

**Nota**

**3/2017**



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

---

## NEUROCIENCIA, DERECHO Y TOMA DE DECISIONES RELATIVAS A POLÍTICAS PÚBLICAS: *NUDGING*

Juli Ponce Solé\*

*Universitat de Barcelona*

- 1. Decisores públicos y privados y racionalidad; 2. Ciencias Sociales, Derecho y ciencias conductuales; 3. *Nudging*; 4. Ciencias conductuales, *Nudging* y mejora de la toma de decisiones en las esferas pública y privada: ámbitos concretos; 5. Y ahora... ¿qué?; 6. Para saber más.**

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R, Título: Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas. IP: Juli Ponce, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno español.

## 1. Decisores públicos y privados y racionalidad

De acuerdo con las aportaciones provenientes de las denominadas *behavioural sciences* o ciencias de la conducta humana, sobre todo de la psicología, con los conocidos trabajos de Kahneman, “premio nobel” de Economía en 2002, en la actualidad se ha llegado a un punto en que es aceptado ampliamente que:

- La racionalidad absoluta de la persona, del *homo economicus* no existe, puesto que, ante todo y por lo que ahora nos interesa, es limitada y porque, además, no tiene en cuenta comportamientos perfectamente racionales como la reciprocidad y el altruismo.
- Por otro lado, tal racionalidad está interferida por heurísticos y sesgos. Debido a ellos, nuestro cerebro nos engaña, no infrecuentemente. Los avances científicos muestran que las personas no somos decisores perfectos que maximizamos nuestro interés con racionalidad absoluta. Las desviaciones de la racionalidad de las personas están ya bien estudiadas. Dos simples ejemplos:
  - Enmarcado (*framing*): extraemos diferentes conclusiones de los datos disponibles en función de cómo se nos presenten (para decidir operarnos, no es lo mismo que se nos diga que “de 100 pacientes que se operan, 90 están vivos cinco años después” que “de 100 pacientes que se operan, 10 mueren cinco años después”. La información es la misma, pero probablemente en el segundo caso decidiríamos no operarnos).
  - Comparación social: tendemos a “seguir al rebaño”, por lo que hasta cierto punto las conductas deseables o no deseables pueden fomentarse atrayendo la atención pública hacia lo que los demás hacen.

## 2. Ciencias Sociales, Derecho y ciencias conductuales.

Estos avances científicos son relevantes para las ciencias sociales en general y para el Derecho en particular, si rechazamos para éste un formalismo esterilizante y si, como indica, por ejemplo, el jurista italiano CASSESE, en un artículo sobre los nuevos caminos para el Derecho público, “el derecho administrativo debe reestablecer su lugar en el campo de las ciencias sociales”, con un planteamiento metodológico plural (legal, económico y político), sino quiere verse reducido a ser sólo la tecnología de la litigiosidad judicial y pasar a ser irrelevante para el buen gobierno y la buena administración.

En la actualidad se habla ya de *Economía y Derecho conductuales*, puesto que las ciencias de la conducta humana llevan años, como decimos, cuestionando el modelo de *homo economicus* de la

economía clásica, que ha influido también en el Derecho público, basado históricamente en la regulación que piensa en el *hombre malo*, al que se refirió hace ya más de un siglo el jurista norteamericano Holmes en una célebre conferencia en la Universidad de Harvard, con racionalidad absoluta y maximizador de sus propios intereses, y, como consecuencia, en el *orden y mando* (*command and control*), esto es, en la prohibición y sanción como principales vías de intervención administrativa para garantizar el interés general y el cumplimiento de las normas.

### 3. *Nudging*

Es a partir de esas aportaciones científicas citadas que surge la noción de *nudging*, la cual ha inspirado concretas políticas públicas regulatorias en distintos países de todo el mundo, y a las que el ex presidente norteamericano Obama dedicó atención durante su mandato con dos órdenes ejecutivos que dictó sobre este tema, y ha dado lugar, además, a estructuras organizativas específicas para impulsarlas (caso notorio de la unidad británica *Behavioural Team*) e informes de la Unión Europea.

Hasta el momento, España ha permanecido ajena a estos movimientos internacionales de innovación administrativa.

Desde una perspectiva puramente lingüística, *nudging* en inglés significaría empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas sobre todo con el codo con el fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a otro. En su seminal trabajo sobre el tema, R. Thaler (“premio nobel” de Economía en 2017) y Cass Sunstein (jurista norteamericano y gestor en temas de mejora regulatoria en la Administración Obama) definen el *nudging* en el ámbito de las políticas públicas como:

“cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes”

El *nudging*, pues, se configura, utilizando nuestras categorías, como una actividad administrativa con incidencia en la conducta de los privados de *fomento* (del latín *fomentarum*, calentar, esto es ayudar a actividades privadas de interés general), pero sofisticada y científicamente informada. Un fomento, pues, no basado en incentivos económicos, sino en usar el conocimiento de heurísticos y

sesgos para promover en los ciudadanos determinadas decisiones que se consideran adecuadas para su bienestar personal o/y el interés general.

Se basa por ejemplo en:

-Opciones establecidas por defecto (que pueden emplearse, por ejemplo, a favor de la decisión de donar órganos o en el caso de la privatización de seguridad social, cuando deba optarse por algún plan de pensiones privado)

-Obligaciones de información que corresponden a privados (por ejemplo, respecto al impacto de su actividad en el medio ambiente, como en el caso de fabricantes de automóviles)

-Puesta a disposición de información por parte de la propia administración (sobre grado de cumplimiento tributario u otros comportamientos de los conciudadanos).

Un ejemplo lo constituye el caso del municipio de San Marcos, California, el cual usando un *nudge* consiguió alterar la conducta de sus ciudadanos: los que consumían por encima de la media bajaron su consumo. Y lo consiguió informando a los vecinos del consumo medio de energía de su ciudad y acompañando la información de un emoticono, esto es una señal no verbal, contento o triste, en función del consumo individual, parecidos a éstos que se reproducen en la figura:



véase <http://scienceblogs.com/guiltyplanet/2009/06/30/emoticon-do-for-energy-use/>

#### **4. Ciencias conductuales, *Nudging* y mejora de la toma de decisiones en las esferas pública y privada: ámbitos concretos.**

Este tipo de intervención administrativa, denominada a veces “paternalismo libertario” aparece como interesante en el futuro práctico en nuestro propio contexto, cuanto menos para:

a) La mejora de la calidad de las normas administrativas (a través de análisis específicos incorporados en las evaluaciones de impacto normativo y mediante técnicas de mejora regulatoria ya existentes en España con la nueva legislación estatal de 2015 y la normativa autonómica).

b) El uso inteligente de la publicidad activa (*smart disclosure*) realizada por las administraciones en el marco del cumplimiento de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y de las leyes equivalentes autonómicas. La publicidad activa pasa así de ser un simple, pero relevante, elemento de transparencia a ser una política pública en sí misma, que busca orientar la actividad del sector privado para la realización de actividades de interés general.

c) La prevención de la corrupción de la mala administración negligente y la promoción del derecho a una buena administración (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y normativa y jurisprudencia europea), mediante el diseño de adecuadas instituciones administrativas (organización y procedimiento).

Modernos estudios neurocientíficos, con técnicas de imagen, incluso, muestran como el hecho de ostentar poder (sea público o privado) puede afectar al cerebro humano, generando lo que ha sido descrito como *hibris* (del griego antiguo, desmesura, desconexión de la realidad por parte de los gobernantes, contraria a la *frónesis*, o prudencia y ponderación en el ejercicio del poder, con respeto, diríamos hoy en día, de las modernas obligaciones jurídicas de buena administración). Dicha afectación podría ser corregida o atenuada a través de los mencionados diseños institucionales.

d). Una intervención pública eficaz y barata en la conducta de los privados en el mercado, en garantía de los intereses generales, vertiente que, como hemos visto, ha centrado hasta ahora prioritariamente la atención.

## **5. Y ahora... ¿qué?**

Aunque estos cuatro desarrollos concretos, y otros posibles, aparecen como prometedores para conseguir una actividad administrativa más simple, eficiente y eficaz en el servicio a los intereses generales, se precisa más investigación futura, considerar las críticas que el *nudging* ha suscitado en relación con su incidencia en los derechos de los ciudadanos, al poder tratarse de una especie de

manipulación de éstos, así como su control jurídico efectivo, judicial en su caso, en garantía de éstos.

El camino para la transdisciplinariedad aparece, pues, despejado y abierto en este campo, donde existe la posibilidad de generar una agenda investigadora que nos acerque al nivel internacional.

## 6. Para saber más:

AA.VV., dossier monográfico sobre el tema bajo el título “Aprenez a décider!”, con diversos artículos, versión francesa de *Harvard bussiness review*, abril-mayo 2016, en pp. 49 y ss.

ALEMANNI, A. y SIBONY, A-L., *Nudge and the Law*, Hart, 2015.

BBC, “Qué es la "teoría del empujón" que le hizo ganar al estadounidense Richard H. Thaler el Nobel de Economía”, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-41551856> , 9 de octubre de 2017.

BADDELEY, M., *Behavioural Economics. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017

BROCKMAN, J. (Ed.), *Las mejores decisiones*, Barcelona, Crítica, 2015.

CASSESE, S., “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012 10 (3), pp. 603 y ss. Consultable en: <http://icon.oxfordjournals.org/content/10/3/603.extract>

CERRILLO, A. y PONCE, J., *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017. Primeras páginas en: <https://www.larciergroup.com/fr/preventing-corruption-and-promoting-good-government-and-public-integrity-2017-9782802758761.html>

HALPERN, D., *Inside the Nudge Unit*, WH Allen, 2016.

HOLMES, O.W., “The Path of Law”, 10 *Harvard Law Review*, 457, 1897

KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, DEBOLSILLO, 2013

MURRAY, G.R., “Power corrupts...And Testosterone Corrupts Absolutely?”, blog *Psicology Today*, 25 de enero de 2015, consultable en: <https://www.psychologytoday.com/blog/caveman-politics/201501/power-corrupts-and-testosterone-corrupts-absolutely>

OWEN, D., *En el poder y en la enfermedad*, Siruela, 2011, primeras páginas consultables en: [http://www.siruela.com/archivos/fragmentos/En\\_el\\_poder\\_y\\_la\\_Enfermedad.pdf](http://www.siruela.com/archivos/fragmentos/En_el_poder_y_la_Enfermedad.pdf)

PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO MARTÍNEZ, A., *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017, primeras páginas consultables en :

<http://www.inap.es/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/55aaf5d2-c6f1-4fcf-ab8c-ea2f8b5b66d6/PagInicio-Innovacion-en-el-ambito-del-buen-gobierno-regulatorio.pdf>

PONCE SOLÉ, J., “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, Documento presentado en el VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP. (Madrid, España) del 3 al 5 de octubre de 2016 y publicado en INAP, *La Administración al día*, 19 de enero de 2017, consultable en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>

-“El derecho a una buena Administración: una palanca revolucionaria para lograr el buen funcionamiento de nuestras instituciones “, blog Hay Derecho, 19 de febrero de 2017, disponible en: <https://hayderecho.com/2017/02/19/el-derecho-a-una-buena-administracion-una-palanca-revolucionaria-para-lograr-el-buen-funcionamiento-de-nuestras-instituciones/>

-“*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales”, en / coord. por Luis Míguez Macho, Marcos Almeida Cerrada, Diana Santiago Iglesias (coords), *La simplificación de los procedimientos administrativos: actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo : Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014*, 2014, págs. 191-216, disponible en: [http://montin.com/documents/nudging\\_jponce.pdf](http://montin.com/documents/nudging_jponce.pdf)

PRATS, J., *De la burocracia al Management, del Management a la gobernaza*, INAP, Madrid, 2005

RACHLINSKI, J. “The Psychological Foundations of Behavioural Law and Economics”, *Cornell Law Faculty Publications*, paper 829, 2011, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=facpub>

RACHLINSKI y FARINA, “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, 87 *Cornell Law Review* 549-615, 2002, consultable en: <http://library2.lawschool.cornell.edu/facbib/faculty.asp?facid=1>

RICARD, M. En defensa del Altruismo, Urano, 2015. Disponibles primeras páginas en: [http://urano.blob.core.windows.net/share/i\\_avance/001000343/avance.pdf](http://urano.blob.core.windows.net/share/i_avance/001000343/avance.pdf)

SUNSTEIN, C.R.,

-“Empirically Informed Regulation”, *The University of Chicago Law Review*, 78, 2011, pp. 1349 y ss. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128806](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128806)

-*Simpler. The future of Government*, Simon&Schuster, 2013 (hay traducción española en editorial Marcial Pons, (más) *Simple*, 2014, primeras páginas en:

<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788416212422.pdf>

-*Paternalismo libertario*, Herder, Barcelona, 2017

SCHAARSCHMIDT, T., “¿Nos transforma el poder?”, *Mente y Cerebro*, 82, 2017, pp. 42 y ss., disponible en: <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/mente-y-cerebro/el-poder-del-poder-694/nos-transforma-el-poder-14869>

THALER, R.H. y SUNSTEIN, C.R., *Un pequeño empujón (nudge)*, Taurus, 2009

TOBEÑA, A., *Cerebro y Poder*, l'esfera dels llibres, 2008.

UNIÓ N EUROPEA, *Behavioural Insights Applied to Policy*, 2016, disponible en: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>. El análisis por países, incluyendo España en: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/thematic-reports/behavioural-insights-applied-policy-country-overviews-2016>

USEEM, J., “Power Causes Brain Damage”, *The Atlantic*, julio-agosto 2017, disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/07/power-causes-brain-damage/528711/>

VAN BABEL, R., HERMANN, B, ESPOSITO, G., PROESTAKIS, A., *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*, European Commission, JRC Scientific and Policy Reports, 2013, disponible en: <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/111111111/29289/1/behaviouralsciencepolicybriefonline-spreads.pdf>

ZIMMERMANN, S. “¿Incentivo o manipulación?”, *Mente y Cerebro*, 78, 2016, pp. 17 y ss., disponible en: <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/mente-y-cerebro/el-concepto-del-alma-671/incentivo-o-manipulacin-14203>