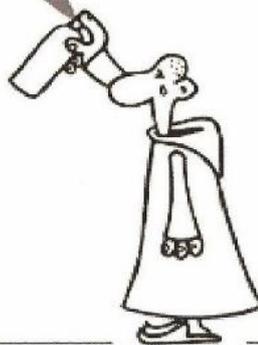


# LA BIOÉTICA Y EL ARTE DE ELEGIR



FUNDA  
MENTAL  
~~ISMO~~



*Para la Asociación,  
agradecido por  
esfuerzos que  
contienen la ÉTICA  
en todo*  
Jorge

2ª edición



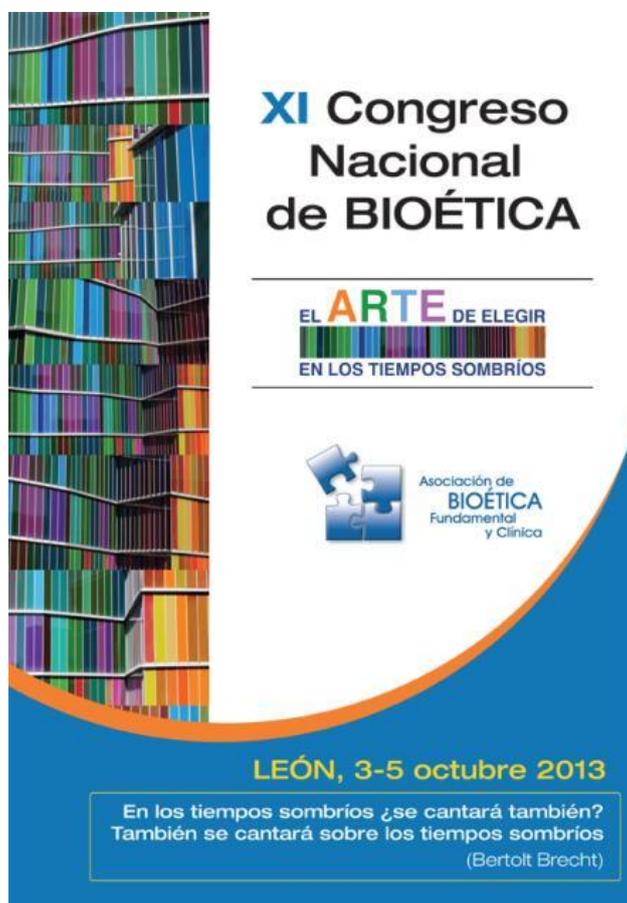
ABFyC

Asociación de Bioética Fundamental y Clínica

Asociación de Bioética Fundamental y Clínica

Responsables de la edición:  
Antonio Blanco Mercadé y M<sup>a</sup> Pilar Núñez Cubero

La bioética y el arte de elegir  
2<sup>a</sup> edición, 2014



*La bioética y el arte de elegir*

1ª edición. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2013

2ª edición. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2014

© Textos: los autores

© Viñetas: Antonio Fraguas

© Fotos (A. Prada y techo de L. Muñoz): MAC visual. <http://www.macvisual.es>

© Edición: Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2014

Responsables de la Edición: Antonio Blanco Mercadé y M<sup>a</sup> Pilar Núñez Cubero

Calle de Aguilón, 7

28045 Madrid

<http://www.asociacionbioetica.com>

[info@asociacionbioetica.com](mailto:info@asociacionbioetica.com)

ISBN: 978-84-695-9433-9

Depósito Legal: LE-66-2014

## INDICE

- 11 **Presentación.** Antonio Blanco Mercadé  
13 **Prólogo.** Koldo Martínez Urionabarrenetxea

### CONFERENCIAS

- 16 **La conquista de la libertad. Una perspectiva neuroética.**  
Adela Cortina Orts  
27 **Los retos de la bioética en el nuevo milenio.**  
Diego Gracia Guillén

### PONENCIAS

- 60 **Conciencia y libertad. El derecho de libertad de conciencia como fundamento constitucional de los derechos a la información sanitaria y a decidir sobre la propia salud.**  
Salvador Tarodo Soria  
100 **Objeción responsable.**  
José Antonio Seoane Rodríguez  
113 **Objeción de conciencia e instrucciones previas.**  
Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano  
125 **Arte, ética y cine.**  
Iñigo Marzabal Albaina  
138 **El arte de la ética.**  
Antonio Blanco Mercadé  
146 **Educación en bioética.**  
Lydia Feito Grande  
158 **Educación bioética basada en competencias.**  
Pablo Rodríguez del Pozo  
165 **Pedagogía deliberativa.**  
Diego Gracia Guillén

- 186 **Bioética en los tiempos sombríos.**  
Koldo Martínez Urionabarrenetxea
- 194 **Elección vital y neurorracionalidad.**  
Jesús Conill Sancho

## COMUNICACIONES

### REFLEXIÓN – HUMANIZACIÓN

- 207 **Ética socio sanitaria: puente hacia el futuro.**  
Eduardo Tejera Torroja; M<sup>a</sup> Carmen Valois Núñez
- 215 **La formación en valores: una estrategia orientada a la mejora del cuidado. Sociedad Madrileña de Ética Enfermera.**  
Raquel Buisan Pelay, Encarnación Cerezo Ugena, Juan Carlos Delgado Antolín, Carmen Ferrer Arnedo, Rafael Toro Flores
- 219 **LaMc Donalización de la bioética.**  
Carmen Martnez González
- 222 **Conocimientos y formación en bioética de médicos y enfermeras de un hospital comarcal de la Comunidad de Madrid.**  
Margarita Moreno Vázquez; Rafael Toro Flores
- 234 **¿Es moralmente relevante la distinción actos/omisiones en bioética?**  
Rosana Triviño, Txetxu Ausín, Lorenzo Peña, David Rodríguez-Arias
- 241 **El binomio ética-moral en la terapia de familia.**  
Leonor Ruiz Sicilia, José Ramón Boxó Cifuentes, Joaquín Aragón Ortega, Orlando Benito Riesco, Miguel Ángel Rubio González
- 246 **De la lectura de una novela a la reflexión sobre la ética de las profesiones y otros conceptos aprendidos en bioética.**  
Concepción Gómez Cadenas, Jesús Herrero Vicente, Concha Thomson Llisterri, Etel Carod Benedico, Teresa Lainez Lorente
- 257 **Los dilemas éticos en la práctica asistencial: un estudio de campo.**  
M.A. Navarro Perán, A. Gallego Ortiz, M.J. Torralba Madrid
- 266 **Fronteras de la bioética.**  
Ana I. de Cos, M<sup>a</sup> Luisa González, Pilar Bravo, Isabel Roch, Javier Barbero
- 277 **La humanización: una reflexión interpretativa.**  
M.A. Navarro Perán, M.J. Torralba Madrid, C. Meseguer Liza, D.J. García Capilla, A. Gallego Ortiz, A. Sánchez Miras, I. Alburquerque Moreno
- 286 **Confidencialidad e intimidad desde la perspectiva del paciente.**  
Manuel Valledor Méndez, M<sup>a</sup> Jesús De Los Bueis González, Rosario Tarrazo Espiñeira, M<sup>a</sup> Antonia Jurado Pedrayes, Begoña Gómez Álvarez, José Manuel Fernández Carreira, Isolina Riaño Galán

### INFORMACIÓN – CONSENTIMIENTO – RECHAZO

- 292 **Presunciones, empujones y deliberación. El desencaje del consentimiento informado en el paternalismo libertario.**  
Francisco Javier Gil Martín

- 303 **El consentimiento informado como herramienta multidisciplinar que favorece la calidad asistencial.**  
Javier Manuel Yagüe Sánchez
- 312 **Diálogo: de la información al conocimiento.**  
Andreu García Aznar
- 317 **Consentimiento informado para el uso de cadáveres en docencia sanitaria.**  
Francisco Javier Rivas Flores
- 326 **La autonomía en la ética de la responsabilidad de Emmanuel Levinas.**  
Javier Jiménez Benito, María José Pereda Riguera
- 338 **¿Informan los profesionales a sus pacientes sobre las instrucciones previas? Estudio transversal en un hospital de tercer nivel.**  
Julia Molina Zamorano, Benjamín Herreros Ruiz-Valdepeñas, María Pérez Rueda M<sup>a</sup> Dolores Martín Ríos, , María Velasco Arrivas
- 348 **¿Qué hemos aprendido en la evaluación de la capacidad mental para dar consentimiento informado?**  
Tirso Ventura Faci<sup>1</sup>, María Victoria Martí Garnica, Beatriz Baón Pérez, Ignacio Álvarez Marrodán, Ernesto Verdura Vizcaino, Mercedes Navío Acosta
- 353 **Valoración del consentimiento informado de los usuarios del Hospital Clínico Magallanes: un caso de estudio en Punta Arenas, Chile.**  
Mariela Alarcón, Pilar Águila, Manuel Concha, Pamela Gavilán, Jessica Oyarzún, Katherine Valenzuela
- 366 **Conflictos éticos ante el rechazo al tratamiento.**  
Susana Montañés García, Ana Isabel González Fernández
- 371 **Protocolo de atención sanitaria a personas que rechazan la terapia con sangre o hemoderivados.**  
José Luis Palma Aguilar, José Luis García Garmendia, Pilar Fátima Jiménez Delgado, Irene Jara López
- 386 **El menor maduro Testigo de Jehová y el rechazo de tratamientos médicos.**  
José Ramón Díez Rodríguez
- 398 **Percepción sobre la influencia de la comunicación con los padres en la toma de decisiones de la interrupción voluntaria del embarazo en la adolescencia.**  
M. García-Onieva Artázcoz, J.M. Torres Del Valle, I. Parra Martínez, J. Madrid Gutiérrez, E. Polentinos Castro, C. Martín Perpiñán, I. Santamaría Sánchez, E. Escarpa Berza, C. Merodio Cuadra

#### COMITÉS DE ÉTICA ASISTENCIAL

- 408 **Repensado los comités de ética asistencial (CEA).**  
Andreu García Aznar
- 416 **Los comités de ética asistencial en Asturias: ¿qué hemos hecho, dónde estamos y hacia dónde vamos?**  
I. Riaño Galán, RM. Simó Martínez, M. Naves Díaz, M d M. Méndez Pérez, B. Fernández González, E. García-Sastre García, M. Alonso Álvarez, ML. Martínez Vicente

- 420 **Impacto de la publicación de un *boletín de bioética* por el comité de ética asistencial (CEA) del Área de Salud de Segovia entre sanitarios y usuarios de la sanidad.**  
José A. Franco Yagüe, Pilar Guerrero Becerra, Enrique Vicente Yubero, Enrique Arrieta Antón
- 427 **Estudio de los comités de ética asistencial en la región de Murcia.**  
F. Vera Escolar, D.J. García Capilla, M.J. Torralba Madrid, M.A. Navarro Perán, C. Meseguer Liza, J. Martínez Hernández

#### **MAYORES – DEPENDENCIA – VULNERABILIDAD**

- 432 **Enfermedades crónicas, dependencia y riesgo social: un análisis desde el principio de vulnerabilidad.**  
Valle Coronado Vázquez, Mario Merino Casto, Carmen Palomo Cobos, Gabriel Ruíz Sánchez, José Pedro Arjona Jiménez, Aguasanta Benítez La Fuente, Isidoro Durán Cortés, Jaime Galbarro Muñoz, Tomás Martínez García, Carmen Ibáñez Camacho
- 441 **El CRE de discapacidad y dependencia: de la dignidad individual a la dignidad social.**  
Ana Isabel González Fernández, Susana Montañés García
- 448 **Vulnerabilidad y tratamientos de soporte vital.**  
Ana Ylenia Guerra Vaquero, Ana María Marcos del Cano
- 457 **El paciente vulnerable en la sala de tratamientos cortos del servicio de urgencias de un hospital comarcal.**  
José Luis Palma Aguilar, Juan Manuel Segovia Rojas, Angeles del Carmen López Tarrida, Pedro Rabanera Gallego Góngora, Leocadia de las Heras Salvador
- 462 **Crímenes olvidados. El holocausto y las personas con diversidad funcional.**  
Soledad Arnau Ripollés
- 474 **Evaluación de la capacidad e información de derechos en el ingreso psiquiátrico no voluntario.**  
Fernando Santander, Marixa Larreina, Margarita Hernanz, Maria Antonia De la Peña, Aitziber Ubis, Santiago Ron
- 484 **La satisfacción de la sexualidad en una institución para personas con diversidad funcional.**  
Ana Isabel González Fernández, Susana Montañés García

#### **FIN DE VIDA**

- 488 **Compañeros de viaje.**  
Nuria Pérez de Lucas. Amparo Minguez Covacho.
- 494 **Explicando cuestiones bioéticas del final de la vida en primer curso de grado de medicina: relato de una experiencia.**  
José Miguel Polo Esteban, Ramón Fernández Barquín
- 500 **Entorno social, eutanasia y suicidio asistido: una propuesta intuitiva.**  
José Antonio Cuenca Trabado
- 522 **Aprendizaje en terminalidad en un servicio de Medicina Interna.**

- Susana García Escudero; Silvia García Mat3nez; Paula Dios Diez; Mar3a del Rosario de Castro Losa
- 525 **Atenci3n integral a las personas mayores al final de la vida. Gu3a de recomendaciones 3ticas.**  
Eva Iturritya V3lez de Elburgo, Marije Goikoetxea Iturregui M<sup>a</sup> Rosa Sainz Nieto
- 532 **El personal de enfermer3a del HGU ante los pacientes al final de la vida: conocimientos e inquietudes.**  
T. Eesteban Galbete, C. Calleja Blanco, J.M. Vera Ortiz.
- 551 **Coherencia y dualidad en la atenci3n al final de la vida para la comunidad gitana.**  
Miguel Melguizo Jim3nez. In3s Mar3a Barrio Cantalejo. Francisco Javier Castro Mart3nez. Patricia Peinado Gorlat
- 565 **Experiencia deontol3gica enfermera en la 3ltima etapa de la vida.**  
Maria Teresa Meneses Jimenez, Francisco Quiros Sastre, Bel3n Herrero Cembell3n, Aguas Vivas Rodriguez, Virginia Escudero Hermoso, Enrique Forner, Bella Luz Rodr3guez

#### **BIODERECHO Y ORGANIZACI3N**

- 572 **Conocimiento y actitudes de usuarios sobre las instrucciones previas. Validaci3n de un cuestionario.**  
Rafael Toro Flores, Agust3n Silva Mato, Antonio Piga Rivero, M<sup>a</sup> Teresa Alfonso Gal3n
- 578 **La necesidad de un marco 3tico en las sociedades cient3ficas.**  
Carmen Mart3nez Gonz3lez, Marta S3nchez Jacob, Isolina Ria3o Gal3n
- 581 **Factores que influyen en la legislaci3n y juicio de diferentes culturas respecto a las t3cnicas de reproducci3n asistida (TRA) y el inicio de la vida.**  
Joaqu3n Jim3nez Gonz3lez; Jos3 Ram3n Salcedo Hern3ndez; Juan Antonio Fern3ndez Campos; M<sup>a</sup>Bel3n Andr3u Mart3nez; Leticia Teresa Hern3ndez Mart3nez; Luis Escobar 3lvaro; Elena Quesada Costilla
- 589 **La 3tica de la prescripci3n y las actividades formativas en los centros de salud patrocinadas por la industria farmac3utica.**  
Guillermo Cairo Rojas, Agurtzane Ortego Fernandez de Retana, Nekane Jaio Atela
- 596 **La actualidad bio3tica y legislativa en la prensa digital de nuestro pa3s: un estudio documental.**  
M.J. Torralba Madrid, M.A. Navarro Per3n, C. Meseguer Liza, I. Albuquerque Moreno, A. Guirado Lorente, A. S3nchez Miras

#### **TRASPLANTES – OTROS**

- 608 **Breve experiencia de un comit3 de 3tica asistencial en donaci3n de trasplante renal de vivos.**  
C. Bermejo Merino, P.A. Vicente Garc3a, M.T. Mu3oz Rivero, I. Garc3a Palomero, A. Del Ca3izo Fern3ndez-Rold3n, T. Cano S3nchez

- 615 **Aspectos científicos, técnicos y éticos de la terapia celular (TC) y medicina regenerativa (MR).**  
Jorge Estopà Dueso, Antonio Blanco Mercadé, María Jesús Tuñón González
- 621 **Aspectos éticos en la donación en asistolia.**  
Carlos Fernández Renedo, Santiago Macías Martín
- 631 **Resveratrol y longevidad: deliberaciones en torno a la aportación del vino a las distintas bioéticas.**  
José M<sup>a</sup> Rodríguez Merino
- 654 **Problemas éticos derivados del procedimiento de búsqueda de orígenes de personas adoptadas.**  
Lourdes Zurbanobeaskoetxea, Marije Goikoetxea, Hithem Abduhaleem, Amaia Andrés, Rafael Armesto, Juana Aza, Begoña Bilbao, Esther Calvete, Dolores De Leon, Miryam Del Campo, Amaia Fernández, Angela Fernández, M<sup>a</sup> Angeles Ibararan, M<sup>a</sup> Angeles Larrinaga, Itxaso Manzano, Izaskun Pascua, Tania Pereda, Bienvenido Presilla, Yolanda Pérez, Rafael Sampedro
- 666 **Aspectos éticos en los incidentes críticos de los médicos internos residentes de medicina familiar y comunitaria de la comunidad de Madrid.**  
Lucía Martín Vallejo. Dolores López Martínez. Antonio Moya Bernal. Josefa Castro Martín. Carmen Cámara Escribano. Julio Sánchez Salvador. Teresa Alzugaray García-Diego. Teresa Fernández Vicente. Miguel Ángel García Pérez
- 678 **Enfoque ético del maltrato a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo.**  
Marije Goikoetxea, Valeria García-Landarte, Xabier Etxeberria, Natxo Martínez, Tania Pereda, Asun Jauregi, Jimmy Brosa, Gerardo Posada
- 683 **Ser médico en tiempos sombríos.**  
Andreu García Aznar



Al Doctor Albert Jovell, en el recuerdo

# PRESUNCIONES, EMPUJONES Y DELIBERACIÓN EL DESENCAJE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PATERNALISMO LIBERTARIO

Francisco Javier Gil Martín

Universidad de Oviedo

**Resumen:** La analogía entre la relación médico/paciente y la de expertos/ciudadanos cuenta con una larga tradición en el pensamiento político occidental. Algunos exponentes de la deliberación democrática han retomado dicha analogía en atención a los tipos respectivos de consentimiento que implica y se han servido de ella para desacreditar la expertocracia y para, al mismo tiempo, reivindicar el valor epistémico que no debe perder la autoridad democrática siempre que esté avalado por la autorización del paciente. Este texto destaca en cambio el esquema expertocrático con el que el planteamiento deliberativista de Cass Sunstein pretende “re-enmarcar” la inclusión y la participación democráticas. En último término, el texto pone en cuestión la pretensión del paternalismo libertario de “redescribir” el consentimiento informado por la vía de hacer del consentimiento presunto o implícito un mecanismo deliberativo acorde con la arquitectura de los *nudges*.

**Palabras clave:** Autonomía, deliberación, Sunstein, paternalismo

**Abstract:** The analogy between the doctor/patient and the expert/citizen relationships has a long tradition in the western political thought. In view of the respective kinds of consent operating in these relationships, some defenders of democratic deliberation take up the analogy again and use it specifically for undermining the expertocracy and for claiming, at the same time, the epistemic value that any democratic authority should pursue when backed by the patient’s authorization. In contrast, this paper analyses the expertocratic scheme with which Cass Sunstein’s deliberative approach tries to reframe the democratic inclusion and participation. Additionally, the paper questions the libertarian paternalism’s attempt to redescribe the very idea of informed consent by making the presumed consent a deliberative device compatible with the choice architecture of nudges.

**Keywords:** Autonomy, deliberation, Sunstein, paternalism

Diversos defensores de la deliberación democrática -o, más exactamente, de la justificación epistémica de la misma- han coincidido en el empeño de atajar la amenaza de la *epistocracia*, o del gobierno de quienes conocen mejor, de los sabios o los expertos. Algunos de esos autores -como David Estlund, Cristina Lafont y Robert Talisse o, entre nosotros, Félix Ovejero- optan por estrategias deliberativas mixtas que combinan la orientación por los mejores resultados con el enfoque procedimental, a la vez que critican las justificaciones “puramente” epistémicas de la deliberación democrática, esto es, las posiciones que justifican la deliberación en razón de sus rendimientos cognitivos en detrimento de otras consideraciones como la equidad en la participación democrática. En las derivas epistocráticas de tales posiciones aquéllos detectan la existencia de un *non sequitur* desde una tesis sobre la validez del conocimiento experto hasta otra sobre la legitimidad de la autoridad democrática (Estlund, 2008, 29-36 y 206-222; Talisse, 2005, 99-103). David Estlund habla al respecto de la falacia experto/jefe: puede que dispongas de mejor conocimiento y que estés en lo correcto sobre qué es lo que hay que hacer, pero eso no te convierte sin más en quien debe mandar; antes bien, tu autoridad sobre mí y mis circunstancias depende de mi autorización. En otras palabras: aun cuando fueras quien mejor conoce el asunto y quien mejor pertrechado está para tomar una decisión, lo que te confiere la posición de mandar sobre mí es en buena medida la disposición por mi parte a que así lo hagas. O dicho aún de otra manera: no hay una derivación inmediata desde las correctas premisas epistémicas (que las cuestiones normativas tienen carácter cognitivo y son susceptibles de ser correctas o erróneas, y que hay personas que disponen de un mejor saber y entender político) a la tesis política de que la autoridad de unos sobre otros se ha de garantizar y distribuir en función de la diferencia entre los niveles de conocimiento y pericia, de modo que quienes más saben dispongan de una proporción mayor de poder político. Antes bien, la autoridad política tiene que estar cualificada, además de en un sentido epistémico, en un sentido democrático.

Los autores a los que acabo de referirme se suman además a quienes encuentran equivalencias entre la autorización democrática que vincula a los expertos con los ciudadanos y la autorización característica del consentimiento informado, la cual interioriza a su vez una especie de democratización en la relación médico-experto / paciente-lego. No debe pasarse por alto que estamos ante una variante contemporánea de la analogía más general entre la relación médico-paciente y la relación gobernantes-gobernados, analogía que aparece repetidamente en el pensamiento político occidental desde que la pusiera en funcionamiento Platón con una intención decididamente antidemocrática. Conviene igualmente precisar que, aun cuando no se trate tanto de una relación de semejanza cuanto de una semejanza entre las relaciones, estamos ante relaciones hasta cierto punto interconectadas. Por

un lado, la revalorización de la autonomía del paciente en detrimento del clásico paternalismo médico importa o incorpora dentro de la relación asimétrica entre médico y paciente un tipo de interacción más democrática que es propia del tipo de sociedades liberales en las que se se enmarcan, se financian y se justifican los sistemas de salud en los que se lleva a efecto dicha relación. Y, por otro lado, que el tipo de vinculación de la pericia médica con la autorización propia del consentimiento informado puede servir entonces para mantener, por analogía, la vigencia y de hecho la necesidad del elemento de excelencia epistémica del poder político y al mismo tiempo rectificar el elitismo de la variante epistocrática que iniciara Platón y que autores como Edmund Burke, John Stuart Mill o Joseph Schumpeter reelaboraron, cada cual a su modo, en términos democráticos.

Obviamente, no es este el lugar apropiado para recorrer la estela histórica de la analogía. Tampoco pretendo aquí ahondar en las modulaciones deliberativistas contemporáneas arriba citadas (Gil, 2012). En las páginas que siguen me ceñiré más bien a una doctrina que, pese a compartir con aquéllas supuestos afines, manifiesta un franco contraste en relación con la falacia experto/jefe. La doctrina a la que me refiero es el paternalismo libertario defendido por Cass R. Sunstein junto a Richard H. Thaler.

Estamos ante una derivación normativa de la economía conductual o economía del comportamiento. Nacida como una reacción a la idealización del hombre como un ser puramente racional difundida por la economía clásica, la economía conductual fue desarrollada entre otros por Amos Tversky y Daniel Kahneman, quien recibió en 2002 el Premio Nobel de Economía. Richard Thaler es un defensor destacado de esta corriente caracterizada por el carácter experimental y la propensión a descubrir y enfatizar los fallos y sesgos sistemáticos de nuestra supuesta racionalidad, nuestra aplicación de la inteligencia y nuestras más queridas intuiciones morales, habida cuenta que los humanos estamos inmersos en contextos de información imperfecta. Cass R. Sunstein, por su parte, es politólogo y un teórico del derecho que cuenta en su haber con aportaciones relevantes en campos como el derecho constitucional o el derecho ambiental y que, aparte de una producción teórica descomunal y una igualmente prolífica actividad publicista en medios impresos y electrónicos, ha ejercido entre los años 2009 y 2012 un alto cargo gubernamental de la administración de Barack Obama. Aquí me interesa resaltar que Sunstein es un convencido demócrata deliberativista que, sin dejar de enfatizar en ocasiones la necesidad de que los ciudadanos ordinarios cultiven sus propios hábitos epistémicos, ha defendido repetida y enérgicamente planteamientos expertocráticos.

La adscripción deliberativista, patente ya desde su revisión de la tradición del republicanismo en los años ochenta (Sunstein, 1988), se pone particularmente de manifiesto en su idea de que toda constitución debe promover la democracia deliberativa y de que la Constitución de los Estados Unidos en concreto fue diseñada para crear una “república de las razones” (Sunstein, 2001a), así como en sus hallazgos

acerca de la regularidad estadística conocida como la polarización de grupos, en especial la constatación apoyada en una solvente literatura empírica de que, *en ausencia de voces críticas y disidentes*, los miembros de grupos de deliberación política en exceso homogéneos son epistémicamente inestables o proclives a deslizamientos doxásticos, puesto que tienden a adoptar posiciones más extremas que las que mantenían antes de entrar a deliberar sin que ello se deba a la introducción de nuevas evidencias o mejores argumentos (Sunstein, 2002 y 2003). De ahí que en diversos lugares Sunstein haya abogado tanto por bloquear el efecto polarizador aumentando el depósito de argumentos a que se ve expuesto el ciudadano medio, como por desalentar la deliberación que se impone sin réplicas o que procede sin la debida contestación. Es conocida, a ese respecto, su apuesta por intervenciones legales tendentes a contrarrestar el uso de internet a modo de un dispositivo de filtro o de una sala insonorizada y por ende como una potente fuente de polarización en la sociedad contemporánea. Tal es el caso, por ejemplo, de su propuesta de obligar a los sitios web de contenidos políticos señaladamente partidistas o tendenciosos a incorporar enlaces a otras páginas y sitios web que expresen puntos de vista contrarios (Sunstein, 2001c). En suma, si la crispación incendiaria de los extremismos se alimenta en parte de una deliberación deficiente que tiende a autoabastecerse, la resistencia democrática a ese tipo de posicionamientos y conflictos divisivos pasa necesariamente por habilitar formas de deliberación expansivas y cualificadas.

No obstante, conviene añadir que Sunstein establece restricciones sobre la dinámica y el alcance de la deliberación democrática. Por ejemplo, la reflexión y el intercambio argumental propios de la democracia deliberativa se reservan ante todo para la rendición de cuentas de los gobiernos ante el público, el mantenimiento de elecciones periódicas y la exigencia de que políticos y funcionarios estatales presten atención a la voluntad popular. Además Sunstein considera preferible evitar la discusión sobre asuntos muy controvertidos en aras de la búsqueda de soluciones en las que muchos puedan estar de acuerdo (Sunstein, 1994). De acuerdo con esto, las democracias deliberativas se deben a los acuerdos de bajo nivel sobre prácticas en las que muchos pueden converger, en vez de enredarse en debates sobre grandes cuestiones sustanciales que, dado el pluralismo de las sociedades contemporáneas, no tienen visos de solución y pueden en cambio ser generadores de ulteriores conflictos.

Por otro lado, como dije, el compromiso de Sunstein con la democracia deliberativa no entorpece una intensa querencia elitista de tipo expertocrático. Vale la pena reproducir un par de declaraciones en las que esta última se hace explícita. En *Risk and Reason*, Sunstein argumentaba en favor de un “Estado del coste-beneficio” que estuviera en gran medida controlado por expertos en economía: “dado que valoro en gran medida la pericia técnica y la ciencia sólida, este libro [*Risk and Reason*] es, en muchos sentidos, un alegato en favor de otorgar un amplio papel a los tecnócratas” (Sunstein, 2002, 7). Este había sido el principio rector de un texto anterior titulado

“The Laws of Fear”, donde se sostenía que las buenas políticas y las buenas regulaciones se deben o han de atenerse a la evidencia estadística sobre el riesgo real y no a la gente ordinaria, tan propensa a cometer errores al pensar y decidir sobre los riesgos percibidos (Sunstein, 2001b); y lo volvió a ser de un libro con idéntico título, *Laws of Fear*, que elaboraba con la misma intención muchos de los temas de aquel trabajo previo, entre ellos, el uso de los atajos heurísticos, los efectos de las cascadas sociales, el papel de las emociones, las diferencias demográficas o la existencia de una racionalidad de la gente ordinaria diferente de la racionalidad de los expertos. En ese libro Sunstein argumenta que para funcionar bien la democracia deliberativa, de nuevo asesorada por “la ciencia y cuanto tengan que decir los expertos” (Sunstein, 2005, p. 2), tiene que usar salvaguardas institucionales tanto para disipar el miedo público cuando carece de fundamento o lo provoca un riesgo trivial cuanto para actuar frente a un riesgo grave aun cuando el público no lo pondere adecuadamente. El libro recién citado, como indica su subtítulo, defiende en consecuencia la conveniencia de superar el principio de precaución cuando atenerse a él resulte irracional o desajustado a las mejores razones, lo cual implica a su vez la recomendación de aminorar llegado el caso la presión normativa de la autonomía personal (Sunstein, 2005, pp. 123-124, 154-155, 181-182).

El último capítulo de esa obra, escrito con el economista conductual Richard H. Thaler y basado en un par de artículos anteriores (Thaler y Sunstein 2003; Sunstein y Thaler, 2003), se dedica a exponer la doctrina del paternalismo libertario como “un enfoque que dirige a la gente en direcciones que promoverán su bienestar sin extinguir el derecho de redimir sus propias elecciones” y que, por tanto, “puede proporcionar un valioso correctivo cuando los miedos conducen a las personas en las direcciones equivocadas” (Sunstein, 2005, pp. 8, 175-203). La idea central del enfoque es que es posible compatibilizar el libertarismo, en el sentido de respetar las elecciones de los individuos, con un paternalismo que las encauza amablemente hacia posiciones favorables a su bienestar. Posteriormente, dicha doctrina generada desde la economía conductual ha sido desarrollada en detalle por ambos autores en *Nudge* en relación con la mejora de la decisión en ámbitos de la salud, la riqueza y la felicidad. La base teórica es una epistemología pesimista que parte de la evidencia de que a menudo los individuos no tienen preferencias estables o bien ordenadas, lo que les suele llevar a tomar decisiones equivocadas en cuestiones que les afectan de lleno. “El falso supuesto es que casi todo el mundo, casi todo el tiempo, toma decisiones que redundan en su propio interés o que son como poco mejores que las elecciones que tomaría [por ellos] algún otro” (Thaler y Sunstein, 2008, 9). Con objeto de mejorar las elecciones de un gran número de personas sin llegar a forzar a ninguna de ellas a hacer nada a lo que no esté dispuesta, el enfoque paternalista moderado o amable recurre a la “arquitectura de las decisiones”, esto es, al diseño del marco de la toma de decisiones con las claves conductuales adecuadas para orientar a la gente a elegir lo

que más les conviene. Un diseño inteligente sacará partido de los detalles en apariencia insignificantes que pueden tener una significativa influencia sobre la conducta de mucha gente con objeto de optimizar la calidad de sus decisiones. El significado de *nudges* equivaldría a dar empujones sutiles al modo en que un leve codazo permite avisar o amonestar suavemente a otro. Los *nudges* son factores capaces de alterar de forma significativa la conducta individual y que se pueden introducir con objeto de encarrilar la decisión hacia una o varias opciones predeterminadas, por lo que tienen un notable valor instrumental en tanto que estrategias destinadas a orientar las decisiones de muchas personas incentivando la racionalidad de las mismas. Thaler y Sunstein promueven el paternalismo libertario como el mejor modo de aplicar *nudges*; consiste básicamente en diseñar las situaciones de elección de forma que se procure el mayor beneficio a los electores, haciendo su vida mejor, pero sin violentar nunca su inalienable derecho de libertad de elección.

Thaler y Sunstein se centran en lo que supone aplicar el paternalismo libertario en y desde las instituciones públicas, aunque enfatizan que el tipo de propuestas que promueve son extensibles al ámbito privado, donde de hecho el mecanismo de los *nudges* funciona habitualmente en sectores muy diversos. En su aplicación estatal, el paternalismo libertario pretende funcionar como una forma de política pragmática, asumible desde distintas ideologías. La intención es dotar a quienes tienen responsabilidades de planificación, cual son los gestores de las políticas públicas, de un mecanismo efectivo con el que obtener lo mejor de los numerosos ciudadanos y consumidores, respetando la libertad de estos. La regla de oro del paternalismo libertario es “ofrecer los *nudges* que tengan más probabilidades de ayudar y menos de perjudicar” (Thaler y Sunstein, 2008, 72). Por lo tanto, deben emplearse sólo donde y cuando sea estrictamente necesario; por ejemplo, en situaciones en las que nuestras acciones puedan tener consecuencias determinantes sobre nuestra calidad de vida.

A ese respecto, son varias las estrategias generales con las que trabaja la arquitectura de las decisiones, entre ellas las tres siguientes. En primer lugar, Sunstein y Thaler comentan la “opción por defecto” (*default option*). Esta expresión oriunda de la informática refiere a la opción que se selecciona automáticamente si no se elige otra. De acuerdo con la evidencia aportada por la economía conductual, muy a menudo seguimos pautas por inercia, de modo que nuestro comportamiento obedece a la efectiva heurística del ‘sí, lo que sea’ que nos induce a quedarnos con la opción preseleccionada. Solemos confiar en ella porque goza del respaldo de expertos (como cuando elegimos la “opción recomendada” al instalar un programa) o porque cuenta con el respaldo de una mayoría (como cuando nos interesamos por “los más vistos” en una página web). Ahora bien, los humanos seguimos a menudo por pura inercia sendas que no nos convienen. Y también por inercia podemos negarnos a hacer cambios que nos beneficiarían. Dado que las opciones por defecto suelen ser inevitables y además

tener que elegir entre varias puede resultar oneroso, un buen *nudge* consiste en seleccionar la más adecuada de antemano. En esos casos, ofrecer una opción por defecto a quienes no quieren o son incapaces de decidir puede ser muy beneficioso (elemento paternalista), sin que ello implique imponérsela a nadie, puesto que siempre será posible elegir otra alternativa a la opción por defecto (elemento libertario). Otra estrategia consiste en prever o estar a la espera de que tenga lugar el error. Cualquier sistema bien diseñado debe mantener la expectativa de que sus usuarios se equivocarán. Como hay muchos errores predecibles, se pueden habilitar *nudges* para evitarlos. Finalmente, para ayudar a tomar decisiones informadas conviene dar a los usuarios opciones que tal vez no elegirían por sí mismos. Una buena arquitectura de las decisiones ofrecerá *nudges* en direcciones que quizá no escogeríamos *motu proprio*, abriendo así nuestro espectro de posibilidades de elección.

Pues bien, una de las propuestas de Thaler y Sunstein, expuesta en el capítulo 11 de su libro, consiste en implantar el consentimiento implícito, presunto o supuesto (*presumed consent*), para aumentar las donaciones de órganos en el contexto federal usamericano. A diferencia de lo que ocurre en España y otros países que han institucionalizado diversas variantes del consentimiento implícito, en Estados Unidos la “opción por defecto” es no ser donante, puesto que rige el “consentimiento explícito” (así lo llaman Thaler y Sunstein) para quien quiera y pueda convertirse en donante. A consecuencia de esta política, un elevadísimo porcentaje de los numerosos individuos que se muestran a favor de convertirse en donantes no formaliza los procedimientos establecidos para registrarse como tales, de todo lo cual dan cumplida cuenta diversos estudios y encuestas; y los profesionales de la salud tienen que suponer en buena lógica que cualquiera de esas personas, llegado el momento decisivo, no quieren donar sus órganos. La propuesta de Thaler y Sunstein consiste en invertir la opción por defecto de modo que lo que se presuponga sea que todo ciudadano puede ser donante. De acuerdo con ello, los gobiernos darían por hecho que cualquiera consiente en donar sus órganos al morir al menos que haya manifestado expresamente lo contrario; y con arreglo a esa política pública, los profesionales de la salud responsables estarían justificados y legalmente protegidos para obtener órganos de personas que nunca dieron su permiso para que eso se hiciera. Por supuesto, la exigencia libertaria cualifica esa intervención paternalista postulando que el procedimiento que debe seguir quien quiera dejar de ser donante ha de ser sencillo. Antes de entrar con algo más de detenimiento en esta posición, tal vez valga la pena recordar una conocida aclaración conceptual.

El consentimiento implícito podría considerarse una alternativa o un complemento al consenso explícito, que es el que da expresión cabal del principio de la autonomía del paciente, en aquellos casos en los que se precisa una intervención de urgencia y no se puede obtener el consentimiento normal, delegado o anticipado del

paciente. Tal es el caso cuando éste está inconsciente y no están disponibles o no pueden ser identificadas a tiempo sus preferencias -o las de los familiares- acerca de la donación de sus órganos. Ciertamente, lo que aquí está en cuestión no es ya el valor de una serie de preferencias puntuales, sino toda una política pública en torno a un bien social objetivamente valioso que afecta a la vida de miles de personas y que implica de hecho inmensos beneficios. En ese sentido, el consentimiento presunto hace un notable servicio normativo a la legitimación de las políticas de extracción y donación de órganos en los cuantiosos casos en que no hay una expresa oposición de los afectados. Un modo usual de proceder de esas políticas es invertir los supuestos acerca de la opción por defecto, los cuales predefinen lo que está o no permitido. Pues bien, el paternalismo libertario ahonda en la presunción de que, por regla general, se habría dado consentimiento.

Parece razonable y conforme a la soberanía del paciente que sea el potencial afectado quien llegado el caso dé *su permiso* a la donación, haciendo así uso de su derecho. En cambio, conforme al paternalismo libertario, ese individuo ha de asumir la carga de expresar *su reserva* a la donación. En el primer caso, el afectado ha de hacer explícita la intención de entrar dentro de una política de donación; en el segundo, esa intención se le presupone y lo que resulta prescriptivo es dejar indicada la intención de salir fuera de esa política, esto es, el optar por no donar (*opt out*). Según esto, la diferencia clave con el consentimiento explícito consiste en que se *modifica* la norma por defecto, y no en que quienes desestimen esa norma previa estén dispensados de registrarse de algún modo para desvincularse de ella. Sunstein y Thaler sostienen que ese consentimiento implícito está por completo en consonancia con la autonomía del paciente toda vez que la libertad de éste queda salvaguardada al permitírsele salir con relativa facilidad del sendero establecido de antemano. Se da por supuesto que todos y cada uno hemos consentido en ser donantes, pero se garantiza como factor decisivo que sea fácil y viable elegir no serlo. De este modo, a efectos normativos, el consentimiento implícito podría considerarse no ya un complemento, sino el *equivalente funcional* del consentimiento informado y su exigencia de pronunciamiento explícito. De la mano de otros autores, el paternalismo libertario intenta de hecho “redescribir” la propia noción de consentimiento informado con objeto de hacerlo compatible con los diseños de la arquitectura de los *nudges*. Es el caso de Shlomo Cohen en un artículo a cuya discusión se dedica el número de junio de 2013 de *American Journal of Bioethics*.

Por supuesto, Sunstein y Thaler señalan que, para contar con una efectiva política pública, no bastaría con decretar el cambio de la opción por defecto; habría igualmente que diseñar toda una infraestructura productiva para el sistema de donación, como ha ocurrido en España. Con todo, los autores admiten que el principal obstáculo para incrementar de esta guisa las donaciones seguirá siendo la necesidad de obtener el consentimiento de los familiares. Además reconocen que mucha gente

mostrará reparos, ya que el consentimiento presunto “puede no ser fácil de vender políticamente” (Thaler y Sunstein, 2008, 180). En efecto, suponer un consentimiento puede resultar fraudulento e inadmisibles si no existen las convenciones relevantes que clarifican el silencio. No parece lícito pasar del hecho de que “se da la llamada por respuesta” a suponer que “quien calla otorga”. Obviamente, quien calla no siempre otorga. En vista de los múltiples problemas que provocaría convertir al consentimiento presunto -sin más cualificación- en equivalente o sustituto del informado, Sunstein y Thaler sostienen que el gobierno debería instaurar la “elección por obligación” (*mandated choice*) como modo de arquitectura de elección para las donaciones de órganos. Según su propuesta, la obligación de optar por no ser donante de órganos podría implementarse, por ejemplo, en la renovación del carnet de conducir con la simple exigencia de rellenar la casilla correspondiente a una simple pregunta de sí o no (Thaler y Sunstein, 2008, 180).

En su libro, Thaler y Sunstein adelantan una serie de réplicas a críticas previsibles al paternalismo libertario. Por ejemplo, al recurso de la pendiente resbaladiza responden que acusar de potenciales derivaciones al empleo actual de *nudges* pasaría por alto que el diseño de los mismos mantiene la libertad de elección y el derecho a desvincularse a bajo coste. Asimismo, aducen que suele ser inevitable establecer opciones por defecto, por lo que los arquitectos de las decisiones no pueden permanecer neutrales. A la crítica libertaria de que no podemos confiar en que el Estado vaya a “cuidar” de nosotros y en que las motivaciones de sus arquitectos de las decisiones no vengan dictadas por sus intereses y no por los nuestros, Thaler y Sunstein contestan, por un lado, que es un error creer que los arquitectos de las decisiones privados suponen una menor amenaza o deben preocuparnos menos que los públicos; y, por otro, que se han de imponer limitaciones para evitar que los arquitectos de las decisiones nos manipulen conforme a sus intereses. Esas limitaciones tienen que ver con la transparencia de los *nudges* y con el principio de publicidad de Rawls, que prohíbe al gobierno elegir políticas que no podría ni querría defender públicamente ante sus ciudadanos. En relación con esto, Thaler y Sunstein animan a sus lectores a participar en la web [nudge.org](http://nudge.org) proponiendo posibles *nudges*. La arquitectura de las decisiones no debería ser una labor reservada a unos pocos, sino que todos deberíamos poder proponer *nudges*. ¿No se intenta así salvar la apariencia elitista que reviste el paternalismo libertario y darle una tonalidad democrática? Sospecho que este gesto es indicativo del ambiguo modo con que el paternalismo libertario, hablando en términos generales, pretende “re-enmarcar” la inclusión y la participación democráticas por la vía de supeditarlas a los objetivos delimitados por la “ciencia sólida” de la economía conductual. En una entrevista promocional de su libro realizada por Amazon.com (que el lector encontrará fácilmente en internet), los autores declaran: “pensamos que ha llegado el momento de que las instituciones, incluyendo al gobierno, se vuelvan mucho más accesibles a los usuarios reclutando a la

ciencia de la elección para hacer la vida más fácil a la gente y empujándoles suavemente en direcciones que harán que sus vidas mejoren”.

Por tanto, se puede decir que el paternalismo libertario cuestiona el supuesto básico de resonancias millianas acerca de la soberanía absoluta del individuo: las políticas del paternalismo libertario se hacen necesarias precisamente porque los individuos son a menudo incapaces de tomar las mejores decisiones en cuestiones que les convienen. Igualmente se puede afirmar que la posición criptoelitista de Sunstein y Thaler, con su respaldo a esquemas tecnocráticos de corte economicista, prolonga el ambiguo legado del deliberativismo democrático de John Stuart Mill, quien ofreció una variante democrática de la epistocracia con su concepción elitista de la deliberación parlamentaria y su propuesta de conceder votos adicionales a los ciudadanos mejor instruidos. Llevado por su carácter propositivo, el paternalismo libertario insta a los gobernantes a que se dejen asesorar por los técnicos de las decisiones para, digámoslo con toda su ambivalencia, llegar mejor a la gente y a que, a tal efecto, las medidas públicas e instituciones estatales sustituyan los requerimientos y prohibiciones por los incentivos y amigables empujones. El momento deliberativo se ladea hacia el lado paternalista y se delega a los planificadores con capacidades de pensamiento a la larga en favor de los muchos, esto es, de la inmensa mayoría de los ciudadanos que, propensos al pensamiento a la corta, ven encauzadas sus libertades convenientemente y en esta medida les es dado participar en aras de su propio bienestar. En ese sentido, al igual que Mill, el paternalismo libertario propone derivar hacia quienes saben (en particular, los economistas del comportamiento) una mayor cantidad de influencia política. El consentimiento presunto funciona en ese sentido a modo de un mecanismo deliberativo habilitado convenientemente para tomar decisiones correctas y al mismo tiempo es un cabal exponente de esa modalidad de democracia deliberativa en la que los expertos merecen de suyo tener una mayor capacidad de influir políticamente.

## **Bibliografía**

- Cohen, Shlomo (2013); “Nudging and informed consent”, *American Journal of Bioethics*, 13 (6), pp. 3–11.
- Estlund, David (2008); *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton University Press, Princeton.
- Gil Martín, Francisco Javier (2012); «Pragmatismo, democracia y deliberación», en Vegas, Serafín; Seoane, Julio (eds.); *Al hilo del pragmatismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 193-226.
- Sunstein, Cass R. (1988), “Beyond the republican revival”, *The Yale Law Journal*, 97 (8), pp. 1539-1590

- Sunstein, Cass R. (1994), *Political conflict and legal agreement: reason in law and politics*, The 1994 Tanner Lectures. URL: <http://tannerlectures.utah.edu/lecture-library.php>
- Sunstein, Cass R. (2001a); *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, New York.
- Sunstein, Cass R. (2001b); "The Laws of Fear", *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 128*. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.274190>.
- Sunstein, Cass R. (2001c); *Republic.com*, Princeton University Press, Princeton. (Trad.: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Barcelona, 2003).
- Sunstein, Cass R. (2002), *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, Cambridge. (Trad.: *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente*, Katz, Buenos Aires, 2006).
- Sunstein, Cass R. (2003), *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, Cambridge.
- Sunstein, Cass R. (2005); *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge. (Trad.: *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz, Buenos Aires, 2009).
- Sunstein, Cass R.; Thaler, Richard H. (2003); "Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron", *University of Chicago Law Review*, 70 (4), pp. 1159–1202.
- Talisse, Robert (2005); *Democracy after Liberalism. Pragmatism and Deliberative Politics*, Routledge, New York.
- Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. (2003); "Libertarian Paternalism", *The American Economics Review*, 93 (2), pp. 175-179.
- Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. (2008); *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven & London. (Trad.: *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Taurus, Madrid, 2009).