

Ezio Costa Cordella
Francisco Agüero Vargas
Centro de Regulación y Competencia.
Universidad de Chile
Santiago, Chile
fiaguero@gmail.com; ezio costa@gmail.com

Simpler. The future of government. *Cass Sunstein. Simon & Schuster, 2013.* *(o de cómo la regulación puede simplificarle la vida a los ciudadanos)*

I. El Diario de vida de Cass Sunstein

Los argumentos de Cass Sunstein y su forma de escribir son conocidos por quienes se dedican a la regulación, por lo que este libro –“Simpler” en inglés, “(más) Simple”, en castellano– no sorprende desde ese punto de vista. Recordemos sí que Sunstein es un prolífico autor, que aborda sin prejuicios tópicos de derecho constitucional, administrativo, teoría del derecho, riesgo y economía del comportamiento. Lo que sí sorprende y vuelve la lectura de “Simpler” más agradable, es que el autor hace una especie de ensayo biográfico, pues va mezclando sus ideas y argumentos con la experiencia que adquirió como jefe de la “OIRA” (Oficina de Información y Asuntos Regulatorios de EE.UU.), durante el primer gobierno de Barack Obama. En este sentido, el libro de Sunstein guarda una analogía con el de Michael Barber¹, en el cual se combina la biografía del autor con la reforma regulatoria y el trabajo en el centro de gobierno (en el caso de Barber, la creación de la “Delivery Unit” en el gobierno laborista de Tony Blair).

Es así como Sunstein cuenta cómo cambió su visión sobre el asunto cuando, en lugar de encontrarse en la comodidad de la academia (Sunstein fue profesor de derecho en la universidad de Chicago y actualmente en Harvard), tuvo que ponerse del lado de los que toman las decisiones. Esto hizo que cambiara la relación con sus colegas académicos –y las ideas irrealizables que le proponían–, con la conciencia de que aunque no fueran posibles de llevar a cabo en la actualidad, si lo serían quizás en 30 años más. Una anécdota interesante es la revelación de que algunas autoridades públicas no prestan ninguna atención a los académicos, y tan pronto escuchan el nombre de un profesor universitario y sus propuestas reaccionan con desdén, lo cual es hasta cierto punto “comprensible”². Pero Sunstein, convencido de su trabajo y dándonos esperanzas, termina comentando cómo las ideas de los economistas de los años 60 son el discurso público de hoy, con lo que da relevancia a las ideas de los académicos, en el sentido de que van paulatinamente percolando el discurso público.

¹ Nos referimos a Michael BARBER, *Instruction to Deliver: Fighting to Transform Britain's Public Services* (Methuen Publishing, 2008)

² Cass SUNSTEIN, *(más) Simple. El futuro del Gobierno* (Madrid, Marcial Pons, 2014), p. 38

Un capítulo entero está dedicado a la exhaustiva pesquisa a la que fue sometido para poder ser nombrado en el cargo de director del OIRA, donde hasta los detalles más insignificantes de su vida fueron expuestos y juzgados por el público³. Fue una auditoría de su vida. Así, menciona la acusación de cuestiones que él considera de injustas e incomprensibles, basados en algunos comentarios en artículos académicos. Por ejemplo, se le satanizó como un defensor de los derechos de los animales, que convertiría a EE.UU. en un país vegetariano y de ser un manipulador siniestro (por su defensa del uso de *nudges*)⁴. Durante este proceso, Sunstein fue motejado como “el hombre más peligroso de Estados Unidos” y recibió amenazas de muerte, antes de asumir en el cargo. Él no lo dice, pero nos resulta difícil pensar en mejores *empujones* para evitar que gente decente entre al servicio público que una exposición de este tipo. Afortunadamente, Sunstein fue capaz de soportarlo, aunque quizás ello venía determinado en su personalidad, según cuenta en el libro.

En efecto, otra anécdota es su exposición sobre irracionalidades ante los “maestros” de la Escuela de Chicago en los ochentas⁵. Cuenta Sunstein, quien es un ferviente defensor de la necesidad de tomar en cuenta la irracionalidad a la hora de regular, que en una de sus primeras exposiciones en la Universidad de Chicago en su calidad de profesor de Derecho –muy probablemente un seminario de discusión–, le tocó tener de público a varios de esos maestros. Expuso sobre las preferencias de las personas y el hecho de que tenemos “preferencias sobre nuestras preferencias”, ejemplificando con que quizás preferimos fumar, pero es posible que prefiriéramos no preferir fumar. El escarnio público fue inmediato y guiado ni más ni menos que por George Stigler. Cuenta el autor que “Stigler, con una mezcla de aprobación y de desprecio, intervino para decir que mi construcción sonaba a la distinción de John Stuart Mill sobre los placeres elevados y los menos elevados, y que mi argumentación sonaba incluso más estúpida que la de Mill. Después de esa intervención, decidí callarme”⁶.

II. La hora de aplicar lo teorizado

Sunstein es un académico, por lo que su incursión en el mundo del servicio público significaba la posibilidad de aplicar todas aquellas teorías que ha defendido en sus trabajos previos. De esta manera, logró reunirlos bajo el eslogan de “Simpler”, que en una palabra intenta resumir su ideario de generar regulaciones mejor pensadas, más racionales, más sencillas y simples de cumplir, y que tomen en consideración algunos aspectos que considera clave. Esta obra vuelve a recordar estos principios, de manera sencilla y con ejemplos en las políticas públicas y regulaciones que tuvo ocasión de conocer con su trabajo. Por eso, este libro ocupa un lugar especial en su bibliografía, porque compila ideas expuestas en otros trabajos, pero ahora aplicadas a la formulación de políticas públicas en OIRA.

³ El exhaustivo escrutinio no solo es público y de los asesores del Presidente que lo proponen –lo que incluye muchas veces la revisión de sus escritos, como ocurre en el caso de académicos– sino que también por el FBI.

⁴ Recordemos que Sunstein es autor, junto a Richard THALER DE *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* (NEW HAVEN Y LONDRES, YALE UNIVERSITY PRESS, 2008)

⁵ George STIGLER, Ronald COASE, Gary BECKER, Richard POSNER y Frank EASTERWOOD. Los tres primeros recibieron el Premio Nobel de Economía.

⁶ SUNSTEIN, N. 1, P. 62

a) Psicología del comportamiento y el uso de *nudges*

Comienza el autor explicando una de las bases conceptuales de su pensamiento, que es la conciencia, basada en los estudios de la psicología del comportamiento (*behavioral economics*), de que la mente humana funciona basada en al menos dos sistemas. El “sistema 1” es el sistema instintivo, automático y el que más utilizamos. El “sistema 2” es el sistema reflexivo, que usamos sólo cuando el “sistema 1” no es capaz de encontrar las respuestas por sí solo, pues demanda de más atención, energía y esfuerzo. El estudio de estos dos sistemas ofrece respuestas sobre las razones que nos llevan a equivocarnos cuando tomamos decisiones y de la misma manera a cómo la regulación podría ayudarnos a cometer menos errores⁷. En este sentido, Sunstein recuerda constantemente su concepto *nudge* (literalmente, empujones), acuñado en un libro anterior en conjunto con Richard Thaler, que básicamente se refiere a la posibilidad de usar la arquitectura de las decisiones para disponer las cosas de tal forma que las personas sean naturalmente guiadas a tomar la decisión que más les conviene (y que es la que busca la regulación). Es una versión avanzada de la idea de los incentivos. Mientras estos se basan en el paradigma de la racionalidad de las personas como agentes económicos, los *nudges* se basan en la falta de dicha racionalidad y en el estudio de la toma de decisiones desde la psicología del comportamiento.

Mucho énfasis pone Sunstein en las opciones por *default* (o por defecto en su traducción en los video juegos) y el poder que ellas tienen sobre nosotros. A través de distintos ejemplos y experimentos demuestra cómo una abrumante mayoría de las personas escoge las opciones por defecto por sobre la posibilidad de tomar una decisión por sí mismas: elige no elegir. Aquí ponemos nuestro propio ejemplo, imaginamos que todo lector ha instalado en su computador algún programa que ha comprado o descargado de internet. Cuando el programa le pregunta si quiere instalarlo con las opciones por default o personalizarlo, ¿qué opción toma? Es muy probable que la mayoría simplemente apriete el botón “siguiente” y lo haga nuevamente y nuevamente hasta que pueda apretar el botón “finalizar”, sin siquiera haber reflexionado en el intertanto sobre las posibilidades de personalizar algunas de las opciones. Ya sea por desconocimiento, simplicidad o inercia, la tendencia es a creer que la opción por *default* es la más conveniente. Eso lo saben también los fabricantes de software, y por eso muchas veces nos encontramos en nuestro computador con nuevas barras de búsqueda o con otros cambios similares que según nosotros nunca autorizamos, pero que eran parte de la configuración por defecto de algún otro software que sí instalamos. El argumento a favor de los default agarra más fuerza cuando Sunstein se empeña en explicar algo que es muy cierto: los ricos tienen todo más o menos resuelto, y si no hacen nada especial sino que mantener la inercia, en la vida probablemente les vaya bien. Los pobres, en cambio, se juegan la vida en cada decisión que podríamos considerar menor: sus costos de equivocarse son mucho mayores. Entonces, ¿por qué no darles a los pobres la posibilidad de que su decisión de “no decidir” los lleve por el mejor camino posible? El problema, claro está, es que tan paternalista y manipulador resulta una regulación que intenta usar esta irracionalidad “en nuestro favor”.

Sunstein reconoce tres razones que hacen funcionar bien a las reglas por defecto, todas ellas ancladas en irracionalidades. La primera es la tendencia a la inercia: solemos dejarnos llevar en lugar de detenernos y cambiar el curso de las cosas. El segundo, algo que se entiende como un “respaldo a la regla”, consiste en que si el Estado o quien sea nos señala que la opción por defecto es X, suponemos que tienen que haber

⁷ Al respecto, Daniel KAHNEMAN, *THINKING, FAST AND SLOW* (NEW YORK, FARRAR, STRAUSS AND GIROUX, 2011)

buenas razones para ello, incluso cuando enfrentamos con desconfianza a quien nos propone la opción X, si no tenemos suficiente experiencia y *expertise* sobre el asunto, tenderemos a pensar que es efectivamente la mejor opción posible. La tercera es el problema del “anclaje”, la opción por defecto queda convertida en el punto de referencia para cualquier otra opción, porque es la que conocemos. El ser el punto de referencia nos hace querer acercarnos a él, y lo que más se acerca es el punto en sí mismo. El autor –fiel a sus trabajos previos sobre análisis costo beneficio– nos ilustra con las principales desventajas de la opción de elegir activamente: supone una carga para el proveedor que tiene que explicar mejor todas las opciones, una carga para quien elige que tiene que hacer un esfuerzo por comparar las opciones y relacionarlas con sus objetivos y preferencias y además aumenta la posibilidad de errores.

Sunstein defiende de entrada a los *nudges* de este problema, definiéndolos como “enfoques que influyen en las decisiones preservando la libertad de elección”⁸. Pero inevitablemente debemos preguntarnos si tal libertad de elección existe –o no– y luego que tan legítima puede resultar la influencia sobre los parámetros que determinan el uso de esa libertad. Es precisamente uno de sus puntos cuando explora los argumentos en contra de la elección por *default* y a favor de la elección activa, siendo que esta última (i) permite superar la inercia, (ii) funciona como mecanismo de protección contra arquitectos de la decisión mal intencionados y (iii) tiene una mayor receptividad de la diversidad entra las personas⁹. Ciertamente, este paternalismo libertario planteado por Sunstein es contraintuitivo y molesto. Es lo que dificulta admitir su propuesta de que efectivamente se conserve la libertad de elección, lo que el autor acepta.

b) Información, información, información

Otro de los grandes puntos del autor es el manejo de la información y la idea de cómo una entrega de información más eficiente y conciente de los sistemas de pensamiento puede resultar muy útil para mejorar la toma de decisiones de las personas. En este sentido por ejemplo, defiende en variadas formas el que la información debe estar adecuada a quien la recibe y establecer patrones de actuación. Simplemente dar información sobre que algo es malo sin ofrecer una alternativa viable, por ejemplo, sería una mala manera de entregar esa información. Lo mismo pasaría con los formularios, a veces extremadamente difíciles de llenar y que finalmente constituyen una barrera de entradas a beneficiarios de políticas públicas y por lo tanto un obstáculo al cumplimiento de los objetivos de dicha política pública.

Subyace a esta idea, a nuestro juicio, un traspaso de responsabilidad y costos. Crear un formulario sencillo es para la Administración mucho más difícil y costoso que crear un formulario complejo, pero si ella no incurre en ese costo entonces lo traspasa quienes tienen que hacer uso del formulario, quienes tendrán que invertir mayor tiempo (a veces incluso dinero en asesores) para rellenar adecuadamente la información que se solicita, cuestión especialmente grave cuando se trata de políticas públicas enfocadas en sectores vulnerables o con baja escolaridad. Parte de las políticas públicas debiera ser intentar que estas sean más sencillas para los ciudadanos y no contengan trabas. La arraigada idea de “si quiere el beneficio que al menos le cueste”, tiene escasa lógica en un Estado de Derecho y debiera ser erradicada.

⁸ SUNSTEIN, N. 1, P. 48

⁹ SUNSTEIN, N. 1, P. 136

Refuerza Sunstein la importancia sobre la manera en la que se entrega la información, haciendo constante alusión a que la atención es un recurso escaso y que por lo tanto plantear las cosas de manera sencilla, gráfica y relacionada con la vida cotidiana resulta clave. Pensemos un segundo ¿Cuántas cosas reguladas están pasando a nuestro alrededor mientras leemos estas líneas? ¿Es posible tenerlas presentes todo el tiempo? ¿Qué pasa cuando regulaciones no esenciales cambian y obligan a un cambio de un comportamiento que por inercia hemos tenido toda la vida? Sin información permanente, visible y sencilla es prácticamente imposible que podamos cumplir con muchas regulaciones.

La información es crítica, incluso la información sobre nuestras propias irracionalidades. Para el autor, tanto los políticos como el mercado normalmente reaccionan frente a las demandas de los ciudadanos, las que son producto del sistema 1, de la intuición y las preferencias. Las políticas públicas enfocadas en solucionar los problemas de información y las irracionalidades se traducen en ahorros para el consumidor, pero tienen un problema de popularidad por ambos lados. Para el político puede resultar difícil de explicar y además tiene que lidiar con la idea de paternalismo, y a la industria le puede resultar más fácil o más beneficioso seguir explotando la irracionalidad. Al mercado como concepto no le hace bien, pero a quienes detentan actualmente el poder en ese mercado sí.

Sunstein, sin decirlo expresamente, tiene un alto compromiso con los llamados Derechos de Acceso; acceso a la información (transparencia), acceso a la participación ciudadana y acceso a la justicia. Respecto del primero por ejemplo, señala que facilitar el acceso a la información tiene al menos 3 objetivos: (i) funciona como desinfectante y por lo tanto evita situaciones de captura y corrupción; (ii) permite a los ciudadanos tomar mejores decisiones en su propio beneficio; y (iii) mejora las decisiones que adopta el gobierno, pues mejora el acceso de las autoridades a la información dispersa en manos de los ciudadanos¹⁰. Este último argumento lo repite a propósito de defender el derecho a la participación ciudadana:

“Antes de ostentar un cargo público creía en la importancia de hacer partícipes a los ciudadanos del proceso de evaluación y reevaluación de las normas. Aquellos que no forman parte del gobierno muchas veces saben más que las autoridades públicas. Puede que tengan una visión más clara de lo que se debe agilizar, cambiar o de lo que debe frenarse en seco. Mi experiencia en el gobierno no debilitó mi visión. Al contrario, la reforzó. No sólo, ni siquiera principalmente, porque el gobierno democrático exige que se consulte a los ciudadanos (los cual es cierto en todo caso) sino porque las decisiones políticas de alimentan de los conocimientos dispersos de la ciudadanía.”¹¹

Por último, la obra de Sunstein lo muestra reiteradamente como un férreo defensor del procedimiento regulatorio y la revisión judicial de las regulaciones, entendiendo que el juez tiene también un papel que cumplir a la hora de regular y que las personas tienen que sentir que tienen el derecho a oponerse a los actos de autoridad, pues ello a la larga significa una mayor legitimidad para estos actos.

¹⁰ SUNSTEIN, N. 1, P. 92

¹¹ SUNSTEIN, N. 1, P. 40

c) El análisis de impacto regulatorio

Lo que él llama la “regulación analítica”, y que lo opone a la regulación instintiva, abusando de un ejemplo de béisbol, graficado en la película “Moneyball”, que perfectamente podríamos convertir en una analogía al llamado “Bielsismo” y el “Borghismo”, respecto a la actitud de dos directores técnicos de la selección nacional de fútbol. Así como Marcelo Bielsa, Sunstein no quiere dejar ningún detalle al azar, prefiere prescindir de las soluciones que son aparente, instintiva y socialmente adecuadas para enfocarse en aquellas que pueden ser respaldadas por datos y que por lo tanto pueden resultar más efectivas para el sistema.

La manera en que la legislación estadounidense (y la mayor parte de los países OCDE) han incorporado este concepto a su regulación consiste en la creación y seguimiento de un procedimiento regulatorio reglado y que incluye un proceso de participación ciudadana, de evaluación de costo beneficio de diversas maneras de regular (o no) una determinada realidad social, un proceso de socialización y la posibilidad de desafiar el resultado ante los tribunales.

En algo que es novedoso en este libro, califica al análisis costo beneficio como un *nudge* para el gobierno, pues efectivamente un estudio de este tipo sirve al menos como guía a la decisión política que se adopte, ya sea provocando rechazo a ciertas soluciones, ya sea favoreciendo otras. Agreguemos que esto no dice relación solo con la cantidad de costos y beneficios ni el resultado neto; un estudio de este tipo debiera incluir cuestiones de distribución que también resultan clave a la hora de regular y sobre todo de la rendición de cuentas de cara a la opinión pública. No hay dudas para nosotros de que el análisis de costo beneficio es una herramienta inigualablemente útil para tomar decisiones regulatorias. Sunstein lo recalca y muestra cómo durante su período le resultó eficaz, pese a que no pueda concordarse en su visión del principio precautorio como antagonista de ese tipo de análisis. En efecto, en casos de incertidumbre es imposible hacer un análisis de costo beneficio que sea satisfactorio y ,por lo tanto, hay una necesidad de que existan otras herramientas que puedan ser utilizadas por el regulador, siendo el principio precautorio una de las mejores, pues además de guiar las decisiones, introduce legitimidad democrática a las decisiones expertas en esos casos de incertidumbre.

Finalmente, el autor hace una mención a la necesidad y dificultad de hacer evaluaciones *ex post* de la regulación, a objeto de saber cuáles son realmente útiles a los objetivos trazados y cuáles otras debieran ser desechadas, en el entendido de no encontrarse sirviendo a los objetivos regulatorios de su creación. Es un análisis complejo, pero que puede, por ejemplo, detectar cosas como el efecto cumulativo de las regulaciones y lo que ello puede significar para las personas, en términos de costos y dificultades para cumplir.

No resulta difícil hacer comparaciones entre la realidad chilena y la norteamericana, a propósito del diseño de regulaciones. La racionalidad y el análisis costo-beneficio, así como la demanda por mayor coherencia entre distintos órganos regulados, va a paso lento, pero decidido. En efecto, si bien la implementación de un mecanismo de determinación de beneficios y costos de la regulación que afecta a las empresas de menor tamaño establecido en la Ley N° 20.416 ha sido cuestionable¹², el panorama es mucho mejor respecto de la elaboración de normas de emisión y calidad ambiental. En este ámbito incluso la racionalidad, la participación y el control judicial viven mejores momentos tras la revisión del Tribunal Ambiental de Santiago y posteriormente de la Corte Suprema de reciente regulación ambiental

¹² Vid. Francisco AGÜERO y Pablo RIVADENEIRA “Las políticas públicas del fomento al crecimiento en Chile. Análisis del primer año del gobierno de Sebastián PIÑERA”, en *Política / Revista de Ciencia Política*, Volumen 49, N° 2, 2011 / pp. 17-32

sobre material particulado. Por otra parte, el proyectos de ley sobre institucionalidad de protección al consumidor ha promovido mayor coordinación entre reguladores. Además, la discusión sobre el Trans-Pacific Partnership permitirá ahondar en la exigencia en la coherencia regulatoria que será requisito de nuestro ordenamiento jurídico. En todas estas cosas, la experiencia práctica de Cass Sunstein en el uso de diversas herramientas regulatorias es una cuestión de tremendo interés para el derecho público que pretende más racionalidad.