

El Estado de Derecho psicológico

Posted on 28 de junio de 2017 by Josu de Miguel Bárcena

Introducir a Cass R. Sunstein no es una tarea sencilla. Intelectual con proyección global, realiza desde hace décadas tareas docentes en las principales universidades norteamericanas: ha sido catedrático en la Universidad de Chicago y en la Escuela de Derecho de Harvard. Durante algún tiempo, también fue letrado en el Tribunal Supremo de Estados Unidos, adscrito al juez Thurgood Marshall. Últimamente su popularidad creció porque fue director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios en la Administración de Barack Obama. Esta tarea le granjeó las antipatías de los sectores más conservadores, que llegaron a tildarlo de «zar de la regulación».

La producción científica de Sunstein es, además, muy variada. Y lo es porque es un autor que está bastante apegado a la realidad, consecuencia de la variada trayectoria profesional arriba apuntada. Por ejemplo, la destrucción de la antigua Yugoslavia le hizo abordar la difícil relación entre secesión y Constitución. El final de la historia que parecía implicar la caída del comunismo propició que se preocupara de las transformaciones del Estado del Bienestar y los derechos sociales ante la emergencia del neoliberalismo. Con ánimo polémico, pero exquisito utillaje analítico, también ha estudiado tempranamente la posible influencia de Internet en la democracia, la necesidad de incorporar el principio precautorio para abordar los desafíos medioambientales o las patologías que las mentiras producen en el espacio

públicoSiguiendo el orden material aludido, destacamos «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, núm. 2 (1991), pp. 633-670; *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997; *Republic.com 2.0*, Princeton, Princeton University Press, 2007; *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 y *On Rumors. How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, What Can Be Done*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009.. Muchas de sus obras están traducidas al español en editoriales bastante accesibles.

El libro que aquí comentamos reúne las Conferencias Storr sobre Jurisprudencia que Sunstein impartió en la Escuela de Derecho de Yale en el año 2012. Pese a ello, el texto no tiene un carácter fragmentado y se lee de manera ágil gracias a la buena traducción realizada por Martha Palacio. No es, pese a lo que cabría pensar, la primera vez que el autor trata el tema de las arquitecturas decisionales, pues ya existe un trabajo previo realizado junto a Richard ThalerCitamos la obra traducida, que es la que hemos manejado: Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler, *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009.. En todo caso, conviene advertir que la presente obra ha tenido un mayor impacto que las anteriores, y no sólo en Estados Unidos, donde algo habrá tenido que ver el hecho de que Sunstein fuera el director de la principal agencia reguladora del Gobierno federal. Baste recordar que en enero de 2015, Verfassungsblog, una de las principales bitácoras digitales de Derecho Público en Europa, realizó un seminario internacional en el que figuras señeras del Derecho Constitucional discutieron en distintos paneles y días sobre cómo articular las decisiones individuales teniendo en cuenta el riesgo colectivo, el contexto cognitivo, la influencia de la tecnocracia o el papel del Estado en la educación ciudadana. Todo ello a partir del paradigma del *paternalismo libertario* que a continuación pasamos a explicar brevemente.

Pensado en los clásicos términos de la *complexio oppositorum* de la vieja escolástica católica (Carl Schmitt nos viene a la cabeza), el concepto de paternalismo libertario articula dos filosofías que parecen antagónicas: por un lado, el libertarismo, corriente de pensamiento estadounidense que defiende la libertad personal y considera la actuación del Estado como un obstáculo para su correcto despliegue. Por otro, el paternalismo, entendido aquí como toda acción formalizada del poder público destinada a incidir en la esfera de la libertad individual. Sunstein cree en el mercado como mecanismo de regulación social. En el libro lo dice expresamente: «La mayor parte del tiempo, los mercados libres son la mejor salvaguarda contra los errores cognitivos» (p. 27). Ahora bien, como buen pensador analítico, es perfectamente consciente de que tales mercados, más allá de la autorregulación, pueden terminar compensando a los vendedores que intentan explotar los errores humanos: como ha recordado al comentar el libro de George Akerlof y Robert ShillerGeorge A. Akerlof y

Robert J. Shiller, *Phishing for Phools. The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton, Princeton University Press, 2015., los prestadores de servicios pueden aprovechar las debilidades cognitivas para engañar a los consumidoresCass R. Sunstein, «Why Free Markets Make Fools of Us»..

Tales debilidades se derivan de nuestra estructura cerebral. Buen conocedor de las neurociencias y la psicología conductista, Sunstein se hace eco del famoso libro del premio Nobel, Daniel Kahneman, para advertir que los humanos tenemos dos sistemas de pensamiento distintos: uno lento y reflexivo, que nos permite tomar decisiones importantes teniendo en cuenta los posibles sesgos, y uno rápido e intuitivo, con el que realizamos la mayor parte de las decisiones reflejas a través de atajos heurísticos. Pues bien, es perfectamente plausible que, como consecuencia de la explotación intencional del sistema rápido, los consumidores terminemos tomando decisiones que puedan perjudicarnos. Aquí la panoplia es grande y el libro no hace un esfuerzo por precisar. Digo esto porque a Sunstein le preocupan las «internalidades», aquellas acciones que, fruto de decisiones irracionales, afectan a nuestra salud nutricional, nuestra situación financiera o nuestra economía del combustible. Sin embargo, resulta evidente que dichas internalidades casi siempre se vinculan al consumo y terminan transformándose en externalidades que finalmente tiene que reparar la sociedad en su conjunto (mediante sistemas públicos de salud, rescates financieros o programas medioambientales).

Así las cosas, el diálogo que el autor mantiene con John Stuart Mill en torno al principio epistémico de que la libertad sólo debe ser limitada cuando se produce un daño a terceros, carece en cierta manera de sentido. Cuando un ciudadano abusa de azúcares, comidas grasas o tabaco, es posible que enferme y se ocasione un perjuicio a sí mismo, pero casi siempre terminará en un hospital público que se mantiene con los impuestos de los ciudadanos y la deuda del Estado. Al margen de esta cuestión, Sunstein sabe, en todo caso, que su liga es el mundo anglosajón y que el particular concepto de libertad que impera en dicho mundo implica la necesidad de justificar con gran cuidado y precisión cualquier intervención del poder público en la esfera de la autonomía individual. Por ello articula un esquema de actuación en el que los medios para alcanzar los fines están constituidos fundamentalmente por *nudges* o empujoncitos hacia la virtud: se trata de mejorar la arquitectura decisional, estableciendo un sistema informacional público que, más allá de medidas duras, como las multas, proporcione al individuo todos los datos necesarios para que consumir no sea una actividad que vaya en contra de sus propios intereses. Como ha señalado Manuel Arias Maldonado, reconocidos los límites de la razón, lo importante sería tomar conciencia de tales límites y abrir una nueva etapa ilustrada en la que el Estado eduque a sus ciudadanos, buscando mejorar progresivamente comportamientos que afectan

al desarrollo de su propia personalidadManuel Arias Maldonado, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Barcelona, Página Indómita, 2016, pp. 223-241..

Esta propuesta plantea cuestiones filosóficas de interés. La primera, si el Estado debe abandonar su presunta neutralidad moral cuando se trata de la libertad de elección. En nuestro continente, este debate tiene en apariencia poco recorrido. Pensemos que el artículo 51.2 de la Constitución española, que señala con rotundidad, de la forma paternalista que apunta Sunstein, que «Los poderes públicos promoverán la información y la *educación* de los consumidores y usuarios». Ahora bien, en Estados Unidos la idea de tener un Estado educador dedicado a *ilustrar* a una población en minoría de edad no es ampliamente compartida. Jeremy Waldron ha recordado a Sunstein que existe un largo historial de funcionarios de los gobiernos que, buscando la felicidad de los ciudadanos, han logrado precisamente lo contrario. La libertad entendida como forma cultural incorpora, además, un principio de dignidad que se concreta en el derecho de los individuos a equivocarse e incorporar tales equivocaciones a su propio aprendizajeJeremy Waldron, «It's All for Your Own Good».. Steven Pinker señaló tempranamente que esta noción de dignidad es un caballo de Troya del conservadurismo católico para enfrentarse a los dilemas morales de la bioética contemporánea, lo que, pudiendo ser cierto, no despeja todas las dudas si se piensa en la importancia del aprendizaje en la trama evolutivaSteven Pinker, «The Stupidity of Dignity»..

Pero el libro aquí reseñado abre otros flancos para la reflexión que deben ser, cuando menos, apuntados. Si de verdad nos encontramos, como señala Yuval Noah HarariYuval Noah Harari, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Barcelona, 2016., ante un umbral civilizatorio debido a los avances tecnológicos, cabe cuestionarse no tanto la bondad política de un poder público dedicado a dirigir las decisiones de los ciudadanos de forma paternalista, sino los límites y el control de unos medios que, aun siendo livianos, incorporan novedades científicas de gran alcance. La neurociencia, los *big data* o la biopolítica son facultades muy intensas y desconocidas que requieren, en primer lugar, delimitar el ámbito de materias sobre las que va a actuarse. Informar a la población sobre los peligros de las grasas o las apuestas es fácil de consensuar. Sin embargo, más allá de la lógica del consumo, ¿debería el Estado educarnos también a la hora de ejercer nuestro voto con responsabilidad, al modo de una democracia militante emocional? ¿Y aconsejarnos en las relaciones afectivas? ¿Y propiciar nuestras preferencias profesionales de acuerdo con nuestras capacidades intelectivas? Se necesitan estructuras institucionales nuevas y ordenamientos jurídicos de profundo perfil precautorio para intentar acotar y controlar la posible emergencia de un Estado (de Derecho) psicológico cuyas derivas son difíciles de prever en lo que respecta, por ejemplo, a la teoría y práctica de los derechos fundamentalesRhys Jones, Jessica Pykett y Mark Whitehead (eds.), *Changing Behaviours. The Rise of the Psychological State*,

Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.. Carl R. Sunstein es un gran experto en el constitucionalismo del riesgo, aunque, a decir verdad, en el presente libro la cuestión de la institucionalización apenas aparece aludida. Y ello pese a que se plantean una serie de objeciones a sus ideas que él mismo se encarga de disipar con prestancia.

El hipotético paso a un posible Estado psicológico y sus consecuencias distópicas, al estilo del Singapur de Lee Kuan Yew, tiene también relevancia desde el plano de la legitimidad política. En este ámbito no hace falta especular demasiado: si hay una forma constitucional posmoderna por excelencia, que lleva décadas construyendo un espacio de poder en el que el ciudadano político ha sido sustituido por el ciudadano consumidor, esa es la Unión Europea. Los conocedores del Derecho material de la Unión, saben perfectamente que la principal tarea de las instituciones comunitarias ha sido durante décadas ir construyendo un ordenamiento supranacional muy invasivo y preocupado por los hábitos cotidianos, las pequeñas cuitas nacidas alrededor del mercado único o la información asimétrica surgida de la actividad económica.

Por ello, como ha señalado Alexander Somek en un estupendo libro sobre el temaAlexander Somek, *Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Puede leerse una recensión del libro: Agustín José Menéndez, «Alexander Somek, *Individualism*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86 (2009), pp. 371-380., el momento histórico actual del proceso de integración remitiría a un gobierno de las costumbres, consecuencia de las políticas paternalistas de un conjunto de funcionarios supranacionales más preocupados por la categoría de consumidor que por la de ciudadano. Europa habría sido durante décadas el ejemplo más acabado de superación de los viejos conflictos asociados al Estado social y democrático de Derecho mediante las prácticas burocráticas y conductistas de la amalgama infranacional de Bruselas y alrededores. Al margen de que el éxito de tal pretensión salte a la vista, la conclusión evidente es que Sunstein y su última obra también resultan de notable provecho para explicar procesos y dinámicas que nos son propias.

Josu de Miguel Bárcena es profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Autònoma de Barcelona. Es autor de *El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional* (Barcelona, JMB, 2011) y *El Consejo de la Unión Europea. Poder normativo y dimensión organizativa* (Cizur Menor, Aranzadi, 2009).

Autor: Cass R. Sunstein

Edicion: Barcelona, Herder, 2017

Paginas: 200 pp. 17,80 €

Titulo: Paternalismo libertario ¿Por qué un empujoncito?