

# LA LEY DEL ABORTO Y EL NUDGE COMO INSTRUMENTO DE CONCIENCIACIÓN DE LA MUJER ANTE EL ABORTO CLANDESTINO EN LA AMAZONIA

## A LEI DO ABORTO E OS NUDGES COMO INSTRUMENTO DE CONSCIENTIZAÇÃO DAS MULHERES COM RELAÇÃO AO ABORTO CLANDESTINO NA REGIÃO AMAZÔNICA

### THE ABORTION LAW AND THE NUDGES AS A TOOL OF AWARENESS OF THE MEANING CLANDESTINE ABORTION FOR WOMEN IN AMAZON

Pedro Diaz Peralta<sup>1</sup>

Doutor em Direito

Universidad Complutense de Madrid - Madrid/Espanha

**Resumen:** Este estudio analiza si el denominado “*Nudge*” conductual - entendido, en su acepción de *estimulo o pequeño empujón*, como herramienta no coercitiva y no impositiva que dirige un comportamiento social -, puede considerarse una forma de intervención útil para la concienciación de las mujeres ante el problema del aborto ilegal en Brasil, donde se estima que sólo en 2015 se practicaron más de millón y medio en total. El estudio aborda el problema en Amazonas. Este problema se resuelve mediante un análisis metodológico exploratorio y descriptivo y con un método deductivo-hipotético. Para ello, se utilizó la bibliografía relevante sobre derechos humanos y bioética, además de datos sobre el aborto ilegal en el estado de Amazonas.

**Palabras claves:** Autonomía; Bioética; Economía Conductual; Libertad.

---

1 - Dr. Peralta é Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri (2012). Atualmente, é pesquisador na Universidade Complutense de Madri (Espanha) e professor visitante na Universidade Veiga e Almeida (Brasil), onde realiza a co-orientação de Laura Dutra de Abreu, ora co-autora do artigo. Ele é consultor científico sênior da Sociedade Científica e Tecnológica GGINNS - Governança, Inovação e Sustentabilidade. Ele é escritor, entre outras obras, do livro de referência: Regime Legal de Plantas Medicinais: Medicamentos, suplementos alimentares e outros produtos de fronteira. Peralta é palestrante multilingue em eventos nacionais e internacionais, com publicações no Brasil, Portugal, Espanha, Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, Grécia e Alemanha. Recompensa acadêmica pela contribuição no desenvolvimento da análise de bioética concedida pela Universidade Veiga de Almeida (medalha do Prof. Mario Veiga de Almeida) e recompensa de honra por seu trabalho em desenvolvimento de bioética no Rio de Janeiro pela Câmara do Rio de Janeiro-RJ / Brasil. Membro da AEDDA e AEDDS. Foi Professor Visitante na Universidade de Harvard em 2004-2008 e Membro da Cooperação Espanhola com a América Latina (Colômbia) em 2009-2010 e Pesquisador Visitante na Universidade de Oxford em 2012. E-mail: pdiazper@ucm.es

**Resumo:** Este estudo analisa se o chamado NUDGE - entendido, no sentido de estímulo ou pequeno empurrão, como uma ferramenta não coercitiva e não tributária que direciona o comportamento social - pode ser considerado uma forma útil de intervenção para aumentar a conscientização mulheres confrontadas com o problema do aborto ilegal no Brasil, onde estima-se que somente em 2015, mais de 1,5 milhão foram praticadas no total. O estudo aborda a problemática no Amazonas. Este problema é resolvido a partir da análise metodológica exploratoria e descritiva e com método dedutivo-hipotético. Para isso foi utilizada a bibliografia relevante em direitos humanos e bioética, além de dados sobre o aborto clandestino no Estado de Amazonas.

**Palavras-chave:** Autonomia; Bioética; Comportamento económico; Liberdade.

**Abstract:** The issue to be discussed in this article is whether Nudge, en passant - as “a nudge” or a “push” - as a non-coercive driving tool, not imposing a given social behavior, can be a form of appropriate intervention to organize awareness of the meaning of abortion for women in a country where, in 2015, more than one million abortions were provoked. The problematic will be defined by the methodological approach of the integrated literary revision. This study gives rise to recurring bioethical concerns. The study addresses the issue in Amazonas. This problem is solved from exploratory and descriptive methodological analysis and with a deductive-hypothetical method. For this purpose, the relevant bibliography on human rights and bioethics was used, in addition to data on illegal abortion in the State of Amazonas.

**Keywords:** Autonomy; Bioethics; Behavioral Economics; Freedom.

## INTRODUCCIÓN

La Economía Tradicional o Liberal considera que el propio proceso de evolución es capaz de solucionar errores de decisión provenientes de una racionalidad limitada, denominada mercado.

Ante esta postura empirica, la Economía Conductual [*Behavioural economics*] propone abordar el análisis de las decisiones de los agentes del mercado utilizando la psicología, la neurociencia, la sociología, la antropología y otras ciencias sociales, con el fin de alcanzar así una solución más realista y modular la eventual solución de errores. Los economistas conductuales buscan, por tanto, entender mejor los procesos de toma de decisiones individuales (de las personas) y colectivas (de los mercados), a partir de esa visión alternativa.

En opinión de la Economía Conductual las personas deciden, sobre la

base de hábitos, experiencias personales y reglas prácticas simplificadas, las soluciones aparentemente más satisfactorias. Priman, pues, la rapidez en el proceso decisorio, pero tienen dificultad en equilibrar intereses a corto, medio y largo plazo. Otro rasgo que no se observa en la Economía Liberal, pero que ha pasado a ser el postulado primordial de la Conductual, es que las elecciones están fuertemente influenciadas por factores emocionales y por los comportamientos de los demás. En consecuencia, las influencias psicológicas, emocionales, conscientes e inconscientes, que afectan al ser humano en sus elecciones, deben ser incorporadas expresamente a los modelos. Por eso, la herramienta analítica más utilizada por los economistas conductuales es el método experimental, que analiza los desvíos observables de comportamiento en relación a la supuesta acción racional (ALEMANNO, SPINA, 2014, p. 432).

Según Mark Schweizer, el ser humano es irremediablemente incompetente a la hora de hacer elecciones relativas que pueden afectar a sus propios intereses. Por tanto, debe ser el gobierno el que se encargue, en ausencia de decisión individual óptima, de redirigirlas a la elección considerada más adecuada (2015, s/p) en los términos del óptimo de Pareto. En esta idea, los economistas conductuales desarrollan sus herramientas analíticas más relevantes: *Nudges*, *Choice Architecture* o -paradójicamente- el *Paternalismo Libertario*, que son el objeto de análisis de esta investigación.

De ahí surge la problemática nuclear abordada por este artículo la de si hay que establecer *Nudges* - “estimulos” o “pequeños empujones”-, no impositivos, como medios esenciales que permitan disminuir eficazmente el porcentaje de abortos provocados, evitando así la amenaza de medidas coercitivas, sanciones o penas, que puedan coartar la Libertad de Elegir en cuestiones reproductivas.

En este contexto, el objetivo general de este artículo es el de presentar los *Nudges* como elementos inspiradores de un pensamiento político que va más allá del mero combate entre legalización y prohibición; este modelo binario no puede marcar el tono de una discusión sobre un asunto cuyo análisis cuenta ya con herramientas legales eficaces para el interprete, como la ya aludida *Choice Architecture*. (Thaler y Sunstein 2008) basada en “análisis asimétricos”

Sin embargo, tenga en cuenta que el artículo no se centra en influir en el proceso de toma de decisiones personales sobre la interrupción del embarazo, donde se aplica plenamente el principio sacrosanto de la libertad

de elección. Por el contrario, se dedica a explorar técnicas de investigación alternativas y avanzadas de los campos de la sociología y las ciencias humanas sobre la promoción de la conciencia para combatir eficazmente el aborto clandestino (al final de la práctica sin práctica médica) personas calificadas con un muerto peaje de más de diez miles de vidas valiosas perdidas en Brasil por año.

Se justifica la cuestión estudiada porque la regulación de la reproducción bajo este innovador sesgo puede auxiliar a las mujeres a adoptar conductas que supongan un menor riesgo personal sin retirarles por ello su libertad, principio esencial de todo Estado Democrático como se autodenomina Brasil. Se resalta que este análisis no trata de la cuestión penal, entendida como el mérito de la criminalización o despenalización del aborto.

Este enfoque metodológico ayuda a delimitar mediante la revisión de la literatura integrada en el contexto de esta reflexión, las posibles vías alternativas para sustituir el contexto binario tradicional de control/represión del aborto por otro multilateral, mediante el empleo de los instrumentos analíticos propios de la Economía Conductual.

## **1 PANORAMA SOBRE LAS RAZONES DETRÁS DE LA PROHIBICIÓN DEL ABORTO EN BRASIL**

El punto central de este trabajo es traer a la superficie la posible aplicación de los *Nudges* como forma de evitar o modular la práctica del aborto, de acuerdo con la política oficial de cada Estado moderno en general. Sin embargo, para ello, hay que entender las razones en particular que sustentan la actual prohibición del aborto en Brasil. El hecho de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Brasileña, abre la puerta a la despenalización “de iure” de las prácticas abortivas y no debe estar estrechamente relacionado con “pensamiento circular”.

Según Amado, el aborto es tan antiguo como la historia de la humanidad (2009, p. 30). Hay informes de abortos inducidos en China que se remontan a más de 5.000 años. Según el autor, durante siglos - y en particular, en el periodo anterior al siglo XVII - el aborto era principalmente una “cuestión de la mujer” y no una cuestión médica o política. Debido al desarrollo limitado de conocimientos y técnicas médicas, la búsqueda de un método eficaz de practicarlo constituía una preocupación mayor para las mujeres que las posibles implicaciones éticas de acabar con el embarazo. Sin embargo, en

la esfera pública, la ética pasó a ocupar un lugar prominente y fue aquí donde las posiciones hostiles al aborto terminaron por colisionar e imponerse finalmente a las posturas a favor (2009, p. 39-41).

Sin embargo, siempre hubo espacio para cierto grado de debate ético sobre su aceptabilidad. La doctrina agustiniana, por ejemplo, fue durante mucho tiempo un criterio para decidir cuando un aborto podría ser permitido. De acuerdo con esa doctrina, el aborto practicado antes del tiempo de “aceleración”, que fue identificado como el momento de la creación, no estaba prohibido. La fuerte oposición al aborto comenzó cuando la Iglesia Católica declaró en el siglo XVI que el aborto era un crimen. (ROTHMAN, 1997, p. 105-106)

Durante el siglo XIX el aborto comenzó a ser criminalizado en países europeos y en Estados Unidos. En 1869, el Papa Pío IX declaró que el aborto era un pecado mortal bajo cualquier circunstancia. La doctrina religiosa consideraba que, dado que no se producían cambios cualitativos de relevancia durante el desarrollo fetal, el foco de la discusión se centraba exclusivamente en determinar la gravedad de la ofensa de matar al feto cualquiera que fuera su período de desarrollo. En esa época, el significado del embarazo cambió también; de ser considerado tradicionalmente “cuestión de mujeres” se convirtió en un asunto de exclusiva decisión médica.

Durante la segunda mitad del siglo XX se produjo una ola inversa de legalización. En la década de los años 60, el derecho legal de acceso a las prácticas abortivas prestadas por servicios médicos fue reconocido por primera en el Reino Unido, Ley de Aborto de 1967, y posteriormente en Estados Unidos, tras el veredicto del Tribunal Supremo de 1973 en el caso Roe vs. Wade (AMADO, 2009, p. 32). Aunque hoy en día el aborto es legal en muchos países, su grado de aplicación puede variar ampliamente dependiendo del marco legal que lo rige.

Respecto a Brasil, es importante resaltar el muy cercano precedente de 2016, siguiendo la revocación por la Primera Cámara del Supremo Tribunal Federal (STF) de la detención preventiva de varios médicos y funcionarios de una clínica abortiva. Aunque la decisión sólo fue vinculante para los directamente imputados, la más alta Corte del país abrió el camino para la despenalización general de aborto para las mujeres afectadas y para los facultativos que lo practiquen. Como se expone en el voto particular del magistrado Barroso: *¿Cómo puede el Estado - es decir, un delegado de policía, un fiscal o un juez de derecho - imponer a una mujer, en las semanas*

*iniciales de la gestación, que la lleve a término, como si se tratase de un útero al servicio de la sociedad y no de una persona autónoma, en el goce de plena capacidad de ser, pensar y vivir la propia vida? (Ver Habeas Corpus nº 124.306/RJ)*

Además de estos fundamentos, el magistrado también consideró el impacto de la criminalización sobre mujeres pobres, alegando que el tratamiento penal de aborto como crimen por parte del código penal brasileño impide que estas mujeres, puedan acudir al El hecho de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Brasileña, abre la puerta a la despenalización “de iure” de las prácticas abortivas, el resultado de su evaluación debe estar estrechamente relacionado con “pensamiento circular”. sistema público de salud ya que, por su falta de recursos, este estrato de población no tienen acceso a médicos y clínicas privadas (Op. Cit, 2016, s/p). Como consecuencia, se multiplican los casos de automutilación, lesiones graves y muertes.

Citando investigaciones internacionales, el magistrado postula en su voto que el castigo de prisión no disminuye el número de abortos, clasificando como “dudosa” la idea de que su criminalización protege la vida del no nacido. Además, el Estado dispone de otros medios para evitar la práctica, como educación sexual, distribución de anticonceptivos y apoyo a la mujer que, aunque quiera tener hijos, enfrenta dificultades para criar a un niño. Por último, entendió que la prisión trae más costos sociales que beneficios, teniendo en cuenta los problemas de salud y las muertes provocadas por la peligrosidad de los métodos clandestinos de aborto (Idem, 2016, s/p).

Es importante señalar que, según el artículo 128 del Código Penal Brasileño<sup>2</sup>, existen tres causas eximentes de despenalización del aborto: (i) que no haya otro medio de salvar la vida de la gestante; (ii) si el embarazo resulta de violación y el aborto es precedido de consentimiento de la gestante o de su representante legal cuando es incapaz, y (iii) en el caso de feto anencéfalo - ver ADPF 54.

## **2 CONTEXTUALIZANDO EL NUDGE: LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN Y EL PATERNALISMO LIBERTARIO**

---

2 - Artículo 128 del Código Penal: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un(1) mes a tres(3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

## 2.1 PANORAMA DEL NUDGE

El sistema *Nudge* parte de la idea de que no existe elección que realmente revele la preferencia de un individuo, pues la elección está inevitablemente basada en el contexto. La doctrina destaca que el propósito central del *Nudge* es influenciar las elecciones de forma tal que los tomadores de decisiones creen que esa es la mejor alternativa posible, en el entendimiento de que la intervención debe ser fácil de aplicar y no costosa y que garantiza la libertad de los individuos y de la colectividad (TVERSKY; KAHNEMAN, 1981, p. 454).

Los liberales conocen cuales son los peligros que acechan al pueblo, pero, a diferencia del principio *Nudge*, no se sienten obligados a intervenir o actuar como pacificadores. Los liberales reflexivos, a diferencia de los libertarios, siempre están abiertos a la persuasión para obtener una aplicación purista de sus principios y *Nudge* ofrece un argumento persuasivo en las áreas políticas públicas. Sin embargo, es más difícil coincidir con el entusiasmo de los partidarios de *Nudge* (“nudgers”) en áreas en las que las personas están en condición de riesgo y las debilidades se presentan más expuestas y muchas veces pueden resultar incluso irracionales.

La propia concepción de *Nudge* postulada por sus ideólogos- creadores explica que el sistema “(...) nos enseñan a orientar a las personas para una salud mejor, inversiones más sólidas y ambientes más limpios sin privarlas del derecho inalienable de deshacer las cosas si las desean” (THALER, SUSTEIN, 2003, p. 143). La descripción más honesta de ese enfoque ofrecida por los propios autores es que el sistema es “un tipo de paternalismo relativamente débil, suave y no intrusivo” (Op. Cit, p. 455). *Nudge* permanece fiel a su promesa de preservar la libertad de elección.

### 2.1.1 ARQUITECTURA DE ELECCIÓN

Sucintamente, la arquitectura de elección *nudging* bascula sobre cuatro compromisos fundamentales: (i) bienestar, (ii) autonomía, (iii) dignidad y (iv) libertad de elección (SUNSTEIN, MOLLERES, 2015, s/p).

*Nudge* puede ser definido como cualquier factor significativo capaz de alterar el comportamiento de las personas, causando habitualmente un cambio en la arquitectura de elección, “*Choice Architecture*”, que es la capacidad conjunta de organizar el contexto y la decisión de un individuo sin que sea necesario prohibir otras posibles opciones ni cambiar significativamente

algunos de los incentivos económicos (TVERSKY, KAHNEMAN, 1981, p. 455). Por eso, los fundamentos de la arquitectura de elección son el bienestar en sentido lato, la autonomía de la voluntad, la dignidad de la persona y la auto definición de los deseos del individuo.

Una amiga nuestra, Carolyn, es gestora de servicios de alimentación en escuelas. Ella es responsable de cientos de escuelas, y cientos de miles de niños comen en sus comedores todos los días. Carolyn tiene un entrenamiento formal en nutrición (una maestría en una universidad estatal), y es un tipo creativo de persona, que le gusta pensar en las cosas en direcciones no tradicionales. En una cena regada con una buena botella de vino, ella y su amigo Adam, un consultor de gestión estadística orientada, que trabajó con cadenas de supermercados, tuvieron una idea interesante. Sin cambiar ningún menú de las escuelas, planearon llevar a cabo algunas experiencias en sus escuelas para determinar si la forma en que la comida es exhibida y organizada puede influir en las elecciones que los alumnos hacían. Carolyn dio a los directores de decenas de comedores escolares instrucciones específicas sobre cómo exhibir las opciones alimenticias. En algunas escuelas, los postres se colocaron en primer lugar, en otras, en último; en otras, en una línea separada. La ubicación de varios elementos de alimentos variaba también de una escuela a otra. En algunas escuelas las patatas fritas, pero en otras los platos de zanahoria, estaban al nivel de los ojos. Simplemente reorganizando el comedor, Carolyn fue capaz de aumentar o disminuir el consumo de muchos de los alimentos hasta en un 25 por ciento. Carolyn aprendió una gran lección: los niños en edad escolar, como los adultos, pueden verse muy influenciados por cambios de pequeñas introducciones en el contexto. La influencia puede ser ejercida para mejor o para peor. Por ejemplo, Carolyn sabe que puede aumentar el consumo de alimentos saludables y disminuir el consumo de alimentos no saludables (TVERSKY, KAHNEMAN, 1981: 453-458).

La arquitectura de elección, representa según Thaler y Sustein un poder considerable de formulación de políticas públicas atractivas, si se utiliza para fines de intereses públicos y de mejora del bienestar de los seres humanos (2008, p.27). Es importante resaltar que la arquitectura de elección nos permite decidir cuál es el principio normativo, así como el ético, que se seguirá para diseñar las elecciones de los ciudadanos (Op. Cit, p.29).

Explicar la existencia de la figura del arquitecto de elecciones, por lo tanto, y el poder que éste detenta, es esencial desde el punto de vista de Thaler y Sustein, ya que las personas ya están influenciadas incluso por cosas que no están explícitas. Si el poder de la influencia se utiliza para fines de interés público, se establece un importante paso para consolidar esta nueva

teoría normativa que pretende revolucionar la relación entre instituciones y ciudadanos (2008, p. 34-35). Los autores esbozan seis principios que debe reunir una buena arquitectura de elección, teniendo en cuenta los postulados de la economía del comportamiento y del *Paternalismo Libertario*: (i) dotar las elecciones de estructuras complejas; (ii) entender las asignaciones; (iii) esperar errores; (iv) otorgar incentivos; (v) predefinir opciones; y (vi) y proporcionar información de vuelta para retroalimentar el sistema (2008, varias páginas).

Algunas opciones son más fáciles de aplicar, como elegir un sabor de helado, por ejemplo. Otras son difíciles, como elegir un tratamiento médico: elegir entre varios tratamientos de enfermedad es más trascendente e implica otras cuestiones supletorias: supongamos que una persona ha sido diagnosticada con cáncer de próstata y debe elegir entre tres opciones: cirugía, radiación o no hacer nada por ahora. Cada una de estas opciones viene con un conjunto complejo de posibles resultados en relación a los efectos colaterales del tratamiento, calidad de vida, duración de la vida, y así sucesivamente. (Op. Cit., p. 55).

El sistema de arquitectura de elección ayuda a las personas a mejorar sus capacidades de asignación y, por lo tanto, seleccionar opciones más adecuadas a sus necesidades. Una manera de conseguirlo es hacer que la información sobre las diferentes opciones sea más comprensible, transformando la información numérica en unidades que se traducen más fácilmente en uso real. En las definiciones paradigmáticas de *Nudging*, la intervención es por tanto siempre a través de lo que se llama "*Choice Architecture*" o arquitectura de elección, que es el diseño de diferentes maneras en que las elecciones pueden ser presentadas a un agente. Los ejemplos incluyen el número de opciones, si las opciones son mutuamente excluyentes, la forma en que se describen o se presentan alternativas y los incentivos asociados a cada una de esas elecciones, etc (2016, s/p).

El sistema pasa del binario polarizado a uno multifacético, permitiendo a su usuario analizar las informaciones numéricas en unidades y positivar de modo científico sus posibilidades de ganancia y pérdida, mejorando la transparencia de su elección.

## 2.1.2 PATERNALISMO LIBERTARIO

El Paternalismo Libertario surgió en 2003 de la mano de los economistas de comportamiento Richard H. Thaler y Cass R. Sustein, que defendían la existencia de fallas conductuales de los individuos. Esta doctrina fue difundida en la práctica en 2008, en la obra “*Nudge - Improving tomadas sobre la salud, la prosperidad y la felicidad*”. Los autores configuran una teoría normativa para la formulación de políticas que pueden ser practicadas en instituciones públicas y en los sectores privados.

Como explican los autores, el paternalismo es la interferencia de un Estado o de un individuo en relación a una persona, motivada por la alegación de que la persona que sufre esta interferencia será mejor protegida contra determinados daños, incluso aunque sea contra su voluntad manifiesta.

A nivel teórico, plantea las vías de cómo las personas deben ser tratadas por el Estado cuando no son totalmente racionales en sus elecciones. En su primer postulado, el paternalismo implica algún tipo de limitación en la libertad o autonomía del sujeto y lo hace por una clase particular de razones.

Como muchos otros conceptos utilizados en el debate normativo, determinar los límites exactos del concepto e indicar la calificación libertaria es una cuestión espinosa. Conceptuar una política como paternalista implica su condena abierta o al menos su crítica, lo que constituye *per ser* una tautología que escapa a la definición del término en sí. Aunque en su estrategia, los autores sigan la premisa de que las personas deben ser libres para hacer lo que quieran y elegir lo que es mejor para sí mismas, evidencian a la vez las interferencias en el sesgo del paternalismo.

Esta teoría tiene un carácter no intrusivo; no se establecen preceptos coercitivos sobre el proceso de decisión y no se viola tampoco el principio del libre albedrío ante las decisiones personales. Por ejemplo, la cuestión del paternalismo se presenta cuando las leyes restringen las voluntades del individuo, pero en su beneficio, como es el caso de la legislación antidrogas, las normas administrativas que establecen el uso obligatorio de cinturones de seguridad, etc ...

Por otro lado, los libertarios se oponen a que las leyes protejan a las personas de lastimarse a sí mismas, es decir, las leyes paternalistas que pretendan proteger a las personas de tomar decisiones que pueden volverse contra ellas mismas entran en conflicto necesariamente con el libertarianismo (SANDEL, 2010, p. 82).

Robert Nozick afirma que la libertad individual consiste en el derecho

fundamental de todo hombre a vivir según sus propias elecciones, disponiendo de sus bienes y de su tiempo como mejor entienda siempre que respete idéntica libertad en los demás (2011, p. 22). La construcción de la teoría de Nozick se hace a partir de una “explicación potencial fundamental” sobre la naturaleza humana según la cual los individuos, en el estado de naturaleza, son plenamente libres para dirigir sus acciones y disponer de sus bienes (Op. Cit, p. 24). Para este autor, esa concepción de libertad expresa la capacidad inherente a todo individuo de dar sentido a su existencia por medio de la búsqueda de los fines que cada uno elige para sí de acuerdo con el ideal de “vida buena” que quiera adoptar (Idem, p. 27).

Según Dworkin, podríamos preguntarnos por qué esta visión necesita ser etiquetada por sus ideólogos como Paternalismo libertario. El autor entiende que, a diferencia del paternalismo tradicional, que excluye las elecciones por coacción o añade costos a las elecciones por coerción, *Nudge* simplemente cambian la presentación de las elecciones, de tal forma que las personas se vuelven más propensas a elegir las opciones que son, supuestamente, mejores para ellas (DWORKIN, 2013, p. 26). Además, se argumenta que cualquier mejora de elecciones dará lugar a otras opciones más o menos probables para que la decisión sobre la arquitectura de elección sea inevitable (2016, s/p). Su visión es libertaria porque preserva la libertad de elección según Dworkin. Ninguna elección se elimina o se dificulta y nadie es coaccionado. El conjunto de opciones sigue siendo el mismo. No hay costos o incentivos significativos asociados a las opciones a las que el agente se enfrenta. A su vez, este punto de vista tiene también aires paternalistas porque busca promover el bien del agente a través del *nudging*. Básicamente, la definición de paternalismo en el Paternalismo Libertario está enfocada únicamente en el hecho de que *Nudge* se usa también para mejorar su capacidad de decisión de los agentes. Podríamos así sustituir “paternalismo” por “benevolencia” y nada importante quedaría fuera, ya que el aspecto “libertario” asume todo lo significativo. Si esta expansión de la definición de paternalismo está justificada o no es una cuestión de qué cuestiones se están abordando y si esa expansión hace las cosas más claras o más confusas. Hay *Nudges* no paternalistas (por definición) porque su objetivo sea promover el bien general, aunque el agente no se beneficie. Alentar a los gerentes de construcción para instalar ascensores con botones en *braille*, influenciar a las personas para que contribuyan a la concienciación social colocando retratos de niños hambrientos, son ejemplos

en que el bien a ser promovido es el bienestar de terceros ajenos a la acción.

Sin embargo, la cuestión no es si la definición de paternalismo es útil o no, sino en qué circunstancias las *Nudges* son formas justificables de influenciar a las personas (DWORKIN, 2016, s/p). Así, practicar o no un aborto en los casos permitidos o incluso hacerlo consciente de la práctica de un acto ilegal, puede ser una elección dirigida. Una de las ideas centrales del proceso, el estudio de la psicología detrás de la toma de decisiones, es que los juicios y elecciones son sensibles al contexto. Como una elección es enmarcada influye en la misma. Un resultado enmarcado como una pérdida es tratado de forma diferente si el mismo resultado es enmarcado como una ganancia - Traducción libre. (TVERSKY, KAHNEMAN, 1981, p. 453-458).

Con base en el sistema de *arquitectura de elección y paternalismo libertario*, se puede diseñar *Nudges* que se dirijan directamente a las mujeres que pretendan hacer un aborto, ya sea por medio de formularios, folletos explicativos, videos de clínicas legales, etc. para hacer que tomen la mejor elección según la política pública de cada Estado federal de Brasil y evitar así las temidas consecuencias de las prácticas clandestinas.

### **3 EL USO DEL NUDGE COMO INSTRUMENTO DE CONCIENCIACIÓN DE LA MUJER ANTE EL ABORTO EN AMAZÔNIA**

Partiendo de la premisa de que en Brasil el aborto sólo está legalizado en los tres supuestos contemplados en el Art. 128 del CP, la posibilidad de concienciación sobre el aborto empleados instrumentos *Nudge* puede ser una herramienta útil para disminuir los riesgos para las mujeres inherentes a las practicas clandestinas, en los casos en que se practica asumiendo aún el riesgo de la actividad delictiva.

En 2016, se registraron más de 4.500 casos de abortos clandestinos en Amazonas, según datos del departamento de policía civil del Estado de Amazonas.

Tales medidas podrían ser transmitidas en campañas de asistencia y propaganda gubernamentales para garantizar que las mujeres que pretendan practicar un aborto, aunque sea de forma ilegal, perciban claramente su compleja dimensión legal y ética, que debe ser reflexionada cuidadosamente. Ciertamente, también encontramos aquí un grado de Paternalismo latente. La posibilidad de que las Clínicas de Familia del Sistema Único de Salud - SUS muestren carteles y folletos o difundan videos mostrando la imagen del feto

en el útero materno, parece ser una manera discreta y razonable de que el Estado enfatiza la naturaleza de la vida fetal sin restringir la elección, de modo a criminalizar a quien lo haga.

Indudablemente, se entiende que esas medias posibles encajan dentro de la visión de Paternalismo Libertario. Este tipo de medida paternalista sobre el aborto difiere de los otros ejemplos de Sunstein y Thaler, en la medida en que sólo se aplica a las mujeres, lo que la hace, *de facto*, sexista, aunque la justificación para ello no necesita descansar en afirmación alguna de que las mujeres sean específicamente temperamentales (2008, p.35). Todo el mundo es capaz de un comportamiento temperamental (en el sentido de opuesto a racional) de vez en cuando, lo que es la génesis y razón de ser utilizada por esos autores en su obra sobre *Nudges*. Si los hombres pudieran quedar embarazados, se sospecha incluso que este tipo de *Nudge* sería aún más apropiado para conseguir una plasmación práctica de la acción (PATASHNIK, 2014, s/p).

Por lo tanto, descubrir si cualquiera de esas acciones encaja en un paradigma paternalista libertario, va a depender de si el Estado promueve el interés de una persona y cómo esa persona lo define. Aunque el aborto es un asunto político controvertido, hay un consenso general (entre el 60% y el 70% entre los estadounidenses según las encuestas) de que los derechos al aborto deben ser protegidos, pero que esas protecciones deben quedar sujetas a restricciones.

Desgraciadamente, es difícil decidir si ese tipo de consenso es lo suficientemente fuerte para construir una política pública sobre él. Las preguntas de investigación sociológica sobre el grado de restricciones que la gente desea realmente (60-70 por ciento, en el caso americano), si bien es una mayoría significativa, no resulta abrumadora (en Brasil no hay todavía índices fidedignos del Ministerio de Salud para afirmar qué porcentaje de la población comparte esa postura). Se da por válida la información de que se realizan 1,5 millones de abortos ilegales al año; de ese total, 250.000 mujeres quedan con alguna secuela y unas 11.000 fallecen a consecuencia del aborto practicado. El apoyo social a ejercitar derechos o restricciones abstractas al aborto no necesariamente pasa por experiencias personales reales. Si bien es cierto que dos tercios de los brasileños manifiestan su rechazo al aborto según las últimas encuestas, no es posible sacar conclusiones sobre cómo se comportarían exactamente esos dos tercios de ciudadanos si tuvieran que

enfrentarse a esta situación.

Desde Casey en Estados Unidos, se han propuesto y defendido una amplia variedad de marcos regulatorios sobre cómo ejercer el derecho de una mujer de elegir sobre el aborto, sobre la base de que no prohíben a las mujeres ejercer ese derecho en sí, sino que aseguran que el debido consentimiento informado de las mismas, o las incentivan - sin forzarlas- a reconsiderar su decisión, incluyendo requisitos tales como observar un periodo de reflexión (PERSAD, 2014, p. 2275-276).

Los desarrollos posteriores de *Nudges* plantean la cuestión de si Sunstein y Thaler consideran apropiados o inapropiados bajo el contexto del aborto, aunque, de partida, sus estudios no descartan el nudging en estos temas. En un artículo reciente argumentan lo siguiente (SUNSTEIN, 1992, p. 241):

(...) Las advertencias gráficas no sustituyen la elección individual, mientras no sean neutras y destinadas a orientar e informar, las personas tienen el derecho de ignorarlas si lo desean. Podemos fácilmente imaginar, e incluso encontrar, advertencias gráficas que están destinadas a desalentar opciones como enviar mensajes de texto al móvil mientras se dirige a practicar un aborto o sexo pre-matrimonial o participar en juegos de azar. Por más poderosas que sean tales advertencias, suelen ser ignoradas. Los propietarios de cafeterías y tiendas de comestibles pueden poner las frutas y verduras delante de los cigarrillos y los alimentos grasos detrás. Así mismo, las personas siempre pueden ir a la parte trasera y coger tales artículos - *traducción libre*. (SUNSTEIN, 2013, p. 122).

La visión de Sunstein sugiere que no es fácil conseguir la atención del ser humano; aunque la imagen de un feto se coloque en la línea de visión de una mujer, su capacidad para ignorarla puede significar también que su libertad de elección no fue verdaderamente ejercida (2013, p. 124).

En esta misma línea, como aclara Dworkin, en su obra “*Dominio de la vida: aborto, eutanasia y libertades individuales*”, se constata que “las justificaciones proporcionadas por los textos legales actuales para la prohibición de la práctica del aborto acaban por no utilizar ninguna base filosófica o doctrinal Coherente “(2003, p. 76), lo que significa también que la elección del legislador no se ha ejercido realmente.

El aborto clandestino en la Amazonía, además del daño que puede causar a la salud y la muerte de la paciente que se somete al aborto, también puede ser una de las causas para que la mujer ya no pueda tener hijos si hay alguna complicación debido al aborto.

## CONSIDERACIONES FINALES

Cualquier norma reguladora del aborto debe quedar sujeta al debate público y sometida al escrutinio de la ley. Y, como explica Dworkin, en el uso del pensamiento derivado como parámetro, la ley no abre la excepción hasta el punto de permitir, por ejemplo, el aborto en casos de violación. Sin embargo, en el uso del pensamiento independiente, se estaría desatendiendo en última instancia una de las mayores garantías constitucionales de un Estado: la libertad de cada uno y de sus dogmas religiosos (2013, p.29).

El uso de *Nudge* puede ser demasiado prematuro para algunos, pero lo demostrado hasta ahora sugiere que puede suponer una acción de gobierno realmente efectiva y eficaz, a la vez que sugerente.

Por supuesto, el presente análisis demuestra que es posible utilizar medios menos coercitivos para ayudar en el proceso personal e institucional de toma de decisiones. Por lo tanto, no hay nada de censurable en emplear *Nudge* como medio de ayudar a los individuos dentro de las cuestiones que tienen que ver con la reproducción del ser humano (añadiendo aquí clonación y terapia génica, por ejemplo) Ciertamente es que, en el caso del aborto y de sus opciones regulatorias, es necesario abrir un debate franco y abierto que incluya a las propias mujeres y no proceder aquí con imposiciones políticas unidireccionales, de arriba abajo, que no respeten la importancia de las elecciones reproductivas y las perspectivas de las mujeres.

Se puede defender la utilización de *Nudges* como forma de concienciación del aborto, como una salida consciente para que las personas desistan de él o incluso una forma de flexibilizar su criminalización, que aún es tímida en Brasil en base el art. 128 del Código Penal.

La cuestión fundamental se sustenta aquí en el hecho de que es obvio que, sea de forma legal o ilegal, se practican miles de abortos cada año en Brasil. Sin embargo, *Nudges* puede ser una forma menos drástica y más concreta de ayudar en la elección de la decisión correcta por las mujeres que pretendan o no realizarlo, conscientes de lo que está en juego.

## REFERENCIAS

ALEMANNI, Alberto, SPINA Alessandro. *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*. In: *International Journal of Constitutional Law* 12, 2014, p. 429-456.

- AMADO, Eduardo Díaz. *Abortion: ethically in conclusive legally and politically feasible*. Rev. latinoam. bioet. vol.9 no.1 Bogotá Jan./June 2009, p. 29-41.
- ANTI-ABORTATION MISSOURI POLITICS. Disponible en: <<http://www.motherjones.com/politics/2017/01/new-gop-control-missouri-primed-anti-abortion-blitz-2017>>. Accedido en 30 de marzo de 2018.
- BERLIM, Isaiah. *Four essaysonliberty*. New York: Oxford University, 1969.
- BLUMENTHAL-BARBY, J. S. *Choice Architecture: A mechanism for improving decisions while preserving liberty?* In *Paternalism: Theory and practice*, ed. Christian Coons and Michael Weber, 178-196. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.
- DADOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. Disponible en: <<http://datasus.saude.gov.br>>. Accedido en 07 de mayo de 2018.
- DICIONÁRIO DE TERMOS MÉDICOS. Disponible en: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/pess%C3%A1rio>>. Accedido en 15 de febrero de 2018.
- DWORKIN, Gerald. *Defining paternalism*. In *Paternalism: Theory and practice*, ed. Christian Coons and Michael Weber, 25-38. Cambridge, MA: Cambridge University Press. 2013.
- \_\_\_\_\_. *“Paternalism”*, In: ZALTA, Edward N. (Org.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter Edition, 2016. Disponible en: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/paternalism/>>. Accedido en 05 de mayo de 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIPÓCRATES. *Juramento hipocrático. Tratados médicos [Hippocratic Oath. Medical Treatises]*. Madrid: Planeta De-Agostini. 1995.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - *Questão de Reprodução*. Disponible en: <[http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-\\_n\\_8022824.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-_n_8022824.html)>. Accedido en 05 de mayo de 2018.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- PATASHNIK, Josh. *A nudgeon a hot Button issue: Abortion*. Disponível en: <<http://nudges.org/a-nudge-on-a-hot-button-issue-abortion/>>. Accedido en 03 de febrero de 2018.
- PERSAD, Govind. *Libertarian Patriarchalism: Nudges, Procedural Road blocks, and Reproductive Choice*. In: 35 Women’s Rts. L. Rep. 273 Spring/Summer

2014, p. 273-298. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2520&context=facpub>>. Accedido en 3 de marzo de 2018.

RIDDLE, J. 'Oral Contraceptives and Early-Term Abort if acients during Classical Antiquity and the Middle Ages' in Past and Present, In: *Eve's herbs: a history of contraception and abortion in the West*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. No. 132, Aug, 1991, second publish on1997, pp. 3-32.

ROTHMAN, B. K., 'Redefining Abortion', In: *Ethics in Practice*, edited by Hugh La Follette. Malden: Blackwell,1997, p. 103 - 111

SANDEL, Michael J. *Justice: What the right thing to do?* London: Macmillan Publish, 2010.

SCHWEIZER, Mark. Nudging and the principle of proportionality: obliged to nudge? In: Mahis, Klaus (ed.), *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Springer (Forthcoming). Paper presented at 4th Law and Economics Conference, Lucerne 17-18 April 2015. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2607239](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607239)>. Accedido en 20 de abril de 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; MÖLLERS, Christoph. Key Note in the BBAW Leibniz Hall, Berlin. Lecture: *The Ethics of Choice Architecture*. 2015. Disponible em: <<http://verfassungsblog.de/key-note-lecture-ethics-choice-architecture-2/>>. Accedido en 26 de octubre de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. ADPF 54. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>.> Accedido en 02 de junio de 2018.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ. Disponible en: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Accedido en 30 de Mayo de 2018.

THALER Richard H.; SUSTEIN, Cass R., *Libertarian Paternalism Is Notan Oxymorum*. The American Economic Review, 93, No. 2, 2003, p.175-179.

\_\_\_\_\_. *Nudge*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2008.

TVERSKY, Amos, and KAHNEMAN, Daniel. *The framing of decisions and the psychology of choice* (traduzido para o português com o título *Nudge: O Empurrão para a escolha certa*) Massachusetts: Yale University Press. 1981, Science 211: 453-458.

**Recebido: 09.09.2018**

**Revisado: 21.11.2018**

**Aprovado: 27.01.2019**