

## INTEGRACIÓN DE NUDGES EN LAS POLÍTICAS AMBIENTALES

ELISA MOREU CARBONELL

**SUMARIO:** I. EL NUDGE COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO.– II. EN OCASIONES VEO NUDGES: 1. Delimitación positiva. ¿Es posible una definición jurídica del nudge? 2. Delimitación negativa. No es nudge todo lo que reluce.– III. LÍMITES Y RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE NUDGES: 1. Límites jurídicos. 2. Límites técnicos. 3. Límites éticos: «cincuenta sombras de manipulación».– IV. CLASES DE NUDGES Y SU ENCAJE EN LA TIPOLOGÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Según la regla de conducta o sesgo sobre el que impacta el nudge. 2. Según los niveles de aplicación del nudge: A) Nudges normativos. B) Nudges no normativos. 3. Según los sujetos: nudges públicos y nudges privados.– V. NUDGES VERDES O AMBIENTALES: 1. ¿Prohibición o nudge? La distribución de bolsas de plástico ligeras en Europa. 2. Análisis de experimentos.– VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Desde la perspectiva del análisis conductual del derecho, los nudges son una herramienta útil en manos de las administraciones públicas para orientar las conductas de los ciudadanos hacia determinados objetivos deseables, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos. Sin embargo, la introducción de estas herramientas en el derecho público tropieza con algunos obstáculos: no sólo exige un gran rigor en su concepto y aplicación, sino que también plantea cuestiones técnicas y éticas. Este trabajo se asoma a todos estos problemas, ofreciendo un intento de reconstrucción sistemática y reflexionando sobre la forma de integrar los nudges en el derecho público y, en especial, en el derecho ambiental.

*Palabras clave:* derecho ambiental; análisis conductual del derecho; nudges en las políticas ambientales.

**ABSTRACT:** From the perspective of Behavioural Law, nudges are proving to be particularly useful for guiding citizen's behaviour towards certain desirable objectives without resorting to coercion or economic incentives. However, nudges have their limitations: they need to be carefully designed and implemented and raise both technical and ethical questions. This paper provides an overview of all these problems, offering a systematic reconstruction and reflecting on how to integrate nudges into Public Law and, in particular, into Environmental Law.

*Key words:* environmental law; behavioral law; nudge thinking to EU policies.

## I. EL NUDGE COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO

El anglicismo *nudge* (y también «*nudging*») se puede traducir al español como «pequeño empujón»: es la acción de «*empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas, sobre todo con el codo*» a fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a alguien (1). Desde hace algún tiempo el término se ha filtrado en los textos económicos y jurídicos, especialmente desde la publicación en 2008 del libro «*Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*» de Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler (2).

El término *nudge* nace en la teoría económica y de ahí se incorpora al ámbito jurídico. El economista Richard H. Thaler es el padre de la criatura y su contribución pionera en el campo de la economía conductual lo hicieron merecedor del Premio Nobel de Economía en 2017, si bien resulta patente la influencia del psicólogo Daniel Kahneman (3). La idea nos conduce a la arquitectura de las decisiones y de las ciencias del comportamiento (*behavioral science*), es decir, al análisis de las condiciones materiales y procesos que llevan a los seres humanos a decidir y actuar de una manera o de otra. Más que una teoría económica, es una combinación entre economía y psicología experimental.

Según los investigadores de las ciencias conductuales, nuestras acciones individuales vienen determinadas por múltiples factores. Somos seres complejos, de una racionalidad limitada, sumamente emocionales, estamos influidos por los demás y por las interacciones sociales pero también por el contexto y el entorno en el que tomamos las decisiones. La teoría conductual se basa en una premisa tan simple como que, entre dos opciones, las personas escogen

---

(1) Según la «Fundación del Español Urgente», Fundéu-BBVA (fundeu.es), en castellano existen conceptos similares como *acicate*, incentivo o estímulo, o los correlativos verbos *animar*, *espolear* o *incitar*, que constituyen alternativas válidas para evitar el anglicismo. De hecho, el trabajo de Zimmermann (2018, 17) recurre a la expresión «*acicate*» en lugar del anglicismo *nudge*. El término «*palanca*» también me parece apropiado para reflejar el significado del anglicismo.

(2) Cito por la traducción española «*Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud*», editada por Taurus, 2009 (reimp. 2017).

(3) Daniel Kahneman, junto con Vernon Smith, recibió el Premio Nobel de Economía en 2002 por su contribución a la economía conductual y es autor del famoso libro que se ha convertido en un best-seller, *Pensar rápido, pensar despacio* (traducción española, ed. Debolsillo). Kahneman explica que nuestras decisiones y comportamientos surgen de forma inconsciente, automática, ultrarrápida, y eso nos permite tomar múltiples decisiones diarias minimizando nuestro esfuerzo y ahorrando recursos de atención. Pero esta forma de actuar se alimenta de estereotipos y asociaciones y nos suele alejar de la racionalidad matemática. Tampoco podemos olvidar el influjo de otros pioneros de la economía conductual, los premios nobel Akerlof y Shiller (2016), con sus trabajos sobre la manipulación y el papel del Estado para evitar las trampas del mercado.

a menudo la que es más fácil según su pensamiento intuitivo (la hamburguesa y las patatas fritas), y no la que es más adecuada (la verdura y la fruta). O dicho con otras palabras: es falso que las personas elijan «*lo mejor para ellas*» porque los hombres y las mujeres no somos «*completamente racionales*» (Thaler, 2000). La ciencia conductual demuestra que los individuos toman decisiones muy malas, que no habrían tomado «*si hubieran dispuesto de toda la información, capacidades cognitivas ilimitadas y un autocontrol absoluto*» (Sunstein y Thaler, 2009, 20).

¿Cómo conseguimos que el ciudadano adopte voluntariamente una u otra decisión? Un *nudge* es cualquier factor de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible, sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa los incentivos económicos. El *nudge* consiste en un «empujoncito» muy inteligente con el objetivo de sembrar, orientar, motivar, reforzar, sugerir, incitar la conducta de los ciudadanos y propiciar que avancen en la dirección conveniente. Gracias a ese leve toque o «palanca», la inercia permitirá avanzar por el camino correcto, igual que un barco puede llegar a su destino con el impulso de varias personas remando en una misma dirección, esfuerzo que realizan gustosos porque van allá donde desean ir. Por otro lado, hay que conjugar otros factores que influyen en la toma de decisiones, como la forma y el lenguaje en que se enuncian los problemas (4). La teoría del comportamiento nos ofrece un abanico de posibilidades y encuentra aplicaciones tanto en el sector privado, que hace tiempo que utiliza las técnicas de la persuasión (Gass y Seiter, 2018) (5), como en el sector público, que es el que ocupará nuestra atención.

---

(4) Aquí tienen relevancia las aportaciones de la *lingüística cognitiva*, que concibe el lenguaje como un sistema de patrones, estructuras o marcos (*frames*) que permiten a los sujetos percibir y categorizar el mundo exterior a partir de experiencias propias (Lakoff, 2004). Sobre la modernización del lenguaje jurídico y el impacto del análisis lingüístico del derecho, véase Moreu Carbonell (2016).

(5) Los empresarios son importantes arquitectos de las decisiones en numerosos ejemplos que abordan en su libro Sunstein y Thaler (2009, 20), con fines de publicidad y consumo, desde el orden de la colocación de los productos en el supermercado, pasando por la opción por defecto en los teléfonos móviles o las prestaciones de los seguros médicos. Más ejemplos en el informe de la OCDE (2017) en los ámbitos de consumo, educación, energía, medio ambiente, productos financieros, salud, impuestos, y otros.

Algunos *nudges* son «globales» o «virales» dado el éxito con el que se ha expandido su uso. Tuvo bastante repercusión mediática una medida adoptada por el aeropuerto de Amsterdam-Schipol, que consistió en dibujar una mosca en los urinarios masculinos y consiguió reducir en un 80% las salpicaduras indeseables, en lo que se considera un ejemplo de *nudge* exitoso. Los pasos de peatones «flotantes» o en 3D, que engañan al cerebro del conductor para que el vehículo frene, son otro ejemplo de *nudge* global. Empezaron a usarse en la India e Islandia y últimamente se han introducido en España, en concreto en Villarreal, Castellón (véase [https://verne.elpais.com/verne/2018/05/10/articulo/1525950271\\_016983.html](https://verne.elpais.com/verne/2018/05/10/articulo/1525950271_016983.html)).

El derecho también puede poner sus cimientos en las ciencias del comportamiento y echar raíces. El salto al análisis conductual del derecho (*Behavioral Law*) es una evolución lógica del análisis económico del derecho (*Law and Economics*), cuando adquiere conciencia de que el modelo de elección racional no es suficiente porque los humanos tomamos decisiones erróneas y padecemos sesgos cognitivos (Ulen, 2014). Es más: el derecho debe ser analizado a partir de los resultados de las ciencias de la decisión y jugando con los factores que influyen en el comportamiento humano, que es más realista que el análisis económico basado en la elección racional. Si el derecho es un instrumento para ordenar las relaciones humanas, conocer los factores que condicionan sus decisiones ofrece nuevos modelos para saber cómo se comportan los ciudadanos frente al derecho y también para mejorar el grado de cumplimiento de las normas jurídicas (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998, 1508). Parafraseando a Thaler, «¿qué puede ser el derecho sino una ciencia sobre el comportamiento?».

Los gobiernos y autoridades, las administraciones públicas, los académicos, los jueces y otros profesionales del derecho pueden utilizar las herramientas de las ciencias conductuales para legislar mejor y para que sus políticas sean más eficaces, aunque para ello deben estar en condiciones de adentrarse en otras ciencias sociales (como la economía, la psicología conductual o la sociología) y científicas (la biología evolutiva, las neurociencias, e incluso la física), que no siempre están a su alcance (Lovallo, Clark y Courtney (2015). La interdisciplinariedad es una dificultad añadida a esta metodología aunque, como afirma Ponce Solé (2018, 20), la transdisciplinariedad es el verdadero reto de futuro para el Derecho administrativo. El análisis conductual del derecho recurre a las herramientas que utilizan las ciencias del comportamiento para estudiar la conducta de los ciudadanos, reflejándola en las normas jurídicas y en su aplicación (6).

En el ámbito del derecho público, que es el que nos interesa, el *nudge* es una herramienta que puede ser utilizada por las autoridades en el desarrollo de sus políticas, con el objetivo de animar a los ciudadanos a adoptar determinadas decisiones sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos. Forma parte de una estrategia de intervención dirigida a orientar inercialmente las decisiones de las personas en la línea considerada correcta por el poder público, pero —y esto es importante— sin forzar la libertad ni la auto-

---

(6) El máximo representante del análisis conductual del derecho es Cass R. Sunstein, profesor de la Universidad de Chicago (USA) y coautor, junto a R.H. Thaler, del famoso libro sobre «*nudges*» de 2007, aunque en trabajos anteriores que se remontan a 1998 ya sentó las bases de esta nueva forma de analizar el derecho. Una buena introducción a sus tesis en Sunstein (2014a). Sobre las implicaciones jurídicas del derecho conductual véase también Adler, Finkelstein y Huang (2003), Lambert (2017, 623) y Rowell (2017, 722).

mía de los ciudadanos. El *nudgnig* se basa en el estudio y la aplicación de sesgos cognitivos para promover que los ciudadanos adopten determinadas decisiones que se consideran adecuadas para su bienestar personal y el de toda la sociedad. La clave del *nudge* es no restringir las opciones decisorias del ciudadano, que siempre tiene que tener la capacidad de elegir entre una alternativa, incluso una opción contraria al interés general (ambientalmente insostenible), si quisiera.

El *nudge* y la arquitectura de las decisiones se enmarcan en el llamado «paternalismo libertario» cuya razón de ser sólo puede entenderse en un contexto —digamos, muy norteamericano (7)— que defiende la intervención mínima del Estado y pone por encima de todo la garantía de la sacrosanta libertad personal (Sunstein, 2017a, 21) (8). Este matiz se ve muy bien en el trabajo de Camerer, Issacharoff, Löwenstein, O’Donogue y Robin (2003, 1211), que precisamente va dirigido a los «conservadores» con el objetivo de justificar ciertas políticas reguladoras. «*Los paternalistas libertarios queremos facilitar a las personas que sigan su propio camino; no queremos poner obstáculos a aquellos que desean ejercer su libertad*» (Thaler y Sunstein, 2009, 19). Para enfatizar esta idea, Goldin (2017, 681) afirma que los mandatos y prohibiciones son más paternalistas que los *nudges*, que dejan libertad de elección

---

(7) Bajo el mandato de presidente Barak Obama se creó el llamado *Social and Behavioral Sciences Team* (SBST), cuyos resultados y trabajos se pueden consultar en <https://sbst.gov>, aunque actualmente ya no está operativo.

(8) No es de extrañar que en el ámbito de la UE haya sido Reino Unido donde la teoría conductual ha tenido más éxito. El ex primer ministro, David Cameron, creó en 2010 una «*nudge unit*» integrada por un equipo de diez expertos, formalmente denominado *Behavioural Insight Team* (BIT) a quienes encomendó la tarea de encontrar fórmulas innovadoras para cambiar el comportamiento de los ciudadanos. Al respecto, D. Halpern (2015). Otras publicaciones académicas en <https://www.behaviouralinsights.co.uk> y en [www.behavioralinsightsteam.com](http://www.behavioralinsightsteam.com), con interesantes datos sobre su aplicación en sectores como la educación, la salud, el urbanismo sostenible, el consumo o la recaudación de impuestos.

Inspirados en el modelo británico, la cancillería alemana creó en 2015 un equipo de psicólogos y economistas conductuales para emplear los conocimientos de estas disciplinas en las políticas gubernamentales, dentro de la estrategia denominada «*Wirksam regieren*» (gobernar con eficacia), que tuvo gran repercusión mediática. El periódico *Süddeutsche Zeitung* denominó irónicamente a esta estrategia como «*política de los psicotrucos*» (<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verhaltensforschung-am-buerger-politik-per-psychostrick-1.2386755>). Sobre el análisis conductual del derecho y su recepción en Alemania, véanse Rehm (2015) y Smeddinck (2016).

El informe de la OCDE (2017) ofrece un panorama general del uso de los *nudges* en varios países como Australia, Canadá, Colombia, Dinamarca, Israel, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Singapur, Sudáfrica, Turquía, además de la UE. Los Estados que han creado unidades administrativas especializadas en aplicar las herramientas del análisis conductual incorporan psicólogos y otros profesionales de las ciencias conductuales, en un ejemplo de interdisciplinariedad a la que antes me refería.

al ciudadano, así que propone eliminar la denominación de «paternalismo» por «casi-paternalismo libertario». En el mismo sentido, pero avanzando un paso más, Sunstein (2017c, 666) considera que incluso la libertad de elección puede ser paternalista, porque en ocasiones el ciudadano prefiere delegar en el Estado o en terceros su capacidad de decidir en materias como la salud (cuál es el mejor tratamiento médico) o la economía (el plan de pensiones más conveniente).

Importar esta construcción a la tradición (económica y jurídica) europea exigirá ciertas adaptaciones y reflexiones previas, porque nosotros disponemos de las herramientas coactivas que nos da el derecho, y ni los gobiernos ni los ciudadanos cuestionamos que determinadas conductas se impongan a la fuerza limitando nuestra libertad individual. En palabras de Velasco Caballero (2018), el *nudge* sólo es plenamente entendible en un contexto político como el norteamericano de los dos últimos decenios, en el que los académicos buscan con desesperación formas suaves de actuación del Estado que sean «soportables» en una sociedad individualista, apelando al derecho fundacional de libertad. Los *nudges* son, entonces, una forma de «*hacer de la necesidad virtud*»; al respecto, véase una muy interesante voz crítica en Rebonato (2013, 52). Quizás por esa razón, el impacto de este nuevo método de análisis ha sido escaso en nuestro país y especialmente en nuestra disciplina, como pone de relieve Amoedo Souto (2018, 3) (9).

Sin embargo, la génesis de los *nudges* en un contexto económico liberal, genuinamente norteamericano, no debe hacernos perder otra perspectiva de más largo alcance que se deriva del análisis conductual del derecho: el papel de la subjetividad (toma de decisiones, sesgos) de los operadores jurídico-administrativos y el análisis de la voluntad en el derecho administrativo. Y más ampliamente, nos conduce al germen del llamado «neuroderecho», una nueva disciplina que surge de la inserción de la neurociencia en el derecho (10).

---

(9) Por contraste, la ciencia del comportamiento ha tenido un impacto mayor en el Derecho penal y la criminología, llegando a cuestionar el principio del libre albedrío individual en la toma de decisiones. Véanse las líneas de investigación que desarrolla en España el grupo de investigación dirigido por E. Demetrio Crespo, de la Universidad de Castilla La Mancha (<http://dpenal.to.uclm.es/?p=1538>) o el grupo «*Behavior & Law*» ([behaviorandlaw.com](http://behaviorandlaw.com)). En el resto de disciplinas jurídicas también ha habido propuestas concretas, aunque el impacto ha sido menor, como en el derecho del trabajo (Beltrán, 2017) o el derecho tributario, como informa Ponce Solé (2015), en nota 8.

(10) Amoedo Souto (2018) hace una primera contribución al que llama «*neuroderecho administrativo*», con ramificaciones en el derecho administrativo sancionador, la responsabilidad patrimonial (cuantificación del dolor y daño moral, por ejemplo) o el empleo público, entre otros.

## II. EN OCASIONES VEO NUDGES

El *nudge* está de moda y se ha instalado en nuestro lenguaje jurídico. Pero no es *nudge* todo lo que reluce y corremos el riesgo de ver *nudges* por todas partes. El carné por puntos para reducir la siniestralidad al volante, ¿es un *nudge*? ¿Lo es la prohibición de usar bolsas de plástico? ¿O una campaña publicitaria para fomentar el reciclado de residuos orgánicos? Es posible que actores jurídicos como las administraciones públicas empleen *nudges* sin ser conscientes de ello. Como el derecho no puede ser definido como un conjunto de *nudges*, hay que intentar dar a este concepto un significado más o menos preciso, con contenido jurídico.

Esta labor de construcción del análisis conductual del derecho, que defina el concepto jurídico de *nudge*, cómo se puede integrar en las políticas públicas y su tipología, es una tarea pendiente. Aunque el objetivo de mi trabajo es mucho más modesto, formularé algunas ideas encaminadas a la delimitación jurídica del *nudge* (o *nudging*).

### 1. Delimitación positiva. ¿Es posible una definición jurídica del *nudge*?

El Comité Económico y Social Europeo (CESE), ha aprobado un dictamen con propuestas para integrar esta herramienta conductual en las políticas públicas de la Unión Europea. El dictamen lleva por título «*Integrar los nudges en las políticas europeas*» (2017/C 075/05) y resume en apenas cinco páginas el estado de la cuestión, con propuestas generales de integración de la ciencia conductual en las políticas públicas de los países miembros de la UE y en concreto en las políticas ambientales (11). El documento es embrionario y constituye más una toma de postura indicativa que un verdadero plan de acción, pero del dictamen podemos extraer algunos principios para configurar jurídicamente los *nudges*.

Estos son los principios que se deducen del dictamen del CESE:

(a) *Principio de subsidiariedad*. Parece que el *nudge* queda relegado a un papel auxiliar, a ser un instrumento complementario de las políticas públicas tradicionales que contribuye a mejorar y acelerar su efectividad «*con un coste mínimo*». El dictamen del CESE destaca que «*su flexibilidad y sencillez hacen que puedan utilizarse en diferentes contextos y por distintas categorías*

---

(11) Es significativo que el ponente del dictamen fuera Thierry Libaert, un experto profesor en ciencias de la información y de la comunicación, responsable del Laboratorio de Análisis de los Sistemas de Comunicación Corporativa (*Laboratory for the Analysis of Organizational Communication Systems*, LASCO) de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica).

de instancias al mismo tiempo: organismos intergubernamentales, unidades internas de cada ministerio, entes locales, ONG, instancias privadas, etc.». En resumen, el recurso a los *nudges* tiene virtualidad cuando las políticas públicas tradicionales son ineficaces o demasiado costosas (Rivero Ortega, 2012).

Por otro lado, su utilización debe ser flexible para aprovechar al máximo su potencial, porque «el *nudge* no es un instrumento milagroso ni completamente nuevo, aunque puede resultar complementario y útil para modificar determinados comportamientos». Su principal interés radica en incitar a que los gobiernos tengan en cuenta la dimensión psicológica de las decisiones de los ciudadanos, y no sólo su racionalidad económica, en el diseño de las políticas públicas.

(b) *Principio de sectorialidad*. Digamos que los *nudges* resultan más adecuados para complementar ciertas políticas públicas, en concreto, las que «responden a objetivos medioambientales y sociales». ¿Por qué en estos ámbitos más que en otros? En primer lugar, porque no restringen la libertad individual y tienen un coste limitado, mientras que su impacto puede ser muy elevado. En segundo lugar, porque en esos campos (la salud, la educación, el medio ambiente) es posible que los ciudadanos sean más sensibles y más responsables en la toma de decisiones, de forma que el *nudge* simplifica su capacidad de decisión consciente y responsable. El empleo de los *nudges* es adecuado en ámbitos donde el estímulo, la orientación y el consejo resultan más eficaces que la regulación, la prohibición y la coacción, y por eso un campo eficaz de actuación es el de las «normas sociales» encaminadas a reducir ciertas conductas indeseables para la sociedad (fumar, consumir alcohol, obesidad, reciclar, ahorro energético, cuidar el entorno, no generar ruidos, etc). Se trata de políticas públicas destinadas a hacer más responsables las decisiones individuales (Shaffer, 2017, 727). Aquí encajan bien los *nudges*: no sólo son una medida poco o nada restrictiva de la libertad individual, sino que sus costes son escasos en relación con su impacto para orientar la conducta de los ciudadanos.

Para ilustrar esta afirmación pondremos un ejemplo de Thaler y Sunstein (2009, 87), que demostraría la eficacia de los *nudges* sociales para reducir el consumo abusivo de alcohol y tabaco en un ensayo realizado con jóvenes estudiantes. Sorprendentemente, una de las claves para solucionar el problema radica en el hecho de que los estudiantes pensaban que el abuso de alcohol estaba mucho más extendido de lo que realmente estaba; es decir, había una percepción falsa de la realidad (sesgo cognitivo) producido por la «regla de la disponibilidad» que genera una percepción errónea del riesgo. Como los jóvenes son muy sensibles a la regla de la influencia social y lo que piensan que hacen los otros jóvenes, el consumo de alcohol aumentaba por una percepción exagerada de lo que «todos» hacían (de lo que «los demás» bebían).

La teoría conductual nos dice que es más eficaz una campaña educacional para corregir la percepción falsa de la norma social con mensajes del tipo «*la gran mayoría de los jóvenes menores de 30 años no bebe*» o «*la mayoría (el 81%) de los estudiantes universitarios de Aragón consume menos de cuatro bebidas alcohólicas a la semana*», que una campaña con mensaje negativo o amenazante. Aplicado al tabaco, el *nudge* más eficaz sería «*la mayoría (el 90%) de los jóvenes no fuma*» (12).

(c) El *principio de transparencia* también debe regir para las políticas que utilicen *nudges*, ya que éstos deben entenderse, debatirse y compartirse para ser aceptados lo mejor posible, lo cual evitaría los riesgos de manipulación.

(d) Es necesario aprobar una *deontología de los nudges*. El CESE propone crear un código de buenas prácticas sobre los *nudges* elaborado por acuerdo entre todas las partes interesadas a escala europea (autoridades públicas, ciudadanos, empresas, asociaciones, etc.) que sea posteriormente desarrollado por los Estados miembros. Este código «podría publicarse» y debería ser también resumido en «una guía» que se distribuiría entre las instancias afectadas. El dictamen plantea la creación de una plataforma de iniciativas o un observatorio dedicado al tema. Además, el dictamen del CESE habla de un «*impacto negativo*» del uso de los *nudges* y la necesidad de garantizar su aceptabilidad ética bajo condiciones que debería recoger el código de buenas prácticas.

(e) *Evaluación y control*. El CESE considera conveniente desarrollar dispositivos de seguimiento y evaluación de los *nudges*, en función de diversos criterios (sociales, ambientales, económicos), para conocer la influencia exacta del *nudge* entre el público destinatario y su contexto, y permitir ajustarlo si los resultados resultan decepcionantes o incluso abandonarlo si se considera ineficaz.

Desde el punto de vista organizativo, el CESE se compromete a organizar las primeras jornadas europeas sobre *nudges* que constituirían «*una oportunidad única de intercambio de experiencias entre las partes interesadas en este instrumento dentro de la Unión Europea*» y a crear en el marco del CESE un nuevo órgano permanente de carácter transversal que se encargue de analizar la evolución de las aplicaciones de los *nudges* y otras cuestiones conexas como la economía circular, la economía colaborativa y la economía funcional, quizás al estilo de la «Behavioural Insight Team» del gobierno de David Cameron.

---

(12) En cambio, nuestros políticos insisten en difundir datos que provocan una distorsión de la realidad por el efecto de la regla de la disponibilidad y las valoraciones sesgadas del riesgo. Sería más apropiado informar que «*la mayoría de los jóvenes españoles entre 14 y 18 años no han bebido en los últimos 30 días*» que la información que ofrece la web oficial del Ministerio de Sanidad (<http://www.msssi.gob.es/campannas/campanas11/alcoholenmenoresnoesnormal/sabias.html>).

## 2. Delimitación negativa. No es *nudge* todo lo que reluce

Este último inciso del dictamen del CESE nos pone en alerta acerca de la necesidad de delimitar conceptualmente el *nudge* y el derecho conductual desde una perspectiva negativa (lo que el *nudging* no es).

En primer lugar y ante todo, creo que podemos afirmar que el *nudge* no es una nueva forma o modalidad independiente de actuación administrativa, sino una simple herramienta o instrumento para el análisis jurídico, que está al servicio de las distintas formas de actividad administrativa. El derecho conductual y la idea del *nudge* nos ofrecen pautas para mejorar la calidad de las normas y su eficacia (*better regulation*) y para simplificar los procedimientos, pero no constituye una categoría homogénea, sino un conjunto de herramientas dispersas con un objetivo único: orientar la conducta de los ciudadanos y sus decisiones hacia un objetivo de interés general.

Según el dictamen del CESE, «*para modificar el comportamiento de los individuos, las autoridades públicas disponen tradicionalmente de cuatro tipos de instrumentos: la información y la sensibilización, el incentivo económico, la legislación (prohibición u obligación) y la ejemplaridad. Sin embargo, estos cuatro instrumentos han mostrado sus limitaciones, concretamente, en lo que se refiere al comportamiento y al consumo responsable, es decir, a reducir el consumo de recursos naturales. En efecto, existe todavía un desfase entre la sensibilización de las personas y sus comportamientos diarios*». Precisamente por eso, las ciencias del comportamiento proporcionan al jurista el instrumental para mejorar la eficacia de la norma, tanto en el plano normativo como en su aplicación. Si sabemos qué factores influyen en la conducta de los ciudadanos, el derecho será más eficaz, y para eso acudimos a las disciplinas que estudian las ciencias del comportamiento.

La regulación no es un *nudge*, aunque vaya dirigida a ordenar el comportamiento humano; la norma jurídica es prescriptiva, obligatoria y vinculante, y su incumplimiento puede acarrear sanción. Por tanto, no son *nudges* ciertos trámites procedimentales obligatorios (los informes, la participación ciudadana) o las obligaciones de transparencia e información activa de la Administración, aunque actúen como «palanca» para la mejora de la decisión administrativa. Ahora bien, sí es posible, como veremos, que la regulación incorpore *nudges* normativos porque las teorías de la ciencia conductual orientan tanto la regulación positiva (*nudges* normativos), como su aplicación (*nudges* no normativos). El *nudge* es un instrumento para el análisis conductual del derecho, lo cual no significa otra cosa que servirse de los conocimientos de la arquitectura de las decisiones para orientar determinadas políticas públicas o fomentar comportamientos beneficiosos para el conjunto de la sociedad.

### III. LÍMITES Y RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE NUDGES

El dictamen del CESE es consciente de que «*el nudge tiene sus limitaciones*». El análisis conductual del derecho exige un gran rigor en su concepto y aplicación, y plantea cuestiones al mismo tiempo jurídicas, técnicas y éticas. Que los *nudges* no sean imperativos no significa que sean inocuos o neutros (Velasco Caballero, 2018). En estos, como en otros casos, el problema ético y moral no es menor. Aun cuando las personas quieran verse a sí mismas como libres y autónomas en su toma de decisiones, y por tanto, crean que la existencia de una opción por defecto (por ejemplo, una casilla premarcada en un formulario) no es más que una sutil e inofensiva sugerencia acerca de lo que debieran decidir, en realidad, estos *nudges* pueden determinar sensiblemente las decisiones de las personas. De hecho, y dada la influencia que los reguladores ya han reconocido a las opciones «por defecto», se está empezando a regular y prohibir su uso. Por ejemplo en materia de privacidad en internet o para proteger los derechos del consumidor (art. 60 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/2007).

Los *nudges* nos permiten cuestionar la potencial manipulación oculta que supone su utilización en el ámbito de las políticas públicas; ser escépticos acerca de las buenas intenciones del Estado cuando trata de influir en la decisión mediante una opción por defecto; cuestionar el verdadero lugar que ocupa la autonomía individual respecto de la utilización de *nudges* por parte del gobierno o el regulador; y quizá incluso, replantear la autonomía y la libertad individual (Monroy, 2018, 237). Los ciudadanos, a diferencia de lo que sucede con el empleo de las técnicas de fomento, podrían verse, en la práctica, desapoderados de su capacidad real de decidir, porque es muy sencillo manipular su voluntad con el objetivo de satisfacer el interés general.

Pero la respuesta a todas estas preguntas excede de los límites de mi trabajo.

Quizás por su limitada utilización en Europa, escasean los estudios sobre la eficacia de los *nudges* a medio y largo plazo y las diferentes repercusiones según sus destinatarios, culturas y contextos. Es necesario, por lo tanto, evaluar directamente o de forma aleatoria los efectos de los *nudges* para evitar que tengan efectos indeseados. Zimmermann (2016, 23) propone la necesidad de contar con un marco legal que contemple el riesgo de abuso de los *nudges*, de modo que los gobiernos y administraciones no deberían limitarse a promover acicates positivos, sino que tienen la obligación de regular las manipulaciones perniciosas, muy frecuentes en el ámbito de los *nudges* privados.

Es cierto que el empleo de dicha técnica debe de ir acompañado de un adecuado sistema de garantías para los ciudadanos. Pero también creo que

este sistema garante ya existe: es nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, marco normativo suficiente para controlar el uso de los *nudges* y de las otras herramientas conductuales. Al menos en un plano regulador, tenemos todos los principios necesarios (arts. 3.1 y 4 de la Ley 40/2015, LRJSP (13), simplicidad, participación, objetividad, transparencia) y fórmulas de control (recursos, vía de hecho). Lo único que nos falta, al menos en España, es una formación suficiente de los gestores públicos en las herramientas de la ciencia conductual, necesaria tanto para diseñar las políticas públicas basadas en los *nudges*, como para evaluar sus efectos y, sobre todo, para controlar su uso.

### 1. Límites jurídicos

Desde un punto de vista jurídico, los *nudges*, evidentemente, quedan sujetos a las reglas de un Estado de derecho: respeto a los derechos fundamentales, principio de legalidad, responsabilidad y control judicial de la actuación administrativa (Velasco Caballero, 2018). Por otro lado, la generalización de métodos conductuales no sustituye a la obligación de transparencia o publicidad activa (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y correlativas leyes de transparencia de las comunidades autónomas), ni tampoco a los medios tradicionales de intervención, bien sea a través de la regulación, la sanción o los incentivos económicos. Como he dicho, el *nudge* debe quedarse en un discreto segundo plano instrumental.

Por ejemplo, en relación con los cultivos transgénicos, la psicología conductual demuestra que informar a los ciudadanos de que un alimento ha sido producido con semillas manipuladas genéticamente puede reducir su consumo, lo que provocaría un aumento del precio de los alimentos y otras externalidades negativas, como mayor gasto de recursos naturales en la producción de alimentos. Sin embargo, un *nudge* orientado a evitar tales efectos indeseables no legitima el incumplimiento de la norma sobre etiquetado obligatorio de los alimentos, pues no sería admisible que el Estado o la empresa censurara ciertas informaciones a los ciudadanos.

Otro de los retos del uso de los *nudges* es garantizar la confidencialidad y la protección de datos, para impedir que la información disponible sobre los hábitos de conducta de los ciudadanos pueda ser utilizada con fines ajenos al interés general. Este reto también está suficientemente cubierto por la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.

Los *nudges* pueden ser controlados por los tribunales, porque un ejercicio abusivo podría constituir vía de hecho susceptible de recurso contencioso-ad-

---

(13) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP.

ministrativo (arts. 25.2 y 30 de la Ley 29/1998, LICA) y porque, al menos en un plano teórico, podrían dar lugar a responsabilidad administrativa si concurrían todos sus requisitos (art. 106.2 CE). Incentivar una conducta contraria a la libertad de empresa o a la libertad personal exigiría, por ejemplo, reserva de Ley (art. 53.1 CE).

## 2. Límites técnicos

Desde un punto de vista técnico, no deben subestimarse las limitaciones asociadas al uso de *nudges*. En el experimento que relatan Sunstein y Thaler (2009, 88), se utilizaron *nudges* sociales con el objetivo de disminuir el consumo de energía. ¿Cómo? Informando a los hogares de cuánta energía habían consumido en las semanas anteriores y dando información precisa del consumo medio de energía en los hogares de su zona, acompañado de un *feedback* visual (emoticono triste o contento) (14). El efecto sobre la conducta fue claro, y los hogares que gastaban energía por encima de la media redujeron su consumo de forma significativa. Pero, a la inversa, quienes descubrieron que consumían menos energía que sus vecinos incrementaron su consumo de forma relevante. Como dicen con humor estos autores, «*si se quiere orientar a las personas hacia una conducta socialmente deseable, en ningún caso hay que hacerles saber que se está comportando mejor que la norma social*».

El dictamen del CESE también plantea el problema de la duración temporal del impacto o efectividad de los *nudges*. Aún no sabemos si las intervenciones basadas en esta estrategia podrían aportar modificaciones duraderas o si resultan adecuadas para modificar el comportamiento de la población de un país. Los estudios se han centrado en sus efectos a corto plazo y en el laboratorio. En el ámbito del consumo de recursos naturales y electricidad, algunos estudios han demostrado que el efecto repetido de los *nudges* sociales tiende a disminuir con el tiempo. El efecto a largo plazo de los *nudges* depende de su capacidad para cambiar de raíz las costumbres, si bien una vez que se ha producido el cambio hay razones para creer que los comportamientos van a persistir. En cualquier caso, el *nudge* resulta más difícil de graduar o modular que una norma imperativa.

Zimmermann (2016, 23) pone de relieve que hay personas que se dejan influir más que otras por esta clase de incentivos, y que tampoco está claro cómo se logra modificar las conductas y cuánto perdura su efecto. Por otro

---

(14) El Ayuntamiento de Zaragoza incluye en su factura del agua el dibujo de la mascota de la Exposición Internacional de 2008, «*Fluvi*», que aparece triste o contento en función de si el consumo se ha mantenido estable, ha crecido o ha disminuido.

lado, la interdisciplinariedad es un obstáculo importante para la puesta en práctica de los *nudges*, que requieren de una creatividad excepcional y de un trabajo en equipo entre economistas, psicólogos, juristas, ingenieros, y otros profesionales, difícil de conjugar en los *nudges* públicos.

### 3. Límites éticos: cincuenta sombras de manipulación

Sunstein (2016a, 78) es muy consciente de los riesgos que conlleva el uso de *nudges* en las políticas públicas, esas «cincuenta sombras de manipulación» a las que con humor dedica un capítulo entero de su libro sobre la ética de la influencia.

Los críticos apuntan que manipular es sacar provecho de los sesgos cognitivos del ciudadano, así que los *nudges* siempre son manipulación porque nos convierten en «marionetas del Estado» (Zimmermann, 2018, 22). El *nudge* sólo sería inocuo cuando el ciudadano es consciente de la influencia que ejerce sobre él; sin embargo, esto nos conduciría a un callejón sin salida, porque si el ciudadano es consciente de que lo están dirigiendo a través de *nudges*, su decisión no será autónoma. Zimmermann (2018, 23) señala otro problema ético en la utilización de los *nudges*, y es que funcionan a través de la activación de un «sentimiento de vergüenza» o de «culpa» de modo que las decisiones no se toman por voluntad propia, sino por miedo a lo que pensarán los demás, muy propios del *nudge* social. Los expertos no se ponen de acuerdo sobre la corrección ética de este efecto perverso del *nudge*, aunque, respetando el marco de los derechos fundamentales, no encuentro inconveniente en aprovechar este sesgo psicológico para conseguir un mejor cumplimiento de las normas jurídicas.

La frontera entre persuasión, información y manipulación es difícil de dibujar (Sunstein, 2016a, 78). El dictamen del CESE pone un ejemplo muy simple: entre los numerosos hoteles que animan a sus clientes a reutilizar las toallas, algunos presentan estadísticas deliberadamente infladas de usuarios que ya lo hacen, no tanto para engañar a sus clientes, sino como una suerte de «profecía autocumplida» que pretenden que se convierta en verdadera. Sin embargo, el recurso a la mentira (datos falsos) y el abuso del derecho (vulneración de la protección de datos o la intimidad) no resulta ética ni jurídicamente aceptable, menos aún en los *nudges* públicos, por mucho que pueda conducir a que el ciudadano adopte decisiones virtuosas o deseables. El fin no justifica los medios y, como he dicho, el derecho dispone de las herramientas precisas para perseguir tales desviaciones.

#### IV. CLASES DE NUDGES Y SU ENCAJE EN LA TIPOLOGÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

El dictamen del CESE es consciente de los borrosos contornos que presentan los *nudges* cuando afirma que «*apela a diferentes mecanismos*», incluyendo una descripción de ejemplos concretos.

##### 1. Según la regla de conducta o sesgo sobre el que impacta el *nudge*

Las ciencias del comportamiento demuestran que el ser humano juega con dos tipos de pensamiento: uno intuitivo y automático (*sistema 1*) y otro reflexivo y racional (*sistema 2*), y que utiliza una serie de reglas básicas, pautas de indagación o «atajos mentales» que le permiten formular juicios con rapidez (Kahneman, 2011). Muy resumidamente, estas reglas básicas serían las siguientes:

— *Regla del anclaje y ajuste*. Según esta regla básica, el ser humano tiende a encajar sus decisiones en datos que ya conoce y en problemas semejantes de su entorno, que actúan como «anclas». Aquí, el sesgo se produce porque los ajustes pueden ser insuficientes o incompletos. Por otro lado, las «anclas» funcionan como *nudges*, ya que pueden influir en la toma de decisiones. El ejemplo que citan Sunstein y Thaler (2009, 41) son las cifras que sirven como punto de partida para un proceso decisorio (por ejemplo, una indemnización por daños), ya que cuanto más se pide más se suele obtener.

— La llamada *regla de la disponibilidad* tiene en cuenta la facilidad con la que vienen a nuestra mente patrones similares cuando tenemos que adoptar decisiones vinculadas con la estimación de riesgos. En otras palabras: la apreciación de un riesgo depende de que el ciudadano recuerde más o menos fácilmente los acontecimientos que lo provocaron, y esto tiene que ver con la accesibilidad y la visibilidad del riesgo. Esta regla es muy maleable y tiene muchos sesgos; los gobiernos lo saben, y por eso tienden a asignar los recursos de forma coincidente con los temores de los ciudadanos, más que en respuesta al peligro real. Por eso, las decisiones mejoran si se reciben *nudges*, sobre todo informativos, en la dirección de las verdaderas probabilidades. Una buena forma de aumentar la confianza de los ciudadanos es recordar situaciones parecidas que se solucionaron satisfactoriamente.

— Por último la *regla de la representatividad o la semejanza* alude al impacto de los estereotipos en la toma de decisiones, ya que la imagen estructurada y aceptada por la mayoría puede ser determinante de nuestras decisiones. En relación con ello, el ser humano confunde las fluctuaciones aleatorias con pautas causales porque el sistema intuitivo no maneja bien la probabilidad.

Las reglas básicas resultan muy útiles para el ser humano, pero adolecen de numerosos sesgos cognitivos, especialmente de tipo social, porque tendemos a hacer lo mismo que hace la mayoría (Kahneman, 2011). Por otro lado, las decisiones que adoptamos también dependen de otros rasgos humanos que provocan inercias que actúan como sesgos cognitivos, como el optimismo, el exceso de confianza, la aversión a las pérdidas, el falso consenso, la maldición del conocimiento, el sesgo del *status quo*, el sesgo del presente o el de la confirmación (15). Tampoco hay que despreciar el impacto del «enmarcado» (del inglés, *framing*), que alude a la forma y el lenguaje en que se presentan los problemas (Moreu Carbonell, 2016).

En cualquier caso, conociendo las herramientas básicas de la ciencia conductual y sus sesgos, estamos en mejores condiciones de utilizar *nudges* para orientar las decisiones que toman los ciudadanos. Sunstein y Thaler (2009) y Sunstein (2014a, 3) identifican como *nudges*, entre otros:

(a) El *nudge* de las opciones predeterminadas (*defaults*) o de la «opción por defecto», que parte del consentimiento implícito del ciudadano, orientado a romper las inercias vinculadas con el sesgo de la aversión a las pérdidas o de conservación del *status quo*. La ciencia conductual demuestra que cuando el ciudadano conserva la posibilidad de elegir entre varias opciones, el *nudge* de la opción por defecto, tanto en su modalidad de «optar por salir» o no formar parte (*opt-out*), como en su versión de «optar por entrar» o formar parte (*opt-in*), es un buen orientador de conductas deseables. Por ejemplo, Sunstein (2016a, 163) explica que la Universidad de Rutgers (USA) consiguió una reducción de más del 44% de ahorro en papel simplemente cambiando la opción por defecto de las impresoras, eligiendo por defecto la opción de impresión a doble cara.

(b) El *nudge* de la elección consciente y activa (*active choosing*) consiste en garantizar que el ciudadano va a poder elegir libremente entre una o varias alternativas con diferentes opciones, por ejemplo, entre usar energía verde o

---

(15) Las investigaciones de la psicología conductual sugieren que estos sesgos se filtran en la toma de decisiones de los ciudadanos (Thaler, 2000, 300). Según el *sesgo del optimismo*, los seres humanos tendemos a ser optimistas acerca del futuro. El *sesgo de la confianza excesiva* nos dice que los individuos creen que sus capacidades están por encima de la realidad. Según el *efecto del «falso consenso»*, tendemos a pensar que los demás son justo como nosotros. Y en virtud del llamado «*sesgo del conocimiento*», resulta muy difícil percatarnos de que lo que sabemos resulta poco o nada obvio para otras personas que están menos informadas que nosotros. El *sesgo del status quo* alude a la tendencia natural de los seres humanos a aferrarse a su situación actual (más en Monroy, 2017, 218). Y la *aversión a la pérdida* indica que para el ser humano es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegría de ganar eso mismo. El *sesgo de la confirmación* alude al hecho de que la gente tiende a usar la información de modo que sus creencias, expectativas o hipótesis resulten confirmadas. El *sesgo del presente* evita la planificación a medio y largo plazo, porque el sistema intuitivo es miope y la inercia es poderosa.

convencional, entre donar órganos o no donarlos. Este sistema, sin embargo, tiene el inconveniente de que provoca una escasa participación social y dificulta la implicación activa en la toma de decisiones. Por eso, conviene introducir lo que Hedlin y Sunstein (2016, 110) denominan «elección obligada» o «requerida», esto es, una elección que resulte obligatoria en el momento de realizar ciertos trámites (por ejemplo, si para renovar el carné de conducir se obligara a elegir si el ciudadano quiere o no donar sus órganos).

(c) La fuerza de la norma social (*nudge* social) asume el objetivo de informar a los ciudadanos sobre lo que hace y piensa la mayoría, ya que el ser humano tiende a ser gregario y sus conductas pueden orientarse atrayendo la atención hacia lo que los demás hacen o eligen. Cuando la autoridad fiscal del Reino Unido envió cartas a los contribuyentes morosos indicando que la mayoría de las personas pagaban sus impuestos a tiempo, la tasa de pago se incrementó de forma significativa en más de 5 puntos porcentuales (BIT 2018, 5).

(d) El *nudge* de las ganancias contrarresta el sesgo de la aversión que los humanos tenemos a las pérdidas, y que nos lleva a no hacer cambios, es decir, a un fuerte deseo de conservar las posesiones.

(e) El *nudge* informativo o educativo consiste en facilitar más información a los ciudadanos con el objetivo de que adopten mejores decisiones. Las ciencias conductuales nos dicen, sin embargo, que la información no tiene efectos continuos, es decir, que la racionalidad de la decisión no es proporcional ni creciente en función de la cantidad de información recibida. Es cierto que la curva de la racionalidad de la decisión dibujada a partir del volumen de información disponible se eleva con los primeros *quantum* de información, pero luego se hace plana o incluso desciende. Es decir que, a partir de cierto momento, la utilidad marginal de suministrar más información deviene cero o negativa.

(f) Una modalidad de este *nudge* informativo es el que consiste en informar sobre las consecuencias de sus decisiones anteriores utilizando las tecnologías (*smart disclosure* o *midata project*), una suerte de publicidad activa inteligente.

En realidad, el *nudge* informativo coincide con la que tradicionalmente se denomina actividad de comunicación pública. Ambos tienen idénticos rasgos característicos: por un lado, el fomento de la corresponsabilidad social, y, por otro, la transparencia como principio democrático y de actuación de las administraciones públicas. La comunicación pública utiliza, como el *nudge*, la persuasión: tiene intención de influir. Ambos son una actividad intencionada: el comunicador del mensaje tiene el propósito de influir, es decir, modificar o cambiar una conducta o una creencia del receptor del mensaje. Y, en segundo lugar, no se anula la libertad de elección del ciudadano (Moreu Carbonell, 2005, 48).

(g) El recurso a las presentaciones lúdicas atiende a la importancia del lenguaje y de la forma en la que se facilita la información a los ciudadanos (*frames*). En Reino Unido se enviaron cartas a los contribuyentes que no habían pagado el impuesto de circulación de vehículos; cuando se incluyó una imagen del automóvil en cuestión, el pago se incrementó de un 40 a un 49% (BIT 2018, 5).

## 2. Según los niveles de aplicación del *nudge*

El uso de *nudges* en el derecho público tiene un objetivo común: mejorar los resultados de las normas y de las políticas públicas y alcanzar ahorro y eficiencia en la gestión pública. Desde esta perspectiva, se relaciona con principios ya asentados como la buena regulación o regulación inteligente (*smart regulation*), el buen gobierno, la simplificación, la transparencia, la información e incluso con la administración electrónica. El modelo dominante de *command and control*, de prohibición y sanción, que es la vía más común de intervención administrativa al servicio del interés general, se resquebraja con las aportaciones de las ciencias del comportamiento, que también aceleran la evolución de los modos clásicos de la actividad administrativa (Barnés 2015, 27).

Ponce Solé (2018, 9 y 12) califica el *nudging* como una nueva modalidad de actividad administrativa o como «una actividad de fomento sofisticada y científicamente informada», un fomento no basado en incentivos económicos, sino en utilizar el conocimiento de las reglas que informan la toma de decisiones y, sobre todo, sus sesgos cognitivos, para promover en los ciudadanos determinadas decisiones que se consideran adecuadas para su bienestar personal y el interés general (dejar de fumar, reciclar la basura, reducir los residuos, pagar a tiempo los impuestos o donar órganos). En mi opinión, el *nudge* no es ni una nueva forma de actuación (acto, contrato, norma) ni una modalidad distinta de actividad administrativa (fomento, servicio, información, inspección), sino un simple instrumento al servicio de todas ellas, cuya principal novedad es el recurso a los conocimientos de la ciencia conductual. Tanto las ciencias conductuales como el *nudge* tienen carácter instrumental, se limitan a ser herramientas al servicio de formas ya conocidas de actuación administrativa. En la medida en que los *nudges* públicos expresan sugerencias, recomendaciones o llamamientos podrían calificarse como «fórmulas informales de actuación» o actuaciones materiales de la administración (Shulte, 1993, 235).

El análisis conductual y el *nudging* aplicado a las políticas públicas están muy próximos a la ciencia política, en tanto que sistema para explicar el comportamiento político de la sociedad y el ejercicio del poder. En unos casos lo podremos identificar con las formas de actuación administrativa e incluso tendrá carácter normativo, y en otros casos se limitará a ser una «actuación no formalizada» porque, a pesar de afectar a la conducta de sus destinatarios,

carece de contenido regulador, es decir, no pretende establecer efectos jurídicos, derechos u obligaciones, no busca crear, modificar, extinguir o declarar situaciones jurídicas, no ordena, prohíbe o permite conducta alguna. Podrá haber una decisión previa del poder público, lo que la doctrina conductual llama «*diseño de la arquitectura de la decisión*» (decidir la forma de un formulario, introducir una opción por defecto, aprobar una campaña informativa); sin embargo, no todos los *nudges* tienen carácter normativo.

Si esto es así, el *nudge* no añade nada a las formas y categorías clásicas de la actividad administrativa. ¿Es realmente una técnica nueva con características diferenciadas? Sobre esta cuestión tengo que reconocer un sesgo o prejuicio personal, y es que no puedo evitar mirar los *nudges* con desconfianza: tengo la sospecha de que estamos ante un simple concepto de moda vacío de contenido, al menos en el ámbito jurídico. En palabras de Alfaro (2017), los *nudges* «*han acabado por significar cualquier cosa*» y, además resulta muy limitado el conocimiento de física o neurología al que los profesores de derecho o economía podemos aspirar y su utilización no puede ser sino superficial, o sea, una simple metáfora. Bienvenidos sean, pues, para destacar la importancia de las ciencias conductuales en las políticas públicas y en la regulación; pero creo que no es necesario dedicar más líneas a su encaje jurídico en alguna de las categorías clásicas.

Será suficiente con una distinción básica entre *nudges* normativos y no normativos (Velasco Caballero, 2018), y dentro de los segundos, su tipología está en función de la modalidad de actuación administrativa en la que puedan encajar. Una ayuda económica es un acicate para ahorrar energía o para consumir productos sostenibles; en sentido psicológico o económico es un *nudge*, pero en sentido jurídico es una subvención.

### **A) Nudges normativos**

En primer lugar, el *nudge* se puede utilizar en el plano normativo, tanto en la fase previa de elaboración, como en la propia norma jurídica. En general, los conocimientos que proporciona la ciencia conductual tienen un cauce de expresión adecuado en los principios para la mejora de la calidad normativa y buena regulación (art. 129 de la Ley 39/2015, LPAC). De hecho, el artículo 4.1 de la LRJSP recuerda que las Administraciones públicas deberán siempre «*elegir la medida menos restrictiva*» para los derechos individuales o colectivos, motivando su necesidad para la protección del interés público y justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, evaluando periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

Por eso, los conocimientos de la ciencia conductual resultan especialmente adecuados en la fase de planificación, justificación, tramitación y elaboración

de la norma. La naturaleza de la norma jurídica, que por definición es coactiva o prohibitiva, no admite —no debe admitir— capacidad de decisión del ciudadano (art. 6.1 del Código civil: «*la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento*»), pero conocer los factores que orientan la conducta de los ciudadanos sí permite justificar mejor una u otra opción normativa y, por tanto, mejorar la calidad de las normas. Si el legislador (o el ejecutivo) estima que prohibir fumar en lugares públicos va a disminuir el tabaquismo, que imponer un carné por puntos reducirá la siniestralidad en las carreteras, o que prohibir el uso de bolsas de plástico disminuirá el volumen de residuos, es posible —aunque probablemente irreal— que haya tenido en cuenta los resultados de las teorías conductuales.

Hay *nudges* como la opción por defecto, en cualquiera de sus dos formas (*opt-out* u *opt-in*), que resultan muy eficaces en el plano normativo. Los teóricos del análisis conductual del derecho ponen como ejemplo de *nudge* normativo la regulación del consentimiento implícito para la donación de órganos (Sunstein y Thaler, 2009, 203). Según el artículo 5 de la ley española de transplantes (Ley 30/1979, de 27 de octubre), la obtención de órganos procedentes de fallecidos podrá realizarse «*si no consta oposición expresa del fallecido*», en lo que constituye un ejemplo de *nudge* normativo de opción por defecto, en su modalidad de *opt-out* (opción por salir).

Esta categoría de *nudge* normativo resulta especialmente efectivo en el campo del derecho ambiental, más incluso que los mandatos y prohibiciones y potencialmente más eficaz que la información, la educación o los incentivos económicos (Sunstein, 2016, 161). Sin embargo, no siempre es adecuado por razones éticas o económicas (Hedlin y Sunstein, 2016, 110)

## **B) Nudges no normativos**

Los *nudges* resultan especialmente útiles en un plano aplicativo porque ofrecen herramientas para analizar si las reglas que rigen las relaciones humanas son eficientes y en qué grado, y permiten orientar mejor las políticas públicas según el principio de eficiencia (art. 3 LPAC). Es más: creo que el hábitat natural del *nudge* es, precisamente, la aplicación de la norma y las mejoras procedimentales, porque permite encontrar el mejor modo de hacerla cumplir voluntariamente por los ciudadanos, sobre todo en ámbitos en los que el cumplimiento voluntario encuentra con naturales reticencias como ocurre en el derecho tributario o sancionador (16).

---

(16) Véanse las aportaciones y experimentos desarrollados en Reino Unido con este objetivo: reducir el fraude que cuesta miles de millones de libras cada año al erario público (BIT, 2012).

El *nudge* es, en realidad, una herramienta para la simplificación. En el seno de las ciencias del comportamiento se ha acuñado el acrónimo inglés EAST (compuesto por las palabras «simple, atractivo, social y a tiempo», del inglés *easy, attractive, social, timely*) para designar esta metodología de diseño de las políticas públicas (BIT, 2018, 4).

– La simplificación («*hazlo simple*») se consigue utilizando *nudges* como el de las opciones predeterminadas, reduciendo obstáculos y trabas y cambiando el lenguaje.

– La persuasión («*hazlo atractivo*») con una presentación que atraiga la atención del ciudadano, utilizando reglas de la publicidad (a través de imágenes, colores o personalización) y también diseñando recompensas o sanciones. Este *nudge* se ha mostrado muy eficaz para mejorar el cumplimiento del impuesto de vehículos, si en las notificaciones administrativas se incluye una imagen del vehículo que hace más visible la idea de pérdida (BIT, 2018, 20).

– Con la expresión «*hazlo social*» se alude al poder del *nudge* social. Se trata de mostrar que la mayoría de las personas están llevando a cabo el comportamiento deseado, y se completa con el poder de las redes sociales.

– Por último, «*hazlo a tiempo*» sugiere la conveniencia de contactar con los ciudadanos cuando es más probable que sean receptivos, considerando los costes y beneficios inmediatos. Por ejemplo, si se notifica a los deudores de multas con un mensaje SMS antes de que se abra el plazo de ejecución, se duplica el porcentaje de pago voluntario (BIT 2018, 6).

La simplificación administrativa y la supresión de barreras formales se benefician de la incorporación de las técnicas y los métodos propios de las ciencias conductuales. No obstante, el paso hacia la regulación es muy lento, cuesta que se vean reflejados en la norma jurídica. De los *nudges* podemos esperar mejoras marginales en ámbitos sectoriales seleccionados, como el derecho ambiental, cuyos resultados deberían en todo caso ser objeto de control, seguimiento y análisis a medio y largo plazo.

En este sentido, los *nudges* son especialmente útiles en el procedimiento administrativo, como cauce de comunicación con los ciudadanos (*nudges* procedimentales). Como se ha dicho, los trámites procedimentales obligatorios regulados en la legislación de procedimiento administrativo (audiencia, información pública, informes, etc) no son *nudges*, aunque orienten la decisión administrativa. Sin embargo, los *nudges* procedimentales pueden mejorar o hacer más eficaces estos trámites.

Por ejemplo, la psicología conductual nos dice que el simple hecho de incluir el nombre del destinatario en una comunicación, de enviar correos electrónicos personalizados, en lugar de mensajes genéricos, incrementa significativamente la proporción de personas implicadas en determinado objetivo. Sin embargo, las notificaciones administrativas, desde el punto de vista de su

contenido, siguen siendo incomprensibles para el ciudadano medio y dan la espalda a nuevas formas de comunicación como las aplicaciones de mensajería instantánea (whatsapp y similares). Es cierto que el artículo 41 de la LPAC eleva a «medio preferente» el uso de medios electrónicos, pero los requisitos que exige relativos a la identidad de los sujetos hacen complicado su uso por parte de las administraciones públicas.

Otro ámbito sectorial de aplicación de *nudges* no normativos sería la actividad administrativa de fomento (*nudges* de fomento). No es un secreto que los individuos son más propensos a llevar a cabo una acción si existe un incentivo de por medio y que frecuentemente los gobiernos utilizan estímulos económicos para motivar cambios de comportamiento (beneficios fiscales, subvenciones). Las ciencias conductuales proporcionan alternativas de fomento sin necesidad de incentivo económico, y también herramientas para maximizar sus resultados. Por ejemplo, la «*nudge unit*» de Reino Unido realizó un ensayo de control aleatorio en una administración local para probar la efectividad de las loterías como medio para incrementar la tasa de registro en el padrón, que consiguió un 3,3% de incremento cuando el premio fue de 1000 libras y de un 4,2% cuando fue de 5000 libras (BIT, 2018, 26). La lotería es un buen ejemplo de cómo los sorteos con premios pueden aumentar ciertas decisiones de modo más efectivo que las campañas informativas puerta a puerta.

### 3. Según los sujetos: *nudges* públicos y *nudges* privados

El empujoncito en que consiste el *nudge* puede venir de distintos sujetos-actores y tener destinatarios diversos. Hablamos así de *nudges* públicos, cuando quien decide su utilización es una autoridad pública o administración, y de *nudges* privados, cuando se utilizan en el ámbito privado y mercantil.

Pero incluso cuando se trata de *nudges* públicos, no siempre está clara la frontera entre quién decide la conducta deseable que se pretende orientar, si el propio poder público en defensa del interés general, o la sociedad que, a través de mecanismos de participación y presión, orienta al poder público hacia tales o cuales objetivos. Es frecuente que, como ocurre con la publicidad institucional, la autoridad o poder público ponga en marcha una campaña para promover conductas que interesan al sector privado (consumir tal o cual producto). La cuestión clave es la definición y la medida de «lo deseable» que justifica el uso del *nudge*, aunque creo que esta pregunta tiene una respuesta sencilla en nuestro ordenamiento, ya que el diseño de las políticas públicas debe respetar el principio de participación ciudadana y éstos pueden orientar igualmente el camino hacia el interés general (art. 3.1 a) LRJSP).

Evidentemente, el principal destinatario del *nudge* es el ciudadano, pero también pueden dirigir la conducta de las autoridades públicas y órganos

administrativos que toman decisiones con efectos externos, y también de los empleados públicos para mejorar la organización interna (Cuddy, Kohut, Neffinger, 2015 y Velasco Caballero, 2018). Desde esta perspectiva, el análisis conductual nos permite conocer y analizar qué sesgos y errores afectan al legislador y a los órganos administrativos, especialmente colegiados (jurados, tribunales) y poder establecer medidas que neutralicen esos sesgos (*debiasing*) a fin de que tomen decisiones más acertadas (Ponce Solé, 2018).

## V. NUDGES VERDES O AMBIENTALES

Sunstein (2014b) y Hedlin y Sunstein (2016a, 140) confían en el instrumento de los *nudges* para promover la energía verde, reducir las emisiones contaminantes a la atmósfera y, en general, proteger el medio ambiente, a pesar de que las externalidades negativas no pueden evitar la aplicación de normas coercitivas (Ekardt y Wieding, 2016, 12). De sus contribuciones se deduce que para la protección ambiental no hay un *nudge* mejor que otro (Ölander y Thøgersen, 2014, 353): hay que saber adaptarse a los contextos y circunstancias concretas, a través de análisis empíricos. Todas las herramientas conductuales pueden funcionar con éxito en función del objetivo que se pretende conseguir, aunque, en general, el sesgo del *status quo* o nuestra inclinación a la comodidad resultan muy eficaces para promover los objetivos de la protección ambiental. Lo cierto es que hace ya más de veinticinco años que la doctrina alemana se dio cuenta de que en este ámbito sectorial estaba cobrando fuerza una «nueva forma de orientación estatal de comportamiento recogida en recomendaciones, advertencias y llamamientos» reconducibles a la etiqueta de actuación administrativa informal (Shulte, 1993, 113), en la que parcialmente encaja la herramienta del *nudge*. El salto es cualitativo porque supone asumir que las decisiones del ciudadano en temas ambientales no son racionales, sino intuitivas, que adolecen de numerosos sesgos cognitivos y que pueden ser moduladas mediante la arquitectura de las decisiones.

Las evidencias demuestran que el *nudge* de la opción por defecto, en su modalidad de «optar por salir» (*opt-out*), tiene un elevado nivel de compromiso y por eso los gobiernos lo usan para reducir las emisiones contaminantes o para cualquier otro objetivo ambiental. Si el objetivo es proteger el medio ambiente y ahorrar dinero en el proceso, los *nudges* normativos de opción por defecto constituyen una herramienta útil dentro del repertorio regulador, además de las formas clásicas (mandatos, prohibiciones e incentivos económicos), que son necesarios atendiendo a las externalidades ambientales (Sunstein, 2016a, 161). Sin embargo, es preciso conocer que en determinados contextos las políticas de «adhesión automática» son contraproducentes, especialmente cuando están implicadas cuestiones morales, como ocurre en las donaciones de órganos, o

cuando la adhesión forzosa impone mayores gastos a los ciudadanos, como ocurre con las energías limpias cuyo coste económico suele ser más elevado.

Otra opción es dar a los ciudadanos la posibilidad de adoptar una decisión consciente acudiendo a *nudges* educativos o informativos, preferiblemente en su modalidad de elección requerida u obligada (por ejemplo, con ocasión de la realización de ciertos trámites). Gracias a los *nudges* los ciudadanos pueden ser conscientes de las consecuencias ambientales de sus actos (Sunstein y Thaler, 2009, 213). Para la protección ambiental, los individuos suelen hacer lo que consideran correcto en parte porque saben que los demás o la mayoría los verán (*nudge* social), así que es muy conveniente explotar esta vía de influencia, siendo conscientes de sus limitaciones.

### **1. ¿Prohibición o *nudge*? La distribución de bolsas de plástico ligeras en Europa**

El Gobierno español aprobó el Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico, que traspone al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2015/720, por la que los Estados miembros deben adoptar medidas para reducir de forma sostenida el consumo de bolsas de plástico ligeras. La Directiva no impone su prohibición, sino que proporciona un abanico de opciones a los Estados miembros siempre que sean proporcionadas y no discriminatorias, entre las que se incluyen el establecimiento de objetivos nacionales de reducción, la introducción de instrumentos económicos, así como, en su caso, restricciones a su comercialización. Dichas medidas son flexibles dependiendo de la incidencia de las bolsas de plástico ligeras en el medio ambiente, si se valorizan o desechan, de sus propiedades a efectos de durabilidad y otras. En cualquier caso, uno de los objetivos es *«a) la adopción de medidas que garanticen que el nivel de consumo anual no supere las 90 bolsas de plástico ligeras por persona a más tardar el 31 de diciembre de 2019, y 40 bolsas de plástico ligeras por persona a más tardar el 31 de diciembre de 2025»*, así como *«b) la adopción de instrumentos que garanticen que, a más tardar el 31 de diciembre de 2018, no se entreguen gratuitamente bolsas de plástico ligeras en los puntos de venta de mercancías o productos, a menos que se apliquen instrumentos igualmente eficaces»*.

Desde la puesta en marcha del *Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015* y la vigencia de la Ley 22/2011, de residuos, las administraciones públicas españolas han adoptado diversas medidas para reducir el consumo de este tipo de envases: acuerdos voluntarios con las empresas de distribución, campañas de sensibilización, establecimiento de impuestos, fomento del uso de bolsas permanentes, fijación de un precio, entre otras. El consumo de bolsas de plástico ligeras se ha conseguido reducir prácticamente a la mitad, pasando de 317 bolsas por habitante en 2007 a 144 bolsas por habitante en 2014,

muy lejos aún del objetivo de la UE. El nuevo reglamento de 2018 pretende seguir reforzando estos cambios en las pautas de consumo de las bolsas de plástico. Entre todas las medidas disponibles, la norma ha elegido una solución transitoria: desde el 1 de julio de 2018 se prohíbe la entrega gratuita de bolsas de plástico en los puntos de venta, de modo que los comerciantes cobran un precio por cada bolsa ligera que entreguen al consumidor. A partir del 1 de enero de 2021 la prohibición será absoluta.

En todo caso, la directiva y el reglamento otorgan especial importancia a la información y a las campañas de concienciación sobre las consecuencias negativas para el medio ambiente del consumo excesivo de bolsas de plástico ligeras. Por eso, la norma obliga a todas las administraciones implicadas (Estado, comunidades autónomas y entes locales) a realizar campañas de información y sensibilización sobre el efecto en el medio ambiente derivado del consumo excesivo de bolsas de plástico ligeras (art. 6 del RD). Estamos, en definitiva, ante un campo de acción propicio para el empleo de las herramientas de las ciencias conductuales y el empleo de *nudges*. ¿Identificamos alguno en la norma española?

El cobro de un precio al consumidor por cada bolsa de plástico que reciba en el comercio podría calificarse de *nudge* normativo de opción por defecto, ya que la norma impone al consumidor la solución de no utilizar bolsas de plástico ligeras en el comercio, aunque el consumidor conserva la opción de elegir si quiere que se las entreguen, aunque sabe que le va a costar dinero. Hasta el año 2021, el gobierno no prohibirá la entrega de bolsas de plástico en los comercios, dejando libertad y capacidad de decisión al consumidor: frente a la prohibición, el gobierno ha optado por el «empujón», aunque sea transitoriamente (17).

## 2. Análisis de experimentos

En cualquier caso, no estoy en condiciones de realizar un análisis conductual del derecho ambiental español ni de proponer qué *nudges* resultan

---

(17) Sobre la prohibición se ha suscitado una interesante polémica en Chile, cuando la asociación de industriales del plástico, ASIPLA, presentó un recurso de control previo de constitucionalidad contra el proyecto de ley que prohíbe la entrega de bolsas plásticas de comercio en todo el territorio nacional (boletín n° 9133-12), por considerar que impone «una prohibición en el desarrollo de una actividad económica lícita», con vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de empresa, la igualdad ante la ley y no discriminación. A juicio de ASIPLA, «si los principales consumidores de bolsas plásticas (los establecimientos comerciales) dejan de comprar bolsas plásticas, para entregarlas a sus consumidores, la actividad económica de producción y venta de bolsas plásticas deja de existir, o como actividad, se le impone un obstáculo/ impedimento insoslayable». El Tribunal Constitucional de Chile concluye que las medidas contenidas en el proyecto de ley «se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República». Sobre esta polémica véase Cordero (2018).

más apropiados para conseguir uno u otro objetivo de protección ambiental. El objeto de mi trabajo es mucho más modesto: me limitaré a recopilar proyectos de *nudges* ambientales experimentados en otros países, especialmente en EE.UU., por si pudieran ser adaptables a nuestro contexto. ¿Qué aplicaciones concretas tienen los *nudges* en el ámbito del derecho ambiental?

Nótese bien que no todos son *nudges* públicos, es decir, no todos han sido promovidos por el poder público ni han formado parte de alguna política gubernamental. Al contrario, muchos de los ejemplos expuestos parten del sector privado y de la propia industria, ya que una característica del *nudge*, como he dicho, es la dificultad para establecer las fronteras de lo conveniente para la sociedad y para determinar quién debe decidir la conducta deseable que se va a promover.

Sunstein y Thaler (2009, 211) están convencidos de que los objetivos ambientales pueden conseguirse con *nudges* y una mejor arquitectura de las decisiones, a partir de algunos ejemplos y «*posibilidades prometedoras*», aun siendo conscientes de que «*unos suaves nudges pueden parecer ridículamente insuficientes, algo así como capturar a un león con una trampa para ratones*». En el marco de la UE el enfoque tradicional de los problemas ambientales ha sido gravar el comportamiento perjudicial, acudiendo al instrumento fiscal completado por un sistema de límites e intercambio (mercados de derechos de emisión). Y es que en Europa, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., no tenemos tantos problemas para poner en marcha políticas ambientales coactivas que sean toleradas por los ciudadanos, ni necesitamos buscar medidas tipo *nudge* para encontrar «*formas políticamente más aceptables*» y hacer factible que los políticos se pongan de acuerdo en aplicarlas (Sunstein y Thaler, 2009, 218).

El informe de la OCDE (2017, 108) y el elaborado para el Nordic Council of Ministers (2016), además del trabajo de Sunstein (2018) ofrecen abundantes ejemplos de experimentos y proyectos que han utilizado las herramientas de la ciencia conductual para la protección ambiental, tanto para la reducción de emisiones contaminantes, como para la protección de la naturaleza y la biodiversidad o la reducción de residuos.

— Como ejemplo pionero de *nudge* verde se cita el denominado «*inventario de emisiones tóxicas*» que se puso en marcha en EE.UU. con la Ley de Emergencias y del Derecho a Saber aprobada en 1986, y que se propone adaptar para luchar contra el cambio climático. No olvidemos que EE.UU. desertó hace años del Protocolo de Kyoto. El inventario ha tenido como efecto sorprendente que, sin obligar a ningún cambio de conducta en las empresas, simplemente con medidas informativas, consiguió una reducción considerable de las emisiones a la atmósfera: ninguna empresa quiere figurar en el inventario, da mala publicidad (véase también Sunstein y otros, 2017, 1431).

— Según los estudios de la arquitectura de las decisiones, el uso de contadores inteligentes constituye otro ejemplo de *nudge* ambiental basado en la provisión de *feedback* inmediato (Sunstein, 2014b). En Europa, las autoridades reguladoras de Italia, seguidas de Suecia, Dinamarca y Reino Unido, empezaron a instalar contadores inteligentes en 2000, con datos de consumo en tiempo real. También en España, Endesa los empezó a instalar en 2010, aunque su impacto sobre el ahorro energético de las familias es nulo, como denuncia la Fundación Renovables porque el consumidor no tiene verdadera autonomía ni conoce su consumo eléctrico. En nuestro país, los consumidores no tienen acceso en tiempo real a sus contadores de electricidad; así que harían falta unos buenos *nudges* informativos combinados con otros incentivos para conseguir una mayor eficiencia energética derivada de estas medidas (18).

— Fuera del contexto norteamericano, otro ejemplo de *nudge* ambiental lo puso en marcha la agencia italiana de la energía (AEEGSI) que inició en 2015 un experimento para rediseñar los contenidos de las facturas de gas y electricidad, valorando cuál era la reacción de 300 participantes frente a la información individual sobre su consumo a través de aplicaciones y redes sociales. El experimento demostró que la información sobre el consumo de energía en términos de coste (cuántos euros me va a costar o cuántos euros voy a ahorrar) es más eficaz que en términos de uso ineficiente (cuánta energía gasto).

— Por su parte, la autoridad holandesa para los mercados y los consumidores (ACM) se propuso mejorar la transparencia en los contratos de energía a través de *nudges* informativos y sociales. En primer lugar, consiguió una mayor precepción de la probabilidad de sanciones por parte de la autoridad reguladora, con datos sobre sanciones impuestas a las compañías incumplidoras. En segundo lugar, informando de que las grandes compañías eléctricas cumplen la norma para influir en las pequeñas empresas incumplidoras que tienden a fijarse en lo que hacen las grandes. Los resultados de este experimento fueron satisfactorios.

— El gobierno de Sudáfrica adoptó en 2016 diversas medidas basadas en la economía conductual con el objetivo de promover rutinas más eficientes de consumo energético. El experimento se diseñó en un edificio administrativo de 24 plantas, mediante *nudges* educativos-informativos y sociales que se difundieron a través de medios electrónicos. Se combinaron medidas informativas positivas, del tipo «*recuerda apagar la luz al salir*», con medidas de competición social entre los empleados de las distintas plantas del edificio, comparando los niveles de consumo en los distintos pisos para provocar el interés de los

---

(18) Según datos de ENDESA, los contadores inteligentes superan actualmente los 13 millones de unidades (<https://www.endesaclientes.com/contador-inteligente.html>). El informe de la Fundación Renovables en <https://fundacionrenovables.org>.

empleados. La información no supuso una reducción considerable de energía (apenas el 2%); en cambio, la competición entre pisos consiguió un 14% de reducción del consumo.

— Los gurús de la influencia social también ponen sus herramientas al servicio de la protección de la naturaleza. Sustain y Thaler (2009, 87) citan un estudio que se realizó en el Parque Nacional del Bosque Petrificado en Arizona (EE.UU.) para reducir, en la medida de lo posible, una práctica que amenazaba la existencia misma del parque, y era la manía de los visitantes de llevarse muestras de recuerdo, a pesar de las señales informativas ya existentes que imploran que nadie se lleve fragmentos de rocas. Pues bien, en este experimento se modificó el contenido de las señales. ¿Cómo? Sustituyendo la tradicional señal de información negativa (del tipo: «*Prohibido retirar fragmentos de madera petrificada*») por una información positiva: «*Muchos visitantes se han llevado madera petrificada del parque, lo que ha modificado el estado natural del bosque*». El *nudge* social dio resultado.

— La autoridad ambiental de Costa Rica puso en marcha un proyecto en 2014 con el objetivo de ahorrar agua, consistente en combinar un *nudge* social (comparando los consumos entre hogares y entre barrios) con un *nudge* informativo mediante campañas de sensibilización y orientación de medidas de ahorro dirigidas a los ciudadanos. El *nudge* social se mostró, también aquí, especialmente eficaz, porque consiguió una reducción del consumo de agua entre 3,5 y el 5,6% según los barrios.

— El gobierno de Dinamarca modificó en 2016 las opciones por defecto para reducir el consumo de nuevos electrodomésticos y promover un consumo más sostenible, fomentando la reparación frente a la sustitución y conseguir un aumento del ciclo de vida de los teléfonos móviles. El experimento implicaba a jóvenes entre 14 y 28 años y primero se tantearon sus expectativas y preferencias en torno a la compra de teléfonos de segunda mano. Las conclusiones fueron claras: la mayoría de los jóvenes compran un teléfono móvil nuevo sin averiguar antes si es viable reparar el viejo. Sin embargo, también se llegó a la conclusión de que esos mismos jóvenes (un 87%) estarían dispuestos a reparar el móvil viejo si la opción de reparación se ofreciera en el mismo comercio. La solución, entonces, pasaría por ofrecer esta posibilidad a los consumidores que acuden a comprar un teléfono móvil cuando el viejo se rompe o estropea.

— También la Comisión Europea ha liderado experimentos en distintos países europeos para descubrir cómo la información que se ofrece a los consumidores es capaz de promover elecciones conscientes de productos eficientes (electrodomésticos y automóviles) a través de *nudges* comparativos con información de datos de consumo y emisiones contaminantes. Los ensayos confirman así la interferencia de sesgos cognitivos como el *statu quo* y la inercia del consumidor. En el caso de los coches, mientras el 33% de los participantes

afirman que comprarían un coche eléctrico o híbrido, sólo el 1,9% de ellos lo tienen, y además ha quedado acreditado que el impacto ambiental del coche influye muy poco en la compra, después de otros atributos como el precio, la seguridad o el diseño. Los ensayos de las ciencias del comportamiento nos indican que para concienciar a los consumidores son mucho más efectivas las etiquetas que ofrecen información sobre el ahorro de gasolina o energía (en dinero) que sobre las que informan sobre la reducción de emisiones.

— La agencia italiana de agricultura y alimentación (CHAFEA), a través de un experimento llevado a cabo entre los visitantes de la Expo de Milán en 2015, demostró igualmente que los consumidores apenas se dejan llevar por criterios ambientales y que se guían por otras razones como el precio, el valor nutricional o los ingredientes del producto que compran en los supermercados.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier propuesta de análisis conductual del derecho que incluya la integración de *nudges* en las políticas públicas debe estar fundamentada en la experimentación jurídica (Doménech 2004, 146). Porque, y en esto quiero hacer especial hincapié, los *nudges* públicos sólo son eficaces si van acompañados de los correspondientes análisis empíricos que ofrezcan datos suficientes que los justifiquen (BIT 2017, 50). Aunque sea necesaria, no basta con una formulación teórica —como hacemos los académicos—, porque para poner en marcha los conocimientos de las ciencias conductuales hay que estar en condiciones de utilizar el método empírico-analítico basado en la experimentación (Ponce Solé, 2018, 21) y preocuparse más por el trasfondo social de las soluciones dogmáticas (Atienza, 2013, 109). Es inexcusable diseñar experimentos para verificar una determinada hipótesis: en este caso, que el ser humano toma decisiones de una u otra manera y que el *nudge* contribuye a adoptar tales decisiones. La única forma de emplear los hallazgos del análisis conductual para producir un mejor derecho es partir del análisis empírico, superando los sesgos que impiden la innovación de la ciencia jurídica española (Doménech, 2016).

La academia anglosajona, sobre todo norteamericana, y también la israelí, hace tiempo que utilizan esta metodología (Croson y Creich, 2014, 335). Pero en España es inusual que los juristas académicos sepan manejarse en el análisis empírico, a diferencia de lo que hacen las universidades de aquellos países. Las facultades de derecho siguen siendo resistentes a incluir esta metodología en sus grados, bien sea por cuestiones vinculadas con la carrera profesional, bien porque los estudiantes de Derecho «*no tienen ninguna base de estadística y prefieren la seguridad del aprendizaje repetitivo estilo loro que la incertidumbre de tener que pensar y resolver problemas*» (Barragú, 2017).

Es probable que podamos encontrar ejemplos de estas prácticas en las administraciones españolas, sobre todo *nudges* de carácter informativo y publicitario (campañas de fomento de consumo de energías renovables). Sin embargo, no se utilizan conscientemente después de un análisis conductual. Son una suerte de «*nudges*» inconscientes, un *totum revolutum* de medidas heterogéneas que van desde las meramente informativas, a la subvención en sentido técnico-jurídico. El legislador y la administración española están completamente al margen del conocimiento y uso de las ciencias conductuales, que en cambio sí se emplean conscientemente en el sector privado (Ponce Solé, 2018). Frente al *nudge* privado que es ubicuo, el *nudge* público es inconsciente, así que ha llegado el momento de darle visibilidad.

Retomo, para terminar, el escepticismo que mostraba al comienzo de este trabajo hacia la propagación de los *nudges*, que quizás cabría calificar como nueva tendencia jurídica vinculada con la globalización y el impacto del sistema jurídico norteamericano. Como decía, el aterrizaje de los *nudges* en el derecho continental europeo no resulta fácil, ni siquiera necesario, debido a nuestra tradición de Estado social fuertemente intervencionista. Aquí, en una cultura jurídica acostumbrada al «orden y mando», a los servicios públicos y a los monopolios y a las medidas fiscales, difícilmente los *nudges* podrían ser calificados como paternalistas. Además, los experimentos que se han puesto como ejemplo ofrecen una imagen distorsionada de los *nudges* como herramientas algo pueriles, con un impacto limitado y de calibre menor, alejados de los grandes principios jurídicos y de las políticas públicas que preocupan a los gobiernos y legisladores. Sin embargo, aquí radica, a mi juicio, la utilidad del análisis conductual del derecho: en una suerte de «revolución de las pequeñas cosas» susceptible de provocar cambios útiles para avanzar o mejorar en el cumplimiento de la norma y en la eficacia de las políticas públicas. Las herramientas de la ciencia conductual, y entre ellas los *nudges*, sirven para introducir pequeñas reformas, sencillas y factibles, capaces de mejorar las políticas públicas.

Afirma Sunstein (2016a, 59) que la arquitectura de las decisiones es un músculo que se ejercita con entrenamiento. Por eso, los Gobiernos tienen que conocer las herramientas de la ciencia conductual y del *nudging* en sus decisiones estratégicas sobre sostenibilidad (OCDE, 2017, 128). Sobre todo es imprescindible evaluar sus efectos, porque hoy las ciencias del comportamiento permiten desarrollar herramientas para probar lo que funciona y lo que no (Sunstein, 2016b, 123), sin olvidar el análisis coste-beneficio (Sunstein, 2004, 38). Siguiendo el ejemplo de la «*nudge unit*» del Reino Unido, es preciso que los responsables públicos sean capaces de manejar los hallazgos de las ciencias del comportamiento, al menos a un nivel básico, para aplicarlas a sus políticas. Ni los *nudges* ni otras herramientas de la ciencia conductual pretenden resolver por sí solos los problemas de la conservación de la naturaleza y del cambio

climático, pero sí pueden contribuir a ofrecer soluciones adecuadas desde la perspectiva coste-eficiencia y a integrar los necesarios test experimentales en la planificación y validación de las políticas públicas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Matthew, FINKESTEIN, Claire y HUANG, Peter H. (2003): «Preferences and rational choice: new perspectives and legal implications», *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, n° 3, pp. 707-715.
- AKERLOF, George A. y SHILLER, Robert J. (2016): *La economía de la manipulación: cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*, edición española, Deusto.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017): «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la física y la psicología económica», *Almacén de Derecho*, [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org).
- AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto (2018): «Del nudging a las neurociencias, o el nacimiento del neuroderecho (¿administrativo?)», *Comunicación presentada al Seminario de Teoría y Método*, STEM, Santiago de Compostela, mayo 2018.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, especialmente el prólogo, pp. 9-29.
- BARNÉS, Javier (2015): *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del derecho administrativo contemporáneo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, en <http://es.globallawpress.org>.
- BARRAGUÉ, Borja (2017): *Análisis empírico y conductual del derecho*, Master en Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, en <http://uam.academia.edu>.
- BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM, BIT (2011): *Behaviour change and energy use*, 35 pp. en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2012): *Applying behavioural insights to reduce fraud, error and debt*, 38 págs., en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2017): *Update Report 2016-2017*, 52 pp. en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2018): *EAST. Cuatro maneras simples de aplicar las ciencias del comportamiento*, edición en español, 53 págs, en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- BELTRÁN, Ignasi (2017): «Behavioral economics: ¿y si introducimos pequeños empujones (nudges) en el derecho del trabajo?», en <http://ignasibeltran.com>.

- CAMERER, Colin, ISSACHAROFF, Samuel, LÖWENSTEIN, George, O'DONOGUE, Ted y ROBIN, Matthew (2003): «Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for asymmetric paternalism», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, pp. 1211-1254, en [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol151/iss3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss3/).
- CORDERO, Luis (2018): «Dos formas de regular: el empujón o la prohibición, pero no una inconstitucionalidad», *El Mercurio online*, Santiago de Chile, en [www.elmercurio.com](http://www.elmercurio.com).
- CROSON, Rachel y TREICH, Nicolas (2014): «Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges», en *Environmental and Resource Economics*, Springer, European Association of Environmental and Resource Economists, vol. 58(3), pp. 335-351.
- CUDDY, Amy J.C., KOHUT, Matthew y NEFFINGER, John (2015): «Pour être un bon leader, créez du lien», *Harvard Business Review*, juin-juillet 2015, especial dedicado a «Le pouvoir de l'influence. Comment l'acquérir, l'utiliser, la conserver».
- DOMÉNECH, Gabriel (2004): «Los experimentos jurídicos», *RAP*, n° 164, pp. 145-187.
- (2016): «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho 2/2016*, en [www.indret.com](http://www.indret.com).
- EKARDT, Felix y WIEDING, Jutta (2016) «Nudging and environmental Law. Perspectives and examples», en <https://www.researchgate.net/publication/303413152>.
- GASS, Robert H. y SEITER, John S. (2018): *Persuasion. Social influence and compliance gaining*, 6° ed., Routledge, New York.
- GOLDIN, Jacob (2017): «Libertarian Quasi-Paternalism», *Missouri Law Review*, vol. 82-3, pp. 669-682, en <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol82/iss3/7>.
- HALPERN, David (2015): *Inside the Nudge Unit: how small changes can make a big difference*, Ebury Press, 400 pp.
- HALL, Marissa G. y otros (2018): «Public support for pictorial warnings on cigarette packs: an experimental study of US smokers», *Journal of Behavioural Medicine* n° 41: 398-405, <https://doi.org/10.1007/s10865-018-9910-2>.
- HEDLIN, Simon y SUNSTEIN, Cass R. (2016): «Does active choosing promote green energy use? Experimental evidence», *Ecology Law Quarterly*, vol. 43, Issue 1, pp. 107-142.
- JOHN, Peter, SANDERS, Michael, WANG, Jennifer (2014): «The Use of Descriptive Norms in Public Administration: A Panacea for Improving Citizen

- Behaviours?», en <https://ssrn.com/abstract=2514536> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514536>.
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard (1998): «A Behavioral Approach to Law and Economics», Faculty Scholarship Series, Paper 1765, en [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1765/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765/).
- KAHNEMAN, Daniel (2011): *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, reimpresión mayo 2017, 666 pp.
- KUENZLER, Adrian y KYSAR, Douglas A. (2014): «Environmental Law», ob. col. E. Zamir y D. Teichman, eds, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, pp. 748-782.
- LAKOFF, George (2004): *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, Universidad Complutense.
- LAMBERT, Thomas A. (2017): «From Gadfly to Nudge: The genesis of libertarian paternalism», *Missouri Law Review*, vol. 82, Issue 3, pp. 623-642.
- LOVALLO, Dan, CLARKE, Carmina y COURTNEY, Hugh (2015): «De l'art de décider», *Harvard Business Review*, février-mars 2015.
- MONROY, Daniel A. (2017): «Nudges y decisiones inconscientes: sesgo de *status quo* y políticas públicas en Colombia», *Desafíos*, 29-1, pp. 211-247.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2005): *La Administración anunciante. Régimen jurídico de la publicidad institucional*, Aranzadi.
- (2016): «Nuestro lenguaje», ponencia presentada en el *Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público*, STEM, Universidad de Zaragoza.
- NORDIC COUNCIL OF MINISTERS (2016): «Nudging and pro-environmental behaviour» TemaNord 2016:553, en <https://norden.diva-portal.org/>
- OCDE (2017): *Behavioural insights and public policy. Lessons from around the world*, OECD publishing, Paris, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>.
- ÖLANDER, Folke y THØGERSEN, John (2014). «Informing Versus Nudging in Environmental Policy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, pp. 341-356.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015): «La negociación de reglamentos tributarios», *Revista Quincena Fiscal n° 1/2015*, Aranzadi.
- (2018): «Derecho administrativo, nudging y ciencias del comportamiento: neurociencia, psicología y economía. ¿Es posible y útil la transdisciplinariedad bien realizada?», ponencia presentada en el *Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público*, STEM, Universidad de Santiago de Compostela.
- REHM, Rebekka (2015): «Verhaltensforscher im Kanzleramt. Nicht nur wirksam, sondern auch transparent regieren», *Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln n° 11/2015*.

- REBONATO, Riccardo (2013): «A Critical Assessment of Libertarian Paternalism», en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2346212>.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2012): *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP.
- ROWELL, Arden (2017): «Once and Future Nudges», *Missouri Law Review* vol. 82, pp. 709-726.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (2016): «Economic analysis of Law, or economically-informed legal research», ob. col. Dawn WATKINS y Mandy BURTON (eds), *Research Methods in Law*, Routledge, en <https://ssrn.com/abstract=2798193>.
- SHAFFER, Victoria A. (2017): «Nudges for health policy: effectiveness and limitations», *Missouri Law Review*, vol. 82, Issue 3, pp. 727-736.
- SHULTE, Martin (1993): «Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud», *Documentación Administrativa* n° 235-236, pp. 113-133.
- SMEDDINCK, Ulrich (2016): «Innovative Ansätze im Umweltrecht – Standortauswahlgesetz und Nudge-Ansatz: rechtswissenschaftliche Forschung zu Emotionen und Verhalten als Perspektive», ob. col. Hoffmann-Riem, Wolfgang, dir. *Innovationen im Recht, Schriften zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung*, n° 11, Nomos, pp. 401-438.
- SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES TEAM, SBST (2016): *Annual report*, en <https://sbst.gov>.
- SUNSTEIN, Cass R. (2004): «Cost-benefit analysis and the environment», en *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* N. 227, pp. 1-38.
- (2014a): «Nudging: a very short guide», *Consumer Pol'y* 583, en <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16205305>.
- (2014b): «Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 38, No. 1.
- (2016a): *The ethics of influence. Government in the age of behavioral science*, Cambridge University Press, 224 pp.
- (2016b): «People prefer system 2 nudges (kind of)», *Duke Law Journal*, vol. 66, 121-168.
- (2017a): *Paternalismo libertario: ¿por qué un empujoncito?*, Herder Pensamiento, edición a cargo de Manuel Cruz.
- (2017b): «Changing climate change 2009-2016», en <https://www.ssrn.com/abstract=2927812>.
- (2017c): «Keynote: forcing people to choose is paternalistic», *Missouri Law Review*, vol. 82, issue 3, pp. 643-667.

- (2018): «Changing climate change, 2009-2016», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 42, pp. 231-285.
- SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. (2009): *Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Taurus.
- SUNSTEIN, Cass R. y otros (2017): «How People Update Beliefs about Climate Change: Good News and Bad News», *Cornell Law Review* vol. 102, pp. 1431-1443, en <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol102/iss6/1>.
- THALER, Richard H. (2000): «Del homo economicus al homo sapiens», traducción del original en inglés publicado en *Journal of Economics Perspectives*, nº 14, en *Themis. Revista de Derecho*, nº 58, Pontificia Universidad Católica de Perú, pp. 299-306, en <http://revistas.pucp.edu.pe>.
- (2005): *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, Penguin.
- ULEN, Thomas S. (2014): «La importancia del derecho conductual», traducción del original en inglés, ob. col. E. Zamir y D. Teichman, eds, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, pp. 93-124, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho\\_02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_02.pdf)
- ULLMANN-MARGALIT, Edna (2017): *Normal rationality: decisions and social order*, Oxford University Press.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2018): «Nudges y Derecho administrativo», en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com>.
- ZIMMERMANN, Sarah (2016): «¿Incentivo o manipulación?», *Mente y Cerebro* nº 78, pp. 17-23 en <https://www.investigacionyciencia.es/revistas/mente-y-cerebro/numeros>.