitable una forma de paternalismo. Sugerimos que debido a los probables efectos de las reglas tradicionales, efectos marco y puntos de partida en las elecciones y preferencias, el paternalismo, al menos en un sentido débil, no se puede evitar. Para estar seguros de esto, los planificadores pueden tratar de evitar el paternalismo haciendo elecciones activas, pero algunas veces las personas rechazarán estos tipos de requerimientos (lo que es también en una dimensión paternalista, simplemente debido a que algunas veces a las personas no les gusta elegir). La Parte III investiga cómo un paternalista libertario puede elegir entre las opciones más importantes, incluyendo un paternalismo mínimo, elecciones activas requeridas, restricciones de procedimiento, y restricciones substantivas. La Parte IV explora una amplia pregunta: ¿Cuántas posibilidades de elección deben ofrecerse? Hemos identificado un grupo de preguntas que deben responderse con el fin de conocer si al tener un grupo grande de opciones, el bienestar de las personas está más propenso a promoverse o debilitarse. La Parte V explora las objeciones.

## I. La Racionalidad de Elecciones

La suposición según la cual deben respetarse elecciones individuales usualmente se basa en la afirmación que la gente hace un trabajo excelente tomando decisiones, o al menos que hace un trabajo mucho mejor de lo que otros pudieran hacer.<sup>22</sup> Hasta donde podemos mencionar,

22 Según esta afirmación, sucede usualmente, pero no siempre. Algunos de los argumentos comunes contra el paternalismo descansan en la autonomía, más no en las consecuencias – en la creencia de que la gente puede hacer lo que quiera, aún cuando esté equivocada. Por tanto, John Stuart Mill, *On Liberty* (1859), reimpresso en *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government* 69 (Dent 1972) (H.B. Acton, ed), presenta una mezcla de afirmaciones que se basan en la autonomía y en las consecuencias. Nuestra preocupación principal radica en el bienestar y en las consecuencias. No nos oponemos al hecho que la autonomía tenga sus propios postulados, pero creemos que sería algo extremista, según la esfera que abordamos, tratar a la autonomía, en la forma de libertad de elección, como un tipo de triunfo que no predominará sobre los fundamentos consecuencialistas. En cualquier caso, el argumento de la autonomía se ve socavado por el hecho, discutido en la Parte I, que algunas veces las preferencias y las elecciones son una función de acuerdos dados. Más importante aún, consideramos que el respeto a la autonomía es albergado debidamente por el aspecto libertario del paternalismo libertario, según se discutirá más adelante.

También notamos que la compleja relación existente entre las preferencias, elecciones, y la autonomía es un asunto complejo en la tradición liberal. Véase Don Herzog, *Happy Slaves: A Critique of Consent Theory* 229 (Chicago 1989) (en su reto a la teoría del consentimiento basándose en que quizá algunos individuos no tienen capacidad de decisión, o que los roles sociales preexistentes que la gente ocupa no les permiten hacer con una verdadera elección); Jon Elster, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality* 109 (Cambridge 1983) (en su discusión de la adaptación de preferencias a las oportunidades actuales). Algunas veces, se enfatiza que las preferencias y elecciones son producto de condiciones anteriores injustas, poniendo en peligro a la autonomía, y que cuando las elecciones son producto de la injusticia pasada, el respeto a dichas elecciones no promovería una autonomía. Véase Amartya Sen, *Commodities and Capabilities* (North-Holland 1985). Nuestra discusión no involucra estos asuntos, pero hay una clara relación entre dichos argumentos y postulados sobre "preferencias adaptativas," véase Elster, *Sour Grapes* en las páginas 109-10, y nuestro énfasis en el status quo y en el efecto de la posesión en la Parte II.C.

existe muy poco apoyo empírico que sustente esta afirmación. Considere el tema de la obesidad. Hoy en día, las tasas de obesidad en los Estados Unidos están llegando al 20 por ciento, y más del 60 por ciento de Norteamericanos son considerados obesos o en sobrepeso.<sup>23</sup> Existe abrumante evidencia que manifiesta que la obesidad es causante de serios problemas a la salud, que frecuentemente causan una muerte prematura.<sup>24</sup> Es bastante ilusorio sugerir que todos elijan la dieta óptima, o una dieta que es preferible en lugar de tener la asesoría de un tercero. Es claro que la gente racional no sólo se preocupa por su salud, sino también por el sabor de las comidas, y con esto no decimos que todos los que están en sobrepeso no están actuando racionalmente necesariamente. Lo que rechazamos como inadmisibles es la gran afirmación que todos o casi todos los Norteamericanos eligen su dieta de manera *óptima*. Lo que se afirma con respecto a las dietas también se aplica en otros comportamientos que involucran a la salud, incluyendo el fumar y el tomar, que causan aproximadamente 500,000 muertes prematuras por año.<sup>25</sup> En estas circunstancias, no puede creerse que las decisiones de las personas son, en todos los campos, el mejor medio de promover su bienestar. En realidad, muchos fumadores, bebedores y los que exageran comiendo desean pagar los servicios de terceros que puedan ayudarlos a elegir entre mejores grupos de consumo.

A un nivel más científico, la investigación de psicólogos y economistas durante las tres últimas décadas pasadas ha generado preguntas sobre la racionalidad de muchos criterios y decisiones que toman los individuos. La gente no puede hacer pronósticos reales que sean consistentes con la regla de Bayes,<sup>26</sup> el uso de la heurística que puede llevarlos a cometer disparates sistemáticos,<sup>27</sup> mostrar cambios de preferencias (esto es, que prefieran A a B y B a A),<sup>28</sup> sufrir problemas de autocontrol,<sup>29</sup> y hacer distintas elecciones según la magnitud del problema.<sup>30</sup> Es posible realizar cuestionamientos sobre algunos de estos hallazgos y pensar que la gente podría hacer un mejor trabajo si eligieran en el mundo real que de la manera como eligen en el laboratorio.<sup>31</sup> Pero los estudios de elecciones actuales revelan la existencia de muchos problemas similares, aún cuando los riesgos son altos.<sup>32</sup>

No pretendemos subrayar en el presente documento toda la evidencia relevante, pero sí mostrar una idea sobre el comportamiento de ahorro. Bnartzy y Thaler han investigado el gusto que los inversionistas tienen por las carteras que han seleccionado para sus planes de ahorro de contribución definidos.<sup>33</sup> Los empleados voluntariamente han aceptado compartir su cartera

- 23 Véase la información del Centro para el Control de las Enfermedades en la página [http://www.cdc.gov/nccdp/hp/dnpa/obesity/trend/prev\\_char.htm](http://www.cdc.gov/nccdp/hp/dnpa/obesity/trend/prev_char.htm) (visitada el 10 de mayo de 2003). Esto representa un incremento del 61 por ciento en obesidad entre 1991 y 2000; 38.8 millones de Norteamericanos son calificados como obesos. Véase id. Véase también Ali H. Mokdad, y otros, *The Continuing Epidemics of Obesity and Diabetes in the United States*, 286 JAMA 1195 (2001).
- 24 Véase, por ejemplo, Eugenia E. Calle, y otros, *Body-Mass Index and Mortality in a Prospective Cohort of U.S. Adults*, 341 New Eng J Med 1097 (1999) (en su discusión del incremento del riesgo de muerte por todos los tipos de obesidad). Véase también National Institute of Diabetes & Digestive & Kidney Diseases, *Understanding Adult Obesity*, NIH Pub No 01-3680 (Oct 2001), en línea en <http://www.niddk.nih.gov/health/nutrit/pubs/unders.htm#Healthrisks> (visitado el 10 de Mayo de 2003) (haciendo notar las relaciones entre la obesidad y el cáncer, diabetes, enfermedades del corazón, hipertensión y derrame cerebral).
- 25 Véase Cass R. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment* 8-9 (Cambridge 2002), basándose en J. Michael McGinnis and William H. Foege, *Actual Causes of Death in the United States*, 270 JAMA 2207 (1993). Para una discusión interesante, véase Jonathan Gruber, *Smoking's 'Internalities'*, 25 Regulation 52, 54-55 (Invierno 2002/2003) (que encuentran una falta de relación entre del deseo de los fumadores para satisfacer sus deseos por corto tiempo y su deseo de querer gozar de una buena salud por largo tiempo, sugiriendo que el impuesto a los cigarrillos podría ayudar a que los fumadores tengan ese auto-control que se requiere para actuar en nombre de sus intereses de largo plazo).
- 26 Véase David M. Grether, *Bayes Rule as a Descriptive Model: The Representativeness Heuristic*, 95 Q J Econ 537 (1980). La regla de Bayes explica cómo cambiar las creencias actuales referentes a la probabilidad de una hipótesis particular a la luz de nueva evidencia. Véase Jonathan Baron, *Thinking and Deciding* 109-15 (Cambridge 3d ed 2000) (que proporciona una explicación matemática y ejemplos de la aplicación de la regla).
- 27 Véase, por ejemplo, Daniel Kahneman y Shane Frederick, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment*, en Thomas Gilovich, Dale Griffin, y Daniel Kahneman, eds, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* 49, 53 (Cambridge 2002); Amos Tversky and Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Science 1124 (1974); Amos Tversky and Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 5 Cognitive Psych 207 (1973).
- 28 Véase Richard H. Thaler, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 79-91 (Free Press 1992). En el contexto legal, véase Cass R. Sunstein, y otros, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 Stan L Rev 1153 (2002).
- 29 Véase Shane Frederick, George Loewenstein, y Ted O'Donoghue, *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, 40 J Econ Lit 351, 367-68 (2002).
- 30 Véase Colin F. Camerer, *Prospect Theory in the Wild: Evidence from the Field*, in Daniel Kahneman and Amos Tversky, eds, *Choices, Values, and Frames* 288, 294-95 (Cambridge 2000); Eric J. Johnson, y otros, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, in id en las páginas 224, 238. Note igualmente la literatura que aparece sobre la incapacidad de la gente para predecir sus propias reacciones emocionales frente a eventos, una literatura que podría bien tener relación con los asuntos del paternalismo libertario. Véase Timothy D. Wilson y Daniel T. Gilbert, *Affective Forecasting*, 35 Advances in Experimental Soc Psych 345 (2003).
- 31 Para obtener alguna evidencia sobre la soberanía del consumidor, véase Joel Waldfogel, *Does Consumer Irrationality Trump Consumer Sovereignty?: Evidence from Gifts and Own Purchases* (Feb 2003), en línea en <http://papers.ssrn.com/abstractid=337261> (visitado el 10 de Mayo de 2003). Waldfogel encuentra que las personas valoran sus propias compras más que los regalos que provienen de terceros—un hallazgo que, en esta perspectiva, apoya la idea que los consumidores son los mejores jueces sobre qué bienes promoverán su bienestar. No dudamos de este hallazgo. Note, sin embargo, que Waldfogel estudia el contexto de las compras comunes de los consumidores, en donde la gente se encuentra en una posición especialmente apropiada para saber lo que quiere. Nos estamos enfocando en situaciones menos familiares, que presentan rompecabezas especiales.
- 32 Para obtener mayor evidencia sobre el hecho que la heurística y las tendencias operan en el mundo real, aún cuando hayan dólares de por medio, véase Werner F.M. De Bondt and Richard H. Thaler, *Do Security Analysts Overreact?*, 80 Am Econ Rev 52 (1990) (que demuestran que los analistas de seguridad reaccionan exageradamente respecto a la información del mercado y hacen pronósticos que son demasiado optimistas o, por el contrario, demasiado pesimistas); Robert J. Shiller, *Irrational Exuberance* 135-47 (Princeton 2000) (en su discusión del focalismo o sobre-confianza en el comportamiento del mercado); Colin F. Camerer y Robin M. Hogarth, *The Effects of Financial Incentives in Experiments: A Review and Capital-Labor-Production Framework*, 19 J Risk & Uncertainty 7 (1999) (que hallaron que los incentivos financieros nunca eliminaron anomalías o persistentes irracionalidades). Véase también Colin F. Camerer, *Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction* 60-62 (Princeton 2003) (que refiere que existe un mínimo efecto en el incremento de apuestas en juegos bajo presión diseñados para probar la hipótesis que la gente tiene intereses personales, y añaden, "Si yo tuviera un dólar por cada vez que un economista sostenga que el incremento de apuestas conducirá el comportamiento bajo presión hacia el interés personal, tendría un jet privado en standby todo el día").
- 33 Véase Shlomo Benartzi y Richard H. Thaler, *How Much Is Investor Autonomy Worth?*, 57 J Fin 1593 (2002).

con los investigadores aportando una copia de su más reciente estado de cuenta al laboratorio.

En aquella oportunidad se les mostró las distribuciones de probabilidad de un ingreso de jubilación para las tres carteras de inversión catalogadas como A, B y C. Sin que los sujetos sepan, las tres carteras se trataban de sus propias carteras, y carteras que imitaban las elecciones promedio de sus compañeros de trabajo. Las distribuciones de los ingresos esperados se calcularon utilizando el software de Motores Financieros, la compañía de información financiera fundada por William Sharpe. En general, los sujetos otorgaron a la cartera promedio una clasificación igual a la otorgada a su propia cartera, y consideraron que la cartera promedio era bastante más atractiva que su propia cartera.<sup>34</sup> De hecho, únicamente un 20 por ciento de los sujetos prefirieron su propia cartera a la cartera promedio.<sup>35</sup> Aparentemente, la gente no se beneficia mucho, según sus propias perspectivas, al elegir carteras de inversión para ellos mismos.

O, considere el deseo de la gente de tomar precauciones. En general, la decisión de comprar un seguro para desastres naturales no es producto de una investigación sistemática de sus costos y beneficios, sino de eventos recientes.<sup>36</sup> Si en los últimos años no se ha producido alguna inundación, la gente que vive cerca de llanuras sujetas a inundaciones tendrá menos deseos de adquirir un seguro.<sup>37</sup> Después de un terremoto, el nivel de cobertura de seguros para terremotos se incrementa repentinamente—pero baja sostenidamente a partir de ese punto debido a que las memorias vivas se van desvaneciendo poco a poco.<sup>38</sup> Los hallazgos de este tipo no establecen que las elecciones de las personas sean generalmente malas o que otros puedan tener mejores reacciones. Sin embargo, sí muestran que en algunos momentos, la gente no hace buenas elecciones, aún cuando los riesgos sean altos.

Es cierto que algunas veces la gente responde a su propia racionalidad limitada al, por ejemplo, contratar agentes o delegar decisiones a otros.<sup>39</sup> También es cierto que un conocimiento amplio permite que la gente pueda ir más allá de sus limitaciones. Sin embargo, muchas de sus decisiones más importantes (por ejemplo, comprar una casa o elegir un esposo(a)), se realizan sólo ocasionalmente y generalmente sin la ayuda de expertos imparciales. Las posibilidades

de delegación y aprendizaje no son suficientes para garantizar que las elecciones de las personas siempre buscan su bienestar, o que siempre eligen mejor de lo que otros podrían elegir.

De cualquier modo, nuestro énfasis aquí no radica en bloquear las elecciones, sino en estrategias que orienten a la gente hacia direcciones que promueven el bienestar y que, a la vez, permitan la libertad de elección. La evidencia de racionalidad limitada y de problemas de autocontrol es suficiente para sugerir que vale la pena explorar dichas estrategias. De hecho, mucha gente valora la libertad de elección como un fin en sí mismo, pero no deberían oponerse a enfoques que preservan esa libertad y que, a la vez, prometen mejorar la vida de las personas.<sup>40</sup>

## II. ¿Es Inevitable el Paternalismo?

Hace unos años, se cambió la legislación tributaria de modo que los trabajadores pudieran pagar por el parqueo proporcionado por el empleador en una base antes de impuestos.<sup>41</sup> Anteriormente, dicho parqueo tenía que ser pagado con ingresos después de deducir impuestos. Nuestro empleador, y el empleador de algunos de nuestros grandes colegas anti-paternalistas, notificó sobre este cambio en la ley, y adaptó la siguiente política: A menos que el empleado comunique debidamente a la sección de planillas, las deducciones por parqueo se tomarán del ingreso antes de deducir impuestos, y no cuando los impuestos ya hayan sido deducidos. En otras palabras, la Universidad de Chicago decidió que la opción tradicional sería pagar el estacionamiento con los ingresos netos, pero los empleados podrían optar por no participar en este acuerdo y pagar con los ingresos brutos. Llamemos a esta opción el Plan A. Obviamente, la otra alternativa, el Plan B, sería anunciar el cambio en la legislación y comunicar a los empleados que si deciden cambiarse al nuevo plan antes de deducir impuestos, ellos deberán presentar algún formulario manifestando su decisión. La única diferencia entre ambos planes es el elemento “tradicional o por defecto”. Según el Plan A, el elemento tradicional es la nueva opción que se presenta a los trabajadores, mientras que en el Plan B el elemento tradicional es el status quo. Nos vamos a referir al primero como la estrategia de “decidir no participar” o la libertad de retirarse (*opt-out*) y al último como a la estrategia de “decidir participar” o la libertad de permanecer (*opt-in*).<sup>42</sup>

34 Id en 1598.

35 Id.

36 Véase Paul Slovic, Howard Kunreuther, y Gilbert F. White, *Decision Processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards* (1974), reimpresso en Paul Slovic, *The Perception of Risk* 1, 14 (Earthscan 2000) (explicando que la disponibilidad heurística “es potencialmente una de las importantes ideas que nos ayuda a comprender las incongruencias más factibles de ocurrir en nuestras percepciones de peligros naturales”). Véase también Howard Kunreuther, *Mitigating Disaster Losses through Insurance*, 12 *J Risk & Uncertainty* 171, 174–78 (1996) (explicando por qué los individuos no toman medidas preventivas rentables o se aseguran voluntariamente contra desastres naturales).

37 Véase Kunreuther, 12 *J Risk & Uncertainty* en las páginas 176–77 (en la nota 36) (concluyendo, basado en parte en entrevistas personales a propietarios de hogares más propensos a inundaciones, que “la ocurrencia de un desastre que cause daños a la propiedad generará el deseo de adquirir un seguro”).

38 Véase id; Slovic, Kunreuther, y White, *Decision Processes* at 14 (en la nota 36).

39 Véase Cass R. Sunstein y Edna Ullmann-Margalit, *Second-Order Decisions*, 110 *Ethics* 5 (1999).

40 Véase pie 22. Algunas personas estarán a favor de la elección libre de influencias, y se opondrán a cualquier esfuerzo para orientar las elecciones de las personas en determinadas direcciones. Pero según explica la Parte II, a menudo resulta imposible evitar influencias en la elección.

41 Véase 26 USC § 132(f) (2000).

42 Definitivamente, lo que cuenta como la opción de decidir no participar y la opción de decidir participar depende de la opción tradicional.

¿Cómo deberá la Universidad elegir entre el “decidir participar” y el “decidir no participar”? En el ejemplo del parqueo, pareciera ser el caso que cada empleado pudiera preferir pagar el parqueo con los ingresos antes de deducir impuestos en lugar que con los ingresos después de deducir impuestos. Debido a que el ahorro de costo es importante (un estacionamiento cuesta tanto como \$1200 por año) y el costo de presentar un formulario es intrascendente, la teoría económica estándar predice que realmente no importará lo que la universidad decida. En cualquiera de los planes, todos los empleados tendrán que elegir (sea permanecer activamente en el Plan B o por defecto en el Plan A) la opción antes de impuestos. En la vida real, sin embargo, aunque la universidad haya adoptado el Plan B, creemos que muchos empleados, especialmente los docentes académicos (y probablemente los actuales autores), enterrarán ese formulario en la pila de sus documentos de oficina y pagarán una suma más alta por estacionarse, según la base de pago antes de impuestos. En resumen, el plan tradicional tendría mayores efectos en el comportamiento. En todo momento debemos prestar mayor atención a los efectos de planes tradicionales en las elecciones. A menudo, dichos planes serán considerablemente “difíciles”.

## A. Ahorros y Empleadores

### 1. Información y Reglas Tradicionales

Nuestra hipótesis que defiende que los planes tradicionales afectan los resultados se basa en los resultados de numerosos experimentos que documentan la tendencia de “status quo”.<sup>43</sup> El acuerdo actual, establecido por instituciones privadas o por el gobierno, a menudo es robusto. Una ilustración de este fenómeno proviene de estudios de inscripción automática en planes de ahorros 401(k) de los empleados,<sup>44</sup> y ahora elaboramos la breve descripción con la cual comenzamos. La mayor parte de planes 401(k) ofrecen la opción de “decidir participar”. Cuando los empleados cumplen los requisitos para participar en el plan 401(k), ellos reciben información y el formulario de inscripción que deberá ser llenado con el fin de participar. Según la alternativa de inscripción automática, los empleados reciben la misma información pero se les dice que a menos que decidan no participar, estarán inscritos automáticamente en el plan (con las opciones tradicionales para tasas de ahorro y asignación

de activos). En compañías que ofrecen una “igualación” (el empleador ajusta las contribuciones de los empleados según una fórmula, a menudo un 50 por ciento hasta cierto límite), la mayor parte de empleados eventualmente opta por adherirse al plan, pero la inscripción ocurre anteriormente según el registro automático. Por ejemplo, Madrina y Shea notaron que las inscripciones pasaron del 49 por ciento al 86 por ciento,<sup>45</sup> y Choi y sus coautores encontraron resultados similares.<sup>46</sup>

¿Debería considerarse como paternalista la opción del registro automático? Y de ser así, ¿debería verse como algo oficioso que interfiere con las preferencias de los empleados? Respondemos estas preguntas afirmativa y negativamente respectivamente. Si los empleadores piensan (correctamente, creemos) que la mayor parte de los empleados preferirá unirse al plan 401(k) si se tomaran el tiempo de pensar en él y no perdieran el formulario de inscripción, entonces al elegir el registro automático, estarán actuando de manera paternalista según nuestra definición del término. Aquí no están tratando de proteger contra los daños hacia terceros, sino están conduciendo las elecciones de los empleados en direcciones que, según los empleadores, promoverán el bienestar de los empleados. En vista que no se fuerza a nadie a hacer algo, pensamos que este tipo de conducción debe ser considerado como inobjetable, aún para libertarios comprometidos. El empleador debe elegir un grupo de reglas, y cualquiera sea el plan, éste afectará las elecciones de los empleados. Ninguna ley de la naturaleza dice que en ausencia de una elección afirmativa por parte de los empleados, 0 por ciento de ganancias se destinarán a un plan de jubilación. Debido a que ambos planes alteran las elecciones, no es posible decir, que alguno de ellos, en mayor proporción que el otro, cuenta como una forma de interferencia objetable.

### 2. Escépticos

Los lectores escépticos, que dan mayor insistencia al tema de la libertad elección, podrían verse tentados a pensar que existe otra alternativa para salir de este problema. Los empleadores podrían evitar tener que elegir algo tradicionalmente si *hicieran* que los empleados elijan activamente, sea optando por continuar o retirarse del plan. Llamemos a esta opción *elección activa requerida*. Indudablemente, la elección activa requerida resulta atractiva en algunos escenarios, pero si reflexionamos

43 Véase Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch, y Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 J Econ Persp 193, 197-99 (1991); William Samuelson y Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J Risk & Uncertainty 7 (1988).

44 Véase note 1 y el texto complementario.

45 Véase Madrian and Shea, 116 Q J Econ en las páginas 1158-59 (en la nota 1).

46 Véase Choi, et al, *Defined Contribution Pensions* en las páginas 76-77 (en la nota 1) (encontrando que el registro de empleados seis meses luego de su contratación en tres compañías se incrementó luego de la adopción de la inscripción automática, de 26.4 por ciento a 93.4 por ciento, 35.7 por ciento a 85.9 por ciento, y 42.5 por ciento a 96 por ciento). En un fenómeno por separado, la regla tradicional también tuvo un efecto importante en la tasa de contribución elegida. Véase Madrian y Shea, 116 Q J Econ en las páginas 1162-76 (en la nota 1). La tasa de contribución tradicional (3 por ciento) tendió a fijarse; una mayor parte de empleados mantuvo esa tasa aún cuando esta tasa particular fue elegida por aproximadamente 10 por ciento de empleados contratados antes de la inscripción automática. Id en 1162-63. Los mismos resultados se hallaron para la asignación tradicional de la inversión: Mientras que menos del 7 por ciento de empleados eligió un 100 por ciento de asignación en los fondos de inversión en activos del mercado monetario, una mayoría importante (75 por ciento) de empleados se quedó con esa asignación cuando se trató de la regla tradicional. Id en 1168-71. La regla tradicional general (participación en el plan, a una tasa de contribución del 3 por ciento, invirtiendo 100 por ciento en los fondos de inversión en activos del mercado monetario) fue de 61 por ciento, pero únicamente el 1 por ciento de empleados eligió este grupo de opciones antes de su adopción como defaults. Id en 1171-72.

un poquito nos daremos cuenta que no es la salida del problema. Por el contrario, la elección activa requerida es simplemente otra opción entre muchas que se le presentan al empleador. De hecho, el simple hecho de que los empleados tomen una decisión tiene un gran rasgo paternalista. Es posible que algunos empleados no deseen tener que elegir (y quizá hagan una elección de segundo orden para no tener que hacerlo). ¿Por qué los empleadores los tienen que forzar a decidir?

La elección activa requerida honra a la libertad de elección de cierta manera, pero no apela a aquellos que elegirían no tener que elegir, y de hecho podría parecer irritante y quizá inaceptablemente coercitiva según como se presenta. En algunas circunstancias, el requerimiento de elección ni siquiera será una posibilidad.<sup>47</sup> En cualquier caso permanece una pregunta empírica: ¿Cuál es el efecto de una elección forzada? Choi, y otros, encontraron que la elección activa requerida incrementa las inscripciones hacia la regla de decidir permanecer, aunque no tanto como el registro automático (decidir no participar).<sup>48</sup> Nuestra discusión en la Parte III a continuación ofrece algunas sugerencias sobre las circunstancias en las que tiene más sentido forzar a los empleados.

Otros escépticos podrían pensar que los empleados deben evitar el paternalismo haciendo lo que la mayor parte de los empleados quisieran que sus empleadores hagan. En este enfoque, una regla tradicional puede evitar el paternalismo exitosamente si rastrea las preferencias de los empleados. Algunas veces esta es una solución plausible. Pero ¿qué sucede si muchos o la mayor parte de empleados carece de preferencias estables o correctas, y si las elecciones de los empleados se convierten inevitablemente en producto de la regla tradicional? En dichos casos, no tiene sentido preguntar lo que haría la mayor parte de empleados. Las elecciones que realicen los empleados dependerán del modo que el empleador presente dichas elecciones. Las "preferencias" del empleado, como tales, no existen en dichas circunstancias.

Creemos que el ahorro es un buen ejemplo de un campo en el cual las preferencias posiblemente no estén claramente definidas. Muy pocos hogares tienen el conocimiento o la inclinación para calcular su tasa de ahorros de su ciclo de vida, y aún cuando hubiere dicho cálculo, sus resultados dependerán ampliamente de las presunciones sobre tasas de retorno y esperanzas de vida. A la luz de esto, el

comportamiento actual es altamente sensible a las características de diseño del plan.

## B. Gobierno

Algunos entusiastas de la libre elección quizá estén deseando reconocer estos puntos y por tanto aceptar los esfuerzos de instituciones privadas para orientar las elecciones de las personas hacia lo que parecieran ser las correctas decisiones. Las presiones del mercado, y su frecuentemente gran rango de posibles opciones, podrían imponer suficiente protección contra la orientación cuestionable. Pero nuestro énfasis ha estado en la inevitabilidad del paternalismo, y según esto, los mismos puntos se aplican a algunas elecciones efectuadas por gobiernos al establecer las reglas legales.

### 1. Reglas Tradicionales o por Defecto

Las reglas tradicionales de algún tipo son inevitables, y dichas reglas afectan las preferencias y las elecciones la mayor parte del tiempo.<sup>49</sup> En palabras ya olvidadas de un artículo clásico:

Siempre es necesario un mínimo de intervención estatal. Cuando se pierde una vida en un accidente de tránsito, esto no es porque Dios así lo ha determinado. Se debe a que el estado le ha otorgado al infractor el derecho de estar libre de responsabilidad e intervendrá evitando que los amigos de la víctima, si son fuertes, tomen un tipo de compensación por parte del infractor.<sup>50</sup>

Si las reglas que otorgan facultades parecieran invisibles, y además parecieran ser un simple medio de proteger la libertad de elección, es porque se muestran tan sensibles y naturales que no se toman como una alusión legal en lo más mínimo. Pero esto no es así. Lo que sugerimos aquí es que cuando una regla tradicional afecta las preferencias y el comportamiento, ésta tiene el mismo efecto que las suposiciones del empleador respecto a los planes de ahorro. Este efecto es a la vez inevitable e importante. En tanto que la gente se vea envuelta en la regla tradicional, es justo decir que el sistema legal protege la libertad de elección, y en ese sentido cumple las leyes libertarias.

Los consumidores, trabajadores y gente casada,<sup>51</sup> por ejemplo, se encuentran rodeados por una red de asignaciones legales que proporcionan los antecedentes ante los cuales se entablan los acuerdos. Debido a la

47 Tome en cuenta el ejemplo de la cafetería: Cualquier menú debe preceder a la elección. Lo mismo sucede en cualquier contexto, como la privatización del seguro social, en donde los planificadores deben proporcionar un menú de opciones. Quizá se responderá que los planificadores podrían pedir que los electores elijan "cualquier opción que deseen"; pero esto no sucederá.

48 Compare Choi, y otros, *Defined Contribution Pensions* en la página 86 (en la nota 1) (notando que el 78 por ciento de empleados a quienes se les ofreció la inscripción en un programa que comprometía ahorros si se producían incrementos futuros aceptó, y el 62 por ciento aceptó y permaneció en el programa durante tres incrementos de sueldos), con *id* en la página 77 (mostrando tasas de inscripción en planes de ahorro con la opción de decidir no participar en tres compañías seis meses luego de ser contratados a 93.4 por ciento, 85.9 por ciento, y 96.0 por ciento).

49 Véase Cass R. Sunstein, *Switching the Default Rule*, 77 NYU L Rev 106 (2002) (mostrando que los empleados algunas veces valoran ciertos derechos simplemente porque han recibido dichos derechos en primera instancia); Korobkin, 83 Cornell L Rev 608 (en la nota 18) (argumentando que la evidencia de tendencias status quo contradice la presunción regular legal y económica que refiere que las preferencias son exógenas a la regla tradicional).

50 Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv L Rev 1089, 1090-91 (1972).

51 Sobre el matrimonio y las reglas legales, véase generalmente a Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (Basic 1989).

ley del empleo, y de manera consistente con la libertad de contratos, se presume que los trabajadores podrán eximirse de responsabilidad “según su voluntad”, o se presumirá que mediante un derecho implícito estarán protegidos para eximirse de responsabilidad “con justificación”. Se asumirá que tienen el derecho a tener vacaciones, o no. Se asumirá que estarán protegidos mediante requerimientos de seguridad, o que el empleador podría verse libre de invertir en seguridad si lo deseara, según las presiones del mercado. En todos los casos, la ley deberá establecer si los trabajadores tienen que “comprar” ciertos derechos de los empleadores o viceversa.<sup>52</sup> La intervención legal, en este sentido importante, no puede evitarse. Lo mismo se aplica a los consumidores, esposos, y a todas las personas involucradas en relaciones legales. La mayor parte del tiempo es necesario considerar los antecedentes legales, aún cuando los costos de transacción sean cero, debido a que afectan tanto las elecciones como las preferencias.<sup>53</sup> Aquí, así como en un contexto privado, una forma de paternalismo es inevitable.

En el contexto de seguros, un experimento natural, no planeado reflejó que la regla tradicional puede resultar siendo muy “difícil”.<sup>54</sup> Nueva Jersey creó un sistema en el cual el programa de seguros tradicionales para motoristas incluyó una prima relativamente baja y ningún derecho a demandar; los compradores estaban facultados a salirse de ese programa tradicional y adquirir el derecho a demandar eligiendo un programa que contemple ese derecho, así como una prima más alta. Por el contrario, Pensilvania ofreció un programa tradicional que contenía todo derecho a demandar y una prima relativamente alta; los compradores podrían optar por cambiarse al nuevo plan “vendiendo” el más amplio derecho a demandar y pagando una prima más baja. En ambos casos, la regla tradicional tendía a ser difícil. Una gran mayoría estuvo conforme con la regla tradicional en ambos estados; únicamente un 20 por ciento de conductores de Nueva Jersey adquirió el derecho a demandar, y un 75 por ciento de ciudadanos de Pensilvania conservó dicho derecho.<sup>55</sup> No hay razón para pensar que los ciudadanos de Pensilvania tienen preferencias sistemáticamente distintas a las de los ciudadanos de Nueva Jersey. El plan tradicional es lo que produjo los resultados finales. De hecho, los experimentos controlados llevados a cabo concluyeron de igual modo, y mostraron que el valor del derecho de demandar es más alto cuando se presenta como parte del paquete tradicional.<sup>56</sup>

En otro ejemplo, un efecto sustancial de la regla tradicional legal se encontró en un estudio sobre las reacciones de estudiantes de derecho a diferentes disposiciones legales estatales sobre tiempo de vacaciones en las empresas.<sup>57</sup> El estudio tenía el propósito de ser razonablemente realista, e involucró a una serie de sujetos para quienes los asuntos fundamentales eran conocidos. La mayor parte de estudiantes de derecho han destinado gran parte de su tiempo a pensar sobre sueldos, tiempo de vacaciones, y los equilibrios entre los mismos. El estudio involucró dos condiciones. En la primera, la legislación estatal garantizó dos semanas de vacaciones, y los estudiantes debían indicar su disposición promedio de pagar (en salario reducido) por dos semanas de vacaciones extra. En esta condición, la disposición promedio de pagar fue \$6,000.<sup>58</sup> En la segunda condición, la legislación estatal contemplaba vacaciones de dos semanas obligatorias e irrenunciables, pero también proporcionaba a los empleados (incluyendo a miembros de estudios de abogados) el derecho a tener dos semanas de vacaciones adicionales; un derecho al cual podría renunciarse “voluntariamente y deliberadamente.” En este caso, la segunda condición fue exactamente igual a la primera, salvo por el caso que la regla tradicional proporcionó dos semanas de vacaciones extra. En la segunda condición, se preguntó a los estudiantes cuánto tendrían que pagarles sus empleadores para que ellos renuncien a su derecho de las dos semanas de vacaciones extra. En sí, el cambio en la regla tradicional superó las respuestas de los estudiantes en más de la mitad, produciendo un deseo promedio de aceptar de \$13,000.<sup>59</sup>

Podemos imaginarnos innumerables variaciones en estos experimentos. Por ejemplo, la legislación podría autorizar una situación en la que los empleados tengan que optar por planes de jubilación, o podría requerir que los empleadores proporcionen un tipo de registro automático y permitan que los empleados puedan decidir no participar. Ambos sistemas estarían respetando la libertad de los empleados de elegir, y cualquiera podría ser libertario en ese mismo sentido. En la misma línea, la ley podría asumir que no hay derecho a ser libre de discriminación de edad en el trabajo, permitiendo que los empleados (mediante la negociación individual o colectiva) firmen un contrato por ese derecho. Alternativamente, esto proporcionaría a los empleados la garantía a la no discriminación, sujeto a renuncia mediante contrato. Lo que sugerimos aquí es que tanto uno como el otro

52 Véase Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 Va L Rev 205, 208–12 (2001).

53 Véase las demostraciones en Korobkin, 83 Cornell L Rev en las páginas 633–64 (en la nota 18), y Kahneman, Knetsch, y Thaler, 5 J Econ Persp en las páginas 194–204 (en la nota 43).

54 Véase Camerer, *Prospect Theory in the Wild* en las páginas 294–95 (en la nota 30); Johnson, y otros, *Framing, Probability Distortions, Insurance Decisions* en la página 238 (en la nota 30).

55 Véase Johnson, y otros, *Framing, Probability Distortions, Insurance Decisions* en la página 238 (en la nota 30).

56 Id en las páginas 235–38.

57 Véase Sunstein, 77 NYU L Rev at 113–14 (en la nota 49).

58 La pregunta pedía que los alumnos asuman que no habrían consecuencias adversas al pedir, o recibir, aquellas dos semanas adicionales de vacaciones. Véase id at 113.

59 Véase id.

enfoque podrían tener efectos en las elecciones de los empleados. Es en este sentido que no se puede evitar el paternalismo, tanto por parte del gobierno, como por parte de instituciones privadas.

## 2. Anclaje / Fijación

Al enfatizar la falta de preferencias correctas, no estamos refiriendo únicamente a las reglas tradicionales. Considere el importante papel que desempeñan las "anclas" o puntos de partida en estudios de valoración contingentes, un método persuasivo para la valoración de bienes reguladores como una mayor seguridad y la protección ambiental.<sup>60</sup> Dichos estudios, utilizados cuando los valores del Mercado no estén disponibles, intentan preguntarle a la gente su "disposición de pagar" distintos beneficios reguladores.<sup>61</sup> La valoración contingente ha adquirido mayor relevancia en teoría y práctica reguladora.<sup>62</sup> Debido a que el objetivo es determinar lo que la gente realmente quiere, los estudios de valores contingentes representan un esfuerzo para obtener, y no de afectar, los valores de las personas. El paternalismo, en el sentido de los efectos que pudiera tener en preferencias y elecciones, no se supone que forme parte de la figura. Pero es bastante difícil para estudios de valoración contingente evitar construir los valores que se supone deben descubrir.<sup>63</sup> La razón es que en los contextos en los que dichos estudios se utilizan, la gente carece de preferencias claras o correctas y, por tanto, no resulta claro si la gente tiene "valores" sinceros que puedan identificarse realmente.<sup>64</sup> Por tanto, alguna forma de paternalismo linda con lo inevitable: A menudo se verán afectados los valores, al menos a lo largo del rango, por el modo en que se planteen las preguntas.

Quizá la evidencia más saltante para este efecto proviene de un estudio de disposición de pago para reducir los riesgos anuales de muerte y daños ocasionados por vehículos motorizados.<sup>65</sup> Los autores de ese estudio intentaron provocar deseos máximos como mínimos para pagar por mejoras de seguridad. Se presentó a las personas un riesgo estadístico y un monto monetario inicial, y se les preguntó si estaban absolutamente dispuestas o no de pagar dicho monto con el fin de eliminar el riesgo, o si "no" estaban seguras. Si decían que sí deseaban, el monto mostrado se

incrementaba progresivamente hasta que su respuesta sea negativa. Si no estaban seguras, el número se incrementaba o disminuía hasta que la gente pudiera llegar a un mínimo y a un máximo.

Los autores no estaban intentando probar los efectos del anclaje: por el contrario, estaban alertas al mismo únicamente debido a que se les "había advertido" sobre algún posible problema con el procedimiento, por el cual la gente "podría verse indebidamente influenciada por el primer monto de dinero que vieron expuesto."<sup>66</sup> Para resolver ese problema, el estudio nombró gente al azar para los dos subejemplos, uno con una muestra inicial de 25 libras, y el otro con una muestra inicial de 75 libras. Los autores esperaron que el efecto de fijación sea bajo, sin que afecte las consecuencias de valores mínimos y máximos. Pero su esperanza se desvaneció. *¡Por cada nivel de riesgo, el deseo mínimo de pagar fue mayor con el punto de partida de 75 libras que el deseo máximo de pagar con el punto de partida de las 25 libras!*<sup>67</sup> Por ejemplo, una reducción en el riesgo de muerte anual de 4 en 100,000 produjo una disposición de pagar 149 libras con el valor inicial de 25 libras, pero una *mínima* disposición de pagar 232 libras con el valor inicial de 7 libras (y un máximo, en ese caso, de 350 libras).<sup>68</sup> La conclusión más clara es que la gente a menudo no está segura de los valores apropiados, y siempre que están seguras, las anclas o fijaciones tienen algún efecto – algunas veces un efecto alarmantemente largo.

No está claro de qué modo aquellos que tienen interés en provocar (en lugar de afectar) podrían responder a este problema.<sup>69</sup> Lo que sí está claro es que en los campos en donde se usan los estudios de valoración contingente, la gente normalmente carece de preferencias bien definidas, y los puntos de partida sufren importantes consecuencias debido al comportamiento y la elección.

## 3. Marco

Hemos sugerido que en el contexto importante de las decisiones médicas, los efectos marco son importantes.<sup>70</sup> Aparentemente, la mayor parte de las personas no tiene una clara preferencia sobre cómo

60 Véase, por ejemplo, Ian J. Bateman and Kenneth G. Willis, eds, *Valuing Environmental Preferences* (Oxford 1999). Pero véase a Peter A. Diamond y Jerry A. Hausman, *Contingent Valuation: Is Some Number Better than No Number?*, 8 *J Econ Persp* 45, 49-52 (1994) (argumentando que las encuestas de valoración contingente no proporcionan una medida exacta del deseo de pagar preferencias con respecto a bienes públicos); Note, "Ask a Silly Question . . .": *Contingent Valuation of Natural Resource Damages*, 105 *Harv L Rev* 1981 (1992) (criticando la valoración al determinar daños a los recursos naturales, basándose en que produce resultados sesgados que llevarán a cargas de responsabilidad injustas).

61 Véase Ian J. Bateman y Kenneth G. Willis, *Introduction and Overview*, en Bateman y Willis, eds, *Valuing Environmental Preferences* 1, 1-3 (en la nota 60).

62 Véase generalmente id.

63 Véase John W. Payne, James R. Bettman, y David A. Schkade, *Measuring Constructed Preferences: Towards a Building Code*, 19 *J Risk & Uncertainty* 243, 266 (1999).

64 Véase id en las páginas 245-47.

65 Véase Michael Jones-Lee y Graham Loomes, *Private Values and Public Policy*, in Elke U. Weber, Jonathan Baron, and Graham Loomes, eds, *Conflict and Tradeoffs in Decision Making* 205, 208-12 (Cambridge 2001).

66 Id en 210.

67 Id en 211.

68 Id.

69 Para una discusión general, véase Payne, Bettman, and Schkade, 19 *J Risk & Uncertainty* 243 (en la nota 63).

70 Véase la nota 8 y el texto complementario.

evaluar un procedimiento que deje al 90 por ciento de la gente con vida (y 10 por ciento de personas muertas) luego de unos años. Se ha demostrado la existencia de un efecto similar en el área de las obligaciones con respecto a futuras generaciones,<sup>71</sup> un cuestionamiento a la política bastante controversial.<sup>72</sup> Esta pregunta no se refiere directamente al paternalismo, porque aquellos que tienen interés en la valoración de las generaciones futuras no intentan proteger a la gente de sus propios errores. Sin embargo, un sistema regulador que intente registrar las preferencias de las personas tratará de medir las preferencias de tiempo intergeneracional, es decir, tratará de provocar que la gente exponga sus criterios sobre cómo balancear la protección de vidas actuales y futuras.<sup>73</sup>

Por tanto, una pregunta importante, que se hace en muchos debates que versan sobre el tema, es si la gente realmente se forma dichos criterios, y si éstos pueden provocarse. Y más aún, un grupo de estudios influenciado determinó que la gente valora las vidas de aquellos que viven la generación actual más que las vidas de las personas pertenecientes a generaciones futuras.<sup>74</sup> A partir de una serie de estudios, Maureen Cropper y sus coautores sugieren que para la gente es indiferente si se salva 1 vida ahora o se salvan 44 vidas en 100 años.<sup>75</sup> Ellos hacen esta sugerencia basándose en respuestas de la gente sobre si elegirían un programa que salve "100 vidas ahora" o un programa que salve un número sustancial de vidas "de aquí a 100 años."<sup>76</sup>

Pero sucede que otras descripciones del mismo problema producen resultados significativamente diferentes.<sup>77</sup> Aquí, como en otros contextos, no está claro si la gente realmente tiene preferencias bien definidas en las cuales el sistema legal pueda operar. Por ejemplo, mucha gente considera que es "igualmente malo" una muerte por contaminación el próximo año, como una muerte por contaminación en los próximos 100 años<sup>78</sup>—implicando que no

existe preferencia por los miembros de la generación actual. En otro hallazgo sobre la no existencia de una preferencia fuerte para la generación actual, la gente está igualmente dividida entre dos programas: uno que salvará 55 vidas ahora y 105 más vidas en los próximos 20 años; y uno que salvará 100 vidas ahora y 50 vidas en los próximos 25 años.<sup>79</sup> Hasta es posible enmarcar la pregunta de tal modo que permita encontrar que las vidas futuras son más valiosas, no menos, que las vidas actuales.<sup>80</sup> La conclusión más sensata es que la gente no tiene preferencias de tiempo intergeneracional bien definidas. Por ello, el gobierno no puede rastrear dichas preferencias, debido a que son producto de la manera como se plantea dicha pregunta. Este punto se puede aplicar en muchos contextos. Por ejemplo, es muy difícil que la gente pueda tener criterios libres de contextos sobre si el gobierno se enfoca en vidas estadísticas o en años de vida estadísticos en la política reguladora; sus criterios se verán mucho más afectados por el enmarque de la pregunta.<sup>81</sup>

### C. ¿Por qué es Difícil Evitar los Efectos de la Elección?

#### 1. Explicaciones

Por qué exactamente, las reglas tradicionales, puntos de partida, y efectos marco tienen efectos tan largos? Para responder a esta pregunta, es importante hacer algunas distinciones.

*a) Sugerencia:* Frente a la incertidumbre de no saber qué hacer, la gente podría confiar en una de dos heurísticas relativas: hacer lo que hace la mayoría, o hacer lo que hace la gente con conocimiento.<sup>82</sup> Los encargados de elegir podrían pensar que el plan o valor tradicional captura uno o el otro. En muchos contextos, cualquier punto de partida tendrá algún contenido de información y por tanto afectará las elecciones. Cuando una regla tradicional afecta el contenido y por tanto el comportamiento, podría deberse a que lleva

71 Véase Shane Frederick, *Measuring Intergenerational Time Preference: Are Future Lives Valued Less?*, 26 J Risk & Uncertainty 39 (2003) (hallando que las preferencias de tiempo intergeneracional impuestas pueden verse enormemente afectadas por la pregunta específica realizada).

72 Véase Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives*, 99 Colum L Rev 941, 947, 987-1016 (1999) (argumentando que la reducción de daños a generaciones futuras es "éticamente injustificada"); Edward R. Morrison, *Comment, Judicial Review of Discount Rates Used in Regulatory Cost-Benefit Analysis*, 65 U Chi L Rev 1333 (1998) (discutiendo las dimensiones éticas y reales del debate sobre la tasa de descuento apropiada por regulaciones y otros proyectos públicos).

73 Véase Revesz, 99 Colum L Rev en las páginas 996-1007 (en la nota 72). No estamos sugiriendo que las preferencias de las generaciones actuales son decisivas en la cuestión política.

74 Véase Maureen L. Cropper, Sema K. Aydede, y Paul R. Portney, *Preferences for Life Saving Programs: How the Public Discounts Time and Age*, 8 J Risk & Uncertainty 243 (1994); Maureen L. Cropper, Sema K. Aydede, y Paul R. Portney, *Rates of Time Preference for Saving Lives*, 82 Am Econ Rev 469, 472 (1992).

75 Cropper, Aydede, y Portney, 8 J Risk & Uncertainty en la página 244 (en la nota 74).

76 Véase id en las páginas 245-46 (explicando la metodología de la encuesta).

77 Véase Frederick, 26 J Risk & Uncertainty en la página 50 (en la nota 71) ("Muchos de los procedimientos de adquisición evaluados en el presente estudio no indicaron descuento substancial de vidas futuras.").

78 Id en 43.

79 Id en 44.

80 Véase id en la página 45. Frederick pidió que individuos elijan entre dos programas. El primero sería más efectivo con el tiempo, ya que salvaría 100 vidas en esta década, 200 vidas en la década siguiente, y 300 vidas en adelante. El segundo sería menos efectivo con el tiempo, ya que salvaría 300 esta década, 200 vidas en la década siguiente, y 100 vidas en adelante. La mayor parte de la gente prefirió este primer programa, sugiriendo aparentemente que las vidas futuras tienen un mayor valor. Id.

81 Véase Cass R. Sunstein, *Lives, Life-Years, and Willingness to Pay*, Colum L Rev (próximamente 2004).

82 Véase la discusión de limitaciones como una heurística rápida y frugal en Joseph Henrich, y otros, *What Is the Role of Culture in Bounded Rationality?*, en Gerd Gigerenzer y Reinhard Selten, eds, *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox* 343, 344 (MIT 2001) ("La transmisión cultural de capacidades permite que los individuos reduzcan los costos de búsqueda, experimentación y algoritmos de procesamiento de datos, y en lugar de ello se beneficien de experiencias acumuladas almacenadas en las mentes (y observadas en el comportamiento) de otros.").

información sobre cómo la gente sensible organiza sus negocios. Note que en el contexto del ahorro, la gente podría tener una ligera preferencia por uno u otro curso, pero la evidencia de que la mayor parte de personas no toma un determinado curso podría ser más importante que las preferencias que pudieran existir. Algunos trabajadores podrían pensar, por ejemplo, que ellos no deberían inscribirse en un plan 401(k) y quizá prefieran no hacerlo; pero este pensamiento y su preferencia podría cambiar según la evidencia que el empleador ha realizado la inscripción automáticamente.

Con respecto al ahorro, el plan tradicional designado aparentemente lleva una cierta autenticidad para muchos empleados, quizá debido a que parece que ha provenido de algún pensamiento conciente sobre lo que tiene más sentido para mayoría de las personas.<sup>83</sup> Esta interpretación está respaldada por el hallazgo que los mayores efectos de la nueva regla tradicional son mostrados por mujeres y Afroamericanos.<sup>84</sup> Podríamos especular que los miembros de dichos grupos tienen menos confianza en sus criterios en este campo y podrían tener menos experiencia al evaluar distintos planes de ahorro.

b) *Inercia*. Una explicación está orientada a la inercia. Es muy posible que cualquier cambio de la regla tradicional o punto de partida requiera alguna acción. Aún una acción trivial, como el llenar un formulario y su presentación, puede dejar campo para fallas debido a lapsus de memoria, pereza, o a que dejan las cosas para después. Mucha gente espera hasta el último minuto para presentar su declaración a la renta, aún cuando están seguras de obtener una devolución. El poder de inercia debe verse como una forma de racionalidad limitada. Aunque los costos de cambiarse de la regla tradicional al punto de partida pueden considerarse como costos de transacción, el hecho que se observen grandes cambios en el comportamiento aún cuando los costos sean mínimos sugiere que una explicación puramente racional es difícil de aceptar.

c) *Efecto de la posesión*. Una regla tradicional podría crear un "puro" efecto de posesión. Es bien conocido que la gente tiende a valorar bienes aún más si aquellos bienes han sido de su propiedad desde un inicio, que si hubiesen sido de propiedad de alguna otra persona anteriormente.<sup>85</sup> Y es bien sabido que, en muchos casos, la regla tradicional creará un efecto de posesión.<sup>86</sup> Cuando un efecto de posesión se ve involucrado, la asignación inicial, por instituciones privadas o públicas, afecta las elecciones de las personas simplemente porque afecta sus valoraciones.

d) *Preferencias bien establecidas*: En los casos que hemos discutido, las preferencias de las personas

no son correctas y son oscuras. Supongamos, por ejemplo, que a la gente se le presenta distintos pagos y niveles de riesgos para distintos planes pensionistas. Podrían ser capaces de comprender su presentación; y es probable que no haya ningún tipo de confusión. Pero es probable que la gente no tenga una preferencia bien definida por, o contra, un plan ligeramente más riesgoso con un valor esperado ligeramente mayor. En estas circunstancias, sus preferencias podrían ser endógenas para el plan tradicional simplemente debido a que carecen de deseos bien establecidos a los que se puede acceder para invalidar los puntos de partida. En situaciones no conocidas, resulta particularmente difícil que existan situaciones bien establecidas. El rango de valores en el estudio de seguridad de la autopista es más una consecuencia de la no familiaridad del contexto, lo cual deja a la gente sin preferencias claras a partir de las cuales puedan generar números. Los efectos de enmarcarse en preferencias de tiempo intergeneracionales dan cuenta que la gente no tiene juicios claros sobre cómo balancear los intereses de las generaciones futuras con aquellos que tienen las generaciones actuales.<sup>87</sup>

## 2. La Inevitabilidad del Paternalismo

Para fines actuales, la elección entre estas variadas explicaciones no constituye un problema real. El punto central es que los efectos en elecciones individuales por lo general son inevitables. De hecho, siempre es bueno no limitar las posibilidades de elección, y con esto no estamos defendiendo el paternalismo no libertario. Pero es importante considerar que la posición antipaternalista es incoherente, simplemente porque no hay manera de evitar los efectos en el comportamiento y en las elecciones. La tarea para el libertario comprometido es, en medio de esos efectos, preservar la libertad de elección.

Debido a que los efectos marco no se pueden evitar, resulta totalmente inapropiado decir que cuando la gente carece de información relevante, la mejor solución sería entonces proporcionarla. Con el fin de ser eficiente, cualquier esfuerzo para informar a las personas debería basarse en comprender cómo piensa realmente la gente. La presentación hace una gran diferencia: Las consecuencias conductivas de piezas de información idénticas de otro modo dependen de cómo estén enmarcadas.

Considere un ejemplo que pertenece al área de ahorros de jubilación. Bernatzi y Thaler consultaron a los participantes que tenían un plan de ahorros de contribución definido que imaginen que tenían únicamente dos posibilidades, Fondo A y Fondo B, y les preguntaron cómo distribuirían sus ahorros entre

83 Véase Madrian and Shea, 116 Q J Econ en las páginas 1177-78 (en la nota 1).

84 Véase id en las páginas 1160-61.

85 Véase generalmente Korobkin, 83 Cornell L Rev 608 (en la nota 18); Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics* (Russell Sage 1991).

86 Véase nota 43.

87 Véase las notas 75- y el texto complementario.

estos dos fondos.<sup>88</sup> (Los dos fondos fueron, de hecho, un fondo de activos diversificado y un fondo de bonos de término intermedio.) Todas las personas recibieron información sobre los retornos históricos. Sin embargo, a un grupo se le mostró la distribución de las tasas de retorno anuales, mientras a que otro grupo se le mostró tasas de retorno simuladas de treinta años.<sup>89</sup> Las tasas de retorno de largo plazo fueron obtenidas de las tasas de retorno anuales (al elegir años al azar de la historia), y de modo que los dos grupos de información fueron, en el sentido estrictamente hablando, idénticos. Sin embargo, los participantes eligieron invertir aproximadamente el 40 por ciento de su dinero en renta variable cuando observaron los retornos anuales y el 90 por ciento cuando mostraron las tasas de retorno de largo plazo.<sup>90</sup> La enseñanza de este ejemplo es que los patrocinadores de los planes no pueden evitar el influenciar en las decisiones que hacen sus participantes al simplemente proporcionar información. El modo que ellos muestran la información influenciará, en algunos casos, las elecciones de la gente.

El punto que la presentación de información influencia en la elección es bastante general. Frente a los riesgos de salud, por ejemplo, algunas presentaciones de exacta información podrían verdaderamente ser contraproducentes, debido a que es posible que la gente trate de controlar su temor al evitar pensar en el riesgo a toda costa. En estudios empíricos, "parece que algunos mensajes que transmiten idéntica información trabajan mejor que otros, y [ ] algunos hasta parece que tienen consecuencias negativas."<sup>91</sup> Cuando las campañas de información fallan completamente, a menudo se debe a que aquellos esfuerzos "producen medidas defensivas contraproducentes."<sup>92</sup> Por tanto, los enfoques más eficientes van más allá de la mera revelación y combinan un "mensaje atemorizante sobre las consecuencias de la inacción con un mensaje positivo sobre la eficacia de un programa de prevención propuesto."<sup>93</sup>

Aquí hay preguntas complejas e interesantes sobre cómo promover el bienestar. Si la información incrementa el temor de la gente de sobremanera, a ese mismo punto reducirá el bienestar— en parte debido a que el temor no es agradable, y a que el temor tiene un rango de efectos dominó que producen costos sociales. Aquí no nos estamos refiriendo al asunto de la salud. Nuestras únicas sugerencias están referidas a que si la gente carece de información, se deberá prestar bastante atención al procesamiento de información, y

que sin dicha atención, la divulgación de información podría bien fracasar o ser contraproducente. Y en la medida que aquellos que diseñan estrategias informales están tomando en cuenta cómo piensa la gente y están tratando de hacer que la gente tome direcciones deseables, sus esfuerzos inevitablemente tendrán una dimensión paternalista.

#### D. Más allá de lo Inevitable (Pero Libertario aún)

La inevitabilidad del paternalismo es más clara cuando el planificador tiene que elegir puntos de partida o reglas tradicionales. Pero si el enfoque radica en el bienestar, es razonable preguntarse si el planificador debería ir más allá de lo inevitable, y si dicho planificador también puede llamarse libertario. Para poner un ejemplo, retornemos el ejemplo anterior de la cafetería. Poner a las frutas antes de los postres es una ligera invención. Un paso más atrevido podría ser colocar los postres en otra ubicación, de modo que los comensales tengan que pararse y coger un postre luego que hayan terminado el resto de su comida. Este paso incrementa los costos de transacción por comer el plato, y conforme a un análisis económico estándar, la propuesta no resulta nada atractiva— pareciera que el propósito fuera empeorar la condición de aquellos que comen los postres, en lugar de mejorarla. Pero mucha gente enfrenta problemas de autocontrol, y los resultados incluyen enfermedad y males, pequeños y grandes.<sup>94</sup> Una vez que los costos de autocontrol se incorporen al análisis, podremos comprobar que algunos comensales preferirán esta opción, siendo básicamente aquellos que comerían un postre si éste estuviera en frente de ellos, pero que resistirían la tentación si tuvieran que hacer algún esfuerzo para obtenerlo. Para adecuarse a los principios libertarios, el planificador podría colocar dos filas en la cafetería: La línea de la tentación y la línea de la no tentación. La línea de la tentación podría incluir todo, mientras que la fila de la no tentación podría poner menos disponibles aquellas comidas que no son buenas para la salud. Debido a que la gente elegiría cualquier línea, esto pasa la prueba libertaria. (Como solución al problema del autocontrol, ésta quizá no sea la más adecuada, ya que la gente se vería tentada a unirse a la línea de la tentación). Por ello, es posible preservar la libertad de elección, y permitir el decidir no participar, y también para favorecer los esfuerzos autoconscientes para promocionar el bienestar ayudando a la gente a solucionar problemas de racionalidad limitada y autocontrol limitado. Los esfuerzos de este tipo no tienen el propósito de dar a

88 Véase Shlomo Benartzi y Richard H. Thaler, *Risk Aversion or Myopia? Choices in Repeated Gambles and Retirement Investments*, 45 *Mgmt Sci* 364, 375 (1999).

89 Véase id.

90 Id en 377.

91 Andrew Caplin, *Fear as a Policy Instrument*, en George Loewenstein, Daniel Read, y Roy Baumeister, eds, *Time and Decision: Economic and Psychological Perspectives on Intertemporal Choice* 441, 443 (Russell Sage 2003).

92 Id en 442.

93 Id en 443.

94 Véase O'Donoghue y Rabin, 93 *Am Econ Rev* en la página 187 (en la nota 16) (argumentando que "la imposición de altos impuestos punitivos a artículos dañinos para la salud mientras que a la vez se reducen impuestos en otros artículos no sería muy daño para los consumidores," y podría "generar importantes beneficios a aquellos que consumen en exceso los artículos no saludables debido a problemas de auto-control"); Jolls, Sunstein, y Thaler, 50 *Stan L Rev* en la página 1479 (en la nota 13).

las personas lo que elegirían ex ante, aún en casos en los que las preferencias existan; pero dichos esfuerzos podrían, sin embargo, permitir que las personas se muevan en direcciones de sus preferencias.

En el campo del comportamiento del empleado existen muchas ilustraciones imaginables. Los empleados podrían ser inscritos automáticamente en un plan 401(k), con el derecho a decidir no participar, pero podrían requerir un período de espera, y quizá la asesoría de un consejero, antes que de optar por no aceptar.<sup>95</sup> Thaler y Benartzi han propuesto un método para incrementar las contribuciones a los planes 401(k) que también cumple la prueba libertaria.<sup>96</sup> Bajo el plan *Save More Tomorrow* (Ahorre más el día de mañana), brevemente descrito en la introducción, los empleados son invitados a inscribirse en un programa en el que sus contribuciones al plan de ahorro se incrementan anualmente siempre que obtengan un aumento. Una vez que los empleados decidan unirse a un plan, permanecerán ahí hasta que decidan lo contrario o hasta que lleguen a la máxima tasa de ahorro. En el caso de la primera compañía que utilizó este plan, los empleados que se inscribieron aumentaron sus tasas de ahorro de 3.5 por ciento a 11.6 por ciento en un lapso poco mayor de dos años (tres aumentos).<sup>97</sup> Muy pocos empleados que deciden unirse al plan se retiran del mismo. Creemos que en la práctica, esto es un paternalismo libertario exitoso. De hecho, las ideas de inscripción automática y *Save More Tomorrow* proporcionan modelos bastante prometedores para incrementar el ahorro; podrían ser bien más beneficiosas que los incentivos económicos imaginables, como por ejemplo a través impuestos reducidos en ahorros.

El mismo tipo de estrategia podría ser utilizada en muchos campos. Al pasar del paternalismo a la protección de terceros, los empleados (o el estado) podrían buscar incrementar las donaciones caritativas de los empleados. ¿Es posible generar una forma de benevolencia libertaria, y de ser así, cómo podría hacerse? La persuasión moral podría tener o no tener éxito, pero compare un sistema de *Give More Tomorrow* (Dé Más Mañana). Debido a que los trabajadores parecen estar bastante deseosos de partir con una parte de sus aumentos futuros, un sistema tal como el *Save More Tomorrow* podría ser bastante llamativo para muchas personas. De hecho, las ideas que aquí se exploran muy bien podrían utilizarse para producir importantes incrementos en donaciones caritativas (de hecho, hay obvias complejidades sobre

el diseño institucional y los beneficiarios apropiados tradicionalmente<sup>98</sup>).

Ahora debería estar claro que la diferencia entre el paternalismo libertario y el no libertario no es simple ni rígida. El paternalista libertario insiste en preservar la elección, mientras que el paternalista no libertario está deseando imposibilitar la elección. Pero en todos los casos, una pregunta real es aquí el costo de ejercer la elección, y aquí hay un continuo en lugar de una aguda dicotomía. Un paternalista libertario que tiene especial entusiasmo por la libre elección podría inclinarse a hacer que la obtención de resultados preferidos sea relativamente barata para la gente. (Llamemos a éste un paternalista *libertario*.) Por el contrario, un paternalista libertario que confía especialmente en sus criterios de bienestar podría estar deseando imponer costos reales a los trabajadores y consumidores que buscan hacer, según la perspectiva paternalista, lo que sea mejor para sus intereses (Llamemos a éste un *paternalista* libertario.)

Al rechazar ambos caminos, un paternalista no libertario podría intentar bloquear ciertas elecciones. Pero note que casi cualquiera de dichos intentos se sumará, en la práctica, a un esfuerzo por imponer altos costos en aquellos que tratan de hacer esas elecciones. Considere una ley que requiera que los conductores utilicen cinturones de seguridad. Si la ley se cumple, y se impone una multa alta, la ley no es libertaria aún cuando determinados violadores puedan ejercer su libertad de elección— a expensas de la multa. Pero en la medida que la multa esperada se acerque a cero, la ley se acará al liberarianismo. El paternalismo libertario que describimos y defendemos en este artículo trata de asegurar, como regla general, que la gente puede evitar fácilmente la opción sugerida por los paternalistas.<sup>99</sup>

## E. Ilustraciones y Generalizaciones

Muchas disposiciones legales actuales y propuestas contienen paternalismo libertario. Algunas de estas disposiciones requieren la divulgación de información; algunas de ellas cambian la regla tradicional; algunas conservan la libertad de contacto pero imponen restricciones rutinarias o sustantivas en aquellos que buscan moverse en direcciones que parecen, para el planificador, ir en dirección contraria al bienestar. Nosotros dividimos este breve catálogo en dos partes, una primera que trata sobre la legislación laboral, y una segunda que se refiere a los consumidores de modo más general.<sup>100</sup>

95 Note que algunos libertarios comprometidos podrían no sentirse cómodos con los períodos de espera, con filas separadas en la cafetería, y cosas similares, especialmente si se tratan de un medio justificado para cambiar las preferencias. Nuestra meta principal aquí es ayudar a que las personas puedan solucionar sus problemas de autocontrol, y por esta razón la objeción, desde el punto de vista de libertad, parece débil, por lo menos si se preserva la libertad de elección.

96 Véase Thaler and Benartzi, *J Polit Econ* (forthcoming) (en la nota 2).

97 *Id.*

98 Hemos reconocido que hay mayores posibilidades de hacer un mal uso de un programa *Give More Tomorrow* que de un programa *Save More Tomorrow*. En este último caso, los recursos permanecen con el empleado, mientras que en el anterior, los recursos se van a otra parte, y quizá a aquellos a quienes los empleadores favorecen. Cualquier desarrollo de un plan *Give More Tomorrow* debe tener salvaguardas contra el favoritismo del empleador y el usufructo personal, de la misma manera como uno quisiera salvaguardas para prevenir el usufructo personal al elegir qué fondos mutualistas que se incluirán en el plan 401(k).

99 Por tanto, no intentamos entrar en un debate entre paternalistas y anti-paternalistas, aunque obviamente gran parte de nuestra discusión está referida hacia ese debate.

100 Para un catálogo que trate estos puntos, véase Camerer, y otros, 151 *U Pa L Rev* en la página 1224 (en la nota 6).

## 1. Legislación Laboral

Según la Ley sobre la Discriminación de la Edad en Empleo (ADEA), se permite que los empleados renuncien a sus derechos cuando llegue el momento de la jubilación,<sup>101</sup> y por tanto el derecho conferido conforme a ley – ser libre de discriminación de edad– no rechaza el compromiso libertario a la libertad de contratos. Pero se presume que el empleado ha mantenido ese derecho, a menos que haya renunciado “con conocimiento y voluntad”.<sup>102</sup> Para garantizar que la renuncia se ha realizado con conocimiento y voluntad, la ADEA impone un rango de barreras de procedimiento. De modo que la renuncia deberá referirse específicamente “a derechos que surgen en virtud” de la ADEA;<sup>103</sup> el empleado deberá contar con “por lo menos 21 días dentro de los cuales podrá considerar el acuerdo”,<sup>104</sup> y el acuerdo deberá proporcionar un período mínimo de revocación pos-ejecución de siete días.<sup>105</sup> La ADEA tiene una dimensión inequívocamente paternalista en la medida que cambia la regla tradicional a una que favorece al empleado y también crea un conjunto de barreras de procedimiento para aquellos renunciando con muy poca información. Al mismo tiempo, la ADEA va más allá del mínimo efecto inevitable del paternalismo al imponer dichas barreras, que incrementan significativamente las cargas de la renuncia. Pero la ADEA conserva el derecho de elección y, por tanto, satisface el criterio libertario.

La legislación laboral ofrece muchos otros ejemplos. La Model Employment Termination Act (Ley Modelo de Terminación del Empleo) altera la ley estándar Norteamericana, que sostiene que los empleados no podrán ser despedidos por ninguna razón.<sup>106</sup> Mediante la Ley Modelo, los empleados podrán ser despedidos únicamente con justificación.<sup>107</sup> Pero la Ley Modelo cumple los principios libertarios al permitir que tanto los empleadores como los empleados renuncien al derecho, en virtud de un acuerdo, por el empleador, de proporcionar una compensación por tiempo de servicio en caso de despido que no sea debido a un bajo rendimiento laboral.<sup>108</sup> Dicho pago deberá consistir en un sueldo mensual por cada día de trabajo.<sup>109</sup> Esta

limitación de renuncia es importante y en ese sentido bastante distinta a la limitación de procedimiento en el ADEA; de este modo es menos libertaria de lo que debería ser. Pero la libertad de elección es sin embargo respetada.

Una disposición importante de la Ley de Normativas Equitativas Laborales (**Fair Labor Standards Act**). Pertenece a la misma categoría.<sup>110</sup> Según dicha disposición, los empleados podrán renunciar a su derecho de no trabajar por más de 48 horas a la semana, pero únicamente según una compensación determinada a nivel gubernamental (horas extras pagadas 1.5 veces sus horas de trabajo regular).<sup>111</sup> Aquí, como la Ley Modelo, una limitación sustantiva se impone en los derechos de los trabajadores para decidir no continuar con un acuerdo tradicional.

## 2. Protección al Consumidor

En la ley de protección al consumidor, los ejemplos más obvios de paternalismo libertario están relacionados a periodos de “reflexión” para la toma de ciertas decisiones.<sup>112</sup> El fundamento esencial es que según el calor del momento, los consumidores podrían tomar decisiones poco pensadas o incorrectas. Tanto la racionalidad limitada como el auto-control limitado son las preocupaciones más importantes. Un periodo de reflexión obligatorio para las ventas a domicilio, del tipo impuesto por la Comisión Federal de Comercio en 1972,<sup>113</sup> proporciona una simple ilustración. Según la regla de la comisión, las ventas a domicilio deberán estar acompañadas de unas declaraciones escritas que informen a los compradores sobre su derecho de rescindir las compras dentro de los tres días de negociaciones.<sup>114</sup> Algunos estados también imponen periodos de espera obligatorios antes que la gente pueda recibir una sentencia de divorcio.<sup>115</sup> Podríamos imaginarnos restricciones similares en cuanto a la decisión contraer matrimonio, y algunos estados también se han movido en esta dirección.<sup>116</sup> Conscientes del hecho que las personas podrían

101 29 USC § 626(f)(1) (2000).

102 Id.

103 Id § 626(f)(1)(B).

104 Id § 626(f)(1)(F)(i).

105 Id § 626(f)(1)(G).

106 Véase Model Employment Termination Act, reimpressa en Mark A. Rothstein and Lance Liebman, *Statutory Supplement, Employment Law: Cases and Materials* 211 (Foundation 2003).

107 Id § 3(a).

108 Id § 4(c).

109 Id.

110 Véase 29 USC § 207(f) (2000).

111 Id.

112 Véase la discusión valiosa en Camerer, y otros, 151 U Pa L Rev en la página 1240–42 (en la nota 6).

113 16 CFR § 429.1(a) (2003).

114 Id.

115 Véase, por ejemplo, Cal Fam Code § 2339(a) (requiriendo un periodo de espera de seis meses antes de dictar una sentencia de divorcio final); Conn Gen Stat Ann § 46b–67(a) (requiriendo un periodo de espera de noventa días antes que la corte pueda proceder con la demanda de divorcio). Para una discusión general, véase Elizabeth Scott, *Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce*, 76 Va L Rev 9 (1990).

116 Véase Camerer, y otros, 151 U Pa L Rev en la página 1243 (en la nota 6) (citando legislaciones que “obligan a futuros recién casados a esperar un corto periodo de tiempo después de que su licencia se ha emitido antes de que puedan casarse”).

actuar impulsivamente o de un modo que podrían arrepentirse, los reguladores no impiden sus elecciones, pero sí garantizan un periodo para una reflexión sobria. Note que este punto referido a los periodos de reflexión obligatorios tienen sentido, y tienden a imponerse, cuando se cumplen dos condiciones (1) la gente toma decisiones que no toma muy a menudo, por lo que carece de suficiente experiencia, y (2) es probable que las emociones estén subiendo. Estas son circunstancias – de racionalidad limitada y autocontrol limitado, respectivamente– en las que los consumidores tienden especialmente a tomar decisiones de las que después pudieran arrepentirse.

### 3. Generalizaciones

Ahora nos encontramos en la posición de categorizar un distinto grupo de invenciones paternalistas: paternalismo mínimo, elecciones activas requeridas, restricciones de procedimiento, y restricciones sustantivas.

a) *Paternalismo mínimo.* El paternalismo mínimo es la forma de paternalismo que ocurre siempre que un planificador (privado o público) construye una regla tradicional o punto de partida con el propósito de influenciar en el comportamiento. En tanto que no cueste, o casi no cueste partir del plan tradicional, un paternalismo mínimo es máximamente libertario. Es la forma de paternalismo que hemos descrito como inevitable.

b) *Elecciones activas requeridas.* No estando seguros de qué elecciones promoverán el bienestar, un planificador podría rechazar los planes tradicionales o los puntos de partida íntegramente y forzar a las personas a elegir (lo que hemos descrito como la estrategia de las elecciones activas requeridas). Este enfoque encuentra una equivalencia en las reglas tradicionales que causan la obtención de información en la legislación de contratos, diseñadas para otorgar a las partes contratantes un fuerte incentivo para decir lo que quieren.<sup>117</sup> En la medida que los planificadores fuercen a la gente a elegir, sea que quieran o no elegir, hay una dimensión paternalista en sus acciones. (“Elegir es bueno tanto para la libertad como para el bienestar,” es lo que parece que algunos piensan, ¡aunque la gente no esté de acuerdo con ellos!) Pensamos que el argumento para requerir elecciones se basa o recae ampliamente en las consecuencias del bienestar.

c) *Restricciones de Procedimiento.* Una forma ligeramente más agresiva de paternalismo ocurre cuando el plan tradicional viene acompañado de restricciones de procedimiento diseñadas para asegurar que cualquier partida es completamente voluntaria e íntegramente racional. Cuando las restricciones de procedimiento están en su lugar, no

es gratuito partir del plan tradicional. La extensión del costo, y la agresividad del paternalismo, definitivamente variarán según la medida de las restricciones. La justificación de las limitaciones se basará en la existencia de serios problemas de racionalidad limitada y autocontrol limitado; de ser así, las restricciones se justifican no en la base de que el planificador está en desacuerdo con las elecciones de las personas, sino debido a que determinadas características reconocibles de la situación hacen posible que las elecciones sean deficientes. Dichas características podrían incluir un escenario no familiar, una falta de experiencia, y un riesgo de impulsividad. La Ley sobre la Discriminación de la Edad en Empleo es nuestro ejemplo principal aquí.

d) *Restricciones Sustantivas.* Alternativamente, un planificador podría imponer restricciones sustantivas, permitiendo que las personas rechacen el acuerdo tradicional, pero no en los términos que ellos decidan. En este enfoque, el planificador elige los términos según los cuales las partes podrán moverse en sus direcciones preferidas. La Model Termination Act y la Ley de Normativas Equitativas Laborales son meras ilustraciones. El grado de partida del libertarianismo será una función de la brecha entre los términos legalmente especificados y los términos a los que las partes llegarían. También aquí la justificación para la restricción depende de la racionalidad limitada y del auto control limitado.

e) *Una línea delgada.* Un planificador podría rechazar la libertad de elección basándose en el hecho que aquellos que rechazan el plan tradicional se equivocarán toda o la mayor parte del tiempo. Un planificador tal impondrá costos importantes en aquellos que parten de dicho plan. Tal como hemos dicho, hay una línea muy delgada entre los paternalistas no libertarios y los paternalistas libertarios que imponen altos costos, de procedimiento o sustantivos, en aquellos que rechazan el plan. Casi todo el tiempo, hasta el paternalista no libertario permitirá que los electores, a un determinado costo, rechacen la estrategia propuesta. Aquellos quienes tengan que utilizar cascos para manejar motocicletas pueden decidir poner en riesgo la penalidad relevante, y pagar si hubiera necesidad. Los empleadores y los empleados deberán acordar un salario sub-mínimo y poner en riesgo las penalidades si fueran descubiertos. En este caso en particular, las penalidades siempre tienen un precio.

### III. Cómo Elegir: La Caja de Herramientas del Paternalista Libertario

¿Cómo deberán los planificadores sensatos elegir entre los sistemas posibles, dado que es necesario algún tipo de elección? Sugerimos dos enfoques para este problema. De ser posible, una comparación de reglas posibles debe hacerse usando la forma de análisis de costo-beneficio, una que preste especial atención a los

117 Véase Ian Ayres y Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L J 87, 91 (1989).

efectos del bienestar. En muchos casos, sin embargo, dichos análisis serán difíciles y costosos. Como alternativa, ofrecemos algunas reglas básicas que podrían adoptarse para elegir entre varias opciones. En general, tiene sentido experimentar con distintos enfoques para identificar sus resultados tanto para elecciones como para resultados. Hemos enfatizado los planes de inscripción automática y *Save More Tomorrow* debido a que los estudios han sugerido que ambos tienen mucho potencial. En otros campos, es probable que se propongan planes frente a la presencia de información altamente imperfecta. Los programas a gran escala tienen más justificación si los constantes experimentos mostraran que realmente funcionan.

### F. Costos y Beneficios

El propósito del estudio costo-beneficio sería medir todas las ramificaciones de cualquier elección de diseño. En el contexto más cercano, el estudio de costo-beneficio no puede basarse en la disposición de pagar (WTP, por sus siglas en inglés), debido a que la WTP será una función de la regla tradicional.<sup>118</sup> Debe tratarse de una evaluación más abierta (e inevitablemente de algún modo subjetiva) de las consecuencias del bienestar. Para poner un ejemplo, considere el caso del registro automático. Según el registro automático, algunos empleados, quienes no optarían por el plan en otra situación, ahora sí lo harían. Supuestamente, algunos están hechos para mejorar (especialmente si hay una aportación de contraparte del empleador), pero también empeorar (por ejemplo, aquellos que tienen bastante limitación de liquidez y no practican su derecho a decidir no participar). Un análisis de costo-beneficio trataría de evaluar estas ganancias y pérdidas.

Si solo se tratara del registro, creemos que sería bastante probable que las ganancias superen las pérdidas. Debido al derecho de decidir no participar, aquellos que necesitan el dinero inmediatamente pueden tenerlo. En principio, uno podría también comparar los costos del consumo actual precedente y los beneficios de del consumo incrementado durante el retiro, aunque esto sea, a decir verdad, difícil de hacer en la práctica. También es posible hacer inferencias de elecciones actuales sobre el bienestar. Por ejemplo, muchos empleados optan por participar en el plan finalmente, y muy pocos deciden retirarse en el caso de haber sido inscritos automáticamente.<sup>119</sup> Estos hechos sugieren que, por lo menos en promedio, es muy probable que la gente que se inscribe en el plan tradicional acelere la proporción a la cual la gente se une al plan, y la gran mayoría de aquellos que son empujados de tal manera, estarán agradecidos.

Algunos lectores podrían pensar que nuestra confianza en el comportamiento como una indicación de bienestar es inconsistente con uno de los reclamos centrales de este Artículo –que las elecciones no coinciden necesariamente con el bienestar. Pero de hecho, no hay inconsistencia. Compare las reglas que requieren periodos de reflexión obligatorios. La premisa de dichas reglas es que la gente es más propensa a hacer buenas elecciones cuando ha tenido tiempo para pensar cuidadosamente y sin la presencia de un vendedor a su costado. De modo similar, resulta razonable pensar que si, después de haber reflexionado sobre el asunto, los trabajadores se daban cuenta que habían sido de alguna manera “engatusados” para el ahorro, podrían hacer el esfuerzo por decidir no participar. El hecho que muy pocos participantes elijan decidir no participar respalda (aunque no presenta prueba) la afirmación que ellos son ayudados por un sistema que hace que la afiliación sea fácil.

En la medida que se incluyan los otros efectos de la inscripción automática, el análisis se torna más ambiguo. Cualquier plan de registro automático deberá incluir una tasa de ahorros tradicional específica. Algunos de aquellos que se inscriben automáticamente a un 30 por ciento de la tasa de ahorro –algo tradicional en el registro automático–habrían elegido una tasa más alta si hubiesen tenido que elegir por sí solos.<sup>120</sup> Si el registro automático hace que algunas o muchas personas ahorren a una tasa menor que la que elegirían, el plan sería objetable por dicha razón. Por tanto, nos sentimos menos seguros de que este más completo análisis costo-beneficio apoyaría el particular sistema de decidir no participar, a pesar que una tasa de ahorro más alta podría bien hacerlo de ese modo. Un plan más sofisticado, sin estos peligros, se discute a continuación.

Similares ventajas y desventajas están presentes en otro asunto importante: la regla tradicional para donaciones de órganos. En muchos países –Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Singapur, Eslovenia, y España– se asume que la gente autoriza la donación de sus órganos, una vez fallecidas, para el beneficio de otros; pero se les permite objetar este hecho, generalmente a través de una anotación explícita para dicho efecto en la licencia de conducir.<sup>121</sup> En los Estados Unidos, por el contrario, aquellos que desean que sus órganos puedan ser útiles para otros deben afirmarlo, igualmente mediante una anotación explícita en la licencia de conducir. El resultado es que en países con una “autorización asumida”, más del 90 por ciento de personas autoriza la donación de sus órganos, mientras que en los Estados Unidos, en donde las personas tienen que tomar alguna acción para poner sus órganos a disposición, únicamente un

118 Véase Kahneman, Knetsch, y Thaler, 5 J Econ Persa en las páginas 202–03 (en la nota 43). Véase también Korobkin, 83 Cornell L Rev en las páginas 636–41 (en la nota 18). Para obtener una discusión de la variación de la Disposición de Pagar (WTP) días de vacaciones según las reglas tradicionales por parte de los empleados potenciales, véase el texto que acompaña las notas 57–59.

119 Véase Choi, y otros, *Defined Contribution Pensions* en la página 78 (en la nota 1); Madrian and Shea, 116 Q J Econ en las páginas 1158–61 (en la nota 1).

120 Véase Choi, y otros, *Defined Contribution Pensions* en las páginas 78–79 (en la nota 1).

121 Visite <http://www.presumedconsent.org/solutions.htm> (visitado el 6 de Setiembre de 2003).

28 por ciento elige hacerlo.<sup>122</sup> Nuestra hipótesis es que esta dramática diferencia no es producto de grandes diferencias culturales, sino del efecto masivo de la regla tradicional. Por lo que podríamos predecir que una regla de decidir no participar al estilo Europeo en los Estados Unidos produciría tasas de donación similares a las observadas en países Europeos que aplicaron esa regla. Note en este punto que por un informe, más del 85 por ciento de Norteamericanos apoya la donación de órganos— una estadística que sugiere que las decisiones de no participar serían relativamente pocas.<sup>123</sup>

Un reciente estudio apoya fuertemente esta predicción.<sup>124</sup> Al sugerir que las preferencias se construyen mediante marcos sociales, Jonson y Goldstein manifiestan que con respecto a la donación de órganos, la gente carece de preferencias estables y sus decisiones están muy influenciadas por la regla tradicional.<sup>125</sup> Un experimento controlado en línea mostró un efecto sustancial de la regla tradicional: El sistema por el que se puede decidir participar creó una tasa de aceptación de 42 por ciento, aproximadamente la mitad de la tasa de 82 por ciento para un sistema por el que se puede decidir no participar.<sup>126</sup> La evidencia del mundo real es aún más dramática. Las naciones con consentimiento presumido muestran tasas de autorización que van desde un 85.9 por ciento (Suecia) a un máximo de 100 por ciento (Austria), con un promedio del 99 por ciento.<sup>127</sup> Lo tradicional también produce un importante, aunque menos dramático, incremento de donaciones reales, significando que se salvan muchas personas como resultado de un sistema con autorización asumida.<sup>128</sup> No hay razón para creer que en los Estados Unidos, un cambio en la regla tradicional podría ahorrar miles de vidas.

Las *reglas tradicionales* para donación de órganos no encajan en la definición general del paternalismo. De lo que se trata es del beneficio de terceros, no de los que eligen. Aquí no nos estamos refiriendo al paternalismo libertario, sino a la benevolencia libertaria: un enfoque que intenta promover benevolencia, y asistir a las personas vulnerables, sin ejercer una dominación en el comportamiento de ningún modo. Sugerimos que los cambios en

las reglas tradicionales, o un sistema de *Give More Tomorrow*, podrían producir grandes incrementos en la asistencia pública y que dichos enfoques podrían hacerlo de cualquier modo que evite la coerción. Con respecto al comportamiento, el análisis de benevolencia libertaria es bastante similar al de paternalismo libertario. Una de las ventajas de dicho análisis es la demostración que cuando los intereses de terceros están en riesgo, la regla tradicional sembrará mucha preocupación. Por tanto los planificadores pueden proporcionar importantes beneficios a terceros simplemente cambiando la regla tradicional. En el caso de la donación de órganos, es lo que podemos visualizar.

¿Alguna regla tradicional promueve el bienestar? En un primer vistazo, la regla de decidir no participar común en Europa pareciera mejor, simplemente porque debe salvar un gran número de vidas sin comprometer ningún otro valor importante. Lo peor que se puede decir contra esta regla es que a través de la inercia, la presión social percibida, o la confusión, algunas personas podrían terminar donando sus órganos cuando ellos no hayan preferido hacerlo *ex ante*. (¡Es difícil inferir sus preferencias *ex post*!) Si esta objeción (u alguna otra<sup>129</sup>) pareciera forzada, una alternativa sería requerir que las elecciones se reafirmen por ejemplo, ordenar, al mismo tiempo en que se aplica para obtener una licencia de conducir, que los candidatos indiquen si desean aceptar la donación de órganos para que otros puedan beneficiarse. Únicamente hacemos dos declaraciones sobre este punto. En primer lugar, la pregunta de evaluación resalta, en gran parte, hechos del tipo que sería posible y útil investigar. En segundo lugar, no es probable que el enfoque en el que se decide participar sea el mejor.<sup>130</sup>

## G. Reglas Básicas

En muchos casos, el planificador no podrá hacer una investigación formal sobre el bienestar, quizá porque haya muy poca información disponible o porque los costos por realizar dicho análisis no están garantizados. El anti-paternalista comprometido podría decir, en dichos casos, que se debe permitir que la gente elija en

122 Id (reportando tasas sobre la opción de no participar en países con autorización presumida); Jean Kadooka Mardfin, *Heart and Soul: Anatomical Gifts for Hawaii's Transplant Community* 5, Hawaii Legislative Reference Bureau Report No 3 (1998), disponible en línea e <http://www.state.hi.us/lrb/rpts98/soul.pdf> (visited Nov 20, 2003) (reportando los resultados de un sondeo de opinión de 1993 que consultó a Norte Americanos si habían "dado su autorización para la donación de órganos en su licencia de conducir o en una tarjeta de donante firmada").

123 Visite <http://www.presumedconsent.org/issues.htm> (visited Sept 6, 2003).

124 Véase Eric J. Johnson y Daniel Goldstein, *Do Defaults Save Lives?* (investigación no publicada, Center for Decision Sciences, Columbia University, 2003).

125 Id en 2.

126 Id en 6-7.

127 Id en 7, Figure 2.

128 Id en 8-9. Muchos factores determinan de qué manera se ponen a disposición muchos órganos para transplantes. La infraestructura para transplantes juega un rol muy importante, y menos órganos estarán disponibles si los miembros de la familia y herederos pudieran vetar los transplantes, aún bajo un supuesto régimen de autorización. Jonson y Goldstein estiman que el cambiarse a un sistema en el que se decide no participar incrementa los órganos realmente utilizados en 16 por ciento, manteniendo a lo demás constante.

129 Se puede pensar que el cuidado de pacientes gravemente enfermos pueda sacrificarse con el fin de obtener sus órganos, pero ninguna evidencia sugiere que éste es un riesgo serio.

130 Podemos inferir a partir de este ejemplo que si los planificadores privados o públicos desean incrementar donaciones caritativas, podrían hacerlo simplemente creando deducciones automáticas para la caridad. Aun cuando esté permitido que los trabajadores puedan optar por no participar, los planificadores sensatos deberán ser capaces de asegurar un mayor número de donaciones con facilidad.

la medida que lo considere necesario. Esperamos haber dicho lo suficiente para mostrar por qué esta respuesta no ayuda. Lo que la gente elija a menudo depende del punto de partida, y por tanto el punto de partida no puede seleccionarse simplemente preguntando qué es lo que la gente elige. En estas circunstancias, el paternalista libertario buscaría poderes indirectos para el bienestar métodos de prueban si uno u otro enfoque promueve el bienestar sin tener que basarse en conjeturas sobre esa pregunta. Sugerimos tres métodos posibles.

Primero, el paternalista libertario podría seleccionar el enfoque *que la mayoría elegiría si se requirieran y revelarían elecciones explícitas*. En el contexto de la ley contractual, esta es la investigación más conocida en la selección de reglas tradicionales<sup>131</sup> disposiciones que regulan los acuerdos contractuales a falta de decisiones expresas por las partes. A pesar de ser muy útil, este enfoque imitador del mercado tiene sus propios problemas. Quizá las elecciones de la mayoría se deban a la falta de información, o a una reflexión de racionalidad limitada o auto-control limitado. Quizá esas elecciones no promoverán el bienestar de la mayoría. Al menos como suposición, sin embargo, tiene sentido seguir dichas elecciones si el planificador conociera de lo que se trataran. Un problema mayor es que las elecciones de la mayoría serían una función del punto de partida o de la regla tradicional. De ser así, el problema de la falta de lógica destruye el enfoque de la imitación del mercado. Pero en algunos casos, por lo menos, la mayoría se irá en una dirección o en la otra, independientemente del punto de partida; y a ese punto, la estrategia de imitación del mercado es posible. Note que en el ejemplo de la cafetería, algunas opciones no se ajustarán a las elecciones ex ante de la mayoría (por ejemplo, comida sana pero con un sabor horrible), y que para el caso de los ahorros, algunas asignaciones ciertamente violarán las elecciones de los trabajadores normales (digamos, una asignación del 30 por ciento o más a los ahorros). De hecho, una clara comprensión de las elecciones de la mayoría podría bien apoyar una regla tradicional que respete dichas elecciones aún cuando el planificador piense que una investigación del bienestar apoyaría otra regla. Al menos, los planificadores deben tener confianza en sus propios criterios si buscan hacer algo distinto a lo que una mayoría debidamente informada encontraría más adecuado.

Ensegundolugar, el paternalista libertario seleccionaría el enfoque que hemos llamado elecciones activas requerida, *uno que fuerce a las personas a hacer que sus elecciones sean explícitas*. Este enfoque podría elegirse si la estrategia de imitación del mercado no funcionara,

sea debido al problema de la falta de lógica o debido a que el planificador no conoce qué enfoque será elegido por la mayoría. Hemos visto la posibilidad de requerir elecciones activas en el contexto de los planes de jubilación o en el de la donación de órganos; sería muy fácil multiplicar los ejemplos. En la legislación contractual, las cortes algunas veces eligen “penalty defaults” – una regla tradicional que perjudique a la parte informada, y la obligue a revelar la información que posee.<sup>132</sup> Los paternalistas libertarios podrían ir en el mismo rumbo; de hecho las *penalty defaults* pueden ser vistas como una forma de paternalismo libertario.

En tercer lugar, el paternalista libertario podría seleccionar el enfoque *que minimiza el número de opciones de no participar*. Supongamos, por ejemplo, que cuando se cree que los conductores desean donar sus órganos a otros, únicamente un 10 por ciento opta por no participar, pero cuando se requiere que los conductores señalen o indiquen su deseo de donar sus órganos a los demás, 30 por ciento opta por participar. Esta es una investigación ex post a las preferencias de las personas, contrariamente al enfoque ex ante favorecido por la estrategia de imitación del mercado. Con dichos números, hay una razón para pensar que la presunción a favor de la donación de órganos es mejor, únicamente si más personas están suficientemente satisfechas con dejarla en su lugar.

#### IV. ¿Cuánta Posibilidad de Elección debe Ofrecerse?

Suecia recientemente adoptó una privatización parcial de su sistema de seguridad social a lo largo de líneas similares a aquellas que se sugieren hoy en día en los Estados Unidos: 2.5 por ciento del impuesto sobre la renta de las personas físicas se invierte en cuentas individuales.<sup>133</sup> Los diseñadores de ese plan tomaron dos decisiones que pensamos obtendrán la aprobación de la mayor parte de anti-paternalistas. En primer lugar, todos los administradores de dinero que cumplen ciertas condiciones fiduciarias podían tener sus fondos incluidos entre aquellos que se ofrecían a los participantes.<sup>134</sup> En segundo lugar, aunque una cartera de inversión por tradicional se haya diseñado para aquellos participantes que no seleccionaron una por ellos mismos, los participantes debían (mediante una campaña de publicidad masiva) evitar lo tradicional y en lugar de ello seleccionar sus propias carteras.<sup>135</sup> Como resultado de estas dos elecciones, hubo 456 fondos en el plan, y muchos suecos tomaron sus propias decisiones activamente.<sup>136</sup> Es aún muy pronto para juzgar cuán bien actuaron los participantes al

131 Véase, por ejemplo, Ayres y Gertner, 99 Yale L J en las páginas 90–91 (en la nota 117).

132 Véase id en las páginas 101–06 (proporcionando ejemplos de uso judicial de incumplimientos penales).

133 Véase Goran Normann and Daniel J. Mitchell, *Pension Reform in Sweden: Lessons for American Policymakers*, Heritage Foundation Backgrounder No 1381, 1 (2000), disponible en línea en <http://www.heritage.org/Research/SocialSecurity/bg1381.cfm> (visited Sept 25, 2003).

134 Véase N. Anders Klevmarcken, *Swedish Pension Reforms in the 1990s* 8, disponible en línea en [http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002\\_6.pdf](http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002_6.pdf) (visitado el 10 de abril de 2003) (“La meta de los arquitectos del sistema fue la de dar a los contribuidores la mayor flexibilidad posible para elegir entre una variedad de fondos”).

135 Id en 7.

136 Id (reportando que el “67 por ciento de los elegibles hacen una elección activa”).

elegir sus carteras, pero no sabemos que la mayor cuota del mercado (4 por ciento aproximadamente) se colocó en un fondo que invirtió principalmente en activos de tecnología—activos que cobraron mucho valor durante los últimos años.<sup>137</sup>

La experiencia en Suecia también proporciona una lección relativa al atractivo de las elecciones activas requeridas como una alternativa política. En este caso, simplemente se animó a los participantes a elegir por ellos mismos. Pero supongamos que hayan sido forzados a hacer su propia elección; ¿Habría sido eso una mejora? Creemos que no. Generalmente, mientras más compleja sea la decisión, menos atractivo será forzar a que la gente elija por ellos mismos, como oposición a tener la opción de elegir no tener que elegir, y recibir una opción tradicional que ha sido seleccionada con mucho cuidado.

Aquí subrayamos la experiencia Suiza para ilustrar una pregunta más general: ¿Cuánta elección debe darse a la gente? Los paternalistas libertarios quieren promover la libertad de elección, pero ellos no necesitan proporcionar malas opciones, y entre el grupo de opciones razonables, no necesitan un argumento que diga lo mayor es necesariamente lo mejor. De hecho, ese argumento es bastante difícil de creer en muchos contextos. Con respecto a los planes de ahorro, ¿ayudarían cientos de miles de opciones? ¿Millones? Hace treinta años, la mayor parte de académicos Norteamericanos únicamente tenían dos opciones de inversión en su plan de jubilación, TIAA y CREF. Ahora, la mayoría de universidades ofrece más de un proveedor y muchas veces hasta docenas, si no centenas, de fondos entre los cuales elegir. Algunos de los planes relevantes, diseñados para ser inteligibles inmediatamente, parecen increíblemente complicados aún para los académicos más informados (uno de nosotros habla a partir de una experiencia personal). ¿Los participantes ganan de este incremento en su conjunto de alternativas? Esta no es una pregunta en un estándar análisis económico. Es un axioma básico de la teoría de elección racional que más elecciones no pueden hacer que la gente empeore (por lo menos abstrayéndose de los costos por tomar la decisión). Pero un completo análisis, debidamente informado por la investigación de la psicología en la toma de decisiones, es más complicado. Es ciertamente *posible* que 456 es más que el número óptimo de fondos para ofrecer en un sistema de cuentas individuales. De hecho, un estudio reciente encuentra que cuanto los planes 401 (k) ofrecen más elección, los participantes

son más lentos para unirse, quizá debido a que se sienten abrumados por el número de elecciones y tienen a postergarla para después.<sup>138</sup>

Está más allá de nuestra ambición aquí aventurarnos a hacer un completo análisis de la pregunta de cuánta elección debe ofrecerse a los individuos en distintos campos.<sup>139</sup> En lugar de ello, nosotros identificamos algunas preguntas que un paternalista libertario podría preguntar para ayudar a decidir cuánta elección (razonable) se podría ofrecer. Cualquiera de dichos libertarios obviamente querrá reducir la frecuencia y la severidad de los errores, y los costos por tomar decisiones. Si un enfoque incrementa los costos de las decisiones para los encargados de elegir, hay menos razón para adoptarla, y debe seleccionarse únicamente si es propensa a mejorar las elecciones para el bienestar actual. Si un enfoque incrementa los errores y sus costos al llevar a la gente a tomar decisiones que no promuevan el bienestar, es un fuerte punto contra esto. Ahora nos trazamos algunas consideraciones que ayudan a responder la pregunta si más elecciones incrementarían los costos de errores y los de las decisiones.

#### H. ¿Quiénes Deciden tienen Preferencias Informadas?

En algunos campos, los consumidores y trabajadores están bastante informados tanto que ni siquiera se verán influenciados por las reglas tradicionales. La mayoría de los adultos ha experimentado lo suficiente a lo largo de sus vidas como para poder elegir los sabores de helado que prefiere. Pueden tomar una decisión aún en una tienda que ofrece docenas de sabores. Si la opción tradicional es un helado con sabor a espárrago, es muy probable que opten por no elegirlo y quizá terminen disgustados. Pero cuando se les presente un menú con distintas comidas nuevas en un país extranjero, es muy probable que los clientes no se beneficien al elegir entre ellos, y podrían preferir una lista pequeña o preguntar al mesero qué opción le presenta (por ejemplo, ¿qué cosa eligen otros turistas?) En dichos escenarios, los restaurantes inteligentes que satisfacen los deseos de turistas, a menudo ofrecen un "menú de turistas" tradicional. Muchas elecciones actuales recaen en los contenedores de sabores de helados y en menús para extranjeros. Cuando la información es limitada, un menú de incontables opciones incrementa los costos de decisiones sin aumentar la posibilidad de exactitud. Pero cuando quienes eligen están bien informados, a pesar que existan muchas opciones, la probabilidad de error será mínima y no se incrementarán considerablemente los costos de decisión, simplemente debido a que quienes

137 Véase el website de una agencia que administra el programa de jubilación de Suiza, disponible en línea en <http://www.ppm.nu/tpp/infodocument/1:1;218,200322> (visitado el 26 de junio de 2003). Para bajarse estadísticas sobre asignaciones, siga el link "Valresultat 2000". La estadística presentada indica que aproximadamente el 4 por ciento del mercado fue asignado a Robur Contura, un fondo mutualista que invierte en investigación y desarrollo, y en campos como tecnología de la información y farmacéutica. Véase también el website Robur Contura, disponible en línea en <http://www.robur.org/fonder/fondflik1.asp?strName=CON> (visitado el 26 de junio de 2003).

138 Véase Sheena S. Iyengar, Wei Jiang, y Gur Huberman, *How Much Choice Is Too Much: Determinants of Individual Contributions in 401k Retirement Plans*, en Olivia S. Mitchell and Stephen P. Utkus, eds, *Developments in Decision-Making under Uncertainty: Implications for Retirement Plan Design and Plan Sponsors* (próximamente).

139 Para una discusión relevante, véase George F. Loewenstein, *Costs and Benefits of Health- and Retirement-Related Choice*, en Sheila Burke, Eric Kingson, y Uwe Reinhardt, eds, *Social Security and Medicare: Individual versus Collective Risk and Responsibility* 87, 89-94 (National Academy of Social Insurance 2000); Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* 62-81 (Cambridge 1988).

están bien informados pueden navegar por el menú de opciones con mayor facilidad.

### I. ¿Es transparente el Mapeo de Opciones a las preferencias?

Si ordenamos un cono de helado de café, tendremos una idea bastante clara de lo que vamos a consumir. Si invertimos \$10,000 en una mezcla de fondos mutualistas, tendremos una idea mínima (sin la ayuda de software sofisticado) de lo que un cambio en la cartera haría a nuestra distribución de retornos esperados para nuestra jubilación. Cuando elegimos entre planes de salud, quizá no entendamos completamente todas las ramificaciones de nuestra elección. Si sufro una rara enfermedad, ¿podré ver a un buen especialista? ¿Cuánto tiempo tendré para esperar en línea? Cuando ha sido difícil predecir cómo terminarán sus elecciones afectando sus vidas, la gente no tendrá mucho por ganar a pesar de haber tenido muchas opciones. Si es difícil mapear desde las opciones hasta las preferencias, es posible que tener un gran grupo de opciones sea bastante abrumador, y por tanto el incrementar los costos de las decisiones sin también incrementar el bienestar reduciendo los errores.

### J. ¿Cuánto Varían las Preferencias entre los Individuos?

Algunas personas fuman; otras odian el olor del cigarro. Algunos adoran los colchones duros, otros los suaves. ¿Los hoteles también toman en cuenta este problema? La mayor parte atiende las diferencias en gustos con respecto al cigarro, pero no respecto a los colchones. Los colchones que atraen a los huéspedes de hotel promedio parece que son lo suficientemente buenos para satisfacer a la mayor parte de consumidores, pero la amenaza de un salón con olor a cigarro (o una noche sin cigarrillos) es suficiente para asustar a los clientes. Este es un caso en el que muchas personas tienen preferencias claras que triunfan sobre las reglas tradicionales. Muchos planificadores, tanto privados como públicos, deben hacer balances similares. En vista que ofrecer una elección es costoso, los planificadores sensatos ponen a disposición múltiples elecciones cuando las preferencias de las personas son más variables. El argumento para un gran conjunto de opciones es por tanto más fuerte en casos de preferencias que son claras y heterogéneas. En dichos casos, el bienestar de la gente es más factible que sea promovido si cada uno puede elegir según sea conveniente, y la homogeneidad llevará a una inexactitud y por tanto a costosos errores.

### K. ¿Los Consumidores Valoran el Elegir por ellos Mismos, Per Se?

La libertad de elección es por sí misma un ingrediente en el bienestar. En algunas situaciones, el bienestar se basa en la misma acción de elegir. Pero algunas veces

es una tarea tener que elegir,<sup>140</sup> y el sabor relevante puede diferir según los individuos. (Uno de nosotros basa el placer en leer y en elegir un vino de una lista; el otro encuentra la empresa básicamente intolerable.) Un ejemplo más serio proviene de la evidencia que muchos pacientes no desean tomar decisiones médicas complejas y preferirían que sus doctores elijan por ellos.<sup>141</sup> El punto más que nada se basa en la decisión de si forzar elecciones explícitas o en lugar de ello adoptar una regla tradicional que refleje lo que desea la mayoría. Si tomar decisiones es a la vez un bien subjetivo, el argumento para decisiones forzadas se refuerza. Pero la mayor parte del tiempo, especialmente en áreas técnicas, la gente no disfruta particularmente del proceso de elección, y un gran número de opciones se convierte en una carga. Por el contrario, una regla tradicional conscientemente pensada, que los guíe en direcciones sensatas, es una bendición.

### V. Objeciones

Parece que el argumento de paternalismo libertario es convincente, y hasta obvio, para nosotros, pero sospechamos que los anti-paternalistas de línea dura, y quizá otros, tendrán objeciones. A continuación responderemos a tres posibles objeciones:

La primera objeción es que al abogar por el paternalismo libertario, estamos comenzando bajando una pendiente muy resbaladiza. Una vez que uno reconoce la posibilidad de que las reglas tradicionales para ahorros o las líneas de la cafetería deben tener un diseño paternalista, podría parecer imposible resistirse a las invenciones no libertarias. Las críticas podrían suponer un ataque de lo que parece, para ellos, ser formas inaceptablemente intrusivas de paternalismo, desde requerir que motociclistas utilicen cascos, hasta periodos de espera obligatorios antes que el consumidor pueda comprar, hasta prohibiciones de fumar cigarrillos, hasta reformas intrusivas sobre el cuidado de la salud de muchos tipos imaginables. Frente al riesgo de la extralimitación, ¿no sería mejor evitar comenzar bajando la pendiente resbaladiza a toda costa?

Existen tres respuestas. La primera, en muchos casos simplemente no hay una alternativa viable para el paternalismo en el sentido débil, por lo que los planificadores se ven forzados a tomar, por lo menos unos pequeños pasos hacia abajo en dicha pendiente. Recuerde que ese paternalismo, en la forma de efectos en el comportamiento, frecuentemente es inevitable. En dichos casos, la pendiente no puede ser evitada. En segundo lugar, la condición libertaria, que requiere los derechos a decidir no participar, limita severamente el empujamiento de la pendiente. En tanto que las invenciones paternalistas pueden evitarse fácilmente

140 Por tanto, la asociación entre elección y bienestar es doblemente contingente: La elección podría o podría no promover el bienestar, y la elección podría o podría no ser un ingrediente en el bienestar. Estamos poniendo de un lado la asociación entre libertad de elección y autonomía, véase la nota 22, y nos estamos enfocando en el número de opciones que serán proporcionadas. Para obtener mayor evidencia en el hecho que la gente algunas veces prefiere que otras personas elijan por ellos, véase Jane Beattie, y otros, *Psychological Determinants of Decision Attitude*, 7 J Behav Dec Making 129, 131-32 (1994).

141 Véase Carl E. Schneider, *The Practice of Autonomy: Patients, Doctors, and Medical Decisions* 35-46 (Oxford 1998).

por aquellos que buscan adoptar un rumbo propio, los riesgos enfatizados por los anti-paternalistas son mínimos. En tercer lugar, aquellos que ponen el argumento de la pendiente resbaladiza tienen conocimiento de la existencia de un problema de auto-control, por lo menos para planificadores. Pero si los planificadores, incluyendo a burócratas y gerentes de recursos humanos, sufren de problemas de auto-control, entonces es altamente probable que otra gente lo haga también.<sup>142</sup>

Un segundo tipo de objeción se basa en una profunda desconfianza en la habilidad del planificador (especialmente el planificador que trabaja para el gobierno) para hacer elecciones sensatas. Aún aquellos que normalmente creen que todos optan por la racionalidad tratan con profundo escepticismo cualquier propuesta que parezca girar en torno a elecciones racionales de burócratas. Parte del escepticismo se basa en la creencia que los burócratas carecen de la disciplina impuesta por las presiones del mercado; parte de esto se basa en el hecho que los individuos tienen los incentivos que promueven el bienestar que se cree que proviene del auto-interés; parte en el temor que organizaciones privadas bien organizadas hagan que los burócratas actúen según sus direcciones preferidas. Con mucho entusiasmo reconocemos que los planificadores son humanos, y que por tanto son limitadamente racionales y sujetos a la influencia de presiones objetables.<sup>143</sup> Sin embargo, según lo que hemos enfatizado, estos planificadores humanos algunas veces son forzados a tomar decisiones, y es absolutamente mejor que ellos traten de mejorar el bienestar de las personas, en lugar que se dediquen a hacer lo contrario. Al enfatizar el importante efecto un diseño de un plan en la elección (un punto infravalorado por economistas, abogados, y planificadores), esperamos alentar a diseñadores de planes a volverse más informados. Y mediante la argumentación de una revisión libertaria de los malos planes, esperamos crear una fuerte protección en contra los planes no claros y sin motivación. En la medida que los intereses particulares constituyen una revisión saludable de los planificadores, la libertad de elección es un correctivo importante.

Una tercera objeción provendría más de la otra dirección. Los paternalistas entusiastas, alentados por evidencia de una racionalidad limitada, y de problemas de auto-control, podrían afirmar que en muchos campos, la instrucción de involucrarse únicamente en el paternalismo libertario es muy limitante. Por lo menos si el enfoque está completo o mayormente en el bienestar, parecería claro que en algunas

circunstancias, la gente no tenga la libertad de elección por la simple razón que harán elecciones deficientes. En esas circunstancias, ¿por qué alguien insistiría en el paternalismo libertario, como opuesto al paternalismo no calificado o no libertario?

Esta objeción coloca asuntos complejos de valor y de hecho, y nuestro propósito no es el de adentrarnos en un difícil terreno filosófico.<sup>144</sup> Nuestra respuesta básica es triple. En primer lugar, reiteramos nuestro entender que los planificadores son humanos, por lo que la comparación real entre los electores limitadamente racionales con problemas de auto-control y planificadores limitadamente racionales que enfrentan sus propios problemas de auto-control.<sup>145</sup> Es incierto que la comparación pueda hacerse en lo abstracto de manera sensata. En segundo lugar, un derecho a decidir no participar opera como salvaguarda contra los planificadores motivados indebidamente o confundidos, y en muchos contextos, ese salvaguarda es crucial, aún si crea también un daño potencia.

En tercer lugar, nada de lo que hemos dicho niega la posibilidad que en algunas circunstancias sería recomendable imponer costos importantes a aquellos que rechazan la estrategia propuesta, o aún denegar la libertad de elección en conjunto. De hecho, la discusión en la Parte IV puede fácilmente desarrollarse en una explicación de lo que dichas circunstancias son factibles a ser. Los factores identificados ahí podrían bien tomarse como una base para decidir si y en qué momento bloquear las elecciones. Nuestra única calificación es que cuando los efectos de terceros no están presentes, la presunción general debería estar a favor de la libertad de elección y la presunción debería contradecirse únicamente cuando se demuestre que la elección individual es inconsistente con el bienestar individual.<sup>146</sup>

### Conclusión

Nuestro propósito aquí ha sido describir y defender el paternalismo libertario— un enfoque que preserva la libertad de elección, y que a la vez alienta a instituciones privadas y públicas a conducir a la gente en direcciones que promuevan su propio bienestar. Algún tipo de paternalismo libertario sería posible siempre que dichas instituciones establezcan planes u opciones tradicionales. Nuestra afirmación empírica central ha sido que en muchos campos, las preferencias de las personas son inestables e incorrectas, y por tanto es muy probable que los puntos de partida y las reglas tradicionales sean bastante inciertas. En estas circunstancias, la

142 Reconocemos que los burócratas podrían ser sujetos de presiones particulares que agravan los problemas de auto-control.

143 Véase Jolls, Sunstein, y Thaler, 50 *Stan L. Rev* en las páginas 1543-45 (en la nota 13).

144 Para una discusión de ese territorio, véase Dworkin, *Theory and Practice of Autonomy* en las páginas 78-81 (en la nota 139).

145 Véase la discusión de burócratas conductistas en Jolls, Sunstein, y Thaler, 50 *Stan L. Rev* en las páginas 1543-45 (en la nota 13).

146 Esta es una condición necesaria, no una apropiada; aquellos que creen en la autonomía no estarán de acuerdo en que las preocupaciones en torno al bienestar anulan la libertad de elección. No intentamos atestiguar sobre los debates fundamentales; los paternalistas libertarios no necesitan expresar una opinión sobre las posiciones en competencia. Para una discusión relevante, véase Dworkin, *Theory and Practice of Autonomy* en las páginas 78-81 (en la nota 139).

meta debería ser evitar los efectos no planificados, inadvertidos, arbitrarios o hirientes y producir una situación que más que nada promueva el bienestar de la gente, debidamente definida. De hecho, muchos resultados sociales actuales son, creemos, tanto no planificados como inadvertidos, en el sentido que son un producto de las reglas tradicionales cuyos efectos que moldean el comportamiento nunca han sido producto de una reflexión seria.

Cuando sea muy difícil llevar a la investigación directa sobre el bienestar, los paternalistas libertarios tienen un amplio rango de alternativas. Podrían, por ejemplo, seleccionar un enfoque que pudiera ser buscado por la mayoría, que requiera o promueva

elecciones explícitas, o que minimice las decisiones de no participar. También hemos identificado los factores que hacen más sensato el incremento del rango de opciones, en un esfuerzo para mostrar que la relación entre la elección y el bienestar presenta preguntas empíricas controlables, y no debe resolverse mediante dogmas, argumentos a priori, ni definiciones.

Según nuestra perspectiva, el paternalismo libertario no solamente es una posibilidad conceptual, sino también la base para volver a pensar muchas áreas de la legislación pública y privada. Creemos que las políticas arraigadas en el paternalismo libertario a menudo constituirán una gran mejora de la alternativa más posible: negligencia inepta. 