

PSICOLOGÍA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

PSYCHOLOGY FOR ADMINISTRATIVE LAW

Francisco Velasco Caballero

Universidad Autónoma de Madrid

francisco.velasco@uam.es

ORCID: 0000-0003-1055-3939

RESUMEN: En el conjunto de las ciencias conductuales, de las cuales forma parte la ciencia jurídica, cobra creciente importancia el análisis psicológico del Derecho. Este análisis está ya presente en el Derecho penal y en el Derecho privado (a través del análisis económico del Derecho). Más recientemente, la psicología conductual también está renovando el instrumental propio del Derecho administrativo, a través de los llamados *nudges* o “acicates”. En este estudio se ofrece un posible marco teórico general para el análisis psicológico del Derecho administrativo. Se comienza por identificar las dificultades metodológicas para poner en relación una ciencia hoy empírica y experimental (la psicología) y una ciencia aún hoy poco empírica (la ciencia jurídica). Una vez reconocidas las dificultades metodológicas, se seleccionan varios postulados de la psicología contemporánea que *a priori* pueden ser útiles para el análisis del Derecho administrativo: la distinción entre el pensamiento racional y el pensamiento automático o intuitivo; la diversidad de formas de pensamiento problemático; la importancia de cognición social; y la relevancia de la motivación para el rendimiento profesional. Todos estos postulados son útiles para analizar la elaboración, el cumplimiento, la sistematización y la enseñanza del Derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE: ciencias conductuales; análisis psicológico del Derecho administrativo; cognición social; cumplimiento del Derecho; enseñanza del Derecho público

ABSTRACT: In the context of the behavioral sciences, of which legal science is a part, the psychological analysis of Law is becoming increasingly important. This analysis is already present in criminal law

* Abreviaturas utilizadas: LPAC: Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

and private law (through economic analysis of law). More recently, behavioral psychology is also renewing the tools of Administrative Law, through the so-called nudges or “acicates”. This study offers a possible general theoretical framework for the psychological analysis of Administrative Law. It begins by identifying the methodological difficulties to relate a science that is now empirical and experimental (psychology) and a science that is still little empirical (legal science). Once the methodological difficulties have been recognized, several postulates of contemporary psychology that may be useful for the analysis of Administrative Law are selected: the distinction between rational thinking and automatic or intuitive thinking; the diversity of forms of problematic thought; the importance of social cognition; and the relevance of motivation for professional performance. All these postulates are useful to analyze the elaboration, compliance, systematization and teaching of Administrative Law.

KEYWORDS: behavioral sciences; psychological analysis of administrative law; social cognition; compliance with the law; public law teaching

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ¿QUÉ SE PUEDE TOMAR DE LA PSICOLOGÍA?: 2.1. Pensamiento racional vs pensamiento automático. 2.2. El pensamiento problemático. 2.3. Cognición social. 2.4. Motivación.—3. ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3.1. Producción normativa. 3.2. Cumplimiento normativo. 3.3. Decisiones y procedimientos administrativos. 3.4. Organización administrativa y de los servicios públicos. 3.5. Construcción científica. 3.6. Enseñanza del Derecho administrativo.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

1. En nuestro tiempo es insistente la llamada a la *investigación interdisciplinar*. Aunque, al menos en Derecho, esta orientación científica aún tiene pocos resultados prácticos¹. Casi dedicamos más tiempo a teorizar la utilidad de la investigación interdisciplinar que a ejecutar estudios propiamente interdisciplinares. En este estudio se parte de la conveniencia de conectar el Derecho administrativo y la psicología, y se ofrecen algunas pautas concretas para su realización. Se identifican las dificultades metodológicas para esta conexión; se seleccionan aquellos campos de la psicología que mayor interés pueden tener para el Derecho administrativo; y se proponen algunas utilidades concretas que el actual estado de la ciencia en psicología puede aportar a la elaboración, aplicación, enseñanza e investigación del Derecho administrativo.

2. Si en los años noventa del siglo xx la mirada interdisciplinar se dirigió a la economía, y en los primeros años del siglo xxi emergió la mirada a las ciencias digitales, en un escenario ya actual de continuas crisis y catástrofes, todas ellas exigentes de nuevas conductas individuales, será necesaria una conexión más intensa con la *psicología*². En varios estudios precursores ya han aparecido conexiones directas del

¹ Martin BURGI, “Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungsrechtswissenschaft“, *Die Verwaltung*, núm. 12 (2017), pp. 33-64 (p. 34).

² Jens KERSTEN, “Wir müssen alle unser Leben ändern: Recht, Psychologie, Krise“, *Verfassungsblog*, 2022/6/23, p. 2.

Derecho administrativo con los *nudges*, “empujoncitos” o acicates derivados de las ciencias conductuales³. En este estudio voy a considerar las conexiones entre psicología y Derecho administrativo de una forma más general, no focalizada en el *nudging*. Y es que, si bien en la actualidad nuestra atención se está centrando en los *nudges*, empujoncitos o acicates, esta es solo una de las posibles conexiones entre Derecho y psicología. Por otro lado, el enfoque propio de este estudio no consiste en analizar jurídicamente los acicates, sino en plantear las formas, utilidades y dificultades *metodológicas* de la conexión entre psicología y Derecho administrativo. Por último, en este estudio la conexión descrita va a ser *unidireccional*: se van a analizar las posibles utilidades de la psicología en el Derecho administrativo, y no en sentido contrario. Es cierto que ya en psicología se ha considerado al Derecho como factor configurador de la mente, e incluso como agente creador de psicopatologías⁴. Pero, por ahora, esta perspectiva queda fuera del objeto de análisis.

3. Las múltiples conexiones entre psicología y Derecho administrativo vienen de lejos. Hay que tener en cuenta que la psicología contemporánea es una derivación científica de la *filosofía* 5, ámbito del conocimiento en el que también está presente el Derecho. El Derecho, en tanto que instrumento de dirección de conductas, siempre ha tenido en cuenta el conocimiento alcanzado por la filosofía en torno a la $\psi\upsilon\chi\eta$. Y esto es también predicable del Derecho administrativo y la ciencia de la Administración que arrancan a finales del siglo XVIII. Más recientemente se han listado los campos de conexión entre Derecho y psicología. Así se ha hablado, de forma no exhaustiva, del Derecho de la mente, el análisis psicológico del Derecho, el Derecho de las neurociencias, los problemas jurídicos de la conducta, el impacto terapéutico del Derecho, la violencia psicológica, los riesgos psico-sociales, el razonamiento jurídico, la mediación jurídica o la regulación mediante inteligencia artificial⁶. Esta ponencia no se va a centrar específicamente en ninguna de estas conexiones, sino en las metodologías científicas sobre las que descansan. Se van a identificar algunos fundamentos teóricos generales de la psicología con posibles utilidades para las distintas metodologías jurídico-administrativas.

4. Una dificultad metodológica relevante, a la hora de conectar la psicología con el Derecho administrativo, está en el *carácter empírico y experimental* de la psicología en los últimos cincuenta años. Durante siglos, la psicología ha sido una ciencia eminentemente lógica y abstracta, no apoyada sobre datos empíricos. Por eso mismo, con mucha frecuencia se le ha negado la consideración como ciencia. Ahora

³ En este sentido: Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50 (2019), luego publicado también en la revista electrónica del INAP *La Administración al día*, de 11 de abril de 2019.

⁴ Jean CARBONNIER, “Études de psychologie juridique”, *Annales de l’Université de Poitiers*, série II, 1949, pp. 29-46.

⁵ Entre muchos: Eric FROMM, *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 2006, p. 212.

⁶ Raphaël DRAI, “L’approche psychologique des réalités administratives”, en AA.VV., *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985, pp. 7-31 (p. 7).

la psicología sigue siendo explicativa. Pero en muchos de sus ámbitos es también empírica, experimental y predictiva⁷. Las encuestas, la estadística y los experimentos de laboratorio son hoy herramientas comunes en muchas áreas de la psicología. Estos instrumentos científicos permiten la formulación de enunciados probabilísticos sobre la cognición y la conducta humanas. Los datos empíricos permiten no sólo trazar correlaciones y relaciones causales entre fenómenos físicos y mentales, sino también predecir esos fenómenos. Por supuesto que las grandes preguntas sobre la mente, el alma y la naturaleza humanas siguen ancladas en la filosofía y en el razonamiento lógico abstracto. Pero incluso con este fondo, y pese a las críticas de la llamada *psicología humanista*, el conjunto de la psicología está evolucionando muy rápidamente hacia el empirismo experimental y los enunciados comprobables o falsables. Paradójicamente, la ciencia que investiga el alma (la psicología) está cruzando la línea metodológica entre las ciencias del espíritu y las *ciencias naturales*⁸.

5. Frente a ello, el Derecho ha innovado poco su metodología. Sigue basado en el *razonamiento lógico-abstracto*, y esto dificulta su conexión con la psicología actual (en especial, con la psicología conductual)⁹. La ciencia jurídica aspira a explicar y hacer practicable el Derecho mediante la hermenéutica y la formulación de enunciados lógicos y coherentes. Es cierto que en Derecho hay hoy más observación empírica (sobre cómo son y cómo actúan verdaderamente las normas) y han aparecido también algunos *experimentos jurídicos*¹⁰ y *sandboxes*¹¹. También es cierto que las evaluaciones normativas *ex ante* (entre otros: art. 26.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno) y —sobre todo— *ex post* (art. 130.1 LPAC) traen a la producción normativa tanto juicios prospectivos sobre la conducta humana deseada (que supuestamente deberían descansar sobre datos empíricos) como juicios de resultado (sobre cómo las personas han actuado realmente). Así, la estimación *ex ante* sobre “qué impacto tendrá [la norma proyectada] en los ciudadanos”, que el Tribunal Supremo considera un elemento esencial de la preceptiva Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN)¹², necesariamente debería incluir una aproximación psicológica sobre cómo los seres humanos reaccionan ante las normas. Con todo, estas evaluaciones aún están en sus

⁷ Balwin R. HERGENHAHN, *Introducción a la Historia de la Psicología*, Paraninfo-Thomson, Madrid, 2001, pp. 12 y 659.

⁸ Esta división estructural de las ciencias vista desde la perspectiva del Derecho, en Alfredo GALLEGU ANABITARTE, “La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46 (1996), pp. 11-39 (p. 14).

⁹ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, Beacon Press Books, Boston, 2021, p. 222.

¹⁰ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Los experimentos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164 (2004), pp. 145-189 (p. 147); Dolors CANALS I AMETLLER, “Por la confianza en el Derecho: técnicas de contención de la inflación normativa y de actualización y reducción del ordenamiento jurídico”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 64 (2022), pp. 71-88 (p. 80).

¹¹ Alejandro HUERGO LORA, “Un “espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras. El Anteproyecto de Ley de Medidas para la transformación digital del sistema financiero”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76 (2018), pp. 48-59.

¹² STS de 12 de diciembre de 2016 (RC 903/2014).

comienzos¹³. Y mientras se afinan metodológicamente, hoy contienen más valoraciones indiciarias e hipotéticas que verdaderos análisis empíricos¹⁴. La consecuencia de esto es que aún hoy no es fácil *medir* los efectos reales de una norma sobre sus destinatarios; ni si un efectivo cambio en las conductas guarda una relación causal con una concreta norma. Sin un grupo experimental, sin un grupo de contraste y sin un control exhaustivo sobre otras variables es difícil formular enunciados empíricos sobre los efectos de una norma jurídica¹⁵.

6. Hablar de la psicología en general, para ponerla en conexión con el Derecho administrativo, es una simplificación. Porque no hay una psicología, sino *múltiples áreas, orientaciones, escuelas y perspectivas psicológicas*. Al igual que ha ocurrido con el análisis económico del Derecho, que implícitamente ha trasladado a los juristas una imagen inexacta de uniformidad en la ciencia económica, así también la atención contemporánea de los juristas hacia el “behaviorismo” o hacia el “conductismo” (raíz originaria de las actuales ciencias de la conducta) simplifica la amplitud y complejidad científica de la psicología. La irrupción de la psicología en el Derecho administrativo contemporáneo está primando una determinada perspectiva científica: la que se centra en la conducta humana *intuitiva*, rápida, informal y automática. Tal cosa son los heurísticos o “atajos mentales”¹⁶ a los que luego me refiero (*infra* § 15). Está quedando a un lado el acervo científico sobre el pensamiento *lógico-formal*, cuantitativo y deductivo. De esta forma, la atención está ahora muy centrada en cómo la Administración puede aprovechar la tendencia del ser humano a comportarse o decidir de forma intuitiva, irreflexiva y rápida. Y estamos marginando la importancia del *pensamiento formal* en los procedimientos subsuntivos y ponderativos característicos del Derecho administrativo y, en buena medida, inherentes al Estado de Derecho. Esta actitud metodológica es un sesgo coyuntural del Derecho administrativo contemporáneo, no una derivación necesaria del actual estado de la ciencia en psicología. La psicología contemporánea no niega la importancia de la intuición y del pensamiento informal. Pero sigue prestando mucha atención al pensamiento formal, simbólico, abstracto, cuantitativo y matemático¹⁷.

7. Simplificando mucho, y en lo que ahora importa, el *behaviorismo* iniciado a principios del siglo xx¹⁸ pretende explicar la conducta humana mediante la observa-

¹³ Andrés BOIX y Claudia GIMENO, *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2020, p. 5.

¹⁴ Noemí GÁMEZ MOLL, “Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 218, pp. 235-262 (p. 251).

¹⁵ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Los experimentos jurídicos*, cit., pp. 151 y 173; Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 60.

¹⁶ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, Pearson, Madrid, 2017, p. 89.

¹⁷ Por todos, Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 14.

¹⁸ Comúnmente se cita como estudio fundador el de John B. WATSON, “Psychologie as the Behaviorist Views it”, *Psychological Review*, núm 20(2), pp. 158-177.

ción y la experimentación, excluyendo toda adherencia metafísica no empírica¹⁹. El behaviorismo explica toda conducta humana como “respuesta emocional aprendida” que se genera en cada individuo según la siguiente secuencia: estímulo (externo); acción humana (respuesta al estímulo); y refuerzo (tras la comprobación por el individuo de las consecuencias positivas o negativas de la acción)²⁰. En esta explicación no hay sitio para la trascendencia, como tampoco para las conductas innatas: todo es aprendido. Pero el conductismo, aunque ha contribuido decisivamente a la cientificidad de la psicología, alejándola de la especulación filosófica no verificable, es solo una de las escuelas o corrientes de la psicología que convive e interactúa con muchas otras, como la psicología evolutiva, estructuralista, funcionalista, psicoanalítica, de la personalidad, del pensamiento, gestáltica, humanista, social, de grupos, motivacional, etc. Es más, el conductismo estricto, en su origen muy cercano a la fisiología, ha perdido hoy el protagonismo científico que alcanzó hace algo más de medio siglo. Se ha hecho *más permeable* a otras corrientes y perspectivas, recuperando cierta conexión con las grandes cuestiones filosóficas, abriéndose a una mayor diversidad en los tipos conductuales e integrando la dimensión social de la conducta individual²¹. El *cognitivismo* contemporáneo expresa bien la integración de la perspectiva empírico-experimental de la conducta (genuina del conductismo) con el análisis de los procesos mentales (pensamiento, lenguaje).

8. La actual conexión entre el Derecho administrativo y la orientación conductual de la psicología resulta en cierto modo paradójica. *A priori* se podría considerar que son la tradicional *psicología de grupos*, y la más moderna *cognición social*, las áreas más directamente conectadas con el Derecho administrativo. En términos históricos, la psicología social fue pionera en la consideración de los grupos humanos como sujetos psicológicos y en el análisis psicológico de la interacción entre la comunidad política y los gobernantes²². Con intuiciones muy atinadas, aunque poco científicas conforme a parámetros actuales, *Le Bon* formuló por primera vez enunciados psicológicos conectados con el Derecho público²³. Más tarde, la psicología continental europea en los inicios del siglo xx prestó gran atención a las variables antropológico-culturales de los individuos²⁴. Sin embargo, la actual atención del Derecho administrativo hacia las *behavioral sciences* no conecta con aquella psicología social o de grupos desarrollada en Europa, sino con la orientación *intra-psíquica* (más centrada

¹⁹ Cesare CORNOLDI, “El conductismo”, en Paolo LEGRENZI, *Historia de la Psicología*, Herder, Barcelona, 1986, pp. 151-181 (p. 153).

²⁰ Cesare CORNOLDI, “El conductismo”, cit. p. 163.

²¹ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, Pearson, Madrid, 2017, p. 23.

²² Karl MANNHEIM, *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 34-35.

²³ Gustave LE BON, *Psicología de las multitudes*, Comares, Granada, 2012 (traducción del original francés de 1895 por J.M. Navarro de Palencia).

²⁴ Sadi MARHABA, “El estructuralismo y el funcionalismo”, en Paolo LEGRENZI, *Historia de la Psicología*, Herder, Barcelona, 1986, pp. 75-98, p. 93

en la cognición y la conducta individual)²⁵ que ha sido predominante en la psicología norteamericana en las tres últimas décadas del siglo xx. Es esta orientación *intra-psíquica* la que más directamente ha conectado el análisis de la conducta con las neurociencias y la biología; y la que ha facilitado la expansión del behaviorismo. En puridad, el behaviorismo no prescinde de los elementos sociales de la conducta, pero reduce su relevancia, al considerarlos como un factor más de la cognición-conducta individual.

9. Otra dificultad metodológica, a la hora de relacionar la psicología con el Derecho administrativo, deriva de que buena parte de los enunciados teórico-psicológicos recalcan en el Derecho de forma *indirecta*, a través de la economía conductual²⁶ y de su secuela politológica (*public choice*)²⁷. Esto es, la moderna orientación conductual del Derecho administrativo es doblemente deficitaria: primero, porque sólo conecta con una concreta corriente científica de la psicología (el *behaviorismo*); y segundo, porque esa conexión normalmente no es directa, sino a través de la ciencia económica y sus derivados politológicos. Primero ha sido la economía quien se ha imbuido de behaviorismo, luego ha venido la ciencia política (en estrecha conexión con la economía) y finalmente el Derecho público ha recibido los enunciados teóricos de la economía conductual y el análisis político conductual. Esa conexión sólo mediata entre Derecho administrativo y psicología del comportamiento explica que el Derecho administrativo conductual se haya centrado más en elementos individuales (no sociales) de la cognición y la conducta (los heurísticos, los sesgos, la arquitectura de las decisiones individuales). Se presta menos atención tanto a la moderna psicología social como a la conducta de los individuos en organizaciones públicas o en sus relaciones con los servicios públicos. Basta con mirar a los más frecuentes ejemplos y casos del Derecho administrativo conductual (aumento del ahorro energético, reducción del fraude fiscal, cumplimiento de los mandatos de vacunación) para notar que lo que importa es el análisis y la dirección de la conducta *individual*. Pero no el análisis de las conductas colectivas (o de los sujetos en el seno de grupos), ni el funcionamiento interno de la Administración pública.

10. Según lo dicho, el naciente análisis psicológico o conductual del Derecho muestra dos anclajes de partida: la matriz *intra-psíquica* (la mente y la conducta individual como objeto fundamental de atención); y la matriz *anglosajona* (sobre todo, norteamericana) predominante en esa orientación interna e individual de la psicología. Paradójicamente, siendo el Derecho un fenómeno y una ciencia social, la

²⁵ Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, núm. 2 (2016), pp. 437-459 (p. 448).

²⁶ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, Taurus, Madrid, 2009, p. 21.

²⁷ Adam OLIVER, *The Origins of Behavioral Public Policy*, Cambridge, 2017, p. 34; Joram FEITSMAN y Mark WHITEHEAD, “Bounded interdisciplinarity: critical interdisciplinarity perspectives on context and evidence in behavioural public policies”, *Behavioural Public Policy*, núm. 6-3 (2019), pp. 1-27 (p. 4).

conexión contemporánea predominante entre psicología y Derecho no mira tanto a la tradicional psicología social europea como a la orientación más individual y anglosajona de la cognición y la conducta.

11. Por último, desde la perspectiva específica del Derecho administrativo, la interacción con la psicología presenta al menos dos dificultades. La primera es que la proyección de la psicología conductual sobre el Derecho, presente ya en la década de los años setenta del siglo xx, se ha hecho fundamentalmente hacia el *Derecho penal*, atendiendo sobre todo a la reacción humana ante las amenazas de castigos²⁸. Esta conexión selectiva sigue presente hoy, por mucho que indirectamente, por intermediación de la economía del comportamiento, la psicología conductual haya llegado también al Derecho privado y al Derecho administrativo. La conexión original entre la psicología conductual y el Derecho punitivo determina que gran parte del *material empírico y los enunciados teóricos* sobre el análisis conductual del Derecho se refieran a prohibiciones y castigos o penas, lo cual es ciertamente una parte del Derecho administrativo, pero secundaria en el contexto del Estado social y para el análisis del Derecho de la organización administrativa y del funcionamiento de los servicios públicos. Por otro lado, el Derecho administrativo tradicional ofrece algunas dificultades metodológicas estructurales para su conexión con la psicología. El Derecho administrativo se ha construido sobre dos pilares *objetivos* (un estricto principio de legalidad y la identificación de los funcionarios con la propia Administración y con el interés general que esta persigue) que han marginado la importancia de los procesos psicológicos *subjetivos* (de los empleados públicos, las autoridades y los usuarios de servicios públicos)²⁹. En un marco teórico algo distinto, donde el principio de legalidad no es la única fuente de legitimidad de la Administración (también lo es la eficacia en el cumplimiento de los mandatos constitucionales)³⁰ y en el que se ha vuelto la mirada hacia la organización administrativa y el empleo público como ejes esenciales del Derecho administrativo, cobra renovada importancia la psicología organizativa y de grupos, así como la psicología motivacional.

2. ¿QUÉ SE PUEDE TOMAR DE LA PSICOLOGÍA?

12. Las dificultades metodológicas señaladas no impiden considerar diversas utilidades de la psicología en el tratamiento del Derecho administrativo. Aunque esas

²⁸ William J. CHAMBLISS, “Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions”, en L. Friedman y S. Macaulay, *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292 (p.281).

²⁹ Raphaël DRAI, “L’approche psychologique des réalités administratives », cit., p. 7; Jaques CHEVALLIER, *Science administrative*, 6ª ed., PUF, 2019, p. 549.

³⁰ Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 51; Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, en Jose María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 561-664 (p. 640).

utilidades pueden ser muchas, y provenientes de múltiples áreas y orientaciones científicas, aquí solo voy a considerar unas pocas. Del conjunto de los procesos mentales (emoción, motivación, aprendizaje, atención, memoria, percepción, pensamiento y lenguaje) aquí sólo voy a considerar parcialmente los que *prima facie* más interés presentan para el Derecho administrativo: el pensamiento, la percepción (en su modalidad de cognición social) y la motivación.

2.1. Pensamiento racional vs pensamiento automático

13. La distinción entre pensamiento racional (o lento) y pensamiento automático (o rápido) no es un verdadero descubrimiento contemporáneo. Pero sí es relativamente reciente la formulación sistemática que adopta a partir de los trabajos seminales de Kahneman y Tversky en 1974³¹. En esta proposición propiamente científica, aunque enunciada con lenguaje metafórico, la mente actúa alternativa y separadamente a través de *dos sistemas cognitivos*: el sistema 1 (intuitivo, irracional o automático) y el sistema 2 (racional). En función de las circunstancias, los seres humanos actuaríamos mediante el aparato o sistema racional o activaríamos el sistema cognitivo automático. Es más, habría concretos *fenómenos de la realidad* que, al estimular ciertos criterios conductuales propios de los seres humanos —como el agradecimiento, la búsqueda de la coherencia o la aversión a la pérdida— activarían por sí el sistema conductual automático³². Luego volveremos sobre esto, cuando consideremos más específicamente los heurísticos y los sesgos (*infra* § 15). La desagregación de dos sistemas de pensamiento entronca con una corriente científica más amplia que viene considerando la existencia de *distintos módulos o áreas ideales en la mente*, que actúan de forma diferenciada, aunque conectada. Tal sería el caso del “sistema de entrada” que se encarga de la percepción o recepción de información exterior, y el “sistema central” que comprende la memoria y una serie de ideas o conceptos previos con los que se procesa la información recibida por el “sistema de entrada”³³. En el actual momento científico de la psicología, con fuerte orientación biológica y neurológica, los “sistemas” mentales se localizan físicamente en diversas partes del cerebro³⁴.

14. En lo que ahora importa, la distinción seminal entre pensamiento racional y pensamiento automático ha quebrado la *imagen ilustrada* de las personas como

³¹ Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty”, *Science*, núm. 185 (1974), pp. 1124-1131. Véase ahora una traducción del original en Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, Sant Llorenç d’Hortons, 2017, pp. 545-557. Una versión más elaborada sobre la distinción entre pensamiento racional e intuitivo se encuentra en ese mismo libro (p. 35).

³² Robert B. CIALDINI, *Influencia. La psicología de la persuasión*, Harper Collins Ibérica, Madrid, 2022, *passim* (entre otras, p. 145).

³³ Jerry Alan FODOR, *El modularidad de la mente*, Morata, Madrid, 1986, p. 87.

³⁴ Por ejemplo, respecto del heurístico de conformidad social: Adolf TOBEÑA, *La pasión secesionista*, ED Libros, Barcelona, 2016, p. 57.

sujetos fundamentalmente racionales. Se impone ahora la idea de que, en función de múltiples circunstancias, el ser humano actúa unas veces de forma automática (mediante el sistema 1) y otras veces de forma racional (mediante el sistema 2). Es más, se tiende a afirmar que la conducta automática es la regla, frente a la racional³⁵. Esta distinción científica entre dos aparatos mentales diferenciados ha sido contestada por quienes consideran que lo racional y lo irracional no son propiamente *separables*, están simultáneamente presentes, con combinaciones diversas, en toda actividad humana³⁶. Por otro lado, aunque la distinción tiene innegable arraigo en la psicología contemporánea, ni es el único enunciado sistemático propio de esta ciencia, ni se presenta de la misma forma en las distintas disciplinas científicas de la psicología. Fenómenos mentales como la motivación o la cognición social no son fácilmente reconducibles al esquema racionalidad/automatismo.

15. Como se ha dicho, de los dos sistemas básicos de pensamiento, la psicología *behaviorista* contemporánea está prestando mucha atención al sistema automático, desatendiendo injustificadamente al pensamiento racional o consciente³⁷. Mediante la observación y la experimentación se sostiene que la mayoría de las conductas humanas son automáticas. Son respuestas rápidas a estímulos conforme a criterios previamente anclados en la mente. Estas respuestas rápidas se sirven de los llamados *heurísticos* o “atajos cognitivos”, esto es, asociaciones mentales rápidas que eluden reflexiones detenidas sobre las mejores opciones disponibles ante un problema o pregunta. Estos atajos cognitivos producen *sesgos* cuando la asociación mental dirige inadecuadamente, por simplificación excesivas o por desviación, la toma de decisiones³⁸. Pero no todos los heurísticos generan sesgos, muchos de ellos dan lugar a decisiones óptimas³⁹. El Derecho conductual contemporáneo ha propuesto servirse de los heurísticos (en la medida de lo posible, eludiendo los sesgos cognitivos) para dirigir la conducta humana. Esto son los *nudges*, cada vez más presentes en la ciencia política y en el Derecho público.

16. Con ánimo más descriptivo que definitorio, consideramos aquí como *nudges* o acicates aquellos *incentivos suaves* de la conducta humana que no consisten ni en la imposición de deberes ni en la creación de beneficios económicos; son sutiles empujoncitos directivos de la conducta que se aprovechan de los avances contempo-

³⁵ Stuart SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 7.

³⁶ Gerd GIGERENZER, “Personal Reflections on Theory and Psychology”, *Theory and Psychology*, núm. 20 (2010), pp. 733-743; Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 97.

³⁷ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., pp. 95 y 97.

³⁸ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, Taurus, Madrid, 2009, pp. 33 y ss; Juli PONCE SOLÉ, “Introducción: ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 29-44, p. 31.

³⁹ David JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Teoría de juegos y *nudging* para el buen gobierno”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 45-60 (p. 48).

ráneos de la psicología en torno a la cognición y la conducta humanas. La atención creciente sobre este instrumento directivo está generando al menos dos efectos sobre las ciencias administrativas: del lado positivo, está poniendo de relieve los elementos de *irracionalidad* en la conducta humana; del lado negativo, la atención selectiva a los *nudges* o acicates está poniendo en sombra un marco de *conexiones interdisciplinarias* más amplio, entre las muy diversas disciplinas que forman la psicología y las ciencias administrativas. Poco más es lo que voy a añadir ahora sobre los *nudges*, pues el objeto de este estudio es describir el mapa más amplio de conexiones entre psicología y ciencias administrativas. Únicamente llamaré la atención sobre que la fuerte atracción estética que generan los *nudges* no puede ocultar sus riesgos y problemas, ya puestos de manifiesto tanto en psicología⁴⁰ como en Derecho administrativo⁴¹.

17. En la psicología se encuentran aún múltiples *imprecisiones* sobre los heurísticos, lo que eleva las cautelas a la hora de su utilización por el Derecho administrativo.

a) De un lado, no está por completo claro cuál es el *origen* y la naturaleza misma de los heurísticos. Aunque la psicología conductista había negado la existencia de elementos innatos en la mente (remitiendo al aprendizaje la formación de los criterios e instrumentos cognitivos) en el pensamiento *evolucionista* está presente la idea de que los atajos mentales o heurísticos son mutaciones exitosas en la historia evolutiva de algunos homínidos, mutaciones que les han permitido adaptarse mejor a situaciones de peligro⁴². Así, por ejemplo, colegir que hay una amenaza detrás de cada sombra, aunque en términos de probabilidad fuera una consecuencia irracional, permitió a los homínidos primitivos prevenir los ataques de animales carnívoros feroces⁴³.

b) En segundo lugar, tampoco está claro que el pensamiento espontáneo o automático se produzca siempre por medio de heurísticos. En sus estudios recopilatorios, Kahneman propone que el pensamiento rápido se produce siempre por *intuición*, pero esa intuición tiene dos fuentes: los heurísticos y la experiencia⁴⁴. En consecuencia, habría pensamiento automático que no se produce por vía de los heurísticos.

c) Por último, tampoco está clara la distinción entre *heurísticos* y *criterios morales*. De hecho, comúnmente se considera como un heurístico la obediencia a la autoridad⁴⁵, lo cual fácilmente se puede catalogar también como un criterio moral aprendido.

⁴⁰ Helena MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, Shackleton Books, 2020, *passim*.

⁴¹ Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging”-Diskussion im deutschen Kontext”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, núm. 2 (2016), pp. 437-459; Eva KOCHER, “Verhaltenslenkung durch sanfte Überredung – die Kunst des interdisziplinären Gesprächs”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaftlichen Forschung*, núm 3 (2018), pp. 356-359; Elisa MOREU CARBONELL, “Nudges y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107 (p. 101).

⁴² Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., pp. 54 y 123.

⁴³ Helena Matute, *Nuestra mente nos engaña*, cit., p. 28.

⁴⁴ Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 256

⁴⁵ Robert B. Cialdini, *Influencia. La psicología de la persuasión*, cit., p. 221.

18. Según se ha dicho, el pensamiento automático intuitivo en ocasiones se sirve de heurísticos o “atajos cognitivos”. Aunque estos instrumentos del pensamiento están muy presentes en la psicología contemporánea, no siempre está claro cuáles son esos “atajos cognitivos”. Hay, incluso, una cierta inflación de heurísticos, a la medida de cada ámbito de investigación. En principio, parece que son cinco los heurísticos más identificados y definidos: el de *disponibilidad* (lo que recuerdo lo tengo por importante); el de *representatividad* (la realidad se capta de forma simplificada, a través de un rasgo relevante que entronca con estereotipos previamente aprendidos); el de *anclaje, contraste o coherencia* (una primera opinión, intuición o valoración es resistente frente a la información posterior); el de *optimismo ilusorio* (creencia de que tenemos más posibilidades que la media de que nos ocurra algo positivo, o de que las cosas salgan como hemos planificado); y el de *negatividad* (la información negativa reclama más atención que la positiva)⁴⁶. Pero en ocasiones también se habla de heurísticos *numéricos* (tendemos a formular conclusiones generales con muy pocos datos, o con datos anecdóticos); de *familiaridad* (aceptamos mejor lo que nos recuerda situaciones ya vividas, incluso negativas); de *conservación* o de *aversión a la pérdida* (entendemos y actuamos de la forma que menos altere el *statu quo*); de *confrimación* (valoramos mejor los datos y opiniones que confirman los propios); de *futuro* (ilusión de que el cambio se produce del pasado al presente, pero no del presente al futuro); de *enmarcado* (entendemos los problemas en función de la forma en que se enuncian); de *causalidad* (tendemos a ver conexiones causa-efecto en hechos sin relación real); de *efecto halo* (la valoración positiva o negativa sobre un rasgo de una persona o situación se extiende a los demás elementos o rasgos de la misma persona o situación); de *escasez* (valoramos mejor lo que es escaso, incluso sin calidad intrínseca); de *reciprocidad* (tendemos a actuar positivamente en relación con aquellos de los que hemos obtenido antes un beneficio) y de *grupo* (tendencia a seguir la opinión del grupo)⁴⁷.

19. El mayor problema metodológico de los heurísticos, para su utilización en Derecho, es que son *tipos empíricos* resultantes de concretas observaciones y experimentaciones sobre objetos no jurídicos. A veces la observación se refiere a la conducta de sujetos en contextos de mercado; o en laboratorios donde se miden múltiples reacciones de diferentes sujetos ante estímulos sensoriales. Estas observaciones y experimentos han permitido una propuesta inicial de concretos heurísticos que luego

⁴⁶ Entre muchos, Stuart Sutherland, *Irracionalidad: el enemigo interior*, cit., p. 136; en español: Amalio Blanco, Javier Horcajo y Flor Sánchez, *Cognición social*, cit., p. 90.

⁴⁷ Originariamente, Kahneman y Tversky hablaban de 20 heurísticos: Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty”, *Science*, núm. 185 (1974), pp. 1124-1131 (cito por la traducción publicada en el libro recopilatorio de Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., pp. 545-557). Hoy no está claro cuánto son esos heurísticos, ni cuál es la relación de género a especie entre todos ellos. Véanse, además de los descritos en Kahneman (*passim*), los enunciados en: Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, cit., pp. 41 a 55; Adam OLIVER, *The Origins of Behavioural Public Policy*, cit., pp. 25-28; Robert B. Cialdini, *Influencia. La psicología de la persuasión*, cit., pp. 19 y ss; y Helena MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, cit., pp. 48, 51, 72, 76, 101.

se ha confirmado, modulado o corregido en contextos distintos o más amplios. En todo caso, los heurísticos se definen y son válidos en concretos contextos donde hay un alto control de las variables independientes⁴⁸. En este sentido, y por ejemplo, es difícil afirmar por sistema que, conforme al heurístico de negatividad, nos estimula más la amenaza de una sanción administrativa que la promesa de un beneficio fiscal. Sólo se puede afirmar con validez científica que, en determinados contextos sin otras variables determinantes, el pensamiento automático o intuitivo funciona de esa manera. Por otro lado, la multiplicidad de heurísticos tipificados *no están generalmente jerarquizados*, por lo que pueden actuar de forma diferenciada —con distinta intensidad— en cada concreta situación⁴⁹. Así, el heurístico de la coherencia (respecto de conductas propias anteriores) puede ser irrelevante en situaciones donde actúa más intensamente el heurístico de obediencia intuitiva a la ley o la autoridad.

20. Aparte de las limitaciones ontológicas de los heurísticos, la traslación al Derecho administrativo del esquema binario de pensamiento (automático *vs* racional) se enfrenta con una dificultad estructural, derivada de la propia esencia del Derecho administrativo. El *principio de legalidad* traslada de forma inmanente la idea de que la actuación administrativa es simplemente legal o ilegal, en función de su mayor o menor conformidad con la ley previa. Bajo esta premisa, apenas si hay espacio para pensar que los empleados y cargos públicos actúan a veces bajo el sistema 1 (automático) y a veces bajo el sistema 2 (racional). La actuación administrativa bien podría ser automática, pero este rasgo sería jurídicamente irrelevante, pues la perspectiva jurídica se acaba en los juicios de legalidad y validez.

21. Con todo, y aun reconocidas las limitaciones de los heurísticos y del binomio pensamiento automático *vs* racional, son múltiples sus posibles utilidades en Derecho administrativo. De entrada, nos permite identificar situaciones en las que, por el juego de heurísticos o sesgos, es *predecible* una determinada conducta humana. A partir de ahí se puede cuestionar la propia oportunidad de aprobar normas que *contradigan* las conductas intuitivas. La norma contraria a intuiciones arraigadas, aunque posible, tendrá que bloquear y redirigir la conducta natural (automática) de los destinatarios de las normas. Esto requerirá de fuertes *incentivos* de cumplimiento y de una organización y procedimientos administrativos que hagan creíbles esos incentivos. De otro lado, el previo conocimiento de cuáles son las conductas automáticas de las personas encauza el omnipresente test de *proporcionalidad* (arts. 9.1 CE y 129.3 LPAC) o de coste-beneficio (art. 129.6 LPAC) frente a la nueva regulación: cuanto más automática sea una conducta, más compleja y gravosa será su modificación, y esto eleva las exigencias de idoneidad, mínimo gravamen y ponderación frente a la nueva regla de conducta. Del otro lado, si tenemos previo conocimiento de que una conducta buscada *ya es generalmente* automática, convertir esa misma

⁴⁸ Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging”-Diskussion im deutschen Kontext”, cit., p. 450.

⁴⁹ Gunnar Folke SCHUPPERT, “Nudging: Nicht wirklich neu und auch —ohne Kontextualisierung— nicht weiterführend”, *Verfassungsblog*, 16-5-2015.

conducta en regla jurídica puede actuar negativamente (*infra* § 41 a). Mirando al interior de la Administración, la distinción entre pensamiento intuitivo y racional también puede ser un instrumento para analizar la conducta real de los *empleados públicos*, determinante para para la regulación de las relaciones de empleo y para el ejercicio la potestad de auto-organización administrativa (*infra* § 51). Por último, la distinción entre pensamiento rápido (intuitivo, automático) y pensamiento lento (racional) también nos explica la operatividad real del *precedente administrativo* y judicial: los precedentes, como en general el pensamiento analógico (*infra* § 26), en la medida en que codifican experiencias previas facilitan decisiones automáticas (intuitivas) posteriores.

2.2. El pensamiento problemático

22. Tiene larga tradición en psicología la distinción elemental entre pensamiento *racional* (inductivo o deductivo) y pensamiento *problemático*. Aunque esta distinción elemental no ha perdido vigencia, sí se han multiplicado los *tipos* de pensamiento identificables bajo esa distinción primaria⁵⁰. Así, en el bloque de pensamiento racional se habla de razonamiento proposicional, silogístico, probabilístico o analógico. Y como pensamiento problemático (para la resolución de problemas) se habla de las estrategias de ensayo y error, el análisis de medios y fines, el dimensionamiento de los problemas, la descomposición de problemas en subproblemas o la formación de analogías⁵¹. Esta tipología de formas de pensamiento presenta una primera utilidad para el Derecho: permite avanzar que *el pensamiento jurídico no es único*, ni atiende a un único modelo formal. Aceptado como punto de partida que en el mundo jurídico las personas cumplen distintas *funciones* (normativa, aplicativa, científica, etc.)⁵², la psicología nos ayuda a afirmar también que en cada una de estas funciones tiene mayor o menor sentido y utilidad uno u otro tipo de pensamiento. Así, para la *elaboración científica* del Derecho puede tener más sentido el razonamiento inductivo (a través del cual se forman conceptos y clasificaciones⁵³) que el pensamiento analógico, más orientable hacia la resolución de problemas. Paradójicamente, los empleados y cargos públicos de la *Administración activa o aplicativa* pueden guiarse por diversos tipos de pensamiento, en función de cómo la ley haya programado su actividad. Una programación normativa muy densa llama a la aplicación administrativa subsuntiva (mediante el razonamiento deductivo silogístico). En cambio, una programación

⁵⁰ Yolanda POSTIGO ANGÓN, “Estrategias de solución de problemas”, en Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 219-246 (p. 225).

⁵¹ Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, “Introducción”, en Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 219-246 (p. 25).

⁵² Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 26ª ed., Temas, Buenos Aires, 1989, p. 46 (traducción por Moisés Nilve de la edición francesa de 1953).

⁵³ Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 118.

normativa más débil llama a alguna forma de pensamiento problemático (analógico, de análisis de medios y fines, de ensayo y error), en principio más creativo. No es casualidad que la *tópica*, como modelo de pensamiento problemático, tenga su sitio natural en contextos de decisión en los que no hay una solución normativa claramente predeterminada, sino diversas soluciones plausibles⁵⁴.

23. La psicología del pensamiento problemático muestra la importancia de una *representación* adecuada de cada problema, como paso previo e ineludible para iniciar una estrategia de solución. Los defectos en la representación, categorización o calificación del problema contaminan todo el proceso mental para su solución. Así, por ejemplo, considerar que la escasez energética es un problema de oferta, y no demanda, puede desplegar estrategias legislativas y administrativas subóptimas. Por otro lado, la representación o calificación de cada problema es directamente *dependiente* tanto de factores psicológicos estrictamente subjetivos y difícilmente accesibles (como la personalidad) como de otros factores psicológicos más asequibles, como los estereotipos socialmente prevalentes y las estructuras de pensamiento racional (los conceptos) adquiridos con la educación y el aprendizaje⁵⁵. Pensando en el Derecho administrativo, el papel central de la representación o calificación de los problemas reclama tanto una *enseñanza adecuada* de los conceptos e instituciones que en el futuro valdrán para etiquetar o calificar los problemas (*infra* § 64 a), como un diseño de la *organización y los procedimientos decisorios* (normativos y administrativos) idóneos para neutralizar los condicionantes individuales (personalidad, motivación) y sociales (estereotipos, actitudes) que pueden desviar la representación de un problema (*infra* § 44). En este punto, y contra lo que nos sugiere la psicología, la tradicional regulación organizativa y procedimental de la Administración presta poca atención a la fase inicial de representación o calificación del problema (que suele corresponder a un solo cargo o empleado público y está muy poco procedimentalizada) y concede mucha más importancia a la fase final o de decisión del asunto o problema, sin atender a que tal decisión, bajo los efectos del *heurístico de anclaje* (*supra* § 15), está muy condicionada por la previa representación o calificación.

24. La psicología cognitiva nos muestra que hay dos métodos básicos para la resolución de problemas: los *algoritmos* (procesos mentales exhaustivos que analizan todas las alternativas y estadios del problema) y los *heurísticos* (que economizan los procesos mentales, dando un valor determinante a un concreto dato, experiencia o asociación mental). A simple vista se observa que la distinción entre algoritmos y heurísticos corre paralela a la distinción entre pensamiento racional y pensamiento intuitivo o automático (*supra* § 13). En una partida de ajedrez, el pensamiento algorítmico calcula todas las posibles alternativas ante cada movimiento de piezas; en cambio, el pensamiento heurístico opta directamente por “salvar a la reina”, si es que

⁵⁴ Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, “Concepto y funciones de la tónica jurídica en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 51-72 (p. 63); Silvia DÍEZ SASTRE, “La tónica como método en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 363-396 (p. 390).

⁵⁵ Yolanda POSTIGO ANGÓN, “Estrategias de solución de problemas”, cit., p. 238

la experiencia del jugador le dice que esa es la opción que normalmente le da mejores resultados⁵⁶. La psicología no muestra ninguna predilección de entrada por ninguno de los dos métodos básicos de solución de problemas. Más bien, cada método es más o menos adecuado para *cada contexto y tipo de problema*. Los algoritmos requieren grandes recursos mentales, por lo que no son practicables en contextos de escasez temporal (como una partida de ajedrez) y han de reservarse a ciertos problemas que requieran tal esfuerzo. Los heurísticos son más ágiles, y por tanto son los que normalmente pueden solucionar los múltiples problemas cotidianos. En principio, aunque se puede considerar que los algoritmos fallan menos que los heurísticos, esta conclusión puede ser refutada en muchas ocasiones: a veces, la integración de muchas variables en la solución de un problema hace que este sea aún más difícil, y puede introducir datos y perspectivas perturbadoras en la solución de problemas sencillos.

25. Por principio, no hay objeción a que muchos de nuestros *problemas cotidianos*, o los que soluciona de continuo la Administración prestadora de servicios (la prescripción de una prueba médica, la fijación del temario de una asignatura, la sustitución de una profesora) se realicen mediante procedimientos de prueba y error, aplazando la solución del problema de fondo, reduciendo el problema a unidades más pequeñas y manejables, recordando precedentes o buscando analogías. Problemas menos cotidianos, de mayor trascendencia, menos definidos, o con muchos interesados, no pueden responderse (o al menos, no sólo) por estos métodos: la respuesta ante el incumplimiento de un contrato de recogida de basuras, la solución ante la acumulación de menores inmigrantes en Ceuta, o el trazado de una nueva autovía de Madrid a Teruel requiere un pensamiento más algorítmico que heurístico. Y esto ha de reflejarse tanto en los correspondientes procedimientos administrativos como en la configuración del órgano administrativo competente para la solución.

26. Entre las estrategias generales de solución de problemas se cuenta una bien conocida en Derecho: la *analogía*. En principio, la analogía se considera un método heurístico (porque economiza el proceso mental de solución del problema mediante la búsqueda de una situación previa parecida o próxima). El *precedente*, aunque diferenciable conceptualmente de la analogía en sentido estricto⁵⁷, se puede considerar como una forma específica de analogía (entendida en sentido amplio): búsqueda de una solución previa para el *mismo* problema. Se ha dicho en psicología que la analogía es un método heurístico sofisticado, y por ello no generalizado. Porque requiere el esfuerzo mental de búsqueda de una situación parecida a la del problema actual; y el esfuerzo mental de adaptar la primera solución al problema presente⁵⁸. Sin embargo, esta disección racional de la analogía no impide considerar la existencia de analogías más automáticas, apoyadas sobre la memoria inmediata (y con ello afectadas por el “sesgo de disponibilidad”: *supra* § 15). De manera que podríamos hablar de analogías

⁵⁶ Yolanda POSTIGO ANGÓN, “Estrategias de solución de problemas”, cit., p. 227.

⁵⁷ Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 243.

⁵⁸ Yolanda POSTIGO ANGÓN, “Estrategias de solución de problemas”, cit., p. 237.

tendencialmente algorítmicas (porque requieren de un análisis exhaustivo de similitud entre un problema anterior y el presente) y analogías heurísticas, apoyadas en asociaciones rápidas entre situaciones pasadas y presentes, sin detención en los rasgos distintivos de cada problema. Esta doble calificación de la analogía puede ser útil en Derecho administrativo. De nuevo, la solución de problemas trascendentes o complejos *no puede dejarse solo a la analogía* (a riesgo de no atender convenientemente a algunos de los bienes o intereses jurídicos en juego). Pero no hay problema en que la analogía (y su especie, el precedente) cumpla una doble función en la solución de problemas jurídicos: en los problemas *complejos* puede actuar como representación o calificación *inicial* del problema, luego susceptible de corrección o modulación a través de otros datos presentes en el proceso decisorio. En los problemas *sencillos* y bien definidos, la analogía puede ser determinante para la solución del problema, en tanto que las soluciones a situaciones parecidas o a precedentes ya albergan en sí ciertos elementos fiables de racionalidad.

2.3. Cognición social

27. Con larga tradición en Europa, más que en Norteamérica, la psicología ha analizado la influencia de los grupos sociales en el pensamiento y la conducta. Esta tradición científica se expresa hoy en la llamada “cognición social”. En esencia, la cognición social explica que el entendimiento y la conducta individuales están mediados por categorías sociales (guiones, prototipos, ejemplares, moldes, actitudes, estereotipos) que filtran, gradúan y clasifican la información exterior, y con ello determinan la conducta humana⁵⁹. A esto se le ha llamado “cognición socialmente situada”⁶⁰. Los moldes cognitivos sociales no son innatos, sino aprendidos en los primeros años de vida, pero desde el momento de su formación filtran todo el conocimiento del exterior. De forma complementaria, en la medida en que entendemos la realidad conforme a patrones sociales, tendemos a *actuar conforme* a dichos moldes sociales, pues esto nos genera sentimientos de pertenencia, coherencia y estima en el correspondiente grupo social⁶¹. A diferencia de los heurísticos, los estereotipos *no son comunes* a los distintos grupos humanos, sino propios de cada grupo: reflejan la cultura y estructuras de poder del grupo. Pero, aunque no son ni actúan como “atajos cognitivos”, sí que condicionan decisivamente la conducta.

28. La psicología social también ha descrito las condiciones bajo las cuales los líderes de un grupo obtienen *credibilidad* y *seguimiento* entre los demás miembros del grupo. Se habla aquí del conocimiento *experto* (reconocido como tal por el conjunto del grupo) y de la *confiabilidad*, que es la percepción de honestidad y sinceridad de

⁵⁹ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 8.

⁶⁰ Eliot. R. SMITH y Gün R. SEMIN, “Situating Social Cognition”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 16-3 (2007), pp. 132-135 (p. 134).

⁶¹ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 114.

los dirigentes⁶². Estos hallazgos de la psicología son proyectables también sobre el Derecho administrativo: la percepción social de que las normas se apoyan en conocimiento experto —y se aprueban por personas fiables— las hace más confiables, y con ello aumenta la tendencia a su cumplimiento (*infra* § 41 c). Esto tiene que ver, por supuesto, con los procedimientos de selección de las autoridades y cargos de órganos con competencias normativas, pero también con la estructura de los propios procedimientos normativos y con la accesibilidad de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios.

29. En conexión directa con la disección elemental del pensamiento en racional y automático (*supra* § 13), desde la perspectiva de la cognición social se ha desarrollado también la distinción entre escenarios de *alta o baja elaboración cognitiva*. Con esta distinción se pretende mostrar que los mensajes y los argumentos en las discusiones pueden ser más o menos racionales o intuitivos en función de la *situación concreta*⁶³. En situaciones de “alta elaboración cognitiva” serán necesarios más argumentos (y de más calidad), menos apelaciones emocionales y formas lingüísticas más dubitativas (menos asertivas). Cuando un asunto complejo se aborda en situación de “baja elaboración cognitiva”, sirviéndose de mensajes y argumentos intuitivos y emocionales, hay un riesgo cierto de que las conclusiones sean desviadas. Del otro lado, un asunto sencillo situado en un escenario de “alta elaboración cognitiva”, comporta un riesgo de complejización artificial de la situación. Para el Derecho administrativo, estas enseñanzas de la psicología cognitiva son relevantes, sobre todo, para el diseño de procedimientos decisorios, que en función de sus trámites y de las posiciones que ocupen los distintos interesados darán lugar a escenarios de alta o baja elaboración cognitiva.

2.4. Motivación

30. La conducta humana también depende de la motivación, no sólo de la cognición. La psicología explica que en cada situación concreta están presentes diversos factores con efectos motivadores de la conducta. Estos factores pueden ser patentes u ocultos, intrínsecos o extrínsecos a cada sujeto, estructurales o coyunturales, y tanto racionales como irracionales. En el actual estado de la psicología no hay aún certidumbre científica sobre las motivaciones, por lo que aquí el conocimiento es básicamente *hipotético*, introspectivo, indiciario y con fuerte influencia del psicoanálisis. Pese a estos déficits científicos, la psicología motivacional resulta útil para entender la conducta humana y para dirigir los grupos y las organizaciones humanas.

31. Desde la perspectiva del Derecho administrativo, se puede afirmar que el cumplimiento normativo resulta de la interacción de varios factores motivacionales. Una prohibición normativa o un incentivo positivo (una subvención) son por sí

⁶² Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 247.

⁶³ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 247.

motivos orientadores de la conducta. Pero no actúan en solitario. A los incentivos expresos que contienen las normas (las consecuencias jurídicas favorables o desfavorables) se unen otros factores motivacionales, como la natural tendencia humana a la *obediencia* y a actuar de *conformidad* con el orden social⁶⁴ o las motivaciones más sutiles que aportan los posibles *acicates* o *nudges* (*supra* § 18). Todos estos son, desde la perspectiva psicológica, motivaciones determinantes de un mayor o menor nivel de cumplimiento normativo. La identificación, selección y combinación de las diversas motivaciones resulta muy compleja: porque no es uniforme para los distintos sujetos, y porque hay factores motivacionales que pueden interactuar de forma negativa (por ejemplo, las motivaciones intrínsecas, como la moral, con frecuencia interactúan negativamente con motivaciones extrínsecas, como la amenaza de multa o la privación de una subvención). En todo caso, dado que las normas administrativas, interactuando con diversos factores cognitivos, *motivan* para la realización de concretas conductas, estamos ante un ámbito natural para la interacción entre la psicología y el Derecho administrativo⁶⁵.

32. Aparte de dirigir directamente la actividad humana, las leyes administrativas también *autorizan* a la Administración a utilizar diversos incentivos o motivaciones para dirigir la conducta tanto de los empleados públicos como de los usuarios de servicios públicos. Al respecto, la psicología organizacional ha elaborado un catálogo de posibles *motivaciones laborales* que en principio son trasladables también a la Administración, a saber: retos o desafíos del trabajo; posibilidades de mejora de capacidades y habilidades; buena valoración por la organización; retribuciones; ambiente laboral; buena dirección del servicio; y autonomía del empleado. Estas posibles motivaciones actúan de forma diversa en función del tipo de actividad, las capacidades personales, los grupos de edad, el género o la situación social⁶⁶. Y también aquí la agregación de distintas motivaciones puede resultar regresiva. Por ejemplo, añadir complementos retributivos en puestos de trabajo que potencian el desarrollo personal puede resultar contraproducente⁶⁷. Dado el carácter marcadamente *contextual* de las motivaciones, desde la perspectiva del Derecho administrativo estamos en un ámbito no regulable mediante leyes directivas, sino mediante leyes sólo *legitimadoras*⁶⁸, concedentes de un amplio espacio para la potestad de autoorganización.

3. ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

33. El ingente conocimiento científico sobre la *ψυχή* humana, de lo que hasta aquí se ha ofrecido una simple muestra, puede proyectarse sobre múltiples ámbitos

⁶⁴ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, cit., p. 71.

⁶⁵ Raphaël DRAI, «L'approche psychologique des réalités administratives», cit., p. 9

⁶⁶ Fiona WILSON, *Organizational Behavior and Gender*, Ashgate, 2003, p. 21.

⁶⁷ Stephen P. ROBBINS, *Comportamiento organizacional*, 8ª ed., Pearson, 1999, p. 178.

⁶⁸ La distinción entre leyes administrativas directivas y legitimadoras, en Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, 2020, p. 103.

del Derecho administrativo. Como criterio sistemático, tiene sentido ordenar las utilidades de la psicología mediante la distinción jurídica tradicional entre la dimensión externa (hacia los particulares) e interna (organizativa) del Derecho administrativo. Este criterio es útil en la medida en que la conducta humana está muy determinada por las concretas estructuras sociales en las que se desenvuelve. De manera que, si bien la distinción entre *ad intra* y *ad extra* tiene su origen en las dificultades históricas iniciales del principio de legalidad democrático⁶⁹, desde la perspectiva psicológica es una distinción útil, porque indica las distintas pautas cognitivas y conductuales de los individuos en sociedad o como integrantes de la organización administrativa⁷⁰. En lo que sigue, las referencias a la producción, cumplimiento y aplicación normativas atienden sobre todo a la perspectiva externa del Derecho administrativo. Aparte se considerarán las utilidades de la psicología para el análisis de la organización administrativa (*infra* § 48).

3.1. Producción normativa

34. Un buen conocimiento de la mente y la conducta humanas es determinante para una buena producción normativa. Esto no es ningún descubrimiento actual. Ya en su *Psicología de las Masas* (1895) decía Pierre Le Bon que los *impuestos indirectos*, aun siendo más injustos, son preferibles a los impuestos directos, pues pasan más desapercibidos a los contribuyentes y con ello generan menos resistencia⁷¹. Más recientemente, y aún sin análisis empírico, se ha sugerido que la *certeza* de los ciudadanos en la *ejecución forzosa* de una obligación jurídica hace más probable su cumplimiento⁷². Ahora algunas de estas intuiciones psicológicas son enunciados propiamente científicos que se pueden hacer operativos en la producción normativa. Así, por ejemplo, varios experimentos conductuales sobre el llamado “efecto centinela”, han concluido que la función de prevención general propia de las sanciones depende directamente de la *certidumbre subjetiva* sobre su efectiva imposición, más que de su cuantía. En otros términos: son más eficaces las multas pequeñas pero percibidas como muy probables que las multas voluminosas, pero percibidas como improbables⁷³. Y nótese que se habla aquí de la “percepción” de certidumbre, no de la probabilidad estadística del castigo. Con ello, no es imprescindible, para que las sanciones ganen en prevención general, que el número de sanciones sea muy elevado: puede bastar con hacer *muy conocidas* algunas sanciones (por ejemplo, a personajes famosos)⁷⁴.

⁶⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, *Organización y poder de organización*, Iustel, Madrid, 2009, p. 21; Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, cit., p. 137.

⁷⁰ Raphaël DRAI, “L’approche psychologique des réalités administratives”, cit., p. 8.

⁷¹ Gustave LE BON, *Psicología de las multitudes*, Comares, Granada, 2012 (traducción del original francés de 1895 por J.M. Navarro de Palencia), p. LXXXVIII.

⁷² Steven SHAVELL “The optimal structure of law enforcement”, *Journal of Law and Economics*, núm. 36 (1993), pp. 255-287 (p. 265).

⁷³ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., pp. 32, 37 y 67.

⁷⁴ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 38.

35. Por ahora, el creciente interés hacia las ciencias cognitivas aún no tiene reflejos relevantes en los procedimientos normativos. El movimiento de *better regulation*, aunque se ha ocupado de la calidad de las normas (normalmente para la evaluación coste-beneficio⁷⁵ y bajo el sesgo del liberalismo económico⁷⁶), ha prestado una atención secundaria a los conocimientos actuales sobre la cognición y la conducta humanas.

36. Desde la perspectiva psicológica una buena producción normativa tiene que tener en cuenta que las normas jurídicas interactúan con otros *elementos extrajurídicos*, como las ideas morales, los heurísticos o los estereotipos cognitivos, para así formar el denominado *Behavioral Code*. Esos otros elementos no jurídicos del *Código Conductual* unas veces complementan los mandatos normativos, otras veces ocupan su sitio y otras veces condicionan su eficacia. Así, según investigaciones desarrolladas en muchos países, el éxito de las prohibiciones de fumar en lugares cerrados no puede explicarse sólo desde la perspectiva jurídica (menos aún por el efecto de prevención general de las posibles sanciones), sino por la confluencia de otros factores, como nuevos criterios morales y el nivel de información social sobre la relación entre tabaquismo y salud⁷⁷. Esta idea integradora del *Behavioral Code* despliega efectos notables sobre cómo se deben elaborar las normas, a fin de que interactúen correctamente con el resto de elementos del *Código de Conducta*. Se ha dicho, en este sentido, que en clave cognitiva la producción normativa debe tener en cuenta⁷⁸: (1) qué se pretende regular (qué materia, qué tipo de sujetos son los destinatarios); (2) la situación real (qué posibilidades reales hay de que los destinatarios de las normas las puedan infringir o cumplir); (3) cuál puede ser el conocimiento real de la norma por parte de sus destinatarios, en función de su grado de complejidad; (4) cuál es la conexión de la nueva norma jurídica con previas normas morales o sociales; y (5) cuál es la percepción social sobre la certidumbre de que la nueva norma se cumpla por los demás.

37. Cada uno de los heurísticos hoy conocidos (*supra* § 15) contiene sugerencias sobre la producción normativa. Así, el *heurístico de coherencia* (la natural tendencia de los humanos a ser coherentes con nosotros mismos, manteniendo una opinión inicial incluso contra viento y marea) aconseja diseños secuenciales de los deberes normativos: aceptado por los destinatarios un primer deber liviano, sucesivos deberes más gravosos ya cuentan con la valoración positiva inicial, lo que (para evitar el auto-reproche de incoherencia) puede facilitar la aceptación de sucesivos deberes del

⁷⁵ Francisco MARCOS, “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179 (2009), pp. 333-365 (p.341).

⁷⁶ Eduardo GAMERO CASADO “Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado”, en Luís MÍGUEZ MACHO, Marcos ALMEIDA CERRADA y Diana SANTIAGO IGLESIAS (Coordinadores), *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2014, pp. 75-163 (p. 88); Andrés BOIX PALOP y Claudia GIMENO FERNÁNDEZ, *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2020, p. 13.

⁷⁷ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 82.

⁷⁸ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 217.

mismo género. También, la *aversión a la pérdida* habla a favor de las liquidaciones anticipadas y provisionales del IRPF (porque en el momento de la liquidación final no hay grandes obligaciones residuales, y suele haber devoluciones); el mismo heurístico aconseja una regulación de las becas de estudios universitarios en la que los requisitos de otorgamiento sean livianos, y en cambio sean más exigentes los requisitos para el mantenimiento de la ayuda. Por último, dada nuestra natural propensión a la *cooperación* intersubjetiva, las normas sobre emergencias y protección civil deben exteriorizar el beneficio que otros obtienen a costa de nuestros sacrificios, y asegurar que también los otros se sacrifican por nuestro bien.

38. Aunque en este estudio no se ha considerado específicamente el *lenguaje*, es evidente que es un factor determinante en la producción normativa. La formulación lingüística de las normas (el *wording*) facilita o dificulta su entendimiento y activa diferentes actitudes en los receptores⁷⁹. Así, por ejemplo, hablar de “suelo urbano consolidado” en una ley urbanística activa la imagen mental de estabilidad, terminación y seguridad patrimonial, lo que de forma automática dificulta la aceptación de nuevas cesiones de suelo, vinculadas al proceso de transformación o renovación de la ciudad. Por ello, las leyes que abordan la necesidad de nuevas cesiones gratuitas en la ciudad ya hecha deberían optar por un lenguaje más favorable a las nuevas cesiones (por ejemplo, “suelo con primera urbanización”).

39. Aunque el conocimiento cognitivo y conductual sea relevante para la producción normativa, aquí son necesarias algunas cautelas propiamente jurídicas. En primer lugar, las certezas psicológicas, por comprobadas que estén, no pueden ocupar el espacio que los Estados democráticos conceden a la *decisión política*⁸⁰. Los parlamentos y gobiernos pueden adoptar decisiones no conformes con las ciencias psicológicas. En tal caso, la utilidad de la psicología consistirá en facilitar el mayor cumplimiento posible de una norma inicialmente disconforme con el conocimiento cognitivo o conductual⁸¹. En segundo lugar, ciertas certezas psicológicas no pueden pasar sin más a las leyes. Hay *límites jurídicos*, sobre todo constitucionales, que lo impiden. Así, por ejemplo, hay hoy certeza empírico-psicológica de que las mujeres tienden a cumplir las obligaciones tributarias en mayor proporción que los varones. Pero, bajo la vigencia del derecho a la igualdad (art. 14 CE) esto no permite un tratamiento fiscal o administrativo más beneficioso para las mujeres. Por último, las certezas cognitivas y conductuales normalmente no son generales —sino propias de cada ámbito o contexto concreto— y esto habla a favor de la legislación *sectorial*, que es la idónea para identificar los concretos heurísticos, actitudes y estereotipos presentes en cada ámbito social.

⁷⁹ Elisa MOREU CARBONELL, “Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 313-362 (p. 330).

⁸⁰ Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging”-Diskussion im deutschen Kontext”, cit., p. 447.

⁸¹ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit. p. 223.

3.2. Cumplimiento normativo

40. El cumplimiento normativo es el ámbito jurídico donde más frecuentes son las conexiones entre el Derecho administrativo y la psicología. Mediante los instrumentos analíticos de la psicología conductual se ha planteado cuál es el factor determinante de que las normas jurídicas tengan muy diversos niveles de cumplimiento⁸². Con ello ha empezado a superarse la tradicional ajeneidad de la dogmática jurídica respecto de la eficacia normativa⁸³. A partir de ahí, un mayor conocimiento psicológico sobre el cumplimiento normativo puede favorecer el control sobre la eficacia (no sólo sobre la validez) de las normas jurídicas.

41. Por principio, desde la perspectiva psicológica la *obediencia* al orden social es un hábito automático inherente a las personas⁸⁴. Posiblemente, el hábito de cumplimiento resulta de su utilidad más elemental e inmanente: simplifica los múltiples procesos decisorios cotidianos (lo más sencillo es cumplir las normas). Se habla aquí de “obediencia por utilidad”. Sin embargo, el alcance real del hábito natural de cumplimiento depende de múltiples variables. Aquí se enuncian varias:

a) En primer lugar, se ha dicho que las normas que entroncan con los *criterios morales o sociales* imperantes tienden a alcanzar un alto nivel de cumplimiento, incluso cuando las posibles consecuencias del incumplimiento son leves. Esto, que se ha calificado como “obediencia por adhesión”⁸⁵, puede explicar, por ejemplo, la alta obediencia a los mandatos de confinamiento durante la pandemia de Covid-19⁸⁶: hubo un acuerdo social generalizado sobre la necesidad del aislamiento para proteger la vida y la salud de todos. Fue este consenso moral o social, y no la amenaza de sanciones, el factor determinante del altísimo cumplimiento de los mandatos de confinamiento. Ello no obstante, la coincidencia entre mandatos jurídicos y reglas morales también puede llevar, paradójicamente, a la *pérdida de eficacia* de las normas. Al respecto, un experimento muy citado en psicología conductual es el realizado en una escuela infantil israelí, donde la recogida con retraso de los niños por parte de algunos padres quiso arreglarse con una moderada multa por cada retraso en la recogida. El resultado fue que se multiplicaron los retrasos: cada vez más padres aceptaban

⁸² Alberto ALEMANNI, Geneviève HELLERINGER y Anne-Lise SIBONY, “Brève introduction à l’analyse comportementale du droit», *Recueil Dalloz*, núm. 16 (2016), pp. 1-4 (p.1).

⁸³ Esta tradicional lejanía entre producción normativa y eficacia de las normas, en tono crítico, en: H.W. JONES, *The Efficacy of Law*, Northwestern University, Evanston, 1969, p. 9; Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, BOE y UAM, Madrid, 2021, pp. 189-208 (p. 191); Josep Maria VILAJOSANA I RUBIO, “Hacia una visión integral de la calidad legislativa”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64 (2022), pp. 1-5 (p. 3).

⁸⁴ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 98; Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, cit., p. 200

⁸⁵ Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, cit., p. 200.

⁸⁶ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit, p. 214.

de grado el pago de una modesta multa con tal de tener más margen en la recogida. Se comprobó en este caso que la entrada en juego de una norma coactiva (el pago de multa en caso de retraso) había desplazado el reproche moral ante los retrasos. La multa se había convertido en un incentivo (¡positivo!) al incumplimiento⁸⁷. Puede ocurrir también que una nueva norma inicialmente no entronque con una convención moral o social previa, pero que ese acuerdo social se *acabe formando progresivamente* bajo la vigencia de la norma, incrementando progresivamente su eficacia. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el uso obligatorio del cinturón de seguridad⁸⁸.

b) También se ha dicho —aparentemente con estudios empíricos que lo acreditan— que la *amenaza de castigo* (incentivo negativo) es un estímulo al cumplimiento normativo más efectivo que la promesa de beneficio (incentivo positivo). Sólo los incentivos positivos muy favorables serían tan eficaces como los negativos⁸⁹. Eso sí, también parece acreditado que la eficacia del castigo no depende tanto de su mayor o menor severidad como de su *certidumbre*: un castigo grave pero improbable no motiva hacia el cumplimiento normativo; en cambio, un castigo moderado pero muy cierto obtiene un alto grado de cumplimiento⁹⁰. Este fenómeno puede entenderse bien por el propio significado del sesgo de “aversión a la pérdida” (los seres humanos son conservadores, y huyen del riesgo a perder el *status quo*): si los seres humanos rechazan estructuralmente las pérdidas, el factor conductual más relevante será el grado de certidumbre de esa pérdida, más que su cuantía o alcance.

c) Dada la necesidad humana de *reconocimiento social*, de ser bien valorado en los grupos de los que formamos parte, una buena valoración social sobre el cumplimiento normativo retroalimenta el propio cumplimiento⁹¹. En términos psicológicos, si bien el primer cumplimiento de la norma puede ser casual, o debido a la tendencia intuitiva a la obediencia, una valoración positiva de ese primer cumplimiento actúa como “refuerzo” conductual, hasta el punto de que la obediencia jurídica —a una concreta norma o al Derecho en su conjunto— se interioriza como un férreo hábito automático. Una buena parte de los acicates o *nudges* descritos en la doctrina actual actúan precisamente como “refuerzos” conductuales ante cumplimientos espontáneos. Así actúan, por ejemplo, aquellos mensajes colectivos o personalizados que nos informan sobre los impuestos que hemos pagado, o sobre cómo hemos reducido la temperatura de la calefacción en los espacios públicos (para cumplir con el límite máximo de 19°)

d) Los *distintos grupos* humanos muestran también distintos tipos y grados de cumplimiento normativo. Por ejemplo, hay evidencia empírica de que en *edades adultas* el cumplimiento normativo es generalmente más elevado, sobre todo de aquellas normas jurídicas que más entroncan con criterios morales o sociales⁹². Este

⁸⁷ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., pp. 59 y 123

⁸⁸ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 9.

⁸⁹ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 59.

⁹⁰ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., pp. 32, 37 y 67.

⁹¹ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, cit., p. 85.

⁹² Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 105.

indicador de cumplimiento puede ser relevante para el diseño de los planes de inspecciones y la distribución de los medios coactivos de la Administración.

e) En determinados contextos, el cumplimiento de una norma jurídica imperativa o prohibitiva se puede *reforzar* por medios extra-normativos. Esto es, por medios distintos de las consecuencias jurídicas positivas o negativas previstas en la propia norma⁹³. Estos instrumentos extra-normativos pueden actuar directamente sobre la cognición humana: sobre la percepción, la motivación y las actitudes de las personas. Esta es la función que cumplen una buena parte de los acicates o *nudges* (*supra* § 18), que no son en sí mismos mandatos normativos, sino pequeños estímulos que conectan directamente con los procesos mentales automáticos⁹⁴ y que —precisamente por no contener incentivos relevantes— no activan el cálculo racional de coste-beneficio. Son acicates la información administrativa al público (que hace presentes los mandatos normativos) o la creación de *contextos o situaciones físicas* favorables al cumplimiento normativo (como la iluminación de calles, que disuade de actos de vandalismo; o las paredes *anti-spray*, que mejoran el rendimiento de la previa prohibición de pintadas)⁹⁵. En ocasiones hay mandatos instrumentales (como los que someten determinados actos edificatorios a previa declaración responsable) que pretenden aumentar el cumplimiento de otra norma (la que fija el uso urbanístico del suelo). Pero estos mandatos instrumentales, aunque sirven a la mayor eficacia de la norma primaria, no pueden considerarse acicates o “empujoncitos”, sino mandatos jurídicos por sí vinculantes (en sí mismos susceptibles de cumplimiento o incumplimiento).

f) También, el cumplimiento normativo individual está muy condicionado por la previsión intuitiva de que *también los demás cumplirán* las mismas normas⁹⁶. En este sentido, la creación de *contextos sociales de cumplimiento* aumenta la eficacia final de las normas. Esos contextos sociales pueden consistir en la divulgación de información sobre el cumplimiento normativo (cuando éste es objetivamente alto); o también —incluso cuando los datos de cumplimiento no son altos— en la información sobre la conducta de sujetos socialmente ejemplares; o incluso en la simple conciencia colectiva sobre los medios coactivos de la Administración.

g) Por último, se ha trazado una conexión directa entre el cumplimiento de una norma y la *percepción de su legitimidad*. En los Estados contemporáneos, la legitimidad de las normas se construye únicamente sobre juicios de validez. Esto es, mediante el cotejo de cada norma con otras superiores que le sirven de parámetro,

⁹³ Andrés BOIX y Claudia GIMENO, *La mejora de la calidad normativa*, cit., p. 174.

⁹⁴ Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext”, cit., p. 442; David JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Teoría de juegos y nudging para el buen gobierno”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 29-44 (p. 55); Elisa MOREU CARBONELL, “Nudges y Derecho público. Oportunidad y regulación”, cit., pp.83-107 (p. 95).

⁹⁵ Benjamin Van ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 169.

⁹⁶ Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, 2004, p. 186; Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, cit., p. 201.

incluidas las reglas que regulan el procedimiento de elaboración normativa. Pero esa legitimidad jurídico-formal dice poco sobre la eficacia *real* de una norma⁹⁷. Para que la legitimidad formal se proyecte sobre el plano de la eficacia es necesario un consenso social generalizado sobre el *procedimiento normativo*⁹⁸. Esto incluye la convicción generalizada de que las normas se han apoyado en conocimiento experto (en su caso, articulado a través de comisiones técnicas que participan en el procedimiento normativo) y de que las personas que han aprobado las normas son confiables (honestas y sinceras)⁹⁹.

3.3. Decisiones y procedimientos administrativos

42. Lo que en Derecho llamamos decisiones administrativas son, para la psicología del pensamiento, opciones y soluciones de problemas. Por eso aquí importan las enseñanzas de la psicología sobre los métodos cognitivos para la solución de problemas (*supra* § 22). La *diversidad* de métodos y estrategias mentales para la solución de problemas es señal de que cada tipo de problema o situación puede seguir un proceso mental distinto para su solución. Tradicionalmente, el pensamiento problemático ha influido sobre todo en la llamada *psicología forense*, que analiza cómo ciertos funcionarios públicos (jueces y otros) adoptan decisiones imperativas (como las sentencias) en contextos complejos o de conflictos de intereses. Sin cuestionar los importantes hallazgos de la psicología forense hasta hoy, en este estudio se dirige la atención hacia la *estructura de los procedimientos* en los que se producen las decisiones administrativas. Se puede considerar como punto de partida, en este sentido, que hay procedimientos administrativos más o menos idóneos para cada tipo de decisión. En la renovación teórica del Derecho administrativo ya se ha sostenido la necesidad de ampliar y diversificar el catálogo de procedimientos administrativos, para aproximarlos lo más posible a su objeto y a la función decisoria que les corresponde¹⁰⁰. Por eso se habla hoy, junto al procedimiento “común”, de procedimientos multipolares, normativos, planificadores, o de asignación de recursos escasos.

43. La diversificación procedimental puede servirse de algunas categorías básicas de la psicología del pensamiento problemático. Ya más arriba, al hablar de los métodos de resolución de problemas, se describió la distinción cognitiva elemental entre los métodos algorítmicos (exhaustivos, complejos y exigentes) y los métodos heurísticos (ligeros, sencillos y menos rigurosos) (*supra* § 24). También se hizo referencia a las decisiones en situaciones de alta y baja elaboración cognitiva (*supra* § 29).

⁹⁷ Liborio HIERRO PESCADOR, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 122-124; y luego: Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, cit. p. 200.

⁹⁸ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., pp. 104 y 106

⁹⁹ Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 247.

¹⁰⁰ Javier BARNES, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en Javier BARNES (editor), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, 263-341 (p. 297).

Trasladado al Derecho administrativo se podría hablar de dos tipos elementales de procedimientos administrativos, los complejos y los sencillos. Los *complejos* requieren exhaustividad en la información, amplitud de interesados y elaboración prolija. Los procedimientos *sencillos* (o heurísticos en términos psicológicos) pueden ser reducidos en los datos que tratan, en el número y tipo de interesados y en sus trámites. Esta distinción no objeta la realidad normativa actual. Más bien viene a *explicarla y sistematizarla* a través de categorías extraídas de las ciencias cognitivas (*infra* § 56). Y, por supuesto, la distinción elemental entre los dos grupos procedimentales no prejuzga qué concretos procedimientos deben ser sencillos y cuáles complejos. Por razones políticas o estrictamente jurídicas puede aceptarse que procedimientos que preparan decisiones pequeñas (como una multa de aparcamiento) sean complejos (con pliego de cargos y doble audiencia: arts. 64.2 b) y 89.2 LPAC), como expresión procedimental de un derecho fundamental (como el derecho a la presunción de inocencia frente a sanciones administrativas *ex* art. 24.2 CE). Pero esto debería ser más la excepción que la regla. De contrario, en materias complejas y/o trascendentes, los procedimientos habrían de ser, por principio, *algorítmicos* (exhaustivos, con ponderación de alternativas, con participación muy abierta a interesados y ciudadanos, y con informes técnicos de diversos órganos administrativos).

44. El conocimiento psicológico sobre los *estereotipos cognitivos y las actitudes* también es relevante para los procedimientos decisorios. Aceptado que tanto los elementos afectivos y emocionales (actitudes) como las categorías sociales (estereotipos) condicionan la cognición de los datos externos¹⁰¹, todo procedimiento administrativo debe incluir cautelas y garantías para evitar que las actitudes y los estereotipos puedan afectar a la decisión administrativa. Tampoco esto es una novedad radical en el procedimiento administrativo, que por ejemplo ya regula las causas de abstención y recusación (arts. 23 y 24 LRJSP). Aunque en esta regulación no se busca tanto la *neutralización procedimental* de las actitudes y estereotipos como la exclusión del procedimiento de aquellos empleados o cargos públicos que *a priori* pueden tener intereses involucrados en una decisión. Frente a ello, la neutralización procedimental es un concepto amplio que, más que excluir del procedimiento a concretos sujetos e intereses, busca corregir o nivelar actitudes o estereotipos sociales que por diversas vías pueden estar presentes en un procedimiento. En otros términos, allí donde hay posibles prejuicios sociales el procedimiento administrativo debe tener *alertas* para su detección, y *garantías* para su neutralización. Por supuesto que esto no tiene por qué estar presente en todos los procedimientos, pero sí en aquellos donde los *prejuicios sociales* puedan ser más lesivos. Así, por ejemplo, los procedimientos relacionados con la inmigración y extranjería (ámbito en el que los prejuicios sociales están muy presentes) pueden incluir la participación de organizaciones tuitivas de estas personas. Una experiencia en este sentido está en la participación de organizaciones independientes en evaluación de las solicitudes de asilo en Francia. En general, en contextos decisorios donde los prejuicios o los sesgos son inevitables, es aconsejable que las

¹⁰¹ Por todos, Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 6.

decisiones no sean singulares, para casos individuales, sino más amplias, *para grupos de casos* o para varios sujetos. La pluralidad y complejidad que aporta un número mayor de individuos o casos exige normalmente decisiones más ajustadas y, con ello, más racionales que intuitivas¹⁰².

45. La arquitectura de los diversos procedimientos administrativos ha de partir de la premisa de que el decisor está afectado por múltiples *sesgos cognitivos*, además de por los estereotipos sociales a los que ya se ha hecho referencia¹⁰³. Para paliar el sesgo de *disponibilidad*, es conveniente que la información más útil o relevante se ubique al final del procedimiento, no al principio (así ocurre ya, por ejemplo, con el dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento reglamentario: art. 26.7 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Los sesgos de *representatividad* y de *negatividad* se constriñen asegurando la pluralidad informativa (de pruebas, testigos, informes o peritajes). Obviamente, esto no exige que todo procedimiento, incluso los objetivamente sencillos, complejicen su estructura, pero sí que en la medida de lo posible no haya una única fuente de provisión informativa en el procedimiento. El sesgo de *anclaje* se evita facilitando que el decisor acceda de una vez —y no por fases— a la información que integra el procedimiento. En fin, el *efecto halo* se neutraliza impidiendo que los informantes o testigos en un procedimiento interactúen entre sí¹⁰⁴.

46. La psicología cognitiva subraya con contundencia nuestra natural aversión al pensamiento *probabilístico*, esto es, al pensamiento basado en series estadísticas completas. Los juicios de probabilidad se suplantán, de forma natural, por heurísticos de disponibilidad y representación. Tendemos a guiarnos por la experiencia que tenemos más presente (por ser más cercana o porque nos ha impactado más) aunque *estadísticamente* no sea la más exitosa¹⁰⁵. El conocimiento actual sobre los heurísticos anti-probabilísticos puede ser relevante para una adecuada arquitectura de los procedimientos administrativos. Por ejemplo, aconseja la inclusión de información *estadística* en algunos procedimientos. Para determinar dónde pueden tener sentido las estadísticas (indicativas de las probabilidades de acierto de las distintas opciones disponibles) es conveniente distinguir entre dos tipos procedimentales: los simplemente *resolutorios* y los de carácter *predictivo*.

a) En ocasiones, una *norma predetermina* exhaustivamente una decisión administrativa (como una autorización ambiental integrada) por razones de justicia o por la presencia de derechos subjetivos; y ello con independencia de que, en el caso concreto, una larga experiencia muestre que la decisión será ineficiente o inadecuada. En estos casos la norma misma priva de toda relevancia a los juicios de probabilidad, y por tanto carece de sentido la incorporación de material estadístico al procedimiento administrativo.

¹⁰² Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 471.

¹⁰³ Alberto ALEMANNI, Geneviève HELLERINGER y Anne-Lise SIBONY, “Brève introduction à l’analyse comportementale du droit», cit., p. 3.

¹⁰⁴ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 116.

¹⁰⁵ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., pp. 27 y 107

b) En cambio, otros procedimientos son esencialmente *prospectivos*: sirven para *predecir* la mejor solución posible. Aquí se cuentan, en principio, los procedimientos de planeamiento, los subvencionales o los competitivos. Estos procedimientos sirven para predecir *cuál será el mejor* trazado de una carretera, qué sujetos aportarán mayor interés general a una subvención, o que contratista satisfará mejor el objeto contractual. En estos procedimientos hay, de forma más o menos clara, juicios de probabilidad, aunque a veces se oculten bajo la acumulación de criterios aparentemente reglados. Es aquí donde tiene sentido incorporar la *estadística* como forma fiable para eludir los sesgos de disponibilidad o de representación, que llevan naturalmente a pensar que el mejor contratista es el que conozco por expedientes anteriores; o que cierta asociación de la que se habla mucho es merecedora de una subvención.

47. Finalmente, el *heurístico de escasez*, que nos hace valorar más aquello que es escaso, con independencia de sus cualidades intrínsecas, es relevante para el diseño de los procedimientos de asignación de recursos escasos. Hasta ahora, en la doctrina administrativa, se han analizado esos procedimientos de asignación de recursos escasos desde la perspectiva del tipo escasez (si natural o si creada por el Estado) o de los criterios jurídicamente adecuados para la asignación¹⁰⁶. Pero no se ha atendido a las respuestas psicológicas de las personas en contextos de escasez. Esta perspectiva cognitiva nos permite entender que la contingencia de ciertos beneficios o situaciones jurídicas favorables puede producir algunos beneficios para la Administración, porque activa por sí la *demanda y la competencia* entre candidatos o posibles beneficiarios¹⁰⁷. Esto puede desaconsejar la utilización de procedimientos masivos (para la distribución de muchos bienes) y abogar por múltiples procedimientos de asignación, con objetos más acotados. Sobre todo, cuando lo que se asigna en esos procedimientos produce un rendimiento económico para la Administración (como concesiones de ocupación privativa o especial del dominio público).

3.4. Organización administrativa y de los servicios públicos

48. Es este el ámbito del Derecho administrativo más colonizado por la ciencia de la Administración y, a través de ella, por la *psicología organizacional*. Esta disciplina agrupa los conocimientos sobre la conducta humana en el seno de grupos y organizaciones sociales o profesionales. Esto explica la influencia temprana de la psicología sobre la organización administrativa, expresada ya en los años treinta del siglo XX por la “escuela de relaciones humanas” norteamericana¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *La Administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, pp. 25-46 (pp. 35 y 38).

¹⁰⁷ Robert B. CIALDINI, *Influencia. La psicología de la persuasión*, cit., p. 276.

¹⁰⁸ Jaques CHEVALLIER, *Science administrative*, cit., p. 25.

49. Uno de los aspectos organizativos donde más utilidades ofrece la psicología se refiere a la *motivación* de los empleados públicos. Los análisis sobre la motivación en el sector público se han centrado, muy frecuentemente, en la identificación de las motivaciones específicas de los servidores públicos, respecto de los trabajadores o profesionales en empresas privadas¹⁰⁹. Según muchos trabajos empíricos, los empleados públicos señalan al valor intrínseco del *servicio público*, o del servicio al interés general, como una fuente principal de motivación laboral, por encima de la retribución¹¹⁰. Para que esta motivación resulte útil en el seno de la organización administrativa es necesario que el propio funcionamiento interno de la Administración —y no sólo su proyección sobre los ciudadanos— refleje esos valores. También, la *relación inversa entre satisfacción laboral y edad* exige la generación de incentivos diversos para los distintos empleados públicos (posiblemente, una carrera profesional con muchos y pequeños escalones y el aumento de la autonomía funcional de los empleados *senior* puede actuar como motivación adecuada y específica).

50. Parece también demostrado que el fomento de la *competencia entre grupos*, dentro de una organización más amplia, estimula el sentido de pertenencia y la confianza en el endogrupo, con lo que aumenta también el rendimiento¹¹¹. Esto aboga por la gestión de servicios públicos mediante unidades pequeñas en las que los responsables o directivos disponen de alta capacidad organizativa.

51. En los modelos organizativos de los *servicios públicos* tienen especial utilidad los avances contemporáneos de la psicología cognitiva. Esos avances pueden orientar el ejercicio de la potestad normativa o de organización de los servicios públicos. Los cuatro modelos básicos de dirección u organización interna de los servicios públicos (confianza en la profesionalidad de los empleados públicos; dirección y control jerárquicos; participación de la ciudadanía; y adaptación a las preferencias de los usuarios) pueden actuar mejor o peor en función de los concretos contextos cognitivos en los que se aplican. Y esto llama directamente a la psicología motivacional (*supra* § 30). Así, en contextos con fuerte presencia del heurístico de *obediencia* a la autoridad, la organización *jerárquica* de los servicios públicos puede ser la forma organizativa más eficiente. También, la posibilidad de que los servicios públicos muy cualificados (como la atención médica) se gestionen con amplia *autonomía* de sus profesionales descansa sobre la hipótesis cognitiva de que los profesionales valoran mucho la estima y consideración de su grupo profesional¹¹², lo que de por sí incentiva (motiva) un buen rendimiento laboral¹¹³. Hipótesis cognitivas como las descritas, si se verifican

¹⁰⁹ Raphaël DRAI, “L’approche psychologique des réalités administratives », cit., p. 15.

¹¹⁰ Por ejemplo, en relación con un municipio alemán de 60.000 habitantes : Lutz C. KAISER, “Job Satisfaction and Public Service Motivation”, *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper Núm. 7935, pp. 1-20 (p. 5).

¹¹¹ Jonathan HAIDT, *La mente de los justos*, 4ª edición, Deusto, Bilbao, 2019, p. 345 (traducción del original inglés de 2012 por Antonio García Maldonado).

¹¹² Robert B. CIALDINI, *Influencia. La psicología de la persuasión*, cit., p. 313.

¹¹³ Julian LE GRAND, *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, 2007, p. 18.

empíricamente mediante encuestas introspectivas e indicadores de deontología profesional, pueden actuar como guía y límite al ejercicio de la potestad discrecional de organización de los servicios públicos.

3.5. Construcción científica

52. Los avances en psicología presentan también dos utilidades para la elaboración científica del Derecho administrativo. En primer lugar, la psicología nos muestra las dificultades cognitivas para la elaboración de *propuestas teóricas* en Derecho. En segundo lugar, la psicología puede proyectarse sobre las dos *metodologías científicas* básicas del Derecho: la analítica y la sistemática¹¹⁴.

53. La construcción científica del Derecho solo puede articularse mediante el pensamiento lógico (deductivo o inductivo) y/o empírico (basado en la observación y la experimentación). En cualquiera de sus formas, los enunciados jurídicos deben *alejarse de los heurísticos*. En las ciencias naturales, este resultado lo propicia el propio método científico-experimental¹¹⁵. Pero en Derecho, donde los datos empíricos y la experimentación ocupan un espacio tan modesto, la evitación de atajos cognitivos sólo se alcanza exigiendo que los enunciados teóricos se elaboren y discutan en escenarios de *alta elaboración cognitiva* (*supra* § 29), donde prime el pensamiento racional (deductivo o inductivo): un esfuerzo mental intenso y prologando, alejado de las simples intuiciones. Esto requiere comunidades científicas estructuradas y críticas, lo que no es frecuente en Derecho administrativo. Un ejemplo: hace pocos meses nos topamos con la necesidad de aclarar sí el derecho fundamental de libre circulación (art. 19 CE) impedía que, una vez declarado el estado de alarma por la Covid-19, se confinara a los ciudadanos en sus domicilios. Una cuestión como la descrita frecuentemente se respondió en escenarios de baja elaboración cognitiva, eludiendo razonamientos jurídicos más sistemáticos y completos y apelando a un supuesto sentido común: aunque haya una epidemia por medio, si no puedo salir de mi casa más que para fines concretos, estoy sufriendo una restricción plena de mi derecho a la libre circulación, no permitida por el art. 19 CE. Un escenario de alta elaboración cognitiva habría requerido partir de una idea sistemática de la Constitución y la aplicación de métodos ponderativos más sofisticados, en atención a los valores y bienes jurídico-constitucionales que emergen en una situación límite, como la pandemia reciente. Pero un escenario de alta elaboración cognitiva es difícilmente construible en situaciones sociales graves, donde participan muchos actores que empujan la discusión fuera de las pautas de la racionalidad jurídica.

54. En especial, por medio del pensamiento racional se pueden evitar los sesgos derivados de nuestra capacidad para trazar *relaciones causales ilusorias* entre distin-

¹¹⁴ Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 110.

¹¹⁵ Helena MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, cit., p. 139.

tos fenómenos reales o mentales¹¹⁶. Pensemos, por ejemplo, en varias asociaciones causales comunes: que la gestión de un servicio público mediante contrato ahorra costes; que la tipificación de sanciones dota de eficacia a la ordenación urbanística; o que el pleno resarcimiento de daños por la Administración propicia una actuación administrativa más cuidadosa o diligente. Hay razones para dudar de que estas conexiones causales sean reales. Bien pudieran ser puras ilusiones mentales, derivadas de nuestra natural tendencia a explicar la realidad por medio de relaciones causales (sean estas reales o inventadas). Una forma idónea de evitar las conexiones causales falaces es el uso de la *estadística* (lo cual a su vez requiere de observación empírica). Es este el instrumento en el que insiste la psicología contemporánea para evitar las desviaciones cognitivas. Mediante la estadística se evita no sólo el sesgo de causalidad, sino muchos otros sesgos en los enunciados jurídicos explicativos. La estadística evita la formulación de teorías a partir de los datos o ideas más cercanos o recientes, aquellos que tenemos más próximos en el momento de proponer una teoría (sesgos de disponibilidad y de representación).

55. En lo que hace a las *metodologías científicas*, hoy es posible desplegar un *análisis propiamente psicológico* del Derecho administrativo. Esto es, un análisis basado en los elementos psicológicos implícitos en las normas jurídicas¹¹⁷. Así, en relación con el Derecho de protección de datos, es posible analizar el significado cognitivo del consentimiento expreso y necesario para el uso de datos personales por terceros (conforme al art. 6.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos). En especial, si esa exigencia de consentimiento expreso da lugar a una conducta reflexiva de los particulares o a una actuación mecánica de aceptación (en cuyo caso la autorización expresa carecería de todo efecto tuitivo sobre el titular de los datos y favorecería, más bien, a su receptor). También, la eficacia interna de los planes anuales normativos, aun no siendo jurídicamente vinculantes (art. 132 LPAC), se puede explicar en términos psicológicos: por la natural tendencia de las personas hacia la *coherencia* con sus propios compromisos y decisiones iniciales¹¹⁸. Y como último ejemplo, el llamado “principio de precaución”, hoy protagonista del Derecho ambiental y de la salud (art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), bien puede explicarse por la natural aversión al riesgo de los seres humanos¹¹⁹, aversión que nos lleva a aceptar situaciones insatisfactorias cuando el tránsito a una situación mejor incluye un cierto riesgo (incluso ínfimo en términos estadísticos) de empeoramiento.

¹¹⁶ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 106; Stuart SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, cit., p. 347.

¹¹⁷ Juli PONCE SOLÉ, “Introducción: ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros”, cit., p. 32; Alberto ALEMANNINO, Geneviève HELLERINGER y Anne-Lise SIBONY, “Brève introduction à l’analyse comportementale du droit », cit., p. 1.

¹¹⁸ Peter M GOLLWITZ y Gabrielle OETTINGEN, “Planning Promotes goal Striving”, en K. D. VOHS y R. F. BAUMEISTER (Eds.), *Handbook of self-regulation: Research, theory, and applications*, The Guilford Press, 2011, pp. 162–185; Robert B. CIALDINI, *Influencia. La psicología de la persuasión*, cit., p. 328.

¹¹⁹ Cass R. SUNSTEIN, *The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005.

56. Las *sistematizaciones* jurídicas merecen una doble consideración desde la psicología. Por un lado, algunas certezas científicas propias de la psicología pueden ser tomadas como criterios para la sistematización jurídica. Por otro lado, las sistematizaciones jurídicas vertebran la cognición humana.

57. En cuanto a lo primero, se pueden crear *sistemas teóricos* utilizando como criterio de ordenación la conducta de los ciudadanos y empleados públicos ante las normas y su ejecución. En principio, es posible formar sistemas conceptuales a partir de cualquier elemento presente en el Derecho positivo¹²⁰, siempre que ese elemento sea relevante en relación con el conjunto normativo que pretende sistematizar. Así, se puede ordenar sistemáticamente un sector normativo en torno a la mayor o menor presencia de derechos subjetivos o simples intereses en la ordenación normativa; o prestando atención a la concreta estructura del sistema de fuentes en el correspondiente sector normativo. Son posibles diversas construcciones sistemáticas para un mismo conjunto normativo, pues la capacidad explicativa de un sistema no excluye la posible capacidad explicativa de otros sistemas, construidos con otros criterios o perspectivas de análisis. Por eso, también es posible servirse de categorías psicológicas para explicar sistemáticamente el Derecho administrativo o concretas partes de él. Es posible, así, explicar un ordenamiento administrativo por la mayor o menor convergencia de sus normas con los prejuicios y actitudes predominantes en un grupo social. También es posible sistematizar los procedimientos administrativos en función de los procesos mentales a que dan lugar. Así se ha sugerido más arriba, por ejemplo, la distinción entre procedimientos simples (resolutivos) y procedimientos prospectivos (*supra* § 46). En esta ordenación sistemática del Derecho administrativo se pueden utilizar “*conceptos viajeros*”¹²¹, provenientes directamente de la psicología. Así, en el Derecho administrativo contemporáneo, llamado a actuar sobre graves y sucesivas crisis naturales o sociales, ya se han introducido dos conceptos originariamente psicológicos: *vulnerabilidad* y *resiliencia*. La *utilidad dogmática* de estos dos conceptos, más allá de la simplemente explicativa, sería doble: reforzar el interés general a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad; y naturalizar nuevas formas de la actuación administrativa, directamente orientadas hacia la adaptación frente a fenómenos imprevistos¹²².

58. En segundo lugar, las sistematizaciones jurídicas *condicionan la cognición humana*. En psicología son constantes las referencias a categorías mentales aprendidas que dan forma o filtran las nuevas percepciones. Estas categorías mentales tienen estructura de escala, de manera que los nuevos fenómenos o datos percibidos se van clasificando a través de categorías cada vez más precisas, con menor nivel de abstracción¹²³. Esto, trasladado al Derecho administrativo, significa que los conceptos

¹²⁰ Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 448.

¹²¹ Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, cit., p. 188.

¹²² Jens KERSTEN, “Wir müssen alle unser Leben ändern: Recht, Psychologie, Krise, *Verfassungsblog*, 2022/6/23, p. 4.

¹²³ Jerry Alan FODOR, *El modularidad de la mente*, cit., p. 133.

y sistemas de conceptos —una vez aprendidos— condicionan la cognición futura. Igual que el concepto abstracto de Constitución condiciona la comprensión de los concretos problemas constitucionales¹²⁴, así también la comprensión de las realidades jurídico-administrativas está condicionada hoy por el sistema de actos jurídico-públicos (acto, norma, contrato, plan), por un concreto concepto de procedimiento administrativo, o por una tipología limitada de criterios para la imputación de daños indemnizables por la Administración. Todos estos conceptos y sistemas de conceptos, una vez admitidos y aprendidos, filtran y clasifican los nuevos fenómenos de la realidad. Dado que en la realidad no hay fenómenos jurídicos *per se*, el significado jurídico de cualquier hecho o acto dependerá de cómo *se califique* conforme a esas categorías previamente formadas, aprendidas y compartidas por la comunidad jurídica. Cuanto más complejo sea el catálogo de conceptos más precisa y más eficaz será la calificación jurídica de un hecho. Pero también más compleja será esa calificación (requerirá un proceso mental intenso) y por tanto no será asequible para todas las tareas jurídicas. De esta manera, los propios límites de la cognición humana hacen dogmáticamente inútiles los sistemas conceptuales demasiado complejos¹²⁵.

3.6. Enseñanza del Derecho administrativo

59. La enseñanza del Derecho administrativo tiene como fin primordial la formación de profesionales con capacidad de *resolución de problemas* mediante normas y procedimientos localizados en este ámbito del Derecho¹²⁶. Por ello, el conocimiento alcanzado por la psicología del pensamiento problemático resulta relevante para configurar los métodos y contenidos en la enseñanza del Derecho administrativo¹²⁷. Aunque a mediados del siglo xx se propusieron en psicología ciertos *métodos generales* para la solución de cualesquiera problemas, más recientemente se insiste en que esos métodos generales tienen sólo un valor orientativo. Se considera hoy, más bien, que en la resolución de problemas interactúan los *conocimientos específicos* de cada contexto problemático y unos procedimientos o prácticas también específicos para aplicar esos conocimientos¹²⁸. En consecuencia, la enseñanza del Derecho administrativo necesariamente ha de comprender tanto *conocimientos específicos* como procedimientos también especiales para la solución de problemas. Tal cosa son las capacidades,

¹²⁴ Bryan Dennis G. TIOJANCE, “How to Misread a Constitution”, *International Journal of Constitutional Law. Blog*, 1 de julio de 2022.

¹²⁵ Jerry Alan FODOR, *El modularidad de la mente*, cit., p. 137.

¹²⁶ Jacques CAILLOSSE, “Les méthodes d’enseignement du Droit administrative”, en Association Française pour la Recherche en Droit Administratif – AFDA (Coord.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, Paris, 2018, pp. 77-89 (p.81). Crítico: Martin HEIDEBACH, “Das Potenzial der Fallbasiereten Methode”, *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft*, 2018, pp. 297-335 (p. 313).

¹²⁷ Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, cit., p. 10.

¹²⁸ María Puy PÉREZ ECHEVERRÍA, “Solución de problemas”, en Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 199-218, pp. 211 y 218.

habilidades y destrezas a las que se refieren los planes de estudio y las guías docentes de las Facultades de Derecho. Cuáles y cuántos sean esos conocimientos y los correspondientes procedimientos aporéticos depende de qué tipo de problemas se pretende que resuelvan los juristas y empleados públicos en su desempeño profesional.

60. En principio se podría considerar que el objetivo de la enseñanza del Derecho administrativo es la formación de *expertos*, pues son tales expertos, por contraposición a los “novatos”, quienes con mayor facilidad pueden solucionar problemas mediante la aplicación del Derecho administrativo. De los expertos se espera que actúen con una especial *intuición*, lo que debería reducir el número de sus errores. Sin embargo, ni los expertos son siempre los sujetos idóneos para resolver problemas jurídicos, ni la intuición del experto es por sí fiable. Depende. En primer lugar, la experiencia o el conocimiento experto (que es lo que caracteriza al experto) sólo es verdaderamente útil cuando se forma en *contextos repetitivos o predecibles*¹²⁹. En tales contextos, la experiencia consistirá precisamente en el aprendizaje de ciertos patrones causales que se dan en la realidad. Esa experiencia, en tanto que conocimiento de una realidad predecible, permitirá al “experto” adoptar soluciones o ejecutar actuaciones administrativas cuasi automáticas (intuitivas) y con poco riesgo de error. Pero allí donde la experiencia (el conocimiento experto) no responda a contextos repetitivos y predecibles, habrá más una apariencia que una realidad de conocimiento experto; y en tal contexto, la actuación intuitiva que se basa en la experiencia será, frecuentemente, errónea.

61. Los problemas *simples* requieren conocimientos específicos suficientes (y bien asentados en la “memoria a largo plazo”) junto a procedimientos de solución simples, tendencialmente mecanizados y muy bien interiorizados (mediante la práctica). En cambio, para los problemas *complejos* (o nuevos) es más útil un catálogo de conocimientos *bien estructurados* (mediante conceptos) y el aprendizaje de *estrategias* de solución en la correspondiente materia¹³⁰. A partir de esta distinción se pueden plantear distintos programas formativos en Derecho administrativo e incluso distintos métodos de selección para el acceso al empleo público. Aunque en nuestro tiempo crecen las propuestas que reducen la importancia de los conocimientos en la selección del empleo público (a favor de las capacidades, habilidades y destrezas)¹³¹ sería conveniente diferenciar más entre los distintos puestos profesionales.

¹²⁹ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, cit., p. 314.

¹³⁰ María Puy PÉREZ ECHEVERRÍA, “Solución de problemas”, cit., p. 217

¹³¹ Por ejemplo: Andrés BOIX PALOP y Alba SORIANO ARNANZ, “Innovación en materia de acceso al empleo público a partir de la Ley 4/2021, de función pública valenciana”, en Alba SORIANO ARNANZ y Adrián TODOLÍ SIGNES, *Régimen Jurídico de la selección y consolidación del personal en el sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 107-126 (p. 109) y María Trinidad MARTÍNEZ SANZ, “Experiencia innovadora piloto en selección de personal en el Ayuntamiento de El Campello: “Aplicando las emociones en la cobertura de vacantes: ¿Trucha o salmón: Tú decides”, en Alba SORIANO ARNANZ y Adrián TODOLÍ SIGNES, *Régimen Jurídico de la selección y consolidación del personal en el sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 85-106 (p.90).

62. Así, para la formación de *aplicadores reiterativos y sectoriales* de Derecho administrativo (piénsese en agentes de tráfico, o en liquidadores municipales del IBI) se puede pensar en programas formativos con información precisa para su almacenamiento en la “memoria a largo plazo” y ejercicios prácticos numerosos y reiterativos. Se puede admitir, incluso, que el reclutamiento de empleados públicos con esta formación ser rija por oposiciones basadas en temarios y pruebas de conocimientos.

63. Del otro lado, para la solución de *problemas jurídicos complejos* (como los que frecuentemente pueden asaltar a una abogada del Estado o a una secretaria municipal) conviene que la información jurídica (normas, jurisprudencia) esté muy estructurada a través de sistemas conceptuales. Y conviene también que, en lugar de ejercicios procedimentales repetitivos, el aprendizaje práctico consista en el planteamiento de problemas *muy diversos* ante los que se puedan ensayar diversas estrategias de resolución de problemas. En correspondencia, el reclutamiento de empleados públicos para la solución de problemas complejos debería basarse menos en los datos normativos y más en las estructuras conceptuales que los ordenan, así como en la capacidad para la definición de estrategias posibles ante problemas nuevos (donde pueda actuar con libertad el razonamiento deductivo, inductivo o analógico).

64. Todos los problemas jurídicos, tanto los sencillos como los complejos, se procesan mentalmente a través de *conceptos, estereotipos y actitudes* previamente instaladas en la mente del aplicador. Los conceptos se aprenden, normalmente, a través de la enseñanza y el estudio. En la asunción de estereotipos y la formación de actitudes son muy relevantes los entornos sociales, aunque también la enseñanza.

a) Dada nuestra propensión mental a retener la información general y abstracta e ignorar los detalles¹³², los *conceptos* jurídicos, en tanto que abstracciones que simplifican la realidad¹³³, facilitan el aprendizaje de sectores normativos muy densos en información y detalles. Conceptos como el de dominio público simplifica realidades normativas diversas con algunas notas esenciales coincidentes. En esa medida, la aprehensión del concepto de dominio público aligera el aprendizaje de múltiples normas sectoriales, sin falsear su contenido.

b) A diferencia de los conceptos, los *estereotipos jurídicos*, en tanto que simplificaciones deformadoras de la realidad, aunque ampliamente compartidas por un grupo social¹³⁴, dan apariencia de realidad jurídica (normativa o conceptual) a simples invenciones. Y condicionan posteriores aprendizajes al adaptar la nueva información (por ejemplo, las nuevas leyes) a los moldes de los estereotipos¹³⁵. Es un estereotipo,

¹³² Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, cit., p. 25.

¹³³ Silvia DíEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 48.

¹³⁴ Francisco VELASCO CABALLERO, “Cognitive Psychology, Automatic Thinking and Administrative Law Teaching”, *European Review of Public Law*, núm. 33 (2019), pp. 183-214, p. 194 § 18. Una versión en español del mismo estudio en JULI PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-132 (p.119).

¹³⁵ En general, para los estereotipos, Pablo BRÍÑOL, Richard E. PETTY, Carmen VALLE, Derek D. RUCKER & Alberto BECERRA, “The effects of message recipients’ power before and after persua-

por ejemplo, la idea del “pleno control judicial de la actividad administrativa”, porque no expresa bien el régimen constitucional de control judicial de la Administración (art. 106.1 CE), en el que el “pleno” control judicial sólo es posible cuando existe un previo parámetro normativo asequible¹³⁶. Los estereotipos, una vez instalados en la mente, son muy difícilmente modificables. Por eso es importante que la enseñanza jurídica los depure, y evite que condicionen el pensamiento futuro de los juristas y empleados públicos.

c) Finalmente, las *actitudes* subjetivas también condicionan la formación y aplicación del Derecho administrativo. Y por eso es importante que en la enseñanza universitaria se generen actitudes acordes con la posición constitucional de la Administración pública y con la legitimidad del Derecho que la rige. Partiendo de la legitimidad constitucional de la Administración española (art. 103.1 CE), y teniendo en cuenta la trascendencia de la Administración para la realidad del Estado social, la enseñanza del Derecho administrativo no debe formar *actitudes meramente defensivas* frente a la Administración. Esto se consigue, entre otras cosas, introduciendo en las explicaciones docentes más ejemplos de *Administración prestacional* (frente a ejemplos de Administración de intervención, limitación o gravamen) y menos ejemplos contencioso-administrativos (en los que la Administración aparece en una posición de poder, frente a la posición defensiva del recurrente).

65. La distinción entre situaciones de *alta y baja elaboración cognitiva*, explicada ya más arriba (*supra* § 29), marca la relevancia de los conceptos, estereotipos y actitudes jurídicos aprendidos o formados en la enseñanza del Derecho administrativo. En contextos de alta elaboración cognitiva es posible disciplinar la eficacia cognitiva y conductual —tendencialmente automática— de los conceptos, estereotipos y actitudes. Los procedimientos administrativos que incorporan información cualificada y plural e imponen procesos decisorios racionales y motivados pueden *reducir los efectos automáticos de los conceptos, estereotipos y actitudes*. Más difícil es esto en procedimientos administrativos de baja elaboración cognitiva. Aquí, al haber poco espacio para la reflexión, el contraste, la ponderación o la adaptación, actúan automáticamente los conceptos, actitudes y estereotipos. Por eso es importante, primero, que en la formación inicial de estudiantes o empleados públicos los conceptos jurídicos enseñados sean coherentes con el Derecho real, y no transmitan estereotipos o actitudes disconformes con ese Derecho; y también es importante, en segundo lugar, que los empleados públicos que actúan en contextos aplicativos mecanizados reciban *formación continua* que adapte sus categorías mentales a la evolución del Derecho administrativo.

sion: A self-validation analysis”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 93 (6), 2007, pp. 1040–1053.

¹³⁶ Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 78.

4. CONCLUSIONES

66. En su actual estado de desarrollo, y bajo la premisa de que la ciencia jurídica es esencialmente conductual, porque su objeto de estudio es la dirección de la conducta humana a través de normas, la psicología presenta múltiples utilidades para el Derecho administrativo. Ello no obstante, hay algunas *limitaciones metodológicas* importantes. Principalmente, el carácter crecientemente empírico y experimental de los enunciados científicos en psicología plantea dificultades para su utilización en el razonamiento jurídico, que aún es predominantemente lógico y abstracto. Por otro lado, los enunciados psicológicos sobre la cognición y la conducta humanas se han formulado normalmente en experimentos y para contextos no jurídicos, por lo que pueden requerir modulaciones y ajustes importantes para su posible traslado al análisis jurídico.

67. Dentro de las múltiples orientaciones y ramas de la psicología, *prima facie* sobresalen cuatro ámbitos científicos que pueden ser de especial utilidad para el Derecho: la distinción entre pensamiento automático y pensamiento racional; el pensamiento problemático; la cognición social; y la motivación. La distinción entre *pensamiento automático o intuitivo* y *pensamiento racional* permite asumir que tanto la Administración como los particulares normalmente no actúan ni deciden conforme a pautas lógicas, sino sirviéndose de atajos heurísticos. El *pensamiento problemático* aporta al Derecho administrativo una tipología de técnicas, más o menos complejas o intuitivas para la toma de decisiones con relevancia jurídica. La *cognición social* resalta el hecho de que nuestra conducta está muy condicionada por categorías cognitivas (estereotipos, prejuicios) que derivan de nuestra pertenencia a grupos sociales. Estas categorías sociales condicionan nuestra comprensión del Derecho administrativo. Por último, el conocimiento científico sobre la *motivación* humana auxilia y complementa al principio de legalidad a la hora de dirigir la conducta de las personas, tanto dentro como fuera de la organización administrativa.

68. El conocimiento psicológico, al menos el alcanzado en los campos ya mencionados, se puede proyectar con especial utilidad sobre varios *ámbitos del Derecho administrativo*: la producción normativa; el cumplimiento de las leyes; la toma de decisiones administrativas; la organización administrativa; la ciencia jurídica; y la enseñanza del Derecho.

69. En la *elaboración normativa*, la psicología ofrece indicaciones útiles sobre qué se puede o debe regular, y cómo. De entrada, no siempre es conveniente regular las conductas deseadas, cuando estas ya están guiadas de forma eficaz mediante otras pautas sociales (morales o culturales). Por la activación de diversos sesgos cognitivos (como el de aversión a la pérdida) la amenaza de una sanción u otra consecuencia jurídica negativa es, en principio, un medio de dirección de la conducta más eficaz que la promesa de un beneficio, aunque esto depende de que haya certeza subjetiva sobre la efectiva imposición de una sanción en caso de incumplimiento normativo.

70. Para el *cumplimiento normativo* son determinantes las categorías (prejuicios estereotipos que conforman nuestra percepción y pensamiento). La convicción en la legitimidad de la Administración (porque actúa siguiendo los procedimientos debidos) es un factor de alto cumplimiento normativo. También la búsqueda de la coherencia con el grupo lleva a altos niveles de cumplimiento normativo, cuando se percibe por el individuo que esta es la pauta de conducta predominante en el entorno.

71. El conocimiento sobre los heurísticos cognitivos y el pensamiento problemático son determinantes para el diseño de los *procedimientos administrativos*. Así, para decisiones sencillas y rápidas, guiadas por heurísticos de disponibilidad, es determinante que la información procedimental sea concisa y clara y que la toma de decisiones sea eminentemente subsuntiva. En cambio, las decisiones complejas necesitan de procedimiento algorítmicos (esto es, dotados de información exhaustiva) y de procesos mentales ponderativos. El hecho demostrado de que percibimos la realidad a través de categorías sociales, exige estructuras y trámites procedimentales idóneos para neutralizar los estereotipos o prejuicios sociales que condicionan las decisiones.

72. La *organización administrativa* resulta ineficiente si sólo se dirige mediante mandatos e instrucciones. Medidas motivacionales adecuadas a los diversos grupos humanos que integran la Administración (en función de la edad, el género, la formación, etc.) pueden sustituir a los mandatos normativos, o complementarlos.

73. Para su construcción científica es posible hoy un *análisis psicológico* del Derecho administrativo. Esto es, una racionalización o explicación del Derecho administrativo a través de categorías o conceptos propios de la psicología. De esta forma, es posible sistematizar un conjunto de normas por la forma en que dirigen la conducta de sus destinatarios. Y es posible analizar la idoneidad de cada norma jurídica por su mejor o peor capacidad para dirigir la conducta.

74. Finalmente, la *enseñanza* del Derecho administrativo tiene ante sí un amplio margen para servirse de la psicología. Por un lado, en función del tipo de *profesión o tarea* que vaya a desplegar cada persona (por ejemplo, el funcionario o el abogado) resulta más o menos conveniente una enseñanza apoyada en problemas y en la tipología de procedimientos de solución idóneos para cada contexto problemático, o una enseñanza más centrada en arraigar unos pocos conceptos y datos jurídicos claros y en aplicarlos de forma mecánica a situaciones repetitivas. Por otro lado, en la enseñanza del Derecho se forman las *categorías cognitivas* que luego van a condicionar la calificación jurídica de los problemas que se plantean en la realidad. Ello exige, por ejemplo, que la enseñanza del Derecho administrativo propio de un *Estado social* no descansa tan acusadamente sobre conceptos propias de la policía administrativa, que son poco operativas para el manejo del Derecho propio del Estado prestacional.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alberto ALEMANNI, Geneviève HELLERINGER y Anne-Lise SIBONY, "Brève introduction à l'analyse comportementale du droit", *Recueil Dalloz*, núm. 16 (2016), pp. 1-4.

- Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *La Administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-46.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, en Jose María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (editores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 561-664.
- Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Javier BARNES, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en Javier BARNES (editor), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, 263-341.
- Amalio BLANCO, Javier HORCAJO y Flor SÁNCHEZ, *Cognición social*, Pearson, Madrid, 2017.
- Andrés BOIX PALOP y Alba SORIANO ARNANZ, “Innovación en materia de acceso al empleo público a partir de la Ley 4/2021, de función pública valenciana”, en Alba SORIANO ARNANZ y Adrián TODOLÍ SIGNES, *Régimen Jurídico de la selección y consolidación del personal en el sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- Andrés BOIX y Claudia GIMENO, *La mejora de la calidad normativa*, PUV, Valencia, 2020.
- Basil BORNEMANN y Ulrich SMEDDINK “Anstößiges Anstoßen? – Kritische Beobachtungen zur “Nudging”-Diskussion im deutschen Kontext”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, núm. 2 (2016), pp. 437-459.
- Pablo BRIÑOL, Richard E. PETTY, Carmen VALLE, Derek D. RUCKER & Alberto BECERRA, “The effects of message recipients’ power before and after persuasion: A self-validation analysis”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 93 (6), 2007, pp. 1040–1053.
- Martin BURGI, “Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungswissenschaft“, *Die Verwaltung*, núm. 12 (2017), pp. 33-64.
- Jacques CAILLOSSE, “Les méthodes d’enseignement du Droit administrative”, en Association Française pour la Recherche en Droit Administratif – AFDA (Coord.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, Paris, 2018, pp. 77-89.
- Dolors CANALS I AMETLLER, “Por la confianza en el Derecho: técnicas de contención de la inflación normativa y de actualización y reducción del ordenamiento jurídico”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 64 (2022), pp. 71-88.
- Jean CARBONNIER, “Études de psychologie juridique, *Annales de l’Université de Poitiers*, série II, 1949, pp. 29-46.
- Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- William J. CHAMBLISS, “Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions”, en L. Friedman y S. Macaulay, *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292.
- Jaques CHEVALLIER, *Science administrative*, 6ª ed., PUF, 2019.
- Robert B. CIALDINI, *Influencia. La psicología de la persuasión*, Harper Collins Ibérica, Madrid, 2022.
- Cesare CORNOLDI, “El conductismo”, en Paolo LEGRENZI, *Historia de la Psicología*, Herder, Barcelona, 1986, pp. 151-181.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Silvia DÍEZ SASTRE, “La tópicica como método en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 363-396.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Los experimentos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164 (2004), pp. 145-189.
- Raphaël DRAI, “L’approche psychologique des réalités administratives », en AA.VV, *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985.
- Joram FEITSMA y Mark WHITEHEAD, “Bounded interdisciplinarity: critical interdisciplinarity perspectives on context and evidence in behavioural public policies”, *Behavioural Public Policy*, núm. 6-3 (2019), pp. 1-27.

- Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, “Concepto y funciones de la tópic jurídica en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 51-72.
- Jerry Alan FODOR, *El modularidad de la mente*, Morata, Madrid, 1986.
- Eric FROMM, *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 2006.
- Alfredo GALLEGU ANABITARTE, “La discusión sobre el método en Derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46 (1996), pp. 11-39.
- Eduardo GAMERO CASADO “Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado”, en Luís MÍGUEZ MACHO, Marcos ALMEIDA CERRADA y Diana SANTIAGO IGLESIAS (Coordinadores), *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2014, pp. 75-163.
- Noemí GÁMEZ MOLL, “Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación *ex ante* y *ex post* de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 218, pp. 235-262.
- Gerd GIGERENZER, “Personal Reflections on Theory and Psychology”, *Theory and Psychology*, núm. 20 (2010), pp. 733-743.
- Peter M. GOLLWITZ y Gabrielle OETTINGEN, “Planning Promotes goal Striving”, en K. D. VOHS y R. F. BAUMEISTER (Eds.), *Handbook of self-regulation: Research, theory, and applications*, The Guilford Press, 2011, pp. 162-185.
- Martin HEIDEBACH, “Das Potenzial der Fallbasierten Methode”, *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft*, 2018, pp. 297-335.
- Jonathan HAIDT, *La mente de los justos*, 4ª edición, Deusto, Bilbao, 2019, p. 345 (traducción del original inglés de 2012 por Antonio García Maldonado).
- Balwin R. HERGENHAHN, *Introducción a la Historia de la Psicología*, Paraninfo-Thomson, Madrid, 2001.
- Liborio HIERRO PESCADOR, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.
- Liborio HIERRO PESCADOR, “Sobre la eficacia de las normas de emergencia”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, BOE y UAM, Madrid, 2021, pp. 189-208.
- Alejandro HUERGO LORA, “Un “espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras. El Anteproyecto de Ley de Medidas para la transformación digital del sistema financiero”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76 (2018), pp. 48-59.
- David JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Teoría de juegos y *nudging* para el buen gobierno”, en Juli PONCÉ SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 45-60.
- Harry W. JONES, *The Efficacy of Law*, Northwestern University, Evanston, 1969.
- Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, Sant Llorenç d’Hortons, 2017.
- Lutz C. KAISER, “Job Satisfaction and Public Service Motivation”, *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper Núm. 7935, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2396430>, pp. 1-20.
- Jens KERSTEN, “Wir müssen alle unser Leben ändern: Recht, Psychologie, Krise“, *Verfassungsblog*, 2022/6/23.
- Eva KOCHER, “Verhaltenslenkung durch sanfte Überredung – die Kunst des interdisziplinären Gesprächs”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaftlichen Forschung*, núm 3 (2018), pp. 356-359.
- Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer Verlag, Berlin, 1991.
- Gustave LE BON, *Psicología de las multitudes*, Comares, Granada, 2012 (traducción del original francés de 1895 por J.M. Navarro de Palencia).
- Julian LE GRAND, *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, 2007.
- Karl MANNHEIM, *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- Francisco MARCOS, “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179 (2009), pp. 333-365.

- Sadi MARHABA, “El estructuralismo y el funcionalismo”, en Paolo LEGRENZI, *Historia de la Psicología*, Herder, Barcelona, 1986, pp. 75-98.
- María Trinidad MARTÍNEZ SANZ, “Experiencia innovadora piloto en selección de personal en el Ayuntamiento de El Campello: “Aplicando las emociones en la cobertura de vacantes: ¿Trucha o salmón: Tú decides”, en Alba SORIANO ARNANZ y Adrián TODOLÍ SIGNES, *Régimen Jurídico de la selección y consolidación del personal en el sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 85-106.
- Helena MATUTE, *Nuestra mente nos engaña*, Shackleton Books, 2020.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 313-362.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Nudges y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107.
- Adam OLIVER, *The Origins of Behavioral Public Policy*, Cambridge, 2017.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *Organización y poder de organización*, Iustel, Madrid, 2009.
- María Puy PÉREZ ECHEVERRÍA, “Solución de problemas”, en Mario CARRETERO y Mikel ASENSIO, *Psicología del pensamiento*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50 (2019).
- Juli PONCE SOLÉ, “Introducción: ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros”, en Juli PONCE SOLÉ (coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 29-44.
- Stephen P. ROBBINS, *Comportamiento organizacional*, 8ª ed., Pearson, 1999.
- Steven SHAVELL “The optimal structure of law enforcement”, *Journal of Law and Economics*, núm. 36 (1993), pp. 255-287.
- Eliot R. SMITH y Gün R. SEMIN, “Situating Social Cognition”, *Current Directions in Psychological Science*, v Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, 2004ol. 16-3 (2007), pp. 132-135.
- Gunnar Folke SCHUPPERT, “Nudging: Nicht wirklich neu und auch -ohne Kontextualisierung- nicht weiterführend”, *Verfassungsblog*, 16-5-2015.
- Stuart SUTHERLAND, *Irracionalidad: el enemigo interior*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2015.
- Cass R. SUNSTEIN, *The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un Pequeño empujón (Nudge)*, Taurus, Madrid, 2009.
- Bryan Dennis G. TIOJANCE, “How to Misread a Constitution”, *International Journal of Constitutional Law. Blog*, 1 de julio de 2022.
- Adolf TOBEÑA, *La pasión secesionista*, ED Libros, Barcelona, 2016.
- Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty”, *Science*, núm. 185 (1974), pp. 1124-1131.
- Benjamin VAN ROOIJ y Adam FINE, *The Behavioral Code*, Beacon Press Books, Boston, 2021.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Cognitive Psychology, Automatic Thinking and Administrative Law Teaching”, *European Review of Public Law*, núm. 33 (2019), pp. 183-214.
- Josep Maria VILAJOSANA I RUBIO, “Hacia una visión integral de la calidad legislativa”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64 (2022), pp. 1-5.
- John B. WATSON, “Psychologie as the Behaviorist Views it”, *Psychological Review*, núm 20(2), pp. 158-177.